

LA LÓGICA EN EL DERECHO: GRANDES EXPECTATIVAS Y ALGUNAS DESILUSIONES *

Juliano S. A. Maranhão

Universidad de São Paulo

RESUMEN. Partiendo de la controversia entre S. HAACK y E. BULYGIN acerca de la lógica en el Derecho, el artículo analiza las perspectivas de usar herramientas lógicas para desarrollar modelos de la actividad de la interpretación del Derecho. Se contraponen dos concepciones de Derecho, ligándolas a diferentes representaciones lógicas: i) el Derecho como sistema de reglas correlacionado con la lógica deóntica y la lógica de revisión de creencias/normas, y ii) el Derecho como una actividad interpretativa/argumentativa vinculada con la argumentación derrotable. Usando la distinción entre lógicas de cualificación y lógicas de excepción, el artículo propone una reconciliación de ambas tradiciones, trazando un camino informal para la integración de esas herramientas lógicas. Allí se defiende una visión acerca del papel de la lógica en el Derecho que entraña más expectativas optimistas que las admitidas por BULYGIN y también algunas desilusiones respecto a la propuesta de HAACK.

Palabras claves: Lógica deóntica, derrotabilidad, argumentación jurídica.

ABSTRACT. Departing from the controversy between S. HAACK and E. BULYGIN about logic in the law, this paper discusses perspectives of using logical tools for modeling the activity of legal interpretation. It opposes two conceptions of law linking each to different logical representations: i) law as a system of rules linked to deontic logic and logic of belief/normative revision and ii) law as an interpretive/argumentative activity linked to logic of defeasible argumentation. Using a distinction between logics of qualification and logics of exception the paper then proposes a conciliation of both traditions sketching informally a way to integrate these logical tools. It defends a more optimistic view on logic in the law with greater expectations than that of BULYGIN and with fewer delusions than those expressed by HAACK.

Keywords: Deontic logic, defeasibility, legal argumentation.

* Fecha de recepción: 28 de noviembre de 2008. Fecha de aceptación: 18 de diciembre de 2008.

1. UN JAQUE AL DESCRIPTIVISMO Y LA SISTEMATIZACIÓN

En un artículo reciente, S. HAACK se muestra escéptica acerca del alcance y la utilidad de la aplicación de la lógica formal al Derecho¹. En su opinión, la lógica no puede tocar, ni toca, lo esencial del fenómeno jurídico, que habría que analizar como una actividad de *interpretación*, i.e. como la naturaleza y razón de las proposiciones interpretativas que identifican el Derecho en determinados casos, ofreciendo criterios para hacer una interpretación preferible a otra. Para HAACK, el énfasis excesivo en la estructura lógica de los sistemas normativos dada por ALCHOURRÓN y BULYGIN no sería capaz de dar cuenta de la actividad interpretativa en el Derecho. Aún más: las tentativas en ese sentido con las herramientas lógicas actualmente disponibles estarían condenadas al fracaso, o a captar algo muy lateral y limitado del fenómeno jurídico. BULYGIN no habría podido dejar de replicar al ataque de HAACK y lo hace afirmando que no sería tarea de la lógica dar cuenta de la actividad de interpretación². En ese aspecto, BULYGIN y HAACK no están en desacuerdo. Pero, la afirmación de HAACK es más fuerte: mientras que para él la lógica *no debe* representar a la interpretación jurídica, para ella la lógica *no podría* hacerlo.

Sin embargo, BULYGIN discrepa con HAACK acerca de la inutilidad de la aplicación de la lógica al Derecho. La lógica sería un instrumento capaz de esclarecer conceptos fundamentales para una teoría jurídica, como la misma noción de sistema normativo (descrito por la ciencia del Derecho), los conceptos de laguna y contradicción normativa (defectos de los sistemas *descriptos*), la distinción entre proposiciones normativas (*descriptivas* de) y normas (objeto de esas descripciones), y la dinámica de la derogación de normas (alteración del sistema cuyas consecuencias pueden ser descriptas).

Hay que subrayar que las aplicaciones de la lógica destacadas por BULYGIN están todas vinculadas a la *descripción* del contenido de las decisiones de las autoridades normativas, con un determinado sentido fijo, representada por enunciados de un lenguaje lógico y organizado en un *sistema deductivo*. En su argumento, BULYGIN traza un límite claro al afirmar que la lógica jamás puede decir cuál debería ser el contenido de esos enunciados (interpretación), ya que depende de las decisiones de los legisladores («no todo»). Sin embargo, puede iluminar el tema al identificar sus consecuencias lógicas («pero algo»).

En verdad, el desacuerdo entre ambos no se refiere propiamente a la lógica o acerca de qué se puede hacer con ella. El desacuerdo versa sobre *qué es el Derecho* y cuál es la tarea de la *ciencia del Derecho*. BULYGIN concibe al Derecho como un sistema de reglas, cuya descripción incumbe al conocimiento jurídico, de forma que la lógica, en su papel de fundamentación del conocimiento, se debe restringir a estructurar esa descripción. Frente a la embestida de HAACK contra la lógica en la actividad de interpretación jurídica, BULYGIN se limita a advertir que «grandes expectativas pueden causar grandes decepciones». HAACK, sin embargo, espera más.

¹ S. HAACK, «On logic in the law: "Something but not all"», *Ratio Juris*, vol. 20, núm. 1, pp. 1-31.

² E. BULYGIN, «What can one expect from logic in the law? Not all, but something: a reply to Susan Haack», Conferencia en el VIII Seminario Internacional de Teoría del Derecho, Bahía Blanca, 2007.

HAACK dirige su atención a la controversia entre HOLMES y LANGDELL, y ve en el escepticismo de HOLMES, que inspiró el realismo americano, una crítica al mismo tiempo «verdadera e importante» sobre la posibilidad del Derecho como actividad científica. Para HAACK, HOLMES revela con agudeza la contingencia histórica de los sistemas jurídicos y como ellos se adaptan continuamente a las alteraciones sociales por medio de la interpretación y reinterpretación de las leyes que hacen los jueces a la luz de ideales morales y políticos. Sin embargo, apartándose en cierta medida del escepticismo realista, HAACK parece convencida de la existencia de una racionalidad en ese proceso, aunque el mismo sea flexible y adaptable. Su idea es que, si en esa época las referencias a la lógica no tenían la menor perspectiva de la revolución que se estaba produciendo en esa disciplina, HOLMES parece estar en lo cierto respecto de que la lógica «cannot touch the heart of the matter»³, ya que las herramientas lógicas actuales no pueden desmentir esa evaluación.

HAACK no especifica exactamente su concepto de Derecho, pero en diversos pasajes podría alinearse con una concepción interpretativista, cuando une la crítica de los realistas al formalismo a la creencia en una racionalidad propia de la actividad de interpretación y adaptación del Derecho a la realidad. Esa concepción ve al Derecho como una práctica interpretativa y a su identificación como una justificación de una determinada solución normativa en determinado caso, por medio de ponderación de razones. Sería, entonces, tarea de la lógica una representación formal de las razones ofrecidas para justificar una determinada interpretación como preferible a otra (tarea que, según ella, no puede ser cumplida).

Por consiguiente, el desacuerdo entre ambos nos remite a controversias entre un concepto positivista y un concepto interpretativo, antipositivista del Derecho. El problema está en el hecho de que BULYGIN restringe la lógica a un modelo de conocimiento *descriptivo* del Derecho como *sistema de reglas*. Sin embargo, antipositivistas como DWORKIN y ALEXY niegan exactamente esas dos tesis: el Derecho no es un sistema de reglas, sino una práctica interpretativa y argumentativa, en la que las reglas jurídicas pueden ser derrotadas por consideraciones morales o políticas; el conocimiento del Derecho no puede ser meramente descriptivo ya que las discrepancias acerca de las valoraciones morales, que es lo que se encuentra en juego al identificar el Derecho en casos concretos, llevan o deben llevar al jurista y al filósofo del Derecho a involucrarse en esa misma actividad de valoración y argumentación.

El punto crítico es que HAACK se decepciona con la incapacidad de la lógica para dar cuenta exactamente de la dimensión valorativa de la práctica social de interpretación, que ALEXY y DWORKIN apuntan como inherente y fundamental a la caracterización del fenómeno jurídico, o sea, de *aquello que es el Derecho*. Pero, si BULYGIN acierta respecto de la limitación de la lógica al aspecto descriptivo de la teoría jurídica y si teóricos como ALEXY y DWORKIN tienen razón con relación a la implausibilidad de una teoría jurídica meramente descriptiva de un sistema de reglas, entonces la lógica formal tendría que contentarse con representar algo implausible, sin un papel relevante para la teoría del Derecho.

³ HAACK, *op. cit.*, p. 3.

No voy a referirme a la discusión entre positivistas y antipositivistas. Pero, la última conclusión, basada en una *hipótesis* acerca de la adecuación del enfoque interpretativo, produce incomodidad por el hecho de que la lógica formal es un instrumento abstracto, que debería estar por encima de cualquier posicionamiento acerca del concepto de Derecho: sea el Derecho un sistema de reglas descrito por la ciencia, o una práctica social argumentativa e interpretativa capaz de explicar, a partir de la mejor moralidad política, reglas identificadas por las fuentes de Derecho o la misma historia legislativa de una comunidad, o incluso el conjunto de normas positivas compatibles con una moral racional absoluta, o cualquier otra cosa que pretenda una fundamentación racional. La lógica no se compromete con nada, o mejor —parafraseando a RUSSELL, en la lógica formal nunca sabemos de qué estamos hablando o si es verdad aquello que estamos diciendo⁴.

BULYGIN tiene razón cuando afirma que la lógica no puede tomar decisiones o afirmar contenidos y son innegables los avances alcanzados con ALCHOURRÓN en el esclarecimiento de conceptos ligados a la actividad de sistematización de normas, a través de la aplicación de instrumentos formales. Pero, la posibilidad de aplicación de esos instrumentos a la actividad de interpretación no está excluida; más bien apenas fue preocupación de ALCHOURRÓN y BULYGIN en razón de sus convicciones acerca del concepto de Derecho y las condiciones de fundamentación de la actividad interpretativa.

Si asumimos que las elecciones del interprete jurídico, al menos idealmente, son parte de un proceso de fundamentación racional, aun cuando involucre preferencias sobre valores, entonces hay alguna lógica subyacente, y basta descubrirla, o mejor, construirla de forma más adecuada para representar ese proceso⁵. Por ser formal y abstracta, en el campo de cualquier actividad racional, la lógica como instrumento analítica *está al servicio de todos*.

Los teóricos como ALEXY y DWORKIN, al contrario de positivistas más escépticos como KELSEN y ROSS, creen en la posibilidad de justificación racional de la actividad de interpretación jurídica. La misma HAACK, en su desilusión, parece indicar como *desideratum* la comprensión de la racionalidad subyacente al proceso de interpretación y de la dinámica de alteración del contenido de las reglas por medio de interpretación. Ella quiere una respuesta al «por qué» es preferido un contenido de una proposición normativa frente a otro y no simplemente cuáles son las *consecuencias* de fijar un determinado contenido. Si hay realmente un «por qué», i.e. si no estamos hablando de decisiones arbitrarias sino de elecciones justificadas, entonces ellas ciertamente están dentro del alcance de la lógica.

Obviamente, una afirmación perentoria como esa no es capaz de superar la discusión. El objetivo de este artículo es explorar *la posibilidad* de un modelo para la interpretación constructiva del Derecho, que busque reconciliar la racionalidad sistemática, representada por el modelo subsuntivo, con el reconocimiento de discrepancias en la interpretación de las normas jurídicas, representadas por los modelos de ponderación y argumentación crítica.

⁴ La paráfrasis es de NEWTON DA COSTA (comunicación personal).

⁵ A. C. NEWTON DA COSTA, *Ensaio sobre os fundamentos da lógica*, Hucitec, 1994, pp. 41-48.

El camino defendido aquí para la reconciliación está en la representación de sistemas normativos inestables, sujetos a alteración y reconstrucción, a partir de argumentos en favor o en contra de la solución de un problema jurídico. La construcción del sistema es referida al problema de atribución de una solución normativa a un caso, que fue el tema central de *Normative Systems* de ALCHOURRÓN y BULYGIN. Ese sistema reconstruido y activado para la solución de un determinado caso, concreto o hipotético, está sujeto a modificaciones por nuevas atribuciones de sentido o cualificaciones a sus normas. La dinámica de alteración de los sistemas de creencias o normas es el objeto de los modelos de revisión de creencias o sistemas normativos, originados en los trabajos de ALCHOURRÓN, GÄRDENFÖRS e MAKINSON. La motivación de esas alteraciones debe ser dada por la conclusión de argumentos justificados, lo que puede ser representado por alguna lógica de argumentación derrotable.

La combinación de esas lógicas (deóntica, revisión de creencias y argumentación derrotable) puede servir de base para la construcción de un modelo formal para representar la racionalidad en la actividad de interpretación jurídica, en particular en la construcción de teorías dogmáticas para la solución de casos difíciles. Es esta última idea la que quiero (al menos comenzar) a explorar en el presente trabajo.

2. DE DÓNDE VENIMOS Y A DÓNDE LLEGAMOS

El debate sobre la posibilidad de reconstrucción lógica del proceso de interpretación jurídica no es nuevo, siendo un tema recurrente aunque con tratamientos diferentes y conclusiones distintas, en tres generaciones vinculadas a tres diferentes concepciones teóricas preocupadas por el tema de la lógica jurídica: la primera generación, que podemos llamar de «lógica material», vinculada a la dogmática alemana del siglo XIX; la segunda generación que llamaremos de «lógica deóntica», ligada al positivismo jurídico; y la tercera generación, que llamaremos de «lógica de la argumentación» que puede colocarse al servicio de las más recientes teorías antipositivistas, que ven al Derecho como una práctica social e interpretativa de normas⁶.

2.1. La primera generación: «lógica material»

La idea de una lógica propia de la actividad de los juristas estaba presente en la tentativa de la dogmática alemana del siglo XIX de definir un método para la hermenéutica jurídica. No es una casualidad que, en cualquier comunidad jurídica de tradición romano-germana, el tema de la «lógica jurídica» sea asociado normalmente

⁶ Al hablar de generaciones no quiero ofrecer una cronología exacta o una superación de una corriente por otra. Los operadores del Derecho todavía guardan marcados trazos de los métodos interpretativos desarrollados por la dogmática alemana del siglo XIX y, en el ámbito de la filosofía del Derecho todavía está presente el debate entre positivistas y anti-positivistas. Vale la pena recordar también que la obra de ALCHOURRÓN y BULYGIN, *Normative Systems*, destacada aquí como un punto alto de la concepción positivista, es posterior al célebre artículo de DWORKIN contra el modelo de reglas. El objetivo es sólo apuntar corrientes de pensamiento que ganaron fuerza en determinados periódicos históricos y ligarlos con las tentativas de fundamentación con base en diferentes concepciones de lo que sería una lógica jurídica. Cada corriente iusfilosófica y la respectiva fundamentación lógica es llamada «una generación».

a cánones interpretativos capaces de revelar la intención del legislador o esquemas retóricos presentes en esa tradición, como los argumentos *a simili*, *a contrario*, *a maiore ad minus*, etc.

Este esfuerzo de definición de un método para la interpretación que nace con la escuela histórica, antes de la unificación alemana, tenía que ver con la necesidad de organización de un ordenamiento jurídico, en un contexto de controversia acerca de las mismas fuentes normativas válidas (la jurisprudencia romana, la moral traducida en el llamado Derecho natural, las ordenaciones de los reinos germánicos). En esa línea, el método de SAVIGNY de identificación de las reglas a partir de «nexos históricos-orgánicos» capaces de revelar el «espíritu del pueblo» (*Volksgeist*) que formaría la base para la identificación de las reglas válidas para el Derecho⁷. La escuela histórica fue gradualmente cediendo espacio a la ordenación y sistematización de las reglas de inspiración iusnaturalista y, ya con PUCHTA⁸, tales normas comienzan a adquirir un estatus independiente de sus raíces históricas y sociales, cuya autoridad se extraía de la propia racionalización conferida por la dogmática. De esa manera, se evolucionó hacia la llamada «jurisprudencia de conceptos» (*Begriffsjurisprudenz*) de GERBER, LABAND y del primer JHERING. El Derecho se circunscribía a una discusión sobre conceptos e instituciones jurídicas fundamentales *construidos* (o creados) por la ciencia, a partir del material jurídico disponible, de los cuales sería posible extraer de forma unívoca, por la sistematización y deducción lógica, las normas generales que serían utilizadas para solucionar los casos mediante subsunción. Esa misión y el método de la dogmática cultivados por la jurisprudencia son bien sintetizados por LABAND.

*«Die wissenschaftliche Aufgabe der Dogmatik, eines bestimmten positiven Rechts liegt aber in der Konstruktion der Rechtsinstitute, in der Zurückführung der einzelnen Rechtsätze auf allgemeinere Begriffe und andererseits in der Herleitung der aus diesen Begriffen sich ergebenden Folgerungen. (...) Zur Lösung dieser Aufgabe gibt es kein anderes Mittel als die Logik»*⁹.

Pero, el significado de «lógica» y «deducción» en el razonamiento jurídico de esa tradición no podía ser identificado tan siquiera con la lógica deductiva clásica (aristotélica) disponible en la época, y se vinculaba más a intuiciones sobre sistematización¹⁰, la preservación de la unidad o consistencia y estipulaciones de máximas capaces de justificar las reglas reconstruidas. Los juristas de la época ya percibían esa limitación de las leyes de la lógica deductiva clásica. SAVIGNY, por ejemplo, ya enfatizaba que la interpretación dogmática no podría ser reducida a nexos meramente lógicos y el mismo JHERING que, en su primera fase, fue un entusiasta de una *Logik des Rechts*, resaltaba el *carácter creativo* de esta «lógica», que no se reducía a la pura lógica formal y a las relaciones de consecuencia¹¹.

⁷ F. C. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, Berlin, 1840.

⁸ PUCHTA, *Das Gewohnheitsrecht*, vols. 1 e 2, 4.^a ed., Erlangen, 1837; *Vorlesungen über das heutige römische Recht*, 4.^a ed., Leipzig, 1854.

⁹ P. LABAND, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, 2, Tübingen, Aufl., 1887, p. IX, *apud* D. FARIAS, *Interpretazione e Logica*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 136.

¹⁰ Cfr. A. AARNIO, *On Legal Reasoning*, Turku-Loimaa, Turun Yliopisto, 1977, p. 267.

¹¹ «Es handelt sich hierbei nicht um dem Reiz einer bloss formalen Logik und Consequenz, sondern um die Schöpfung einer Welt aus rein geistigen Stoff, eine Nachbildung der Natur im Elemente des Gedankens» (R. JHERING, *Gesammelte Aufsätze*, 1B, Jena, 1881, pp. 7-11, *apud* D. FARIAS, *Interpretazione e Logica*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 139).

Ese «método» o «técnica» de interpretación, sin discutir su fundamentación teórica, continúa en la práctica empleándose en las disciplinas dogmáticas a partir del presupuesto de un «legislador racional» detrás de los textos normativos. En casos de indeterminación se recurre a un razonamiento sobre lo que sería la intención (contrafáctica) de un legislador ideal que respetase determinadas máximas de competencia como la consistencia, precisión, coherencia entre medios y fines, al emitir la orden mediante esa formulación¹². En verdad, se trata de un proceso de inferencia que se asemeja a la *implicatura* de GRICE¹³, al que subyace una especie de razonamiento abductivo¹⁴, que toma como evidencias a las formulaciones normativas provenientes de las fuentes identificadas como válidas y formula hipótesis sobre cuál sería la intención que mejor explicaría aquel conjunto de formulaciones normativas.

ENGISCH llamaba a esa lógica jurídica tradicional como «lógica material», entendida como un conjunto de cánones interpretativos y principios de argumentación para que se obtengan o se justifiquen reglas de comportamiento a partir de textos normativos¹⁵. En la tradición anglo-sajona, RAZ usa un nombre particular, «lógica interna del Derecho» («*the inner logic of law*»), para referirse a esas convenciones de interpretación jurídica o a un cierto «sentido de propiedad» difundido entre los operadores del Derecho en la conducción de los casos jurídicos¹⁶. A esa «lógica material» o «lógica interna», que busca contenidos, se opone la «lógica formal», que puede entenderse, en su concepción más tradicional, como el estudio de formas de inferencias deductivas válidas.

2.2. La segunda generación: lógica deóntica y revisión de sistemas normativos

Después de los severos ataques dirigidos a la jurisprudencia de conceptos, irónicamente, por su excesivo «formalismo» y «logicismo», el positivismo jurídico —principalmente con A. ROSS y H. KELSEN— recupera el tema de la lógica, de esa lógica formal propiamente dicha, al mismo tiempo en que descarta la llamada «me-

¹² Para la elaboración histórica de esos postulados de competencia desarrollados por la dogmática alemana del siglo XI, consultar F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1967.

¹³ Cfr. GRICE, *Logic and Conversation*, e P. GRICE, *Further Notes on Logic and Conversation*, ambos en P. GRICE, *Studies in the way of words*, Cambridge, Harvard University Press, 1991, pp. 41-57. Sobre la relación entre las implicaciones de GRICE y la figura del legislador racional en la interpretación jurídica *vid.* M. DASCAL, *Interpretação e Compreensão*, Insinos, São Leopoldo, 2005, pp. 360-381 e FERRAZ JR., T. SAMPAIO y J. S. A. MARANHÃO, «Função Pragmática da Justiça na Hermenêutica Jurídica: lógica do ou no direito?», *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, vol. 1, núm. 5, «A filosofia no direito e a filosofia do direito», Porto Alegre, pp. 273 a 318.

¹⁴ Sobre el razonamiento abductivo, el *locus classicus* es formado por los escritos de PEIRCE, *cfr.* C. HARTSHORNE y P. WEIS (eds.), *Collected Papers of Charles Sanders Peirce*, Cambridge, Harvard University Press, 1931-1958. Para análisis competentes del razonamiento abductivo explorado por PEIRCE, *vid.* R. HILPINEN, «Peirce's Logic», en D. M. GABBAY y J. WOODS, *Handbook of the History of Logic. The Rise of Modern Logic: From Leibniz to Frege*, vol. 3, Amsterdam, Elsevier, 2004, pp. 611-658, y también, T. KAPITAN, «Peirce and the Structure of Abductive Inference», en N. HOUSER, D. D. ROBERTS y J. V. EVRA, *Studies in the Logic of Charles Peirce*, Bloomington and Indianapolis, Indiana University Press, 1997, pp. 477-496.

¹⁵ Cfr. K. ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, Stuttgart, Kohlhammer, 1964.

¹⁶ J. RAZ, «The inner logic of law», *Ethics in the Public Domain*, Oxford, Clarendon Press, 1994, p. 238.

todología hermenéutica» como una actividad desprovista de valor científico. Con la publicación de «*Deontic Logic*», por VON WRIGHT¹⁷ y el (re)surgimiento de la lógica deóntica, se creó una gran expectativa entre los teóricos del Derecho. Entre los entusiastas estaba KELSEN. La interdefinibilidad entre obligación y prohibición («Todo lo que no está prohibido está permitido») y el principio de no contradicción entre normas, ambos presentes en el primer sistema de VON WRIGHT, aparentemente «comprobaban» las tesis kelsenianas de necesaria completud y consistencia de los ordenamientos jurídicos, al punto tal que —como relata VON WRIGHT¹⁸— KELSEN, de manera egocéntrica, atribuye a la propia *Teoría Pura del Derecho* el descubrimiento de la lógica deóntica.

La idea de una lógica para el Derecho pasaba a desempeñar un papel completamente distinto de aquella «lógica material», dentro de un programa de fundamentación epistemológica de identificación y descripción de un sistema de normas válidas. Un punto alto en la elaboración de esta concepción científica del Derecho está en la caracterización de la actividad dogmática de sistematización hecha por ALCHOURRÓN y BULYGIN en *Normative Systems*¹⁹. Las teorías dogmáticas serían un *corpus* lógicamente cerrado de proposiciones normativas (sobre la base de una lógica de proposiciones normativas, que reflejan las propiedades de una lógica deóntica), que son tomadas como soluciones normativas (obligatorio, prohibido, permitido) para acciones en casos hipotéticos relevantes. La dogmática científica, entonces, tendría una función cognoscitiva de normas, i.e. una presentación organizada en torno al ordenamiento y descripción de los problemas lógicos presentes en el sistema, pero jamás podría crear o alterar soluciones normativas. Esas tareas corresponden al legislador (que se informa a través de las proposiciones dogmáticas).

Esta representación estática y estable de un ordenamiento en la forma de sistema normativo sería completada posteriormente a partir de artículos de ALCHOURRÓN y MAKINSON, que desembocaron en la creación del modelo AGM²⁰, por lógicas de revisión de creencias que representarían la dinámica de expansión, derogación y revisión de contradicciones de normas del sistema normativo. En otras palabras, esos modelos describirían las consecuencias de las decisiones de las autoridades normativas, de promulgación o derogación de normas, en el sistema jurídico descrito.

2.3. La tercera generación: lógica de la argumentación

La tercera generación se vincula a la concepción del Derecho como una práctica interpretativa de reglas junto con valoraciones políticas y morales. El tema de la lógica vuelve al escenario con la distinción entre reglas y principios y el acento en la derrotabilidad de las normas jurídicas.

¹⁷ G. H. VON WRIGHT, «Deontic Logic», *Mind*, 60, 1951, pp. 1-15.

¹⁸ G. H. VON WRIGHT, «Is and Ought», en E. BULYGIN (ed.), *Man, Law and Other Forms of Life*, Reidel, 1985, pp. 263-281.

¹⁹ C. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN, *Normative Systems*, Springer Verlag, 1971.

²⁰ C. ALCHOURRÓN, P. GÄRDENFORS y D. MAKINSON, «On the logic of theory change», *Journal of Symbolic Logic*, 50 (2), pp. 510-530.

Para DWORKIN²¹, es característico de esa actividad interpretativa que las normas jurídicas son derrotados por principios de contenido moral o de políticas públicas, aun cuando se produjesen sus condiciones de aplicación, en la medida en que los operadores jurídicos no se limitan al análisis de las circunstancias mencionadas como relevantes por las normas, sino que consideran y deben considerar todas las circunstancias y propiedades presentes en los casos que puedan resultar relevantes desde el punto de vista del balance de principios (*all-things-considered*). Una lógica en la aplicación de esos principios sería distinta de la lógica de condiciones suficientes para las consecuencias jurídicas presentes en las reglas (*all or nothing*), en la medida en que los principios ofrecen tan sólo razones *prima facie* para las soluciones normativas. Tales razones a favor o en contra de una determinada solución tampoco podrían entrar en contradicción, aunque tendrían una dimensión de peso que ha de ser evaluada en cada caso.

A su vez, ALEXY²², que es un escéptico en cuanto a la posibilidad de jerarquización de los principios entendidos como mandato de optimización, busca también, en su esfuerzo de racionalizar el discurso jurídico, ordenar la argumentación por medio de un conjunto de reglas que constituyen un protocolo de discusión crítica específico para el Derecho, aunque perteneciente al dominio del razonamiento y argumentación práctica.

Este proceso de balance poseería una dimensión valorativa, resistente a la formalización y desafiante del abordaje descriptivo de un sistema de reglas.

Sin embargo, la representación lógica y formal del razonamiento derrotable no significa propiamente una dificultad, aunque pueda generar un problema acerca del carácter deductivo de las lógicas aptas para tal representación, ya que no satisfacen el principio de monotonicidad, que constituye unos de los elementos estructurales de los sistemas deductivos en la concepción de TARSKI²³. Existen diferentes formas de construcción de lógicas derrotables. La idea general detrás de esas construcciones es que de alguna forma las inferencias son realizadas sobre la base de presupuestos implícitos, que pueden ser derrotadas por nuevas informaciones²⁴.

²¹ R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Duckworth, 1977, y *Law's Empire*, HUP, 1986.

²² R. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation: Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Suhrkamp, 1983, pp. 234-235.

²³ A. TARSKI, «Fundamental Concepts of the methodology of the deductive sciences», en J. CORCORAN (ed.), *Logic, Semantics, Metamathematics*, Hackett Publishing Co, 1983. ALCHOURRÓN también ofrece un análisis interesante de la inadecuación filosófica de las lógicas no-monotónicas y su incompatibilidad con la regla de *modus ponens* en C. ALCHOURRÓN, «Philosophical foundations of Deontic Logic and the Logic of Defeasible Conditionals», en J.-J. Ch. MEYER y J. R. WIERINGA (eds.), *Deontic Logic in Computer Science: Normative System Specification*, John Wiley & Sons, 1993, pp. 43-84 (análisis esta discusión de ALCHOURRÓN en «Why was Alchourrón afraid of snakes?», *Análisis Filosófico*, XXVI, núm. 1, 2006, pp. 62-92).

²⁴ Una primera forma de construcción surgió con REITER (R. REITER, *Alogic for default reasoning. Artificial Intelligence*, 13, 1980, pp. 81-132. 1980) en la década de los ochenta. La relación de consecuencia es dada por reglas de inferencia (*defaults*) que son aplicadas sin que generen inconsistencias a partir de un conjunto inicial de enunciados. Dado que el orden de aplicación de los *defaults* puede alterar las conclusiones (y las inconsistencias) generadas, el conjunto de consecuencias es definido a partir de la intersección de una selección de extensiones posibles del conjunto de enunciados por *defaults*. Nuevas premisas en el conjunto base también alteran las consecuencias generadas y las extensiones posibles de forma tal que conclusiones anteriormente derivadas pueden perderse.

Una segunda línea, trazada por KRAUS, LEHMANN y MAGIDOR (KRAUS, LEHMAN y MAGIDOR, «Nonmonotonic Reasoning, preferential models and cumulative logics», *Artificial Intelligence*, 44, 1990, pp. 167-207), es construida semánticamente por medio de restricciones del conjunto de valoraciones que son modelos de las

Una representación bastante próxima y adecuada de la derrotabilidad dentro de un proceso de interacción (dialéctica) entre argumentos a favor y en contra de una determinada solución normativa es dada por las llamadas lógicas de la argumentación derrotable (*logics of defeasible argumentation*). Esas lógicas fueron introducidas en el final de la década de los ochenta por POLLOCK²⁵ y rápidamente dominaron las principales corrientes, a partir de la década de los noventa, en el ámbito de la inteligencia artificial y el Derecho²⁶. Existen ahora diversos sistemas de argumentación. Como mostraron BONDARENKO, DUNG, KOWALSKI y TONI²⁷ es posible construir una relación abstracta de consecuencias no-monotónicas tomando la noción de argumento como elemento primitivo y definiendo a partir de él las relaciones de conflicto y derrotabilidad (preferencia entre argumentos conflictivos) y sobre esta base se define el status de argumentos como justificados, plausibles (defendibles) o derrotados. No viene al caso exponer diferentes sistemas, pero es fácil advertir que es posible construir diferentes lógicas de argumentación a partir de la especificación de la estructura del argumento, i.e. como una deducción (en determinada lógica) de un enunciado a partir de un subdominio (consistente) de un dominio (posiblemente y preferiblemente inconsistente) de reglas y proposiciones.

De este modo, con las lógicas de la argumentación, para cada tesis (enunciado) se identifica, en el dominio considerado, argumentos *pro* (que derivan tal enunciado o premisas que componen una demostración de ese enunciado) y *contra* (que derivan la negación del enunciado o la negación de una premisa que compone la demostración de ese enunciado) que interactúan y prevalecen o sucumben a partir de las relaciones de preferencia establecidas entre reglas (usadas en los argumentos y subargumentos). En el modelo de PRAKKEN y SARTOR, las mismas relaciones de preferencia pueden ser derrotables y, por consiguiente, sujetas a argumentación²⁸.

premisas. La relación de consecuencia no es definida a partir de todos los modelos de las premisas (o de todos los mundos posibles en los cuales ellas son verdaderas, usándose semánticas de KRIPKE), tal como se hace en lógica clásica, sino más bien una subclase de modelos llamados de modelos «más normales» o preferenciales. Con la introducción de nuevas premisas, se alteran los modelos preferenciales o «más normales» en los cuales la verdad de las premisas es controlada, de forma que se alteran las derivaciones anteriormente válidas.

Una tercera línea de construcción surgió de las tentativas de hacer un mapa de lógicas no monotónicas como lógicas de revisión de creencias. En esa construcción, la relación de consecuencia es definida considerando un conjunto de enunciados adicionales (presupuestos o expectativas) que debe ser consistente con el conjunto de premisas. En caso de que no haya consistencia, se procede a una contracción del conjunto de presupuestos y la inferencia pasa a ser hecha entonces sobre la base de algún subconjunto maximal del conjunto original de presupuestos que sea consistente con el conjunto de premisas. En la medida en que el conjunto de presupuesto se reduzca se pierden las conclusiones que anteriormente se derivaban. Para una introducción a los diferentes abordajes, *vid.* (G. BREWKA, J. DIX y K. KONOLIGE, *Nonmonotonic Reasoning: an overview*, CSLI Lecture Notes, 1997) y una colección de *surveys*, *vid.* (D. GABBAY, C. J. HOGGER y J. A. ROBINSON, *Handbook of Logic in Artificial Intelligence and Logic Programming*, vol. 3, *Nonmonotonic Reasoning and Uncertain Reasoning*, Oxford, Clarendon Press, 1994). Una presentación más reciente, bastante clara y completa de las principales construcciones puede encontrarse en MAKINSON (D. MAKINSON, *Bridges from Classical to Non-Monotonic Logic*, Kings College, 2005).

²⁵ J. L. POLLOCK, *Defeasible Reasoning*, *Cognitive Science*, 11, 1987, pp. 481-518.

²⁶ Para una excelente introducción, ver (H. PRAKKEN y G. VREESWIJK, «Logics for Defeasible Argumentation», en D. GABBAY y F. GUENTHNER (eds.), *Handbook of Philosophical Logic*, 2.^a ed., vol. 4, Dordrecht, Kluwer, 2002, pp. 218-319).

²⁷ A. BONDARENKO, P. M. DUNG, R. A. KOWALSKI y F. TONI, «An abstract argumentation theoretic approach to default reasoning», *Artificial Intelligence*, 93, 1967, pp. 63-101.

²⁸ H. PRAKKEN y G. SARTOR, «Argument based extended logic programming with defeasible priorities», *Journal of Applied Non-Classical Logics*, 7, 1997, pp. 25-75.

Esos sistemas pueden ser construidos por medio de una definición semántica, o casi semántica, del conjunto de argumentos justificados dentro de un dominio de argumentos y preferencias entre argumentos, que se asemeja a un modelo de ponderación, o incluso, a partir de un protocolo o juego con reglas de interacción entre el proponente y el oponente en un conflicto de argumentos, lo que se aproxima al modelo de argumentación crítica.

2.4. Conflicto entre generaciones

De este modo, la pregunta de la introducción acerca de las promesas de la lógica para el Derecho gana una perspectiva histórica. Es curioso que cada nueva generación rechace a la generación anterior. Eso ocurrió con el rechazo del positivismo al fundamento epistemológico de la «lógica material» o «método de interpretación» de la dogmática alemana²⁹, en gran medida por sus compromisos metodológicos y también por la circunscripción de la lógica a la deducción.

Lo mismo ocurre con los proponentes de las lógicas de la argumentación y los teóricos del Derecho que cuestionan la adecuación de la representación del razonamiento jurídico por la derivación monotónica de consecuencias a partir de reglas, aunque sean complementadas por las técnicas de revisión de los sistemas normativos. Así, por ejemplo, PRAKKEN argumenta contra los modelos de razonamiento jurídico argumentativo con base en técnicas de restauración de consistencia (revisión) del conjunto de reglas y contra el uso de condicionales que satisfacen la contraposición, descartando, de ese modo, la lógica deóntica clásica³⁰. Su punto principal es que las técnicas de revisión, que comparan conjuntos de reglas no pueden dar cuenta de la naturaleza paso a paso (*step by step nature*) de los procesos de argumentación, en los que los sub-argumentos comparados antes y de manera separada para que se llegue a una definición sobre cuál argumento completo debe prevalecer. También PECZENIK cree que la representación del proceso de ponderación, esencial para el Derecho, no puede ser llevada a cabo por un sistema de reglas conjuntamente con el enfoque de revisión de creencias de ALCHOURRÓN y MAKINSON. Para PECZENIK es esencial que el sistema lógico caracterice el descarte de una regla para un caso, pero que, al mismo tiempo, permita su reaplicación en casos en los que su peso se modifica, lo que no sería posible en el modelo AGM de revisión, sólo aplicable al proceso de derogación en el que la regla derrotada es eliminada del sistema³¹.

Feliz o infelizmente, el enfrentamiento con las generaciones pasadas parece un rasgo necesario del hombre, que lo motiva a emprender innovaciones. Sin embargo, pasado algún tiempo, vale la pena mirar atrás. A mi modo de ver, esto es lo que provoca la insatisfacción de HAACK. Ella no parece creer en una representación formal de aquella «lógica material». Pero, ¿no será que con las técnicas formales actualmente dis-

²⁹ H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, Viena, Franz Deuticke, 1960; trad. J. BAPTISTA MACHADO, *Teoría Pura do Direito*, Coimbra, Armenio Amado, cap. VIII, 1984, y A. ROSS, *On Law and Justice*, London, Stevens and Sons, 1958; trad. G. R. CARRIÓ, *Sobre el Derecho y la justicia*, Eudeba, cap. IV, 1994.

³⁰ H. PRAKKEN, *Logical Tools for Modelling Legal Argument: a study of defeasible reasoning in law*, Dordrecht, Kluwer, en especial el Cap. VII, 1997.

³¹ A. PECZENIK, «Jumps and Logic in the Law», *Artificial Intelligence and Law*, 4, 1996, pp. 297-329.

ponibles es posible llegar más cerca de ella, para representar formalmente los patrones de racionalidad que la sustentan?

En verdad, ni la segunda ni la tercera generación satisfacen integralmente esa expectativa. Si la primera no se propone representar la actividad de interpretación, la última se limita a representar el proceso de argumentación a partir de un dominio ya dado de reglas y proposiciones fácticas (aun cuando las reglas disputadas sean tomadas como diferentes interpretaciones de un mismo conjunto de reglas). Al igual que en sofisticaciones posteriores, que se desarrollan en la representación del razonamiento basado en casos en los que se relacionan reglas con los valores que ellas promueven —y que discutiré más adelante— el dominio de valores y su orden ya es conocido de antemano. Sin embargo, una de las habilidades del jurista es justamente revelar nuevos valores y relaciones entre reglas y valores en la interpretación de un caso, actual o hipotético, capaces de solucionar adecuadamente el caso en cuestión, y de explicar los precedentes. Este proceso de búsqueda racional de nuevas reglas, en el que aun la dinámica de alteración de ese dominio de reglas y valores, en función de la interpretación, aguarda todavía una representación adecuada. Pero no es un despropósito creer que los avances, tanto en el área del razonamiento abductivo y la revisión de creencias, pueden superar esas limitaciones.

En primer lugar, intentaré delinear una propuesta de reconciliación, en el ámbito de la lógica, entre la segunda y la tercera generación. Luego, intentaré indicar caminos para que ambas miren hacia un lugar del pasado, i.e. para el esfuerzo de la dogmática alemana en describir una «lógica material» para la actividad de interpretación.

3. HACIENDO LAS PACES

No refutaré aquí en detalle los argumentos de la tercera generación en contra de la segunda acerca de la inadecuación o insuficiencia de sus métodos. Más bien, daré una idea de cómo ambas pueden interpretarse como representaciones de dominios o aspectos complementarios y no incompatibles del razonamiento jurídico, tal vez con una perspectiva más ambiciosa para la segunda generación.

3.1. Dos aspectos de un mismo razonamiento

No todo es rechazado por la tercera generación. Como ya vimos, argumentos conflictivos son deducciones con base en una determinada lógica. La justificación de cada argumento puede ser tomada como una deducción a partir de un sub-sistema de reglas. Hay, por tanto, un momento deductivo.

El problema es que ese sub-sistema coexistirá con otros, en virtud de alguna evaluación de los argumentos generados por tales sub-sistemas consistentes para la identificación de lo que prevalece para un caso concreto determinado (dado por una determinada descripción de los «hechos del caso»). Un detalle importante es que las lógicas de la argumentación representan una dialéctica entre argumentos en un esfuerzo de identificación de una solución para una determinada descripción de un caso individual.

Un ejemplo puede ayudarnos. Usaré una versión enriquecida del ejemplo de AL-CHOURRÓN y BULYGIN en *Normative Systems*, que nos ayudará a ver los aspectos que precisasn desarrollarse en el modelo de representación.

Carlos vende a Pablo un inmueble de propiedad de Eugenio. Eugenio pretende reivindicar el inmueble de Pablo. La regla vigente (R1) determina que Pablo tiene el derecho de retener el inmueble si, y sólo si, lo adquirió de buena fe a título oneroso. El sistema de normas formuladas es completo y consistente, con dos propiedades relevantes. En las lógicas de la argumentación podemos representar las controversias sobre la buena fe o la onerosidad del título, pero supongamos que el argumento de que Pablo cumple los requisitos legales para retener el inmueble. Entonces, se sigue la conclusión de que debe retenerlo (argumento A1 con base en R1). Pero, lo que nos interesa son las discrepancias sobre las reglas aplicables. Supongamos, entonces, que en el dominio de las reglas y las proposiciones hay proposiciones que dicen que mientras Eugenio es pobre y necesita explotar el inmueble para su sustento, Pablo es rico y no pretende explotarlo. También hay una regla (R2) determinando que si el propietario es pobre y usa el inmueble para su sustento, entonces el adquirente debe restituirlo (podemos imaginar que esa regla surge de una interpretación del principio constitucional de la función social de la propiedad). Supongamos, por fin, que el dominio contiene una relación de preferencia estipulando que la regla de función social prevalece sobre la regla de restitución en caso de título oneroso y buena fe (y es posible todavía sofisticar el sistema sujetando las relaciones de preferencia también a la argumentación)³². En ese caso, el segundo argumento (A2 con base en R2) estará justificado y el primero queda con el status de derrotado (*overruled*).

Ésta puede ser una representación adecuada del proceso de ponderación de argumentos que desarrolla, por ejemplo, un juez al deliberar sobre la prevalencia de la seguridad contractual frente a la propiedad privada o, por otro lado, la prevalencia de la propiedad en su función social sobre la seguridad contractual, para reconocer en el caso concreto de Eugenio y Pablo, el derecho de Eugenio de continuar con su tierra (nótese, sin embargo, que la relación entre las reglas y esos valores subyacentes a las reglas no aparecen, en general, en la mayoría de las lógicas de la argumentación, en las que la valoración es representada por una relación de preferencia entre reglas).

Vamos a asumir, entonces, que tales discrepancias y valoraciones están presentes en la decisión de un caso por parte de un juez. Pero, si las decisiones o conclusiones jurídicas están fundamentadas, entonces deben ser universalizables. Es decir, dada una determinada solución jurídica (obligatoria, prohibida, permitida) referida a un tipo de acción, teniéndose en cuenta las circunstancias relevantes específicas, esa misma solución debería ser aplicada a todos los casos en los cuales esté involucrado el mismo tipo de acción en presencia de las mismas circunstancias³³. En caso en que el agente no esté

³² H. PRAKKEN y G. SARTOR, «Argument based extended logic programming with defeasible priorities», *Journal of Applied Non-Classical Logics*, 7, 1997, pp. 25-75.

³³ No quiero entrar aquí en la discusión entre universalistas y particularistas en lo que se refiere a los juicios morales o jurídicos (ver al respecto la rica discusión trabada en el volumen «Razones y Normas», editado por J. L. RODRÍGUEZ, de la revista *Discusiones*, año IV, núm. 5). Sólo quiero señalar que al menos la pretensión de universalidad debe estar presente para aquel que argumenta, aun cuando de hecho en una apreciación externa lleguemos a la conclusión de que la universalización no es posible. El mismo ALEXY, que es considerado como particularista, toma en general la pretensión de universalización como una de las reglas del discurso

dispuesto a generalizar su decisión, entonces hay algún problema con sus fundamentos, dado que la acción y las circunstancias consideradas relevantes son exactamente las mismas (a menos que aparezcan nuevas condiciones relevantes, y en ese caso habrá una nueva decisión, también universalizable).

Esto significa que, sea cual sea la justificación de la decisión, ella se basa exclusivamente en normas jurídicas explícitas, o si tales normas fuesen derrotadas por principios morales o consideraciones ligadas a políticas públicas, es posible abstraer una determinada regla para la acción en las circunstancias consideradas relevantes para ese tipo de casos. O sea, si las lógicas de la argumentación permiten representar *cómo* se justifican las decisiones a partir de una misma base de reglas y descripciones de hechos controvertidos, entonces con la identificación de una tesis justificada aparece la pregunta: finalmente, *¿cuál* es la regla aplicada?

En el ejemplo, la decisión del juez puede llevar a la formulación de una nueva regla (R1'), según la cual «si el adquirente es de buena fe y a título oneroso, pero el propietario es pobre y usa el inmueble para su sustento, entonces debe restituirlo».

Y cuando estamos dispuestos a afirmar una regla jurídica, i.e. que si se presentan tales o cuáles condiciones, entonces la acción en cuestión es obligatoria, también debemos estar dispuestos a afirmar que, si esas condiciones estuviesen ausentes, entonces la solución sería diferente. En caso contrario, las condiciones seleccionadas, que forman parte del fundamento de la decisión, no serían relevantes y la decisión sería arbitraria (en el ejemplo, si el adquirente de buena fe y a título oneroso y si el propietario no es pobre o no usa el inmueble para el sustento, entonces puede retener la propiedad). Por tanto, cuando generalizamos una regla jurídica, estamos, en verdad, generalizando un determinado sistema de reglas que ofrecen soluciones interrelacionadas para diferentes casos relevantes en determinada situación de conflicto.

Volvamos a la pregunta: *¿Cuál* regla? Ciertamente, en la respuesta se usará alguna forma de revisión del sistema normativo. Todo indica que tal dimensión puede ser representada por las técnicas lógicas de revisión de creencias, en la línea de AGM.

3.2. Lógicas de excepción versus lógicas de calificación

La ruta en dirección de los modelos de revisión debe enfrentar la objeción de PECZENIK, según la cual tales técnicas no sirven dado que solamente representan el proceso de derogación de normas del sistema. Para PECZENIK, en casos de ponderación una regla prevalece sobre otra, pero esta última no puede ser derogada ya que podrá ser usada en otros casos. Por ejemplo, en otro caso en el que el propietario no es pobre o en el que no hay información sobre ello, R1 puede ser aplicada y, por tanto, no puede ser derogada del sistema.

El primer error de PECZENIK es que la idealización del cambio no es tan brutal en el sentido de derogar R1. Por el contrario, ella permanece en el sistema, aunque con

práctico racional, con la siguiente formulación: «Todo hablante que aplique un predicado F a un objeto X tiene que estar preparado para aplicar también F a cualquier otro objeto que sea semejante a X en todos los aspectos relevantes» (R. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation: Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Suhrkamp, 1983, pp. 234-235).

nuevas calificaciones. Y con nuevas calificaciones no sólo para el caso en que está presente la nueva propiedad relevante de ser propietario pobre, i.e. $R1'$, sino también en el caso complementario en el que esa propiedad está ausente, y se mantienen las otras propiedades relevantes. Lo que se propone solamente es que el sistema normativo pase a tener un universo de casos más fino, que sea un sistema más refinado, de tal forma que solucione casos con la presencia o ausencia de nuevas propiedades consideradas relevantes, en función de la aplicación de otros parámetros normativos.

El segundo error de PECZENIK está en la afirmación de que las técnicas de revisión de creencias no sirven para dar cuenta de esta modificación. Esto es falso y, para usar un argumento religioso, ya está escrito en la profecía de I. LEVI de que cualquier alteración de nuestro estado epistémico puede ser reducido a una combinación de operaciones primarias de contracción y expansión («*commensurability thesis*») ³⁴. La lógica de las condiciones contribuyentes de ALCHOURRÓN y los operadores de refinamiento son modelos de calificación de creencias o reglas que satisfacen la tesis de conmensurabilidad.

La lógica de las condiciones contribuyentes fue defendida por ALCHOURRÓN en su cruzada contra las lógicas no-monotónicas. Para ALCHOURRÓN, la noción de derrotabilidad sería mejor representada por una alteración de premisas y no por el debilitamiento de la relación de consecuencia, principalmente con lógicas que arrojen sospechas sobre el principio de *modus ponens*. La solución dada por ALCHOURRÓN sería, entonces, la construcción de condicionales cuyos antecedentes serían apenas condiciones contribuyentes (condiciones necesarias para una condición suficiente), pero no suficientes para la conclusión. Sin entrar en detalles técnicos ³⁵, a contribuye para b si b es derivado clásicamente a partir de a en conjunción con los presupuestos implícitos K consistentes con el antecedente, i.e. $b \in Cn(K^*a)$, en el que Cn es el operador de consecuencia clásica y $*$ es un operador de revisión en el sentido de AGM. ALCHOURRÓN internaliza la relación de consecuencia en el lenguaje objeto representando el condicional por medio de la implicación estricta, asociando una función de revisión f , o sea $a \supset b = \Box(fa \rightarrow b)$, en el que \Box es el operador modal «necesario» de S5 ³⁶. Así, el condicional construido es derrotable, ya que ampliando el antecedente la teoría K puede contraerse y ya no derivar más b . Por ejemplo, a puede representar que el adquirente es de buena fe y a título oneroso y en K podría estar una proposición $\sim c$ de que el propietario no es pobre. Puede ocurrir, por tanto, que $a \supset b$, pero no valer que $a \wedge c \supset b$. La regla, entonces, una vez que se hacen explícitos sus presupuestos sería $a \wedge \sim c \supset b$. O sea, en el modelo de ALCHOURRÓN, nuevas propiedades relevantes capaces de derrotar una regla del sistema pueden ser representadas por la exposición de los presupuestos implícitos del antecedente de esa regla, lo que puede hacerse con un operador de revisión en el antecedente de la regla derrotada.

Otra manera de representar el proceso de calificación de normas, aunque con un operador sobre el *sistema de reglas* (y no sobre el antecedente de una regla), es el que proporcionan las lógicas del refinamiento ³⁷. La idea es muy simple: frente a una incon-

³⁴ I. LEVI, *The Fixation of Belief and Its Undoing: Changing Beliefs Through Enquiry*, CUP, 1991.

³⁵ Para un análisis más detallado de la construcción de ALCHOURRÓN y de sus motivaciones, ver J. MARANHÃO, «Why was Alchourrón afraid of snakes?», *Análisis Filosófico*, op. cit., pp. 62-92.

³⁶ B. F. CHELLAS, *Modal Logic: an Introduction*, Cambridge, 1980.

³⁷ Una presentación completa de las lógicas del refinamiento interno y global tanto para conjuntos de enunciados lógicamente cerrados o conjuntos arbitrarios de enunciados se encuentra en: J. MARANHÃO, «Re-

sistencia, en vez de suprimir informaciones o normas, los agentes pueden mantener ambas ya que debilitan por lo menos una de ellas. Una manera de hacerlo, que puede representarse sintácticamente, es sujetar uno de los enunciados a una condición adicional. Para ello, se utiliza una función condicional b en el lenguaje, que tiene la función de seleccionar la condición relevante en el que la información (o norma) original deja de valer (*condición refutadora*). Luego, se define la operación de refinamiento interna al sistema A como una contracción AGM en el que el enunciado contraído b es calificado por la condición refutadora seleccionada $b(b)$, i.e. $A \# b = A \div b(b) \Rightarrow b$, en el que \div es el operador de contracción AGM. La implicación utilizada en el lenguaje objeto puede ser cualquiera que satisfaga las condiciones (i) $b \Rightarrow a \in Cn(a)$; y (ii) $a \in Cn(b \Rightarrow a, \sim b \Rightarrow a)$, que son condiciones satisfechas, por ejemplo, por la implicación material y por la implicación estricta usadas por ALCHOURRÓN para la construcción de las condiciones contribuyentes. Como resultado se obtiene que, en ausencia de la condición refutadora, vale la creencia (norma) original, i.e. $\sim b(b) \Rightarrow b \in A \# b$. Además, en la operación de refinamiento global (denotado por \bullet), cuando está presente la condición refutadora, se obtiene para el caso la creencia o consecuencia normativa opuesta, $b(b) \Rightarrow \sim b \in A \bullet b$. El operador puede ser generalizado para bases de creencias que no están necesariamente cerradas por las consecuencias lógicas. Usando la terminología de *Normative Systems*, el operador de refinamiento global sobre los sistemas normativos modela la transición de un sistema de un universo de casos menos finos hacia un universo de casos más fino, preservando la completitud y consistencia y alterando el sistema el mínimo necesario para incluir la nueva propiedad relevante, con sus consecuencias mutuamente incompatibles en los casos de ausencia o presencia de esa propiedad.

Es posible, entonces, distinguir entre, por una parte, *las lógicas de las excepciones*, que son lógicas de la argumentación en las que la conclusión de un argumento fundado en reglas puede ser preterido en determinado caso considerado excepcional, a partir de una comparación paso a paso de las reglas presentes en los argumentos en conflicto y, por otra parte, *las lógicas de calificación*, en las que las reglas tienen sus condiciones de aplicación más calificadas.

Es posible vincular cada relación de preferencia entre reglas que determinan el resultado de una ponderación a una calificación en la regla por medio del operador de refinamiento. De forma simplificada, para cada ponderación de argumentos que contienen dos reglas potencialmente conflictivas $R1 = a \Rightarrow b$ y $R2 = c \Rightarrow \sim b$, junto a una relación de preferencia en la que $R2 > R1$, se tiene que la función condicional de refinamiento h es tal que $h(a \Rightarrow b) = c$, o sea la condición de regla vencedora será la condición refutadora usada por el operador de refinamiento de forma que resultaría un sistema más refinado (como $a \wedge c \Rightarrow b$ y $a \wedge \sim c \Rightarrow b$) consistente.

Aquí se ve también que el argumento de PRAKKEN contra las lógicas de la revisión de creencias no impide la reconciliación. Una comparación paso a paso se vincula al razonamiento jurídico desarrollado en la confrontación de argumentos a favor y en contra de una determinada solución. Para la pregunta acerca de cuál es la regla general que explica la solución adoptada en el caso en cuestión, en conjunto con las soluciones

adoptadas en casos no excepcionales, no entra en juego el proceso de evaluación de los argumentos, sino el argumento vencedor o la solución vencedora para las condiciones relevantes, forma una regla nueva más calificada, de forma que el sistema de soluciones pasa a ser más fino. Es éste último aspecto del razonamiento normativo que las lógicas de calificación quieren capturar.

No sostengo aquí, como las lógicas de calificación, que las reglas deban tener todas sus condiciones de aplicación calificadas, lo que obviamente sería una tarea imposible. Tampoco se presupone que en todos los casos eso es posible (se puede recurrir a la derogación cuando no hubiese posibilidad de lograr compatibilidad entre dos reglas o principios). Sólo afirma que las reglas tienen condiciones de aplicación calificables. Tampoco se defiende la idea de que las reglas deberían siempre ser calificadas cuando surja un argumento conflictivo con la solución indicada por el sistema. El modelo lógico no se compromete con esa decisión. Si debe prevalecer la regla sin modificación o si debe ser calificada sobre la base de un argumento, es una materia de decisión del interprete, justificada o no. Esa dinámica de selecciones del intérprete se debe situar entre dos extremos. Un extremo es el modelo «atrincherado» en el que ninguna regla es calificada, que sería inadecuado ya que las justificaciones morales o políticas de la regla no tendrían ninguna relevancia en su aplicación. El otro extremo es el modelo «*all things considered*», en el que todas las justificaciones morales o políticas de la regla son necesariamente consideradas para definir los casos relevantes para su aplicación, y también resulta inadecuado ya que las reglas, en ese modelo no harían diferencia práctica ya que no ofrecen una razón independiente (de sus justificaciones) para la solución del caso³⁸.

¿El empleo de las lógicas de la calificación significa que no precisamos de las lógicas de la argumentación? Es evidente que no. Las lógicas de la argumentación parecen más próximas del proceso dialéctico de oposición de argumentos presentes en la deliberación. Las lógicas de la calificación representan la forma por la que las teorías interpretativas del ordenamiento son alteradas, con la solución de conflictos potenciales y con la introducción de nuevas propiedades relevantes no previstas explícitamente en el ordenamiento.

Las lógicas de la argumentación apuntan hacia una posible sofisticación en la noción de sistema y en la dinámica de las revisiones. Las lógicas de revisión usuales, al igual que el refinamiento en la línea AGM, no contienen ningún elemento que pueda reflejar las razones por las que algunas proposiciones, en lugar de otras, resultan aceptadas en la dinámica de revisión. Tales lógicas, usualmente, no toman el conjunto de proposiciones o normas de forma estructurada por argumentos.

Esta carencia puede ser superada si combinamos las lógicas de la argumentación con las lógicas de revisión de creencias de forma tal de trabajar con un conjunto de creencias factuales o normativas cuya aceptación ya estuviese fundamentada por argumentos.

Una primera idea en este sentido fue presentada por WASSERMANN e CARBOGIM. En una primera construcción dirigida a la representación de procesos de revisión de

³⁸ Sobre la oposición entre esos modelos de decisión, ver F. SCHAUER, *Playing by the Rules: a Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Oxford, Clarendon, 1998.

agentes con recursos limitados (de memoria, capacidad de inferencia e informaciones), WASSERMAN separa la base de creencias o normas (si no son lógicamente cerradas) en creencias *activas* y creencias que *no son activas*. Por cierto, cuando buscamos solucionar un caso no utilizamos todas las normas del ordenamiento, que puede tener reglas en conflicto. Más bien, cuando analizamos el caso, actual o hipotético, el conjunto de reglas y datos activados para solucionarlos tiene que ser consistente y fundamentado, y los mecanismos de revisión pueden ser localmente aplicados para ese conjunto de creencias relevantes³⁹. Así, una forma de combinar sería permitir en la base no-activa la existencia de parámetros y proposiciones que forman argumentos incompatibles y que, dentro de una lógica de argumentación, pueden resultar en una tesis justificada⁴⁰. Solamente las tesis justificadas de acuerdo a un argumento serían aceptadas en una revisión o refinamiento del conjunto de creencias o normas activas, a partir del esquema sugerido anteriormente.

Se liga de esa forma el proceso de argumentación jurisprudencial a la actividad de sistematización de la dogmática jurídica, de manera que el sistema reconstruido sea estructurado sobre la base de argumentos subyacentes.

3.3. Nuevas ropas para la segunda generación

¿Es compatible la calificación por refinamiento con la concepción descriptiva de *Normative Systems*? Ésta es una pregunta atinada ya que en el plano descriptivo no tiene mucho sentido hablar de nuevas propiedades relevantes que no han sido previstas por el conjunto de normas descrito. Para ALCHOURRÓN y BULYGIN, las propiedades relevantes son aquellas que pueden ser descritas mediante la llamada «tesis de relevancia», i.e. las propiedades explícitamente seleccionadas por el conjunto de normas examinado como condiciones para las soluciones normativas de una determinada acción. Otras propiedades consideradas relevantes, por ejemplo, por la moral o por una determinada interpretación de los propósitos del legislador, o sobre la base de otro conjunto de normas del ordenamiento, solamente serían parte de lo que se llama «hipótesis de relevancia», que según estos autores serían parte de un discurso valorativo o prescriptivo. Cuando no se presta atención a las propiedades presentes en la hipótesis de relevancia surge una laguna axiológica, que tienen un carácter espurio ya que no son propiamente vacíos en el sistema sino una inadecuación entre la solución escogida por el conjunto de normas original y la valoración del intérprete basada en otras pautas normativas.

Ahora bien, esa es una opción teórica vinculada con la concepción descriptiva y positivista del Derecho, y no con las técnicas lógicas empleadas. ALCHOURRÓN y BULYGIN no aceptarían nuevas propiedades relevantes como parte del sistema original, pero la representación lógica del sistema, junto a la representación de su dinámica puede

³⁹ Nessa linha R. WASSERMANN, «Resource-bounded belief revision», ILLC dissertation series DS-2000-01, Amsterdam, 2000.

⁴⁰ Ver R. WASSERMANN y D. CARBOGIM, «Full Acceptance via Argumentation», Proceedings of the Discussion Track of SBIA/IBERAMIA, Atibaia, noviembre 2000; y F. PAGLIERI y C. CASTELFRANCHI, «Argumentation and Data-oriented Belief Revision: On the Two-sided Nature of Epistemic Change», en F. GRASSO, C. REED y G. CARENINI (eds.), *CMNA IV: 4th workshop on Computational Models of Natural Argument*, Valencia, ECAI, 2004, pp. 5-12.

dar cuenta de la introducción de nuevas propiedades. J. RODRÍGUEZ⁴¹ ya ha dado un paso en esa dirección cuando defendió que la *hipótesis de relevancia* y las *lagunas axiológicas* no se deberían identificar directamente con el discurso prescriptivo, sino que podrían ser comprendidas y analizadas como suministrando información sobre un segundo sistema normativo que constituiría, en verdad, una reconstrucción del intérprete del ordenamiento tal como es «deseado» por el *legislador racional*.

Considero que la discusión se puede emancipar del aspecto descriptivo presupuesto en el discurso de la dogmática jurídica. Respecto del lenguaje lógico utilizado, i.e. desde el punto de vista sintáctico, no es importante analizar la corrección o incorrección de la perspectiva descriptivista. Se puede representar lo que sería el sistema reconstruido por el intérprete (sin adelantar tesis sobre la existencia o posibilidad de descripción objetiva del sistema) y el foco estaría en el proceso racional de estipulación de nuevas interpretaciones justificadas, que provocan alteraciones en ese sistema.

Lo relevante es saber cómo considerar a ese proceso de interpretación en el modelo. AARNIO, por ejemplo, ya cuestionó la concepción de *Normative Systems* sobre la base del hecho de que diferentes atribuciones de sentido podrían resultar en sistemas distintos⁴². Para AARNIO sería difícil concebir un sistema básico S0 que fuese, entonces, reformulado como un sistema S1 sin conceder que esa reformulación provocaría una redefinición de significados y, por consiguiente, una alteración en la propia identificación del sistema original S0. BULYGIN respondió a esa objeción mediante la abstracción del proceso de interpretación, i.e., señalando que *Normative Systems*, en la línea de CARNAP, considera a los enunciados como proposiciones con determinado sentido fijo, de forma que las diferentes atribuciones de sentido posibles a una norma no representan inconveniente⁴³:

«Jamás fue nuestra intención negar que la dogmática jurídica también realiza actividades creativas, sino que nuestro interés estaba dirigido a los aspectos puramente cognitivos de la dogmática jurídica. Por supuesto, los juristas cierran las lagunas y remueven las inconsistencias, pero esa actividad es diferente de la mera sistematización tal como ha sido caracterizada en NS [*Normative Systems*]».

Perfecto. Pero esto no significa que el proceso de interpretación no pueda ser representado como alteraciones del sistema, ya que las alteraciones de significado pasan a ser representados mediante alteraciones de enunciados, i.e. en el proceso dinámico de revisión o refinamiento.

En el ejemplo anterior vimos cómo la consideración de un principio (función social de la propiedad) acabo por alterar la interpretación de la regla R1, que pasó a incluir una nueva propiedad relevante (ser propietario pobre) lo que puede ser representado por su calificación por medio de un proceso de refinamiento. También la solución de problemas de ambigüedad y vaguedad, vía interpretación, pueden ser representados

⁴¹ J. L. RODRÍGUEZ, «Axiological Gaps and Normative Relevances», *Archives für Rechts-und Sozialphilosophie* (ARSP), 2000.

⁴² A. AARNIO, «On Changes in the Systematics of Law», *Rechtstheorie*, Beiheft 10, *Vernunft und Erfahrung im Rechtsdenken der Gegenwart/Reason and Experience in Contemporary Legal Thought*, 1986, pp. 161-170.

⁴³ E. BULYGIN, «Legal Dogmatics and the Systematization of Law», *Rechtstheorie*, Beiheft 10, *Vernunft und Erfahrung im Rechtsdenken der Gegenwart/Reason and Experience in Contemporary Legal Thought*, 1986, pp. 193-210, p. 209.

como alteraciones sintácticas en el sistema, con la introducción de nuevas condiciones para la aplicación de determinada consecuencia normativa.

Consideremos nuevamente el ejemplo. Pueden surgir dudas acerca de si Pablo, tuvo buena fe en la adquisición en el caso en que no supiese que el inmueble no era de Carlos, pero que podría haber tomado conocimiento de ese hecho mediante algunas diligencias usuales, o sea, en caso de que no hubiese sido negligente. En ese caso entran en juego nuevamente las valoraciones sobre la protección a la propiedad y la seguridad de los contratos. Cuanto más (menos) riguroso seamos con las exigencias de buena fe más peso daremos a la propiedad (seguridad en los contratos). Sea cual fuese la deliberación hay que llegar a una estipulación sobre *qué es lo que cuenta como* cierta propiedad, por ejemplo, «el conocimiento de la falsedad de título cuenta como mala fe» o «el desconocimiento cuenta como buena fe», todo en el contexto de la regulación sobre la adquisición de la propiedad. Lo mismo ocurre en casos de vaguedad, como con el término «título oneroso» en que es posible estipular «un precio muy inferior al valor de mercado cuenta como título gratuito».

Las estipulaciones de la forma «*x* cuenta como *y*» en sistemas jurídicos o institucionales fueron analizadas por SEARLE como reglas constitutivas, según las cuales la ocurrencia de «*x*» *constituye*, en el sentido de ser una *condición suficiente*, la ocurrencia de «*y*»⁴⁴. Tal relación de «contar como» ya fue analizada en el ámbito de las lógicas descriptivas como subsunciones de conceptos⁴⁵ y, como sugieren GROSSI, DIGNUM y MEYER, pueden ser satisfactoriamente representadas mediante una implicación estricta⁴⁶. Así, se pueden representar interpretaciones de conceptos vagos o de zonas de penumbra que presentan las propiedades relevantes de las reglas mediante reglas conceptuales que son condicionales estrictos, que también están sujetos a refinamiento como cuando la regla «el desconocimiento cuenta como buena fe» es refinada a «el desconocimiento negligente cuenta como mala fe» y «el desconocimiento sin negligencia cuenta como buena fe».

A su vez, la solución a los problemas de laguna podría ser representada por la expansión del sistema con una nueva regla estipulada por el intérprete.

De esta forma, es posible representar sistemas normativos, indexados a determinada interpretación original, así como su evolución a partir de selecciones realizadas por el intérprete: derogaciones, expansiones, refinamientos, introducción de reglas constitutivas. Tal modelo podría ofrecer una buena idea de la racionalidad del proceso constructivo de las teorías interpretativas de la dogmática.

Al referirnos a las atribuciones y selecciones del intérprete, nos apartamos de una concepción descriptiva de un sistema relativamente estable de reglas, sin perder por

⁴⁴ J. SEARLE, *The Construction of Social Reality*, Free Press, 1995.

⁴⁵ Ver D. GROSSI, F. DIGNUM y J.-J. MEYER, «Contextual Taxonomies», en J. LEITE y P. TORONI (eds.), Lisboa, Proceedings of CLIMA Workshop, 2004 y A. J. I. JONES y M. SERGOT, «A formal characterization of institutionalized power», *Journal of the IGPL*, 3, 1996, pp. 429-445.

⁴⁶ D. GROSSI, F. DIGNUM y J.-J. MEYER, «Modal Logic Investigations in the semantics of count-as», en Proceedings of the 10th International Conference on Artificial Intelligence and Law-ICAIL, 2005. Más aún, los autores intentan representar el contexto en el que la subsunción conceptual es realizada como sistema normativo en el que vale la subsunción. Para ello, utilizan una lógica multi-modal en el que cada modalidad es indexada con relación al sistema normativo.

ello los importantes conceptos de sistematización desarrollados en *Normative Systems*. Todo se preserva. Cuando se admite que el sistema de reglas involucra un conflicto, se modifica en función de las características del conflicto, siendo por tanto, inestable. Es decir, el sistema se refiere a una determinada construcción de un conjunto de normas relevantes para una determinada acción, que constituye el foco del conflicto, y se puede alterar por estipulaciones valorativas del intérprete dogmático a partir de las propiedades de ese conflicto. La idea es que, para cada conflicto hipotético, se estructura un sistema original de reglas indexado sobre la base de una atribución preliminar de significado, que se modifica (por expansiones, contracciones, revisiones, refinamientos) conforme a las selecciones del intérprete hasta que se llega a una determinada construcción del sistema, consistente, completa y más refinada, que se estabiliza, aunque provisoriamente, para solucionar el caso (ya que da cuenta de todas sus propiedades destacadas).

4. RUMBO AL DESEO DE HAACK: VINCULANDO LAS VALORACIONES A LA ARGUMENTACIÓN Y SISTEMATIZACIÓN SOBRE LA BASE DE REGLAS

La representación del sistema normativo, aun en su versión inestable y con sus proposiciones y soluciones normativas estructuradas sobre la base de argumentos, sigue siendo vulnerable a la crítica de HAACK. Todavía falta incorporar elementos que puedan dar cuenta de aquella dimensión valorativa que cumple la función de justificar una determinada interpretación o que ofrece la razón *por la que* una determinada atribución de sentido es mejor que otra.

Hay que subrayar que la justificación de las revisiones interpretativas sobre la base de argumentos no basta. En esa propuesta, una determinada alteración es justificada por una determinada confrontación con las reglas en conflicto ya dadas y que guardan una determinada relación de preferencia que ya está también dada. Falta, sin embargo, relacionar esa argumentación y la alteración del sistema normativo con un determinado conjunto de valores a los que el sistema de reglas debe servir. O sea, hay un elemento creativo que altera el dominio de las normas, aunque se asume que esa creación no es arbitraria y basa su racionalidad en ese conjunto de preferencias y valores.

En el ejemplo, tenemos que la regla R1 (si el adquirente es de buena fe y a título oneroso, entonces puede retener el inmueble) es derrotada por la regla R2 (si el propietario es pobre, entonces el adquirente debe restituir) en una argumentación en la que el adquirente posee de buena fe y a título oneroso, pero el propietario es pobre. Tal resultado de la argumentación lleva a un refinamiento del sistema con una regla R1' (si el adquirente posee de buena fe y a título oneroso y el propietario no es pobre, entonces puede retener el inmueble). Resta saber de qué forma la relación de preferencia entre reglas o la función condicional del operador de refinamiento están relacionadas con un determinado universo de valores con el que debe corresponder o guardar coherencia.

Así, por ejemplo, en las hipótesis de buena fe y título oneroso debe prevalecer el valor de la seguridad contractual sobre el Derecho de propiedad, pero el Derecho de propiedad prevalece en situaciones en las que la protección de la seguridad contractual

puede comprometer la función social de la propiedad. Por supuesto, es difícil jerarquizar un conjunto de valores sobre la base de una relación de preferencia, aunque basta asumir, en el examen de la racionalidad de esa dimensión valorativa, que las relaciones entre valores guardan determinada coherencia o deben corresponder a determinadas relaciones de preferencias entre reglas, o pueden guiar la selección de nuevas propiedades relevantes (condiciones refutadoras) para las reglas originales del sistema que ha de ser reconstruido sobre la base de esos valores o de esa relación entre valores. Podemos intuir que si R2 prevalece sobre R1, entonces no puede convivir racionalmente con un sistema de valores en el que la seguridad contractual prevalezca sobre el Derecho de propiedad o sobre la función social de la propiedad.

Otra dificultad. Las relaciones entre valores pueden llevar a estipulaciones de preferencias entre reglas, y también a selecciones explicitadas por el legislador entre determinadas propiedades relevantes y ello conduce a una reordenación de valores, o sea, algo similar a la idea de «equilibrio reflexivo» de RAWLS⁴⁷, que no resulta fácil de analizar. De alguna forma, sin embargo, para dar cuenta de la «dimensión valorativa» el modelo debería contar con otro dominio de elementos (los valores), más allá del dominio de reglas o del sistema normativo y de una determinada relación (funcional o no) entre esos dominios.

En ese campo, además de representar el proceso de ponderación e interacción argumentativa antes descrita, la representación del razonamiento basado en casos da un paso adicional en dirección a la demanda de HAACK. Se trata de la tentativa de generar argumentos capaces de relacionar precedentes con los valores que constituyen el propósito de la decisión.

En las lógicas de la argumentación, la oposición de los argumentos normalmente se produce por medio de la contraposición de las reglas derrotables que ellas contienen, que se resuelve por medio de las relaciones de preferencia entre esas reglas o por medio de un criterio de especialidad. En el razonamiento basado en casos, las reglas derrotables relacionan propiedades relevantes de los casos con la decisión, a favor del proponente o del oponente. La cuestión en el *case-based reasoning* es saber, para un caso nuevo, con determinadas propiedades relevantes, qué precedente debe ser aplicado, teniendo en cuenta que ese caso puede contener propiedades presentes o ausentes en más de un precedente. La mera comparación de propiedades relevantes y soluciones puede generar un impasse, que, en el dominio real, normalmente se resuelve por el razonamiento creativo de jueces y abogados a partir de la atribución o interpretación de valores a las decisiones y la comparación entre los valores protegidos en cada decisión.

Ese desafío propuesto por BERMAN e HAFNER fue enfrentado por BENCH, CAPON y SARTOR⁴⁸, que proponen un *framework* para la construcción de teorías relacionando precedentes a valores protegidos por ellos, o sea, «una decisión d en función de una propiedad relevante p, protege el valor v». La racionalidad a ser capturada, entonces, es la coherencia entre el ordenamiento de preferencias entre valores, el conjunto de

⁴⁷ J. RAWLS, *A Theory of Justice*, HUP, 1971.

⁴⁸ T. J. M. BENCH-CAPON y G. SARTOR, «A Model of Legal Reasoning with Cases Incorporating Theories and Values», *Artificial Intelligence*, vol. 150, 1-2, 2003, pp. 97-143.

valores protegidos, el ordenamiento de preferencias entre reglas derivadas de los precedentes. Esa coherencia también es controlada por la capacidad de las reglas encontradas (relación entre propiedades relevantes y solución) para explicar el conjunto de precedentes. Se trata de construir teorías relacionando valores, reglas y precedentes, que pasarán, entonces, a ser controladas en términos de su coherencia, capacidad explicativa y simplicidad (teorías con reglas demasiado calificadas tienden a ser dejadas de lado).

Es claro que es posible formular más de una teoría con reglas generales, valores y relaciones entre reglas y valores que explique un determinado conjunto de decisiones. Se pasa, entonces, a una evaluación e identificación de aquella teoría que posea mayor coherencia, o sea aquella que sea consistente, y en las que las reglas mejor se adecuen a los valores estipulados y que posea mayor poder explicativo de las decisiones disponibles, lo que puede medirse usando técnicas de medición de coherencia⁴⁹, desarrolladas en inteligencia artificial, en la línea de THAGARD, de coherencia como *constraint satisfaction*⁵⁰.

Las ideas discutidas en el modelo de BENCH, CAPON y SARTOR fueron adaptadas por PRAKKEN⁵¹ para el lenguaje de su lógica de argumentación derrotable⁵². En ese modelo, se argumenta acerca de las soluciones para casos, sobre la base de preferencias respecto de reglas defaults en los argumentos que sustentan esas soluciones; cada regla es vinculada a los valores por ella promovidos, por medio de una relación binaria, y ella misma es una regla derrotable sujeta a argumentación; las reglas de preferencia entre reglas también están sujetas a argumentación sobre la base de relaciones de preferencia entre los valores expresados por las reglas, que son preferencias que también están abiertas a controversia. O sea, reglas, valores y preferencias están sujetos a argumentación.

La diferencia entre ambos modelos está en la evaluación de la solución más justificada. Para BENCH, CAPON y SARTOR, la evaluación se da por la comparación entre teorías reconstruidas de reglas y valores, que se aproximan al modelo de ponderación y selección de reconstrucciones más coherentes de las decisiones. En PRAKKEN, la evaluación se da por la comparación de argumentos.

Para ejemplificar la forma de escoger teorías sobre la base de la coherencia, supongamos que tenemos tres precedentes judiciales. Uno en el que el adquirente era de buena fe y retuvo el inmueble. Otro en el que el propietario era pobre y el juez determinó la devolución del inmueble. Las dos decisiones señalan dos factores o propiedades relevantes (buena fe del adquirente y situación económica del propietario), que se encuentran vinculados a soluciones opuestas. Se estipula así un propósito al que esas reglas deben servir (seguridad contractual y función social de la propiedad). Para

⁴⁹ T. BENCH-CAPON y G. SARTOR, «A quantitative approach to theory coherence», en B. VERHEIJ, A. LODDER, R. LOUI y A. MUNTJEWERFF (eds.), *Legal Knowledge and Information Systems*, Jurix, IOS Press, 2001, pp. 53-63.

⁵⁰ P. THAGARD, *Coherence in Thought and Action*, MIT, 2002.

⁵¹ H. PRAKKEN, «An exercise in formalizing teleological case based reasoning», *Artificial Intelligence and Law*, 10, 2002, pp. 113-133.

⁵² H. PRAKKEN y G. SARTOR, «Argument based extended logic programming with defeasible priorities», *Journal of Applied Non-Classical Logics*, 7, 1997, pp. 25-75.

esa teoría, que vamos a llamar T1, no es necesaria una relación de preferencia entre reglas, que se puede tomar como el conjunto vacío. Supongamos ahora que se invoca un nuevo precedente, que concierna tanto a la buena fe del adquirente como también a la pobreza del propietario. El juez, entonces, determina que se devuelva el inmueble. La teoría T1 ya no dispone de recursos para explicar esa decisión y se recurre a una nueva teoría T2, que incluirá la preferencia de la regla de la situación económica del propietario sobre la regla de la buena fe y la prevalencia de la función social de la propiedad sobre la seguridad contractual. Por tener mayor poder explicativo (i.e., explica más precedentes) T2 es mejor que T1. Los valores aceptados en esta teoría prevaleciente pueden ser usados para derivar nuevas reglas para nuevos casos, que, a su vez, dependiendo de nuevos factores considerados por el juez, pueden llevar a otra teoría con jerarquías redefinidas o con nuevos valores a los que estarán ligados las nuevas reglas.

El sistema de BENCH, CAPON y SARTOR acaba por delinear un procedimiento de construcción de teorías interpretativas de precedentes. Sobre ese sistema se estipula un procedimiento de construcción, mediante pequeñas reglas que definen los movimientos del intérprete (que es quien construye las teorías). Por ejemplo, si se añadiese un nuevo factor (propiedad relevante), se debe estipular una regla que contenga aquel nuevo factor, como un valor al que se corresponde. Se fuese adicionada una nueva regla inconsistente con la regla original, se debe añadir un par en la relación de preferencia que resuelva el conflicto. Si se añade un par en la relación de preferencia entre reglas, se debe añadir un par correspondiente en la relación entre los valores a los que sirven esas reglas. Otras reglas forman parte de ese procedimiento y sirven para simplificar la teoría como la fusión de factores relevantes, etc. La simplicidad de la teoría también puede ser tomada como un criterio para escoger entre teorías concurrentes.

En el ejemplo anterior, como sólo había un factor relevante para cada precedente, no había dificultades en la generalización de las reglas. Pero, podemos imaginar precedentes en los que las soluciones normativas son aplicadas a un conjunto de factores para los que el intérprete tendrá que elaborar hipótesis acerca de cuáles fueron los factores relevantes para la decisión.

La teoría resultante de una construcción interpretativa/argumentativa en el modelo de BENCH, CAPON y SARTOR, sin embargo, no es necesariamente consistente. Es decir, en los casos interesantes, la teoría final contendrá reglas incompatibles, determinándose la regla aplicada sobre la base del sistema de argumentación y preferencias. Esta limitación fue notada por SUZUKI y TOJO³³, que proponen una consolidación de la teoría resultante, mediante un operador de revisión de creencias que elimine la inconsistencia entre reglas en favor de reglas prevalecientes para el caso. Ahora bien, la solución queda expuesta a la crítica de PECZENIK sobre la adecuación de modelos de revisión para el modelo de ponderación. Lo que ocurre, en verdad, no es que se elimine una regla, como en la derogación. Más adecuado parece ser el uso de una lógica de calificación en el que la regla prevaleciente permanece condicionada a las propiedades del caso, pero no genera la derogación de la regla derrotada en aquel caso. Así, esa relación entre reglas y valores, al igual que la exigencia de coherencia entre valores y

³³ Y. SUZUKI y S. TOJO, «Additive Consolidation for dialogue-game», *Proceedings of the 10th. International Conference on Artificial Intelligence and Law*, Bologna, Italy, ACM Press, 2005, pp. 105-114.

reglas y precedentes (que son reglas individuales) pueden ser abordadas en la dinámica de modificación y construcción del sistema normativo por parte del intérprete, con la ayuda de operadores de refinamiento de teorías. En el modelo, la teoría construida e alterada por revisión y refinamiento, se asienta en argumentos justificados que traen a consideración valores y reglas de preferencia y también argumentos sobre esos valores y relaciones de preferencia.

Alternativamente, sería posible relacionar directamente al sistema normativo reconstruido como un conjunto de valores u objetivos que el sistema pretende concretizar. Como las normas son directrices para hacer de una forma determinada en determinados casos (con propiedades relevantes) se puede exigir que tal sistema normativo guarde coherencia con los valores o propósitos, a partir de una función que relacione tales acciones reguladas y las propiedades relevantes con esos mismos propósitos (la acción permitida, ordenada o prohibida en aquellas circunstancias favorece o impide lograr el propósito). Así, regresando al ejemplo, si el objetivo del sistema es proteger la propiedad, se puede considerar que la retención del contrato en una adquisición de buena fe, a título oneroso, pero en el que el adquirente es negligente, va en contra de ese objetivo y, de esa forma, la negligencia, que antes no era considerada, debería ser tomada como una condición refutadora para la acción de retención que constituye una consecuencia del sistema normativo correspondiente. De esa forma, la selección de la condición refutadora para los operadores de refinamiento de sistemas puede ser guiada por el sistema de valores y por la función que relaciona las acciones reguladas con esos valores. Nuevamente, esa función reflejará un razonamiento abductivo en el que los valores son hipótesis que explican las reglas del sistema, ya que evalúan positiva o negativamente positivamente o negativamente las acciones que son prohibidas, obligatorias o permitidas en determinadas circunstancias.

El recurso a técnicas de representación del razonamiento abductivo puede superar la limitación apuntada al sistema de argumentación que incorpora valores. Vale decir, los valores no estarían dado de antemano para cada regla derrotable y tampoco estarían previamente ordenados. Los valores serían generados por un proceso abductivo e incorporados a las teorías dentro del proceso de construcción.

En fin, la visión que se pretende esbozar es, por tanto, la de un sistema inestable en que nuevas reglas y propiedades son introducidas, en la medida en que guardan coherencia con un conjunto de valores estipulado, o inferido mediante un razonamiento abductivo a partir de las propias reglas, como el conjunto de valores que mejor explica esas reglas. Se obtienen así algunas líneas para lo que sería un modelo formal apto para representar el proceso de reconstrucción del sistema por parte de la dogmática en su actividad interpretativa, y su dimensión valorativa.

5. CONCLUSIONES

Las expectativas de HAACK podrían ser satisfechas, creo, si la actividad interpretativa dentro de un modelo formal fuese tomada como una dinámica de alteración de sistemas normativos, en el que las reglas que se estabilizan son sustentadas por argumentos justificados, y que, además, guardan coherencia con (pueden ser explicadas

por) un conjunto de valores a los que sirven. De esa forma, creo, las técnicas formales desarrolladas por la segunda y tercera generación se pueden aproximar a aquella lógica material intuitiva desarrollada por la primera generación y que todavía hoy es aplicada por los especialistas dogmáticos como la lógica propia de los juristas.

Obviamente, aquí sólo he delineado un programa de trabajo, repleto de promesas. Así como ocurren en las campañas políticas, no tengo la certeza de si tales promesas pueden ser cumplidas, pero nos sirven para encarar de manera más optimista el futuro. La lógica puede hacer más que alguna pequeña cosa y, en verdad, puede hacer todo lo que vale la pena, ya que representará aquello que hay de racional en la reconstrucción interpretativa de los ordenamientos. Pero, por cierto, al ser incapaz de tomar decisiones, no podrá hacer todo.

Agradecimientos: Agradezco a P. NAVARRO por su disposición a traducir este texto al español y por sus críticas que permitieron superar algunas ingenuidades (las que todavía persisten son culpa mía) y perfeccionar este manuscrito.

(Traducción de Pablo E. Navarro)