

LÓGICA JURÍDICA Y PROCESO JUDICIAL

Celina A. Lértora Mendoza*

RESUMEN. Las dificultades reales y prácticas que se aprecian en las líneas de lógica jurídica clásica y cibernética, conducen a la conveniencia de focalizar enfoques alternativos, es decir, recursos lógicos vinculados a lógicas no clásicas, más flexibles, entre las cuales se cuenta la propuesta de la fundamentación débil de Jorge Alfredo Roetti, que tomo como base de mi propuesta de aplicación a la lógica jurídica enfocada al análisis de las controversias judiciales. Una de las características que tienen todas las actividades retóricas y dialécticas es la de ser prácticas simbólicas cuyo fin, como el de la guerra y su sucedáneo los juegos, incluyendo las *litís*, es la “victoria”. Y propongo aplicar también el concepto de “lógica cooperativa” a las reglas de desarrollo de una controversia cooperativa, lo cual redundaría en un mejoramiento del sistema judicial.

PALABRAS CLAVE. Lógica jurídica; fundamentación insuficiente; controversia; juegos retóricos; Jorge Alfredo Roetti.

LEGAL LOGIC AND LOGICAL RESOURCES

ABSTRACT. The real and practical difficulties that can be seen in the lines of classical and cybernetic legal logic lead to the advisability of focusing on alternative approaches, that is, logical resources linked to non-classical, more flexible logics, among which is the

* Investigadora del CONICET de Argentina en el área de Filosofía, y Profesora de Doctorado en la Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca, Argentina. Correo electrónico: cldrtoramendoza@gmail.com

proposal of the weak foundation of Jorge Alfredo Roetti, which I take as the basis of my application proposal to legal logic focused on the analysis of judicial disputes. One of the characteristics that all rhetorical and dialectical activities have is that they are symbolic practices whose end, like that of war and its substitute games, including litigation, is “victory”. And I also propose to apply the concept of “cooperative logic” to the rules of development of a cooperative controversy, which would result in an improvement of the judicial system.

KEY WORDS. Legal logic; insufficient foundation; controversy; rhetorical games; Jorge Alfredo Roetti.

I. INTRODUCCIÓN Y PROPUESTA

1.1. *Un poco de historia*

La lógica jurídica tiene ya una bastante larga historia y muchas corrientes. En líneas generales puede decirse que se han nucleado en tres grandes objetivos: analizar los argumentos jurídicos, analizar las disputas jurídicas y considerar la automatización legal y/o judicial. Este orden es cronológico e indica también el nivel de complejidad. Los primeros trabajos se orientaban a analizar y fundamentar la pertinencia lógica de argumentos considerados específicos (o por lo menos propios) de la argumentación jurídica (Klug, 1961; Kalinowsky, 1965), especialmente en los procesos de aplicación de leyes o normativas jurídicas obligatorias, como los argumentos *a contrario*, *a pari*, *a fortiori*, etc. Los sistemas lógicos utilizados fueron en un primer momento los sistemas clásicos, en la versión de lógica de predicados, de clases o de relaciones (Alchourrón, 1961). Aplicando estos principios ninguno de los argumentos en la forma en que habitualmente eran usados conseguía legitimarse. Se ofrecían versiones aceptables o bien se los indicaba como refuerzos plausibles. De allí que se los ubicara en un contexto más bien retórico.¹

¹ En el artículo de Alchourrón mencionado, al comienzo, se traza un breve y certero panorama de la discusión en ese momento. Los argumentos *a fortiori* y *a pari* se usan para

En segundo término, apareció otra corriente más preocupada por organizar un control lógico de las discusiones jurídicas, especialmente las judiciales. El punto de inflexión más importante de esta corriente es abandonar el uso exclusivo o predominante de las lógicas clásicas en beneficio de otras que parecieron más adecuadas. En primer lugar, para justipreciar el desarrollo lógico de un proceso judicial, se observó que la mayoría de los argumentos en realidad no son apodícticos sino tópicos, para usar una tradicional terminología aristotélica. La tópica, como forma de argumentar a partir de premisas consensuadas o convencionales, parece más adaptada a la realidad de los sistemas y normas legales de una sociedad, que se guía sobre todo por un *ethos*, es decir, por un conjunto de valoraciones tradicionales que son aceptadas por la mayoría de sus integrantes, pero que pueden ser distintos y hasta contrario al *ethos* de otros grupos incluso coetáneos. Tempranamente Chaïm Perelman (Perelman y Olbrechts, 1952) propuso la idea de una tópica argumentativa, que obtuvo inmediatamente adeptos, que luego llevó a la lógica jurídica en forma sistemática (Perelman, 1976). Desde entonces esta posición ha ganado terreno de modo que actualmente es un consenso generalizado que una lógica jurídica debe ser del tipo tópico (o si se quiere, retórico, entendiendo ahora la retórica como forma de argumentar). Por lo tanto, deber tratarse de una lógica débil que a su vez admite muchas formas y sistemas de expresión.

Como deriva de esta posición han aparecido varias ideas que retoman la vieja noción de “*disputatio*”, y se ha vinculado a la teoría de los juegos, de amplio desarrollo matemático en la segunda mitad del siglo pasado. Con to-

extender el ámbito de aplicación de normas. Son dos especies de la analogía, que serían reductibles a principios lógicos. En cambio J. Dualde (1939, p. 9) dice que cuando se invoca un principio en una contienda judicial, casi siempre el contrario puede lanzar otro semejante que conduzca a un resultado opuesto. Kelsen (1960, p. 168) dice que no hay criterios para la preferencia entre ellos. Según Alchourrón, la consecuencia de estas ideas es declarar que los criterios para apreciar los argumentos jurídicos no son los de la lógica formal (1961, p. 178). Sin embargo, observa que los juristas tienen la convicción de que los argumentos de este tipo son lógicamente correctos y de allí sacan la consecuencia de que a pesar de ello la lógica no se usa. Al contrario, quienes ven que no son válidos, pero sí útiles, aprueban su uso, deducen por eso mismo que la lógica es inaplicable al derecho. Como se aprecia, la controversia en este sentido y reducida al uso de las lógicas clásicas estaba en tablas. En un añoso artículo señalé esta situación como fundamento para proponer un avance en los estudios de tópica jurídica (Lértora, 1975).

das estas líneas se constituye una especie de corriente principal que visualiza el proceso judicial como una controversia para cuyo análisis se requieren sistemas lógicos no clásicos, comenzando por las lógicas intuicionistas, y un largo etc. que incluye las lógicas borrosas, paraconsistentes, plurivalentes y el amplio campo de las lógicas modales deónticas.

El segundo apartamiento de las lógicas clásicas ha sido la deriva hacia las lógicas de probabilidades. En este caso se trata de un recurso que permite a los juristas y estudiosos trazar panoramas retro y prospectivos de las tareas jurídicas, especialmente las judiciales. No es un recurso trivial. Al litigante y a sus letrados les importa saber qué probabilidades hay de tener una sentencia en un sentido o en otro, en controversias donde nada es blanco o negro, sino que se pintan como una casi infinita gama de matices. También preguntas más puntuales como qué probabilidades hay de que los testigos sean veraces (un estudio pionero y discutido es Flores, 1987²), que los peritos hagan bien su trabajo en temas complicados, que los medios y las redes sociales formadores de opinión tomen partido y si y cuánto ello puede influir en las sentencias. En esta tesitura se ha propuesto el uso del diagrama de flujos para clarificar el proceso decisorio, como modo de prever y responder las posibles decisiones judiciales en un caso concreto en manos del abogado.

La tercera línea de la lógica jurídica y la que resultó más conflictiva es el intento de la mecanización cibernética de actuaciones, especialmente judiciales. Aunque de hecho esa línea, muy fuerte en los años '80, no prosperó en la forma planteada, sí puede advertirse que hay un crecimiento de uso de medios digitales en la justicia y que, si bien en abstracto podría decirse que

² La argumentación de Flores es como sigue: si G dice la verdad 3 veces sobre 4 y S dice la verdad 4 veces sobre 5 ¿cuál es la probabilidad de que la misma cosa o situación afirmada por ellos (como verdadera o como falsa) sea verdad? Para responder elabora el correspondiente cálculo de probabilidades. hay una resultante probabilística para el caso de que ambos digan la verdad y sus afirmaciones coincidan. Es decir, cuando el juez se encuentra con un caso como el del ejemplo, una afirmación coincidente de G y S tiene 12/13 probabilidades de ser verdadera y entonces el juez no es libre para valuar de otra manera el evento en su sentencia. Esta propuesta, y otras similares posteriores, han sido discutidas en virtud del principio de la libre interpretación que casi todos los sistemas le reconocen al juez (Lértora, 1996). En esta situación es claro que sólo si el juez acepta este criterio funcionará la propuesta. Y una aplicación errática de la misma (a criterio en cada caso del juez interviniente) tendrá en el conjunto un efecto claramente negativo y contraproducente porque aumentará la incertidumbre en vez de reducirla.

son instrumentales, en los hechos operan constituyendo nichos de funcionamiento que quedan fuera de un control individualizado de los funcionarios.

Hay una cuestión que sigue pendiente y cuyo avance puede modificar sustancialmente la práctica tribunalicia. ¿De qué modo puede usarse la automatización de procesos decisionales en beneficio de la tarea del abogado? Hay dos instancias del proceso de aplicación: 1) fijación de las condiciones de aplicación del programa; 2) programación. La segunda parte puede considerarse que será estandarizada, si se resuelve la primera, que es conflictiva para el jurista, al que corresponde y debe tener en claro qué “instrucciones” dará al programador. Aproximativamente hay dos aspectos: a) que el cálculo analice las alternativas del derecho objetivo (forma y fondo, es decir, sustancial y procesal) aplicables al caso y sus aspectos fácticos en su relación abstracta con ellos; b) el proceso decisorio del juez. Como un cierto mix entre los dos ítems anteriores, aparece un tema que se hace visible e importante sobre todo en sociología y en ciencia política: la teoría sobre la toma de decisión, que en el campo lógico aparece como “lógica de la toma de decisiones”. Por otra parte, la tendencia a “automatizar” y “computarizar” la vida jurídica ha producido desde 1975 aproximadamente una abundante bibliografía relativa a sistemas y programas, que en la etapa siguiente, hacia los años 1980, incluye –prioritariamente en muchos casos– los procesos de toma de decisión, sin que los estudios semánticos guarden relación (cuali y cuantitativa) con los sintácticos, siempre superexcedentes.³

En síntesis, tanto la pretensión de legitimar los argumentos jurídicos con recursos de la lógica clásica (primera línea) como la de automatizar el proceso judicial (tercera línea) han chocado con las defensas de la libre decisión judicial. Sin embargo, considero un pseudo-problema oponer coherencia lógica y decisión judicial. Y argumento así: si la coherencia lógica se reduce al planteo formal, entonces la libre interpretación pareciera oponerse (en casos como el del ejemplo de la veracidad del testigo ya mencionado) a dicha coherencia. Pero si por “coherencia lógica” entendemos no sólo un planteo formal (eventualmente insuficiente) sino un conjunto autoconsistente de

³ Este nuevo enfoque traído por las investigaciones informáticas, a su vez produjo una avalancha editorial de la que da cuenta, entre otras bibliografías, la *Bibliografia Internazionale - Informatica e Diritto* XII, Firenze, 1986, que registra casi 3000 títulos sobre análisis computarizado.

reglas de procedimiento, entonces podríamos concluir que no se oponen. Es más, podría incluso –yo creo que debería– decirse lo siguiente: la coherencia lógica es una *conditio sine qua non* de la libre interpretación (aunque no sea la única) porque sin coherencia lógica no habría libre interpretación sino arbitrariedad, por falta de racionalidad en los fundamentos. Dado que en nuestros sistemas jurídicos hodiernos la fundamentación racional es un requisito esencial de todo dictamen (sentencia judicial, resolución administrativa, etc.) la coherencia lógica resulta un integrante exigido en forma expresa por el derecho positivo como condición de validez del acto. El problema radica, en cambio, en hallar estrategias decisorias que respondan a ese requisito. El análisis lógico clásico y el cálculo de probabilidades pueden proponerse como tal. La discusión al respecto ha mostrado los límites muy modestos de su viabilidad, ya que sólo pueden tomarse como un indicio más entre otros muchos a tener en cuenta. Nos sigue faltando pues, aun luego de haberlos considerado aplicables, una estrategia más comprensiva y eficaz.

En síntesis, que ambos extremos, así enunciados, configuran una falsa oposición. La solución sería integrar el análisis lógico clásico y el cálculo de probabilidades en la libre interpretación y hacer consistir ésta en un análisis racional de los elementos. Ahora bien, en este análisis, el orden decisional se invierte. No es que el recurso lógico dé la solución, sino que el juez decide usarlo como fundamento de una decisión y como argumento a favor de ella.

Desde otro punto de vista, insistir en la necesidad de este tipo de análisis produce también el efecto contrario al buscado por los partidarios de estos recursos, que es reducir al máximo que sea posible el peligro de arbitrariedad judicial por irracionalidad decisoria. Es más, yo estaría de acuerdo en sostener que la utilización apresurada de un recurso lógico produce indirectamente efectos de irracionalidad, cuando el lenguaje formalizado se vacía de contenidos, o estos se mezclan arbitrariamente, al estandarizarse acriticamente el lenguaje natural sobre el que se construye el cálculo.

1.2. La propuesta

Las dificultades reales y prácticas que se aprecian en la primera y tercera líneas, conducen a la conveniencia de focalizar los enfoques más flexibles, que se han mencionado como inicio de la segunda línea, es decir, recursos

lógicos vinculados a lógicas no clásicas, más flexibles, entre las cuales se cuenta la propuesta de la fundamentación débil de Jorge A. Roetti (2014), que tomaré como base de mi propuesta de aplicación a la lógica jurídica enfocada al análisis de las controversias judiciales. Roetti señala que una de las características que tienen todas las actividades retóricas y dialécticas es la de ser prácticas simbólicas cuyo fin, como el de la guerra y su sucedáneo los juegos, es la “victoria”. Podemos incluir en el concepto amplio de “guerra” el de cualquier controversia, como es el caso de una *litis*. Y aplicar también el concepto de “lógica cooperativa” a las reglas de desarrollo de una controversia cooperativa.

En esta propuesta, si bien una controversia judicial (un juicio o *litis*) toma habitualmente la forma de una controversia opositiva, es posible presentar elementos que tiendan a convertirla en controversia cooperativa, lo cual redundaría en un mejoramiento del sistema judicial.

2. DESARROLLO DE LA PROPUESTA

2.1. *El proceso judicial como controversia*

2.1.1. Elementos teóricos

Concebir un juicio como una controversia implica asumir que se trata de un orden dialéctico, es decir, de una lógica entendida como un sistema incompleto –y tal vez incompletable– de reglas de argumentación fundadas a partir de la descripción de las condiciones necesarias de lo que se denomina razón. (Roetti, 2014, p. 20). Por lo tanto, llegar a una sentencia luego de un proceso controversial resulta ser una decisión racional en sentido amplio. Y la “dialéctica”, en la que se constituye y se manifiesta esta razón, es un juego retórico y dialógico. Por otra parte, la retórica también está vinculada con el diálogo. Roetti se plantea al respecto, si existe una estructura general para todas estas posibilidades o si son inconmensurables.

Por otra parte, es necesario preguntarse por la pertinencia de un enfoque acerca de la razón débil o ampliada en general, así como también en el caso de aplicación a las controversias judiciales. Ahora bien, este tipo de enfoques está suponiendo una fundamentación débil o quizá “insuficiente” al decir

de Roetti (2014), y justificar este tipo de fundamento es necesario porque en realidad la mayor parte de nuestros argumentos no son apodícticos ni analíticos como los enunciados de las ciencias formales. En las ciencias fácticas, sean naturales o sociales, en la filosofía y en nuestra vida cotidiana nos manejamos más bien con conjeturas, como diría Popper, y en la mayoría de los casos con fundamentos insuficientes. Pero como debemos continuar, actuar, etc., usamos estos argumentos débiles hasta que son superados por otros más fuertes. De allí que, en toda controversia, y con más razón, sea necesario esgrimir un fundamento débil, ya que otra cosa no es posible, para garantizar la racionalidad del proceso y su resultado.

La lógica cooperativa que propongo como *desideratum* de la controversia que instaura un proceso judicial consiste en un diálogo cooperativo en el que:

Los dialogantes –al menos dos– tienen un fin común: someter a examen la verdad –o al menos la verosimilitud– de sus creencias. La “estrategia trascendente” de los dialogantes es común: alcanzar una creencia fundada compartida, que llamaremos “homología”, en tanto que sus “tácticas inmanentes” son diferentes: constan de los ataques recíprocos a las tesis del oponente para lograr su abandono o revisión, y las defensas de las tesis propias y sus modificaciones. (Roetti, 2014, p. 21)

Asumiendo entonces esta necesidad, se deben ver los pasos de una forma débil de fundamentación que sea aceptable y adaptable al objetivo propuesto.

2.2. Pasos de la forma débil de fundamentación

Ya se ha dicho que cualquier forma débil de fundamentación, por su forma dialéctica y/o tópica y/o retórica, ni puede usar el concepto de verdad, sino otros que en un cálculo reemplacen. El concepto considerado generalmente adecuado pro su proximidad al de verdad es el de verosimilitud.

2.2.1. La verosimilitud

Es claro que la definición de verosimilitud requiere una definición previa de verdad, y esto revela la primacía de la verdad respecto de la verosimili-

tud (Roetti, 2014, p. 52). Y es así porque mientras que verdadero y falso son contradictorios absolutos para la mayoría de los sistemas lógicos,⁴ no ocurre lo mismo con los enunciados verosímiles o inverosímiles, porque la verosimilitud y la inverosimilitud tienen grados, algunos muy próximos a la verdad o a la falsedad, otros más alejados. Podemos entonces establecer esta tabla donde el primero y el último ítem determinan contradicción, y las formas segunda y cuarta son contrarias entre sí y la tercera son equivalencias:

- | | |
|------------------------------------|--------------------------|
| - Enunciado Verdadero | |
| - Enunciado Muy verosímil | Poco inverosímil |
| - Enunciado Medianamente verosímil | Medianamente inverosímil |
| - Enunciado Poco verosímil | Muy inverosímil |
| - Enunciado Falso | |

Un enunciado es verosímil cuando se propone como verdadero, no lo consigue plenamente, pero de todos modos “parece” ser verdadero. Son muchas las causas posibles de una fundamentación defectuosa, causas que dependerán del dominio teórico al que pertenezca el enunciado. En el caso que nos ocupa, casi todos los enunciados que determinan o “cierran” los pasos de un proceso previos a la sentencia son verosímiles. Justamente lo que se exige es que para aceptarlo, el juez fundamente su mayor verosimilitud en relación al contrario. Esta es una regla usual aunque no está canonizada. Así, por ejemplo, frente al testimonio de A que dice que X le pegó a Z, y al de B que dice lo contrario, que Z le pegó primero a X, el juez aceptará el testimonio de A si hay motivos para considerarlo más verosímil (por ejemplo, que A estaba más cerca que B de los contendientes, que su testimonio es más conforme a lo que se ve en las cámaras de seguridad, etc.). El juez, si bien tiene libre interpretación, tal como ya he dicho, debe guardar coherencia y razonabilidad, que en este caso consiste en valorar los elementos que dan mayor verosimilitud al testimonio de A.

Nada se opone a considerar la verosimilitud con recursos de la lógica probabilista, porque este uso no pretende (como en el caso mencionado al principio) llegar a una verdad de la cual el juez no se puede apartar, sino

⁴ Una excepción son los sistemas llamados dialéticos, que admiten que algunos enunciados tengan simultáneamente los valores de verdad ‘verdadero’ y ‘falso’.

establecer la verosimilitud, sobre todo en el caso de controversia y supone la defensa de ella. Hay consenso entre los juristas que una sentencia declara algo con consecuencias jurídicas, pero esta declaración es normativa y no necesariamente veritativa. Sin embargo, los litigantes y en general la sociedad estiman que una sentencia, para ser justa y aceptable, además de ser conforme a la ley y de haberse llegado a ella cumpliendo el debido proceso, debe ser lo más cercana posible a la verdad, asumiendo que raramente todas las condiciones de una verdad indubitante estarán cumplidas. Precisamente por eso es que las sentencias son apelables, que los fallos de tribunales colegiados pueden ser divididos, etc. Pero por otra parte, aun cuando aceptemos la cuasi imposibilidad real de establecer una verdad indubitante, el relato de los hechos que en una sentencia se tienen por probados, aunque no pueda decirse que sea absolutamente verdadero, tiene que ser verosímil, con el más alto grado posible de verosimilitud. En la clasificación anterior, diríamos que debe ser muy verosímil y su contrario muy poco verosímil. Qué grado o índice matemático se pueda emplear para establecer esto es un punto de discusión que, a mi modo de ver, no puede ser resuelto en general. Volveré sobre esto a lo cual ya me he referido.

Si la verosimilitud se establece predominantemente por un proceso de defensa, entonces que una proposición es verosímil sí es y en cuanto es defendible. Este concepto se suma entonces al anterior.

2.2.2. La defendibilidad

Este concepto es similar tanto en teoría como en sus efectos prácticos para las discusiones reales, a otros elaborados con igual objetivo. Tarski introdujo las nociones de “satisfacción” y de “satisfacibilidad” (Tarski, 1941), de raigambre conjuntista. Paul Lorenzen y Kuno Lorenz, introdujeron en sus juegos dialógicos las nociones de “*defendible*” y de “defendibilidad” en un diálogo regulado o “juego dialógico” según su terminología (Lorenzen y Lorenz, 1978).⁵

⁵ En un juego dialógico, un enunciado es “defendible” de un ataque o cuestionamiento del oponente, cuando las reglas del juego –comunes a todos los jugadores– admiten al menos una defensa para ese ataque o cuestionamiento. La defendibilidad, como la satisfacibilidad de Tarski, no implica aún la verdad, pero son diferentes (conforme opina Roetti, 2014, p, 55).

Por su parte Roetti (2014) incorpora la noción de fundabilidad, que considera más amplia que las nociones antes mencionadas y por tanto más adecuada para todos los casos de fundamentación imperfecta, que estamos considerando.

2.2.3 La fundabilidad

Un enunciado será “fundable” en sentido amplio:

- 1) Cuando, ante un cuestionamiento, el orador pueda presentar al menos una entidad (o una colección de entidades) externa(s) al lenguaje del enunciado, que baste para persuadir a la audiencia o los cuestionadores (esto es lo que corresponde a la teoría de la correspondencia y remite a la noción de “verosimilitud” de la misma), o bien
- 2) Cuando pueda ofrecer a la audiencia o a los cuestionadores un argumento sobre alguna forma de presunta compatibilidad del enunciado con un sistema de otros enunciados previamente admitidos por esa audiencia, aunque dicha compatibilidad no suponga necesariamente una demostración (Roetti, 2014, p. 56-57).

Podemos apreciar estas dos posibilidades en casos concretos de *litis*. Un litigante cuestiona un documento contable presentado por la otra parte y ésta responde que está confeccionado de acuerdo a las directivas de la ley de contabilidad, indicando el artículo de la misma en que se subsume el tipo de documento. En este caso la referencia a dicho cuerpo normativo que es externo e inatacable, termina esa línea de argumentación controversial. Un caso del segundo tipo es la invocación de una jurisprudencia establecida, por ejemplo por un fallo plenario, que tanto ambos litigantes como el juez conocen y aplican (porque además es obligatoria para los tribunales inferiores) y que resulta no igual pero sí compatible al caso en disputa.

Al mismo tiempo Roetti (2014, p. 58) propone una clasificación de los enunciados fundable,⁶ que guarda analogía con la que se expuso antes

⁶ La clasificación completa es la siguiente y para cada una hay condiciones especiales: 1. en sentido estricto (defendible) (puede ser verdadero) 1.1. intralingüística (dianoética o coherentista) 1.2. extralingüística (noética o correspondentista) 2. en sentido lato (fundable) (sólo puede ser verosímil) 2.1. intralingüística (dianoética o coherentista) 2.2. extralingüística (noética o correspondentista).

sobre la verosimilitud de los enunciados. Aunque se podrían hallar ejemplos aproximados de todos en el supuesto de una *litis*, me interesa señalar especialmente que en los sistemas jurídicos aparece un acento en las formas coherentistas, especialmente el caso 2.1. Y esto porque un juicio se concreta, materialmente hablando, en un expediente, es decir, en un dossier de documentos de índole lingüística que trasladan al lenguaje jurídico los hechos del mundo real implicados, y también las normas aplicables, constituyendo en este caso una especie de metalenguaje que tiene sus propias reglas de validación. Cuando se da esta coherencia, si bien se pueden mencionar como criterios aproximativos los fallos que tratan específicamente este punto y que constituyen un dossier más o menos homogéneo, es algo que no se puede afirmar en general al modo de una premisa universal en la cual se subsuma el caso concreto, sino que se deberá ver en cada caso, teniendo en cuenta, justamente, los aspectos de libre decisión judicial

Hemos llegado hasta este punto, en que apreciamos el carácter estrictamente lingüístico de la controversia judicial con todas sus consecuencias. Es en este punto en que debemos dar dos pasos más. Por una parte, analizar la controversia en cuanto a sus actores, con una aplicación de la teoría de los juegos. Por otras, analizar la controversia en cuanto a los argumentos que se esgrimen, es decir, sus aspectos de lógica retórica.

2.2.4. Controversia y teoría de los juegos

Un juego es una teoría formal (y en vías de formalización creciente) sobre las elecciones “racionales” de estrategias de acción, en situaciones en las que participan varios jugadores con fines parcialmente diferentes (Roetti, 2014, p. 73).

Los juegos pueden clasificarse en varias categorías, de las cuales considero tres, y en cada una de ellas es posible apreciar cómo se comporta una *litis*.

1. Por el número de jugadores, los juegos deben tener por lo menos dos y no ser infinitos. En el caso de una controversia judicial en sentido estricto, a las que me refiero aquí, las partes son solo dos, pues las intervenciones de otros interesados (procesalmente “tercerías”) son en realidad juicios que usan el entramado de un juicio en que en realidad deben dirimir sus derechos primero contra uno y luego contra

otro. Por ejemplo, en un juicio en relación a un inmueble, un actor, digamos un acreedor, A, acciona contra quien considera propietario del inmueble, B, pidiendo un embargo. Entonces aparece C, que considera tener mejor derecho que B al inmueble (o todo el derecho, negándolo a B) y se presenta en el juicio con una tercería de dominio. No es propiamente que hay tres partes en igualdad lógica, sino que tenemos: primera cuestión: A contra B; segunda cuestión C contra B a quien discute su derecho al inmueble. Aquí A está al margen, y debe esperar que se resuelva la controversia del dominio para proseguir contra B con esa propiedad o contra otra. Obsérvese además, que el fundamento de la *litis* entre A y B, que es una deuda de B con respecto a A, es distinta de la tercería que C le disputa a B, y no se resuelve por las mismas normativas, ni con los mismos tipos de prueba.

2. Por la “suma” del juego. Es la suma de las ganancias y las pérdidas de los jugadores, que puede ser constante, con independencia de las movidas de los participantes, o variable según las jugadas que éstos hagan. Si es constante puede ser de suma cero, positiva o negativa. En la suma cero la posición que gana uno la pierde el otro, como en las elecciones, las guerras y los juicios.

Puede decirse que los juicios son juegos de suma cero porque se cumple la condición de que lo que gana uno lo pierde el otro. Por ejemplo, si A presenta una prueba y B la rechaza con una contraprueba, si el juez da la razón a A, B pierde su posición y a la inversa. Obsérvese que en las *litis* se dan situaciones intermedias que podrían conducir a que la suma no fuese cero. Por ejemplo si un juez rechaza la demanda de A pero no da la razón a B en su contrademanda, ninguno de los dos gana, pero tampoco ninguno de los dos pierde del todo. Lo mismo cuando una sentencia reconoce parcialmente el derecho de A en detrimento de B que lo niega, pero al mismo tiempo reconoce a B algún derecho negado por A. Aspectos interesantes se dan en la regulación de daños, de cargas del litigio, honorarios etc. En muchas tradiciones judiciales, entre las que se cuenta la Argentina, es usual que cuando ninguna de las partes obtiene todo lo que pidió (o negó) se establezcan “costas por su orden” es decir, que cada parte pague lo que le corresponde en el gasto (honorarios de letrados, peritos, gastos fiscales, etc.).

3. Información disponible, En los juegos artificiales las estrategias y sus probabilidades se conocen *a priori*. En cambio en los juegos

sociales, entre los que se incluyen muchas situaciones retóricas, los conjuntos de estrategias de los jugadores y sus probabilidades son en general desconocidas en detalle. Por lo tanto los cálculos recurren entonces a diversos criterios de asignación de probabilidades por defecto (por ejemplo el “principio de razón insuficiente”, o el “principio maximin o minimax”). En los juegos sociales y económicos son muy importantes los criterios de esta estirpe y otros posteriores más elaborados, pero todos ellos son siempre cuestionables, pues son el resultado de argumentos científicos “dialécticos” o de “fundamento insuficiente” y por lo tanto con aspectos defectuosos o discutibles (Roetti, 2014, p. 80). En juegos retóricos, marco lógico para la consideración de las *litis* interesan especialmente sus aspectos cualitativos. En este supuesto, las posibles jugadas de cada parte son predecibles dentro de cierto rango, dado por las reglas procedimentales (los Códigos Procesales) pero también por la estrategia de invocación de normas materiales. Este segundo aspecto amplía considerablemente una estrategia. Por ejemplo, en una situación en que una parte invoca un código municipal, la otra parte tiene un escaso margen para responder, de acuerdo a los aspectos procedimentales; pero si en lugar de discutir el asunto aceptando el código municipal, lo impugna como contrario a una ley superior, entonces se ha producido un cambio cualitativo que implica un considerable aumento de las posibles jugadas de ambas partes.

Está claro entonces, que es necesario considerar, al menos en forma simplificada, la estructura general de estas sucesivas jugadas.

2.2.3. La estructura de las discusiones retóricas

Los elementos constitutivos de esta estructura son:

1. El “proponente” P y el “oponente” O; en el caso de la *litis* se denominan actor y demandado.
2. La “audiencia” (o público) A que en el caso de la *litis* es el Tribunal, que puede ser unipersonal (Juez) o colegiado (Cámara, o Corte). Obsérvese que, si bien la sentencia en ambos casos es una sola, cuando se trata de un tribunal colegiado las partes pugnan por convencer

a todos, aunque el fallo sale por mayoría. Pero para las partes es importante convencer al menos a uno de los miembros para que su punto de vista tenga reconocimiento en un voto en minoría, cuya importancia para la continuación de ese u otros pleitos similares está fuera de discusión.

Estos son los aspectos que Roetti llama “reales” y que yo llamaría también “personales”

3. Los “discursos” ‘*d*’ que, no necesariamente pero sí usualmente, contendrán una o más *tesis t*, tesis que pueden ser teóricas, prácticas, técnicas, o estéticas. En el caso de la *litis* son los escritos con los que cada parte presenta e intenta probar su derecho en una situación de conflicto. En cualquier caso el aspecto más importante son los problemas de la persuasión. Siguiendo una idea de Roetti (2014, p. 82) sobre la importancia del acuerdo respecto de tesis, señalo de manera análoga la importancia del acuerdo sobre la normativa aplicable, que cumple una función similar y que evita la excesiva amplificación de posibles jugadas, como señalé antes.

Este aspecto es llamado “simbólico” por Roetti y yo lo llamaría más bien “jurídico” (en sentido estricto, la discusión sobre el derecho).

Asumo la presentación de Roetti (2014, p. 92) sobre las tres formas de discurso porque son aplicables al tema que me ocupa.

1. Discurso oracular. Tiene una estructura ternaria con dos aspectos reales o personales: un orador y su audiencia, y un aspecto simbólico o jurídico, el discurso del orador. Esquemáticamente

$$O(d) \Rightarrow \text{Ass}$$

Aunque ya he dicho que una *litis* en sentido estricto requiere dos partes, hay situaciones procesales en que se inicia un juicio con una sola parte, porque es la opción que da el sistema, por ejemplo un juicio sucesorio con un solo heredero. Si bien en estos casos no hay propiamente *litis* porque no hay oponente (demandado), el actor debe “convencer a la audiencia” (es decir

probar ante el juez que tiene derecho a los bienes del causante) y el proceso se termina, como en los otros casos, con una sentencia.⁷

2. La polémica. Se cuando hay al menos dos oradores que quieren persuadir a una misma audiencia sobre al menos dos tesis que al menos parecen incompatibles. Entonces se manifiesta un segundo fin: vencer a un oponente.

La estructura de una situación polémica es pentádica, con tres partes reales (dos oradores, O1 y O2 y una audiencia común Ass) y dos partes simbólicas, los respectivos discursos de los oradores d1 y d2, que se suponen al menos aparentemente incompatibles y que caracterizan a los dos oradores funcionales diferentes. Esquemáticamente:

$O1(d1) \mid O2(d2) \Rightarrow Ass$ (donde Ass puede ser Assu o Assp o Assi)

Es importante la observación de Roetti sobre esto:

Aunque el fin de la polémica sea una forma de persuasión en la que la victoria de las propias tesis depende de la derrota de las tesis del oponente, el escudriñar cada orador los ataques del oponente para evitar ser derrotado tiene como consecuencia el establecimiento de una serie de reglas a las que se obligan ambas partes, para que la polémica sea aceptable para cada una de ellas. Así comienza a establecerse, ya en la sofística y al servicio del derecho y la política, un sistema de reglas de juego que anticipan la lógica. Nadie necesita ser lógico para vencer, pero debe ser capaz de cierto pensamiento lógico para no ser vencido. (2014, p. 95)

En efecto, la historia del derecho muestra que cuando se instauró la idea de un tercero, el juez imparcial, éste tenía amplias facultades para regular las intervenciones; las mejores opciones se fueron estandarizando y así surgió el derecho procesal, que actualmente limita mucho las facultades

⁷ Debo aclarar que la participación en este supuesto del agente fiscal no equivale a una segunda parte, sino solamente a una medida de control. No es igual a la función de un fiscal en un juicio penal, donde es actor o “proponente”.

dispositivas del juez sobre el proceso. Pero de todos modos hay bastante campo de opciones para las partes, lo que puede alargar mucho el proceso. De allí la importancia que casi todas las legislaciones dan actualmente a la mediación judicial con que se inicia un juicio y antes de trabar la *litis*. Este recurso permite a las partes ponerse de acuerdo, si no sobre sus reclamos, sí al menos sobre el marco legal y los límites de sus respectivas pretensiones. Es un hecho constatado por estudios de sociología jurídica, que la buena voluntad y la “lógica” de las partes es tenida en cuenta por los jueces y que en las sentencias se advierte un cierto castigo al díscolo.

3. El diálogo cooperativo. Consiste en fundar enunciados en un diálogo. En este caso las partes deben actuar de modo que cada jugada conduzca a un solo enunciado final. En el mundo jurídico, el instituto de la mediación tiende a este objetivo, buscando que la coincidencia cancele la situación litigiosa sin llegar a un juicio propiamente dicho. Esta forma tiene varios subcasos que presenta Roetti, de los cuales me interesa especialmente el quinto:

$$O(d) \Rightarrow \text{Assp, con Assp} \subset \text{Assu}$$

donde Assp es una audiencia particular estricta (la de cada parte) y Assu la audiencia universal estricta (la suma de ambas). En el caso de la mediación la audiencia particular es el apoyo de cada parte y eventualmente el mediador) y la universal es el conjunto de agentes institucionales referidos (por ejemplo tribunales, civiles, comerciales, etc.) incluyendo al mediador y su sistema.

4. Especies intermedias entre la situación polémica y la cooperativa. Este punto, que Roetti (2014) desarrolla con amplitud, es importante para la estructura de los juicios porque como es difícil que, una vez instaurado, llegue a tener una forma cooperativa total, puede haber partes cooperativas que contribuyen al buen resultado final. Dados los límites de este trabajo, no me detengo en este análisis, sino que enfoco ahora un problema que es común a la polémica y la cooperación: la persuasión y que, por tanto, conviene considerar aquí, porque es un elemento decisivo en las formas intermedias.

2.2.4. La persuasión

Las posibilidades de persuasión de un orador son (Roetti, 2014, p. 128-129):

1. persuadir a todos,
2. persuadir a una mayoría (numéricamente) calificada,
3. persuadir a una mayoría (absoluta o simple),
4. persuadir a una minoría (al menos a uno),
5. persuadir a una parte calificada, mayoritaria, minoritaria, o incluso unitaria “que cuente” cualitativamente.

Las posibilidades 1, 2, 3 y 4 son cuantitativas. La 5 y sus variantes son cualitativas. La condición pragmática genérica de victoria de un orador sobre los demás, es la de *persuasión con victoria* (en una polémica de suma a lo sumo cero).

Tal como ya lo expuse por mi parte, Roetti en esta instancia considera que la retórica racional de Perelman y Olbrecht-Tyteca, con ciertas formas posibles de universalidad y con simetrías argumentativas, caracteriza bien a ámbitos como el del derecho, en el que, aunque no se haya modificado el fin de la victoria de la propia tesis con el medio de la derrota del adversario, se puede hablar de una cierta forma de racionalidad en un sentido amplio.⁸

Analizo ahora un caso propuesto por Roetti. Supongamos, nos dice, una situación jurídica con dos litigantes, un juez y un jurado y en la que las condiciones de victoria son asimétricas. Si se trata de juicios penales, las condiciones de victoria de ambas partes serán definidas o reguladas “material-analíticamente” por el legislador (lo que significa que el legislador impone una norma que prohíbe ataques –o aseveraciones– relativos a varios predicados determinados ejemplarmente hasta ese momento): así puede regularse que el fiscal sólo ganará si persuade a la totalidad de los jurados de la culpabilidad del reo, en tanto que la defensa ganará si consigue convencer al menos a un jurado de la no culpabilidad del acusado (Roetti, 2014, p. 129).

Es un caso hipotético, pero que responde a la exigencia de unanimidad del jurado, establecida en muchas legislaciones. Es decir, es la norma (anterior al juicio) que determina las condiciones de victoria y por tanto puede establecer esta asimetría, por razones especiales. Coincido con Roetti en que la finalidad es dar una “alta garantía” a la defensa en juicio: criterio de universalidad para el fiscal y de singularidad para el defensor. Sin embargo,

⁸ Las dos formas básicas de la razón que distingue Roetti son ambas estrictas respecto del fin, pero diferirán en los fines derivados y por lo tanto en los medios admitidos.

observa Roetti que ni siquiera esta asimetría garantiza la justicia en un sentido elemental: la de que no sea condenado un inocente. Hay muchos supuestos en que aun con esta asimetría puede ser condenado un inocente (mayor habilidad del fiscal, complicidad con el defensor, jurados parciales por prejuicios políticos, religiosos, raciales, etc.). Dado que no puede descartarse este peligro, lo que la asimetría busca es al menos bajar su probabilidad. Es decir, que una controversia judicial no tiene, y no puede tener, un resultado predecible en sentido absoluto. En una situación polémica, cada parte no busca la verdad sino fortalecer su posición; la verdad en todo caso la busca el juez imparcial, con todas estas limitaciones que se han ido señalado en este trabajo, por lo cual no puede aspirar más que a la verosimilitud con un fundamento insuficiente.

La situación retórica dialógica llamada por Roetti diálogo cooperativo, elimina la actitud polémica. En ella cada orador tiene el fin formal común de someter su propio discurso al otro orador, para su escrutinio y crítica. En el caso de la mediación prejudicial (y en algunos casos en la mediación convocada por el juez antes de trabajar la *litis*) se busca este dialogo sin intervención decisoria del tercero (el mediador es más bien un facilitador), En este supuesto hay tesis (en forma de pretensiones jurídicamente fundadas) opuestas y cada parte es un proponente de su propia tesis y un oponente de la tesis del otro. ¿Estas posiciones deben ser realmente incompatibles? En un diálogo cooperativo ¿no sería posible que ambos proponentes-respondentes presentaran la misma tesis o demanda? La respuesta es que no, por el fin que persiguen las partes: si ambas propuestas al menos parecieran idénticas, entonces no son dos partes, sino una sola representada por dos oradores y ambos discursos carecerían de sentido controversial. Pero nada impide que haya dos tesis sólo aparentemente opuestas o incompatibles y que un procedimiento de diálogo llegue a mostrar esta situación. También puede suceder que ambas partes acepten un antecedente fáctico pero que difieran en las consecuencias jurídicas de solución, situación que también puede mejorarse cooperativamente. Por ejemplo: dos herederos discuten sobre el destino de los bienes que heredan y A, que quiere dinero efectivo, pide la venta; B se niega porque quiere conservar la propiedad de sus padres. Hay recursos que pueden mediar para que A obtenga dinero y B no pierda el solar paterno.

2.2.5. Reglas del procedimiento

1. Regla de desarrollo para el proponente. El proponente P puede *elegir* – en circunstancias que dependerán de la regla de desarrollo para la constante lógica del caso y de las circunstancias del diálogo– entre un ataque o una defensa. Aquí analizo la variante que corresponde a la lógica intuicionista o constructiva⁹, porque considero que responde mejor a la realidad procedimental legalizada de las controversias judiciales

Enunciado de la regla. El proponente P puede atacar cualquier aseveración previa del oponente O, o defender su última aseveración del ataque del aquél.

2. Regla de desarrollo para el oponente. Enunciado. El oponente O puede *elegir* –en circunstancias que dependerán de la regla de desarrollo para la constante lógica del caso y de las circunstancias del diálogo– entre un ataque o una defensa. O puede atacar la última aseveración del proponente P o defender su última aseveración de un ataque de aquél. Valen las consideraciones limitativas indicadas para el caso anterior, en el supuesto de controversias judiciales.

3. Continuación del procedimiento. Reglas de la victoria. La homología, Definiciones (Roetti, 2014, p. 176 ss). 1. Hay “homología” en una rama de un diálogo cuando la misma fbf (fórmula bien formada). aparece tanto en el lado del proponente como en el lado del oponente. 2. Hay homología formal en una rama de un diálogo cuando la homología se produce por el mero uso de las reglas del juego. La homología formal será estricta si la fbf. del caso es elemental, y será lata o amplia si la fbf. del caso es una fórmula cualquiera. 3. Hay homología material en una rama de un diálogo cuando la homología no aparece por el uso de las reglas del juego, sino por motivos extrínsecos a ellas. La homología material será estricta si la fbf. del caso es

⁹ Roetti considera también la variante según la lógica clásica. Para el caso de la primera regla, esta variante es: el proponente P puede atacar cualquier aseveración previa del oponente O, o defender cualquier aseveración previa anterior de cualquier ataque anterior de aquél. Como es claro, el orden procedimental real de los sistemas jurídicos no permite esta opción pues las instancias polémicas se van cerrando con dictámenes parciales del tribunal. Por lo mismo, tampoco se puede atacar en cualquier instancia del juicio una aseveración anterior del oponente. Por esa razón es práctica negar todo el contenido del primer escrito de cada parte. De este modo no se ataca por primera vez una aseveración a mediados del proceso, sino que el ataque en esa instancia está contenido en el ataque general cuando se traba la *litis*.

elemental, y será lata o amplia si la fbf. del caso es una fbf. cualquiera. Las homologías en sentido estricto bastan para el fundamento suficiente en los juegos dialógicos intuicionistas y clásicos.

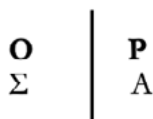
Condición. Carece de sentido comenzar un diálogo, si las reglas permiten que una tesis no sea defendible o no sea atacable. Por ello una condición trascendental de todo diálogo cooperativo es que éste pueda ser finito (Roetti, 2014, p. 179). Esta condición vale también para los diálogos polémicos y los intermedios, cuando se aplican a las controversias judiciales. En este ámbito hay varios recursos para asegurar la finitud de una controversia: la cosa juzgada, la limitación de las instancias de apelación, los plazos, etc. Debe observarse que el interés del sistema jurídico en la finitud de una contienda se reduce a cada caso particular, porque eso afecta inmediatamente la seguridad jurídica de los contendientes. Pero no impide que la controversia se reproduzca con otros jugadores (salvo los casos muy especiales de jurisprudencia obligatoria) y mucho menos que la doctrina continúe con la polémica teórica. Por eso en realidad ninguna controversia en sentido jurídico está cerrada para siempre, porque incluso una reforma legal o constitucional puede cambiar una jurisprudencia hasta entonces obligatoria. Y por eso también la retórica argumentativa teórica (doctrinaria) nunca decrece, salvo que el cambio cultural o epocal la torne irrelevante.

Victoria formal y material. La victoria de un diálogo es formal cuando todas las ramas de su árbol clausuran formalmente. Si hay victoria en todas las ramas del árbol, pero ella es material en al menos una rama, entonces la victoria del diálogo es *material*. Si no hay victoria ni formal ni material en al menos una rama del árbol, entonces simplemente no hay victoria (Roetti, 2014, p. 177).

1. Regla de la victoria para el proponente. El proponente P clausura (gana) formalmente una rama del árbol del diálogo, cuando ha defendido en ella su tesis o pretensión mediante una homología formal, o cuando el oponente O no puede defender una fbf, que ha sido atacada previamente por el proponente P, sin conceder a éste una homología formal. Si no hay victoria formal en esa rama,

La regla de desarrollo para el proponente tiene variantes. Considero la que corresponde a la lógica intuicionista o constructiva: se liberalizan sólo los ataques permitidos al proponente.

Esquema



La barra vertical ‘|’ separa convencionalmente las regiones del oponente O a la izquierda y del proponente P a la derecha. A la izquierda de ‘|’ se despliegan las jugadas del oponente O y a la derecha las jugadas del proponente P. ‘A’ es la última tesis del proponente, ‘ Σ ’ es la colección de aseveraciones previas (o hipótesis) del oponente). Cuando en el diagrama intuicionista (|) se escribe ‘ Σ ’ del lado del oponente, eso significa que el proponente puede atacar cualquier hipótesis previa del oponente (Roetti, 2014, p. 180)

Los distintos juegos dialógicos constructivos o intuicionistas básicos los desarrollos que dan la victoria al proponente son presentados por Roetti con una serie de seis pasos (p. 182) de los cuales interesa destacar la posible ramificación y ello depende de la introducción de algunas constantes lógicas (Roetti, 2014, p. 183). Concretamente cuando hay:

1. la defensa de una conjunción,
2. la defensa de una cuantificación universal (esta regla, generalización de la anterior, es esquemática y admite infinitas ramificaciones),
3. el ataque a una disyunción,
4. el ataque a una cuantificación existencial (regla esquemática, generalización como la 2) y
5. el ataque a una implicación, con ramificación entre la defensa de su antecedente y el ataque de su consecuente por parte del proponente.

Todas estas estrategias de jugadas están pensadas desde las condiciones que debe cumplir el proponente para ganar. En el caso del proponente la ramificación dependerá del tipo de regla de desarrollo del juego de que se trate. En el caso de las controversias judiciales tenemos ejemplos de todos ellos: 1. Cuando el actor ataca conjuntamente dos derechos que defiende el demandado, y los prueba y argumenta por separado; incluso pueden tomar la forma del incidentes; 2. Podría decirse que son las distintas defensas de una norma (por ejemplo, por la jurisprudencia, por la norma superior, por la aplicación

previa y la jurisprudencia del propio tribunal, etc.); 3. Sería el caso en que el demandado alega la imposibilidad del actor de pedir dos medidas alegando que sólo puede pedir una; el actor cuestiona esta disyunción considerada exclusiva tomándola como inclusiva; puede darse la inversa si el actor es quien la propone; 4. Se puede producir en el caso de que se discutan asuntos en que la cantidad y calidad de las personas implicadas es relevante (por ejemplo las demandas colectivas); 5. Es posiblemente el caso más interesante, ya que la parte fundamental de la argumentación jurídica toma la forma implicativa, por eso cuestionar la deducción suele tener un resultado ramificante.

2. Regla de la victoria para el oponente. En forma análoga a la del proponente, el oponente O clausura (gana) formalmente una rama del árbol del diálogo, cuando ha defendido en ella su tesis o pretensión mediante una homología formal, o cuando el proponente P no puede defender una fbf, que ha sido atacada previamente por el oponente O, sin conceder a éste una homología formal.

En el caso del oponente, puesto que éste no cuenta con ninguna liberalización de su regla de desarrollo, la ramificación es obligatoria. Tengamos en cuenta que la ramificación para el oponente equivale a maximizar su capacidad de cuestionamiento de las aserciones del proponente y su capacidad de defensa de sus propias aserciones: es decir, la ramificación obligatoria no disminuye, sino que aumenta las posibilidades del oponente (Roetti, 2014, p 184). Con respecto a la controversia judicial, debe observarse que el oponente tiene menos recursos procedimentales en cuanto la *litis* se traba sólo sobre los puntos puestos por el actor. El demandado, si quiere ampliar o ramificar el proceso debe contrademandar, es decir, iniciar una especie de juicio paralelo. Por ejemplo A acusa a B de un acto delictivo que lo perjudica (digamos una golpiza) y se constituye en querellante; B sólo puede defenderse dentro de los parámetros procesales correspondientes a la denuncia; pero puede contras-atacar denunciando a A por falso testimonio, delito frente al cual se constituye en querellante; sin embargo son dos juicios distintos, porque sus objetos de prueba lo son: en un caso es si existió o no la golpiza, quién fue el culpable, etc., en el otro, si A mintió para perjudicar a B. En otros casos la contrademanda puede transitar en el mismo expediente, dependiendo del asunto.

3. Discusión y breve conclusión prospectiva. En todo este trabajo he asumido la categoría de razón insuficiente como antecedente de mi propia

propuesta. Supone distinguir entre la pretensión de tener una razón suficiente y la de aceptar que no se puede. Ya Aristóteles vio este problema cuando distinguió entre varios tipos de silogismos: apodíctico, dialéctico, erístico y paralogismo. Dedicó sus *Segundos Analíticos* a la fundamentación del silogismo demostrativo o apodíctico proponiendo para ellos una razón suficiente. Ninguno de los otros puede, según él, alcanzar este rango. Son todos casos de fundamentación insuficiente. La argumentación dialéctica, dice Aristóteles (*Top.* I, 1, 100 a 18-b 23) es aquella que parte de opiniones admitidas por todos, o “generalmente” admitidas, o admitidas por los que saben. Esto no significa que la argumentación tópica carezca de reglas, sino que las suyas son distintas. De allí que Perelman haya podido proponer una lógica jurídica sobre esta base. La diferencia fundamental, coincido con Roetti, es que sus reglas son derrotables, y por eso la argumentación jurídica se constituye como una lógica no monótona, incluyendo el amplio campo de la casuística. Aquí es necesario advertir que si bien la casuística es inevitable (como en las reglas morales) un exceso de ella torna inaplicables las reglas. Esto ya se vio claramente en la filosofía moral del siglo XVII, con su extensa casuística, que en parte se reprodujo en el mundo jurídico.¹⁰

Esto ha llevado, como bien observa Roetti (2014, p. 212) a una apelación a la prudencia del legislador, para restituir la universalidad a las reglas y con ella su monotonía, lo cual puede ser una tarea infinita. Por mi parte, añado que el esfuerzo por universalizar las reglas ha llevado indirectamente a la postulación del “silogismo judicial”, una construcción cuya insuficiencia, y aun su negatividad en vistas de la justicia particular, ya ha sido suficientemente criticada (y abandonada). Con ello quiero decir que, si bien un grado de universalidad es necesario, no es conveniente que sea concebida de tal modo que impida el libre juego dialéctico suficientemente reglado, como he tratado de mostrar en este trabajo.

¹⁰ *Obiter dicta*: la casuística desordenada del derecho tardomedieval y renacentista condujo a la formación de *Corpus* legales que intentaron asemejarse al *Corpus Iuris* justiniano, con mayor o menor fortuna. Precisamente la poca fortuna de las recopilaciones llevó a los juristas del siglo XVIII a proponer cambios que condujeron luego de casi un siglo de teorización, al gran movimiento codificador del siglo XIX, que todavía sigue siendo el sendero más transitado en los sistemas jurídicos continentales o latinos.

Considero que aplicando los recursos de una lógica argumentativa de tipo tópico y retórico, es posible dar una explicación razonable, aunque sea insuficiente (ya que no es posible más) puesto que en definitiva la vida jurídica es una dimensión de la existencia humana social que tiene sus propios fines, objetivos y recursos, que no son exactamente los mismos de la búsqueda veritativa de la ciencia o la filosofía. El mayor mal que la sociedad ve en la administración de justicia no es la falsedad en sentido estricto, sino la arbitrariedad, que es la forma judicial de la irracionalidad. Analizar las reglas procedimentales a la luz de una fundamentación débil es, a mi juicio, la mejor opción para la lógica jurídica hoy por hoy. Y es un largo camino constructivo en el que todos podemos dar algunos pasos.

FUENTES CONSULTADAS

- ALCHOURRÓN, C. (1961). Los argumentos jurídicos a fortiori y a pari. En *Revista Jurídica de Buenos Aires*. Núm. IV. pp. 177-199.
- ARISTÓTELES (1060). *Aristotelis Opera*. ex recensione Immanuelis Bekkeri, Accademia Regia Borusica.
- BIBLIOGRAFIA INTERNAZIONALE (1986). *Informatica e Diritto*. Vol. XII. Firenze.
- DUALDE, J. (1939). *Una revolución en la lógica del derecho*. Barcelona.
- FLORES, A. (1987). Motivazione della Sentenza, Valutazione delle Prove e Libero Convincimento del Giudice. En *Informatica e Diritto*. Vol. XIII. Núm. 3. pp. 103-106.
- KALINOWSKY, G. (1966). *Introduction à la Logique Juridique*. París.
- KELSEN, H. (1960). *Teoría pura del Derecho*. Buenos Aires.
- KLUG, U. (1961). *Lógica Jurídica*. Caracas.
- LÉRTORA, C. (1996). Lenguaje jurídico y 'lógica de la decisión'. A propósito de la veracidad testimonial. En *El Derecho*. Núm. 166. pp. 829-835.
- LÉRTORA, C. (1975). La tópica en la lógica jurídica. En *Anuario de Filosofía del Derecho*. Núm. 18. pp. 203-222. Madrid.
- LORENZEN, P. y LORENZ, K. (1978). *Dialogische Logik*. Darmstadt: GBM.
- PERELMAN, Ch. (1988). *Lógica Jurídica y Nueva Retórica*. Madrid: Civitas.

CELINA A. LÉRTORA MENDOZA

- PERELMAN, Ch. y Olbrechts-Tyteca, L. (1952). *Rhétorique et Philosophie: pour une Théorie de l'Argumentation en Philosophie*. Paris: Presses Universitaires de France.
- ROETTI, J. (2014). *Cuestiones de Fundamento*. Buenos Aires: Academia Nacional de Ciencias.
- TARSKI, A. (1941). *Introduction to Logic*. Nueva York.

Fecha de recepción: 28 de abril de 2023

Fecha de aceptación: 29 de julio de 2023

DOI: <https://doi.org/10.29092/uacm.v20i53.1033>