

ASPECTOS FILOSÓFICOS DE LA MOTIVACIÓN JUDICIAL *

por Fabio Caprio Leite de Castro **

1) Introducción

La filosofía del derecho puede fomentar importantes cuestionamientos para una mejor comprensión de los principios jurídicos. Aunque exista polémica sobre la naturaleza de los principios, no se pone en duda su papel fundamental en la dinámica de comprensión del Derecho en la lid judicial. La tarea presentada por este trabajo se dirige al estudio del principio de motivación, bajo la óptica de las teorías del juicio que produjeron diferentes concepciones bajo la obligación judicial de motivar las decisiones. Esta relación es identificada en razón de las explicaciones que pueden ser otorgadas sobre la formación del juicio, implicando en diversas caracterizaciones sobre el entendimiento y la formalización de la motivación.

Taruffo distingue, en general, dos grandes teorías presentadas por la doctrina¹. La primera teoría expresa la orientación sistemático deductiva de cuño jurídico positivista entendiendo el juicio y la motivación a través de la categoría del silogismo judicial. La segunda teoría expresa la orientación antisistemática nacida de la crisis del positivismo jurídico clásico con el surgimiento del problema valorativo, que describe la actividad del juez colocando en destaque los factores tópico-retóricos y argumentativos. La segunda grande posición puede ser dividida aún bajo el aspecto de una teoría tópica del raciocinio y bajo el aspecto de una teoría retórica del argumento.

2) Teoría del Silogismo Jurídico

El silogismo parte de la presencia de una premisa universal y de una premisa particular, de donde se puede establecer una conclusión necesaria. Para entender mejor lo que es la deducción silogística, importa saber que Aristóteles fue el primer pensador a tratar claramente los problemas envolviendo la lógica. En los *Analíticos Anteriores* del *Órganon*², el filósofo se esfuerza para explicar el funcionamiento del silogismo:

«O silogismo é uma locução em que, dadas certas proposições, algo distinto delas resulta necessariamente, pela simples presença das proposições dadas. *Por simples presença das proposições dadas* entendo

* Publicado el 16 de julio de 2003.

** Estudiante de Derecho y Filosofía de la Pontificia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (Brasil).

¹ Michele Taruffo. *La Motivazione della Sentenza Civile*, p. 150.

² El *Órganon* o Tratado de la Lógica Aristotélica es compuesto por seis obras (*Categorías*, *Sobre la Interpretación*, *Analíticos Anteriores*, *Analíticos Posteriores*, *Tópicos* y *Sobre las Refutaciones Sofísticas*).

que é mediante elas que o efeito se obtém; por sua vez, a expressão *mediante elas que o efeito se obtém* significa que não se carece de qualquer outro termo a elas estranho, para se obter esse necessário efeito»³.

En ese ínterin, él distingue entre las predicaciones necesarias y las contingentes, demostrando la importancia en establecerse cuáles son los términos mayor, medio y menor en la construcción del raciocinio. Es preciso recordar que la lógica contemporánea trajo muchas innovaciones por medio de Boole, Frege, Russell y Wittgenstein. La lógica de las relaciones vendría a sustituir la vieja lógica silogística-deductiva, necesitada de la solidez sustancial de los conceptos universales⁴. También fueron detectados algunos equívocos en la definición de término medio empleada por Aristóteles, aunque se admita que la estructura de su pensamiento pueda servir para la teoría de la deducción⁵. Puede ser ofrecido como ejemplo básico de un silogismo: A es predicado de todo B. B es predicado de todo C. Conque A es predicado de todo C.

Es preciso aclarar que el silogismo es estudiado por la lógica formal y simbólica, cuya preocupación es la validez de inferencias válidas, gracias únicamente a su forma. Autores como Frege intentaron identificar la lógica con la lógica formal. En el área jurídica, fueron hechas tentativas de aplicación tanto de la lógica formal clásica aristotélica, como el silogismo jurídico; cuanto de una lógica deóntica, aplicada a las normas⁶, y de una lógica jurídica como la de Perelman⁷.

En la teoría silogística del Derecho, el juicio posee una estructura cerrada cuya premisa mayor es dada por la norma aplicada al caso, mientras la premisa menor es dada por el hecho relevante y la conclusión es dada por la decisión, que aplica la norma al caso en concreto. O sea, partiéndose de un módulo lógico estructural, conocido por deducción silogística desde la filosofía aristotélica, el raciocinio del juez debe recorrer un *iter* para alcanzar la respuesta adecuada al caso.

La teoría silogística tuvo papel importante en las doctrinas alemana e italiana. Alfredo Rocco fue uno de los grandes defensores de la aplicación del silogismo jurídico, al establecer que la sentencia es un acto de inteligencia del juez⁸. En su teoría, queda como cimiento que la función jurisdiccional se divide en la declaración del derecho en el caso concreto; en la realización forzosa del interés de la norma tutelada y en la conservación del estado existente. La función declarativa depende de

³ Aristóteles. *Analíticos Anteriores* - 24b, p.11.

⁴ Elías Dias. *Sociología y Filosofía del Derecho*, p.84.

⁵ Jan Lukasiewicz. *La silogística de Aristóteles desde el punto de vista de la Lógica formal moderna*, p. 35.

⁶ Elías Dias. *Opus Citatum* (nota 4), p. 128.

⁷ La lógica jurídica de Perelman será estudiada en el punto 4.

⁸ Alfredo Rocco. *La sentencia civil*, p. 54.

la sentencia, acto a través del cual la función se realiza⁹. La sentencia es un acto mental del juez que por necesidad, contiene un juicio lógico, y la cuestión consiste en saber si en ella concurre también un elemento volitivo. Rocco es categórico al afirmar que la sentencia no posee declaración de la voluntad del juez y que la voluntad declarada es la de la ley, pues el juez no tendría ninguna voluntad propia sobre la voluntad ya manifestada por el órgano legislativo¹⁰. La sentencia sería, en consecuencia, un acto de inteligencia del juez, realizado por medio de un juicio lógico que se reviste de la forma silogística.

Sin embargo, es posible indicar un primer problema de aplicación del silogismo en el ámbito judicial: el modelo parece ser excesivamente sintético teniendo como base los muchos factores que integran la compleja decisión del juez¹¹. Los propios teóricos se dieron cuenta de la inadecuación de la teoría, intentando ofrecer respuestas al problema. Pues bien, acaba siendo configurada en vuelta del «silogismo final» una serie de «silogismos instrumentales», concatenados de manera tal que sus conclusiones constituyen las premisa de aquél. Así, como quiere el mismo Calogero¹², bajo la égida de la idea de «polisilogismo» permanece la característica sustancial del fundamento basado sobre un único módulo lógico estructural.

En ese punto, se vuelve importante preguntarnos sobre la falsedad y la *integralidad* de la teoría silogística. La falsedad de la representación del juicio queda sustentada en la negación de la actividad lógico-racional del juez. Con esa tesis, las teorías irracionalistas sobre las fuentes del indicio¹³ reciben mayor estímulo, observando la afirmación de una falsedad radical sobre el silogismo. Taruffo argumenta que, bajo la óptica de la falsedad, el problema de la

⁹ Ibidem, p. 51.

¹⁰ Ibidem, p. 53-54. Según el autor: «En la sentencia no hay ninguna declaración de voluntad por parte del juez, cuya obra se reduce a un puro juicio lógico sobre la aplicación de la norma al caso concreto; en la sentencia, la voluntad declarada es la de la ley... «En esta operación el juez no añade ninguna partícula de voluntad propia a la voluntad ya manifestada por el órgano legislativo».

¹¹ Michele Taruffo, Opus Citatum (nota 1), p. 151.

¹² Guido Calogero. *La Logica del giudice e il suo controllo in cassazione*, p. 47. Según el autor: «Anche nel caso che qui sussista, tale ampliamento del normale sillogismo a due premesse in sillogismo a tre o più premesse, o (che è lo stesso) in catena o sistema di più sillogismi (ampliamento la cui esigenza è de resto propugnata da altri processualisti, i quali perciò propongono la sostituzione del classico schema sillogistico con l'altro, pure classico del sorite, o del polisillogismo, e via dicendo) non muta invero la sostanziale natura deduttiva del procedimento mentale, che si considera generatore della sentenza».

¹³ Michele Taruffo, Opus Citatum (nota 1), p. 98-105. Para Taruffo, las teorías irracionalistas formulan que hay una irreductibilidad de cualquier fórmula lógica de las elecciones que están en la base de la decisión. Son presentados por el autor el irracionalismo psicológico (la realidad psicológica no se reduce al raciocinio lógico); el filosófico-axiológico (la actividad judicial se reduce a categorías, colocando al fondo de la decisión una elección de naturaleza intuitiva) y el ingenuo (basado en el «sentido jurídico»).

teoría se presenta también en las tentativas de reconstruir la estructura del juicio mediante otros módulos lógicos¹⁴.

Sin embargo, es en la falta de integralidad que la teoría silogística recibe mayor atención por parte de Taruffo, ya que por esa vía no es necesario renunciar al carácter racional y científico de la decisión judicial. Se pone en tela de juicio la complejidad de la actividad creativa del juez, pues, más allá del elemento cognitivo, debe ser investigado cuál es el elemento volitivo incluido en las decisiones¹⁵.

Las críticas formuladas con base en la complejidad de la decisión judicial fueron presentadas también sobre el carácter formal de la deducción. Calogero sostuvo que el silogismo puede proporcionar una conclusión de las premisas de hecho y de derecho, pero no comprende la actividad esencial del juez con la cual fueron fijadas las premisas. El juez no poseería la «automática tranquilidad de una máquina calculadora»¹⁶. En ese sentido, la mentalidad técnicamente jurídica para que se llegue a una sentencia sería efectivamente más compleja y problemática que un simple silogismo. Siendo así, para Calogero, la comprensión del hecho en la norma no depende de la abstracta deducción lógica. En otras palabras, la concreta integración jurisdiccional no nace como conclusión de silogismo antecedente, ni posee la necesidad de quedar retenida a un silogismo posterior. No se trata de conclusión, ni de premisa, y depende tan sólo de la efectiva situación de las cosas¹⁷.

Para Taruffo, el mayor problema de la doctrina del silogismo judicial consiste en la propuesta de un modelo lógico de la decisión sin distinguir entre la actividad del juez para llegar a la decisión y el raciocinio justificativo que viene expreso en la motivación. El silogismo jurídico es una teoría que se basa en el modo cómo la decisión viene enunciada, presuponiendo que la estructura del raciocinio coincida con la expresión decisoria¹⁸.

¹⁴ Ibidem, p. 153.

¹⁵ Ibidem, p. 152.

¹⁶ Guido Calogero. *Opus Citatum* (nota 12), p. 53-55. Afirma el autor: «E invece il giudice è Ben lontano dal possedere l'automatica tranquillità di una macchina calcolatrice».

¹⁷ Ibidem, p. 68-70. Registra el autor: «Cioè la concreta possibilità di eseguire tale sussunzione, non dipende già dall'astratta verità del principio dell'inerenza, cioè dallo schema logico del giudizio, ma bensì dall'effettiva situazione di cose, onde quanto è designato dal soggetto rientra nel quadro di quanto è designato dal predicato»... «Ora non restano ostacoli per intendere come la sussunzione del fatto sotto la norma, lungi dall'essere idealmente determinata da un paradigma di logica formale, sia una delicata operazione di riconoscimento, per la quale occorre tutto quanto si dice conoscenza delle cose, esperienza tecnico-giuridica, capacità ermeneutica, intendimento della volontà del legislatore».

¹⁸ Michele Taruffo, *Opus Citatum* (nota 1), p. 156.

En la crítica formulada por María Teresa Gonçalves Pero¹⁹, partiéndose de la suposición de que la motivación debe ser la fiel y orgánica prestación de cuentas sobre la vía de raciocinio del juzgador para que se llegue a una decisión, entonces las cuestiones referentes a la naturaleza de la sentencia y de la motivación llegarían realmente a coincidir, pues se forma una resolución unívoca. Sin embargo, concibiéndose la naturaleza del juicio como acto para el cual concurre la influencia de otros factores, los caracteres de la motivación se colocan como problema autónomo, mereciendo autónoma solución.

Así, Taruffo asume que la deducción no queda totalmente abortada. Las tesis porque la estructura deductiva sería un componente de la motivación, aunque haya razones suficientes para alejarla si comprendida como la forma que la motivación debiese portar, y considerarla errada como teoría del juicio²⁰.

Retirado el carácter de necesidad de aplicación del silogismo, se entiende como plausible la posibilidad de utilización de la deducción como uno de los instrumentos lógicos disponibles al juez, tal vez como una excepción, como afirma Taruffo²¹. En tesis, la utilidad del silogismo se puede hacer presente cuando la norma ya fue escogida por el juez y los hechos aclarados. En ese contexto, debe ser hecho un examen de las condiciones lógicas de aplicación del silogismo, en vista de que se trata de un instrumento muy formal. En razón de la naturaleza tautológica del silogismo y de la falta de valores heurísticos, se puede dar un *estatus* de certeza a una decisión que no la merece. Además, puede haber abuso de la aplicación de la forma deductiva entre proposiciones que no poseen relación de lo general a lo particular, no siendo deducibles una de otra.

El peligro constatado por Taruffo reside en el elemento ideológico de la aplicación del silogismo, o sea, en el uso conciente e instrumental de una cierta forma lógica con el objetivo de dar una apariencia de necesidad a la motivación, eliminando del propio discurso el momento de elección valorativa²². Colocándose en tela de juicio la función ideológica de la teoría silogística, queda en evidencia un crédito de la imagen del propio juez, diferente del juicio, destinada a indicar cuál debe ser la realidad concreta y cuál no. En otras palabras, es construido un modelo abstracto e ideal del juicio. De esta manera, la

¹⁹ Maria Thereza Gonçalves Pero. A Motivação da Sentença Civil, p. 139.

²⁰ Michele Taruffo, Opus Citatum (nota 1), p. 156. Así dice el autor: «Essa è peraltro erronea se si presenta come una teoria del giudizio, in quanto non è possibile dimostrare che il ragionamento decisório ha struttura silogistica, mentre è possibile dimostrare che ha una struttura diversa; è invece incompleta se si presenta come teoria della motivazione, poichè la struttura deduttiva è solo una componente della motivazione, mentre vi sono ragioni decisive per respingerla se si presenta come una teoria di ciò che la motivazione dovrebbe essere».

²¹ Ibidem, p. 158.

²² Ibidem, p. 162.

tendencia es concebir el juez como rigidamente neutro y pasivo, excluyéndose la posibilidad de que él tome una posición frente al conflicto social y económico cuya disputa queda elevada al plano jurídico²³.

Se entiende, por consiguiente, que la teoría del silogismo jurídico no es satisfactoria para explicar como se efectiva la decisión, sin ofrecer elementos suficientes para la comprensión de como debe ser hecha la motivación. Lo máximo que se puede hacer es aceptar el silogismo como un instrumento lógico a más, aplicable, con el cual el cuidado debe ser duplo, en función de su formalidad.

3) Teoría Tópica del Raciocinio Jurídico

Entre las orientaciones más reciente sobre la naturaleza del raciocinio jurídico, hay una tesis de notable expresión expuesta por Theodor Viehweg, en la defensa de una estructura tópica del pensamiento jurídico. Su estudio *Topik und Jurisprudenz* parte desde el tópico aristotélico y ciceroniano pasando por el *mos italicus*, llegando hasta el axiomático y la doctrina civilista.

Los orígenes del tópico, así como los del silogismo, remontan al *Órganon* aristotélico. En el tópico, sin embargo, en vez del filósofo griego estudiar el raciocinio deductivo-logístico, o demostración, el objeto del análisis pasa a ser el raciocinio dialéctico, construido a partir de cosas plausibles²⁴.

La preocupación aristotélica en el *Tópico*, según Viehweg, son los lugares de los problemas, o *topoi*:

«Los topoi se refieren lo mismo a objetos jurídicos, físicos, políticos o de cualquier otro tipo diferente, como, p. ej., el tópico de lo más o lo menos; partiendo de él se puede obtener un silogismo o un entinema sobre objetos pertenecientes tanto a la Física como a cualquier otra ciencia»...«Topoi son, por tanto, para Aristóteles, puntos de vista utilizables y aceptables universalmente, que se emplean en favor y en contra de lo opinable y que parecen conducir a la verdad»²⁵.

Aristóteles sostiene que toda proposición (de un argumento) y todo problema (de un discurso) pueden versar sobre cuatro cosas (o cuatro predicables): la definición, el propio, el género o el accidente. La definición es el enunciado que significa lo que es el ser. Propio es lo que

²³ Ibidem, p. 167. Según el autor: «L'immagine in questione esclude dunque che il giudice possa non essere neutrale, intendendosi come non neutralità la possibilità di prendere coscientemente posizione di fronte al conflitto sociale ed economico di cui la controversia è il punto d'emersione a livello giuridico».

²⁴ Aristóteles. *Tópico* (Livro I) – 100b, p. 90.

²⁵ Theodor Viehweg. *Topica y Jurisprudência*, p. 38.

indica lo que es el ser, mas se da solamente en tal objeto y puede intercambiarse con él en la predicación. Género es lo que se predica dentro de lo que es, sobre varias cosas que difieren en especie. Accidente es definido por exclusión, no siendo ninguno de los anteriores, pero puede dar o no dar en un mismo objeto²⁶.

A partir de la definición de los cuatro predicables, el filósofo establece una relación con las categorías, para cuya importancia ya había sido dedicado el primer libro del *Órganon*. En ese camino, son presentados como instrumentos de la dialéctica, además de la inducción y del silogismo: el descubrimiento de premisas iniciales; la diferenciación de expresiones lingüísticas; el descubrimiento de géneros y tipos; el descubrimiento de analogías²⁷. Con esos instrumentos, Aristóteles propone que sean conocidos los tópicos, o los lugares de donde se extrae el material para la demostración.

Cicerón trae algunas modificaciones a los tópicos aristotélicos al escribir *Tópica*, en el año 44 antes de Cristo, produciendo gran influencia en su época²⁸. La distinción entre lo apodíctico y lo dialéctico desaparece. Por otro lado, surge una nueva distinción, en razón de la influencia estoica, visible en la teoría de la disertación, que se compone de dos partes: sobre la invención y sobre la formación del juicio. Sin embargo, Viehweg califica la exposición de Cicerón como imprecisa y hasta mismo insatisfactoria en lo que concierne a la interpretación jurídica²⁹.

En el análisis propuesto por Viehweg, la búsqueda del sentido del tópico es hecha a partir de Aristóteles y Cícero en el mundo antiguo, pasando a los glosadores, en el mundo medieval, llegando hasta la filosofía de Leibniz. La insistencia del autor apunta siempre para una conexión entre la jurisprudencia y la primacía del tópico como estilo de pensamiento. En el mundo moderno, el tópico casi desaparece debido a la importancia del método axiomático-deductivo empleado en el racionalismo, siendo Leibniz el último a ocuparse de su estudio³⁰.

Como deja claro Elías Díaz, el estudio del tópico realizado por Viehweg se preocupó más con el predominio del tópico de que con construir una lógica pluralista, una lógica que utiliza coordinada y coherentemente diversos métodos y procedimientos lógicos³¹. O sea, se deduce de aquí, una crítica sobre la lógica exclusivamente axiomático-deductiva. Vale recordar que, para Viehweg las ciencias humanas no serían sistematizables³², a partir de la notoria diferencia entre sistema

²⁶ Aristóteles. *Tópico* (Livro I) – 102a-102b, p. 95-97.

²⁷ Ibidem – 105a –108b, p. 109-121.

²⁸ Theodor Viehweg. *Opus Citatum* (nota 25), p. 39.

²⁹ Ibidem, p. 43.

³⁰ Elías Dias. *Opus Citatum* (nota 4), p. 96.

³¹ Ibidem, p. 98.

³² Ibidem, p. 98.

(lógico) y problema (tópico). Sin embargo, no se deduce que el Derecho no tiene carácter científico, bastando, para remediar tal interpretación, insistir en su conexión y no en su contraposición.

Teniendo el tópico el carácter de descripción del raciocinio jurídico en general, se pone implícitamente también como teoría del raciocinio del juez³³. Taruffo hace la importante constatación de que el tópico no es propiamente una teoría del juicio, mas apenas una indicación del procedimiento de elección de premisas y de criterios a ser empleados por el juez³⁴. Esta indicación tendría por finalidad indicar los *topoi*, que no estarían colocados en un sistema completo, ordenado, cerrado, con un significado unívoco. En ese procedimiento, se usa no solamente conceptos jurídicos determinados, sino también «lugares comunes» y «puntos de vista» atendidos y difundidos en el ambiente jurídico³⁵. Esta noción mostraría el carácter extrínseco del tópico, volcado para la no rigurosa determinación del significado y para el fundamento de *communis opinio*. Se puede decir entonces, que la propia noción de *topos* es incierta. Aquí hay que tomar cuidado por cuenta de la posibilidad de interpretación en un sentido conformístico. También, se debe mantener atención para los límites del tópico, ya que no hay verdad en el tópico en sí mismo y no se puede utilizarlo como método para descubrir la verdad³⁶.

Taruffo trae, por otra vía, elementos positivos del tópico, en razón de la función heurística que el método tópico ejercita en el cuadro del raciocinio jurídico³⁷. Por esa visión, se hace posible examinar los términos de la *lit* según los diversos puntos de vista por los cuales puede ser resuelta. En ese sentido, tratándose de un método productivo, y no productivo, queda clara su utilidad en la fijación de los criterios de juicio.

La teoría tópica aplicada al discurso del juez para justificar su decisión puede ser vista sobre dos aspectos³⁸. El primero se refiere a la determinación de las premisas que el juez emplea para fundamentar el discurso justificativo. El segundo, anuncia el papel que el raciocinio tópico-dialéctico puede desarrollar como instrumento argumentativo.

En relación a la determinación de las premisas, la crítica que Taruffo presenta va en el sentido de su poca utilidad, así como de la no exclusividad de tal esquema. En lo que concierne al segundo punto, vuelve a la problemática de relación entre sistema y problema ya que la teoría tópica hace emerger, en el contexto de la motivación, una serie de factores relevantes, sobre la finalidad justificativa, huyendo a un

³³ Michele Taruffo. Opus Citatum (nota 1), p. 171.

³⁴ Ibidem, p. 172.

³⁵ Ibidem, p. 174.

³⁶ Ibidem, p. 177.

³⁷ Ibidem, p. 177.

³⁸ Ibidem, p. 179.

análisis puramente lógico-deductivo de una estructura formal³⁹. En ese interin, Taruffo define la presentación de un topos como implicación, concepto o noción⁴⁰. De esa manera, es posible intentar desarrollar un análisis lógico sobre el tópico, no necesariamente deductivo. Mas ese análisis no agota la naturaleza misma del tópico, debido al carácter retórico de tal argumentación. Hay, por consiguiente, una estructura lógica de topos, mas hay también un componente retórico persuasivo, que origina una indeterminación logico-semántica presentada⁴¹. La distinción entre tópico y lógica, se hace, por tanto, no sobre campos diversos de operación y competencia sino sobre los elementos del discurso justificativo.

El papel del raciocinio tópico de la motivación tiene connotaciones positivas sobre tres perspectivas⁴². Importa revelar el nivel lingüístico del discurso justificativo tópico, precisamente sobre la relación entre el discurso del juez y el público, como mediador para una mayor comprensibilidad. Una segunda perspectiva es la formulación sintética de valores y actitudes de fondo, como representación del ambiente socio-político en que se incluye la motivación. Por último, se presenta la ruptura con el logicismo abstracto, que constituye un peligro bastante presente.

Por otro lado, puede ser presentada una connotación negativa, también sobre tres perspectivas⁴³. Es preciso permanecer alerta para el hecho de que la argumentación tópica es eficaz solamente mientras el «lugar común» es consensual, difundido a nivel amplio, o por lo menos en un grupo social. El segundo aspecto se refiere a la adopción de puntos de vista simplificados y reducidos al problema mismo, bajo la óptica de que el *topos* es una enunciación simplificada y aproximativa de un principio o de una regla de juicio. El tercer problema apuntado por Taruffo es la capacidad de provocar una adhesión de tipo emotivo e intuitivo, no mediado por una crítica racional.

Así, se vuelve posible concebir el tópico como un instrumento para la argumentación llevada a cabo por el magistrado en la fundamentación de la decisión judicial. Por ese medio, se cristaliza una manera diferente de comprender la fijación de premisas y la relación establecida, vía proceso, entre el juez, las partes y la sociedad. Por otro lado no se puede olvidar de los posibles peligros de la utilización, derivados de la falta de consenso sobre los «lugares comunes» y de la motivación calcada en adhesiones emotivas.

³⁹ Ibidem, p. 180.

⁴⁰ Ibidem, p. 183.

⁴¹ Ibidem, p. 184.

⁴² Ibidem, p. 186-188.

⁴³ Ibidem, p. 188-191.

4) La Teoría Retórica de la Argumentación Jurídica

La retórica clásica fue reexaminada modernamente por Chaïm Perelman, cuyas contribuciones para la teoría de la argumentación y para la motivación son sensibles. Su teoría abarca el problema de la lógica, de la ética y de la retórica. Ya fue dicho que el autor defiende la concepción de una lógica jurídica⁴⁴, pudiendo ser añadido que ella se da en el ámbito de la retórica de la razón práctica⁴⁵, quedando el presente abordaje restringido a las contribuciones de esa teoría para el deber de motivación.

Según Perelman, creador de la *Nouvelle Rhétorique*, el raciocinio jurídico no debe ser considerado una simple operación deductiva ³/₄ como querían Roco y los defensores del silogismo jurídico³/₄ so pena de ignorar los juicios de valor, insuprimibles del derecho, porque guían el proceso de aplicación de la ley⁴⁶. No podemos dejar de preguntarnos si los juicios son guiados tan solamente por las emociones, o si es posible pensar en una lógica de los valores.

Es forzoso citar la posición positivista, cuyo empleo tiene por consecuencia la restricción del papel de la lógica. Eso se debe a dos problemas detectados. El primero es la imposibilidad lógica del pasaje de juicios de hecho(ser) para juicios de valor (deber ser). Además, los juicios de valor permanecen controvertidos, mientras que la verdad de los hechos y de las proposiciones puede ser demostrada⁴⁷.

Entretanto, si tomamos la visión positivista, se acaba renunciando a la filosofía práctica y abandonando las emociones y los intereses humanos⁴⁸. A partir del ejemplo de la lógica formal de Frege, que buscó en las deducciones matemáticas las muestras para un raciocinio lógico, el autor llegó a la conclusión análoga de que sería posible construir una lógica con juicios de valor a partir de raciocinios valorativos. Surge entonces el problema siguiente:

«Embora o raciocínio do juiz deva empenhar-se para chegar a soluções que sejam eqüitativas, razoáveis, aceitáveis, independentemente de sua conformidade às normas jurídicas positivas, é essencial poder responder à questão: “Mediante quais procedimentos intelectuais o juiz chega a considerar tal decisão como eqüitativa, razoável ou aceitável, quando se trata de noções eminentemente controvertidas?”»⁴⁹.

⁴⁴ La lógica desarrollada por Perelman es llamada de lógica jurídica, con factores que superan la lógica formal.

⁴⁵ Chaïm Perelman. *Lógica Jurídica*, p. 140.

⁴⁶ Ibidem, p. 135.

⁴⁷ Ibidem, p. 136.

⁴⁸ Ibidem, p. 137.

⁴⁹ Ibidem, p. 138-139.

Para responder la pregunta, el autor comienza a describir la importancia de las técnicas de argumentación en la retórica, que objetivan la obtención de acuerdos sobre los valores y sobre su aplicación, cuando éstos son objeto de una controversia. El orador debe tomar como puntos iniciales del discurso los hechos, los valores y (los ya tratados en el tópico) «lugares comunes», siendo su labor, elegirlos y darles una presencia por medio de técnicas de presentación.

El objeto de preocupación de la retórica es la adhesión de las mentes a las tesis presentadas, remitiendo a la persuasión. Además de ella, se vuelve importante la relación de la lógica formal con la retórica, por el convencimiento de las demostraciones; la variación de intensidad de las adhesiones, pues el problema no se transfiere a las verdades sino a valores; en contraposición a la impersonalidad de las verdades⁵⁰.

La Nueva Retórica perelmaniana no se limita al examen de técnicas del discurso público, mas se dirige principalmente al estudio de los diversos auditorios y del surgimiento de las controversias, con el objetivo de conquistar adhesiones: «Vimos que la Nueva Retórica es el estudio de las técnicas discursivas que buscan provocar o intensificar la adhesión de cierto auditorio a las tesis presentadas»⁵¹.

En relación al auditorio, es posible visualizar las modificaciones provocadas por la jurisprudencia, teniendo en cuenta la exigencia de coherencia del derecho y la diferencia del contexto en que los juicios de valor fueron expresados por el legislador. Pues bien, cambiando el auditorio, cambia el sentido de la justificación. Es lo que el autor expresa en el pasaje siguiente: «...la propia idea de motivación, de justificación de una decisión judicial, cambia de sentido al cambiar de auditorio»⁵². Si el magistrado precisa solamente justificarse ante el legislador, le basta indicar los textos legales en la sentencia, para mostrar que no viola ningún dispositivo. Sin embargo, si la motivación es dirigida a la opinión pública, será imprescindible que la decisión venga acompañada con los criterios de equidad e interés general, por ejemplo⁵³.

Demostrado el concepto de auditorio en Perelman, queda más claro el significado de la teoría retórica de la argumentación jurídica, bajo el punto de vista de la motivación. Con eso, será útil traer las críticas lanzadas por Taruffo, como forma de evaluar la consistencia y utilidad de la Nueva Retórica.

La primera tesis perelmaniana sería afirmar que el raciocinio del juez no tiene naturaleza lógico-demostrativa sino retórico-persuasiva.

⁵⁰ Ibidem, p. 141-143.

⁵¹ Ibidem, p. 154.

⁵² Chaïm Perelman. *Ética e Direito*, p. 565.

⁵³ Ibidem, p. 565.

Pues bien, el raciocinio jurídico es justificado por la persuasión de la argumentación retórica, definida por la racionalidad del juicio de valor. El raciocinio jurídico sería identificable con el raciocinio dialéctico-práctico, concerniente a los valores y a las elecciones valorativas, teniendo como paradigma el raciocinio del juez⁵⁴.

Un problema para Taruffo es que el raciocinio jurídico deja de ser lógico si no es pensado en el formato deductivo-demostrativo⁵⁵. No se puede cuestionar que la elección valorativa no será reducida a una estructura lógica, pero eso no implica que todo el raciocinio jurídico tenga naturaleza exclusivamente valorativa.

Además, Taruffo cuestiona la sustancial identificación desarrollada entre raciocinio jurídico y raciocinio del juez. Para combatir tal identificación, el autor afirma que existe una multiplicidad de raciocinios jurídicos caracterizados por las situaciones típicas en que se encuentran los sujetos, no problematizada por la retórica argumentativa. Por ejemplo, el abogado debe intentar establecer un raciocinio que piensa en una solución predeterminada de la controversia. Se trata de peculiaridades que no son necesariamente prevaletentes en otros tipos de raciocinios jurídicos.

Debe registrarse que Perelman deja de diferenciar entre la fase semántica y la fase sintáctica del raciocinio del jurista⁵⁶. La primera, según Taruffo, sería caracterizada por la individualización del significado de la norma. Ya la segunda apunta para las relaciones establecidas entre las normas. De la misma forma, es posible diferenciar entre juicio de valor y juicio de validez⁵⁷.

Un último problema puede ser identificado en la falta de diferenciación entre procedimiento decisorio y raciocinio justificativo. El análisis de los juicios de hecho y de derecho por medio del espacio argumentativo derivado del margen de discrecionalidad del juez, se dirige apenas al examen del procedimiento decisorio. Preocupado en resaltar los elementos retóricos del procedimiento, Perelman deja de examinar la naturaleza argumentativa de la motivación⁵⁸.

Entretanto, es posible extraer elementos positivos de la teoría de Perelman. A partir de su teoría se elimina la idea de que el raciocinio decisorio y la motivación poseen una estructura deductiva cerrada y rigurosamente formalizada. De otra forma, lo que ocurre en el raciocinio judicial es la emergente valoración de cuño axiológico y el surgimiento

⁵⁴ Michele Taruffo, *Opus Citatum* (nota 1), p. 193.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 195.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 198.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 198. Según el autor: «analogamente, si è osservato che essa trascura la fondamentale distinzione tra giudizi di valore, cui si attaglia la giustificazione retorica, e giudizi di validità, passibili di dimostrazione logica».

⁵⁸ *Ibidem*, p. 199.

de posibilidades de elecciones discrecionales entre alternativas de la misma validez⁵⁹. Así, como el método tópico puede ser utilizado en la flexibilización de la lógica decisoria, no obstante, sin presentar una naturaleza sustancial, la argumentación retórica ocupa los espacios no lógicos del raciocinio justificativo, sin agotarlo⁶⁰.

5) La Estructura Racional del Juicio y de la Motivación

La construcción de la teoría del juicio puede ser verificada a partir de tipos y estructuras de justificación racional, teniendo en cuenta la racionalidad del juicio decisorio. Las críticas apuntadas a los sistemas silogístico, tópico y retórico no desmontan por entero la posibilidad de pensar el juicio por la deducción, por los lugares dialécticos y por la persuasión. El fondo común de todas las críticas se refiere al abordaje del juicio y de la motivación de forma absoluta y acabada, sea lógica, tópica o retórica. En otras palabras, una teoría solamente lógica conduciría a una visión reductora del fenómeno jurídico; la adopción exclusiva de tópicos volvería la motivación rígida y restrictiva; en el plano retórico-persuasivo, aparecería la incapacidad del magistrado en recoger los aspectos más problemáticos del raciocinio y la propia racionalidad del juicio⁶¹. Se concluye que los modelos singulares serían insuficientes en el examen del juicio, bien como esbozarían un delineamiento de un imposible esquema estructuralmente homogéneo y unitario. En ese sentido, el autor sostiene que todo modelo homogéneo corre el riesgo de ser unilateral y la homogeneidad ser ficticia⁶². Además, un serio problema presentado, se refiere a la representación cualitativamente unitaria del juicio, dado que el raciocinio no resulta descripto según un criterio unitario cualitativo constante.

La propuesta de Michele Taruffo, en el libro *La motivazione della sentenza civile* se aleja de las teorías ya presentadas por establecer una descripción de niveles de justificación. El objetivo de la teoría es aclarar la existencia de niveles para el establecimiento de la motivación como discurso justificativo, que sigue la lógica de la justificación.

⁵⁹ Ibidem, p. 203.

⁶⁰ Ibidem, p. 203. Así dice el autor: «In sostanza, così come il metodo tópico opera nei momenti in cui il ragionamento decisorio è logicamente ‘aperto’ ma non ne rappresenta la natura fondamentale, l’argomentazione retórica occupa gli spazi non logici del ragionamento giustificativo, ma non lo esaurisce».

⁶¹ Ibidem, p. 289. Según el autor: «La collocazione della motivazione sul piano puramente logico, per di più esclusivamente logico-deduttivo, ha condotto, come si è visto più sopra, ad una visione estremamente riduttiva del fenomeno, e all’adozione di canoni di razionalità eccessivamente rigidi e restrittivi. Per contro, la collocazione sul piano retórico-persuasivo ha provocato, come pure si è visto, non solo l’incapacità di cogliere gli aspetti peculiari e più problematici del ragionamento del giudice, ma, addirittura, la vera e propria dissoluzione del problema della razionalità di tale ragionamento».

⁶² Ibidem, p. 208. Así dice el autor: «Invero, ogni modello omogeneo rischia di essere unilaterale, sicché l’omogeneità rimane fittizia».

El autor establece una fundamental distinción entre contexto decisorio y contexto justificativo⁶³. El primero se expresa por la actividad del raciocinio decisorio, teniendo por resultado la decisión. El segundo se expresa por la actividad del raciocinio justificativo, resultando en la motivación. Para que la motivación sea adecuada, es necesario que la elección sea racional.

La elección del magistrado se refiere a la determinación de criterios y reglas «guía», y se define por los términos en que se coloca el problema de su racionalidad. La elección racional puede ser descripta como la aplicación correcta de las reglas de decisión. En el contexto decisorio se tiene en cuenta solamente la elección decisoria. Es en el contexto justificativo que se realiza la reformulación de las opciones, con base en una racionalidad justificativa⁶⁴.

La diferencia de contextos y de opciones determina la existencia de dos niveles de justificación donde se evalúa una relación entrecorriente entre juicio y motivación. El primer nivel corresponde a la estructura lógica del raciocinio y el segundo a la justificación de cada enunciado⁶⁵.

El primer nivel es el de la estructura lógica, formándose por la descripción de un conjunto de relaciones implicativas entre hecho, norma, calificación de los hechos y decisión final⁶⁶. Entre hecho y norma hay una implicación mutua, de la designación de los hechos a la aplicación de la norma y de la norma individualizada como aplicable a determinados hechos. Aconteciendo la coincidencia semántica entre especie de hecho abstracta y concreta, hay una nueva implicación, dirigida a la calificación de los hechos puestos en evidencia en la aplicabilidad de la norma declarada. Finalmente, la calificación implica en la declaración de los efectos en la conclusión de la decisión final.

El segundo nivel corresponde a la justificación de cada enunciado. El sistema de relaciones lógicas entre los enunciados que expresan la elección final del juez no agota la justificación sobre la demanda ni la propia estructura de la motivación. Esto porque no se individualiza ningún elemento fundamental fuera de la lógica justificativa⁶⁷.

El concepto de logicidad de la motivación comprende las formas que no son deductivas, como la lógica inductiva, la lógica modal y la lógica deóntica. Por otro lado, no se puede confundir el concepto de

⁶³ Ibidem, p. 214.

⁶⁴ Ibidem, p. 219.

⁶⁵ Ibidem, p. 220 e p. 265. Interesa señalar que: «La motivazione tende a fornire la giustificazione di ciò che rappresenta il risultato del procedimento decisorio».

⁶⁶ Ibidem, p. 270.

⁶⁷ Ibidem, p. 275.

racionalidad de la justificación con el de la logicidad⁶⁸. En ese sentido, surge la pregunta sobre el fundamento de la justificación y de su relación con los juicios de valor. Cabe establecer, de esta forma, una distinción entre racionalidad de la justificación como argumentación, en su aspecto estructural y formal, y racionalidad en el sentido material, o sea, como aceptabilidad de la elección valorativa en que se basa. Se trata de una diferenciación basada en racionalidades internas y externas, que se vuelcan para la coherencia interna y para la coincidencia entre los principios adoptados y los valores asumidos en el ámbito socio-político para el cual se destina la decisión⁶⁹.

Presentada la comprensión de la logicidad de la motivación, importa verificar cómo ella se hace controlable. El control de la validez de la justificación puede ser verificado por el análisis de la corrección lógica de los argumentos expuestos. Sin embargo, Taruffo señala que existe una zona de discurso calificada como casi-lógica, constituida por cánones hermenéuticos y argumentos de la «lógica de lo razonable»⁷⁰. En otro camino, el autor sostiene que la argumentación retórico-persuasiva permanece como una tercera posible zona de discurso. Entendiendo el discurso no por su validez sino por su eficacia, parece claro que un argumento inválido puede ser persuasivo y un argumento válido puede no serlo. Por consiguiente, la justificación de tipo persuasiva está en un nivel mínimo de objetividad y racionalidad, siendo apropiada no para la apreciación estructural sino para el punto de vista de eficacia⁷¹.

Podemos concluir con la teoría de la estructura racional del juicio, que la motivación tiene como característica la heterogeneidad de los niveles y de los tipos de discurso. Tal composición integra un elemento metodológico esencial al considerarse la motivación como discurso justificativo racional.

6) Relación entre Hecho y Norma y Móviles de la Decisión

La crisis de la teoría del silogismo jurídico y la aparición de una nueva definición de motivación trajeron preguntas sobre el vínculo entre hecho y norma, bien como sobre la naturaleza psicológica de la motivación. El positivismo jurídico buscó defender la aplicación del silogismo puro como modelo descriptivo y explicativo de la aplicación del derecho, presuponiendo la heterogeneidad y la independencia de las

⁶⁸ Ibidem, p. 284.

⁶⁹ Ibidem, p. 284.

⁷⁰ Ibidem, p. 285. Cabe aclarar que el autor considera la lógica de lo razonable a la lógica del raciocinio práctico, no tanto en el sentido de Perelman, sino en el sentido de la filosofía moral inglesa de derivación analítica, de la lógica de la deliberación racional y de su justificación.

⁷¹ Ibidem, p. 287.

cuestiones de hecho y de derecho⁷². La comprensión del hecho en relación a la norma, como ya fue analizado, es una conclusión extraída de las premisas, que guardarían una independencia entre sí. Acabando tal perspectiva, surgió la necesidad de pensar otro tipo de relación entre hecho y norma.

Por otro lado, apareció en la doctrina un significado diferente para la motivación. Perelman sostiene que la motivación puede ser comprendida como la indicación de los móviles de una decisión⁷³. El primer significado advino de la terminología jurídica francesa y fue recibido por la doctrina brasileña. El segundo significado es propuesto por algunos escritores, como Esser, que busca contraponer los móviles a la fundamentación o a la justificación de la decisión⁷⁴. Tal concepción podría generar, al decir de Perelman, un pasaje de lo persuasivo (subjetivo) a lo que debería convencer a los otros (objetivo), tal como en la línea de pensamiento cartesiano de las Meditaciones⁷⁵. De ahí, se podría ofrecer una crítica a tal concepción, teniendo en cuenta que la indicación de las operaciones de la mente del juez no conlleva una garantía absoluta de que él está conciente de todos sus móviles.

La teoría estructural del juicio y de la motivación brinda algunas respuestas a los problemas identificados. En lo que se refiere a la relación entre hecho y norma, la teoría busca demostrar que en el contexto decisorio hay una implicación mutua entre esos elementos. No hay una heterogeneidad absoluta entre hecho y norma porque los dos son pensados en el discurso a partir de su relación. En cuanto al aspecto de los móviles, la teoría de Taruffo ofrece una respuesta en el contexto justificativo, terreno propio de la motivación, donde el magistrado debe evaluar nuevamente los enunciados del contexto decisorio. La logicidad de la motivación no excluye la zona del discurso casi-lógica y la persuasión, como termómetro de la eficacia de la argumentación.

7) Estándares de la Motivación

En el terreno de lo tópico y lo retórico se encuentran muchos elementos importantes para la edificación de una teoría del juicio. En ese sentido, no queda excluido de la motivación el uso de tópicos y de máximas jurídicas. La teoría racional de Taruffo abre un espacio para la utilización de *estándares* que se definen como paradigmas o modelos de constatación⁷⁶. Su aplicación tiene por función «fundar un código balizador del diálogo»⁷⁷, conllevando el sometimiento del

⁷² Danilo Knijnik. «Os Standards do Convencimento Judicial: paradigmas para o seu possível controle», p.18.

⁷³ Chaïm Perelman. Opus Citatum (nota 52), p. 559.

⁷⁴ Ibidem, p. 559.

⁷⁵ Ibidem, p. 560.

⁷⁶ Danilo Knijnik, Opus Citatum (nota 72), p. 27.

⁷⁷ Ibidem, p. 27.

convencimiento judicial al contradictorio, sin crear estrictamente un mecanismo para el control de la convicción. Su papel es central en la motivación por implementarla como la apertura y flexibilización de la argumentación.

En la doctrina del derecho comparado es posible encontrar soluciones paradigmáticas para conflictos y la aplicación de modelos de constatación en su argumentación. Knijnik trae en su pesquisa algunos ejemplos importantes para la consideración de los modelos⁷⁸.

En el *commow law*, se utiliza el modelo de la prueba por encima de toda duda razonable y de la preponderancia de la prueba⁷⁹. El primero es utilizado en casos criminales y el segundo en casos civiles. Su direccionamiento no va al encuentro de la cantidad de prueba reclamada, sino de la credibilidad ofrecida.

España preconiza un *estándar* llamado de *Mínima Actividad Probatoria*⁸⁰, donde se pretende determinar la exigencia de un sustrato probatorio adjetivado por sus características. En ese sentido, esa doctrina intenta aplicar un «juicio sobre el juicio» -o meta juicio-, para averiguar las condiciones de suficiencia de la prueba.

Por otra vía, en Alemania se formuló el paradigma de Alto Grado de Verosimilitud. Ese paradigma posee mucha importancia por el hecho de explicar las lagunas filosóficas del estándar español en lo que concierne al concepto de verdad. Es en ese contexto que Gerhard Walter presenta las bases para al apreciación de la prueba. Según el autor, «el conocimiento absoluto de la verdad está vedado al espíritu del hombre»⁸¹. El modelo presentado por él, defendido por la jurisprudencia y doctrina más recientes en Escandinavia y Alemania⁸², sobre todo por Ekelöf y Kegel, abstraídas sus diferencias e innovaciones particulares, ya incorpora la insuficiencia del conocimiento humano para no exigir la convicción de la verdad sino de la verosimilitud:

«Por lo tanto, es importante poner una vez más en claro lo que pensaban aquellos autores. Para ellos, la convicción no podía ser más que la conciencia de una suma verosimilitud, porque el conocimiento humano no puede ir más allá de la verosimilitud. Pero un concepto de verosimilitud así entendido no excluye la necesidad de formarse una

⁷⁸ Ibidem, p. 33-48.

⁷⁹ En inglés, la prueba encima de toda duda razonable se llama «evidence beyond a reasonable doubt», y el modelo de preponderancia de la prueba viene expresado en términos como prueba clara y convincente – «clear and convincing evidence».

⁸⁰ Ibidem, p. 33-48.

⁸¹ Gerhard Walter. *Libre apreciación de la prueba*, p. 151.

⁸² Ibidem, p.159.

convicción personal acerca de si determinado hecho ocurrió o no, sino que está en franca consonancia con esa necesidad»⁸³.

Con eso, se presenta un límite al conocimiento del juez, lo que provoca una nueva mirada sobre el peso de la fundamentación judicial, ya que el panorama se presenta a partir de un conocimiento subjetivo. «Inclusive cuando la gran verosimilitud es “objetiva” (otra cuestión es hasta qué punto es posible una constatación de esa índole) es menester la aprobación subjetiva del juez»⁸⁴. Importa señalar que, para Gerhard Walter, un grado alto de verosimilitud tiene valor de verdad y la conciencia de esa verdad tiene valor de convicción.

En Francia, el control de la motivación es establecido a partir de tres estándares: falta de motivos (*défaut de motifs*), falta de base legal (*défaut de base légale*) y deturpación de un escrito (*dénaturation de l'écrit*)⁸⁵. La falta de motivos puede ser caracterizada por la ausencia absoluta de motivos, por la contradicción de motivos, por el motivo hipotético o por la falta de respuesta a la conclusión. Mientras la falta de motivos es medida a partir de un control formal del juicio de hecho, la falta de base legal es medida a partir de un control sustancial, implicando en la insuficiencia de mérito de los motivos fácticos. Ya la deturpación de un escrito puede ser definida como un error flagrante de apreciación y no como falta de apreciación.

Es importante referir sobre la existencia de modelos probabilístico-matemáticos. Esa es una tentativa de aplicar fórmulas al dominio jurídico, demostraciones estadísticas y teoremas capaces de sostener mayor seguridad en la decisión. El teorema bayesiano (elaborado por Thomas Bayes) sobre inducción y probabilidad viene siendo aplicado en Estados Unidos de América y merece mejor examen, teniendo en cuenta que él reexamina la perspectiva matemática de la prueba medieval. Los conceptos de probabilidad lógica, probabilidad frecuencia, y probabilidad absoluta entran en escena para cuantificar la posibilidad de ocurrir o no un hecho, a partir de los indicios calculados.

Conforme la expresión de Taruffo, el teorema bayesiano no es, en realidad, una doctrina de la prueba sino un método de cálculo con base en el cual, frente a la necesidad de valorar la probabilidad de que una hipótesis sobre el hecho «x», se establece a probable frecuencia de «x» en una determinada clase de eventos, teniendo en cuenta la distribución precedente de «x» en la misma clase⁸⁶. Ese teorema puede ser matemáticamente eficiente, sin embargo, como señala Elena María

⁸³ Ibidem, p. 150.

⁸⁴ Ibidem, p. 152.

⁸⁵ Danilo Knijnik. *Opus Citatum* (nota 72), p. 45.

⁸⁶ Michele Taruffo. *La prova dei fatti giuridici*, p. 171. [«La teoria bayesiana è un metodo di calcolo in base al quale, di fronte alla necessità dell'ipotesi sul fatto x, si stabilisce la probabile frequenza di x in una classe determinata di eventi tenendo conto della distribuzione precedente degli x in quella classe»].

Catalano, enfrenta desde el inicio problemas como la aplicabilidad del principio de presunción de inocencia, así como la falta de prueba y el margen de error⁸⁷. No obstante, es innegable que el teorema puede ser aplicado en casos de daño al medio ambiente, responsabilidad del productor, culpa profesional y todas las otras causas que puedan tratar con elementos estadísticos.

Conclusiones

1) Fueron estudiadas en el trabajo las teorías del juicio que desempeñaron papel más importante en la comprensión del principio de la motivación. Fue demostrado que las teorías del silogismo jurídico, del tópicos y de la retórica argumentativa no lograron éxito en su tentativa de explicar de manera restrictiva la obligación de motivar por medio de la lógica deductiva, de los lugares dialécticos y de los mecanismos de persuasión.

2) La teoría de Michele Taruffo consigue ofrecer una respuesta más firme al problema de la relación existente entre el juicio y la motivación, diferenciando entre contexto decisorio y contexto justificativo. El primero consiste en exponer las relaciones de implicación mutua entre hecho y norma para, a partir de eso, cualificar los hechos y ofrecer la decisión final. El segundo se refiere a la crítica racional que se puede operar sobre el contexto decisorio. Se trata de una nueva evaluación que debe estar presente al juez en la motivación. La teoría estructural vislumbra la posibilidad de utilización de los instrumentos lógicos, tópicos y retóricos.

3) Preservándose la idea de apertura de la argumentación, es posible hacer uso de estándares de la motivación, que sirven como criterios para orientar el pensamiento del magistrado. Es posible con eso desarrollar raciocinios para fundamentar las decisiones, que adquieren sustancial importancia porque auxilian en el examen de las pruebas, por ejemplo.

Referencias bibliográficas

ARISTÓTELES. *Órganon I (Categorías - Tópicos – Sobre las Refutaciones Sofísticas)*. Madrid: Editorial Gredos, 1988. Traduzido por Miguel Candel SanMartín. Tradução de: Órganon.

ARISTÓTELES. *Organon III – Analíticos Anteriores*. Lisboa: Guimarães Editores, 1986. Traduzido por Pinharanda Gomes. Tradução de Órganon.

⁸⁷ Elena Maria Catalano. «Prova indiziaria, probabilistic evidence e modelli matematici di valutazione», p. 517-527.

- BERGEL, Jean-Louis. *Teoria Geral do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2001. Traduzido por Maria Ermantina Galvão. Tradução de: *Théorie Générale du Droit*.
- CALOGERO, Guido. *La Logica del Giudice e il Suo Controllo in Cassazione*. Padova: Cedam, 1937.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedine, 1997. 4^o ed.
- CATALANO, Elena Maria. «Prova Indiziaria, probabilistic Evidence e Modelli Matematici di Valutazione». *Rivista di Diritto Processuale*. Ed. Cedam. Volume 51, n^o2 (1996)
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol III. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. 2^a ed.
- KNIJNIK, Danilo. «Os Standards do Convencimento Judicial: paradigmas para o seu possível controle». *Revista Forense* (separata). Volume 303 (2001), 15-52.
- LUKASIEWICZ, Jan. *La Silogística de Aristóteles Desde el Punto de Vista de la Lógica Formal Moderna*. Madrid: Estructura y Funcion, 1977.
- PERELMAN, Chaïm. *La Motivation des Decisions de Justice*. Bruxelas: Bruylant, 1978. FORIERS, Paul (Coord.)
- PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. Traduzido por Vergínia Pupi. Tradução de: *Logique Juridique*.
- PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996. Traduzido por Maria Ermantina Galvão. Tradução de: *Éthique et Droit*.
- PERO, Maria Thereza Gonçalves. *A Motivação da Sentença Civil*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1999. 3^a ed.
- ROCCO, Alfredo. *La Sentencia Civil*. Cidade do México: Editorial Stylo, 1935. Traduzido por Mariano Ovejero. Tradução de: *La Sentenza Civile*.
- ROSAS, Roberto. *Direito Processual Constitucional – Princípios Constitucionais do Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. 3^a ed.

- SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1989. 12^a ed.
- TARUFFO, Michele. *Il Significato Costituzionale Dell'obbligo di Motivazione*. Participação e Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; Watanabe, Kazuo (org).
- TARUFFO, Michele. *La Motivazione della Sentenza Civile*. Padova: Cedam, 1975.
- TARUFFO, Michele. *La Prova dei Fatti Giuridici*. Milão: A. Giuffrè Editore, 1992.
- VIEHWEG, Theodor. *Tópica y Jurisprudencia*. Madrid: Taurus, 1964. Traduzido por Luiz Diez-Picazo Ponde de Leon. Tradução de: Topik und Jurisprudenz.
- WALTER, Gerhard. *Libre Apreciación de la Prueba*. Bogotá: Editorial Temis, 1985. Traduzido por Tomás Banghaf. Tradução de: Freie Beweiswürdigung.