

CAPÍTULO IV

SOBRE ALGUNAS TEORÍAS DEL JUICIO Y DE LA MOTIVACIÓN

SUMARIO: 1. La teoría del silogismo judicial, *a*. Falsedad y falta de completitud de la teoría silogística, *b*. Límites de las críticas a la teoría silogística, *c*. El uso del silogismo por parte del juez, *d*. Las implicaciones ideológicas de la teoría silogística; 2. La teoría tópica del razonamiento jurídico, *a*. Esbozos críticos sobre la teoría tópica de la decisión, *b*. Tópica y lógica en la motivación, *c*. El papel del razonamiento tópico en la motivación; 3. La teoría retórica de la argumentación jurídica, *a*. Retórica y tipos de razonamiento jurídico, *b*. El problema del “auditorio universal”, *c*. El papel de la argumentación retórica en la motivación.

1. LA TEORÍA DEL SILOGISMO JUDICIAL

Antes de delinear las características estructurales más relevantes de la motivación y los vínculos existentes entre éstos y los momentos peculiares del juicio, es oportuno tomar en consideración separadamente algunas de las principales posturas que han planteado una solución global y unitaria de los problemas que estamos examinando. Frente a la imposibilidad de realizar un estudio analítico de las doctrinas en lo individual, conviene restringir la investigación a dos teorías del juicio y de la motivación que tienen la virtud de representar dos modos típicos de enfocar estos temas, y de ser además, la expresión coherente de posturas metodológicas de orden más general: la primera teoría, que expresa la postura sistemático-deductiva de matriz juspositivista, es la que configura al juicio y a la motivación a través de la categoría del silogismo judicial; la segunda, que expresa la postura antisistemática nacida de la crisis del positivismo jurí-

■ Michele Taruffo ■

dico clásico y del surgimiento del problema de los valores, es la que describe a las actividades del juez haciendo énfasis en la relevancia que en ella asumen los factores tópico-retóricos y argumentativos.

La teoría que identifica a la estructura del juicio en un silogismo cuya premisa mayor está dada por la norma que debe aplicarse al caso, mientras que la premisa menor está representada por los hechos relevantes que ya se han comprobado y la conclusión está constituida por la decisión sobre los hechos concretos, es muy conocida, en parte porque tuvo durante mucho tiempo un papel dominante en la doctrina europea, especialmente alemana¹ e italiana.² Igualmente conocido es el hecho de que este modelo resulta excesivamente sintético incluso para sus mismos autores, algunos de los cuales advirtieron su falta de idoneidad frente a la complejidad del razonamiento del juez, y configuran alrededor del silogismo “final” una corona de silogismos “instrumentales” (*Hilfsyllogismen*), concatenados de manera tal que sus conclusiones constituyen las premisas del silogismo final.³ De tal manera, el modelo del juicio se dilata de un mero silogismo a un polisilogismo (que corresponde a la figura aristotélica de sorites), pero el carácter fundamental continuó siendo el de estar fundado en un solo módulo lógico-estructural, es decir, la deducción silogística, que continuaba siendo considerada como la línea que sustenta el razonamiento del juez.

Contra este planteamiento del problema se realizaron, especialmente a partir de los primeros años del siglo pasado, objeciones y críticas de los más diversos tipos, las principales de las cuales pueden reconducirse a dos filones de pensamiento.

a. Falsedad y falta de completitud de la teoría silogística

De acuerdo con la primera de ellas, la doctrina del silogismo judicial, entendida como la representación del juicio, es falsa y, por lo tanto, debe ser rechazada. La falsedad de dicha representación ha sido sostenida esencialmente con base en la negación de la naturaleza lógico-racional de la actividad del juez, y ha constituido una de las características distintivas, además de ser uno de los estímulos más eficaces de las diversas doctrinas irracionalistas del juicio sobre las que ya hemos reflexionado abundantemente. Por otra parte, la afirmación de la falsedad del silogismo judicial como representación de la estructura del juicio está también

▪ Sobre algunas teorías del juicio y de la motivación ▪

presente, en términos más o menos explícitos, en los varios intentos por reconstruir dicha estructura mediante el uso de módulos lógicos diferentes al de tipo silogístico. A nosotros nos interesa considerar, al contrario, el segundo filón de críticas que se le han planteado a la doctrina del silogismo judicial, que tienen en común no tanto la afirmación de la falsedad radical de la representación silogística del juicio, sino más bien la de su falta de completitud. En este ámbito se encuadran posiciones que se colocan en un plano muy general, como aquella según la cual el modelo silogístico no expresa la complejidad de la actividad creativa del juez ya que representa únicamente su estructura lógica,⁴ o aquella según la cual es inadecuada toda concepción del juicio que no dé cuenta del elemento voluntarista que está comprendido en la decisión, sino únicamente del elemento cognoscitivo.⁵

Estas aserciones, que pueden llegar a tener una eficacia crítica muy intensa, ponen el acento sobre aquello que el modelo silogístico no logra expresar del juicio, pero en línea de máxima no son capaces de refutar lo adecuado que puede ser ese modelo para representar el aspecto lógico del juicio, de manera tal que no faltan los reconocimientos de la utilidad, aunque limitada, que tiene el modelo mismo.⁶

Desde la perspectiva en comento, encajan también enfoques que desarrollan de manera más detallada el tema de la confrontación entre la representación silogística del juicio y la que se asume como la “naturaleza” del juicio mismo, y ponen en evidencia razones específicas de la falta de completitud de la configuración silogística tradicional. En este sentido es ejemplar la tesis sostenida en su momento por Calogero,⁷ la cual tuvo una amplia resonancia, entre otras cosas, porque fue la primera crítica articulada que se le hizo a la doctrina silogística en Italia,⁸ según la cual el silogismo judicial no abarca todo el juicio, porque representa sólo el *iter* que sigue el juez para deducir la decisión a partir de las premisas de hecho y de derecho, pero no comprende a la actividad esencial con la cual el juez llega a fijar dichas premisas.⁹ Esa crítica dio indudablemente en el blanco, en la medida en la que trazó una precisa delimitación de la función representativa del modelo silogístico; sin embargo, la misma tuvo en el pensamiento de Calogero un desarrollo bastante curioso, debido a que no lo llevó a realizar una ampliación, integración o sustitución del esquema cuyos límites había evidenciado, sino, al contrario, a realizar una reducción ulterior del mismo: en efecto, la tesis según la cual la naturale-

■ Michele Taruffo ■

za del juicio estaría expresada por la categoría lógica de la subsunción equivale a una mera reducción.¹⁰

Una segunda línea de pensamiento muy difundida parte del problema de la distinción entre hecho y derecho en el objeto del juicio, que a su vez es una importante premisa en la definición de los límites del juicio de casación.¹¹ Desde este punto de vista emerge uno de los puntos nodales del problema, no resuelto por el esquema silogístico en sentido estricto, que es el de la colocación, dentro de la estructura del juicio, del momento de la calificación jurídica de los hechos que son materia la causa. Se trata, en efecto de una operación que no encuadra en la premisa mayor del silogismo, entendida como la formulación de la norma que debe aplicarse al caso concreto, ni en la premisa menor, entendida como la determinación de los hechos comprobados. Esta dificultad es superada, según la postura predominante, sin poner en crisis las líneas generales del esquema silogístico mediante una articulación mayor de la definición de la premisa menor. En ésta son incluidos dos momentos distintos: la determinación de los hechos comprobados materia de la causa (que según el esquema tradicional agotaba el contenido de la premisa menor), y su calificación jurídica según las categorías normativas que constituyen, con un diverso carácter de generalidad, la situación jurídica que es enunciada en la premisa mayor.¹² De esta manera, se cae la tradicional identificación entre juicio de derecho y premisa mayor, por un lado, y entre juicio de hecho y premisa menor, por el otro, en la medida en la que se coloca en la premisa menor un típico juicio de derecho como lo es la calificación jurídica de los hechos. No obstante, no se hacen a menos ni la distinción entre juicio de derecho y juicio de hecho,¹³ ni la conexión silogística entre lo que se entiende como premisa mayor y lo que se entiende como premisa menor, dado que, al contrario, la adaptación antes descrita termina justamente por presentarse como una operación dirigida a mantener en línea general la validez del esquema silogístico del juicio.

b. Límites de las críticas a la teoría silogística

Las diversas posturas críticas que hemos mencionado indudablemente han abierto en el esquema silogístico tradicional una serie de problemas de una complejidad extrema, respecto de los cuales es muy difícil presentar sintéticamente todas las implicaciones. La constatación general antes

▪ Sobre algunas teorías del juicio y de la motivación ▪

enunciada, según la cual aquellos en realidad no pusieron en una crisis radical a la doctrina del silogismo judicial, aun cuando evidenciaron sus insuficiencias, induce, por otra parte, a considerar cuáles son los límites efectivos de sus alcances.

Un primer límite esencial se desprende del no haber comprendido adecuadamente la que es, al contrario, una peculiaridad fundamental de la doctrina del silogismo judicial, consistente en el hecho de que ésta propone el modelo lógico de la decisión sin distinguir entre la actividad que el juez realiza para alcanzar la decisión y el razonamiento justificativo que es expresado por la motivación. En realidad, la doctrina del silogismo judicial se presenta esencialmente como una teoría del juicio (es decir una teoría de la actividad decisoria realizada por el juez), pero es una teoría del juicio que se funda evidentemente sobre una teoría del modo en el cual es enunciada la decisión —es decir, una teoría de la motivación— y sobre el presupuesto de que la estructura del razonamiento decisorio coincide con la estructura del razonamiento expresado por la motivación. Por lo que consta, el vicio de la doctrina del silogismo judicial que deriva de lo erróneo de dicho presupuesto, ha sido puesto en relieve, en algunos pasajes aislados, solamente por Carnelutti,¹⁴ pero se trata de una consideración decisiva con la finalidad de valorar tanto a la misma doctrina del silogismo judicial, como a las críticas que se le han hecho a la misma. Bajo el primer aspecto, la doctrina en cuestión resulta ambigua en la medida en la que no queda claro si se trata de una teoría de la decisión, de la motivación, o de ambas. Por otra parte, es errónea si se presenta como una teoría del juicio, en la medida en la que no es posible demostrar que el razonamiento decisorio tenga una estructura silogística, mientras que sí es posible demostrar que tiene una estructura contraria. Además, es incompleta si se presenta como una teoría de la motivación, debido a que la estructura deductiva es sólo un componente de la motivación,¹⁵ en tanto que hay razones decisivas para refutarla si se presenta como una teoría de lo que la motivación debería ser.¹⁶ Finalmente, la misma doctrina carece de significado si se presenta contemporáneamente como una teoría tanto del juicio como de la motivación.

Estas breves reflexiones muestran que la naturaleza y la dirección que asume la crítica varían inevitablemente dependiendo del modo en el que se determina el significado de la teoría del silogismo judicial. Viceversa, las varias doctrinas a las que nos hemos referido antes comparten

■ Michele Taruffo ■

la misma ambigüedad de la doctrina a la que se contraponen, ya sea porque no toman en cuenta esta misma ambigüedad, o bien porque las mismas se presentan frecuentemente como teorías del juicio y de la motivación. El segundo límite de las doctrinas en cuestión emerge, por lo tanto, en la medida en la que resulta que las mismas reproducen en sí mismas el vicio de fondo de la teoría del silogismo judicial, y son homogéneas respecto a ésta en la medida en la que asumen el mismo punto de vista en relación con la manera de considerar unitariamente la actividad decisoria y el proceso justificativo.

Bajo este perfil emerge un conjunto de problemas graves que no pueden ser enfrentados aquí, entre otras cosas porque su planteamiento y nivel de teoría general resulta insatisfactorio; sin embargo, vale la pena enunciar aquellas que parecen ser las aproximaciones más eficaces al problema del silogismo judicial.

Tales perspectivas son esencialmente dos: la primera se enfoca al uso que hace el juez de ese particular instrumento lógico que es el silogismo; la segunda tiene que ver con la doctrina del silogismo judicial entendida como descripción de la actividad del juez.

c. El uso del silogismo por parte del juez

En cuanto a la posibilidad de usar el silogismo en la actividad decisoria, es algo sin lugar a dudas posible, pero no se trata del único instrumento lógico necesariamente utilizable.¹⁷ Además, debe relevarse el hecho de que el silogismo puede aplicarse sólo en la medida en la que las proposiciones que el mismo debería vincular presenten determinadas características lógicas:¹⁸ ello lleva a concluir que sólo en casos excepcionales el juicio de hecho puede seguir un orden lógico de tipo deductivo,¹⁹ y que sólo raramente y dentro de límites muy restringidos un orden de ese tipo permite determinar la norma que debe aplicarse a la situación concreta.²⁰ En esencia, la utilidad de la deducción silogística en la estructura del juicio tiende a reducirse a la fase en la cual se instaura el vínculo entre la norma ya seleccionada para solucionar la litis y los hechos comprobados, de donde se deriva la tendencia de hacer coincidir el momento operativo del silogismo con el de la subsunción.²¹ Tomando en cuenta lo anterior, la teoría del silogismo judicial es falsa si se pretende significar con ella que el juez use solamente el silogismo y que todo el juicio pueda reducirse a una

▪ Sobre algunas teorías del juicio y de la motivación ▪

estructura silogística. Si, por el contrario, a dicha doctrina se le atribuye el significado menos intenso de descripción de la lógica del juicio, entonces es válida la acusación de la falta de completitud, debido a que dicha descripción es aceptable sólo dentro de límites restringidos que la doctrina mencionada no determina, y además tendría el inconveniente de dejar de abordar muchos aspectos relevantes de la estructura del juicio.²²

A este nivel, por lo tanto, no se trata de aceptar o de rechazar en bloque la doctrina del silogismo judicial, sino de verificar en qué medida y bajo qué condiciones ésta pueda ser asumida como descripción del uso que el juez hace del instrumento silogístico.

En relación con la utilidad del recurso al silogismo que el juez hace como un medio de juicio, deben realizarse una serie de observaciones de tipo diverso. Ante todo debe señalarse que las limitaciones apenas señaladas en torno a las condiciones lógicas de utilidad del silogismo mismo operan en el sentido de restringir de manera relevante dicha utilidad. En segundo lugar, aun cuando esas condiciones subsistan, ello no implica que la deducción sea la única forma lógica que pueda utilizarse, ni la más eficaz, y, de cualquier manera, deben tenerse en cuenta los inconvenientes que se derivan del recurrir a un instrumento poco dúctil y muy formal como lo es el silogismo. Dichos inconvenientes consisten, por un lado, en la naturaleza tautológica y en la consecuente falta de valor heurístico del silogismo,²³ y por otro lado en el riesgo de deformaciones del juicio, que está implícito en el uso indiscriminado e incauta de dicha forma lógica, como la atribución del *status* de certeza a una conclusión que en realidad no es tal, y la excesiva automaticidad y el formalismo del *iter* lógico, entre otros. En esencia, se puede decir que, en la medida en la que es más amplio el recurso por parte del juez al silogismo como instrumento de juicio, mayor será sobrevaluada su utilidad por parte del mismo juez y a la vez subvaluados sus límites y los inconvenientes que su uso inevitablemente implica.

Otro problema, además, es el del uso del silogismo como elemento de la motivación. En relación con la posibilidad de dicho uso no se plantean problemas particulares; por otra parte, también quienes —como por ejemplo Carnelutti— tienden a excluir la validez del silogismo como un instrumento de juicio, reconocen al contrario su eficacia como instrumento de control de la racionalidad del mismo juicio.²⁴ En efecto, las reservas al respecto nacen en relación con el modo en el cual el silogismo es utilizado con fines justificativos, y a las distorsiones que consecuentemente pue-

■ Michele Taruffo ■

den derivarse en la estructura del discurso justificativo que constituye la motivación. Aun debiendo admitir el hecho de que el silogismo también puede ser utilizado a veces en el ámbito de dicho discurso, debe igualmente advertirse la eventualidad de abusos que se verifican cada vez que aquél es utilizado aun a falta de las condiciones lógicas necesarias, así como la posibilidad de que resulte una motivación distorsionada y desviadora. El abuso consiste en aplicar la forma de la deducción a proposiciones entre las cuales no medie la relación de lo general a lo particular y que, por lo tanto, en realidad no sean deducibles una de la otra: el resultado que deriva de ello es frecuentemente una alteración relevante del *status* lógico y del alcance semántico de las proposiciones en la cuales el juez articula el razonamiento justificativo. Las distorsiones que se desprenden de un uso inadecuado del instrumento silogístico se pueden reconducir a dos grandes categorías (incluso cuando es posible individuar una tipología más vasta): la primera tiene que ver con la estructura de la motivación, que tiende a configurarse como una cadena cerrada de pasajes lógicos necesarios e indispensables, en la cual toda conclusión intermedia, por no hablar de la conclusión final en la que consiste la decisión, tiende a presentarse como la única consecuencia correcta posible a partir de las premisas de las cuales se deriva. Una motivación que tiende a construirse con base en una estructura de este tipo implica una visión simplificadora y reductiva de los fenómenos fácticos y jurídicos, de los cuales retoma únicamente los aspectos idóneos para ser formalizados de manera deductiva. Lo que tiende a ser anulada del todo es, por el contrario, la polivalencia lógica de toda proposición, que puede ser la premisa de conclusiones diversas, o consecuencia de premisas diferentes, dependiendo la elección respectiva del uso de uno o de otro tipo de inferencia.

La segunda categoría de las distorsiones que se derivan del uso impropio de la lógica deductiva tiene que ver con el hecho de que, en la medida en la que la motivación esté más estructurada de acuerdo con el módulo silogístico, menor será la posibilidad de que emerjan perfiles esenciales en la justificación de una decisión que no se asuma como el resultado de una serie de pasajes formales. Ante todo, tienden a ponerse de lado los momentos de elección, ya sea que se trate de elecciones interpretativas o cognoscitivas en general, o bien que tengan que ver con la determinación de las premisas de las cuales descende la decisión final o la solución de las cuestiones que influyen sobre dicha decisión. Lo que en realidad es la ad-

▪ Sobre algunas teorías del juicio y de la motivación ▪

hesión del juez a una entre muchas alternativas posibles, es presentado por el contrario como un pasaje inevitable en una cadena lógica que está regida por reglas de naturaleza determinista, de manera tal que aparece como algo necesario lo que en realidad es sólo posible.²⁵ En segundo lugar, tiende a ser excluida del razonamiento justificativo toda enunciación de juicios de valor y, en todo caso, de apreciaciones subjetivas del juez. Se trata de valoraciones que, o bien no son expresadas, o son enunciadas bajo la forma de constataciones objetivas, de datos absolutos o de lugares comunes indiscutibles, que son idóneos para ser objeto de inferencias lógicamente incuestionables. Nos hemos referido en otro lado a las razones psicológicas e ideológicas por las cuales el juez tiende a no expresar apreciaciones de este tipo; sin embargo aquí debe subrayarse que la tendencia hacia la motivación estructurada lógicamente con base en criterios rígidamente deductivos resulta ser un cómodo instrumento porque deja de lado a dichas apreciaciones, y presenta la apariencia de ser una justificación necesariamente objetiva y lógica.²⁶

El resultado de todo lo anterior es que la motivación deductiva no sólo no expresa el verdadero *iter* que recorre el juez para llegar a la decisión, sino que termina por no expresar siquiera el procedimiento lógico y valorativo que realiza el juez en el momento en el que racionaliza *a posteriori* los fundamentos de la misma decisión: en los límites en lo que ello se realiza, la motivación se reduce a un mal ejercicio de lógica formal.

d. Las implicaciones ideológicas de la teoría silogística

Si se toman en cuenta los efectos que el uso intenso del instrumento silogístico tiene tanto sobre la estructura del juicio como sobre la de la motivación, las objeciones de falsedad o de falta de completitud que se le pueden oponer a la doctrina del silogismo judicial terminan por tener, a pesar de sus razones de fundamentación, escasa relevancia. En realidad, si esa doctrina es considerada como descripción de lo que hace el juez, en el ámbito del juicio y en el de la motivación, la misma se presenta de vez en vez como parcialmente o totalmente errónea. Sin embargo, si todas las formulaciones de la doctrina del silogismo judicial son realizadas en una forma descriptiva, es igualmente cierto que esas descripciones, en la medida en la que descuidan toda verificación empírica y buscan el modelo ideal del juicio, terminan por tener una función prescriptiva, dado que

■ Michele Taruffo ■

presuponen la descripción de la estructura óptima respecto a la cual los juicios concretos deberían aproximarse.²⁷

En consecuencia, el comprender a esas formulaciones como meras descripciones significa comprender sólo un aspecto secundario del problema; aquellas deberían ser consideradas como ideologías del juicio, en buena medida porque, independientemente de las intenciones de sus autores, ese ha sido el papel histórico concreto que han tenido y en gran medida continúan todavía teniendo.

Hablar de función ideológica de la teoría silogística de los juicios significa poner en evidencia que ella busca acreditar una determinada imagen del juez, y además del juicio mismo, destinada no tanto a delinear una realidad concreta, sino más bien a indicar cuál debería ser esa realidad.²⁸ En efecto, la doctrina del silogismo judicial, más que describir al juicio, constituye un modelo abstracto e ideal de juicio: proyecta una situación en la cual la norma es un dato preexistente, en un ordenamiento positivo completo y sistematizado, cuya interpretación, de cara a la aplicación al caso concreto, consiste en una actividad esencialmente cognoscitiva²⁹ de carácter sistemático. Se presupone además, que una actividad de este tipo sea en cualquier caso necesaria y suficiente,³⁰ sin que deban intervenir operaciones y apreciaciones que no puedan ser reconducidas dentro del módulo del polisilogismo. De igual manera es configurada la estructura del juicio de hecho: en un universo de tipo mecanicista, regido por leyes generales de naturaleza causal, el conocimiento indirecto de los hechos no sólo es posible teóricamente con las características de la certeza (interviniendo en los hechos el concepto suplementario de la certeza moral), sino que incluso este tipo de conocimiento puede ser alcanzado precisamente en la medida en la que el juez use sin desviaciones los instrumentos que le son ofrecidos por la lógica deductiva.³¹ Debe hacerse notar que a una concepción similar del juicio de hecho le son congruentes y complementarios tanto la concepción de las máximas de la experiencia en cuanto reglas generales capaces de fundar el conocimiento deductivo de los hechos, como las reglas de la prueba legal que intervienen ofreciéndole al juez soluciones predeterminadas en relación con la gestión y valoración de las pruebas.³² Al plantearse de tal manera el problema de la determinación de las premisas de derecho y de hecho de la decisión, resulta posible delinear de manera igualmente mecánica y “lógica” el momento final de la decisión: frente a una premisa de hecho que necesariamente constituye una

▪ Sobre algunas teorías del juicio y de la motivación ▪

species del *gens* regulado por una norma, la decisión es la consecuencia automática del vínculo deductivo entre el género y la especie, y está, en todo caso, implícita en el modo mismo en el cual han sido formuladas las premisas de derecho y de hecho.

Si esta es, en líneas estrictamente esquemáticas, la ideología del juicio implícita en la doctrina del silogismo judicial,³³ es también bastante evidente cuál es la ideología relativa a la función del juez que debe impartir justicia siguiendo esos ejes. Evidentemente no se trata solamente del juez *bouche de la loi* (boca de la ley) en el cual pensaban los iluministas que buscaban codificar la prohibición de interpretar la ley, ni de la imagen simplificada del juez *slot-machine* contra la cual apuntaban las ironías de los realistas norteamericanos.³⁴ La imagen juspositivista del juez que decide mediante un sistema concatenado de silogismos es más compleja, y sus aspectos peculiares están ligados a una cierta concepción del ordenamiento y del Estado, así como de la justicia y de la función del proceso.

Ante todo, se trata de un juez que decide utilizando únicamente una lógica rigurosa para resolver todos los problemas que condicionan a la decisión, comenzando por aquellos que están relacionados con la elección de la norma y de su interpretación, hasta aquellos que tienen que ver con el pronunciamiento de un determinado efecto jurídico; se trata, en consecuencia, de un juez rígidamente “neutral”,³⁵ porque tanto la norma como la lógica con la cual ésta es interpretada y aplicada, son neutrales respecto a los intereses en juego. Además es un juez “pasivo”, debido a que su tarea es sólo la de declarar, explicitándola, la solución ideal de la litis. Es, pues, un juez que no crea la decisión, sino que la “encuentra”, y no es que encuentre una decisión más o menos justa, sino que encuentra la decisión idealmente justa dentro del marco conceptual en el cual el ordenamiento por un lado, y la lógica por el otro, lo circunscriben inexorablemente.³⁶ De esta imagen del juez también son parte esencial aquellos aspectos que implícita o explícitamente excluye la imagen misma, más aun si el análisis directo de la actividad concreta que él desempeña revela, por el contrario, la constante presencia de los factores que la imagen en sí tiende a negar.³⁷ Para limitar al máximo la ejemplificación, se puede decir que entre estos factores se encuentran, entre otros: a) elecciones discrecionales en relación con la interpretación y la aplicación; b) actividades “creativas” que van más allá de la mera interpretación lógica de la norma, ya sea frente a lagunas como frente a las así llamadas “normas en

■ Michele Taruffo ■

blanco”,³⁸ actividades que, en general, se dan en relación con la selección de la norma y la determinación de su significado; c) apreciaciones de valor; d) condicionamientos sociopsicológicos e ideológicos que influyen en la valoración de los intereses involucrados en la litis, y así sucesivamente. La imagen en cuestión excluye, por lo tanto, que el juez pueda no ser neutral, entendiéndose como no neutralidad la posibilidad de tomar conscientemente partido frente al conflicto social y económico respecto del cual la controversia es su expresión jurídica; esa imagen excluye además, que el juez deba asumir una actitud activa en relación con las situaciones mencionadas y en el sentido de crear una decisión que no tome tanto en cuenta mecanismos lógico-formales, sino más bien las exigencias de justicia sustancial del caso concreto (exigencias que, por otra parte, no son necesariamente *praeter legem* o *contra legem*).³⁹

Frente a una representación de la función del juez que presenta características similares, no tiene sentido preguntarse si ésta es verdadera o falsa, o en qué medida lo sea. Por el contrario, tiene sentido constatar que la misma es coherente con una ideología específica del ordenamiento y de la justicia, misma que la determina fuertemente, y que, por lo tanto, debe ser considerada no como una descripción de la actividad del juez, sino como una ideología de la función del juez.

Consideraciones en gran parte análogas valen también en la medida en la que la doctrina del silogismo judicial sea entendida como una teoría de la motivación. Asumido el vínculo total que dicha doctrina presupone entre la motivación y el juicio, es obvio que también en relación con la motivación se vuelven a presentar las mismas reflexiones que ya hemos anticipado en relación con el papel que la misma juega como ideología del juicio y del juez. Sin embargo, se presentan ulteriores aspectos de naturaleza ideológica en relación con el problema específico de la motivación. Si se considera que ésta no es otra cosa más que la fiel expresión del *iter* lógico-deductivo que ha producido la decisión, debe concluirse que la motivación misma no es configurada como el medio que utiliza el juez para justificar la decisión volviéndola aceptable (aunque también discutible) según los criterios de justicia presentes en una cierta sociedad en un determinado momento histórico,⁴⁰ ni, mucho menos, es un instrumento de persuasión de las partes o del público en general en relación con la “justicia” o la “bondad” de la decisión.

La motivación, en la medida en la que está rigidamente estructurada según una combinación de pasos lógicos indudables, se presenta más

▪ Sobre algunas teorías del juicio y de la motivación ▪

bien como un modo para imponer la decisión, reforzando su autoridad formal y sustancial, en el sentido de que tiende a demostrarla, más que a justificarla, poniendo en evidencia sus características de necesidad racional. En sustancia, una motivación concebida de esta manera, tiende a demostrar que la decisión es la única solución posible de la controversia: es un medio para eliminar el posible disenso, más que para suscitar un consenso crítico.⁴¹ La función ideológica de la imagen deductiva de la motivación se evidencia además también si se considera el problema desde el punto de vista de la exigencia, a la cual responde la motivación, de permitir un control externo sobre la validez de la decisión. Una motivación en la cual domina el elemento lógico formal evidentemente no permite otra cosa más que un control de coherencia lógico formal, que abarca sólo la validez de las operaciones deductivas en las cuales el juez articula su propia demostración. De hecho, en tanto más estrecho sea el nexo deductivo que vincula la decisión con los presupuestos de hecho y de derecho fijados por el juez, más formal se vuelve el control, y resulta más claro y necesario el paso de las premisas a la decisión. De esta manera, la intensidad de la formalización sistemático-deductiva de la motivación establece los límites del control que se tiene sobre los fundamentos reales de la decisión, y determina el grado de eficacia de la motivación como instrumento de imposición autoritativa de la decisión misma. Ese grado de eficacia que será mayor en la medida en la que más difícil sea superar el nivel de una verificación meramente formal de la coherencia lógica de la decisión *iuxta propria principia*. La función ideológica de la doctrina que estamos examinando en relación con la motivación se concretiza, por lo tanto, en la tendencia a hacer que la motivación se base en vínculos deductivos, excluyendo en la mayor medida posible los momentos de elección discrecionales, de incertidumbre teórica y de valoración contingente; el objetivo es el de presentar a la decisión como necesaria e inevitable, volviendo a su fundamento inatacable al menos desde el perfil —que por lo demás es de un dominio más fácil por parte del juez, y tiene, además, una menor relevancia político-social— de la mera coherencia formal. La función prevaleciente de la motivación tiende a ser, por lo tanto, la de restringir el eventual disenso en relación con los criterios de juicio y de su aplicación, que la misma motivación no permite conocer, y la de inducir automáticamente el consenso en torno a una decisión que tiende a presentarse como la única consecuencia posible de las condiciones existentes en el caso concreto.

■ Michele Taruffo ■

Si se toma en cuenta todo lo anterior, las consecuencias deformadoras que se producen sobre las estructuras del juicio y de la motivación, como efecto del abuso del instrumento silogístico, dejan de presentarse como simples inconvenientes y se configuran, por el contrario, como instrumentos respecto a la consecución de los objetivos que las mencionadas ideologías del juicio y de la motivación se proponen implícitamente. Éstos también pueden explicarse históricamente con la falta de instrumentos conceptuales idóneos. En todo caso, su presencia no accidental, ni debida al hecho de que los autores de la doctrina referida no hayan tenido, o no tengan, una percepción adecuada de la realidad del juicio, sino que es más bien funcional respecto del rol ideológico o prescriptivo que el modelo silogístico indudablemente ha jugado.

Sobre el plano de la motivación, que es la que nos interesa mayormente, se ha tratado ciertamente de una influencia sensible: las acusaciones de escolasticismo, de formalismo, de excesiva distancia de las exigencias del caso concreto y de excesiva tendencia a la construcción lógico-jurídica, que desde varias partes se han dirigido al estilo que se da a las motivaciones, son en gran medida fundadas, y ponen en evidencia una serie de fenómenos que, habiéndose perpetuado hasta nuestros días, han contribuido de manera relevante a la difundida aceptación que los jueces han tenido de la concepción silogística del juicio y de su justificación.

2. LA TEORÍA TÓPICA DEL RAZONAMIENTO JURÍDICO

Entre las tendencias más recientes en relación con la naturaleza del razonamiento jurídico, tiene un lugar de notoria relevancia la tesis expuesta por Theodor Viehweg en una conocida obra,⁴² según la cual la estructura fundamental del pensamiento jurídico es tópica. Dicha tesis parte de la contraposición, desarrollada por algunos filones de la filosofía alemana,⁴³ entre pensamiento sistemático y pensamiento problemático, integrándola además con la referencia a la forma que este último ha tenido históricamente en el ámbito del derecho, es decir a la tópica, a lo largo de su evolución desde el pensamiento aristotélico y ciceroniano hasta la influencia que jugó en la formación del *mos italicus* y a la revalorización que de la misma hizo Vico. La conclusión a la que Viehweg llega a partir de lo anterior, es, precisamente, que la jurisprudencia tiene una

▪ Sobre algunas teorías del juicio y de la motivación ▪

estructura problemática, cuyas líneas coinciden esencialmente con las del razonamiento tópico. Se trata de una postura rica de implicaciones en el ámbito de la teoría general del derecho y de la metodología jurídica, que no pueden ser abordadas en este espacio.⁴⁴ Al contrario, resulta necesario considerar si, y en qué medida, la afirmación de la naturaleza tópica de la jurisprudencia tenga relevancia en relación con la identificación de las características esenciales del razonamiento del juez, ello debiendo tener presente que la tesis de Viehweg, en la medida en la que se presenta como la descripción del razonamiento jurídico en general, se plantea también como una teoría del razonamiento del juez.⁴⁵ En efecto, el punto en relación con el cual dicha tesis resulta sin duda convincente tiene que ver con la demostración de cómo, en realidad, el razonamiento jurídico no se desarrolla a lo largo de líneas rígidamente deductivas y un sistema cerrado de conceptos jurídicos, como en cambio era planteado por la *Begriffsjurisprudenz*. Sobre lo que, por el contrario, queda duda es que por lo tanto el razonamiento jurídico no puede describirse de otra manera más que como razonamiento tópico,⁴⁶ ya sea porque entre pensamiento sistemático y pensamiento problemático no existe la rígida contraposición que dicha solución presupone,⁴⁷ o bien porque, aun cuando se rechace la configuración estrictamente sistemático-deductiva del razonamiento jurídico, no se desprende necesariamente la validez de su configuración tópica.

Además subsisten muchas otras reservas en relación con la posibilidad de asumir la teoría en examen como representación del pensamiento del juez. El problema debe también ser analizado de manera separada respecto al juicio y a la motivación, aun cuando el mismo Viehweg y todos aquellos que retomaron sus opiniones, tienden a considerar de manera prevaleciente el aspecto que tiene que ver con la configuración tópica del razonamiento decisorio.

a. Esbozos críticos sobre la teoría tópica de la decisión

La primera y fundamental reserva en relación con el alcance de la tesis bajo examen respecto a la definición de la estructura del juicio, nace del hecho de que ésta, en sus versiones más rigurosas, no se presenta como un modelo del juicio, sino solamente como la indicación de un procedimiento de elección de las premisas y de los criterios que se utilizarán en el

■ Michele Taruffo ■

juicio.⁴⁸ En otras palabras, es retomada la antigua definición de la tópica como *ars inveniendi*, diferente y distinta de la *ars iudicandi*, que por su parte permite la elaboración lógica y la aplicación de los resultados de la *inventio* tópica.⁴⁹ De lo anterior se deriva que la estructura del *modus iudicandi* no está definida específicamente por la conexión con una fase de carácter tópico, por lo cual se presenta un espacio muy amplio para las operaciones lógico-jurídicas tradicionales —que no excluye la deducción silogística—, particularmente si se hace referencia a la concepción aristotélica de la tópica.⁵⁰ Viceversa, la definición del razonamiento jurídico como *inventio* tópica se presenta como una teoría del modo en el cual el juez determina las premisas del juicio, y dentro de estos límites tiene un significado que se puede sintetizar de la siguiente manera: a) tales premisas no son elegidas dentro de un sistema completo, ordenado y cerrado de proposiciones que tienen un significado definido de manera unívoca; por otra parte, se trata de premisas que no son ni siquiera deducidas lógicamente a partir de presupuestos fijos;⁵¹ 2) por el contrario, las mismas son escogidas, en el ámbito de múltiples *topoi* disponibles,⁵² al margen de todo vínculo necesario. En todo caso, la elección del *topos* no podría ser determinada lógicamente debido a que el *topos* es una aserción de un significado ampliamente indeterminado, variable, no definible de manera rigurosa,⁵³ y, por otra parte, la única forma de organización de los *topoi* no es ni el sistema conceptual ni la concatenación lógica, sino sólo el listado, el catálogo abierto, la yuxtaposición con base en la atingencia a problemas o materias.⁵⁴

Habiendo definido el papel de la tópica como instrumento heurístico, es necesario verificar si en realidad el juez utiliza esencialmente un *modus inveniendi* de carácter tópico, y si una determinación de este tipo sea significativa para los fines que tiene el razonamiento decisorio. Al respecto, se manifiestan, por otra parte, diversas incertidumbres, debidas esencialmente al hecho de que dicha definición, en tanto que expresa indudablemente un núcleo de verdad en relación con el modo en el cual el juez fija las premisas del juicio, tiene tales márgenes de indeterminación que en buena manera deja en la oscuridad la naturaleza específica de dicha actividad.⁵⁵ En primer lugar, por ejemplo, decir que el juez hace uso no sólo de conceptos jurídicos sistemáticamente determinados, sino también a lugares comunes y a “puntos de vista” dotados de una cierta veracidad como para ser aceptados entre un determinado conjunto de individuos,⁵⁶ signi-

▪ Sobre algunas teorías del juicio y de la motivación ▪

fica señalar un aspecto importante del *iter* lógico que sigue que juez y que se concretiza en el uso de las nociones del sentido común, además de los principios generales, axiomas y conceptos de la ciencia jurídica. Por otra parte, ello no es otra cosa más que la afirmación de que el juez opera de conformidad con la cultura —en sentido lato—, jurídica y no jurídica, de su tiempo y que ésta influye en la decisión, aun cuando se trate de “puntos de vista” más que de “conceptos”. En efecto, es difícil no coincidir con la opinión de quien considera que la definición tópica del razonamiento jurídico no hace otra cosa más que describir un aspecto bastante banal de la actividad que el juez siempre ha realizado, sin agregar nada ni a dicha actividad ni al conocimiento de la misma.⁵⁷ La función de dicha definición es por lo tanto positiva en la medida en que señala un aspecto relevante del modo en el cual opera el juez, pero es bastante escasa en cuanto descripción exhaustiva de la actividad del juez y, además, en los términos en los cuales es generalmente planteada, no va más allá de ser una mera aserción en torno a la existencia del perfil no sistemático del razonamiento del juez.⁵⁸

En segundo lugar, debe subrayarse también que un importante factor de ambigüedad de la postura que se discute deriva del hecho de que la noción misma de *topos* es incierta.⁵⁹ En efecto, de por sí la noción de lugar común o de punto de vista pone en evidencia únicamente características extrínsecas que pueden reducirse esencialmente a dos: la no rigurosa determinación del significado, y el fundamento sobre la *communis opinio*. En relación con los contenidos que puede tener esa noción, se contraponen las posturas más diversas: por un lado, en aquellas en las que la referencia a la tópica antigua y del Renacimiento es más fuerte, es más evidente la remisión a catálogos de *loci* que han tenido un estudio bastante amplio, pero que fueron eminentemente listados desordenados y casuales de aforismos inherentes al derecho, sustancial y procesal, y a las formas clásicas de argumentación lógico-jurídica o de lógica en general.⁶⁰ Por otro lado, en la medida en la que es más evidente el intento de modernizar la noción de *topos* jurídico, se presenta una especie de oscilación entre una visión reductiva, en la cual entrarían sólo las máximas y los principios jurídicos,⁶¹ y una visión amplísima, tal vez más aceptable, pero demasiado genérica, en la cual entran prácticamente todos los criterios de juicio a los cuales podría recurrir el juez.⁶² Algún intento de precisión, como por ejemplo el que apunta a definir como contenido del *topos* jurídico las reglas de

■ Michele Taruffo ■

apreciación ético-política o económica de los hechos⁶³, o el que tiende a hacer coincidir el *topos* con las cláusulas generales propias del derecho privado,⁶⁴ no han resuelto la incertidumbre de fondo, siguen siendo misteriosos tanto el carácter del acto mediante el cual el juez determina cuál es la premisa relevante, como la naturaleza del procedimiento con el cual el problema es resuelto a partir de esa premisa.⁶⁵

Sin embargo, intentando enfrentar esas dificultades, encontramos juicios muy positivos en cuanto a la función heurística que el método tópico ejerce en el marco del razonamiento jurídico, en el sentido de que éste permitiría una más fácil y rápida formulación de los términos de la litis bajo los diversos puntos de vista mediante los cuales ésta puede ser resuelta.⁶⁶ Por otra parte, una utilidad heurística de este tipo encuentra, si está referida al juez, algunos límites fundamentales: ante todo, en muchos casos no existe un *topos*, sino que existen varias opiniones o puntos de vista contrastantes, entre las cuales el juez debe realizar una elección de cara a la decisión; en esta situación, la utilización de lugares comunes es imposible o del todo inútil. Además, la prevalencia de la eficacia reproductiva en perjuicio de la eficacia productiva⁶⁷ del método tópico provoca que éste, más que producir soluciones originales, opere en el sentido de conducir la elección de criterios de juicio en el ámbito ya conocido, es decir, que limite esa elección a las opiniones ya consolidadas y prevalecientes. No cabe duda, entonces, que se trata de un método útil para la determinación de *un* criterio de juicio, pero éste tiende a encaminar la elección en el sentido más conformista, reduciendo las posibilidades de nuevos planteamientos respecto de las cuestiones que el juez debe resolver. Es necesario agregar, además, que también dentro de los límites dentro de los cuales el procedimiento tópico puede manifestarse de manera útil, una limitación muy relevante deriva del hecho de que éste no puede funcionar como un método para descubrir la verdad,⁶⁸ ya sea porque el *topos* es solo uno de los posibles puntos de vista sobre el problema, pero no tiene en sí ningún contenido de verdad, o porque, en consecuencia, no tiene sentido hablar de verdad o de falsedad en relación con los *topoi*. No es necesario detenerse adicionalmente en relación con los aspectos apenas mencionados; éstos sirven, sin embargo, para mostrar que, incluso desde la perspectiva que a juicio de algunos permitiría señalar la mayor bondad del método en cuestión como un instrumento de decisión, en realidad éste termina por mantenerse ajeno a la decisión misma, pre-

▪ Sobre algunas teorías del juicio y de la motivación ▪

sentándose casi exclusivamente como un modo para poner en evidencia elementos de los cuales el juez podría servirse eventualmente con la finalidad de formular la decisión de la litis. Por otra parte, también dentro de estos límites el valor de la referencia a la tópica corre el riesgo de reducirse a algo muy menor, ya que decir, por ejemplo, que el juez toma en cuenta, o debe tomar en cuenta, los principios y los conceptos jurídicos relevantes para el *thema decidendum*, así como de las diversas opiniones que eventualmente existen al respecto, significa reducir el problema del juicio a una serie de constataciones obvias. En la medida en la que, por el contrario, la atención se pone en el uso que el juez hace de criterios de juicio extranormativos o en todo caso integradores de la norma, se aprecia efectivamente uno de los aspectos más complejos y problemáticos del juicio, pero se constata también cómo la referencia a la tópica proporcione solamente una terminología meramente exterior y convencional.⁶⁹

b. Tópica y lógica en la motivación

Consideraciones en gran medida diversas deben hacerse, en cambio, en relación con la utilidad que la referencia a la tópica puede tener respecto del análisis de la motivación. Al respecto debe precisarse inmediatamente que la teoría tópica aplicada al discurso que el juez realiza para justificar la decisión⁷⁰ puede abordar dos aspectos: por un lado, puede referirse a la determinación de las premisas que el juez utiliza como fundamento del discurso justificativo; por el otro, pone de relieve el papel que los *topoi* pueden tener en el contexto de las argumentaciones que constituyen la motivación. En relación con el primer punto, valen las mismas consideraciones que hicimos antes en relación con la escasa utilidad de la configuración tópica en la elección de las premisas del juicio, ya sea en relación con la no exclusividad de ese esquema como modelo de las operaciones que el juez realiza, como en relación con los límites que el mismo presenta como representación estructural de dichas operaciones. Por lo que hace más específicamente con la elección de las premisas sobre la que se funda la motivación, debe agregarse además que calificar como tópica esa elección significa dejar abierto el problema ulterior del modo con el cual aquella debe ser a su vez justificada en el contexto de la misma motivación que contribuye a fundamentar. La observación en el sentido de que la doctrina tópica no constituye

■ Michele Taruffo ■

un modelo ni siquiera para la fase que tiene que ver con la determinación de las premisas de las cuales parte el razonamiento del juez vale, en todo caso, en línea general, también en el ámbito de la motivación además del ámbito de la decisión.

Al contrario, es más complejo el problema relativo al papel que el razonamiento tópico juega como instrumento argumentativo. Ante todo debe precisarse que la argumentación tópica no agota la estructura del razonamiento justificativo, sino que representa solamente uno de los módulos argumentativos en los cuales puede articularse la motivación. Esta limitación debe plantearse no sólo porque la motivación puede tener un carácter que es, de manera más o menos amplia, sistemático-deductivo,⁷¹ sino también porque la oposición entre razonamiento tópico y razonamiento sistemático no es rígida, y en todo caso esa dicotomía no agota la tipología de los posibles instrumentos lógicos que puede utilizar el juez para justificar la decisión. Adicionalmente, no se puede ni siquiera asumir al razonamiento tópico como un esquema argumentativo dotado de peculiaridades lógicas precisas: por un lado, si se sigue la concepción aristotélica que vincula la tópica a la dialéctica como lógica del razonamiento fundada en premisas opinables, debe concluirse que la relativa argumentación puede hacer uso de todos los instrumentos lógicos, siendo la única peculiaridad la que tiene que ver con la naturaleza de las premisas, pero sin que de ella se derive ninguna calificación en relación con la estructura lógica del argumento tópico.⁷² Por otro lado, si se sigue la concepción ciceroniana, que diluye la tópica en la praxis de la argumentación retórica, desvinculando el problema de toda connotación lógico-filosófica,⁷³ se debe hacer hincapié no en las estructuras lógicas de la argumentación, que pueden descuidarse, sino en las técnicas de persuasión dirigidas a obtener el asentimiento del auditorio.⁷⁴

Por lo tanto, a pesar de que no pueda considerarse al razonamiento tópico ni como modelo de motivación, ni como un específico esquema lógico justificativo, debe reconocerse que la teoría tópica de la argumentación jurídica permite poner en evidencia, en el contexto de la motivación, sobre una serie de factores relevantes respecto a la finalidad justificadora a la cual se encamina, y que escapan en gran medida a un análisis puramente lógico-deductivo de su estructura formal. Además, la importancia del aspecto que es puesto en evidencia al considerar a la motivación desde la óptica del método tópico, es mayor en la medida en la que sea muy

▪ Sobre algunas teorías del juicio y de la motivación ▪

frecuente el uso, por parte del juez, de expedientes justificativos que sean identificables y analizables en calidad de *topoi* de la argumentación con la cual es justificada la decisión.

Al respecto, la ejemplificación es muy sencilla, ya sea con base en la tópica antigua, que con base en la de sus versiones modernas: un primer grupo de *topoi* está, por ejemplo, constituido por los argumentos tradicionales de la lógica jurídica, como el *argumentum a simili*, *a pari*, *a maiori*, *a minori*, *a contrariis*,⁷⁵ y así sucesivamente, a los cuales pueden agregarse también algunos tipos de argumentos importados de la lógica general.⁷⁶ Un segundo grupo, sin duda más amplio, puede comprender a los *topoi* constituidos por principios generales del derecho, ya sea traducidos en normas positivas o bien en reglas *standard* de valoración, por máximas tomadas de los precedentes jurisprudenciales o de las tendencias doctrinales,⁷⁷ por nociones del sentido común relativas a fenómenos no jurídicos,⁷⁸ por criterios de valoración ética, económica y social consolidados en la *communis opinio*,⁷⁹ y así otros más. Finalmente, un tercer grupo puede estar constituido por expedientes argumentativos de naturaleza más estrictamente retórica, es decir, dirigidos esencialmente a suscitar un consenso que no es mediado racionalmente, como por ejemplo, el citar un caso límite con una función emotiva, la *reductio ad absurdum* también planteada de manera emotiva, el *argumentum ex auctoritate*, etcétera.⁸⁰

La amplitud de estas categorías, y la extrema variedad de *topoi* que éstas comprenden, podrían inducir a considerar que una grandísima parte del discurso jurídico, y el particular del discurso que el juez despliega en la motivación, se articula efectivamente con base en la argumentación tópica, quedando en consecuencia muy restringido el espacio que le corresponde a la lógica pura y a la argumentación jurídica de tipo sistemático; en realidad, planteado el problema en estos términos, sería necesario reconocer que la calificación de “tópico” se ajusta a casi la totalidad del discurso jurídico en general, y al de la motivación en particular. La cuestión más relevante, sin embargo, no es esta, que de por sí se resuelve en la atribución de una etiqueta escasamente significativa; lo que interesa es, al contrario, establecer si con esa atribución se resuelve el problema de la naturaleza del discurso justificativo que el juez despliega en la motivación, y si, en particular, el detalle de que la gran parte de ese discurso que es “tópico” sea idóneo para excluir la validez de un diverso análisis lógico-estructural del discurso mismo.

■ Michele Taruffo ■

Ahora bien, no tanto el análisis del concepto abstracto de tópica y de *topos*, sino más bien la consideración concreta de lo que es usado como *topos* y la relativa modalidad de su uso, induce a plantear dudas muy graves tanto sobre la autonomía de tales conceptos como sobre la posibilidad de esa alternativa.

Al respecto puede resultar significativa la reflexión a partir de algún ejemplo. Ante todo, si bien es legítimo considerar como *topoi* de la argumentación jurídica a los *argumenta* tradicionales de la lógica jurídica, es sin embargo evidente que ello no demuestra su natural falta de lógica, ni excluye que un análisis a partir de una perspectiva lógica permita poner en evidencia su estructura racional y formal. Los estudios realizados en esa dirección en torno al *argumentum a simili* han demostrado ampliamente la complejidad lógica,⁸¹ frente a la cual su mera clasificación como *topos* resulta sin duda simplificadora; por otra parte, los análisis del mismo tipo realizados sobre algunos de los otros *argumenta* clásicos demuestran, a su vez, que se trata de *topoi* que implican estructuras lógicas determinadas, cuya naturaleza define la función que éstos tienen en el contexto argumentativo en el que son usados.⁸²

Aun más equivocada es la calificación meramente tópica de los elementos que se encuadran en la segunda de las categorías antes apuntadas, en la medida en la que se trata de factores cuya función en el contexto justificativo no está definida a nivel de argumentación tópica, sino a nivel de análisis lógica, jurídica o epistemológica. Por ejemplo, el principio *res judicata pro veritate accipitur* no despliega eficacia en cuanto *topos*,⁸³ sino en la medida en la que implica la referencia a las normas que definen y regulan la cosa juzgada en un ordenamiento positivo determinado, y no tiene un significado diverso del que tales normas nos permiten atribuirle al mismo. Por otra parte, los principios generales del derecho no obtienen su validez y aplicabilidad del hecho de poder ser calificados desde el punto de vista tópico, sino a partir de la función que juegan en el ámbito de una determinada técnica o praxis interpretativa, de manera tal que se puede decir que los mismos operan en el razonamiento jurídico de acuerdo con las modalidades y dentro de los límites definidos por las características de una cierta metodología hermenéutica.⁸⁴

Estos pocos ejemplos, entre los muchos que se podrían citar, muestran que muy frecuentemente lo que es definido como *topos*, es en realidad una inferencia, un concepto o una noción, cuyo rol probable en el razona-

▪ Sobre algunas teorías del juicio y de la motivación ▪

miento jurídico puede ser definido a partir de las características que los mismos presentan desde el punto de vista del análisis lógico o lógico-jurídico. Por un lado, entonces, esos factores entran dentro del razonamiento justificativo sólo en las modalidades que les impone su estructura racional, y solamente cuando subsisten las condiciones de validez de su uso; por otro lado, la estructura global del razonamiento justificativo está condicionada en gran medida por la de los argumentos que lo componen, mientras que su misma validez lógica, y por lo tanto también la eficacia justificativa, dependen de la validez lógica del argumento en lo individual dentro del ámbito de la motivación.⁸⁵

La misma ejemplificación muestra, además, que gran parte de lo que se define como tópico es en realidad susceptible de un análisis lógico que permite poner en evidencia estructuras también muy complejas. Al respecto, vale la pena hacer dos precisiones: la primera es que estas estructuras no son necesariamente de tipo deductivo, e incluso llegan a ser tales en muy rara ocasión, lo que a la vez demuestra una vez más que la alternativa entre tópica y lógica (deductiva) está mal planteada, y también explica la presencia de amplios márgenes de elasticidad del razonamiento justificativo aun cuando esté estructurado lógicamente. La segunda precisión es que el análisis lógico, necesariamente formal, no agota la naturaleza del *topos* ni la del razonamiento tópico en general; por otra parte, lo que queda como remanente, para decirlo de algún modo, de la argumentación tópica luego del análisis lógico, es el componente estrictamente retórico de dicha argumentación.⁸⁶ En consecuencia, en la perspectiva encaminada a descubrir el esquema racional que le subyace al *topos*, la argumentación que se funda sobre éste tiende a resolverse en dos elementos: la estructura lógica del *topos* y da la inferencia que éste propicia, y el componente retórico-persuasivo, que se inserta en los márgenes de indeterminación y de carencia estructural lógico-semántica que el mismo *topos* puede presentar.

Tomando en cuenta todo lo anterior, la constatación que antes anticipábamos, en el sentido de que a gran parte de la motivación debe reconocérsele un carácter tópico, asume un significado más intenso, y es posible redimensionar el peso que se le reconoce a la argumentación tópica en el contexto del razonamiento justificativo.

Desde un primer punto de vista la aseveración de que los argumentos antes señalados son usados como *topoi* justificativos puede significar que ellos, aun teniendo una determinada estructura lógico-jurídica, son

■ Michele Taruffo ■

utilizados por fuera de las condiciones y de los modalidades de uso que la misma impone. El uso tópico de un argumento o de un principio significa entonces la reducción del mismo a un lugar común, con todas las características de imprecisión, de ambigüedad y de variabilidad que son propias de los lugares comunes. Cuando, como ocurre con frecuencia, el *topos* no es otra cosa más que una versión muy burda de un módulo lógico, de un principio jurídico o de una aserción de contenido cognoscitivo o valorativo, no se puede hablar de una especial forma de argumentación, sino solamente de una especie de aproximación, más o menos genérica y vaga, dependiendo de los casos, a la que sería la justificación lógica realizada a partir de un uso riguroso de los elementos en cuestión. Por otra parte, como ya se ha subrayado, los márgenes de divergencia entre las formas tópica y lógica de argumentación se resuelven no tanto en la individualización de características y de funciones peculiares de la argumentación tópica, como en una acentuación del aspecto persuasivo que su presencia introduce en el contexto del discurso justificativo.⁸⁷ Esta función característica de la argumentación tópica se revela de manera particularmente clara en el uso de aquellos *topoi* que están alejados de las formas lógico-jurídicas como, por ejemplo, el *argumentum ex auctoritate* o el uso persuasivo del recurso al caso límite. La distinción lógica y tópica no se puede poner, por lo tanto, como distinción entre campos diversos de operación y de competencia relativa, sino solamente como distinción entre dos modalidades de uso (eventualmente concurrentes) de los elementos que pueden entrar en el discurso significativo. Además, no se trata ni siquiera de una distinción rígida desde el momento en que la estructura de la argumentación tópica puede aproximarse, en diversa medida, dependiendo de los casos, al modelo de la correspondiente argumentación lógica, y en consecuencia puede tener ella misma una estructura lógica más o menos intensa y claramente identificable.⁸⁸ Por el contrario, también la misma argumentación lógica puede, en diversa medida, aproximarse a la argumentación tópica: ello no sucede ciertamente cuando se trata de deducciones en un sentido estricto, pero puede verificarse en los casos en que se trate de procedimientos inductivos (vista también la variedad de formas que los mismos ofrecen) o de la lógica deliberativa,⁸⁹ o también de los modelos argumentativos que tradicionalmente le son notorios a la lógica jurídica.

▪ Sobre algunas teorías del juicio y de la motivación ▪

c. El papel del razonamiento tópico en la motivación

La constatación de la no impermeabilidad entre tópica y lógica no agota, en todo caso, el problema del papel que la argumentación tópica puede jugar en el contexto de la motivación. Ese papel reúne en sí una connotación positiva y una connotación negativa, de manera que su definición no puede alcanzarse de manera satisfactoria de manera abstracta, sino solamente con base en la mayor o menor relevancia que cada una de esas connotaciones asumen en los casos concretos.

La connotación positiva tiene que ver esencialmente con tres aspectos. El primero se refleja principalmente en el plano lingüístico del discurso justificativo, en el sentido de que la presencia de lugares comunes, entendidos como la expresión en términos del lenguaje común y corriente de determinados principios, instaure un vínculo más accesible entre el discurso del juez y el público de quienes no son técnicos del derecho.⁹⁰ En otras palabras, el *topos* lingüístico puede convertirse en el trámite para la comprensión del discurso del juez en el ambiente social general, comprensión que estaría reservada a los “expertos” si el lenguaje de la motivación fuera exclusiva y rigurosamente técnico-jurídico o técnico-científico. Por otra parte, el *topos* puede constituir una mediación, siempre en función de una mejor comprensibilidad, también en el sentido de volver comprensibles en el plano del sentido común, nociones y conceptos que no serían tales si fueran presentadas en su versión “pura” y rigurosa. Por lo tanto, bajo ambos perfiles, el uso tópico de los materiales justificativos puede servir para extender el campo de los posibles “usuarios” de la motivación, eliminando obstáculos semánticos y culturales, y puede, por ello, configurarse como un medio para extender las posibilidades de control externo sobre la motivación.⁹¹

El segundo aspecto no tiene que ver con la noción general de *topos*, sino con su definición como formulación sintética de valores y de actitudes de fondo que están presentes en la *communis opinio* que representa el ambiente sociopolítico en el cual se insertan tanto la decisión como la motivación.⁹² Cuando el *topos* presenta estas características, su papel puede ser, por un lado, el de adecuar el juicio y la motivación a las posturas sociales predominantes y, por otro lado, el de plantear dichas posturas en la función de elementos relevantes tanto para la decisión como para su justificación. En el plano de la motivación, ello puede traducirse

■ Michele Taruffo ■

no sólo, una vez más, en un factor para una mejor comprensibilidad, sino en una conexión entre los valores que son utilizados por el juez y los que están presentes en el ambiente social. Ello significa que la decisión puede ser justificada no sólo con base en una *ratio* abstracta y formalista, sino también con base en sus implicaciones metajurídicas, que deben encontrar correspondencia en las posturas de fondo, también a su vez metajurídicas, de la sociedad. Ello significa, además, que el *topos* puede servirle al mismo juez como un instrumento de control de la validez de su discurso frente a tales posturas y, análogamente, con la finalidad del control externo de ese discurso en la misma perspectiva.⁹³

El tercer aspecto positivo de la argumentación tópica se sintetiza en el hecho de que ésta puede constituir un elemento de ruptura con el logicismo abstracto que constituye, al menos, un peligro que frecuentemente está presente. En la medida en la que se pueda decir que en el *topos* prevalecen los factores de razonabilidad y de equidad,⁹⁴ se desprende que la relativa argumentación le da preeminencia a estas características, en antítesis a la lógica dogmática; por otra parte, si, como se ha visto, el logicismo deductivo en el ámbito de la motivación con frecuencia es engañoso, es necesario considerar como algo positivo una apertura en el sentido de lo “razonable”.⁹⁵ En esta perspectiva, por otra parte, se vuelve posible una recuperación de aquellas características de vaguedad y de indeterminación que constituyen, al contrario, los aspectos negativos del *topos* desde el punto de vista lógico-científico, debiendo tener presente que aquellos no son positivos en sí, sino sólo en la medida en la que abren un espacio en el cual la argumentación puede desvincularse del formalismo y operar, en el plano de la razonabilidad, la doble mediación, semántica, cultural y valorativa, a la que hemos apenas hecho referencia.

Por lo que hace a la connotación negativa del papel que la argumentación tópica puede jugar en el contexto de la motivación, ésta puede articularse también en tres diversos aspectos, todos ellos vinculados de manera variada al componente más típicamente retórico-persuasivo de la tópica.

El primero de esos aspectos se deriva del hecho de que la argumentación tópica es eficaz en la medida en la que haya un consenso previo, difundido a nivel general o al menos en un cierto grupo social, en relación con el lugar común.⁹⁶ De lo anterior se desprende que el punto fuerte de esa argumentación en esencia no es otra cosa más que la adhesión conformista del juez a las opiniones (o a los prejuicios) comunes.

■ Sobre algunas teorías del juicio y de la motivación ■

Bajo este aspecto, la justificación tópica no es una manera de mostrar que la decisión es en sí justa o jurídicamente correcta, sino que constituye una forma de inducción del consenso, misma que se manifiesta mostrando que la decisión no es discordante respecto de los lugares comunes jurídicos y no jurídicos, y que, por lo tanto debe ser aceptada por el ambiente social. La decisión se presenta, por lo tanto, como aceptable, y por lo tanto justificada, en la medida en la que es conformista. Debe hacerse notar, además, que este mecanismo opera exclusivamente a partir de la conformidad de lo que asevera el juez con la ideología prevaleciente, y no tiene que ver con ni con el fundamento lógico-jurídico de la decisión, ni con la posibilidad de someterse a un análisis crítico.⁹⁷ En dicha perspectiva, la tópica no se presenta como un factor de apertura hacia las posturas metajurídicas presentes en la sociedad, sino como un factor de exclusión de las instancias que plantean la superación de los lugares comunes consolidados.

El segundo aspecto negativo del papel que juega la tópica en el ámbito de la argumentación jurídica consiste, esencialmente, en el hecho de que el uso del *topos* en la solución de un determinado problema, así como en la justificación de la solución adoptada, equivale, en línea de máxima, a la adopción de un punto de vista simplificador y reduccionista sobre el problema mismo; ello es así, en la medida en la que el *topos* es la enunciación simplificada y aproximativa de un principio o de una regla de juicio. Ahora bien, la argumentación tópica puede jugar un papel positivo en la medida en la que evite complicaciones inútiles, favoreciendo así la reducción del discurso a los meros puntos esenciales y delimitando la necesidad de una justificación expresa de los puntos sobre los cuales no exista un consenso previo; sin embargo, también puede tener un efecto radicalmente negativo en el caso en el que se convierta en una manera para evitar dificultades reales y para proporcionar soluciones superficiales y simplificadoras a problemas que requerirían una profundización crítica rigurosa. En al ámbito de la motivación, esta tendencia reductora se traduce en el uso repetitivo de fórmulas difundidas, en la obsequiosidad frente a la autoridad, en el uso difundido de aforismos tradicionales y en la remisión al sentido común.

Finalmente, el tercer aspecto negativo de la argumentación tópica tiene que ver con el hecho de que, en la medida en la cual ésta se distancia del modelo de la argumentación lógica, o en concreto la niega y la sustituye, se actualiza un mecanismo de inducción del asentamiento externo respecto de la decisión que no se apoya en las características de justicia,

■ Michele Taruffo ■

legalidad y rectitud lógica de la decisión y de las razones que la fundan, sino sobre la capacidad de provocar una adhesión de tipo emotivo e intuitivo, que no está motivado por una crítica racional.

Queda claro que convergen en este sentido los aspectos conformistas y reduccionistas antes señalados, pero lo que queda puesto en evidencia es también su posible instrumentación en el sentido de estimular reacciones irracionales de aceptación o de rechazo por parte de la opinión prevaleciente en un cierto ámbito social.

Si se toman en cuenta, por un lado, las relaciones posibles de confusión o de concurrencia de la argumentación tópica y de la argumentación lógica y, por otro lado, de las diferentes consecuencias que la presencia de la argumentación tópica puede producir en relación con la motivación, dependiendo de que sea acentuado su papel positivo o negativo en el uso concreto que de ella hace de vez en vez el juez, es posible formular algunas conclusiones de tipo general en torno a la función que la tópica puede jugar en la motivación: 1) la argumentación tópica no es un esquema argumentativo dotado de características estructurales definibles autónomamente con base en las cuales se le pueda atribuir una función específica en el ámbito del discurso justificativo; 2) *a fortiori*, no se trata ni siquiera de un esquema que pueda asumirse como modelo general de la motivación o como módulo esencial del razonamiento justificativo; 3) el recurso a la tópica no resuelve el problema de la estructura racional de la motivación; 4) éste, sin embargo, es útil para seleccionar y evidenciar una serie de elementos metalógicos que son frecuentes en la praxis concretas de la motivación, y que inciden en la posibilidad y en las modalidades de ejercicio del control externo sobre la misma motivación; la presencia de tales elementos es, por lo demás, decisiva en el sentido de poner en crisis a cualquier modelo sistemático “cerrado” de la motivación; 5) al contrario, el estudio tópico de la motivación, si bien puede integrar el análisis lógico-estructural, no puede sustituirlo y, además, tiene sentido no en el plano general y abstracto, sino en el de la investigación ideológica y sociológica de las motivaciones y de la función que éstas tienen como mecanismos de eliminación de conflictos potenciales en el ámbito de la estructura social.⁹⁸

▪ Sobre algunas teorías del juicio y de la motivación ▪

3. LA TEORÍA RETÓRICA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Entre las teorías del razonamiento del juez, y en particular de la motivación, un lugar relevante le corresponde indudablemente a la así llamada *Nouvelle Rhétorique*, que especialmente en los escritos de su fundador y máximo exponente Chaïm Perelman, encuentra una aplicación específica como representación del razonamiento del juez.⁹⁹ El hecho de que Perelman proponga un modelo retórico-argumentativo de la decisión judicial y de la relativa motivación sería ya motivo suficiente para revisarlo en este ámbito; un motivo ulterior para interesarnos en él lo constituye el hecho de que las doctrinas perelmanianas han representado, y representan todavía gracias a una peculiar coyuntura cultural que se presentó en nuestro país (Italia) a partir de los años 60,¹⁰⁰ un fenómeno de amplia resonancia, que en realidad es mucho mayor entre los filósofos que entre los juristas,¹⁰¹ que llega a condicionar el estudio de los problemas de la decisión y de la motivación.

La tesis de Perelman según la cual el razonamiento del juez no tiene una naturaleza lógico-demostrativa, sino retórico-argumentativa, de modo que la teoría de la argumentación retórica es capaz de proporcionar una descripción completa y “esencial” de dicho razonamiento, se funda en una serie de asunciones generales que no pueden ser aquí examinadas de modo extenso, y que van desde tomas de posición particulares sobre las relaciones entre la lógica y el derecho,¹⁰² pasando por la identificación de las características de especialidad del razonamiento jurídico en contraposición al razonamiento científico,¹⁰³ por la definición de la racionalidad de los juicios de valor como persuasividad de la argumentación retórica que los justifica,¹⁰⁴ a la individuación de esa argumentación como modelo de razonamiento racional típico de los ámbitos en los cuales no opera la lógica formal deductiva.¹⁰⁵

La definición del razonamiento del juez como argumentación retórica descende, también de premisas más específicas que deben ser sometidas a un análisis crítico con la finalidad de verificar la confiabilidad de la tesis según la cual el modelo retórico proporcionaría una representación exhaustiva de la motivación.

En una síntesis extrema dichas premisas pueden ser formuladas de la siguiente manera:

1. El razonamiento jurídico no puede identificarse con el razonamiento lógico-demostrativo típico de las ciencias exactas: es un razona-

■ Michele Taruffo ■

miento dialéctico-práctico, relativo esencialmente a valores y a elecciones de valor. El criterio de racionalidad que puede referirse es, por lo tanto, el de la argumentación retórica que es típica del razonamiento dialéctico valorativo, que consiste en la idoneidad para conseguir el asentimiento del auditorio que, en caso del razonamiento filosófico y del razonamiento jurídico, es un “auditorio universal”.¹⁰⁶

2. El razonamiento jurídico es el razonamiento del juez en la medida en la que éste constituye el paradigma de todo razonamiento jurídico.¹⁰⁷ Consecuentemente, el razonamiento del juez tiene una naturaleza retórico-argumentativa: ello es válido, particularmente, para la motivación cuyo único modelo aceptable es el de la argumentación persuasiva.

Se trata indudablemente de una formulación que no carece de coherencia interna. Aun más evidente es su coherencia con los presupuestos metodológicos generales a partir de los cuales la *Nouvelle Rhétorique* parte para estudiar tanto la filosofía de los valores como la doctrina de la argumentación retórica. Dicha coherencia entre la configuración del razonamiento jurídico (es decir del juez) y la teoría de la argumentación no puede causar extrañeza desde el momento en que Perelman no utilizó esta teoría para indagar sobre la estructura típica del razonamiento judicial, sino que se sirvió de la constatación de la presencia en dicho razonamiento de factores que no son lógico-demostrativos, para confirmar la doctrina de la argumentación y para demostrar su validez general y su aplicabilidad en función del modelo racional de la ciencias, así llamadas, humanas.¹⁰⁸

Una valoración exhaustiva de las tesis de Perelman en torno a la naturaleza retórico-argumentativa del razonamiento del juez requeriría discutir todos los presupuestos en los cuales ésta se funda, y en particular de las asunciones filosóficas generales que están a la base de la *Nouvelle Rhétorique*, y ello rebasa los fines de la presente investigación.¹⁰⁹ Sin embargo, vale la pena tomar en cuenta los aspectos de la doctrina de Perelman que tienen una atinencia más directa con el problema del razonamiento del juez y de la motivación.

El punto inherente a la distinción entre la estructura demostrativa y el carácter indubitable del discurso lógico-matemático, y la naturaleza “abierta” y no indubitable del discurso jurídico¹¹⁰ en sí es más bien banal. En efecto, con excepción de las declaraciones programáticas del racionalismo

▪ Sobre algunas teorías del juicio y de la motivación ▪

jusnaturalista de derivación leibniziana, o del positivismo sistemático del siglo XIX, la imagen de una jurisprudencia *more geometrico demonstrata* siempre ha tenido un éxito bastante limitado, y no puede considerarse de ninguna manera como la concepción actualmente prevaleciente en torno al razonamiento jurídico.¹¹¹ De cualquier manera, el punto que suscita las mayores perplejidades es el que de dicha distinción se derive la demostración de la naturaleza retórico-argumentativa del razonamiento jurídico. Dicha demostración, que en el pensamiento de Perelman parece del todo obvia, se funda en realidad en dos sofismas bastante difundidos. El primero consiste en afirmar que el razonamiento jurídico, al no ser rigurosamente deductivo-demostrativo, no es lógico. No es el caso de insistir nuevamente en la demostración como dicha afirmación se basa en una concepción reductora del razonamiento jurídico; basta subrayar al respecto cómo la tesis de Perelman no parte de una reconstrucción de dicho razonamiento, sino de una aceptación acrítica del sofisma antilogicista. El segundo sofisma se refiere, por el contrario, a la *pars construens* de la doctrina perelmaniana, y consiste en considerar adecuada a la globalidad del fenómeno una definición que se ajusta sólo a uno de sus componentes. En efecto, el que el razonamiento jurídico implique elecciones de naturaleza valorativa, y que por lo tanto su estructura no pueda ser reducida a la de la lógica demostrativa, no es algo que pueda contestarse seriamente; sin embargo, ello no implica que todo el razonamiento jurídico tenga una naturaleza exclusivamente valorativa y que por lo tanto su estructura esté determinada por la repetición del único módulo constituido por la argumentación retórica. Lo cierto es que Perelman no se dedicó nunca a hacer un análisis orgánico y libre de preconceptos en torno a la estructura del razonamiento jurídico. Más allá de la afirmada pretensión de partir de la mera “observación del razonamiento del jurista”,¹¹² Perelman se limita a proponer sobre este tema reiteradas consideraciones episódicas, frecuentemente banales y siempre notablemente superficiales, que no se estructuran nunca en un intento por construir una representación exhaustiva del razonamiento jurídico. Al respecto, se ha hecho hincapié, justamente, que “al límite no le interesa mucho el saber cómo trabajan efectivamente los juristas, teóricos y prácticos, en los varios momentos de sus pesquisas” en la medida en la que lo que interesa hacer no es estudiar el razonamiento jurídico, sino sólo utilizarlo como ejemplo de un discurso argumentativo.¹¹³ La consecuencia que se desprende es que el discur-

■ Michele Taruffo ■

so de Perelman sobre la “especificidad” del razonamiento jurídico se limita regularmente a la agotada polémica contra el objetivo casi ficticio de la concepción matemático-deductiva del derecho.¹¹⁴ En línea de máxima debe subrayarse que la doctrina perelmaniana no puede presentarse como una representación del razonamiento jurídico, sino sólo como la demostración de la presencia, en éste, de momentos argumentativos; pero entonces no puede considerarse como confirmada una de las premisas sobre las que se funda esa doctrina, según la cual existe una total divergencia entre razonamiento jurídico y lógica. En efecto, aun excluyendo que dicho razonamiento sea exclusivo y únicamente una demostración deductiva (sobre lo que se puede obviamente coincidir incluso sin partir de la teoría de la argumentación), no se excluye con ello que el mismo pueda comprender fases o “segmentos” dotados de estructura lógica, ni se excluye que tales fases puedan tener un papel relevante y de estructura en el ámbito del razonamiento mismo.¹¹⁵

a. Retórica y tipos de razonamiento jurídico

El hecho de que la doctrina de Perelman no demuestre la divergencia entre la lógica y el razonamiento jurídico no representa su única limitación. Pueden formularse objeciones relevantes a la concepción unitaria del razonamiento jurídico que es utilizada por el autor, así como a la identificación sustancial entre razonamiento jurídico y razonamiento del juez.

En primer lugar debe hacerse notar que no se puede hablar de razonamiento jurídico como si se tratara de una categoría determinada unívocamente, debido a que existen diversos razonamientos jurídicos que están caracterizados por las situaciones típicas en las cuales se encuentran los sujetos que los realizan. Al respecto se ha distinguido, efectivamente, el razonamiento del legislador frente al razonamiento del juez, del abogado y del jurista, evidenciando cómo éstos presentan diferentes características típicas, precisamente a partir de la diversa función y de la distinta relevancia que le es atribuida a la argumentación retórica y a la demostración lógica, así como a los juicios de valor en relación con las operaciones puramente deductivas.¹¹⁶ Se desprende de lo anterior que la definición del razonamiento jurídico como argumentación retórica carece de significado en la medida en la que no toma en cuenta la existencia de diferentes razonamientos jurídicos que son estructuralmente distintos: si el razona-

▪ Sobre algunas teorías del juicio y de la motivación ▪

miento del abogado es típicamente argumentativo, en la medida en la que está encaminado a acreditar una solución predeterminada de la controversia que lo origina,¹¹⁷ se trata de una peculiaridad que no necesariamente prevalece en los otros tipos de razonamiento jurídico.

La otra objeción de fondo que puede oponérsele a la concepción del razonamiento jurídico como categoría unitaria que formula Perelman, es que ésta, al definir a ese razonamiento como una argumentación retórica, presupone que tiene una homogeneidad interna que en realidad no existe. Puede ser que Perelman haya dejado sin despejar este aspecto del problema porque le interesaba más evidenciar en el mayor grado posible la presencia del factor retórico-argumentativo que analizar los efectivos componentes del razonamiento jurídico;¹¹⁸ en todo caso, ello conlleva una distorsión relevante en el sentido ficticiamente unitario y coherente de la imagen del razonamiento jurídico. Con toda razón, por lo tanto, se ha hecho hincapié en que la concepción de Perelman es criticable en la medida en la que no toma en cuenta la distinción, en el razonamiento del jurista, entre la fase semántica, en la cual se individúa el significado de la norma, y la fase sintáctica, en la que se individualizan las relaciones entre las normas;¹¹⁹ de manera análoga, se ha observado que en esta concepción se descuida la distinción fundamental entre juicios de valor, a los que se adapta la justificación retórica, y juicios de validez, que son susceptibles de demostración lógica.¹²⁰

Si las diversas razones que hasta ahora hemos mencionado ponen en crisis la noción unitaria del razonamiento jurídico que es utilizada por Perelman, la escasa validez de la misma noción se evidencia cuando el autor instaura la ecuación entre razonamiento jurídico y razonamiento del juez, esencialmente en la medida en la que no se puede hablar propiamente de un razonamiento del juez, sino que es necesario distinguir entre el procedimiento mediante el cual el juez llega a la decisión y el procedimiento con el cual justifica la decisión racionalizándola en la motivación. En efecto, ahí en donde enuncia la equivalencia entre el razonamiento jurídico y el razonamiento del juez, Perelman aclara que busca referirse al razonamiento con el cual el juez motiva la decisión;¹²¹ sin embargo, a propósito de la motivación se limita a repetir la ya señalada diferenciación respecto al carácter incuestionable de la demostración matemática, mientras que cuando enfrenta el tema del juicio de hecho y del juicio de derecho no describe el carácter típico de la motivación que tiene que ver

■ Michele Taruffo ■

con la decisión formulada por el juez sobre las cuestiones relativas, sino que se refiere al procedimiento con el cual el juez llega a esa decisión, individuando el espacio argumentativo dentro del margen de discrecionalidad del cual dispone el juez.

Resulta evidente, entonces, la confusión entre los dos tipos de razonamiento que el juez realiza, confusión que conduce a una consecuencia, por decir lo menos, curiosa: mientras se propone mostrar la naturaleza argumentativa de la motivación, Perelman no dice nada en relación con esta última, y busca poner en evidencia los componentes retóricos del procedimiento de formación del juicio. Ello constituye un caso de mala aplicación de la misma teoría de la argumentación, que precisamente se presenta como una teoría del discurso justificativo y no como una teoría del procedimiento heurístico o deliberativo.¹²² También a propósito del concepto de razonamiento del juez, en consecuencia, se reproduce en el pensamiento de Perelman la tendencia a las generalizaciones apresuradas: al no advertir que el concepto mismo no es unitario y anulando la distinción entre procedimiento decisonal y razonamiento justificativo, resulta negada la posibilidad de individuar las respectivas peculiaridades de los dos tipos fundamentales de razonamiento del juez.¹²³

b. El problema del “auditorio universal”

La aplicación de la doctrina de Perelman a la motivación no es crítica solo bajo el perfil de su dudosa eficacia descriptiva, sino también porque no parece ser idónea para resolver de manera satisfactoria los problemas fundamentales que surgen en el ámbito de la motivación. Como se ha advertido en varias ocasiones, el principal de esos problemas tiene que ver con la individuación del carácter de racionalidad que debe tener el razonamiento justificativo elaborado por el juez para que se pueda decir que la motivación está efectivamente motivada. Ahora bien, al ponerse en una alternativa radical frente a los razonamientos estructurados de conformidad con la lógica demostrativa, cuya racionalidad está constituida por la lógica deductiva, la teoría de la argumentación identifica el carácter racional de la argumentación misma no en la existencia de nexos lógicos, sino en la idoneidad de la argumentación para suscitar el consenso del auditorio al cual está dirigida.¹²⁴ Al tratar de individuar además un criterio que no esté limitado a personas o situaciones particulares, la racionalidad de la

▪ Sobre algunas teorías del juicio y de la motivación ▪

argumentación termina por definirse como la idoneidad para encontrar el asentimiento del “auditorio universal”, es decir, de la generalidad de los seres racionales.¹²⁵ El concepto de auditorio universal como criterio de comprobación de la racionalidad de la argumentación, asume por lo tanto un papel central en el pensamiento de Perelman; por otra parte, éste se revela como el punto que es tal vez más débil e inconsistente de la entera teoría de la argumentación. En efecto, el concepto de auditorio universal ha sido el principal blanco de las críticas más radicales y eficaces que le han sido dirigidas a la doctrina perelmaniana, y que se alimentan en la constatación de que ésta no logra definir lo que debe entenderse por racionalidad de la argumentación.¹²⁶ Sin discutir analíticamente el punto, vale la pena recordar que el concepto examinado entra en crisis esencialmente bajo dos perfiles, el primero de corte eminentemente metodológico, y el segundo de corte prevalecientemente ideológico. Bajo el primer perfil, debe subrayarse que se trata de una noción “compleja, escurridiza y de contornos indefinidos”,¹²⁷ que no es para nada idónea para constituir en sentido operativo un *test* de racionalidad de la argumentación; en consecuencia, la relación argumentación-auditorio debe ser volteada, en el sentido de que no se puede llamar racional la argumentación en la medida en la que es aceptada por un auditorio universal, sino más bien que, si la argumentación es racional, entonces es válida para cualquier auditorio dispuesto a emitir un asentimiento racional.¹²⁸ Ello equivale, por otra parte, a cambiar el fundamento de la racionalidad, reconociéndola en las propiedades (lógicas) que son intrínsecas a la argumentación, *a priori* respecto del asentimiento por parte del auditorio. Bajo el segundo perfil, el concepto de auditorio universal se presenta como la manifestación de una ideología conformista y conservadora de la racionalidad: si ésta depende del asentimiento del auditorio (y el calificativo de universal tiene una significación escasa), entonces se trata de una idea de racionalidad que en sustancia opera una pura y simple remisión a los prejuicios y a los lugares comunes con base en los cuales el auditorio está dispuesto a otorgar su consentimiento.¹²⁹ En todo caso, teniendo en cuenta los instrumentos de manipulación del consenso existentes en la sociedad actual, se trata de un modo para convertir la irracionalidad difundida en un criterio de racionalidad.¹³⁰ Queda entonces claro que de la concepción perelmaniana de la racionalidad como adecuación a los valores del auditorio universal deriva una ideología de la motivación del todo inaceptable, según la cual,

■ Michele Taruffo ■

la justificación de la decisión derivaría exclusivamente de la obsequiosidad frente a los prejuicios dominantes, y no de la validez objetiva de las razones que la fundan.

Por otra parte, consideraciones no menos negativas deben hacerse sobre la configuración del razonamiento con el cual el juez llega a la decisión. Al delinear la categoría de la “deliberación consigo mismo”,¹³¹ Perelman afirma que al procedimiento decisorio deben aplicársele los mismos cánones de racionalidad que caracterizan la argumentación justificativa: quien debe tomar una decisión debe ponderar los criterios respecto al eventual asentimiento del auditorio universal. Se trata de una construcción profundamente abstracta y artificiosa, en la cual se reproduce toda la falta de certeza que es inherente al concepto general de auditorio universal, pero ello no constituye ni siquiera el vicio más relevante. Lo que más llama la atención es que, de este modo, el conformismo de la “razón” ya no está prescrito como regla de comportamiento de alguna manera externa, es decir, a propósito de la elección de los argumentos justificativos, sino que tiende a presentarse como canon absoluto del pensamiento y de toda actividad heurística y deliberativa: a este punto el costo ideológico de dicha “racionalidad” se vuelve verdaderamente insostenible.

c. El papel de la argumentación retórica en la motivación

Excluir el que la teoría de la argumentación proporcione un exhaustivo modelo descriptivo y prescriptivo del procedimiento decisorio y del razonamiento justificativo realizados por el juez, no significa, por otra parte, negarle toda relevancia desde el punto de vista de los problemas de los que nos ocupamos. En efecto, dicha teoría se revela eficaz para poner en evidencia aspectos que habían sido descuidados, o incluso deformados, por las tradicionales doctrinas logicistas del juicio y de la motivación, y que habían sido identificados de manera discutible por las contrapuestas posturas irracionalistas. La teoría en cuestión tiene, por lo tanto, una validez parcial en relación con el tema del razonamiento del juez, validez de la que vale la pena indicar de manera general los límites.

Desde un primer punto de vista, el mayor resultado que ésta logra es el mostrar que ni el razonamiento decisorio, ni la motivación están constituidos por estructuras deductivas “cerradas” y rigurosamente formalizadas. Por el contrario, existen diversas áreas del razonamiento del juez,

▪ Sobre algunas teorías del juicio y de la motivación ▪

constituidas esencialmente por valoraciones de carácter axiológico y por elecciones discrecionales entre alternativas con una misma validez,¹³² en las cuales no es posible detectar una forma lógica de razonamiento deductivo: esas áreas se encuentran ubicadas tanto dentro del procedimiento que lleva a la decisión, como dentro del razonamiento justificativo que constituye la motivación. Bajo este aspecto, el objetivo que la teoría de la argumentación confronta con mayor eficacia es el modelo silogístico del juicio y de la motivación. Debe subrayarse, por lo demás, que los espacios que se “abren” como consecuencia de lo anterior, es decir que no están dominados por la fuerza incuestionable de la lógica deductiva, no se convierten, por esa razón, carentes totalmente de lógica: queda siempre la posibilidad de analizar su estructura según las formas de la lógica inductiva¹³³ o, en todo caso, siguiendo criterios que no son deductivos pero siguen siendo lógicos. Ello significa que la argumentación retórica no tiene, en el razonamiento del juez, el rol de elemento esencial característico, sino un alcance variable y, en todo caso, secundario: ella funciona como un instrumento justificativo en aquellos casos en los que el juez no le confiere a su propio razonamiento una forma lógica determinada; pero es, de cualquier manera, el carácter lógico de la argumentación el que representa el requisito esencial en la medida en la que la decisión tiene una estructura lógica que puede identificarse con momentos de argumentación persuasiva.¹³⁴ En esencia, así como el método tópico funciona en los momentos en los que el razonamiento decisorio está lógicamente “abierto”, pero no representa su naturaleza fundamental, la argumentación retórica ocupa los espacios no lógicos del razonamiento justificativo, pero no lo agota.

Bajo un perfil diverso, la teoría de la argumentación tiene una cierta eficacia en relación con el modo de concebir la racionalidad del discurso justificativo, aunque, como se ha señalado antes, no llega a definir de manera satisfactoria un criterio de racionalidad del argumento retórico satisfactorio. A pesar de ello, en efecto, resulta evidente la imposibilidad para definir como racional solamente al razonamiento que tenga una forma lógica rigurosamente deductiva. De lo anterior se deriva una importante indicación en relación con la necesidad de relativizar el concepto de racionalidad tomando en cuenta el tipo y la función del discurso específico que es analizado, y evitando aplicar al razonamiento jurídico los criterios de racionalidad que valen para un ámbito diferente como,

■ Michele Taruffo ■

por ejemplo, el campo científico.¹³⁵ Debe subrayarse también que la adopción de este punto de vista conlleva implicaciones de las que el mismo Perelman no parece haberse percatado con suficiente claridad, y que contrastan con su intento de volver absoluto, al menos en el campo de las ciencias sociales, el concepto de racionalidad que se deriva de la teoría de la argumentación. La primera es que el criterio de racionalidad del discurso debe relativizarse no sólo con referencia a la función que determina el “campo” del discurso, sino también con referencia a las premisas filosóficas e ideológicas con las cuales se configura el discurso mismo; de esta manera, establecer en qué consiste la racionalidad de la motivación no significa solamente distinguir el discurso justificativo del juez de los otros tipos de discurso jurídico y no jurídico, sino que implica también la elección de una determinada perspectiva metodológica en el análisis del fenómeno, y la adopción de una determinada ideología del juicio, de la función del juez y, además, de la motivación. Cada modelo del razonamiento del juez depende de la toma de posiciones de este tipo, de tal manera que su valoración no puede prescindir de la valoración de las premisas filosóficas e ideológicas sobre el cual aquél se funda; ello implica, además, la sistematización histórica de los criterios de racionalidad del razonamiento del juez.¹³⁶ Si se toma en cuenta lo anterior, la posición de Perelman sobre el problema de la racionalidad de ese razonamiento, aun cuando sea válida como *argumentum destruens* frente al modelo silogístico del juicio, resulta por muchas razones como insatisfactorio. Por un lado, la crítica a dicho modelo sigue siendo eficaz sobre el plano polémico pero débil en el plano teórico, en la medida en la que no toma en cuenta a las razones filosóficas e ideológicas que históricamente han influido en el sentido de hacer del silogismo el canon absoluto de racionalidad del razonamiento del juez. Por las mismas razones, la propuesta de una “nueva racionalidad” corre el riesgo de no llegar a poner efectivamente en crisis las concepciones irracionalistas del juicio. Por otro lado, el mismo concepto argumentativo de racionalidad tiende a escapar a su relativización en la medida en la que se generaliza cada vez más la afirmada validez de la teoría de la argumentación, mientras que sus fundamentos filosóficos e ideológicos quedan un tanto inciertos; en consecuencia, no puede no compartirse la afirmación de que “instead of contending for the position of primacy, rhetoric should rather try to solve problems relating to its own foundation”.¹³⁷

▪ Sobre algunas teorías del juicio y de la motivación ▪

En conclusión, y a pesar de los diversos aspectos interesantes que presenta, la doctrina perelmaniana del razonamiento del juez no alcanza el objetivo de demostrar cómo la naturaleza esencial de dicho razonamiento, y su carácter racional, no sean de tipo lógico sino argumentativo. En consecuencia, las tesis de Perelman sobre el problema que nos interesa no lo resuelven y no invalidan la afirmación de que la estructura racional de la motivación deba ser buscada mediante la individuación de la estructura lógica del discurso justificativo realizado por el juez, y no limitándose a poner en evidencia los componentes retórico-persuasivos que éste presenta.

NOTAS

¹ Respecto de la doctrina más antigua *cfr.* especialmente: SCHULTZE, *Privatrecht und Prozess*, Freiburg, 1883, pp. 219 y ss.; STEIN, *Das Private Wissen des Richters*, Leipzig, 1893, pp. 6 y ss. y *passim*; WEHLI, "Beiträge zur Analyse der Urteilsfindung", en *Festschr. Für A. Wach*, Leipzig, 1913, pp. 405 y ss.; WACH, "Die Tat und Rechtsfrage bei der Revision im Civilprozess", en *JW*, n. 10, 1881, pp. 73 y ss. La doctrina en cuestión constituyó la base para las aproximaciones institucionales sobre la naturaleza del juicio: *cfr.* por ejemplo ROSENBERG-SCHWAB, *Zivilprozessrecht*, 10ª ed., Munich, 1969, p. 686.

Para formulaciones más recientes e indicaciones ulteriores, *cfr.* SCHEUERLE, "Beiträge zum Problem der Trennung von Tat-und Rechtsfrage", en *Archiv für die zivilistische Praxis*, 1958-1959, pp. 1 y ss.; SCHNEIDER, *Logik für Juristen*, Berlin-Frankfurt am Main, 1965, pp. 109 y ss., 297 y ss.; KLUG, *Juristische Logik*, Berlin, 1951, pp. 48 y ss.; HENKE, *Die Tatfrage. Der unbestimmte Begriff und eine Revisibilität*, Berlin, 1966, pp. 94 y ss.; KRÜGER, *Allgemeine Staatslehre*, Stuttgart, 1964, p. 794; KRIELE, *Theorie der Rechtsgewinnung entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation*, Berlin, 1967, pp. 47 y ss.; ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Frankfurt am Main, 1970, pp. 40 y ss.; LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin-Heidelberg-Nueva York, 2ª ed., 1969, pp. 228 y ss., y especialmente ENGISCH, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, Heidelberg, 2ª ed., 1960, pp. 7 y ss., quien recuerda cómo no se trata de una doctrina formulada sólo por juristas, sino que encuentra correspondencia también en el campo filosófico como, por ejemplo, en Kant y en Schopenhauer.

² La descripción del juicio como silogismo es un lugar común extremadamente difundido, y al respecto no son necesarias extensas referencias bibliográficas. Respecto de las expresiones más orgánicas en la doctrina italiana *cfr.* ALFREDO ROCCO, *La sentenza civile*, 1906 (reimp. Milán, 1962, pp. 4 y ss. y 31); MENESTRINA, *La pregiudiziale nel processo civile*, Viena, 1904, pp. 39 y ss., 75 y ss.; CALAMANDREI, "La genesi logica della sentenza civile", en *Opere giuridiche*, vol. I, Padua, 1930, pp. 11 y ss.; CARNELUTTI, "Limiti del rilievo dell' error in iudicando in Corte di Cassazione", en *Studi di diritto processuale*, vol. I, Padua, 1925, pp. 371 y ss.

La doctrina francesa no ha mostrado, normalmente, una atención particular respecto a la descripción silogística del juicio, pero ha terminado, de igual manera, por utilizarla ampliamente como presupuesto del análisis del juicio de casación; *cfr.*, por ejemplo, MARTY, *La distinction du fait et du droit. Essai sur le pouvoir contrôle de la Cour de cassation sur les juges du fait*, París, 1929, pp. 12, 178 y ss.; RIGAUX, *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, Bruselas, 1966, pp. 36 y ss.

³ *Cfr.* ROSENBERG-SCHWAB, *op. cit.*, *loc. cit.* nota 1; ENGISCH, *Logische Studien*, cit. nota 1, p. 16; MENESTRINA, *op. cit.*, nota 2, pp. 41 y ss.; RIGAUX, *op. cit.*, nota 2, p. 39.

⁴ En ese sentido *cfr.*, por ejemplo, HÉBRAUD, "La logique judiciaire", 5ª *Colloque des Instituts d'Etudes Judiciaires*, París, 1969, pp. 28 y ss., 46 y ss.; SOULEAU, *ibidem*, pp. 61 y ss.; MARTY, *op. cit.*, nota 2, p. 12; ESSER, *op. ult. cit.*, nota 1, pp. 41 y 43; WASSERSTROM, *The Judicial Decision. Toward a Theory of Legal Justification*, Stanford, 1961, p. 15; LLOYD, "Reason and Logic in the Common Law", en *Law Quarterly Review*, n. 64, 1948, pp. 468 y ss.

■ Michele Taruffo ■

⁵ En ese sentido *cfr.* FAZZALARI, *Il giudizio civile di cassazione*, Milán, 1960, pp. 68 y ss.; *id.*, *La giurisprudizione volontaria. Profilo sistematico*, Padua, 1953, pp. 136 y ss. Desde un punto de vista marcadamente más psicológico *cfr.* SCHEUERLE, *Rechtsanwendung*, Nuremberg-Düsseldorf, 1952, pp. 39 y ss.

⁶ *Cfr.*, por ejemplo, MARTY, *op. cit.*, nota 2, *loc. cit.*; WASSERSTROM, *op. cit.*, nota 4, p. 19; MICHAELIS, “Ueber das Verhältnis von logischer und praktischer Richtigkeit bei der sogenannten Subsumtion (Eine Kritik der Kritiken am Subsumtionsbegriff)”, en *Gött. Festschr. OLG Celle*, Gotinga, 1961, pp. 117 y ss.; LLOYD, *op. ult. cit.*, nota 4, p. 477; CALOGERO, *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione* (1937), reimpresión Padua, 1964, pp. 55 y ss.; STONE, *Legal System and Lawyers' Reasoning*, Stanford, California, 1964, pp. 315 y 321.

⁷ *Op. ult. cit.*, pp. 48 y ss. y *passim*.

⁸ Alrededor de la misma época es el planteamiento doctrinario de BETTI (*cfr. Diritto processuale civile italiano*, Roma, 1936, p. 310) que, por otra parte, más que una crítica a la teoría del silogismo judicial, es un intento sintético por delinear la estructura del juicio utilizando las categorías lógicas de la filosofía de Croce. Sin embargo, es significativo el hecho de que el mismo Betti, al refutar el modelo silogístico, le reconozca un valor descriptivo, aun cuando sólo esté limitado a la relación entre la norma y la realidad concreta (véase, *ibidem*, nota 12).

⁹ Este tipo de crítica al modelo silogístico es muy difundida, especialmente en la doctrina alemana, y da lugar a dos líneas de pensamiento bastante distintas. La primera parte de la falta de idoneidad del silogismo para configurar la determinación de las premisas de la decisión, para demeritar el modelo silogístico y centrar la atención en la actividad valorativa con la cual el juez individúa dichas premisas (entre los planteamientos más recientes en ese sentido *cfr.* KRIELE, *op. cit.*, nota 1, pp. 50 y ss.; HENKE, *op. cit.*, nota 1, pp. 94 y ss.; ESSER, *op. ult. cit.*, nota 1, pp. 50 y ss.; *id.*, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Frankfurt am Main, 1970, pp. 14 y ss.; *id.*, *Grundsatz und Norm*, cit., pp. 236 y ss.). La segunda, en cambio, no desestima el modelo deductivo, el cual es considerado como idóneo para poder representar la fase esencial del juicio, e incluso tiende a integrarlo configurando lógicamente la actividad de determinación de las premisas sobre las cuales se funda el razonamiento silogístico del juez (*cfr.* ENGISCH, *Logische Studien*, cit. nota 1, pp. 13 y ss., 37 y ss. y *passim*; MICHAELIS, *op. cit.*, nota 6, pp. 120 y ss.).

¹⁰ La opinión de CALOGERO en relación con la estructura del juicio está sintetizada por la afirmación de que “la eliminación de su carácter silogístico facilita la posibilidad de advertir su lógica más radical, la cual consiste en su categórico emitir juicios mediante la subsunción” (*op. cit.*, nota 6, p. 57). La reducción se manifiesta en la medida en la que la subsunción no es necesariamente algo distinto respecto al silogismo, sino que puede ser algo solamente menos complejo, tratándose de una aseveración “en la cual el sujeto que expresa la acción que se realizó, es subsumido por el predicado que expresa la norma contenida en la ley” (CALOGERO, *op. cit.*, nota 6, p. 58). No queda duda, en efecto, que la subsunción puede enmarcarse dentro del silogismo como parte de la premisa menor (véase *infra* en el texto), y entonces el modelo subjuntivo acaba siendo una mera reducción del modelo silogístico (ni siquiera CALOGERO demuestra lo contrario). En consecuencia a su tesis puede hacerse la misma objeción que él le formula al modelo silogístico, dado que también la subsunción expresa una manera en la que se configura el juicio, pero no indica cómo el juez llegue a emitir ese juicio, ni cómo realice las elecciones que presupone la subsunción. Por otra parte, debe recordarse también que el recurso a la categoría de la

■ Sobre algunas teorías del juicio y de la motivación ■

subsunción no sirve, de por sí, para resolver ningún tipo de problema, dado que el mismo concepto de subsunción es ambiguo y se presta a una pluralidad de definiciones diferentes (cfr. LAZZARO, *Storia e teoria della costruzione giuridica*, Turín, 1965, pp. 201 y ss.).

¹¹ Sobre el tema cfr. ENGISCH, "Le fait et le droit en droit allemand", FORIERS, "La distinction du fait et du droit devant la Cour de Cassation de Belgique", HALLEMANS, "Le juge devant la distinction du fait et du droit", ASCARELLI, "Le fait et le droit devant la Cour de Cassation italienne", PERELMAN, "La distinction du fait et du droit. Le point de vue du logicien", todos ellos en *Le fait et le droit. Etudes de logique juridique*, Bruselas, 1961, pp. 27 y ss., 51 y ss., 78 y ss., 113 y ss., 269 y ss. Cfr. además ENGISCH, *Logische Studien*, cit. nota 1, pp. 90 y ss., 114 y ss.; HENKE, *op. cit.*, nota 1, pp. 187 y ss.; SCHEUERLE, *Beiträge*, cit., nota 1; KUCHINKE, *Grenzen der Nachprüfbarkeit tatrichterlicher Würdigung und Feststellungen in der Revisionsinstanz, Ein Beitrag zum Problem von Rechts- und Tatfrage*, Bielefeld, 1964; LARENZ, *Methodenlehre*, cit., nota 1, pp. 243 y ss.; MARTY, *op. cit.*, nota 2, pp. 178 y ss.; NASI, "Giudizio di fatto (dir. proc. civ.)", en *Enciclopedia del Diritto*, t. XVI, Milán, 1967, pp. 967 y ss.; TARUFFO, "Note in tema di giudizio di fatto", en *Rivista di diritto civile*, 1971, pp. 33 y ss.

¹² En este sentido, cfr. por ejemplo PERELMAN, *La distinction*, cit., nota 11, p. 271; DESCHENAUX, *La distinction du fait et du droit dans la procédure de recours au tribunal fédéral*, Friburgo, 1948, pp. 13 y ss.; RIGAUX, *op. cit.*, nota 2, p. 38; MARTY, *op. cit.* nota 2, pp. 204 y ss.; ESSER, *Vorverständnis*, cit., nota 1, p. 61; ENGISCH, *Logische Studien*, cit. nota 1, pp. 18 y ss.

¹³ La consecuencia del estudio de la naturaleza compuesta de la premisa menor del silogismo judicial no es, en efecto, la negación de dicha distinción, sino más bien su reafirmación de acuerdo con criterios más articulados para separar, dentro de la afirmación de los hechos materia del juicio, lo que tiene que ver con la reconstrucción "histórica" respecto de lo que tiene que ver con su calificación jurídica. Sobre los problemas que surgen al respecto, cfr. esencialmente ENGISCH, *Logische Studien*, cit. nota 1, pp. 82 y ss.

¹⁴ Véase en tal sentido *Diritto e processo*, cit., p. 212. En un sentido análogo, pero en un contexto cultural completamente diferente, cfr. DEWEY, "Logical Method and the Law", en *Cornell Law Quarterly*, n. 10, 1924, p. 22.

¹⁵ El que la motivación no tenga necesaria y esencialmente una estructura silogística está demostrado tanto por la relevancia que en la misma asumen argumentaciones de una naturaleza distinta (respecto de lo cual, véase particularmente LAZZARO, *Gli Argomenti dei giudici. Estratto dai lavori della ricerca sulla "argomentazione giuridica"*, C.N.R., Turín, 1970), como por el hecho de que, también bajo el aspecto lógico, la motivación comprende una pluralidad de formas justificativas de tipo no deductivo (véase *infra*, cap. V, § 3).

¹⁶ Véase *infra* el punto d) en relación con la función ideológica de la doctrina silogística de la motivación.

¹⁷ En los análisis generales sobre la lógica jurídica, la deducción silogística es considerada como una de las posibles formas de la argumentación jurídica, en cuyo contexto puede combinarse o alternarse con formas diversas (cfr. por ejemplo KALINOWSKI, *Introduzione alla logica giuridica*, trad. it., Milán, 1971, pp. 175 y ss., 240 y ss.; WEINBERGER, *Rechtslogik. Versuch einer Anwendung moderner Logik auf das juristische Denken*, Viena-Nueva York, 1970, pp. 163 y ss.). Por otra parte, el problema de la pluralidad de formas lógicas se plantea también al interior de la misma categoría silogística, a partir del hecho de que, junto al silogismo que se presenta en primera instancia *in barbara*, al cual se hace referencia regularmente, existen todas las otras formas elaboradas

■ Michele Taruffo ■

por la lógica escolástica, que constituyen un amplio repertorio de formas netamente diversificadas entre sí (para un análisis sintético pero exhaustivo al respecto *cfr.* TAMMELO, *Outlines of Modern Legal Logic*, Wiesbaden, 1969, pp. 17 y ss.).

¹⁸ *Cfr.* LLOYD, *op. ult. cit.*, nota 4, p. 480; ENGISCH, *Logische Studien*, cit. nota 1, pp. 17 y ss.; MICHAELIS, *op. cit.*, nota 6, pp. 118, 120 y 141.

¹⁹ Sobre los límites que encuentra el uso deductivo de las máximas de la experiencia *cfr.* TARUFFO, *Studi sulla rilevanza della prova*, Padua, 1970, pp. 199 y ss.; *id.*, "Certezza e probabilità nelle presunzioni", in *Foro Italiano*, 1974, V, p. 89.

²⁰ *Cfr.* por ejemplo RIGAUX, *op. cit.*, nota 2, p. 43, y de manera más amplia *infra*, cap. V, § 2. Para ejemplificaciones en relación con la determinación del criterio jurídico de decisión mediante una cadena deductiva (por otra parte no rigurosamente silogística) *cfr.* ENGISCH, *Logische Studien*, cit. nota 1, p. 16.

²¹ *Cfr.* ENGISCH, *op. ult. cit.*, nota 1, pp. 22 y ss.; MICHAELIS, *op. cit.*, nota 6, pp. 118 y ss. Debe subrayarse, por otra parte, que el mismo concepto de subsunción no implica por sí mismo ninguna indicación específica en relación con la estructura lógica del juicio al que se refiere. Aun limitando su significado al vínculo entre hecho y norma (para referencias a otros usos del término *cfr.* RIGAUX, *op. cit.*, nota 2, pp. 44 y ss.), es decir, a lo que comúnmente se entiende por calificación jurídica de los hechos, el concepto de subsunción sigue siendo no obstante muy genérico, porque no indica la estructura lógica de dicho vínculo, de manera que sigue siendo dudosa la equiparación de subsunción y de deducción (*cfr.* LAZZARO, "Sussunzione", en *Novissimo Digesto Italiano*, Turín, t. XVIII, 1971, pp. 975 y ss.). Por otra parte, el análisis de las modalidades a través de las cuales es realizada la calificación jurídica de los hechos concretos lleva a distinguir dos operaciones de naturaleza diversa: a) la subsunción en sentido estricto (*Subsumtion*) de los hechos concretos en un concepto jurídico definido, al cual puede reconocérsele un carácter fundamentalmente deductivo; y b) la reconducción de los hechos concretos (*Zuordnung*) a un "tipo" legal que no tiene naturaleza deductiva, en la medida en la que el "tipo" no tiene las características lógicas de la premisa mayor de la deducción (sobre el tema *cfr.* en general LARENZ, *Methodenlehre*, cit., nota 1, pp. 423 y ss. y especialmente pp. 440 y ss.).

²² En este orden de ideas *cfr.* sin duda alguna WASSERSTROM, *op. cit.*, nota 4, pp. 23 y ss., 28 y ss.

²³ *Cfr.* CALOGERO, *op. cit.*, nota 6, pp. 48 y ss., CARNELUTTI, "Bilancio del positivismo giuridico", en *Discorsi intorno al diritto*, 2ª ed., Padua, 1953, p. 255; HÉBRAUD, *op. cit.*, nota 4, p. 32; RIGAUX, *op. cit.*, nota 2, p. 42; en un sentido parcialmente distinto *cfr.* SOULEAU, *op. cit.*, nota 4, p. 56.

²⁴ *Cfr.* las indicaciones referidas en la nota precedente. WASSERSTROM, *op. cit.*, p. 29, pone relevancia en el hecho de que, en la motivación, el recurso al procedimiento deductivo, siempre y cuando sea utilizado correctamente, puede tener una cierta utilidad; en esta situación, afirma además, la objeciones en contra de la teoría deductiva resultan irrelevantes, en la medida en la que están dirigidas a combatir una teoría del juicio y no a una teoría de la motivación. Por otra parte, partiendo del presupuesto de que no se implique un problema de estructura del juicio, es bastante difundida la opinión de que el uso de la deducción en el ámbito de la justificación de la decisión pueda ser ventajosa, ya sea porque permite insertar con seguridad la decisión en el ordenamiento (en ese sentido, HÉBRAUD, *op. cit.*, nota 4, pp. 55 y ss.), o bien porque se considera que de tal manera se efectúa una verificación de la rectitud lógica y jurídica de la decisión (*cfr.* WASSERSTROM, *op. cit.*, nota 4, pp. 138 y ss.; DEWEY, *op. ult. cit.*, nota 14, p. 24;

■ Sobre algunas teorías del juicio y de la motivación ■

RIGAUX, *op. cit.*, nota 2, p. 42; ENGISCH, *Logische Studien*, cit. nota 1, p. 7; ESSER, *Wertung*, cit., pp. 15 y ss.; *id.*, *Grundsatz und Norm*, cit., pp. 236 y ss.; MICHAELIS, *op. cit.*, nota 6, pp. 128 y ss.; WRÓBLEWSKI, "Legal reasoning in legal interpretation", en *Logique et Analyse*, 1969, p. 29).

²⁵ Para una amplia crítica de la motivación silogística en el sentido referido *cfr.* JENSEN, *The Nature of Legal Argument*, Oxford, 1957, pp. 7 y ss.

²⁶ La tendencia a considerar desde un punto de vista silogístico a la motivación no se deriva, en consecuencia, solamente de condicionamientos históricos y culturales de diverso tipo, sino que implica también el posicionamiento ideológico del juez en relación con la motivación (en relación con lo cual véase *infra*), que puede traducirse en el uso consciente e instrumental de una cierta forma lógica con la finalidad de darle a la motivación una apariencia de necesidad y, por lo tanto, a la decisión que la misma justifica, eliminando del discurso los momentos de elección valorativa que en cuanto tales no son susceptibles de una demostración objetiva.

²⁷ Sobre la existencia de componentes ideológicos, además que de fines teóricos, en el análisis del problema de la aplicación del derecho, véase WRÓBLEWSKI, "Il modello teorico dell'applicazione della legge", trad. it. en *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1967, pp. 25 y ss.

²⁸ Sobre la función ideológica del modelo deductivo de decisión, que se ha planteado de manera coherente con la concepción de la norma y del ordenamiento que es típica del positivismo jurídico clásico, *cfr.* WASSERMANN, *Der politische Richter*, cit., pp. 22 y ss.; de manera análoga, y en relación con las razones ideológicas de la crisis de ese modelo, *cfr.* LITTEN, *Politisierung der Justiz*, cit., pp. 18 y ss. En relación con los componentes ideológicos del contraste entre las teorías formalistas y antiformalistas del juicio, *cfr.* WRÓBLEWSKI, "Legal reasoning in legal interpretation", cit. nota 24, pp. 3 y 11.

²⁹ Sobre la interpretación como actividad de mero conocimiento del significado "verdadero" de la norma, y sobre las características generales de dicha ideología de la interpretación, *cfr.* TARELLO, *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Bologna, 1974, pp. 411 y ss. Sobre la acentuación del carácter "científico" del juicio, presente, por ejemplo, en el pensamiento de Savigny, *cfr.* BRÜGGEMANN, *Die richterliche Begründungspflicht. Verfassungsrechtliche Mindestanforderungen an die Begründung gerichtlicher Entscheidungen*, Berlín, 1971, p. 50.

³⁰ Ello se deriva de un doble nivel de presupuestos: por un lado, el principio de completitud del ordenamiento asume que el juez está siempre en condiciones para determinar, mediante operaciones puramente cognoscitivas, una norma positiva con base en la cual decidir la litis (entre otras cosas, porque lo que no está calificado por una norma se define, con diversos argumentos, como jurídicamente irrelevante; *cfr.* al respecto, el amplio análisis que realiza CONTE, *Saggio sulla completezza degli ordinamenti giuridici*, Turín, 1962, pp. 80 y ss.; sobre la completitud como "valor" véase *ibidem*, pp. 143 y ss.). Por otro lado, los instrumentos interpretativos que se considera utiliza el juez para resolver las antinomias y colmar las lagunas, son colocados, a su vez, en el plano exclusivamente lógico-cognoscitivo (*cfr.* COING, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, 2ª ed., Berlín, 1969, pp. 335 y ss.; LARENZ, *Methodenlehre*, cit., nota 1, pp. 10, 16 y 29; CONTE, *op. cit.*, pp. 11 y ss.; TARELLO, *op. ult. cit.*, pp. 425 y ss.); al respecto, el ejemplo más significativo está constituido por la configuración puramente lógico-silogística del *argumentum a simili* (en relación con el cual, véase en un sentido decididamente crítico CONTE, *op. cit.*, pp. 106 y ss.; TARELLO, *op. ult. cit.*, pp. 427 n. 5 con indicaciones ulteriores; HELLER, *Logik und Axiologie der analogen Rechtsanwendung*, Berlín, 1961, pp. 3 y ss., 89 y ss.).

■ Michele Taruffo ■

³¹ Sobre las características generales de los modelos causal y causal-deductivo del juicio de hecho, véase de manera más detallada TARUFFO, *Studi*, cit., nota 19, pp. 171 y ss., 192 y ss.

³² La predeterminación normativa del resultado de la prueba y de la relativa eficacia, además, es coherente con el modelo examinado en el texto también bajo otro punto de vista. Ella implica, en efecto, la modificación, en el plano de la "cuestión de derecho", de la valoración de la prueba, con lo que se invierte el problema en términos de la interpretación de normas y se abre la vía, entre otras cosas, para ejercer el control por vía de la casación por violación de la ley. Se trata de una "juridificación" del juicio de hecho, con lo cual, en gran medida, éste es reabsorbido en el ordenamiento como un sistema completo y cerrado de criterios de decisión.

³³ Tal vez tiene más relevancia ideológica de lo que afirma esa doctrina, lo que ella niega implícitamente. Por ejemplo, la concepción "cognoscitiva" o "científica" del juicio excluye que éste se inspire en valores diversos de los que están incorporados en las normas positivas o que puedan referirse a la voluntad del legislador. Por otra parte, esa concepción asume como valor preeminente el rigor lógico del juicio, prescindiendo de la consideración de su justicia bajo el perfil socioeconómico. No es casual que cuando se subrayan estas diversas funciones de la decisión afloran contextualmente posturas ideológicas diversas de las que inspiraron el proceso de la edad liberal, como es el caso de las ideologías del estado socialdemocrático (como por ejemplo en el caso de WASSERMANN, *op. cit.*, pp. 96 y ss., 103 y ss., y LITTEN, *op. cit.*, nota 28, pp. 90 y ss.), o bien como ocurre con la ideología marxista (sobre cuya concepción del juicio *cfr.*, por ejemplo, KIETZ-MÜHLMANN, *Konfliktursachen und Aufgaben der Zivil und Familien rechtspflege*, Berlín, 1969, pp. 5 y ss.).

³⁴ *Cfr.* sobre el tema WASSERSTROM, *op. cit.*, nota 4, p. 14.

³⁵ Sobre la función política del mencionado concepto de neutralidad del juez *cfr.* WASSERMANN, *op. cit.*, nota 4, p. 52, así como TARELLO, *op. ult. cit.*, pp. 476 y ss.

³⁶ Estas connotaciones forman parte de la imagen general del jurista *als solcher* delineada por Windscheid (*cfr.* WASSERMANN, *op. cit.*, p. 23; HATTENHAUER, *Zwischen Demokratie und Hierarchie*, Karlsruhe, 1971, p. 168), que todavía hoy es invocada como defensa de la "pureza" ideológica del juez (*cfr.*, por ejemplo, FLUME, "Richter und Recht", en *Verhandlungen des Sechszwanzigsten Deutschen Juristentages*, Essen, 1966, Munich-Berlín, 1967, Band II (Sitzungsberichte), cap. 12 ss.). Por otra parte, es justamente esa imagen la que entra en crisis cuando se constatan los cambios radicales que sufrió la posición del juez dentro de la estructura política de la sociedad; *cfr.* LITTEN, *op. cit.*, nota 28, pp. 56 y ss.

³⁷ *Cfr.* las anotaciones de WASSERMANN, *op. cit.*, pp. 58 y ss. sobre el período de la Constitución de Weimar; en relación con temas específicos, *cfr.* además "Magistratura e classi sociali nell'età giolittiana: prime ipotesi di lavoro", en *Politica e diritto*, 1972, pp. 509 y ss.; FAZIO-VIAZZI, *Istigazione a delinquere e apologia di reato nella giurisprudenza dall'unità ad oggi*, *ibidem*, pp. 533 y ss., de donde se observa netamente el contraste entre praxis e ideología enunciado por los teóricos, en el mismo momento histórico en el que tiene su máxima difusión la imagen del juez que se discute en el texto.

³⁸ No es casual, el punto en el cual el modelo bajo examen es puesto en discusión de manera más decidida, incluso por autores respecto de los que no existe la sospecha de ultrancismo ideológico, tiene que ver precisamente con la naturaleza necesariamente valorativa de la actividad con la que el juez "llena" las normas en blanco o utiliza principios generales de normas de decisión. Sobre el tema *cfr.* ESSER, *Grundsatz und Norm*, cit.,

▪ Sobre algunas teorías del juicio y de la motivación ▪

pp. 51 y ss., 95 y ss., 150 y ss., y *passim*; *id.*, cit., nota 1, pp. 47 y ss., 63 y ss.; *id.*, *Wertung*, cit., pp. 5 y ss.; TEUBNER, *Standards und Direktiven in Generalklauseln: Möglichkeiten und Grenzen der empirischen Sozialforschung beider Präzisierung der Gute-Sitten-Klauseln im Privatrecht*, Frankfurt am Main, 1971, pp. 42 y ss., 61 y ss. y *passim*.

³⁹ Debe hacerse notar que la imagen amenazante de la interpretación *contra legem* es frecuentemente invocada para suscitar escándalo en contra de quien rechaza la imagen lógico-mecanicista del juez “como tal” (en ese sentido véase a FLUME, *op. cit.*, nota 36, cap. 20 y ss.), abusando así de una visión simplista según la cual es *secundum legem* todo lo que es no valorativo y no político, mientras que es *contra legem* todo lo que va más allá de una aplicación formalista de la norma positiva.

⁴⁰ Sobre la función de cobertura y disimulación que juega la motivación rigurosamente construida bajo el perfil lógico frente a las elecciones reales del juez, *cfr.* WASSERMANN, *op. cit.*, p. 93; BIEDENKOPF, *Die Betriebsrisikolehre als Beispiel richterlicher Rechtsfortbildung*, Karlsruhe, 1970, pp. 26 y ss.; RASEHORN, “Justiz und Rechtswirklichkeit”, en *Deutsche Richterzeitung*, 1964, p. 227.

⁴¹ Para refrendar el punto de vista sociológico *cfr.* LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren*, Neuwied del Rin-Berlin, 1969, p. 134.

⁴² VIEHWEG, Theodor, *Topica e giurisprudenza*, trad. it., G. Crifò (ed.), Milán, 1962.

⁴³ La fuente a la cual Viehweg se remite expresamente (*op. cit.*, p. 31) es un conocido escrito de Nicolai Hartmann (*Diesseits von Idealismus und Realismus*, en *Kant-Studien*, XXIX, 1924, pp. 160 y ss.) en el cual se ponía en evidencia la contraposición entre pensamiento sistemático y pensamiento aporético en la estructura de la doctrina kantiana. Viehweg transfiere dichos conceptos a la ciencia jurídica, identificando el pensamiento aporético o problemático con el método tópico, por un lado, y asimilando el pensamiento sistemático al método de la *Begriffsjurisprudenz*, por el otro; de esta manera, se delinea una especie de matriz filosófica en la recuperación de la tópica antigua en contraposición a la jurisprudencia de corte sistemático. En un sentido crítico respecto al modo desenvuelto con el que se realiza esa operación *cfr.* KRIELE, *op. cit.*, nota 1, pp. 119 y ss.

⁴⁴ Sobre el tema *cfr.* LARENZ, *Methodenlehre*, cit., nota 1, pp. 150 y ss.; ZIPPELIUS, “Problemjurisprudenz und Topik”, en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1967, n. 20, pp. 2240 y ss.; HORN, “Zur Bedeutung der Topiklehre Theodor Viehwegs für eine einheitliche Theorie des juristischen Denkens”, en *Neue Juristische Wochenschrift*, n. 20, 1967, pp. 602 y ss.; DIEDERICHSEN, “Topisches und systematisches Denken in der Jurisprudenz”, en *Neue Juristische Wochenschrift*, n. 19, 1966, pp. 697 y ss.; ESSER, *Grundsatz und Norm*, cit., pp. 44 y ss., 218 y ss.; STOECKLI, “Topic and Argumentation. The Contribution of Viehweg and Perelman in the Field of Methodology Applied to Law”, en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, n. 54, 1968, pp. 581 y ss.; CRIFÒ, *Introduzione a la traduzione italiana de Viehweg*, cit., p. XV y ss. Sobre la relevancia que tiene la tópica para la teoría de la interpretación de las normas constitucionales en particular, *cfr.* de manera amplia KRIELE, *op. cit.*, nota 1, pp. 114 y ss.

⁴⁵ Para cualquier referencia específica en ese sentido *cfr.* VIEHWEG, *op. cit.*, pp. 103 y ss.

⁴⁶ Sobre ambos puntos, *cfr.* LARENZ, *Methodenlehre*, cit., nota 1, p. 154. Sobre el segundo de dichos puntos en particular *cfr.* KRIELE, *op. cit.*, nota 1, pp. 149; ZIPPELIUS, *op. cit.*, nota 44, p. 2233.

⁴⁷ El mismo VIEHWEG (*op. cit.*, pp. 33 y ss.) hace referencia a las implicaciones que se plantean entre el sistema y el problema, pero en su pensamiento emergen con mayor

■ Michele Taruffo ■

evidencia las respectivas razones del contraste. Sobre la posible solución de la contraposición en el concepto de “sistema abierto” (respecto del cual véase LARENZ, *Methodenlehre*, cit., nota 1, pp. 156 y ss.) cfr. además KRIELE, *op. cit.*, nota 1, p. 121; sobre la relación dialéctica entre pensamiento sistemático y pensamiento problemático en el conocimiento cfr. ZIPPELIUS, *op. cit.*, nota 44, p. 2230 y, de manera análoga, DIEDERICHSEN, *op. cit.*, nota 44, el cual pone en relieve justamente el carácter simplificador de la contraposición, en la medida en la que la misma no toma en cuenta la pluralidad de los posibles tipos de sistema. Al respecto, cfr. WEINBERGER, “Topik und Plausibilitätsargumentation”, en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, n. 59, 1973, pp. 25 y ss.

⁴⁸ La tópica es esencialmente un procedimiento de *discusión* del problema (véase VIEHWEG, *op. cit.*, pp. 6 y *passim*), pero no un método de solución del problema mismo. Ella opera, en efecto en dos niveles: el primero consiste en recurrir a los diversos puntos de vista que se presentan como significativos; el segundo consiste en la elaboración de los “catálogos” de *topoi* que pueden utilizarse para los diversos problemas (cfr. VIEHWEG, *op. cit.*, pp. 35 y ss.; LARENZ, *Methodenlehre*, cit., nota 1, p. 152). De ninguno de los dos planos, sin embargo, emerge una metodología de la solución del problema; en este sentido véase ciertamente WEINBERGER, *op. ult. cit.*, nota 47, pp. 22 y ss., 28.

⁴⁹ Cfr. VIEHWEG, *op. cit.*, pp. 23 y ss., 40 y ss.; HORN, *op. cit.*, nota 44, pp. 602 y ss.

⁵⁰ En el pensamiento aristotélico es fundamental la distinción entre la lógica de las inferencias fundadas sobre premisas ciertas (apodíctica) y la lógica del razonamiento que parte de premisas opinables (dialéctica) (cfr. KNEALE-KNEALE, *Storia della logica*, trad. it., Turín, 1972, pp. 17, 83 y ss.). En ambos casos la estructura del razonamiento es, no obstante, silogística, al variar solamente el *status* de las premisas. La tópica es, entonces, el método de determinación de las premisas del silogismo dialéctico, y sirve esencialmente para resolver cuestiones definitorias y clasificatorias haciendo uso de los lugares comunes más atendibles (cfr. KNEALE-KNEALE, *op. cit.*, p. 45; KRIELE, *op. cit.*, nota 1, pp. 133 y ss.). Mucho menos rigurosa es la definición ciceroniana de la tópica, luego difundida en la escolástica y en la lógica jurídica del Renacimiento, en la cual se inspira el mismo Viehweg, según la cual es tópico todo argumento no indubitable que utiliza para la solución de un problema los puntos de vista disponibles en el nivel del sentido común.

⁵¹ Cfr. VIEHWEG, *op. cit.*, pp. 95 y ss.

⁵² Aquí emerge la concepción ciceroniana (véase nota 50) del *topos* como premisa que sirve de fundamento para el razonamiento así como *sedes e quibus argumenta promuntur*, de donde se deriva la idea de los *topoi* como compilaciones de afirmaciones listas para ser usadas en la argumentación retórica (cfr. VIEHWEG, *op. cit.*, pp. 24 y ss.; KRIELE, *op. cit.*, nota 1, pp. 144 y ss.); y de donde, además, resulta la idea de los catálogos de *topoi* agrupados por sector o por tema, entendidos como el cuadro sinóptico de los conocimientos disponibles al respecto (este modo de entender la tópica ha sido el más difundido históricamente, sin embargo constituye la razón del abandono de la tópica ante la expansión de las posturas analítico-científicas; cfr. ZIPPELIUS, *op. cit.*, nota 44, p. 2231). En razón de lo anterior resulta coherente la concepción de la tópica jurídica como conjunto de aforismos que sintetizan y vulgarizan a los principios jurídicos (véanse los ejemplos planteados por VIEHWEG, *op. cit.*, p. 37), así como a la concepción del *jus civile* como actividad encaminada a la redacción de compilaciones de puntos de vista utilizables en la discusión de los problemas jurídicos (véase *ibidem*, p. 59). Resulta entonces evidente que Viehweg se haya inspirado en una concepción retórico-escolástica tanto de la tópica como del *jus civile*.

■ Sobre algunas teorías del juicio y de la motivación ■

⁵³ Sobre las características estructurales del *topos* véase STRUCK, *Topische Jurisprudenz. Argument und Gemeinplatz in der juristischen Arbeit*, Frankfurt am Main, 1971, pp. 14 y ss., 38 y ss., 47 y ss.

⁵⁴ Cfr. VIEHWEG, *op. cit.*, pp. 35 y ss., 58 y ss.; STRUCK, *op. cit.*, nota 53, pp. 20 y ss., 55 y ss. Con ello, por otra parte, no queda demostrada la antítesis radical entre tópica y sistemática: el catálogo tópico es muchas veces un sistema rudimentario, o puede ser entendido como la vulgarización de un sistema (cfr. KRIELE, *op. cit.*, nota 1, p. 145).

⁵⁵ Al respecto, la objeción decisiva a las tesis de Viehweg proviene de LARENZ, *Methodenlehre*, cit., nota 1, pp. 153 y ss., quien observa que el punto débil de dichas tesis consiste en no haber precisado el contenido del concepto de *topos* jurídico, respecto al cual queda una ambigüedad de fondo que termina por repercutir sobre la misma idea general de aplicación de la tópica al derecho.

⁵⁶ Cfr. VIEHWEG, *op. cit.*, pp. 18, 42 y ss. Lo atendible del *topos* subsiste, por lo tanto, dentro de los límites de un grupo social o cultural (cfr. STRUCK, *op. cit.*, nota 53, pp. 105 y ss.), pero la doctrina tópica deja irresuelto el problema de las condiciones objetivas que son necesarias, en un momento histórico dado y en un ambiente determinado, para que se pueda decir que un *topos* existe.

⁵⁷ Cfr. STONE, *Reasons and Reasoning*, cit., p. 780.

⁵⁸ La única indicación que arroja la doctrina tópica respecto al razonamiento decisorio es que éste debe tener en cuenta los diversos argumentos tópicos que son relevantes en relación con la decisión, sin descuidar ningún punto de vista entre los varios que son potencialmente utilizables (cfr. KRIELE, *op. cit.*, nota 1, p. 140). Se trata, en efecto, de una banalidad, sobre la cual es difícil construir un modelo tópico del razonamiento del juez (en un sentido fuertemente crítico contra la sobrevaloración del papel que tiene la tópica al respecto, véase en general WEINBERGER, *op. ult. cit.*, nota 47, pp. 26 y ss.; *id.*, "Fundamental Problems of the Theory of Legal Reasoning", en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, n. 58, 1972, p. 332).

⁵⁹ Paradójicamente, la característica principal del *topos* reside en la incertidumbre y en la indeterminación de su significado (cfr. STRUCK, *op. cit.*, nota 53, pp. 14 y ss., 47 y ss.), de donde se deriva la posibilidad de compenetración semántica entre *topoi* diversos y la imposibilidad de establecer relaciones lógicas entre *topoi* (véase *ibidem*, pp. 55 y ss.).

⁶⁰ Un ejemplo muy significativo lo proporciona una de las obras más difundidas de la literatura tópica del siglo XVI, es decir, los *Loci Argumentorum Legales* de Nicolaus Eueraldus (en la ed. *auctor, venetiis*, MDLVIII). El autor sigue el método tradicional de la redacción en forma de catálogo, y examina 131 *topoi*, entre los cuales aparecen ya sea principios estrictamente jurídicos (por ejemplo, bajo el nombre de *locus a libello ad sententiam* está analizado el principio por el cual *sententia debet esse conformis libello* so pena de nulidad), como temas lógicos y lógico-jurídicos (desde el *locus ab ordine* a los *ab etymologia*, *a generalitate*, *ab exceptione ad regulam*, *a verisimili*, *a simili*, y así sucesivamente). Debe hacerse notar que el catálogo no tiene ningún orden ni división por materias, y comprende una selección casual de los tipos de temas más frecuentes en la argumentación jurídica.

⁶¹ Cfr. por ejemplo el catálogo propuesto por STRUCK, *op. cit.*, nota 53, pp. 20 y ss., en el cual aparece una serie de principios jurídicos (por ejemplo: *lex posterior derogat legi priori*, *res iudicata pro veritate accipitur*, *audiatur et altera pars*). Al respecto se plantea un problema que la teoría tópica no enfrenta, inherente al hecho de que cuando el *topos* corresponde al contenido de una norma positiva no tiene mucho sentido de

■ Michele Taruffo ■

hablar de razonamiento tópico, dado que se trata de interpretar y de aplicar la norma en cuanto tal; por otra parte, si el *topos* contrasta con una norma positiva, evidentemente no es posible que el juez desaplique la norma para juzgar de conformidad con el *topos*.

⁶² Esa es sustancialmente la concepción de Viehweg, quien no define y no distingue los *topoi* que entran en el razonamiento jurídico, e incluso deja del todo indeterminado el concepto de *topos* jurídico, de modo que queda abierta la posibilidad de ampliar *ad libitum* el concepto mismo.

⁶³ Cfr. ESSER, *Grundsatz und Norm*, cit., p. 44.

⁶⁴ Cfr. STRUCK, *op. cit.*, nota 53, pp. 18 y 79, quien confunde la cláusula general o la norma “en blanco” como espacio de operatividad del *topos* dentro del derecho codificado, y la cláusula general (por ejemplo, el concepto de buenas costumbres) como *topos*.

⁶⁵ La opinión prevaleciente es en el sentido de que la tópica pueda ser considerada, en la mejor de las hipótesis, como una técnica de formulación del problema, pero que no pueda ser entendida, en todo caso, como un método para individuar y fundar la decisión; cfr. KRIELE, *op. cit.*, nota 1, pp. 146 y ss.; ZIPPELIUS, *op. cit.*, nota 44, p. 2233; DIEDERICHSEN, *op. cit.*, nota 44, p. 702; STONE, *op. e loc. ult. cit.*; WEINBERGER, *Topik und Plausibilitätsargumentation*, cit., nota 47, pp. 23 y 28; *id.*, *Fundamental Problems of the Theory of Legal Reasoning*, cit., nota 58, p. 333.

⁶⁶ Cfr., por ejemplo, HORN, *op. cit.*, nota 44, pp. 602 y ss.; STRUCK, *op. cit.*, nota 53, pp. 58 y ss, 78.

⁶⁷ Cfr. sobre el tema ZIPPELIUS, *op. cit.*, nota 44, p. 2232.

⁶⁸ Cfr. en particular KRIELE, *op. cit.*, nota 1, pp. 146 y ss.

⁶⁹ En el momento en el que el juez deduzca a partir de los valores prevalecientes en un cierto ambiente social los criterios de integración de los espacios “vacíos” del ordenamiento (sobre este tema cfr., con referencia a las cláusulas generales, TEUBNER, *op. cit.*, nota 38, pp. 90 y ss.), surge el problema del modo en el cual la ideología del juez condiciona la percepción de las “normas sociales” y de la valoración de acuerdo con criterios de justicia (punto sobre el cual véase *ibidem*). Por otra parte, no ocasionalmente la remisión a los *topoi* valorativos difundidos en el *ethos* social corre el riesgo de resolverse en una fórmula vacía: lugares comunes como el interés (sobre los cual cfr. ESSER, *Grundsatz und Norm*, cit., p. 38; VIEHWEG *op. cit.*, p. 111) carecen, de por sí, de contenido específico y operan, en un sentido o en otro, dependiendo del tipo de interés que el juez toma en cuenta. Pero entonces no es el *topos* el que determina el juicio, sino la elección de valor con la cual el juez concretiza el *topos*: la decisión es justa o injusta dependiendo de la “norma social” no en la medida en que sea tópica o no tópica, sino en la medida en que la elección del juez es o no conforme con los valores sobre los cuales dicha “norma” se funda.

⁷⁰ El tema no es abordado bajo este perfil en la obra de VIEHWEG; para observaciones útiles pero episódicas al respecto cfr. STRUCK, *op. cit.*, nota 53, pp. 78 y ss.; y en general cfr. HORN, *op. cit.*, nota 44, pp. 604 y ss.

⁷¹ Cfr. el § precedente.

⁷² Que la argumentación tópica no tenga propiedades lógicas características, no significa, por otra parte, que ésta sea alógica, sino solamente que en ella pueden estar presentes las varias formas que figuran en la argumentación lógica en general (tal vez con alguna limitación inherente a la deducción en sentido estricto). El hecho de que el *topos* solo proporcione premisas “opinables” indica, por una parte, que la argumentación relativa se coloca sobre el plano dialéctico (cfr. BODENHEIMER, “A Neglected Theory of

■ Sobre algunas teorías del juicio y de la motivación ■

Legal Reasoning", en *Journal of Legal Education*, n. 21, 1969, pp. 378 y ss.), y por otra parte, que sobre dichas premisas puede fundarse, en línea de máxima, solamente una inferencia de forma inductiva, que sólo es idónea para producir conclusiones que pueden ser atendibles en diverso grado, pero que no son "ciertas". Todo ello implica, de cualquier manera, que el único test de validez de la argumentación está constituido por la lógica de la inferencia; *cfr.* en ese sentido WEINBERGER, *Topik und Plausibilitätsargumentation*, cit., nota 47, pp. 32 y ss.

⁷³ *Cfr.* VIEHWEG *op. cit.*, pp. 21 y ss., 54 y ss.

⁷⁴ *Cfr.* STRUCK, *op. cit.*, nota 53, pp. 76 y ss.

⁷⁵ Sobre el tema, *cfr.* TARELLO, *op. ult. cit.*, pp. 426 y ss. Sobre la instrumentalidad y la variabilidad del uso de dichos argumentos *cfr.* LAZZARO, *Gli Argomenti dei giudici*, cit., nota 15, *passim*.

⁷⁶ *Cfr.*, por ejemplo, EUERALDUS, *op. cit.*, pp. 1 y ss., 61, 181 y ss.

⁷⁷ *Cfr.*, por ejemplo, el catálogo propuesto por STRUCK, *op. cit.*, nota 53, pp. 20 y ss.

⁷⁸ La máxima de la experiencia puede ser definida como *topos* en la medida en la que siga siendo indeterminado su efectivo peso cognoscitivo, y se identifique en ella una aserción típica del sentido común, fundada sobre una percepción genérica del *id quod plerumque accidit*. Dicha definición se vuelve dudosa, sin embargo, en la medida en la que se individualice la forma lógica y el contenido cognoscitivo de la aserción que constituye en concreto la "máxima" (para un análisis más amplio sobre el tema, véase TARUFFO, "Certeza e probabilità nelle presunzioni", en *Foro Italiano*, 1974, V, pp. 68 y ss., así como las indicaciones posteriores).

⁷⁹ *Cfr.* ESSER, *Grundsatz und Norm*, cit., pp. 44 y 222.

⁸⁰ *Cfr.* STRUCK, *op. cit.*, nota 53, pp. 89 y 101. Sobre el uso, en particular, del *argumentum ex auctoritate* en la justificación de la decisión *cfr.* FRIEDRICH, "The Problem of Authority in Legal Reasoning", *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, n. 59, 1973, pp. 179 y ss.

⁸¹ *Cfr.* la reseña crítica de las varias opiniones en HOROVITZ, *Law and Logic*, Viena-Nueva York, 1972, pp. 328 y ss. En el sentido de que no se trata de un argumento lógico *cfr.*, por el contrario, TAMMELO, *Outlines of Modern Legal Logic*, cit., nota 17, pp. 129 y ss.; AMATO, *Logica Simbolica e diritto*, Milán, 1969, pp. 129 y ss.

⁸² *Cfr.* KALINOWSKI, *Introduzione alla logica giuridica*, cit., nota 17, pp. 228 y ss., 235 y ss.; HELLER, *op. cit.*, nota 30, p. 132; GREGOROWICZ, "L'argument a majori ad minus et le problème de la logique juridique", en *Logique et Analyse*, n. 5, 1962, pp. 66 y ss. Lo dicho en el texto no significa que se trate de inferencias lógico-formales en sentido estricto, sino que subsisten, para cada tipo de argumento, condiciones lógicas de uso vinculadas a su estructura, en relación con las cuales es posible establecer si el argumento está utilizado de manera válida o no.

⁸³ En ese sentido, al contrario, STRUCK, *op. cit.*, nota 53, p. 21.

⁸⁴ *Cfr.* al respecto ESSER, *Grundsatz und Norm*, cit., pp. 39 y ss., 87 y ss., 107 y ss., 141 y ss., y en general toda la obra, en la cual el problema del recurso a los principios generales del derecho no está planteado en una perspectiva tópica (a pesar de existir alguna referencia a la misma), sino, precisamente, en el marco constituido por la estructura del ordenamiento y por la teoría y praxis de la interpretación. En un sentido diferente *cfr.* ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, cit., nota 1, p. 153.

⁸⁵ En ese sentido *cfr.* en general WEINBERGER, *Topik und Plausibilitätsargumentation*, cit., nota 47, pp. 32 y ss.

■ Michele Taruffo ■

⁸⁶ Cfr. en particular STRUCK, *op. cit.*, nota 53, pp. 99 y ss.

⁸⁷ En relación con los márgenes de maniobra argumentativa permitidos por las características de indeterminación y de ambigüedad semántica del *topos* cfr. STRUCK, *op. cit.*, nota 53, pp. 14 y ss., 38 y ss., y en particular respecto de la acentuación retórico-persuasiva de la argumentación que aprovecha de dichas características por fuera de toda regla lógica y con la única finalidad de obtener el consenso de su interlocutor, véanse las pp. 100 y ss. de la obra referida.

⁸⁸ Cfr. ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, cit., nota 1, p. 152; WEINBERGER, *op. e loc. ult. cit.*

⁸⁹ Cfr. ESSER, *op. e loc. ult. cit.*

⁹⁰ Cfr. STRUCK, *op. cit.*, nota 53, pp. 71 y ss.

⁹¹ Sobre la función del estilo argumentativo tópico como trámite del consenso y del control externo cfr. ESSER, *op. e loc. ult. cit.* pp. 151 y ss.

⁹² Sobre esta definición cfr. ESSER, *Grundsatz und Norm*, cit., pp. 44 y 218.

⁹³ Admitido el hecho de que la decisión y la motivación deben ser coherentes con determinados valores, no debemos concluir que el método decisorio tópico y el estilo argumentativo tópico sean la única vía para permitir esa coherencia. En efecto, subsisten al menos otras dos posibilidades: la primera está representada por la relevancia sociológica de los valores, de su alcance y difusión, con la finalidad de obtener datos idóneos para fundar inferencias inductivas (cfr. HOROVITZ, *Law and Logic*, cit., nota 81, pp. 80 y 218); la segunda está constituida por el análisis ideológico de las implicaciones valorativas que están presentes en la decisión, y proporciona un marco de posibles comparaciones entre la ideología del juez y la de la sociedad (sobre el punto de la "racionalidad ideológica" de los juicios de valor del juez, véase *infra* cap. V, § 2, inciso d)).

⁹⁴ Sobre el tema cfr. STRUCK, *op. cit.*, nota 53, pp. 38 y ss.

⁹⁵ En este sentido cfr. ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, cit., nota 1, pp. 43 y ss., 152.

⁹⁶ Sobre este punto se centra especialmente la crítica marxista de la doctrina tópica, resaltando el hecho de que se trata de un modo para reprimir la dialéctica de los intereses de clase, y para disimular los conflictos a través de un "democraticismo verbal" ficticio; cfr. por ejemplo KLENNER, "Juristische Argumentation in Brüssel", en *Neue Justiz*, 1972, p. 17.

⁹⁷ El problema del control sobre la justicia de la decisión y el del consenso social sobre ella deden ser separados de manera neta (mientras que en cambio hay una tendencia a confundirlos por parte de ESSER, *op. e loc. ult. cit.* pp. 151 y ss.). En efecto, puede existir consenso sin control, es decir, sin una postura crítica consciente; no sólo es más probable que exista consenso en la medida en la que el control crítico efectivo sea menos intenso (cfr. al respecto LUHMANN, *op. cit.*, nota 41, pp. 196 y ss., 251 y ss.). Por otra parte, el control debe poder producir disenso, debido a que, en caso contrario, sería ficticio. En consecuencia, la valoración en torno a la función de la argumentación tópica no puede ser positiva *a priori*, debido a que ésta puede ser usada tanto para inducir un consenso acrítico, como para suscitar un control crítico.

⁹⁸ Sobre el problema sociológico de la legitimación social de la actuación del juez a través de la inducción de un contexto acrítico, como instrumento de neutralización de los conflictos internos del sistema cfr. LUHMANN, *op. cit.*, nota 41, pp. 27 y ss., 128 y ss.

⁹⁹ Cfr. en particular PERELMAN, "Raisonnement juridique et logique juridique", en *Archives de philosophie du droit*, n. XI, 1966, pp. 1 y ss. e *id.*, "La raisonnement juridique", en *id.*, *Droit, morale et philosophie*, París, 1968, pp. 85 y ss., así como *passim* en PERELMAN y OLBRECHTS-TYTECA, *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*,

■ Sobre algunas teorías del juicio y de la motivación ■

trad. it., Turín, 1966. Para indicaciones ulteriores y para un examen global del problema *cfr.* GIANFORMAGGIO BASTIDA, *Gli argomenti di Perelman dalla neutralità dello scienziato all'imparzialità del giudice*, Milán, 1973, pp. 134 y ss.

¹⁰⁰ *Cfr.* al respecto GIANFORMAGGIO BASTIDA, *op. cit.*, nota 99, pp. 169 y ss.

¹⁰¹ *Cfr.* en tal sentido GIANFORMAGGIO BASTIDA, *op. cit.*, nota 99, pp. 148 y ss.

¹⁰² La tesis de fondo es que la lógica (entendida de manera reduccionista como lógica formal, deductiva y demostrativa) no es aplicable al razonamiento jurídico que, por lo tanto, no debe ser definido como "lógico", sino solamente como "razonable" de acuerdo con los criterios de persuasividad dictados por la teoría de la argumentación retórica; *cfr.* PERELMAN, "Introduction au colloque sur la théorie de la preuve", en *Revue Internationale de Philosophie*, núm VIII, 1954, pp. 5 y ss.; *id.*, "Le rôle de la décision dans la théorie de la connaissance", en *id.*, *Justice et raison*, Bruselas, 1963, pp. 121 y ss.; *id.*, "Logique formelle, logique juridique", en *Logique et Analyse*, n. 3, 1960, pp. 218 y ss.; *id.*, "Désaccord et rationalité des décisions", en *Droit, morale et philosophie*, cit., pp. 103 y ss.; *cfr.* además los dos textos citados en la anterior nota 99.

La tesis en cuestión fue sometida a críticas muy penetrantes, especialmente dirigidas a demostrar cómo ésta se funda en una concepción poco atendible de la lógica, de manera tal que falsea la relación lógica-derecho. En ese sentido *cfr.* HOROVITZ, "Esposé et critique d'une illustration du caractère prétendu non formel de la logique juridique", en *Archives de philosophie du droit*, 1966, pp. 181 y ss.; *id.*, *Law and Logic*, cit., nota 81, pp. 105 y ss., 123 y ss. Para la negación de la alternativa entre lógica y argumentación *cfr.* WEINBERGER, *Topik und Plausibilitätsargumentation*, cit., nota 47, pp. 31 y ss.; *id.*, *Fundamental Problems of the Theory of Legal Reasoning*, cit., nota 58, pp. 332 y ss.

¹⁰³ *Cfr.* PERELMAN, "La spécificité de la preuve juridique", en *Justice et raison*, pp. 206 y ss. En general sobre el punto, y para indicaciones ulteriores, *cfr.* GIANFORMAGGIO BASTIDA, *op. cit.*, nota 99, pp. 142 y ss.

¹⁰⁴ *Cfr.* PERELMAN, "Jugements de valeur, justification et argumentation", en *Justice et raison*, pp. 234 y ss.; PERELMAN y OLBRECHTS-TYTECA, *op. cit.*, nota 99, pp. 79 y ss., 190 y ss. y *passim*. Sobre este problema *cfr.* ampliamente GIANFORMAGGIO BASTIDA, *op. cit.*, nota 99, pp. 85 y ss.

¹⁰⁵ Esta tesis constituye la línea conductora de todo el *Trattato dell'argomentazione*, cit., el cual se presenta incluso como la exposición sistemática de la "lógica" en los ámbitos en los cuales no opera la lógica deductivo-demostrativa, entre los cuales se encuentran el derecho y el razonamiento del juez. En ese sentido, *cfr.* la *Prefazione* de Bobbio a la traducción italiana del *Trattato*, y véanse también, en las pp. XI y ss., las referencias a escritos de otros autores que se pronuncian en el mismo sentido.

¹⁰⁶ Sobre la noción de auditorio universal *cfr.* principalmente PERELMAN y OLBRECHTS-TYTECA, *op. cit.*, nota 99, pp. 28 y ss. y *passim*; *cfr.* también GIANFORMAGGIO BASTIDA, *op. cit.*, nota 99, pp. 216 y ss. Véase además *infra* en el texto.

¹⁰⁷ Sobre este punto *cfr.* en particular PERELMAN, *Raisonnement juridique et logique juridique*, cit., nota 99, p. 85; *id.*, *Raisonnement juridique et logique juridique*, cit., nota 99, pp. 1 y ss.; *id.*, en *Logique et Analyse*, n. XIII, 1970, pp. 26 y ss.

¹⁰⁸ Sobre esa relación entre análisis del razonamiento jurídico y teoría de la argumentación *cfr.* PERELMAN, "Ce qu'une réflexion sur le droit peut apporter au philosophe", en *Justice et raison*, cit., pp. 244 y ss.; *id.*, "Ce que le philosophe peut apprendre par l'étude du droit", en *Droit, morale et philosophie*, cit., pp. 135 y ss. La finalidad instrumental que reside en este modo de plantear el problema es justamente puesta en evidencia por GIANFORMAGGIO BASTIDA, *op. cit.*, nota 99, pp. 136, 148 y ss.

■ Michele Taruffo ■

¹⁰⁹ Para una atenta individuación de la problemática filosófica en la cual se inserta la *Nouvelle Rhétorique*, y de las exigencias metodológicas a las cuales ésta responde, *cfr.* GIANFORMAGGIO BASTIDA, *op. cit.*, nota 99, pp. 32 y ss., 73 y ss.

¹¹⁰ Sobre el tema *cfr.* por ejemplo PERELMAN, *La spécificité de la preuve juridique*, cit., nota 103.

¹¹¹ Por lo demás, debe ponerse en relieve el hecho de que Perelman tiende a observar subsistencias o reafirmaciones de esa imagen con una frecuencia mucho mayor de lo que en realidad no ocurre en las recientes teorías del derecho. Como lo demuestra su postura simplificadora y que reduce la doctrina kelseniana (*cfr.* PERELMAN, “La théorie pure du droit et l’argumentation”, en *Droit, morale et philosophie*, cit., pp. 95 y ss.). La rígida contraposición, frecuentemente delineada de manera bastante artificiosa, entre concepción demostrativa y concepción argumentativa del razonamiento jurídico, resulta condicionada, además, por el hecho de que Perelman evita distinguir el lenguaje de las normas (es decir la estructura del ordenamiento normativo) del discurso sobre las normas (es decir, la estructura del razonamiento del juez o del jurista, que vierte sobre las normas). Viceversa, esa distinción claramente está presente, por ejemplo, justo en la doctrina kelseniana, en donde la concepción lógico-sistemática del ordenamiento está acompañada de una concepción “creativa” y voluntarista del razonamiento interpretativo y aplicativo (*cfr.* KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, trad. it. de M. Losano, Turín, 1966, pp. 267 y ss., 381 y ss.).

¹¹² *Cfr.* BAYART, “Le centre national belge de recherches de logique”, en *Archives de philosophie du droit*, n. XI, 1966, pp. 171 y ss.

¹¹³ *Cfr.* GIANFORMAGGIO BASTIDA, *op. cit.*, nota 99, pp. 148 y ss.

¹¹⁴ Para Perelman, en consecuencia, la especificidad del razonamiento jurídico consiste simplemente en el hecho de que éste no puede ser completamente reducido al razonamiento matemático (véase *La spécificité de la preuve juridique*, *La preuve*, IV, Bruxelles 1963; así como *passim* en los diversos escritos ya citados). Se trata, como es fácil observar, de una noción de especificidad absolutamente genérica que, siendo preeminentemente negativa, prescinde de toda definición de las pretendidas características típicas del razonamiento jurídico.

¹¹⁵ Para una aguda crítica al pensamiento de Perelman en el sentido mencionado *cfr.* HOROVITZ, *Law and Logic*, cit., nota 81, pp. 83 y ss., 105 y ss.

¹¹⁶ *Cfr.* al respecto BOBBIO, “Sul ragionamento dei giuristi”, en *Rivista di diritto civile*, 1955, pp. 5 y ss.

¹¹⁷ En ese sentido BOBBIO, *op. e loc. ult. cit.*; GAVIZZU, “Logica giuridica”, en *Novissimo Digesto Italiano*, Turín, t. IX, 1963, p. 1066.

¹¹⁸ En tal sentido *cfr.* GIANFORMAGGIO BASTIDA, *op. cit.*, nota 99, p. 148.

¹¹⁹ *Cfr.* al respecto GAVIZZU, *op. e loc. ult. cit.*

¹²⁰ *Cfr.* BOBBIO, *op. ult. cit.*, pp. 6 y ss.

¹²¹ *Cfr.* PERELMAN, *Raisonnement juridique et logique juridique*, cit., nota 99, pp. 1 y 3; *id.*, *Raisonnement juridique*, cit., nota 99, p. 85.

¹²² Debe hacerse notar al respecto que, aun cuando la teoría de la argumentación es presentada como lógica de la deliberación racional (*cfr.* por ejemplo PERELMAN y OLBRECHTS-TYTECA, *op. cit.*, nota 99, pp. 3 y ss., 49 y ss. y *passim*), se indica, no obstante, su función preeminente como técnica para acreditar una deliberación ajena proporcionando un ejemplo de deliberación justificada. En todo caso, el acento regularmente está puesto en la justificación argumentativa de la deliberación, más que sobre la formación argumentativa de la deliberación misma. Una excepción al respecto

■ Sobre algunas teorías del juicio y de la motivación ■

la representa la así llamada “deliberación íntima” (respecto de la cual véase *ibidem*, pp. 43 y ss.).

¹²³ La observación de que la lógica del derecho de Perelman es monocorde (cfr. GIANFORMAGGIO BASTIDA, *op. e loc. ult. cit.*) es, por lo tanto, perfectamente legítima. No obstante, vale la pena subrayar que esa concepción de la lógica implica una *reductio* del razonamiento del juez, en la cual son descuidados de manera deliberada todos los elementos que podrían contrastar con ella, de manera que se le resta validez a toda pretensión por considerarla una representación del razonamiento jurídico, y en especial de la motivación.

¹²⁴ Cfr. principalmente PERELMAN y OLBRECHTS-TYTECA, *op. cit.*, nota 99, pp. 19 y ss. y *passim*. Sobre las conexiones entre razón práctica, argumentación y asentimiento del auditorio, cfr. además, PERELMAN, “Justice et raison, e désaccord et rationalité des décisions”, en *Droit, morale et philosophie*, cit., pp. 46 y ss., 103 y ss.; *id.*, “Raison éternelle, raison historique”, “La rôle de la décision dans la théorie de la connaissance”; “Rapports théoriques de la pensée et de l’action”; “Jugements de valeur, justification et argumentation”, en *Justice et raison*, cit., pp. 95 y ss., 121 y ss., 175 y ss., 234 y ss.

¹²⁵ Sobre la definición del concepto de auditorio universal como fuente del criterio de racionalidad de la argumentación cfr. PERELMAN y OLBRECHTS-TYTECA, *op. cit.*, nota 99, pp. 33 y ss., 70 y ss. y *passim*. Para ulteriores reflexiones sobre este punto véase GIANFORMAGGIO BASTIDA, *op. cit.*, nota 99, pp. 216 y ss.

¹²⁶ En este sentido cfr. por ejemplo HOROVITZ, *Law and Logic*, cit., nota 81, pp. 123 y ss.; STOECKLI, *op. cit.*, nota 44, p. 590; STONE, *Human Law and Human Justice*, Stanford, California, 1965, p. 327 y ss.

¹²⁷ Cfr. GIANFORMAGGIO BASTIDA, *op. cit.*, nota 99, p. 217.

¹²⁸ En este sentido cfr. WEINBERGER, *Fundamental Problems of the Theory of Legal Reasoning*, cit., nota 58, p. 333.

¹²⁹ Cfr. WEINBERGER, *op. ult. cit.*, nota 58, p. 331. Sobre la ideología conservadora que subyace a la concepción perelmaniana de la racionalidad cfr. principalmente GIANFORMAGGIO BASTIDA, *op. cit.*, nota 99, pp. 29 y ss., 226 y ss. En particular, por lo que hace a la influencia de esa ideología sobre la visión que Perelman tiene del juicio, cfr. TARELLO, “I ragionamenti dei giuristi tra teoria logica e teoria dell’argomentazione”, en *id.*, *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Bolonia, 1974, pp. 466 y ss.

¹³⁰ Cfr. STONE, *op. e loc. ult. cit.*; en el mismo sentido, pero desde el punto de vista de la doctrina marxista, cfr. KLENNER, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹³¹ Cfr. PERELMAN y OLBRECHTS-TYTECA, *op. cit.*, nota 99, pp. 43 y ss.

¹³² Cfr. al respecto PERELMAN, “Justice et justification. Le raisonnement juridique. Désaccord et rationalité des décisions”, en *Droit, morale et philosophie*, cit., pp. 33 y ss., 92 y ss., 103 y ss.

¹³³ Cfr. en ese sentido HOROVITZ, *Law and Logic*, cit., nota 81, p. 127.

¹³⁴ Cfr. WEINBERGER, *Topik und Plausibilitätsargumentation*, cit., nota 47, pp. 28, 31 y ss.; *id.*, *Fundamental Problems of the Theory of Legal Reasoning*, cit., nota 58, pp. 331 y ss.

¹³⁵ Sobre la relevancia de la distinción entre los diversos *fields of argument* con la finalidad de individuar ciertos conceptos de racionalidad cfr. GOTTLIEB, *The Logic of Choice*, cit., pp. 29 y ss., quien también distingue netamente el campo del razonamiento científico frente al del razonamiento jurídico, aun partiendo de una concepción retórico-argumentativa de este último.

■ Michele Taruffo ■

¹³⁶ Al respecto *cfr.* en general, DENTI, “Scientificità della prova e libera valutazione del giudice”, en *Rivista di Diritto Processuale*, 1972, pp. 431 y ss.

¹³⁷ *Cfr.* WEINBERGER, *Fundamental Problems of the Theory of Legal Reasoning*, cit., nota 58, p. 332. Sobre los componentes metafísicos e ideológicos de dichos fundamentos, y para referencias en torno a su insuficiencia bajo el perfil metodológico *cfr.* TARELLO, *op. ult. cit.*, pp. 461 y ss.