

El orden retórico y la complejidad de las narraciones procesales. ¿Es posible superar el formalismo y el nihilismo jurídico?¹

Autor: *Maurizio Manzin*

Professore Ordinario di Filosofia del Diritto
Università di Trento

Resumen

La edad moderna se caracterizó por el triunfo del pensamiento sistemático, capaz de describir el mundo mediante narraciones dotadas de continuidad y coherencia. Un orden causal en el mundo físico y un orden formal en los sistemas axiomáticos fueron durante siglos los modelos dominantes en el campo científico. En ellos se inspiraron los juristas teóricos mismos para producir sus narraciones relativas al Derecho (por ejemplo, codificación dogmática jurídica, normativismo). La exigencia de la continuidad narrativa dio lugar en el campo judicial a la figura del silogismo, instrumento ofrecido al juez para conjuntar la ley y el hecho en la decisión. Pero se trataba de un instrumento totalmente abstracto, y en cuanto las epistemologías de

¹ Traducción de Joaquín ALMOGUERA CARRERES. Facultad de Derecho.

la postmodernidad pusieron de manifiesto la irreductible complejidad de lo real respecto de sus posibles descripciones, ha entrado en crisis, a la vez que el iuspositivismo formalista. Las actuales tendencias, procedimentales y nihilistas, ponen de manifiesto la aparición de un Derecho in-fundado, caracterizado por los cambios sobrevenidos en los poderes circunstanciales, cayendo en una actitud escéptica vetuada a veces de cinismo. Recientes estudios indican, sin embargo, la posibilidad de gobernar la discontinuidad de las situaciones procesales con el instrumento lógico de la retórica forense, de matriz clásica.

Palabras clave: Sistema axiomático; Silogismo; Positivismo formalista; Procedimientos judiciales; Retórica forense

Abstract

The modern era was characterised by the triumph of systematic thought, capable of revealing the world through narrative steeped in continuity and coherence. An order by chance in the physical world and a formal order in the axiomatic systems were the dominant models for centuries in the scientific field. Legal theory experts were inspired by these systems to produce their narratives (for example, codification, dogmatics, normativism). The demands of narrative continuity gave way, in the legal arena, to the figure of syllogism, an instrument offered to the judge to bring about the union of law and fact in a decision. But, this was a totally abstract instrument, and in the manner in which epistemologies of modernism made manifest the undisputed complexity of reality with regard to its possible descriptions, it entered into a state of crisis, along with formalist positivism. The current trends, proceduralist and nihilist, evidence the appearance of an un-founded Law, characterised by changes imposed on circumstantial powers, reduced to a skeptical attitude couched in cynism. Recent studies indicate however, the possibility of governing the discontinuous nature of judicial proceedings with the logical instrument of forensic rhetoric of a classical matrix.

Key words: Axiomatic Systems; Syllogism; Formalist Positivism; Judicial proceedings; Forensic Rhetoric.

Recibido: 15.12.2009

Aceptado: 20.01.2010

I. El mito del mundo ordenado

Escribe Milan Kundera, aludiendo explícitamente a Friedrich Nietzsche: “el que piensa es llevado automáticamente a sistematizar; su tentación constante (...): describir todas las consecuencias de sus ideas; prevenir todas las objeciones y confutarlas anticipadamente; construir un baluarte inexpugnable en torno a sus propias ideas”² Las palabras del escritor bohemio se refieren a la forma de la novela moderna y a su acercamiento a la filosofía: a la necesidad que termina por compartir con esta última de *convencer* mediante la indefectible regularidad del *sistema*. Considera, pues, totalmente conectadas la finalidad descriptiva (producir a través de la narración la imagen de un *state of affairs*) y la finalidad persuasiva (convencer al auditorio de los lectores confirmando *certeza* a la narración).

Esta exigencia ordenadora y sistemática propia de los novelistas del ochocientos es, por lo demás, completamente coherente con el paradigma gnoseológico y cultural que ha dominado toda la modernidad (y a Europa con ella): el del orden instituido por la *causalidad*. Un modo de ver el mundo y de razonar utilizando la retícula de las causas y los efectos, inspirado en la noción humana de la causalidad (*p* es causa de *q* si ambos aparecen juntos en la experiencia y *p* precede constantemente a *q* en la serie)³ que encuentra una singular correspondencia con la idea, igualmente moderna, de progreso. El conjunto de los descubrimientos humanos sobre las causas y efectos en el mundo físico es concebido, en efecto, como la producción, mediante etapas sucesivas del plano, cada vez más completo, de la existencia⁴, en el que cada nueva adquisición constituye un “paso adelante” que deriva de los precedentes; en definitiva, una narración cuya continuidad (su coherencia, carecer de saltos lógicos, de “huecos”) la confiere poder de convicción. El progreso de las ciencias supone, pues, la presencia de la fuerza persuasiva de una narración que no tiene interrupciones ni obstáculos invencibles, que colma todo el espacio de lo experimentable. Occidente diseña la modernidad en función de su *horror vacui*.

Esta persuasión, además, está reforzada por la *eficacia* de las descripciones formuladas. A su vez, éstas son funcionales a una *técnica* que es capaz de operar sobre el mundo (o mejor, sobre los fenómenos), interrumpiendo o alterando los procesos causales según intenciones subjetivas, manipulando la “naturaleza” para obtener diversos efectos deseados. En la modernidad, el *pensamiento técnico* deviene forma suprema, ídolo del conocimiento: un saber – actuar. A la certeza de una descripción

² M. KUNDERA: *I testamenti traditi*. trad. it. Adelphi. Milano, 1.994, pp. 168 ss. [Hay trad. esp. de B. de Moura: *Los testamentos traicionados*. Ed. Tusquets. Barcelona, 1994].

³ Como es sabido, en su *Trattato sulla natura umana* (1.739-1.740), Hume individualiza la conexión entre causa y efecto como resultado de una asociación perceptiva de la mente humana entre fenómenos contiguos de modo recurrente en el espacio y en el tiempo [Hay trad. esp. de Félix Duque: *Tratado de la naturaleza humana*, en dos volúmenes. Editora Nacional. Madrid, 1981. La referencia puede encontrarse en el vol I, p. 85 ss.].

⁴ La metáfora cartográfica como origen de la ciencia moderna ha sido eficazmente desarrollada, entre otros, por K. MENDELSSHON: *La scienza e il dominio dell'Occidente*. Trad. It. De P. Ludovico. Editori Riuniti. Roma, 1981.

carente de lagunas se añade la certeza de los resultados concretamente alcanzables: “funciona, luego es verdad”.

No es casual que Goethe ponga en boca de su Fausto, poco antes del encuentro con Mefistófeles, las palabras: “*Am Anfang war die Tat*” [“En el principio era el hecho”]⁵. El origen y fundamento de todas las cosas no es ya un “logos” (se aprecia claramente en este paso de *Fausto* la inversión del original – y clásico – “*εν αρχη ην ο λογος*” [“en el principio era el verbo”])⁶: es un actuar. La acción expresa la tentación de poder, aquella a la que es más difícil escapar; *hacer*, pasando por alto el problema del ser (el *urproblem*).

El orden de la causalidad se caracteriza, por consiguiente, por la nota de la secuencia (de la regularidad): el *antes* y el *después* constituyen el orden; y a partir de aquí, el primero, el segundo, el tercero, etc., hasta el último de los elementos que componen la secuencia. Una secuencia regular que, por tanto, encierra un *criterio* sobre cuya base los elementos de la cadena se disponen entre sí. Pero orden, sin embargo, significa *jerarquía*⁷. Y jerárquicas son las narraciones mediante las que la modernidad describe la “naturaleza”: las clasificaciones de Linneo, la tabla periódica de los elementos, la evolución de las especies, el *Bing Bang*...

El jurista no podía quedar indiferente ante la fascinación que ejercía semejante modelo. Desde el comienzo de la modernidad ha reclamado una “naturaleza” bien ordenada, carente de huecos, a partir de la cual poder intervenir manipulando, con sabiduría “operativa”, apoyado en la certeza, imbuido de poder. En sustancia, también el jurista pretende desarrollar su propia *narración continua*. Y la encuentra en la ley.

Reflexiónese sobre el siguiente enunciado (nos encontramos en los exordios de la codificación):

Le juge qui refusera de jouer, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice.

Se trata del célebre art. 4 del *Titre Préliminaire* del *Code Napoléon*, en cuya génesis habían trabajado tan fatigosamente los civilistas franceses: en su enunciado destacan, al mismo tiempo, la negación – axiomática – de la presencia de vacíos en el ordenamiento normativo y la afirmación – igualmente axiomática – de la *univocidad* y *plenitud* de la ley. Al final, el jurista logra elaborar su propia tabla periódica de los elementos. Con la capacidad de organización del pensamiento que la caracteriza, la doctrina alemana fijará el axioma napoleónico y lo tematizará en el complejo de su estratificada tradición jurídica: la *narración continua* se desarrollará incluso en ausen-

⁵ GOETHE: *Faust, Erster Teil: Studierzimmer*. Trad. It. *Faust e Urfaust*, de G.V. Amoretti. Ed. Feltrinelli. Milano, 1.991, pp. 67. [Hay trad. esp. de J. M^a Valverde: *Fausto*. Ed. Planeta, Barcelona, 1.985].

⁶ Sobre el tema, v. CAVALLA: *La verità dimenticata*. Ed. Cedam. Padova, 1.996, pp. 167-182.

⁷ Me he ocupado de la cuestión de la relación orden-jerarquía en varios trabajos. Aquí me permito citar solamente M. MANZIN: *Ordo iuris. La nascita del pensiero sistematico*. Ed. FrancoAngeli. Milano, 2.008, en el que está extensamente tratada.

cia de código, sobre la simple base de una “química” de los institutos normativos⁸. G. F. Puchta, por ejemplo, consideraba que era posible trazar un mapa del Derecho al modo de una construcción piramidal –una “pirámide conceptual”– fuertemente jerarquizada⁹. A la espera de una nación unificada (1871) y de una codificación (que no se realizará antes de 1900), la gran ciencia jurídica alemana prepara ya su narración en forma de sistema.

Como es sabido, será Hans Kelsen el que dé el toque final a esta “narratología” de los juristas, con la entronización de este soberano omnipotente e invisible, de este reino de la certeza formal: la *grundnorm*.

Por lo tanto, será en el momento de una cultura europea marcada por la husserliana “crisis de las ciencias” cuando se manifiesten de modo más agudo los logros de este proceso de ordenación formal y sistémica, del que Kelsen se constituye como su exponente más avanzado y penetrante en el campo jurídico. Estamos en la primera mitad del novecientos: después de haber perseguido durante más de dos siglos la quimera de la continuidad, de la previsibilidad, del poder sobre el mundo de los fenómenos (la quimera cartesiana del hombre “*maître et possesseur de la nature*”), el intelectual europeo encuentra finalmente un lugar para la conciencia –incluida la jurídica– al abrigo de las amenazas del silencio, de la “*obscurité*”, de la “*insuffisance*”; esto es, el abstracto espacio de la *teoría*, el galileano reino “de los triángulos, círculos y otras figuras geométricas”, en el que la precisión de la forma permite salvar el problema de la sustancia. Pues, en efecto, los triángulos y círculos no “acontecen” jamás¹⁰, no se encuentran por la calle. Están en el *Begriffshimmel* [en el “cielo de las ideas”] –gozando tal vez de la compañía de los dogmas jurídicos elaborados por la doctrina académica. En este reino, y en su cielo, ningún elemento puede ser fuente de desorden; se elude así el horror de la entropía¹¹, incluyendo toda acción en una serie regular y perecible.

Hoy sabemos qué es lo que vino a turbar la idílica paz de este reino y de su cielo: los poderosos truenos de la mecánica cuántica, los rayos de la relatividad einsteiniana, las tormentas de granizo de la indeterminación gödeliana. En el ámbito de la experiencia jurídica, en concreto, la paradoja del proceso de Nürenberg (¿Cómo pude juzgarse a sí mismo el Derecho? ¿No son, pues, inviolables los muros del castillo del legalismo iuspositivista? ¿Existen, más allá de las reglas, también principios?).

⁸ Sería interesante un estudio comparativo del léxico de la ciencia jurídico-política de la época: física, química, aritmética, geometría, medicina... ¿Cuántas son las ciencias formales y empíricas que han prestado sus lemas a la terminología de los teóricos del Derecho y de la política?

⁹ Cfr. para este punto su *Kursus der institutionen*. Leipzig 1.841-1.847 (Trad. it. C. Poli, Civelli *Corso delle istituzioni*. Milano-Verona, 1.858).

¹⁰ “Aquello que es significado por las ciencias –especialmente en cuanto se expresa en un lenguaje artificial– es siempre fruto de una abstracción, *no acaece propriamente nunca*, Un triángulo no acaece...” F. CAVALLA: “Retorica giudiziale. Logica e verità”, en ID. (coordinador): *Retorica, processo, verità. Principi di filosofia forense*. Ed. FrancoAngeli. Milano, 2.007, p.33 (subrayado del autor).

¹¹ Sobre orden y entropía en la teoría jurídico-política v. MANZIN: *Ordine politico e verità in Sant’Agostino. Riflessioni sulla crisi Della scienza moderna*. Ed. CEDAM. Padova, 1.998, pp. 17-27.

Naturalmente podríamos preguntarnos cómo ha podido suceder todo esto. La respuesta es simple: porque el orden sistemático de las descripciones de la realidad *no es* la realidad. Como advertía, en la realidad nadie encuentra triángulos y círculos. Es cierto que cuando queremos manipularla de algún modo nos apoyamos en teorías; pero eso no es *conocer* (λογος), sino *hacer* (Τατ). O, mejor dicho, es conocer de modo objetivo, esto es, desmaterializando al *sujeto* del conocimiento. El conocimiento del mundo *como un objeto* provoca una reducción del sujeto al objeto, entre otras cosas, privándolo así de su individualidad, de su “acaecer” lleno de “silencios”, “oscuridades” e “insuficiencias”.

II. El mito del silogismo

El formalismo y el primado de la abstracción son elementos que la doctrina jurídica conoce desde antiguo, pero frente a los que, no obstante, se enfrenta de manera (casi siempre) crítica. Desgraciadamente, sin embargo, no se trata de un problema simplemente doctrinal. Existe, en efecto, en este sentido, un *pendant* del academicismo y del *Professorenrecht* que encuentra confirmación puntual en la práctica, Me refiero concretamente a la idea según la cual el discurso que interesa principalmente al jurista práctico – el que se compendia en la decisión judicial – debería ser construido según un orden semejante, en buena medida, al de las secuencias causales: dado *p*, entonces *q*.

Si Ticio ha cumplido (o no ha cumplido) una cierta conducta *p* y existe una norma jurídica que califica tal acto adscribiendo al mismo una cierta consecuencia *q*, entonces, “a causa” de *p* y de la norma calificante, Ticio “debe” (o no “debe”) soportar *q*.

Esta formulación aparentemente causalista, como puede comprobarse incluso desde una consideración superficial, está muy lejos de ser clara y de carecer de ambigüedad. El propio Kalsen, en su teoría “nomostática” subrayaba toda la problematización de este “debe”. Y sin embargo, se ha convertido en la estrella polar de la lógica jurídica de impronta legalista. Un verdadero *mito* cuyos orígenes más profundos se encuentran en el empirismo del seiscientos-setecientos, y en las reiteradas tentativas de adecuar los procesos racionales del Derecho a los de las ciencias formales.

Los mitómanos del silogismo jurídico –Charles Louis de Secondat, barón de La Brède y de Montesquieu y, junto a él, Cesare Beccaria– estaban indudablemente deslumbrados por el modelo epistemológico cartesiano (perfectamente objetivo). Ambos sostenían que siendo el silogismo una concatenación lógica que confiere validez formal y carácter persuasivo a sus conclusiones, y disponiendo el que decide –gracias a la codificación– de los elementos adecuados para la construcción de su premisa mayor, era posible “derivar” un discurso normativo a partir del mero reconocimiento del hecho y de su “subsunción”. La reducción del razonamiento procesal al silogismo representaba para ellos la posibilidad de cerrar para siempre la puerta del

arbitrio interpretativo de los jueces, transformándolos en autómatas garantes de la deducción.

Pero este tipo de narración jurídica ¿se conforma verdaderamente a los procedimientos científicos? ¿Se trata, de verdad, de una narración dotada de continuidad?¹².

Las ciencias que se ocupan de la narración de los fenómenos, que suelen definirse como empíricas, organizan sus discursos partiendo de una serie de estipulaciones. El científico empirista comienza su trabajo utilizando en la comunicación palabras de un campo semántico bien definido y conocido por los miembros de su comunidad, con las cuales delimita su espacio de investigación e indica cuáles son sus instrumentos y de qué manera se utilizan. Pertrechado de esta manera procede a la observación y descripción de los fenómenos: en todos los casos *a, b, c,...* que se sitúan espacio-temporalmente en su observación, revela la frecuencia de algunas recurrencias (estamos todavía en Hume); las describe; y extrae de ellas – mediante *inducción* – una regla general de conexión entre las causas y los efectos.

De manera semejante, el teórico, el científico que opera con formalizaciones, dispone de un método propio, mediante el que confiere continuidad a la narración. Igualmente, procede a partir de estipulaciones compartidas: cuando dice “punto”, o “número”, u otro término, los miembros de su comunidad saben de qué está hablando, sin ambigüedades ni reticencias. Su método les permite conectar elementos del discurso en secuencias lógicamente necesarias, extrayendo inferencias de las mismas y construyendo demostraciones.

¿Sucede de esta manera en la elaboración de silogismo judicial?

Realmente, los elementos que intervienen en la formación de las premisas del silogismo del proceso no son fruto de estipulaciones. La premisa mayor, esto es, la norma jurídica, debe ser *encontrada* por el juez; elucidada según su contenido semántico (la norma está escrita en un lenguaje natural y, por lo tanto, vago); eventualmente, combinada con otras normas (que también decidirá el juez). La premisa menor, o sea, el hecho, es la resultante de una serie de procesos reconstructivos relacionados con el régimen probatorio y limitados a un material que el procedimiento contradictorio establece como disponible (así, en Italia, según lo dispuesto en el art. 111 de la Constitución, relativo al “justo proceso” de naturaleza acusatoria, establecido en la reforma legislativa de 2001).

Dicho así, todo parece confirmar la tesis de la continuidad narrativa, aplicable tanto a los discursos de la teoría jurídica (en cuanto descripciones del sistema normativo) como a los de la praxis judicial (en cuanto aplicación mecánica de la subsunción). Centrémonos ahora en los segundos. ¿Es cierto que de esta manera se evitan los problemas interpretativos y sus oscilaciones semánticas (como prescribe en

¹² Ruego se excuse la inevitable esquematicidad impuesta por las circunstancias de las consideraciones que siguen inmediatamente en el cuerpo del texto.

Italia el artículo 12 de las Disposiciones Preliminares del Código Civil¹³ –premisa mayor–)? ¿Es cierto, igualmente, que la reconstrucción de los hechos mediante la formación de la prueba se resuelve mediante la reciprocidad de procedimientos empíricos en el campo técnico-científico¹⁴ –premisa menor–)?

Estos interrogantes parecen hoy banales, *especialmente* el primero. En el ambiente positivista, en efecto, los juristas admiten (casi siempre) que la construcción de las premisas no es algo inflexible: encontrar la norma y determinar su significado es sólo el punto final de una compleja estratificación de actos lingüísticos sustentados en todo momento por decisiones que implican, a su vez, criterios selectivos extraídos del universo de conocimientos, experiencias, aspiraciones, valores... etc., del propio narrador. En cuanto a la objetividad y univocidad de las reconstrucciones científicas del hecho, basta con una mínima experiencia forense (ni siquiera es preciso centrarse en la jurisprudencia de la Suprema Corte de casación) para darse cuenta de que el recurso a los testigos, expertos y peritos, raramente restringe las posibles tramas narrativas judiciales; es más, frecuentemente las amplía.

Verdadera, por tanto, es solamente la *auctoritas* del juez que establece las conclusiones, tanto respecto del Derecho como del hecho, puesto que se encuentra garantizada institucionalmente. En otros términos: lo único cierto es el *hecho* del poder que legitima la decisión. La narración, en definitiva, *no es* continua. El aura del mito se disuelve.

III. Del orden a la complejidad

El pensamiento “fuerte” que ha padecido un debilitamiento más radical a lo largo del novecientos ha sido, probablemente, el de la física clásica, a causa de la teoría cuántica. Ésta demostró, efectivamente, que la propia materia no era continua, sino más bien fragmentada en “paquetes cuánticos” que insinuaban la existencia de áreas de no-conocimiento en la observación de los fenómenos. En seguida, en el campo lógico-matemático, la formulación del teorema de Gödel sobre la indecibilidad de los sistemas formales cortó las expectativas hilbertianas relativas a una formalización deductivista capaz de representar de manera resolutiva cualquier problema teórico. Al mismo tiempo, los estudios sobre el segundo principio de la termodinámica (Prigogine) introdujeron el concepto de “fluctuación” del orden en los sistemas físicos¹⁵, cuestionando así, en el campo de los fundamentos, las ideas de estabilidad y previsi-

¹³ En la aplicación de la ley no se puede atribuir a la misma otro sentido que no sea el que se desprende evidentemente del significado propio de las palabras según su conexión y la intención del legislador (Art. 12 Disp. Prel. C. C.)

¹⁴ Sobre el uso de la prueba científica en el proceso Cfr. S. FUSELLI: *Aparéense. Accertamento giudiziale e prova scientifica*. Ed. FrancoAngeli. Milano, 2.008; F. PUPPO: “La nuova prova scientifica nel processo penale. Alcune riflessioni sul rapporto tra retorica e scienza”, en G. FERRARI (coord.): *La retorica tra scienza e professione legale. Questioni di metodo*. E. Giuffrè. Milano, 2.004, pp. 335-372.

¹⁵ M. MANZIN: *Ordine politico... etc. Loc. cit.*

bilidad que habían venido identificando la cosmología clásica galileano-newtoniana.

Son ejemplos macroscópicos, que expresan la verdadera y profunda revolución gnoseológica que a lo largo del siglo XX volvió del revés la percepción del universo como orden dotado de estabilidad, observable y explicable mediante narraciones (a su vez continuas) científicamente garantizadas.

En filosofía, el eco que produjo este irreversible “debilitamiento” del pensamiento de matriz cartesiana es apreciable, sobre todo, en las escuelas continentales que, bajo diferentes modalidades, recurren a Martín Heidegger y a sus epígonos; así como en los continuadores del *linguistic turn* y de las corrientes inspiradas en el “segundo” Wittgenstein; o, también, en los cultivadores de la hermenéutica, etc.

El acercamiento del positivismo jurídico al normativismo kelseniano recuerda, en ciertos aspectos, el sueño de Hilbert: la reducción (en su caso de la lógica matemática) a sistema coherente como respuesta a los problemas cognoscitivos. Pero la realidad mostrará resultados distintos. Veáanse, por ejemplo, los procesos de constitucionalización de los valores socialmente compartidos (sometidos, pues, a las complejas dinámicas de la sociedad contemporánea); la internacionalización de los derechos humanos; el agotamiento de las ideologías, la “porosidad” de los ordenamientos nacionales; la globalización; los problemas de la *gobernante*, et. Todos ellos, fenómenos que escapan a cualquier posibilidad de reducción forma y de reconducción a un orden sistemático y jerárquico.

Para todo estos campos (ciencia, filosofía, política, Derecho, economía), la conclusión es la pérdida definitiva de la fe en la existencia de *un* orden en sentido absoluto, pues en todos estos casos nos encontramos en presencia de un número indefinido de *órdenes* cuya condición es la fluctuación; de una indefinida variedad de *situaciones* en las que el criterio organizativo de los fenómenos que singularmente las distinguen y contrastan varía de un momento a otro, sin poder ser subsumido en un criterio geneal y “trans-situacional”.¹⁶

Con una expresión que ha gozado de gran éxito, Natalito Irti ha calificado la postmodernidad jurídica como “la edad de la descodificación” y del “nihilismo”, marcada por la técnica y el procedimentalismo.¹⁷

¹⁶ Uso el término en el sentido explicitado por G. VATTIMO. A este propósito, entre sus muchas obras, *vid.*, por ejemplo, *La società trasparente*. E. Garzanti. Milano, 2.000 (edición ampliada) [Hay trad. esp. de T. Oñate: *La sociedad transparente*. Ed. U.A.B. Barcelona, 1.990].

¹⁷ Me refiero, sobre todo, a N. IRTI: *Letà Della decodificazione*. E. Giufé. Milano, 1.999 [Hay trad. esp. de L. Rojo: *La edad de la descodificación*. Ed. Bosch. Barcelona, 1.992]; y, a propósito del nihilismo: *Nichilismo giuridico*. Ed. Laterza. Roma-Bari, 2.005. El procedimentalismo ha sido uno de los principales temas discutidos en el XXII *Congresso Nazionale Della Società Italiana di Filosofia Giuridica e Politica* realizado en Trieste los días 27-30 de septiembre de 2.000, cuyas actas han sido recogidas por M. BASCIU (Coord.): *Giustizia e procedure*. Ed. Giuffrè. Milano, 2.002. Del mismo reproduzco una significativa consideración aportada por VATTIMO en su Discurso de Apertura: “Il proceduralismo (i proceduralismi) come contrassegno della moderna” (pp. 27-36 y 35): “La relación procedimentalismo modernidad, entendida en su más pleno significado, quiere decir que (...) este se legitima, no con relación a cualquier estructura dada y normativa de la razón humana, sino relativamente a una condición, más postmoderna que moderna, en la cual, la metafísica, esto es, el fundacionalismo, ha perdido credibi-

A todo esto podemos añadir, en el marco de la específica experiencia italiana, todas aquellas vicisitudes institucionales, políticas y de costumbres que, a partir de los primeros años de la década de los noventa, han evidenciado la profunda crisis del sistema-justicia, convertido, no ya en un orden regulado por un principio duradero, ni siquiera conectado al orden más amplio del Estado, sino más bien en un espacio fraccionado y dividido (incluso según su propia autopercepción) en situaciones de poder, intereses y objetivos particularistas, diferentes entre sí sólo ocasionalmente concluyentes¹⁸.

La ruptura del orden que caracteriza la epistemología postmoderna tiene obviamente consecuencias – por supuesto relevantes – en el ámbito de la teoría y la fenomenología del proceso. De ellas me ocuparé en breve. Pero antes de ello es preciso reflexionar acerca del (casi siempre) sobrevenido reconocimiento de la discontinuidad como factor estructural de cualquier narración.

Quisiera afrontar este problema, en sí mismo amplísimo, con una metáfora “alimenticia”, por así decir, que pongo a veces a los estudiantes del curso de Filosofía del Derecho (ennobreciéndola con una etimología propia de algunos fragmentos heracliteanos)¹⁹. Es la siguiente: cuando compramos alguna cosa, por ejemplo, queso gruyère, ¿nos irritamos por el hecho de encontrar en él agujeros? ¿Podríamos definir dicho agujeros como “no-queso” o, por el contrario, estos son “estructurales” a ese queso, precisamente, y nos irritaría más bien el no encontrarlos?

Si admitimos la tesis de Zenón y su interpretación extrema y dualista de Parménides, no sería posible ninguna confusión engañosa entre el “queso” y el “no-queso”, pues el ser es, y el no ser no es; *tertium non datur*. Sobre esta concepción parmenídea se ha construido la noción moderna de individuo, así como su primacía jurídico-política²⁰. En la misma línea, en el campo físico y cosmológico, la teoría clásica había entendido como polos opuestos el orden de la naturaleza y el caos. Pero en la actualidad, la postmodernidad nos coloca ante la exigencia de reiterar el parricidio invocado por Platón, proclamando que “el ser en cierto modo no es, el no ser, en cierto

lidad”. Es decir – anoto -, en la condición de la renuncia por parte de la “razón humana” a buscar un fundamento que justifique las diferentes formas (procedimientos) a los que nos encontramos sometidos.

¹⁸ Valgan como ejemplo: la fragmentación en corrientes ideológicas bien determinadas de la Associazione Nazionale Magistrati; los agrios enfrentamientos entre poder político y magistratura; las embarazosas interposiciones de acciones inquisitorias por parte de diversas fiscalías; y otros hechos más que constituyen actualmente en Italia materia de crónica cotidiana.

¹⁹ “Todas las leyes humanas, en verdad, se nutren (τρεφνται) de una sola ley, la divina” (trad. it. G. COLLI, fr. 14 [A 11] : DK 22B 114. En G. COLLI: *La sapienza greca*. III: *Eraclito*. Ed. ADELPHA. Milano, 1.993, p.29) [Hay trad. esp. de D Mínguez: *La sabiduría griega*. Ed. Trotta. Madrid, 1.995]. Entre sus significados, τρεφειν indica también la acción de coagulación del queso que sucede cuando se cuaja la leche: metafóricamente, pues, se trata de la constitución de una forma actual (no la única) en virtud de una potencia aún no determinada (precursora de muchas posibles determinaciones). Para una interpretación diferente, aunque conceptualmente afín, del τρεφειν de Heráclito, vid. CAVALLA: *Verità dimenticata*, cit. pp. 152-156.

²⁰ Sobre el tema, de manera difusa, MANZIN: “La bomba di Solzenicyn e la frammentazione dei diritti umani”, en *Persona y Derecho*, nº 58, 2,008, pp. 455-472.

modo, es”²¹. En otras palabras, la identidad fundada sólo sobre sí misma (la que ha dado lugar a las luchas históricas por la *égalité*), absoluta, abstracta, no resiste las consideraciones que tanto la lógica como la experiencia interponen en su camino. Cualquier proceso de determinación de la identidad ($A=A$) implica el reconocimiento de la diferencia ($A/\neq\text{no-}A$), y por tanto, la apertura de toda gnoseología a campos no homogéneos del saber (bajo esta perspectiva, la crisis de identidad que sufre Europa y su cultura – el problema de las raíces – es ante todo la crisis de la *noción* misma de identidad, noción heredada del Iluminismo racionalista).

De todo ello es claro ejemplo la tendencia, presente en el mundo científico, de “contaminación” entre disciplinas diversas. Unas *convergins sciences* que son consecuencia directa de la creciente difusión de las epistemologías de la discontinuidad.

De los agujeros del queso de gruyère se dirá, pues, que son también gruyère, pues la identidad de este sabroso producto no es distinguible de lo que, aparentemente, es una cosa diferente, como los agujeros precisamente. De las antinomias, lagunas, procesos de integración de los principios en las reglas, oscilaciones interpretativas, carácter probabilista y falsable de las representaciones probatorias, etc., no se podrá decir, por consiguiente, que sean normativamente (hablando en términos kelsenianos) “no-Derecho”: serían al Derecho lo que los agujeros al gruyère. Constituyen las preciosas posibilidades de su desarrollo continuo.

IV. Las dos caras de una misma medalla

He dado por sentado que las dinámicas normalmente desarrolladas en diferentes campos de la experiencia y de la teoría refuerzan la tesis según la cual ninguna narración puede aspirar a la continuidad, de manera que el orden sistemático, entendido como paradigma conceptual establecido por la modernidad, aparecería en la actualidad irremediabilmente fragmentado, y sus dispersos fragmentos brillarían bajo la inquisitiva luz de la conciencia como los trozos de un espejo hecho añicos (el del saber cartesiano: *res cogitans* que “refleja” la *res extensa*), que reflejan una mirada caleidoscópica de resplandores, de colores, de formas, aparentemente irreductibles entre sí.

Quisiera demostrar ahora cómo por parte de los juristas esta situación – unas veces consciente y otras no tanto – ha conducido a dos resultados distintos. O, por mejor decir, a dos actitudes que, bien mirado, constituyen las dos caras de una misma moneda.

Del primero ya hemos hablado: estamos ante la actitud *procedimentalista*, esto es, la actitud de quienes se aferran al “salvavidas de la forma”²²; aunque, cuidado, pues

²¹ Lo que no es, en cierto sentido es, precisamente, y lo que es, en cierto sentido a su vez, no es. PLATON: *Sofista* xxxix 24 Id. Trad. it. A. ZADRO, en *Opere* 2. Ed. Laterza. Roma-Bari, 1.980, p.223 [Trad. esp. de A. Tovar. Ed. Instituto de estudios Políticos. Madrid, 1.970].

²² Cfr. N. IRTI: *Il salvagente della forma*. E. Laterza. Roma-Bari, 2.007.

no se trata propiamente de formalistas. Pues el formalista pierde de vista la sustancia, o el problema de la sustancia, que considera irresoluble o inútil, elevando la coherencia expresada mediante la forma a criterio máximo de validez. El procedimentalismo, por el contrario, es sobre todo irónico en relación con la dualidad forma-sustancia, ya que en la misma se mantienen aún rasgos del “pensamiento fuerte”: Racionalidad y sustancia son para él conceptos antitéticos. Plantearse el problema de la sustancia y de su distinción respecto de la forma sería un acto literalmente carente de sentido. El procedimentalista, por tanto, es un “nihilista positivo”, un *bon vivant* que rehúye toda posición extrema y guarda en su corazón el destino del mundo. Así que dice adiós con una sonrisa benevolente a esa edad en la que los filósofos trataban de conferir certeza a sus narraciones sobre el mundo (mediante la religión, la razón, la ideología o la forma ordenada y jerárquica), y se acoge, sin dramatismo, a la idea de que no existe ningún criterio (fundamento, principio, sentido) capaz de ordenar la bastedad de fenómenos que se encuentran en la experiencia. Por ejemplo, en el caso del Derecho, no existe *justicia* alguna. Sólo existen, precisamente, contingencias, fenómenos caprichosos que de vez en cuando el pensamiento une sobre la base de criterios provisionales y totalmente transitorios. A tan radical escepticismo sobre la cuestión del fundamento, el benévolo procedimentalista añade el optimismo del rito, exaltando aquellos estándares formales de uso, fijados por las normas jurídicas, que – aunque *in-fundadas* – no cambian en todos aquellos casos para los que han sido previstas, garantizando de esta manera la única igualdad posible en concreto. Para ellos, el vaso del nihilismo está medio lleno.

La segunda actitud que resulta de la conciencia de la discontinuidad, menos noble intelectualmente pero, en mi opinión, mucho más peligrosa en potencia, es la que puede encontrarse en cierta praxis forense, con tendencia a extenderse a los operadores jurídicos y a los jóvenes abogados. Consiste en un verdadero y propio endurecimiento de la conciencia profesional, que en otro lugar he definido como “cinismo judicial”²³. En ella pueden distinguirse dos niveles que se suceden en el tiempo.

En un primer momento, y a nivel cognoscitivo, el profesional principiante constata que todas las materias aprendidas a lo largo de su formación universitaria y a través de las publicaciones que normalmente ha utilizado para su preparación del examen de estado de abogado, se aplican poco, o realmente nada, en la práctica. Dicha práctica aparece constituida más bien por un conjunto de costumbres acendradas, de usos característicos del foro en el que actúa, relativos a sujetos con los que ha de trabajar cotidianamente (magistrados, funcionarios de juzgado, colegas, etc.), alejados, igual de alejado que para él está el hiperurano, de la idea de continuidad formal representada por el modelo silogístico del razonamiento judicial.

²³ Vid. a propósito “Il cinismo giudiziario e le virtù del metodo”, en P. MORO (Coord.): *Scrittura forense. Manuale di redazione del parere motivato e del atto giudiziale*. Ed. UTET. Torino, 2.008, pp. 1-3.

En un segundo momento, ahora a nivel psicológico y de comportamiento, el principiante termina por imitar, sofocando cualquier nostalgia teórica (en el caso de que se produzca), los modales de sus maestros: cínico y desencantado de los refinamientos doctrinales, tendiendo a interiorizar las astucias y estrategias de los colegas más duchos y expertos. Interpreta su formación forense como un despertar, en una edad ya adulta, al “mundo real”, muy diferente del lirismo del *Professorenrecht*; y de hecho, libra insistentes batallas contra la esquizofrenia del legislador, la volubilidad de los jueces, la obstinación de los clientes, las zancadillas de los colegas de la parte contraria, las deficiencias de las Secretarías, etc. Problemas que no tienen nada de lógico, precisamente; en los que, por el contrario, la falta de todo tipo de lógica constituye la razón exacta de su esencia problemática.

He aquí, pues, las dos caras de una misma moneda las del poder. Poder o, mejor, poderes, que establecen los ritos y los procedimientos, los usos y las astucias, pero que – recordémoslo – no tienen para el nihilista ningún fundamento (principio, sentido) duradero. Poderes que convierten en cínico el objetivo forense, provocando su sumiso retroceso a un segundo plano o su vanidad carente de escrúpulos²⁴ ¿Entonces? Recogiendo las palabras de Shakespeare: *Let's Hill all the lawyers!* Porque ¿sería posible una conclusión diferente?

V. Apología de la retórica forense

No obstante, precisamente porque la medalla sólo es una, quizá pudiéramos cuestionarla en todos sus aspectos, oponiendo al factor del (mero) poder el de la (búsqueda de la) verdad, de la que el proceso es virtualmente un “formidable laboratorio”²⁵. A esta medalla, sobre cuya cara está escrito que *auctoritas non veritas facit legem*, colgada del pecho de todos aquellos que consideran que la lógica es extraña a los procesos de decisión que se llevan a cabo en el foro, a esta medalla podemos objeta, en efecto, que la lógica en la que piensan es solamente la del silogismo y la subsunción, adecuada para los discursos que gozan de continuidad (que son siempre abstractos), pero inaplicable a las situaciones concretas y a los discursos discontinuos que caracterizan a éstas.

Expliquémonos mejor. Existe, ciertamente, una verdad que connota todas las conclusiones coherentemente deducidas de las premisas del razonamiento: la verdad entendida como validez formal –situada, precisamente, dentro de una *forma*, de un

²⁴ Sobre este tipo de figuras de abogado que constelan desde hace siglos la literatura y otras formas de expresión artística en occidente (y sobre las que en la actualidad trabajan lo estudiosos del movimiento *Law and Literatura*), vid. las agudas observaciones de CAVALLA al final de su *Retorica giudiziaria...* etc., ya cit., p. 84, así como – en su caso – mi nota explicativa *Del contraddittorio come principio e come metodo*, en M. MANZIN y F. PUPPO (Coords.): *Audiatur et altera pars: Il contraddittorio fra principio e regola*. Ed. Giuffré. Milano, 2.008, pp. 3-12; 12 nota 26.

²⁵ La expresión es de CAVALLA, en su Prefacio a la 2ª edición de *Retorica, processo, verità*, cit. p.15.

orden continuo, de un sistema—. La lógica matemática representa la expresión seguramente más relevante de la misma. Como he indicado a grandes rasgos, ésta requiere un contexto en el que las premisas se fijen mediante un lenguaje artificial y unívoco. Semejante contexto es, sin embargo, inencontrable en las salas de los tribunales, en las que se confrontan y contrastan múltiples discursos en un lenguaje natural y sin ninguna clase de acuerdo acerca de las “premisas”. El acto final de todos estos discursos viene destinado, como sabemos, a su confirmación por parte de la *auctoritas* jurisdiccional. Pero, en esencia, todo esto no debería impedirnos intentar su gobierno mediante los instrumentos lógicos oportunos (pues, de otra manera, la misma obligación de la sentencia resultaría carente de sentido). “Oportunos” aquí significa “adecuados a las circunstancias”: a la pluralidad de planteamientos, a su carácter controvertido, a la asimetría, transitoriedad, perfectibilidad, del contexto forense.

¿Existe alguna verdad que se adecue a este orden discontinuo? ¿Existe cualquier cosa que sea capaz de conectar de manera racionalmente admisible los elementos heterogéneos de la narración procesal (y sin la cual la expresión “orden discontinuo” no sería nada más que una feliz unión de ideas contradictorias)? ¿Algún tipo de derrotero, en suma, a través del cual la barquichuela del razonamiento pueda alcanzar el puerto de la decisión judicial?

Citaré una vez más a Kundera: “Conforme se profundiza poco a poco en el porvenir, la herencia del ‘modernismo antimoderno’ adquiere su grandeza”²⁶. Es decir que, como quería Rimbaud, para ser “absolutamente moderno” (es decir, adecuado al porvenir, dispuesto a luchar contra el destino de la “uniformidad sin par” que nos aguarda al final de la modernidad)²⁷ es necesario llegar a ser capaz de enfrentarse de manera crítica con la modernidad y con sus mitos. Capaz de ir más allá de su producción conceptual más característica (el individualismo, el igualitarismo, la técnica), hasta identificar sus orígenes: esos dilemas fundamentales a los que pretendían dar solución. Pues si bien el tranquilizador resplandor de las soluciones modernas se está oscureciendo, tales dilemas, sin embargo, continúan siendo auténticos y dignos todavía (y siempre) de ser afrontados.

Uno de estos dilemas, cuya raíz se remonta al surgimiento de la civilización europea (esto es, a Grecia), era el siguiente: ¿El juicio de las acciones humanas se encuentra inevitablemente confiado al destino (y a las fuerzas de que se vale), o tales acciones se pueden medir y sopesar sobre la base de la capacidad de expresar sus razones? ¿El ruiseñor perecerá siempre frente al gavilán, como se preguntaba Esíodo? ¿David frente a Goliat (Israel, también en los orígenes de la civilización europea)? ¿El bondadoso secuaz de Galileo frente al omnipotente César (finalmente, Roma, la cristiandad, siempre radicales, siempre Europa)? Conocemos la respuesta del mundo

²⁶ M. KUNDERA: *Larte del romanzo* p.196 [Hay trad. esp. de F. Valenzuela y M^a. V. Villaverde: *El arte de la novela*. Ed. Tusquets, Barcelona, 1.987].

²⁷ *ibidem*, p. 209.

clásico a este dilema: el intento constante de aplicar las razones a los problemas de la experiencia. Por ejemplo, de defender se la acusación *explicando*, de juzgar *motivando*.

Una razón que sea capaz de gobernar el diálogo, de componer los conflictos, de privar de espacio a la fuerza, distinguiendo y uniendo (mostrando lo diverso y lo común), según expresión que es propia del “logos” mismo²⁸. Y puesto que el “logos” es al mismo tiempo luz y sombra, plenitud y vacío, identidad y diferencia – es decir, es *discontinuo* –, también las capacidades de la razón presentarán esta ambivalencia, este destino pleno y vacío, de recuerdo y olvido. La razón narrará, efectivamente; pero de un modo discontinuo.

Lejos de renunciar a la razón – a la lógica –, el orden fragmentado de la modernidad debería conducirnos a la renovación de nuestros esfuerzos para trabajar en los espacios de los “silencios”, las “oscuridades”, las “insuficiencias”, en la línea ya experimentada por los clásicos, profundizándola y adaptándola a las nuevas circunstancias. Lo cual significa, en primer lugar y de modo concreto, abandonar la concepción de la verdad procesal en el sentido del resultado de un procedimiento lógico-formal (inscrito en la forma-ordenamiento) y de acontecimientos empíricos objetivos, para pensarla, por el contrario, como la posibilidad de aprobación, sobre base racional, de proposiciones que no encuentran en aquel preciso lugar y momento proposiciones opuestas otro tanto susceptibles de aprobación racionalmente²⁹. Proposiciones que se determinan en un contexto, el forense, dialógico, controvertido, vago lingüísticamente, carente de premisas axiomáticas.

Ahora bien, ¿de qué modo se determinan dichas proposiciones?

En este punto es preciso recurrir al patrimonio de técnicas lógico-discursivas que con anterioridad a la separación cartesiana de los saberes se compendia en el simbólico *trivium* (bien conocido por los juristas de la época clásica y del Derecho común, es decir, por los retóricos y prácticos de un *ius* percibido sencillamente como un *ordo* continuo)³⁰: gramática, dialéctica, retórica; procedimientos racionales que surgen de, operan con, y se destinan a, la práctica concreta (o sea, las artes), nunca desconectados de la misma. Dicho brevemente: instrumentos de una “racionalidad práctica” (fronesis), según la insuperable definición de Aristóteles.

Hoy debemos reconocer sobre todo a Francesco Cavalla el mérito de haber vuelto a situar en la órbita de los estudios de Filosofía del Derecho este patrimonio que

²⁸ Vid. a propósito las profundas reflexiones de CAVALLA en toda la Tercera Parte de su *La verità dimenticata*, cit.

²⁹ Todo lo expuesto hasta ahora acerca de la “verdad retórica” se encuentra ampliamente ilustrado y explicado por CAVALLA en su ya cit. *Retorica giudiziaria, logica e verità*. Es obligado remitirse al mismo para una visión más profunda de lo que, en esta breve “apología de la retórica forense”, se ha intentado proponer como alternativa a la fracasada concepción de los procedimentalismos carentes de fundamento (sobre este punto *u. supra* nota 18).

³⁰ Para un análisis de la relación entre la retórica y los juristas de la época clásica pueden examinarse las diversas aportaciones de M. MIGLIETTA, G. SANTUCCI y U. VICENTI en G. FERRARI y M. MANZIN (coords.): *La retorica fra scienza e professione legale*. Ed. Giuffrè. Milano, 2.004, pp. 207-288 (Segunda Parte: “La retorica nelle fonti giuridiche classiche”).

representa, al mismo tiempo, el signo de nuestro poder ser *originariamente* europeos y la posibilidad de afrontar los riesgos de una modernidad destrozada (al menos en lo que se refiere a las temáticas del razonamiento procesal, así como a lo que él denomina “filosofía forense”)³¹.

Este breve escrito aquí presentado quiere ser tan solo una proyección de esta perspectiva; una atenta apología de la racionalidad entimémica aplicada al proceso; expresión confiada de un “modernismo antimoderno” capaz de actuar de manera anticíclica sobre la fragmentación procedimentalista y el cinismo metodológico.

Antes de que nos inunde –como advierte Kundera– la “uniformidad sin par”.

³¹ Un título que califica de modo específico algunos de los volúmenes de la colección “Filosofía del Diritto” (publicada por el editor FrancoAngeli de Milano), dirigida por el maestro paduano. De su intuición y de los productos científicos de su investigación ha nacido el CERMEG, *Centro di Ricerche sulla Metodologia Giuridica*, asociación de juristas de la academia y el foro que cultiva, entre sus objetivos, el estudio y difusión, en el ámbito informativo, profesional y deontológico, de la retórica forense.