UNIVERSITÀ DEGLI STUDI
DI GENOVA

EXCEPTUANDO.
TEORÍAS SOBRE LA DERROTABILIDAD EN LA TEORÍA DEL DERECHO

TESIS DOCTORAL

JOSÉ VÍCTOR DAVID GARCÍA YZAGUIRRE

VALDIVIA-CHILE

2020

EXCEPTUANDO.
TEORÍAS SOBRE LA DERROTABILIDAD EN LA TEORÍA DEL DERECHO

Trabajo final presentado a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile en cumplimiento de los requisitos previstos en el Acuerdo de Supervisión Conjunta de Tesis Doctoral entre la Università degli studi di Genova y la Universidad Austral de Chile para optar al Grado de Doctor en Derecho, mención en Constitucionalismo y Derecho, y Dottore di Ricerca in Diritto, Curriculum Filosofia del Diritto e Storia della cultura Giuridica

por

José Víctor David García Yzaguirre

Profesores patrocinantes:
Álvaro Núñez Vaquero
María Cristina Redondo Natella

Valdivia, Chile

2020

INFORME DE APROBACIÓN

Universidad Austral de Chile
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

INFORME DE APROBACIÓN TRABAJO

La Comisión Evaluadora de la Tesis Doctoral comunica al Director de la Escuela de Graduados de la Facultad de Ciencias que la Tesis de Doctorado presentada por:

JOSÉ VÍCTOR DAVID GARCÍA YZAGUIRRE

ha sido aprobado en el Examen rendido el día __ de _____ de _____, como requisito para optar al grado de Doctor con mención en Constitucionalismo y Derecho, y Dottore di Ricerca in Diritto, Curriculum Filosofia del Diritto e Storia della cultura Giuridica y, para que así conste para todos los efectos firman:

Patrocinante: Dr. Álvaro Núñez Vaquero

_____

Universidad Austral de Chile

Co-Patrocinante: Dra. María Cristina Redondo Natella

_____

Università degli Studi di Genova

Comisión Evaluadora

Profesora evaluadora: Dra. Daniela Accatino Scagliotti

_____

Universidad Austral de Chile

Profesor evaluador: Dr. Giovanni Battista Ratti

_____

Università degli Studi di Genova

Profesor evaluador: Dr. Jorge Luis Rodríguez

_____

Universidad Nacional de Mar del Plata

A mis padres
A Carla

Agradecimientos[1]

Durante la elaboración de esta investigación he contado con el apoyo y ayuda de muchas personas, sin el cual no hubiese podido concretar esta la labor.

Quiero agradecer a Álvaro Núñez Vaquero y a María Cristina Redondo Natella, mis directores de tesis. Desde el momento que les conocí me dieron toda su confianza y aliento para poder llevar a cabo esta o cualquier otra empresa que les propusiese. Les estoy profundamente agradecido por todos sus gestos, críticas y apoyo. La oscuridad, errores, tesis falsas, etc., que se puedan encontrar en esta investigación son, muy probablemente, producto no haber seguido sus consejos.

En especial con Álvaro me resulta muy difícil expresar lo infinitamente agradecido que estoy con él, pues todo termina pareciendo muy breve o insuficiente. En todo momento siempre estuvo disponible para conversar, dar aliento, leerme, discutir, criticar, proponer proyectos, dar consejo, y todo aquello que caracteriza a una persona muy generosa y paciente. Me ha ayudado a construir todas las oportunidades que he tenido y afrontarlas de la mejor manera posible. En los momentos más difíciles ha sido quien ha me dado el empuje necesario para seguir adelante. Sobre todo, lo que más quiero agradecerle es la amistad que hemos construido.

También quiero agradecer de manera muy especial a Giovanni Battista Ratti, por la toda la ayuda que me ha dado durante estos años. Desde que nos conocimos siempre ha estado dispuesto a dar todo su tiempo para discutir, dar consejos, resolver miles de preguntas y dar todo el apoyo que haga falta. He aprendido mucho de él, principalmente a cómo ser generoso con los demás.

Asimismo, estoy muy agradecido con Daniel González Lagier quien, en los primeros momentos de esta investigación, me dio los consejos y guía necesaria para construir de mejor manera el camino que quería tomar. A lo largo de estos años ha sido una de las personas quien más me ha ayudado y de quien he aprendido muchísimo.

[1] Esta investigación pudo ser realizada gracias a la Beca Completa otorgada por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile.

Un agradecimiento especial a María Beatriz Arraigada, cuyo apoyo ha sido muy valioso durante todo este tiempo. De ella he aprendido mucho y estoy seguro seguiré aprendiendo. A Isabel Lifante, quien gracias a su ayuda pude empezar este camino. Cada vez que nos hemos podido reencontrar he recibido de ella buenos consejos, palabras de aliento y, sobre todo, guía. A Jorge Rodríguez, quien tuvo la generosidad de recibirme en Mar del Plata y la paciencia de responder a todas mis preguntas. Las discusiones que tuvimos y todos los consejos que me dio fueron de gran relevancia para construir la confianza necesaria llevar a cabo esta investigación.

A José Pedro Úbeda le estoy muy agradecido por todos sus gestos. Ha sido una de las personas más generosas y críticas que he podido conocer. Muchas de las precisiones y aclaraciones no habrían sido posibles sin su ayuda.

Durante este camino he podido encontrar y crear amistad con personas extraordinarias. Muchas de ellas, en especial, han sido determinantes en un momento o en otro para superar algún desafío o tener la energía necesaria para continuar. Quiero expresar mi agradecimiento a Alí Lozada, Federico Arena, Alejandro Calzetta, Sebastián Reyes, Donald Bello Hutt, Pedro Caminos, Eugenio Camadro, Loreto Navarro, Seren Ataoglu y Diego Villegas. De manera especial a Rafael Buzón, quien durante el último año ha sido un buen amigo y lector crítico.

Durante la elaboración de esta investigación realice una estancia de investigación en la Universidad de Génova, la cual fue una oportunidad para reencontrarme con amistades muy queridas y crear nuevas. Quiero agradecer a Andrej Kristan, Julieta Rábanos, Natalia Scavuzzo, Marin Kersic, Luca Malagoli, Elena Marchese, Luis Eduardo Franco Mendoza, y Rafael Vásquez Álvarez, por todas las discusiones, hospitalidad y afecto. De manera especial a Stefania, Milad y a mi querido amigo Massimo, por toda su ayuda y compañía. De todos ellos me llevo recuerdos muy felices y muchos aprendizajes.

En la Universidad Austral de Chile pude conocer a un grupo de personas muy valiosas sin las cuales el camino hubiera sido mucho más difícil. Estoy muy agradecido al grupo de lectura en teoría del derecho del cual tuve la fortuna de formar parte. En particular, quiero agradecer a Consuelo Reyes, Daniel Mayorga y Emilio Boutaud. De manera muy

afectuosa a Carla Iuspa y Gonzalo Vera, quienes han sido lectores muy agudos y con quienes he discutido todos los apartados de esta investigación.

Agradezco a todos mis compañeros del programa de doctorado, en especial a Juan Vío, Patricio Rondini, Hugo Osorio, Daniel Silva y Karen Asenjo. Sus aportes y preguntas a diferentes apartados de la investigación han muy clarificadoras. Asimismo, quiero agradecer a Daniela Accatino, Leticia Morales, Sebastián Agüero y Marcos Andrade, por toda su ayuda y críticas. Agradezco también a Jessica Cabezas y Violeta Hernández, por toda su disposición, y a Humberto Mondaca, por todas nuestras charlas.

Mi agradecimiento más especial y emotivo es a mis padres por todo su apoyo, compañía y sacrificios. Cualquier gesto de gratitud se siente insuficiente para homenajearles tanto como quisiera. A María Isabel Cubas por sus afectos. A Carla Israel, quien ha sido la mejor cómplice que uno pueda imaginarse. Conocerla ha sido, sin lugar a dudas, la mayor de las felicidades habidas y por haber. A ella me une amor, promesas y todo el futuro. A María Luisa Guzmán y Diego Portales, por todas nuestras charlas y buenos momentos. A Ester González, por estar siempre cerca para celebrar las buenas noticias, así como para dar el ánimo que hacía falta para superar las malas. A Daniel Zapata, por toda la confianza que nos tenemos.

He recibido la ayuda de muchas más personas que, con injusticia, no logro resaltar aquí por razones de espacio y de memoria. Les agradezco a todos los amigos, conferencias, grupos de lectura, seminarios y arbitrajes de revistas. Todas ellas han sido una fuente de motivaciones y de aprendizaje.

Índice de contenidos

Introducción 20

Capítulo I

Teorías y metateorías sobre la derrotabilidad

1. Introducción 33
2. Elenco de propuestas sobre la noción de derrotabilidad 35
   - 2.1. El elenco de Jaap Hage 35
   - 2.2. El elenco de Pierluigi Chiassoni 40
   - 2.3. Aproximaciones adicionales 50
3. Estudios metateóricos sobre la noción de derrotabilidad 65
   - 3.1. La clasificación de María Cristina Redondo 66
     - 3.1.1. Comentario 72
   - 3.2. La clasificación de Bartosz Brożek 78
     - 3.2.1. Comentario 85
   - 3.3. La clasificación de Jorge Rodríguez y Germán Sucar 86
     - 3.3.1. Comentario 89
4. Propuesta de clasificación 90
   - 4.1. Aclaraciones previas: pertenencia y aplicabilidad de normas 92
     - 4.1.1. Pertenencia de una norma al sistema jurídico 92
     - 4.1.2. Aplicabilidad de una norma un caso particular 95
   - 4.2. Derrotabilidad como cambio de alcance o como pérdida de aplicabilidad externa 107

Capítulo II

Derrotabilidad e interpretación

1. Introducción 113
2. Interpretación y reinterpretación: nociones y distinciones relevantes 115
   - 2.1. Sentidos de «interpretación» 117
   - 2.2. Reinterpretación: identificación y preferencia entre posibles significados .. 131

2.2.1. Reinterpretación como juego interpretativo 134
2.3. Interpretar: descubrir y/o elegir normas 144

3. Derrotabilidad y reinterpretación: formas de presentar la interpretación restrictiva 147

3.1. Derrotabilidad y el argumento de la disociación 149
3.2. Enfoque disposicional de la derrotabilidad 161
3.2.1. Libro Maestro y Sistema Maestro 163
3.2.2. Sistema Maestro y derrotabilidad 175
3.2.3. Disposiciones valorativas problemáticas 183
3.3. Derrotabilidad como imposibilidad de valorar todas las circunstancias 195
3.3.1. Circunstancias posibles y valoraciones 197
3.3.2. Normas inderrotables como normas que poseen la máxima especificación 208
3.3.3. Normas derrotables como normas sin regla de clausura de la relevancia de las propiedades 219
3.4. Derrotabilidad y lagunas axiológicas 234
3.4.1. Relevancia normativa: noción y distinciones 235
3.4.2. Lagunas axiológicas 257
3.5. Derrotabilidad y experiencias recalcitrantes 282
3.5.1. La norma prescriptiva como generalización de una razón subyacente 282
3.5.2. Modelos de actitud frente a las normas 305
3.5.3. Derrotabilidad como solución a una experiencia recalcitrante 312
3.6. Derrotabilidad e ilícitos atípicos 320
3.6.1. Primer momento de la distinción entre reglas y principios 321
3.6.2. Segundo momento de la distinción entre reglas y principios 344
3.6.3. Derrotabilidad de reglas y principios 354

4. Derrotabilidad y vaguedad: conexiones y diferencias conceptuales 366

4.1. Vaguedad actual 367
4.1.1. Tipos de vaguedad según la fuente del problema 371
4.1.2. Vaguedad actual y derrotabilidad 380
4.2. *Open texture* 384
4.2.1. Aproximaciones a la noción de *open texture* 385
4.2.2. Distinción entre *open texture* y derrotabilidad 392

Capítulo III

Derrotabilidad y estructura de normas

1. Introducción 395

2. Estructura de las normas: nociones y distinciones relevantes 396

2.1. Discusiones sobre la estructura de normas 398

2.2. Composición del antecedente de las normas 401

2.2.1. Identificando excepciones 409

2.2.2. Excepciones explícitas y excepciones implícitas 420

3. El antecedente compuesto por condiciones derrotantes 424

3.1. Conceptos y acciones derrotables 425

3.1.1. Composición de los conceptos jurídicos 427

3.1.2. Identificación de acciones 441

3.2. Derrotabilidad procedimental 452

3.2.1. Identificación de condiciones derrotantes 459

3.2.2. El rol del demandado en la incorporación de condiciones derrotantes 491

3.2.3. Reglas procedimentales y justificación de las decisiones 502

4. Normas condicionales derrotables 507

4.1. El antecedente de normas compuesto por condiciones contribuyentes 508

4.1.1. Surgimiento de un nuevo paradigma 508

4.1.2. Normas condicionales derrotables y deberes prima facie 524

4.1.3. Antecedentes débiles y derrotabilidad de inferencias 568

Capítulo IV

Derrotabilidad y conflicto entre normas

1. Introducción 575

2. Conflictos entre normas: nociones y distinciones relevantes 576

2.1. Conflictos normativos como imposibilidad de cumplimiento conjunto por parte del destinatario 582

2.1.1. Imposibilidad lógica 583

2.1.2. Imposibilidad empírica 589

2.2. Conflictos normativos como actos irracionales o anormales del legislador. 593
2.3. Conflictos normativos como incompatibilidad, no lógica, entre dos o más normas 595
3. Conflictos normativos y creación de excepciones implícitas 597
3.1. Posibles conflictos entre normas 599
3.2. Resultados y operaciones 604
4. Derrotabilidad y preferencia entre normas 609
4.1. Preferencias entre normas 617
4.1.1. La norma derrotada como norma no preferida 629
4.2. Especialidad y derrotabilidad 641
4.2.1. La relación de especialidad 642
4.2.2. La especialidad como criterio de preferencia 646
4.2.3. Norma especial y norma derrotada 652
5. Derrotabilidad y sistematización 655
5.1. Sistematización como desarrollo lógico 657
5.2. Normas derrotables y sistematización 666

Capítulo V

Derrotabilidad de normas: síntesis y balance

1. Introducción 675
2. Las piezas de la derrotabilidad en la teoría del derecho 676
2.1. Derrotabilidad desde la interpretación, la estructura de normas y los conflictos normativos 676
2.2. Diferentes aproximaciones de un mismo problema 683
3. Derrotabilidad: dos problemas desde diversas perspectivas 697
3.1. Derrotabilidad interna y externa 697
3.2. Relaciones y diferencias entre los tipos de derrotabilidad 709

Conclusiones 716

Bibliografía 723

Resumen

El objetivo de la presente investigación es explicar que los aplicadores del derecho, al derrotar una norma, pueden estar realizando una de estas dos operaciones: i) modifican la aplicabilidad interna de una norma (sea por reinterpretación correctora restrictiva de una disposición o por tomar conocimiento de más especificaciones del caso individual analizado); o ii) despojan de aplicabilidad externa de una norma.

Junto con dicha propuesta, voy a sostener que entre ambas formas de entender la derrotabilidad hay, en parte, un lenguaje común que permite expresar la forma de presentar y resolver los problemas sobre los que teorizan: el lenguaje de las preferencias. Ello se debe a que permite aclarar relaciones de preferencias entre significados posibles dentro de un proceso interpretativo, y relaciones de preferencia entre normas como forma de resolver inconsistencias normativas.

Para alcanzar este objetivo voy a realizar un análisis conceptual de las principales teorías sobre la derrotabilidad organizado en cinco capítulos. En el primer capítulo realizaré un análisis de las diferentes posibilidades metateóricas disponibles en la literatura especializada para dar cuenta de las diversas formas de presentar la noción de derrotabilidad en la teoría del derecho. Asimismo, propondré una clasificación a partir de los diferentes sentidos del término «aplicabilidad». Si tomamos en cuenta la diferencia entre aplicabilidad interna y externa, entonces podemos diferenciar entre teorizaciones sobre la modificación de la aplicabilidad interna y actos que producen la pérdida de aplicabilidad externa.

Las teorías que conceptualizan la derrotabilidad como la modificación de la aplicabilidad interna las he denominado «teorías de la derrotabilidad interna». Incluyo aquí a aquellas aproximaciones que emplean esta noción para dar cuenta de un tipo de actos (llevados a cabo por un aplicador del derecho) de variación del estatus deóntico de una determinada acción realizada en una determinada circunstancia.

Estos actos pueden ser de dos tipos: i) como una reinterpretación correctora restrictiva por la cual el aplicador del derecho, dentro de un proceso interpretativo, decide atribuir a una disposición un significado todo considerado que posee, en comparación, un alcance

más reducido que el ofrecido por el significado *prima facie* (a la que denomino «derrotabilidad interna normativa»); o ii) como una variación de la información disponible sobre el contenido del caso individual analizado, de manera que en un primer momento, asumimos que un caso individual es una instanciación de una norma, pero tras modificar nuestras creencias sobre su composición, nos damos cuenta que no se subsume en dicha norma (a la que denomino «derrotabilidad interna fáctica»).

Las teorías que conceptualizan la derrotabilidad como la pérdida de aplicabilidad externa las he denominado «teorías de la derrotabilidad externa». Incluyo aquí a aquellas aproximaciones que emplean esta noción para dar cuenta de los actos (llevados a cabo por un aplicador del derecho) de resolución de un conflicto normativo. Bajo estas teorizaciones, se aclaran los casos en los cuales un aplicador del derecho decide crear un criterio de preferencia entre dos normas a efectos de que una de ellas deje de ser externamente aplicable (pierda el deber de usar en la justificación de su decisión institucional) sin que ello implique variar su aplicabilidad interna o modificar la descripción del caso individual.

En el segundo capítulo analizaré las teorías sobre la derrotabilidad propuestas desde la teoría de la interpretación. Voy a sostener que la derrotabilidad, desde esta aproximación, ha sido entendida como una forma de explicar qué es lo que hace un aplicador del derecho al decidir cambiar la calificación normativa de un tipo de caso individual. Para ello, todas estas aproximaciones presentan, desde diversas formas de entender la interpretación jurídica, el proceso de identificar un significado de una disposición, una valoración negativa de dicho significado por no incluir una distinción que debería haber incluido, y elegir otro significado que sí incluye la distinción que se considera debería ser incluida. Dicho en breve: todas pretenden presentar un proceso reinterpretativo corrector restrictivo

En el tercer capítulo analizaré las teorías sobre la derrotabilidad propuestas desde la teoría de la estructura de normas. Voy a sostener que la derrotabilidad, desde esta aproximación, ha sido entendida de dos maneras: i) como una forma de describir los antecedentes de las normas tomando en cuenta los efectos de la incorporación de nueva información dentro de un proceso de toma de decisiones; y ii) como una forma de entender un tipo de norma

condicional, por el cual, el antecedente está compuesto por condiciones contribuyentes para el consecuente.

En el cuarto capítulo analizaré las teorías sobre la derrotabilidad propuestas desde la teoría de los conflictos normativos. Voy a sostener que la derrotabilidad, desde esta aproximación, ha sido entendida de dos maneras (complementarias entre sí): i) como una forma de explicar el resultado de un conflicto normativo por el cual una norma implícita supera a una norma explícita; y ii) como una forma de explicar la creación y efectos de una relación de preferencia entre dos normas jurídicas.

Finalmente, en el quinto capítulo realizaré una síntesis y balance de las teorías de la derrotabilidad analizadas para poner de relieve cuáles son sus tesis comunes y cuales son las divergentes. Ello me permitirá justificar que podemos diferenciar entre dos formas de entender la derrotabilidad en la teoría del derecho: por un lado, quienes han conceptualizado esta noción para dar cuenta de una norma que ha dejado de ser relevante para responder el problema normativo; y, por el otro lado, quienes han conceptualizado esta noción para dar cuenta de la pérdida del deber del aplicador del derecho de tener que usar una norma en la justificación de su decisión institucional que resuelve el problema normativo.

Sintesi

L'obiettivo della ricerca è di spiegare che gli applicatori del diritto, defettano una norma, possono effettuare una di queste due operazioni: i) modificano l'applicabilità interna di una norma (mediante reinterpretazione correttiva restrittiva di una disposizione o prendendo conoscenza di più specificazioni del singolo caso analizzato) o; ii) privano una norma di applicabilità esterna.

Inoltre, sosterrò che tra i due modi di intendere la defettibilità c'è, in parte, un linguaggio comune che consente di esprimere il modo di presentare e risolvere i problemi su cui teorizzano: il linguaggio delle preferenze. Ciò è dovuto al fatto che il linguaggio delle preferenze chiarisce le relazioni di preferenze tra i possibili significati all'interno di un processo interpretativo e le relazioni di preferenze tra norme come modo di risolvere le incongruenze normative.

Per raggiungere quest'obbiettivo, effettuerò un'analisi concettuale delle principali teorie sulla defettibilità. Tale analisi è organizzata in cinque capitoli. Nel primo capitolo, è stato condotto un'analisi delle diverse possibilità meta-teoriche a cui fa riferimento la letteratura specializzata per spiegare i vari modi di presentare la nozione di defettibilità nella teoria del diritto. Inoltre, proporrò una classificazione sulla base dei diversi significati del termine "applicabilità". La differenza tra applicabilità interna ed esterna consente di distinguere tra teorie sulla modifica dell'applicabilità interna e atti che producono la perdita di applicabilità esterna.

Ho chiamato le teorie che concettualizzano la defettibilità come la modifica dell'applicabilità interna "teorie della defettibilità interna". Sono incluse in queste teorie, gli approcci che utilizzano questa nozione per spiegare un tipo di atti (condotti da chi applica il diritto) il cui status deontico varia in una data circostanza.

Questi atti possono essere di due tipi: i) come una reinterpretazione correttiva restrittiva mediante la quale l'applicatore della legge, all' interno di un processo interpretativo, decide di attribuire a una disposizione un significato tutto considerato che ha, in confronto, un ambito più ristretto di quello offerto dal significato *prima facie* (che chiamo «defettibilità interna normativa»); o ii) come una variazione dell'informazione disponibile sul contenuto del singolo caso analizzato. In modo che inizialmente, assumiamo che un singolo caso sia un'istanza di una norma, ma dopo aver modificato le nostre condizioni sulla sua composizione, ci rendiamo conto che non è sussunta in quella norma (che chiamo «defettibilità interna fattuale).

Ho chiamato le teorie che concettualizzano la defettibilità come la modifica dell'applicabilità esterna «teorie della defettibilità esterna». Sono incluse in queste teorie gli approcci che utilizzano questa nozione per rendere conto degli atti (condotti da chi applica il diritto) che risolvono un conflitto normativo. In base a queste teorizzazioni, vengono chiariti i casi in cui un applicatore della legge decide di creare un criterio di preferenza tra due norme in modo che una di esse smetta di essere esternamente applicabile (perda il dovere di essere usata nella giustificazione della decisione istituzionale) senza che ciò comporti la modifica dell'applicabilità interna o la modifica della descrizione del singolo caso.

Nel secondo capitolo analizzerò le teorie sulla defettibilità proposte dalla teoria dell'interpretazione. Sosterrò che la defettibilità, da questo approccio è stata intesa come un modo di spiegare cosa fa colui che applica la legge quando decide di cambiare la qualificazione normativa di un singolo caso. Questi approcci hanno modi diversi di intendere l'interpretazione giuridica. Inoltre, nel processo di identificazione del significato di una disposizione, attribuiscono una valutazione negativa a tale significato per non aver incluso una distinzione che dovrebbe essere inclusa e scelgono un altro significato che include la distinzione che credono debba essere inclusa. In poche parole: eseguono una reinterpretazione correttiva restrittiva.

Nel terzo capitolo analizzerò le teorie sulla defettibilità proposte dalla teoria della struttura delle norme. Sosterrò che la defettibilità, da questo approccio è stata intesa in due modi: i) come un modo di descrivere gli antecedenti delle norme, tenendo conto degli effetti dell'incorporazione di nuove informazioni dentro del processo decisionale; ii) come un modo di intendere un tipo di norma condizionale, il cui antecedente è composto da condizioni contributive per il conseguente.

Nel quarto capitolo analizzerò le teorie sulla defettibilità proposte dalla teoria dei conflitti normativi. Sosterrò che la defettibilità, da questo approccio, è stata intesa in due modi (complementari tra loro): i) come un modo di spiegare il risultato di un conflitto normativo in base al quale una norma implicita supera una norma esplicita e; ii) come un modo per spiegare la creazione e gli effetti di una relazione di preferenza tra due norme giuridiche.

Infine, nel quinto capitolo effettuerò una sintesi e un bilancio tra le teorie della defettibilità analizzate per evidenziare quali sono le loro tesi comuni e quali sono quelle divergenti. Ciò mi consentirà di giustificare che possiamo distinguere tra due modi di intendere la defettibilità nella teoria del diritto: da un lato, coloro che hanno concettualizzato questa nozione per rendere conto di una norma che non è più rilevante per dare una risposta al problema normativo; e, d'altra parte, coloro che hanno concettualizzato questa nozione per spiegare la perdita del dovere del applicatore del diritto di utilizzare una norma nella giustificazione della sua decisione istituzionale che risolve il problema normativo.

Abstract

The objective of the present investigation is to explain that when the law enforcers defeat a norm they may be carrying out one of these two operations: i) they modify the internal applicability of a norm (either by restrictive corrective reinterpretation of a provision or by becoming aware of more specifications of the individual case under analysis); or ii) they deprive a norm of its external applicability.

Along with this proposal, I will argue that between the two types of understanding of defeasibility there is to some extent a common language that allows to express the way of presenting and solving the problems about which they theorize: the language of preferences. This is due to the fact that it enables the clarification of preference relations between possible meanings within an interpretation process and preference relations between norms as a means of resolving normative inconsistencies.

To achieve this goal, I will conduct a conceptual analysis of the main theories of defeasibility, which is divided into five chapters. In the first chapter, I will conduct an analysis of the different meta-theoretical possibilities available in the literature to consider the different ways of presenting the concept of defeasibility in legal theory. I will also propose a classification based on the different meanings of the term "applicability". If we consider the difference between internal and external applicability, we can distinguish between theories of modification of internal applicability and actions that cause the loss of external applicability.

The theories that conceptualize defeasibility as a modifying internal applicability I have called "theories of internal defeasibility". I include here those approaches that use this notion to consider some kind of action (performed by an executor of the law) of variation in the deontic status of a particular action performed under certain circumstances.

There are two types of legal acts: (i) as a restrictive corrective reinterpretation by which, in the course of an interpretative process, the person applying the law decides to attribute to a provision a meaning which, by comparison, is less extensive than the prima facie meaning (which I call "normative internal challengeability"); or ii) as a variation of the available information on the content of the individual case analyzed, so that we initially

assume that an individual case is an instantiation of a norm, but after modifying our beliefs about its composition, we recognize what is not subsumed in the rule in question (what I call "factual internal contestability").

The theories that conceptualize defeasibility as the loss of external applicability I have called "theories of external defeasibility". I include here those approaches that use this term to explain the actions (performed by an executor) to solve a normative conflict. Within the framework of these theories, the cases are clarified in which a legal practitioner decides to create a criterion of preference between two norms, so that one of the two norms is no longer externally applicable (losing the obligation to use it to justify its institutional decision), without this implying a modification of its internal applicability or a modification of the description of the individual case.

In the second chapter I will analyze the theories of countervailability proposed by the interpretation theory. I will argue that from this approach, defeasibility has been understood as a way of explaining what an enforcer of the law does when he decides to change the normative qualification of a type of individual case. To this end, all these approaches from different types of legal interpretation present the process of identifying a meaning of a provision, a negative assessment of that meaning because it does not contain a distinction that it should have contained, and the choice of another meaning that contains the distinction under consideration should be included. In short, they all intend to present a restrictive corrective reinterpretation process.

In the third chapter I will analyze the theories of contestability proposed by the theory of the structure of norms. I will argue that, from this approach, defeasibility has been understood in two ways: i) as a way of describing the history of norms, taking into account the effects of incorporating new information into a decision-making process; and ii) as a way of understanding a kind of conditional norm where the history is composed of contributing conditions for consequence.

In the fourth chapter I will analyze the theories of defeasibility proposed from the theory of normative conflicts. I will argue that from this approach, defeasibility was understood in two ways (complementary to each other): i) as a way to explain the outcome of a normative conflict in which an implicit norm overcomes an explicit norm; and ii) as a

way of explaining the creation and effects of a preference relationship between two legal norms.

Finally, in the fifth chapter, I will make a synthesis and balance of the analyzed theories of defeasibility in order to highlight which are their common and which are their divergent theses. This will allow me to argue that in legal theory we can distinguish between two types of understanding of defeasibility: on the one hand, those who have conceptualized this concept in order to account for a norm that is no longer relevant to the solution of the normative problem; and on the other hand, those who have conceptualized this concept in order to justify the loss of the duty of the law enforcer to use a norm that solves the normative problem when justifying his institutional decision.

Introducción

El objetivo de la presente investigación es explicar que los aplicadores del derecho, al derrotar una norma, pueden estar realizando una de estas dos operaciones: i) modifican la aplicabilidad interna de una norma (sea por reinterpretación correctora restrictiva de una disposición o por tomar conocimiento de más especificaciones del caso individual analizado); o ii) despojan de aplicabilidad externa de una norma.

Junto con dicha propuesta, voy a sostener que entre ambas formas de entender la derrota de normas hay, en parte, un lenguaje común que permite presentar ambas operaciones: el lenguaje de las preferencias. Ello se debe a que permite aclarar relaciones de preferencias entre significados posibles dentro de un proceso interpretativo, y relaciones de preferencia entre normas como forma de resolver inconsistencias normativas.

Para alcanzar este objetivo voy a realizar un análisis conceptual de las principales propuestas de conceptualización ofrecidas por los teóricos del derecho. Partiré por describir cada una de estas y, tras ello, analizaré su contenido para determinar si quien la propone emplea una o más nociones de derrotabilidad. Para un adecuado análisis he considerado necesario reconstruir, al momento de dar cuenta de cada propuesta, el lenguaje teórico empleado, pues cada una de estas propuestas se justifica en diferentes presupuestos teóricos.

Ahora bien, ¿qué tipo de problemas de la práctica jurídica les preocupa a los teóricos del derecho cuando hablan de derrotabilidad? Veamos algunos casos hipotéticos y reales.

Durante la pandemia del Covid-19 un gran número de países han implementado una serie de medidas restrictivas de la libertad de movimiento a efectos de reducir la tasa de contagios. En este contexto imaginemos un país que implementó un régimen de cuarentena obligatoria que prohibía a las personas salir de su residencia habitual, salvo aquellas acreditadas por el Estado que realizaban una labor considerada esencial. Quienes quebrantaran la cuarentena eran sancionados con una multa (para el costo de vida promedio del país) muy onerosa.

El confinamiento produjo afectaciones de diverso tipo (pérdidas de trabajo, pérdida de contacto entre familiares, entre muchas otras), incluyendo someter a un intenso y constante nivel de estrés a quienes la padecieron. Dicha afectación fue particularmente severa para un determinado grupo dentro del conjunto de personas que viven con Trastorno del Espectro Autista (TEA). Para ellos, supuso una perturbación de su rutina diaria que les produjo un notorio aumento de severas crisis de ansiedad. Sucedió que el padre de un menor de edad con TEA decidió sacar de la casa a su hijo y dar un paseo corto por su calle a efectos de que se sintiese mejor y no tenga, ese día, un nuevo ataque de ansiedad. Una vez en el parque un policía les detuvo y le impuso la multa (además de ordenarle y coaccionarle a que vuelva a casa). La multa fue apelada y el aplicador del derecho consideró que, a pesar de haberse verificado el supuesto de hecho, no debía imponerse dicha consecuencia normativa, pues la salida de casa se debió a necesidades de salud las cuales operan como excepciones implícitas[2].

El caso más famoso en la literatura especializada sobre la derrotabilidad es el de una ley de Bolonia que prevía: «quienquiera que derramara sangre en las calles debería ser castigado con la mayor severidad». En este contexto, un barbero accidentamente cortó un grado a su cliente, lo cual supuso que su sangre salpicara en la vía pública. Si bien se satisface el antecedente de la norma («derramara sangre en las calles»), el aplicador del derecho decidió que la norma, bien entendida, no era aplicable a ese tipo de supuestos[3].

La literatura especializada suele rescatar dos casos de la jurisprudencia norteamericana. En el primero, *United States Vs. Church of the Holy Trinity,* una iglesia fue llevada a proceso debido a que había contratado a un nuevo pastor procedente de Inglaterra, lo cual implicaba, como parte de los beneficios, pagar los costos del viaje para llegar al país. Ocurrió que durante dicha época (fines del siglo XIX), estaba vigente una ley federal que prohibía a los empleadores el pago de pasajes de trabajadores extranjeros a los Estados Unidos. Ante esta situación, la Corte Suprema estadounidense consideró que el hecho de que la persona sea «pastor» era relevante y que la misma, de haber sido considerada en

[2] Me expreso en términos de caso hipotético, pero me baso en los hechos ocurridos en Perú y España, y probablemente, en cada país en los que hayan implementado medidas de confinamiento y tengan población con TEA. Cabe anotar que dichos países adoptaron, poco después de implementar medidas de cuarentena obligatoria y tras verificarse el tipo de situaciones descritas en el texto principal, un régimen de salidas terapéuticas para todas aquellas personas que requirieren, por razones médicas, salir brevemente de sus casas como medida útil para reducir los niveles estrés.

[3] Alchourrón, 2010 [1996c], p. 169. Bulygin, 2005b, p. 75.

su momento por los legisladores, hubiera motivado una excepción, por lo tanto, no era aplicable la prohibición[4].

El segundo es el famoso caso *Riggs Vs. Palmer*[5]. En dicha sentencia se discutió el supuesto en el que un nieto que estaba por heredar de su abuelo y que aquel, a efectos de adelantar la herencia, lo mata. Las normas civiles vigentes durante esos tiempos no preveían como causal de indignidad para heredar el matar al causante; sin embargo, resultaba absurdo permitir la herencia en dicho supuesto. Ante tal caso, los juzgadores decidieron no autorizar la herencia creando para ello una excepción implícita en vista de que nadie puede aprovecharse de sus propias injusticias.

Un caso similar fue discutido de manera reciente en la jurisprudencia de los Países Bajos[6]. En 1997 una mujer de 97 años que se casó con su enfermero de 37 años. Ocurrió que ella quería poder beneficiarlo con sus bienes (al parecer como un gesto de agradecimiento por sus cuidados a lo largo de varios años), y a efectos de evitar una discusión familiar se casó con él en secreto. Sucedió que el esposo, luego de cinco semanas del matrimonio, la mató. Tras ser condenado por este acto requirió la mitad de los bienes de su ex esposa como herencia. El Tribunal Supremo de los Países Bajos decidió que, si bien la intención de la difunta era que el esposo se beneficie de su muerte, ella no tenía intención (o, por lo menos, no pudo ser probada otra cosa) de que él la mate. Dado que el sistema normativo no preveía este supuesto, el Tribunal creó la excepción en el régimen de sucesiones por

---

[4] «*Suppose in the Congress that passed this act some member had offered a bill which in terms declared that, if any Roman Catholic church in this country should contract with Cardinal Manning to come to this country and enter into its service as pastor and priest; or any Episcopal church should enter into a like contract with Canon Farrar; or any Baptist church should make similar arrangements with Rev. Mr. Spurgeon; or any Jewish synagogue with some eminent Rabbi, such contract should be adjudged unlawful and void, and the church making it be subject to prosecution and punishment, can it be believed that it would have received a minute of approving thought or a single vote? Yet it is contended that such was in effect the meaning of this statute. The construction invoked cannot be accepted as correct*». Corte Suprema de los Estados Unidos de América, 29.02.1892, Nº 143.

[5] Este caso fue empleado (y popularizado) por Ronald Dworkin para mostrar la existencia y operatividad de los principios. Ver Dworkin, 2009, p. 73. Si bien el caso ha sido descrito como un supuesto de aplicación de principios, en esta investigación daré razones para considerar también que es un buen ejemplo de una noción de derrotabilidad en el derecho. En la jurisprudencia inglesa podemos ver un caso similar en *R v National Insurance Commissioner ex p. Connor* resuelto por el Tribunal Superior de Justicia de Inglaterra y Gales. En dicho caso se discutió el caso de una mujer que mató a su marido y que, luego de condenada por ello, exigió el pago de una pensión de viudez. La Corte argumentó que el hecho de haber sido ella la causante de la muerte operaba como una excepción implícita a percibir dicha pensión.

[6] HR 7-12-1990, NJ 1991, 593 del Tribunal Supremo de los Países Bajos. Para un análisis de este caso ver Soeteman, 1995.

la cual quien mata intencionalmente a otra persona no debe percibir ningún beneficio de dicho acto.

En la Argentina se resolvió el caso de Jan Saguir y Nélida Dib, quienes actuaron a nombre de su hija menor de edad, Claudia G. En dicha controversia, se discutió la autorización judicial para que Claudia G. pueda donar uno de sus riñones a su hermano. Este pedido se dio durante la vigencia de una norma que prohibía la donación de órganos por parte de menores de edad. Ante dicha situación, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina sentenció a favor del pedido de los padres tras haber considerado las implicancias materiales de seguir la prohibición y el grado de madurez de la hija (tanto por el contenido de su decisión de donar un órgano a su hermano como por el hecho de que le faltaban 4 meses para tener la mayoría de edad)[7].

Una discusión similar se resolvió en España. En los juzgados de Sevilla se discutió el caso de una menor de edad que requería con urgencia un trasplante de hígado, con el problema de que la donante idónea para esta era su madre, la cual, a su vez, también era menor de edad. La legislación española vigente en ese momento también tenía como prohibición expresa la donación de órganos de menores de edad. La judicatura no aplicó la norma basándose en la plena consciencia de la madre de los riesgos que implicaba la operación[8].

Podemos imaginarnos numerosos casos prácticos adicionales[9]. Al respecto, numerosos teóricos del derecho han tratado de explicar qué es lo que hacen quienes participan de la

[7] Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, 06.11.1980**,** fallos 302:1284.
[8] Juzgado de Primera Instancia de Sevilla, 18.10.2007, auto 785/07.
[9] Solo menciono dos más, por ahora. Como posible supuesto de derrotabilidad, Luis Prieto Sanchís nos propone pensar en lo absurdo que resultaría aplicar ciertas reglas sin considerar posibles creaciones de excepciones. Nos pide imaginar un escenario de aplicación sin excepciones del artículo 582 del Código Civil español el cual señala lo siguiente: «No se puede abrir ventanas con vistas rectas, ni balcones u otros voladizos semejantes, sobre la finca del vecino, si no hay dos metros de distancia entre la pared en que se construyan y dicha propiedad. Tampoco pueden tenerse vistas de costado u oblicuas sobre la misma propiedad, si no hay 60 centímetros de distancia». Esta regla tendría aplicaciones absurdas en caso, por ejemplo, en los que habite una persona con necesidad médica de tener la ventana abierta (la única ventana disponible estaría sujeta a la prohibición citada). Prieto Sanchís, 1998, p. 64. Por otra parte, creo que podemos imaginar consecuencias absurdas a partir de un tipo de interpretación del artículo 378 del Código Civil peruano, el cual regula los requisitos para poder adoptar a una persona. El segundo numeral de dicha disposición establece lo siguiente: «que la edad del adoptante sea por lo menos igual a la suma de la mayoridad y la del hijo por adoptar». Supongamos que una persona de 30 años ha decidido formar una familia con la madre de un niño de 13 años. Como parte de su plan de vida decide adoptar al menor, pero, aparentemente, no lo podrá hacer, pues la legislación vigente le exige que tenga por lo menos 31 años (la mayoría de edad se da a los 18 años, sumados a los 13 años, el adoptante debiera tener por lo menos 31

práctica jurídica y crean excepciones implícitas como forma de resolverlos. Para enfrentar esta duda introdujeron un nuevo concepto teórico que les permita una mejor reconstrucción: la noción de derrotabilidad.

El carácter derrotable de las normas jurídicas usualmente es entendido como la imposibilidad de listar sus excepciones de manera exhaustiva y ex ante a su aplicación a un caso individual[10]. Esta expresión requiere, como veremos a lo largo de esta investigación, de muchas precisiones, pues es una formulación empleada desde diversas aproximaciones y diferentes formas de entender y estudiar el derecho[11].

Cabe precisar que «derrotabilidad», traducción en nuestro idioma de «*defeasibility*», es un término que ha sido empleado en distintos campos de estudios. Por ejemplo, en la ética, la filosofía moral, los estudios sobre el razonamiento práctico, la lógica, la inteligencia artificial, la filosofía de la acción, la filosofía de la ciencia, la filosofía de la religión, la epistemología, la filosofía del lenguaje, la teoría de la argumentación, la filosofía de la mente, entre otros[12]. En la teoría del derecho fue introducido por H.L.A. Hart en 1948 en el artículo «*The ascription of responsibility and rights*», quien la utilizó a efectos de capturar una idea para la que, según él, no existía palabra precisa. Lo hizo en los siguientes términos:

«When the student has learnt that in English law there are positive conditions required for the existence of a valid contract (...) his understanding of the legal concept of a contract is still incomplete (...). For these conditions, although necessary, are not always

años para poder cumplir con el requisito señalado). Asumiendo que se dan todas las condiciones para generar una familia (emocionales y otro tipo), estaríamos ante un caso cuya aplicación sin excepción genera desconcierto.

[10] Cabe precisar que muchos autores que hablan de derrotabilidad están pensando en maneras en las que un aplicador del derecho puede evitar un resultado indeseable. Cómo evitar los efectos de una calificación normativa injusta o indeseable es un problema más grande y, tal vez, uno de los más importantes de la teoría del derecho. Sobre este punto debo señalar que en esta investigación no pretendo dar cuenta de todas las posibles maneras posibles de evitar un resultado de este tipo, sino únicamente las diferentes versiones de un conjunto de posibilidades: derrotando normas.

[11] Jorge Rodríguez lleva razón al señalar que la idea general de la derrotabilidad está conectada con la noción de normalidad. Ello en el sentido de que, al formular una estructura condicional, lo hacemos (o lo solemos hacer) asumiendo circunstancias normales, pero admitimos que en cualquier caso anormal la afirmación se hace falsa. En contextos jurídicos ello es precisado señalando que todas las reglas legales están necesariamente sujetas a implícitas y no especificables excepciones. Rodríguez, 2017, p. 244. O como bien señalaba MacCormick, la fuente y significado de la derrotabilidad pueden ser rastreadas a la inseguridad de la predicción de las decisiones judiciales en los casos difíciles. MacCormick, 1995, p. 107.

[12] Koons, 2017, Araujo Kurth, 2013, pp. 218 y ss.

sufficient and he has still to learn what can defeat a claim that there is a valid contract, even though all these conditions are satisfied. That is the student has still to learn what can follow on the word 'unless' which should accompany the statement of these conditions. This characteristic of legal concepts is one for which no word exists in ordinary English. The words 'conditional' and 'negative' have the wrong implications, but the law has a word which with some hesitation I borrow and extend: this is the word 'defeasible' used of a legal interest in property which is subject to termination or 'defeat' in a number of different contingencies but remains intact if no such contingencies mature. In this sense then, contract is a defeasible concept»[13].

Hart propuso el concepto de derrotabilidad para señalar que la satisfacción de las condiciones de aplicación de un concepto no es suficiente para garantizar su aplicación (señalar justificadamente que un determinado objeto es una ejemplificación de un concepto jurídico)[14]. Desde aquella incorporación a nuestro repertorio de herramientas lingüísticas los teóricos del derecho vienen utilizando dicho término para articular sus propuestas teóricas.

Aquel artículo de Hart fue el primer antecedente de lo que Pierluigi Chiassoni ha llamado, con acierto, el giro derrotabilista en el pensamiento jurídico contemporáneo[15]. En efecto, desde aquella publicación este término forma parte de nuestra cultura teórico-jurídica[16] y ha sido empleado como medio para articular concepciones del derecho y formas de entender diversos fenómenos jurídicos[17].

[13] Hart, 1948-1949, pp. 174-75.
[14] Esta propuesta teórica será analizada en el Cap. III.3,3.1.
[15] Chiassoni, 2012b, p. 270.
[16] El término «*defeasibility*» es de amplio y antiguo uso en el derecho contractual anglosajón para referir a un tipo de contrato sujeto a condición. Al decir que forma parte de nuestra «cultura teórico-jurídica» quiero expresar que ha sido incorporado en: i) las culturas jurídicas continentales que discuten sobre derrotabilidad (uso del término); y ii) a las diversas teorías del derecho (elaboradas desde occidente), es decir, como incorporación de un nuevo concepto a ser empleado en el lenguaje de los teóricos del derecho. Precisaré este segundo sentido en líneas siguientes.
[17] Cabe hacer una diferencia entre el problema a resolver, por un lado, y los términos con los que se lleva la discusión sobre cómo resolver el problema, por el otro lado. En extremo resumen, el problema de la derrotabilidad da cuenta de la creación de una nueva excepción que tiene como efecto el cambio de la calificación normativa de una acción. Como problema ello se viene discutiendo desde tiempos clásicos (por ejemplo, en la Ética para Nicómaco de Aristóteles o en Antígona de Sófocles). La diferencia, con el giro derrotabilista, está en los términos con los que la discusión se lleva a cabo en nuestros tiempos. Es decir, en el tipo de lenguaje y preguntas específicas con las que se plantea el problema en los sistemas normativos actuales.

Este giro engloba a todas aquellas posturas sostenidas por un grupo de autores que han puesto en duda lo que se podría pensar son puntos claros o comunes para la formulación de una teoría general del derecho[18] y han propuesto una nueva herramienta conceptual. En este sentido, en la teoría del derecho podemos identificar discusiones que usan la derrotabilidad y discusiones sobre qué es (desde el plano conceptual) la derrotabilidad. En relación con las discusiones que usan la derrotabilidad hay, por lo menos, las siguientes preguntas abiertas:

1. ¿La derrotabilidad es una característica de las normas o es el resultado de una operación realizada con o sobre las normas?
2. ¿La derrotabilidad es un problema de pertenencia o de aplicabilidad de las normas?
    a. Si fuese de pertenencia, ¿es un problema de derrotabilidad de la regla de reconocimiento, o derrotabilidad dentro de la regla de reconocimiento, o de determinar cuáles son las fuentes válidas del derecho?[19]
    b. Si fuese de aplicabilidad, ¿es un problema de aplicación de normas a un caso concreto o un problema de aplicación de una meta norma que regula la aplicación de otras normas?
3. ¿Cuáles son las fuentes de la derrotabilidad? Esto se traduce en:
    a. ¿La derrota de normas jurídicas es generada por contradecir normas morales?; o
    b. ¿La derrota de una norma jurídica es generara por contradecir, por lo menos, otra norma jurídica?
4. ¿Qué tipo de formalización expresa de manera más precisa una norma derrotable?

[18] Chiassoni ha propuesto una lista tentativa de blancos criticados por el giro derrotabilista: i) las aproximaciones a las relaciones entre reglas y sus excepciones que las entienden como si fuesen elementos pre-constituidos a las operaciones de los intérpretes; ii) la epistemología realista como ciencia del derecho, la cual considera que el conocimiento del derecho es objetivo, por lo que la aprehensión de normas y excepción es tratada como un acto de conocimiento completamente desarrollado; iii) las propuestas de lógica formal de las normas que postulan que esta contiene un condicional que vincula un antecedente compuesto por condiciones suficientes de aplicación con un consecuente; iv) el análisis conceptual que postula que podemos formular condiciones definitorias necesarias y suficientes; v) la concepción universalista de las normas construida sobre la creencia de que existen normas jurídicas generales que realmente controlan (a profundidad) el comportamiento humano; vi) la idea de que el pensamiento jurídico es deductivo y que está caracterizado por la aplicación del refuerzo del antecedente y el *modus ponens*; vii) las propuestas reconstructivas del razonamiento jurídico como un proceso compuesto por una estructura lineal, bajo la cual partimos de premisas y llegamos a conclusiones, las mismas que serán inferencias lógicas (deductivas); y viii) la tesis de la no conexión necesaria del derecho que niega el vínculo entre normas jurídicas y normas morales. Chiassoni, 2012a, pp. 160-161.

[19] Sobre este punto ver Ferrer y Ratti, 2010 y 2012b.

5. ¿La derrotabilidad de las normas es una razón a favor del particularismo jurídico?
6. ¿La derrotabilidad es un rasgo que permite diferenciar entre reglas y principios?
7. ¿La derrotabilidad es una razón para descartar la tesis de la separación entre derecho y moral en la identificación del derecho (y por ende, para descartar el positivismo excluyente)?
8. ¿Todas las normas jurídicas son derrotables?
9. ¿Es posible justificar decisiones jurídicas empleando normas derrotables?

Si bien estas discusiones son relevantes para clarificar fenómenos jurídicos, cada respuesta a cada una de estas presupone una específica forma de entender la noción de derrotabilidad, que podría no coincidir con las restantes. En esta investigación pretendo concentrarme en ese punto: los teóricos del derecho, al hablar de derrotabilidad, están dando cuenta, o bien de una modificación de la aplicabilidad interna de una norma, o bien de la pérdida de aplicabilidad externa de una norma[20].

La derrotabilidad fue introducida en la teoría del derecho, con el propósito de explicar fenómenos desde perspectivas que se consideran más esclarecedoras[21]. Dicho en otras palabras, el objetivo de conceptualizar algo como derrotabilidad fue reducir lo complejo, desordenado y anómico a algo simple, integrado y nómico[22]. El giro derrotabilista, sin embargo, ha tenido dificultades para transmitir aquello que pretende precisar. En efecto, el escenario actual está caracterizado por una serie de propuestas muy precisas y sofisticadas, y por la necesidad de estudios de sistematización de todas estas[23]. El presente trabajo se enmarca como un esfuerzo por contribuir a dicha necesidad.

---

[20] Ante la pregunta, ¿hay derrotabilidad en el derecho? Brożek desambigua y responde a dos posibles formas de entender la pregunta. Si entendemos esta duda sobre la posibilidad de reconstruir el derecho con el uso de la derrotabilidad (en alguno de sus sentidos), es trivial, pues sí es posible. En cambio, si nos preguntamos si la derrotabilidad es una propiedad inherente del derecho, esta es una pregunta envenenada, pues se asume que habría una esencia del derecho, independiente de las teorías, que debe ser capturada por estas. Brożek, 2014, p. 169. Sobre este último punto estoy de acuerdo con este autor en que no hay una única teoría del derecho: tenemos muchas propuestas teóricas que compiten entre sí respecto de las cuales consideramos que una es mejor que otra en función a un criterio de preferencia (pero no tiene lugar considerar que una teoría es mejor que otra o que una única y verdadera teoría del derecho). En este sentido, usar la noción de derrotabilidad para dar cuenta del derecho es solo una decisión sobre cómo reconstruir el derecho basada en valoraciones de lo que entendemos importante o relevante del derecho.

[21] La noción de derrotabilidad ha sido entendida como un concepto teórico en el sentido previsto en Carrió, 2004, p. 9.

[22] Garcia Carpintero, 1996, p. XXII.

[23] En relación con este último punto, cabe resaltar la publicación de Jordi Ferrer y Giovanni Battista Ratti «*The logic of legal requeriement. Essays on defeasiblity*», pues es una de las recopilaciones más ambiciosas y mejor lograda sobre las diversas formas de presentar la derrotabilidad en el derecho. Es preciso poner de relieve, además, el notorio interés que ha tenido esta necesidad en investigaciones teóricas recientes. Solo

En esta investigación, como señalé al inicio de esta Introducción, voy a realizar un estudio metateórico de las discusiones conceptuales sobre cuáles serían las características definitorias de la derrotabilidad[24]. En breve, voy individualizar las diferentes formas de entender la noción de derrotabilidad por los teóricos del derecho y determinar si estas están dando cuenta del mismo problema o no. Para esta labor, describiré y analizaré las propuestas de conceptualización más relevantes a efectos de determinar si los teóricos del derecho emplean una o más nociones de derrotabilidad[25].

A efectos de que sea un trabajo realizable he elegido un universo de teóricos del derecho del giro derrotabilista cuyas propuestas han tenido un notorio impacto sobre las discusiones actuales. En este sentido, he elegido autores cuyas propuestas: i) sobre las que hay discusiones abiertas sobre su corrección o incorrección; o ii) son tomadas como puntos de partida para elaborar nuevos argumentos. En este sentido, las propuestas analizadas engloban a todas aquellas ideas que suelen ser empleadas en los debates actuales sobre la noción de derrotabilidad.

Debo señalar que dentro de esta investigación no analizaré las propuestas formuladas desde el análisis del derecho como razones para la acción, las que tratan de dar cuenta del razonamiento jurídico empleando lógicas no monotónicas, y aquellas que analizan las conexiones conceptuales entre derrotabilidad y coherencia. Si bien diversos autores que esgrimen alguna tesis de este tipo satisfacen los criterios antes indicados, profundizaré su estudio en trabajos posteriores. Si bien son estudios influyentes, he considerado oportuno concentrarme en propuestas que compartan un lenguaje común (el lenguaje de las

---

por señalar algunas investigaciones doctorales leídas en los últimos años son resaltantes los trabajos de Pedro Moniz Lopes (2019), Luis Duarte d'Almeida (2015), Roger Rodríguez Santander (2015), Rossella Rubino (2009), María Inés Pazos (2009), Mathieu Carpentier (2014) y Bartoz Brozek (2004). Asimismo, de forma reciente Cesar Antonio Serbena (2012) ha recopilado un conjunto notable de trabajos de investigadores brasileños sobre la noción de derrotabilidad.

[24] Con esta investigación realizaré un ejercicio de teoría analítica del derecho sobre una de las nociones más interesantes disponibles en la teoría del derecho. Esto es, un ejercicio de clarificación del lenguaje y del aparato conceptual usado por los estudiosos del derecho sobre la noción de derrotabilidad. Bulygin, 1996, p. 11.

[25] El valor de las distinciones es bien presentado por Ruiz Manero: «[h]ay un gusto por las distinciones debido a que con estas los problemas filosóficos se resuelven en algunos casos y se disuelven en otros introduciendo una distinción: esa distinción muestra, en ocasiones, que no hay un problema genuino, y, en otras, sirve para poner de relieve que la formulación del problema que se toma como punto de partida presenta una ambigüedad, de forma que tras esa formulación lo que se oculta no es *un* problema sino dos o más problemas distintos». Ruiz Manero, 2018, p. 250 (cursiva en el original).

normas) y en aquellas que han tenido una mayor difusión dentro de las discusiones actuales sobre la teoría del derecho.

En atención a ello, voy a concentrar el análisis en las propuestas teóricas sobre la noción de derrotabilidad elaboradas por (en orden de presentación) Riccardo Guastini, Carlos Alchourrón, Eugenio Bulygin, Juan Carlos Bayón, Frederick Schauer, Manuel Atienza, Juan Ruiz Manero, H.L.A. Hart, Giovanni Sartor, Neil MacCormick, Luis Duarte d'Almeida, Andrea Dolcetti, Giovanni Battista Ratti, Jorge Rodríguez y Jordi Ferrer.

Para lograr el objetivo, esta investigación está organizada en cinco capítulos. En el primer capítulo, parto por analizar las diferentes posibilidades metateóricas disponibles en la literatura especializada para dar cuenta de las diferentes formas de presentar la noción de derrotabilidad en la teoría del derecho. Ello me permitirá ofrecer razones para mostrar las ventajas y desventajas de cada una de estas y por qué es pertinente proponer una nueva clasificación.

Tras realizar dicha labor, señalaré qué propuestas de conceptualización de la noción de derrotabilidad serán analizadas en la investigación. Propongo, a continuación, una clasificación que sostendré es la mejor manera para dar cuenta de ellas. A partir de la distinción entre aplicabilidad interna y externa de José Juan Moreso y Pablo E. Navarro, considero que es adecuado diferenciar entre i) derrotar una norma jurídica como un acto de cambio de aplicabilidad interna; y ii) derrotar una norma como un acto de pérdida de aplicabilidad externa de una norma normas interna y externamente aplicable.

En el segundo, tercer y cuarto capítulo analizo las diferentes aproximaciones a la noción de derrotabilidad sobre las que centraré el estudio. Cada uno de estos capítulos agrupa aproximaciones en función al tipo discusiones en la que es empleada como concepto teórico: discusiones sobre cómo identificar una norma (esto es, desde la teoría de la interpretación); sobre cómo están estructuradas las normas condicionales (esto es, desde la teoría de la estructura de normas); y sobre cómo resolver conflictos normativos (esto es, desde la teoría de los conflictos normativos).

En particular, en el segundo capítulo analizo las aproximaciones a la noción de derrotabilidad como una noción que nos permite caracterizar cierto tipo de resultados

interpretativos. Para estos efectos someto a escrutinio cuatro propuestas conceptuales: i) derrotabilidad como resultado del uso del argumento de la disociación; ii) derrotabilidad como resultado de emplear juicios contrafácticos sobre la voluntad del legislador de cómo él hubiese regulado un caso individual (enfoque disposicional de la derrotabilidad); iii) derrotabilidad como imposibilidad de valorar toda propiedad futura; iv) derrotabilidad como resultado de resolver un caso de laguna axiológica; v) derrotabilidad como resultado de resolver una experiencia recalcitrante supra incluyente; y vi) derrotabilidad como resultado de resolver un caso de ilícito o lícito atípicos (reglas que son exceptuadas por principios).

Pretendo demostrar que todas estas propuestas están sosteniendo (desde presupuestos y lenguajes teóricos diferentes) que la derrota de normas es una forma de expresar un proceso y resultado de una reinterpretación restrictiva. Como proceso, los intérpretes parten por identificar un primer (y provisional) significado: un significado *prima facie*. Tras ello, realizan una reflexión posterior, con base en lo cual se decide atribuir un «significado todo considerado». Las propuestas conceptuales sobre la noción de derrotabilidad nos permiten esclarecer un tipo de resultado: los actos de los aplicadores del derecho que deciden atribuir un significado todo considerado que se diferencia del significado *prima facie* por tener un alcance más reducido (poseen un caso genérico que es, en comparación, más fino).

Finalizo el capítulo analizando si hay conexión conceptual o no entre resolver un problema de vaguedad de los conceptos y derrotar una norma. Al respecto, tras clarificar el sentido empleado de vaguedad, concluyo que no hay vínculo entre ambas nociones debido a que: i) resolver un caso de vaguedad supone un acto de determinación de clasificación de un objeto (si está dentro o no del alcance de un concepto); y ii) la derrota de una norma implica la variación de la calificación normativa de un caso individual, lo cual presupone que este era subsumible en el alcance de la norma derrotada (esto es, que estábamos en un escenario en el que ha ya resuelto los problemas de indeterminación lingüística).

En el tercer capítulo presento las aproximaciones a la noción de derrotabilidad como una noción que nos permite caracterizar cierto tipo de estructuras de las normas jurídicas. Al respecto, sostengo que podemos diferenciar entre aproximaciones que proponen

identificar condiciones derrotantes dentro del antecedente de las normas, de aproximaciones que identifican normas estructuralmente derrotables.

El primer conjunto de aproximaciones se caracteriza por analizar los efectos de las reglas procesales en la identificación de condiciones derrotantes. En específico, sostienen que las reglas de distribución de la carga de la prueba nos permiten diferenciar entre condiciones de aplicación y condiciones derrotantes en los antecedentes de las normas. Las condiciones derrotantes son, bajo estas propuestas, todas aquellas propiedades del antecedente de una norma que, si son probadas por el demandado, implican que la norma alegada por la parte demandante no sea internamente aplicable (es decir, el caso individual queda fuera de su alcance).

Al respecto, sostengo que este tipo de aproximaciones a la noción de derrotabilidad son mejor entendidas como un conjunto de teorizaciones que nos permiten clarificar: i) qué información deben ofrecer las partes en un proceso para determinar la aplicabilidad o inaplicabilidad (interna) de una norma; y ii) el rol argumentativo que puede adoptar la parte demandada como actor interesado en ofrecer razones al aplicador del derecho para que este derrote una norma (noción entendida como una reinterpretación restrictiva o como introducir una norma de preferencia), en caso que la norma interna y externamente aplicable sea contraria a sus intereses.

El segundo conjunto de aproximaciones se caracteriza por identificar normas derrotables como un tipo de norma condicional cuyo antecedente está compuesto por un conjunto de propiedades a las que no les es aplicable el refuerzo del antecedente ni el *modus ponens*. En atención a ello, centro el análisis en las ventajas y desventajas de la propuesta de Carlos Alchourrón de representar este tipo de normas como normas cuyo antecedente ha sido identificado de forma entimemática: está compuesto por condiciones expresas y presupuestos implícitos. Esto quiere decir que el aplicador del derecho debe realizar operaciones de revisión respecto a cómo está compuesto el antecedente a efectos de identificar la condición suficiente para el consecuente. De esta manera, no es necesario abandonar ni el refuerzo del antecedente ni el *modus ponens* (esto es, no es necesario dejar de lado una concepción deductivista de la lógica deóntica para describir esta norma y sus relaciones con otras normas).

En el cuarto capítulo analizo las aproximaciones a la noción de derrotabilidad como una noción que nos permite caracterizar los resultados de haber resuelto un conflicto normativo entre dos normas jurídicas. Para estos efectos, doy cuenta de la creación (por parte del aplicador del derecho) de una relación de preferencia entre dos normas aplicables (interna y externamente) e inconsistentes entre sí, la cual determina qué norma debe usar en la justificación de su decisión. Bajo esta propuesta, una norma derrotada es entendida como una norma no preferida dentro del sistema de normas aplicables a un caso individual.

Al respecto, sostengo que esta forma de presentar la noción de derrotabilidad nos permite entender un tipo de relación entre normas y un aspecto diferente a los previamente analizados: con esta noción se puede dar cuenta de la pérdida de aplicabilidad externa de una norma.

Por último, en el quinto capítulo presentaré una breve síntesis de las diferentes aproximaciones a la noción de derrotabilidad analizadas y pondré de relieve cuáles son sus tesis comunes y cuáles son las divergentes. Finalmente, voy a justificar que los teóricos del derecho, al momento de explicar qué es la derrotabilidad, están dando cuenta de dos tipos de problemas diferentes. Esta noción es entendida: i) como una forma de presentar un cambio de norma internamente aplicable; o ii) como una forma de presentar la pérdida de aplicabilidad externa de una norma.

Debo señalar que algunas de las ideas expuestas en esta investigación han sido parcialmente publicadas. En específico en los artículos «Conflictos entre principios: descripción y crítica de la teoría especificacionista» (García Yzaguirre, 2019), «Exceptuando normas: apuntes para un análisis conceptual» (García Yzaguirre, 2020a), «Normas derrotables como normas compuestas por condiciones contribuyentes» (García Yzaguirre, 2020b), y en «La noción de derrotabilidad en H.L.A. Hart» (García Yzaguirre, 2020c). El contenido de estos textos ha sido, en parte, reformulados y precisados en esta tesis.

CAPÍTULO I
TEORÍAS Y METATEORÍAS SOBRE LA DERROTABILIDAD

The common sense of man approves the judgment mentioned by Puffendorf, that the Bolognian law which enacted, "that whoever drew blood in the streets should be punished with the utmost severity," did not extend to the surgeon who opened the vein of a person that fell down in the street in a fit. The same common sense accepts the ruling, cited by Plowden, that the statute of ist Edward II, which enacts that a prisoner who breaks prison shall be guilty of felony, does not extend to a prisoner who breaks out when the prison is on fire - "for he is not to be hanged because he would not stay to be burnt." And we think that a like common sense will sanction the ruling we make, that the act of Congress which punishes the obstruction or retarding of the passage of the mail, or of its carrier, does not apply to a case of temporary detention of the mail caused by the arrest of the carrier upon an indictment for murder.
- United States v. Kirby

1. Introducción

¿Todas las aproximaciones a la noción de derrotabilidad en la teoría del derecho están afrontando un mismo problema o están refiriéndose a problemas diferentes? Con esta

investigación formularé una respuesta a esta pregunta mediante un análisis metateórico de las diferentes aproximaciones a la noción de derrotabilidad.

Los autores que forman parte del giro derrotabilista del derecho han formulado diferentes aproximaciones a la noción de la derrotabilidad desde diversas formas de entender y estudiar el derecho. Esto ha supuesto una variedad de objetos a los que se les predica el carácter de derrotable, uso de múltiples lenguajes teóricos para expresar las propuestas teóricas y diferentes tipos de discurso (algunos pretenden reconstruir las operaciones y resultados llevadas a cabo por los operadores jurídicos y, en cambio, otros pretenden formular tesis prescriptivas sobre qué deben hacer los operadores jurídicos)[26].

Esta multiplicidad de propuestas ha sido analizada por algunos autores quienes han formulado estudios interesantes y relevantes sobre qué están diciendo los teóricos del derecho al momento de hablar de derrotabilidad. Por un lado, hay quienes han ofrecido elencos de las diferentes propuestas teóricas y, por el otro lado, hay quienes han ofrecido criterios de clasificación a efectos de mostrar los puntos comunes y los divergentes entre las diferentes aproximaciones a la noción de derrotabilidad.

En el presente capítulo pretendo dar cuenta de ambos tipos de estudios, a efectos de poner de relieve los alcances de las discusiones sobre la noción de derrotabilidad y explicitar las diferencias de esta investigación con el resto de estudios metateóricos disponibles sobre la noción de derrotabilidad. Partiré por reconstruir las propuestas de Jaap Hage y Pierluigi Chiassoni quienes han propuesto elencos de aproximaciones a la noción de derrotabilidad[27]. Tras ello, introduciré algunas precisiones a algunas de las

[26] Ferrer y Ratti parecen diferenciar entre un uso propio e impropio del término «derrotabilidad». Es propio en todos aquellos casos en los que se emplea para denotar situaciones de creación de excepciones a normas (excepciones implícitas). Esto supone entender que no podemos enumerar todas las condiciones suficientes de aplicación de la norma. En cambio, es impropio en todos aquellos casos en los que se emplea para denotar una situación en la que se identifica una excepción a una norma a partir de derivaciones de otras normas que forman parte de un mismo sistema normativo. Resulta impropio, pues para este tipo de situaciones los teóricos del derecho ya cuentan con otro conjunto de términos utilizados para referir a este tipo de circunstancias. Ferrer y Ratti, 2012b, p. 15. Considero que en este punto ambos autores tienen razón en considerar que no resulta adecuado multiplicar términos para expresar un mismo concepto. Lejos de aclarar, ello oscurece las explicaciones teóricas. Sobre este punto volveré en el Cap. V luego de analizar el contenido del conjunto de aproximaciones a la noción de derrotabilidad.

[27] Otros elencos son ofrecidos por Araszkiewicz, 2015, pp. 419-20, Poggi, 2018, Sartor, 2016, y Pérez Bermejo, 2009. No reconstruyo el contenido de cada una de estas propuestas, pues su contenido coincide con lo señalado por Hage o Chiassoni.

aproximaciones que estos autores indican y agregaré algunas otras no consideradas en sus elencos.

Culminada dicha labor, reconstruiré y criticare los estudios realizados por María Cristina Redondo, Bartosz Brożek, y Jorge Rodríguez con German Sucar. Cada uno de ellos ha formulado propuestas de clasificación de las diferentes formas de aproximarse a la derrotabilidad a efectos de demostrar, o bien que todas estas comparten un mismo problema, o bien que «derrotabilidad» es un término ambiguo al que se le han atribuido sentidos diferentes que no comparten puntos en común.

Finalmente concluiré el presente capítulo ofreciendo una propuesta de clasificación tomando como punto de partida las diferentes formas de entender la aplicabilidad de las normas. Sostendré que las diferentes aproximaciones a la noción de derrotabilidad en la teoría del derecho o bien dan cuenta de un cambio de aplicación interna, o bien dan cuenta de una pérdida de aplicabilidad externa (el juez deja de tener el deber de usar la norma en la justificación de sus decisiones).

2. Elenco de propuestas sobre la noción de derrotabilidad

2.1. El elenco de Jaap Hage

Jaap Hage ha propuesto un elenco de sentidos disponibles del término «derrotabilidad» identificados. Para elaborar esta lista, partió del presupuesto metateórico de que no hay un problema común de la derrotabilidad, sino que disponemos de diversos conceptos que dan cuenta de diferentes problemas en distintos contextos de discusión.

A efectos de ordenar los sentidos que ha identificado, este autor ha construido su elenco a partir del objeto del que se predica su derrota. Hage ha identificado los siguientes sentidos: i) derrotabilidad ontológica; ii) derrotabilidad conceptual; iii) derrotabilidad

epistémica; iv) derrotabilidad de la justificación; y v) derrotabilidad lógica. Veamos cada uno de ellos.

i. Derrotabilidad ontológica

Hage considera que, a partir de las ideas de Hart expuestas en *The Ascription of Responsibility and Rights*[28], se puede identificar lo que denomina derrotabilidad ontológica, la cual predica el carácter derrotable de los hechos. El punto que le interesa de dicho texto es la idea de que una persona, en el marco de un proceso de toma de decisiones jurídicas, puede haber satisfecho las condiciones de aplicación de un concepto, pero que ello no garantiza su aplibilidad. Ello debido a que la parte demandada puede incorporar nuevas proposiciones sobre hechos que, si son tomadas en cuenta, impiden la aplicabilidad del concepto. A partir de esta idea, Hage considera que Hart estaría predicando la derrota de los hechos.

Veamos un ejemplo en aras de clarificar: supongamos que estamos frente a un supuesto en el que una persona demanda a otra acusándola de haberla lesionado (le imputa el haber cometido el delito de lesiones). En un contexto de litigio, este se inicia por quien alega que hubo una agresión física por la parte denunciada. Si la denunciada invoca (y tiene éxito) que tal acto se realizó por legítima defensa, la pretensión fracasa, lo que supone que el concepto de lesiones no es aplicable al caso: se ha derrotado la pretensión.

Además de la inaplicación, ¿cuál es el efecto de derrotar? Para Hage hasta el momento de la derrota teníamos un caso de lesiones, tras la derrota lo que el aplicador del derecho ejecuta es una modificación del conjunto de hechos relevantes sobre los cuales tiene que realizar una calificación normativa. En otros términos, lo que se genera es una modificación retroactiva de los hechos, operación que Hage denomina derrotabilidad ontológica[29].

La forma de presentar este sentido de derrotabilidad por parte de Hage no es clara, por lo que voy a formular algunas precisiones. Los hechos no son modificables, ellos son eventos que ocurrieron y que pueden ser descritos de diversas formas. Las personas no

[28] Hart, 1948-1949.
[29] Hage, 2003, p. 223, Hage, 2005, p. 9.

tienen la capacidad de cambiar el pasado, pero si la forma en que son descritos. A efectos de ser caritativo con Hage creo que la derrotabilidad ontológica es mejor entendida, siguiendo la propuesta de Chiassoni, como la variabilidad de los enunciados descriptivos de los hechos [30]. Ahora bien, esto solo nos soluciona el problema de una etiqueta poco afortunada, veamos el contenido de la idea expresada.

En este punto cabe resaltar que no cualquier descripción de los hechos es jurídicamente relevante, sólo lo es aquella recogida por el antecedente de alguna norma que forme parte del sistema jurídico (es decir, describimos hechos a efectos de verificar propiedades previstas en el antecedente de una norma jurídica). En este sentido, variar enunciados descriptivos de hechos puede ser leído de dos formas: o bien la descripción formulada por una parte era falsa (en el sentido de que no se corresponde los hechos ocurridos), o bien la descripción era imprecisa, de manera que al derrotar una descripción de un hecho damos cuenta de que no estamos frente a un caso subsumible en una norma.

El primer sentido no requiere de una innovación conceptual en la caja de herramientas lingüísticas de los teóricos para poder dar cuenta de ello. El segundo sentido tiene una de las siguientes dificultades: se sobrepone, en parte, en la derrotabilidad conceptual (que será vista en el siguiente punto) o está dando cuenta de un problema del lenguaje natural.

En relación al primer problema la derrotabilidad ontológica, así entendida, no estaría diciendo algo diferente a la derrotabilidad conceptual. Ambas señalan que, si disponemos de un enunciado descriptivo más preciso en el que se da cuenta de la existencia de una condición negativa, entonces no se aplica un determinado consecuente (un concepto, por ejemplo). En cuanto al segundo problema, una descripción imprecisa puede generarse debido a que las propiedades del antecedente padecen de indeterminación respecto al objeto al que refieren, sea por problemas de ambigüedad o por vaguedad[31], de forma que la imprecisión se resuelve al precisar el contenido de la norma.

[30] Otra forma de ser caritativo con el autor es considerar que está presuponiendo una tesis teórica sobre cómo entender los hechos del pasado. En este sentido, variar la descripción de un hecho (y por ende, de un relato) podría ser entendido como parte de una reconstrucción teórica que entiende tal proceso como una forma de realizar cambios retroactivos de nuestras premisas fácticas, es decir, una variación ontológica de eventos ocurridos. Esto requeriría, para ser adecuado, de una teoría sobre la ontología que permita la revisión de hechos del pasado, la cual es no explicitada por el autor ni hace referencia a ella.
[31] En relación con este punto Rodríguez y Sucar, 2003, p. 133.

ii. Derrotabilidad conceptual

Hage señala que Hart propuso que los conceptos están compuestos por dos tipos de condiciones: i) condiciones positivas para la aplicación de un concepto; y ii) condiciones negativas o derrotantes que, de verificarse en un caso individual, generan la inaplicación del concepto. Las negativas, cabe precisar, deben ser invocadas por un sujeto, su mera ocurrencia no es suficiente.

A partir de esta propuesta, Hage considera que hay un sentido específico de derrotabilidad construido a partir de cómo estructuramos los conceptos y la operatividad de cada uno de sus componentes. A la forma en cómo operan estas condiciones negativas que derrotan la aplicación de los conceptos, este autor la llama derrotabilidad conceptual[32]. Este efecto de derrota, sobre el cual profundizaré en el Cap. III, refiere a que las condiciones negativas se oponen a las positivas, es decir, de comprobarse en un caso individual estas hacen inaplicables a las positivas[33].

iii. Derrotabilidad epistémica

Hage identifica un sentido de derrotabilidad que se predica del conjunto de creencias una persona. El autor parte de la premisa de que nuestras creencias pueden ser revisadas, es decir, pueden cambiar. Esta revisión puede generarse de manera espontánea (por haber olvidado o recordado algo, por ejemplo) o por haber aceptado nuevas creencias o rechazado viejas creencias a partir de reevaluaciones o por nueva información recibida.

Las tesis que predican la variación de creencias por otras, señala Hage, se clasifican en lo que él llama derrotabilidad epistémica[34]. Sin perjuicio de la rentabilidad explicativa que estas ideas puedan ofrecer, dicho autor considera que solo refieren a un fenómeno psicológico que incide de manera indirecta en el razonamiento o en la lógica.

[32] Hage, 2003, p. 223, Hage, 2005, p. 10.
[33] Por ejemplo, en el caso de lesiones opera como condición de aplicación la verificación de una agresión física y opera como una condición negativa o derrotante que se verifique un supuesto de legítima defensa.
[34] Cabe resaltar que Hage en este punto, a pesar de formular la categoría clasificatoria, el considera que este sentido es poco interesante dado que podemos ocupar el término «revisabilidad» para dar cuenta de este concepto. Hage, 2003, p. 223, Hage, 2005, p. 10.

iv. Derrotabilidad de la justificación

Hage identifica un sentido de la derrotabilidad a partir de las inferencias que construimos sobre nuestras creencias[35]. Por derrotabilidad de la justificación refiere a una tesis sobre la derrotabilidad que pone atención a la pérdida de justificación de nuestras creencias como forma de comprender el razonamiento jurídico[36]. Se parte de la premisa de que tenemos creencias que se encuentran justificadas en otras creencias, es decir, se acepta una determinada creencia si uno acepta todas las creencias contenidas en un conjunto de creencias.

Cuando cambiamos de conjunto de creencias, las creencias que se sostenían de estas puede que no sigan estando justificadas. Estamos ante un supuesto en el que unas nuevas creencias socavan viejas creencias, en el sentido de que las segundas despojan de justificación a las primeras. Hage llama al cambio de creencias que socava a otras creencias derrotabilidad de la justificación[37].

v. Derrotabilidad lógica

Hage identifica un grupo de sentidos en los que la derrotabilidad se predica respecto de la estructura formal de las normas. En atención a ello, llama derrotabilidad lógica a todas aquellas propuestas sobre la derrotabilidad que tienen como objeto la representación de la estructura de las normas (o bien por la manera de presentar las formalizaciones de normas, o bien por emplear una lógica deóntica que no admite el refuerzo del antecedente y el *modus ponens*[38]). En este sentido, refiere a las propuestas teóricas que, desde una perspectiva lógica, dan cuenta de que no se de el consecuente a pesar de haberse

[35] Sobre este punto volveré con mayor profundidad en Cap. III.4,4.1,4.1.3. Cabe precisar que en este punto el autor pasa del plano metateórico al teórico (de describir a teóricos del derecho a teorizar sobre qué es la derrotabilidad). Sin perjuicio de ello, emplearé su postura (y autoclasificación como categoría) para nombrar a otros autores que coincidan con él.
[36] Hage, 2003, p. 224.
[37] Hage, 2003, p. 224, Hage, 2005, p. 11.
[38] La ley del refuerzo del antecedente refiere a que «si una proposición p implica a otra proposición q, entonces la implicación ha de mantenerse cuando se añaden otras proposiciones al antecedente del condicional». Navarro y Rodríguez, 2000, p. 62 Al respecto, cabe resaltar que, siguiendo a Rodríguez, aceptar el *modus ponens* implica aceptar el refuerzo del antecedente y, por ende, rechazar el refuerzo del antecedente lleva a rechazar el *modus ponens*. Rodríguez, 2012a, p. 97. Sobre este punto profundizaré en Cap. III.4.

satisfecho las condiciones de aplicación (debido a que estas operan solo como condiciones necesarias y no suficientes para el consecuente)[39].

2.2. El elenco de Pierluigi Chiassoni

Pierluigi Chiassoni ha realizado un elenco de los sentidos de derrotabilidad a partir de los objetos sobre los cuales se predica que son derrotables[40]. Dicho autor ha ordenado la discusión sobre la derrotabilidad en: i) derrotabilidad de hechos; ii) derrotabilidad de creencias; iii) derrotabilidad de conceptos; iv) derrotabilidad de las formulaciones normativas; v) derrotabilidad de interpretaciones; vi) derrotabilidad de razonamientos jurídicos; vii) derrotabilidad de conclusiones; viii) derrotabilidad de los negocios jurídicos, situaciones de derecho subjetivo y demandas; y ix) derrotabilidad de normas. Veamos cada una de estas:

i. Derrotabilidad de hechos

La derrotabilidad ha sido predicada de los hechos alegados por las partes en un litigio judicializado. De manera precisa, refieren al cambio retroactivo que tenemos de las premisas fácticas (no sobre nuestras creencias, sino a una modificación ontológica de los eventos ocurridos)[41].

Chiassoni no considera adecuado entender esta aproximación de forma literal (la cual he dado cuenta al momento de hablar de derrotabilidad ontológica según Jaap Hage líneas atrás), sino que ha de ser entendida de manera metafórica para dar cuenta de otro tipo de actividades. Propone entender este sentido de derrotabilidad como un predicado sobre las descripciones de los hechos formulados por las partes en un proceso judicial. De esta forma, la derrotabilidad de hechos refiere a la falsabilidad de las descripciones de los

[39] Hage, 2003, p. 226. Hage, 2005, p. 14.
[40] Esta propuesta está contenida en Chiassoni, 2012a y 2012b.
[41] Chiassoni, 2012b, p. 277.

hechos relevantes contenidos en la demanda o en la contestación de la demanda a la luz de nueva evidencia[42].

ii. Derrotabilidad de creencias

Según Chiassoni, algunos teóricos del derecho han predicado la derrotabilidad de las creencias sobre la calificación jurídica de una acción. Sostienen que tales creencias son susceptibles de revisión, es decir, a partir de información adicional tales creencias sobre calificaciones jurídicas de acciones pueden ser modificadas siendo posible que varíe nuestra conclusión respecto a si una acción está prohibida, permitida, facultada u obligada[43]. Este conjunto de propuestas da cuenta de una derrotabilidad de segundo orden, en tanto no se predica de la derrotabilidad de una norma jurídica, sino respecto de las creencias que hay sobre su contenido (sobre las propiedades que componen su antecedente)[44].

iii. Derrotabilidad de conceptos

Chiassoni ha identificado un conjunto de posiciones que predican la derrotabilidad de los conceptos jurídicos. La idea general de estas tesis es que los conceptos no son susceptibles de ser definidos mediante un conjunto de propiedades necesarias y suficientes.

De acuerdo con estos sentidos de derrotabilidad, los conceptos están compuestos por un conjunto de propiedades dentro de las cuales debemos diferenciar entre propiedades positivas (establecen condiciones necesarias y normalmente suficientes de aplicación de un concepto a cualquier caso individual) y propiedades negativas (aquellas que hacen inaplicable el uso del concepto en un caso). De esta forma, para que un concepto se aplique a un caso individual (señalar que este es una ejemplificación del concepto) tienen que darse las propiedades positivas y ninguna de las negativas. Si se da una condición negativa, esta excluye la aplicación del concepto. En este sentido, la derrotabilidad de los conceptos da cuenta de que: i) un concepto se aplica siempre que no esté presente en el caso un rasgo subsumible en una condición negativa del antecedente; y ii) no podemos

[42] Chiassoni, 2012a, p. 163.
[43] Chiassoni, 2012b, p. 279.
[44] Chiassoni, 2012a, p. 164.

hacer una lista exhaustiva de todas las condiciones negativas de manera *ex ante* a la aplicación del concepto[45].

iv. Derrotabilidad de las formulaciones normativas

El autor identifica sentidos de derrotabilidad que se predican de las formulaciones normativas (enunciado lingüístico que se emplea para expresar las normas). Esta expresión, sostiene Chiassoni, no puede entenderse como que la sintaxis de las normas sea derrotable, sino que puede ser entendida de una de las dos siguientes formas:

a. Derrotabilidad de normas literales

Podemos entender formulaciones normativas derrotables como normas literales (normas obtenidas empleando técnicas interpretativas que atribuyen el significado literal de las palabras). De esta forma, lo que estarían diciendo es que las interpretaciones literales de las disposiciones son derrotables. En otros términos, se considera que la interpretación literal no ofrece, por sí misma, condiciones necesarias y suficientes que garanticen el consecuente.

Este sentido de derrotabilidad se puede dar, a su vez, en dos escenarios. Bajo el primero, se asume que las lecturas literales son susceptibles de modificación por actos de reinterpretación. Por ejemplo, a partir de una lectura intencionalista o teleológica de la disposición, de lo que se sigue que la norma sea sustituida por otra norma.

Bajo la segunda, las lecturas literales son susceptibles de ser modificadas a partir del mandato de otra norma del mismo sistema. Este es el escenario de la sustitución de una norma literal explícita por otra norma, la cual es resultado de haber interpretado la norma literal con fragmentos de otras normas del sistema[46]. Conforme veremos en breve, tanto el primer como el segundo escenario son manifestaciones de la derrotabilidad de las interpretaciones.

b. Derrotabilidad como directiva interpretativa

[45] Chiassoni, 2012b, p. 287, Chiassoni, 2012a, p. 164.
[46] Chiassoni, 2012b, pp. 288-289.

Podemos entender «formulaciones normativas derrotables» a manera de directiva interpretativa. De esta manera se da cuenta de una prescripción de considerar que toda interpretación de una determinada disposición debe ser tratada como derrotable. En otros términos, se está expresando la preferencia interpretativa de considerar que las interpretaciones que hagamos de los enunciados tendrán la propiedad disposicional de ser derrotables[47].

v. Derrotabilidad de las interpretaciones

El autor identifica sentidos de la derrotabilidad que se predican de las interpretaciones. Ello tanto de la interpretación entendida como actividad, como de la interpretación entendida como producto.

La derrotabilidad de la interpretación como actividad se refiere a la estructura del proceso interpretativo. Se identifican formulaciones normativas (estructuras sintácticas) sobre las cuales se aplican técnicas interpretativas para formular interpretaciones (para generar interpretaciones entendidas como producto). Este proceso mental está compuesto por una primera interpretación y culmina con una interpretación final, en el intermedio hay diversas interpretaciones provisorias que son modificadas conforme nueva información es añadida. Esta provisionalidad y susceptibilidad de las interpretaciones a ser descartadas es entendida como un rasgo derrotable de la actividad de interpretar.

La derrotabilidad de la interpretación entendida como producto se refiere a que los resultados de las actividades interpretativas son, a su vez, susceptibles de ser revisados o abandonados en caso que surja nueva información que despoje del carácter de correcta a la norma formulada[48]. El primer sentido y el segundo, como vemos, están vinculados de manera que no hay interpretación producto «final» o irrevisable que genere preclusión de la interpretación como actividad.

vi. Derrotabilidad de los razonamientos jurídicos

[47] Chiassoni, 2012b, pp. 287-291.
[48] Chiassoni, 2012b, pp. 292-295. Este sentido de derrotabilidad, a la vez, está conectado con la derrotabilidad de las creencias y, como veremos ahora, con la derrotabilidad de las normas.

Chiassoni identifica sentidos de la derrotabilidad que se predican de razonamientos. Este punto puede ser entendido de dos maneras:

a. Derrotabilidad de razonamientos jurídicos entendidos como procesos psicológicos

Se refiere a que el razonamiento jurídico es derrotable en cuanto a forma de razonar humana. En este sentido, cada razonamiento (como proceso mental) es derrotable, por cuanto está compuesto (por definición) de resultados provisorios, los cuales ante nueva información son susceptibles de ser modificados o abandonados.

b. Derrotabilidad de razonamientos jurídicos entendidos como procesos lógicos

Se refiere a que el razonamiento jurídico es derrotable debido a un rasgo de la forma de construir inferencias en el derecho. En este sentido, aborda la forma en que debemos representar nuestros esquemas de inferencias, si hemos de hacerlo empleando lógicas clásicas o lógicas no monotónicas[49].

vii. Derrotabilidad de las conclusiones

El autor identifica que hay sentidos de la derrotabilidad que se predican de las conclusiones jurídicas (de un razonamiento jurídico). Estas propuestas se fundan en tres posibilidades: i) consideran que la mejor forma de representar el razonamiento jurídico es mediante lógicas no monotónicas, de tal manera que las inferencias que se obtengan de este reflejan el carácter derrotable de los procesos empleados para razonar jurídicamente (las conclusiones se apoyan sobre cierto conjunto de información, en caso de que este conjunto sea ampliado con más información, la conclusión se ve derrotada); ii) las afirmaciones de cada parte son conclusiones intermedias que son susceptibles de ser dejadas de lado ante la evidencia aportada por la parte rival (resultado de las reglas de distribución de la carga de la prueba); iii) por variación de las teorías sobre las cuales se

[49] Chiassoni, 2012b, pp. 296-298.

derivan las conclusiones. Teorías entendidas como forma de explicar y sistematizar la información disponible, de manera que hay diversas teorías que explican lo mismo que compiten entre sí para ser las más adecuadas para reflejar y explicar con precisión el fenómeno. Cualquier cambio en estas, conlleva que se de soporte a conclusiones opuestas a las que se tenía[50].

viii. Derrotabilidad de los negocios jurídicos, situaciones de derecho subjetivo y demandas

Chiassoni identifica sentidos de la derrotabilidad que se predican de los negocios jurídicos (contratos, testamentos, y otros actos jurídicos), situaciones de derecho subjetivo (posición jurídica que posee una persona en una relación jurídica de derecho subjetivo) o demandas (pretensiones llevadas a litigio). Todas ellas están vinculadas en cuanto a que son susceptibles de convertirse en no aplicables ante determinadas circunstancias.

Los negocios jurídicos y las posiciones jurídicas son derrotables debido a que las normas que los prevén son derrotables, ya que poseen propiedades negativas de aplicación. Esta misma situación es predicable de las demandas, en el sentido de que esta contiene una pretensión de una norma, la cual, si es derrotable, entonces al derrotar la norma también derrotó la pretensión[51].

ix. Derrotabilidad de las normas

Dentro de esta categoría se pueden englobar diversos sentidos de norma derrotable. El punto a abordar por Chiassoni se refiere a que las normas funcionan como condicionales derrotables, esto es, normas cuyas consecuencias jurídicas están sujetas a excepciones implícitas.

Los sentidos de derrotabilidad de las normas, señala el autor, parten por considerar que el antecedente de las normas está compuesto por un cúmulo de condiciones positivas y negativas de aplicación (replican, en cierta forma, el esquema de análisis empleado en la derrotabilidad conceptual de Hart). A partir de ello, se sostiene que la derrotabilidad no

[50] Chiassoni, 2012b, pp. 299.
[51] Chiassoni, 2012b, pp. 300-302.

se predica de todos los elementos estructurales de la norma, sino solo de las consecuencias jurídicas vinculadas a la satisfacción de las condiciones positivas. Las condiciones negativas, en este sentido, pueden ser tratadas de manera abierta o cerrada, en relación con la incorporación de nuevas propiedades (si poseen o no un elenco indeterminable o determinado de excepciones).

Este autor identifica dos sentidos de la noción de derrotabilidad de normas vinculados entre sí: derrotabilidad como rasgo de la estructura de las normas y derrotabilidad por tipo de normas[52]. Cada posibilidad incide en la forma de conceptualizar los diversos sentidos de norma derrotable.

En cuanto a la derrotabilidad como rasgo de la estructura de las normas, señala que las condiciones de aplicación de una norma pueden ser previstas como un conjunto cerrado (antecedente clausurado) o conjunto abierto (antecedente no clausurado)[53]. Esto supone diferenciar entre normas derrotables cerradas o abiertas.

Dentro de la categoría «normas derrotables cerradas» el autor engloba a todos aquellos sentidos de derrotabilidad de las normas que consideran que es posible identificar el conjunto cerrado de las condiciones negativas de aplicación de las normas. Esto es, las excepciones pueden ser listadas de forma abstracta, *ex ante* a cualquier situación de aplicación.

Chiassoni precisa que la identificación y formulación exhaustiva de estas condiciones negativas de aplicación son actividades interpretativas. Conforme a lo visto en líneas anteriores, esto implica: i) identificar el conjunto de disposiciones a ser interpretadas; e ii) interpretar las disposiciones en función a técnicas interpretativas a efectos de obtener normas explícitas e implícitas.

El resultado de este proceso interpretativo nos da normas cuyo impacto puede ser analizado desde una aproximación sincrónica o diacrónica. En una aproximación sincrónica, apunta a las modificaciones que se pueden realizar por un cambio en las disposiciones a interpretar o en las técnicas interpretativas empleadas (el efecto de tener

[52] Chiassoni, 2012b, p. 318.
[53] Chiassoni, 2012b, p. 320.

un sistema compuesto por nuevas normas y de sus normas derivadas). En cambio, en una aproximación diacrónica, refiere a que se incluyan nuevos enunciados en la selección de disposiciones a interpretar, lo cual podrá conllevar nuevas condiciones de la norma. Tanto la aproximación sincrónica como la diacrónica están en función a las opciones axiológicas y metodológicas de los intérpretes[54].

De esta manera, una norma «es *derrotable cerrada* si, y sólo si, en relación con *cualquier* conjunto de *factores interpretativos* que los intérpretes pueden seleccionar y usar en un momento tal norma resulta sujeta a *un conjunto exhaustivo* de *condiciones negativas* de aplicación (relativamente) *específicas*»[55]. Por «factores interpretativos» refiere al conjunto de disposiciones a interpretar, directivas de interpretación y datos indicados por las directivas como necesarias para realizar la operación de interpretación[56].

Dentro de la categoría «normas derrotables abiertas» el autor engloba a todos aquellos sentidos de derrotabilidad de normas que consideran que no es posible identificar el conjunto complejo de las condiciones negativas de aplicación de las normas. Esto es, las excepciones no pueden ser listadas de manera previa y de forma exhaustiva al momento de solucionar un caso individual. En efecto, la inclusión de nuevas condiciones negativas es realizada por los órganos de aplicación del derecho en función a las controversias que resuelven. En otros términos, el juzgador posee un margen de discrecionalidad para poder crear nuevas condiciones negativas de aplicación[57].

Dicho poder de creación del derecho, precisa Chiassoni, puede ser entendido de dos maneras: en primer lugar, como un poder discrecional para-legislativo, es decir, capaz de incorporar nuevas condiciones negativas sin la obligación de motivar sus actos. En segundo lugar, como un poder discrecional vinculado, es decir, sujeto al deber de motivación (las normas derrotables abiertas, en este caso, pasarían a ser normas derrotables cerradas *pro tanto*, esto es, salvo que exista una razón con mayor peso para incorporar una nueva condición).

[54] Chiassoni, 2012b, pp. 306-309.
[55] Chiassoni, 2012b, p. 309. La cursiva es de origen.
[56] Chiassoni, 2012b, p. 309.
[57] Chiassoni, 2012b, p. 311.

En cuanto a la imprevisibilidad de las condiciones negativas, Chiassoni distingue entre: i) imprevisibilidad en sentido débil, es decir, que los aplicadores del derecho pueden identificar de manera previa y de forma exhaustiva las condiciones negativas que podrían ser añadidas a una norma derrotable abierta, pero no pueden prever cuál de estas será añadida; y ii) imprevisibilidad en sentido fuerte, es decir, que los aplicadores del derecho no pueden identificar de manera previa y de forma exhaustiva las condiciones negativas que podrían ser añadidas a una norma derrotable abierta[58].

En relación con el segundo sentido de norma derrotable, esto es derrotabilidad según el tipo de norma, Chiassoni distingue sentidos de la derrotabilidad predicados de normas explícitas e implícitas. Por «norma explícita» entienden todos aquellos significados de las formulaciones normativas y por «norma implícita» refiere a todos aquellos significados obtenidos mediante el empleo de la lógica y/o de las técnicas argumentativas aplicadas a las normas explícitas y/o a otras normas implícitas ya identificadas[59].

De esta forma, por «derrotabilidad explícita» refiere a que una norma prevea en su antecedente sus condiciones negativas de aplicación. En otros términos, refiere a que una norma explícita haya sido creada considerando todas las condiciones negativas que puedan ser interpretadas (empleando métodos de interpretación textual) a partir del texto de las formulaciones normativas.

En cambio, con «derrotabilidad implícita» refiere a que la aplicación de una norma expresa sea impedida a causa de una condición negativa no formulada en el antecedente. En otros términos, refiere a que una norma explícita pueda incorporársele una condición negativa, la cual no puede ser obtenida a partir del empleo de técnicas de interpretación textual, sino que son creadas a partir de otras normas del sistema[60].

A partir de estas premisas teóricas Chiassoni considera que una norma es derrotable siempre que sus consecuencias jurídicas vinculadas a las condiciones positivas del antecedente están, además, sujetas a condiciones negativas de aplicación. A partir de esta

[58] Chiassoni, 2012b, p. 313.
[59] Chiassoni, 2012b, p. 320.
[60] Chiassoni, 2012b, pp. 318-321.

definición general realiza las siguientes distinciones de los posibles sentidos de derrotabilidad de norma[61]:

a. Norma explícitamente derrotable

La derrotabilidad refiere a que las condiciones negativas de la norma son explícitas. Esto quiere decir que fueron creadas a partir de técnicas de interpretación textual aplicadas a la formulación normativa (sea el texto creado por una autoridad legislativa, jurisdiccional o de origen consuetudinario).

b. Norma implícitamente derrotable

La derrotabilidad refiere a que las condiciones negativas de la norma son implícitas. Esto quiere decir que fueron creadas a partir de otras normas del mismo sistema jurídico.

c. Norma derrotable cerrada

La derrotabilidad refiere a que, en relación con cualquier conjunto de factores interpretativos (esto es: i) disposiciones a interpretar; ii) directivas de interpretación; y iii) datos indicados por las directivas como necesarias para realizar la operación de interpretación), los intérpretes seleccionan y usan en un determinado espacio-tiempo un conjunto exhaustivo de condiciones negativas.

Las normas derrotables cerradas pueden ser entendidas, además, de dos maneras:

1. Cerrada simple: se considera que con todos los conjuntos de factores interpretativos solo se puede crear un solo conjunto de condiciones exhaustivas de aplicación (identificadas de manera abstracta y que son completas e irrevisables).

2. Cerrada alternativa: se considera que, a partir de los conjuntos de factores interpretativos, se pueden crear una pluralidad de conjuntos de condiciones de

[61] Chiassoni, 2012b, pp. 327-331.

aplicación (diversos y alternativos entre ellos), pero todos compuestos por un cúmulo de propiedades exhaustivas, completas e irrevisables.

d. Norma derrotable abierta

La derrotabilidad refiere a que las condiciones negativas de la norma no pueden ser identificadas de manera exhaustiva y de manera previa. De forma más precisa, apunta a que los aplicadores del derecho están autorizados para incorporar nuevas condiciones negativas. Esto puede ser entendido de dos maneras: i) abierta para-legislativa (la inclusión de una nueva condición negativa al conjunto abierto de condiciones negativas de la norma es un acto de creación del derecho que no requiere motivación específica); y ii) abierta vinculada (la inclusión de una nueva condición negativa al conjunto abierto de condiciones negativas de la norma es un acto de creación del derecho que requiere motivación).

2.3. Aproximaciones adicionales

Si bien las propuestas de Jaap Hage y de Pierluigi Chiassoni retratan con bastante claridad el alcance de las discusiones actuales sobre la noción de derrotabilidad, es oportuno formular, a efectos de presentar este punto con mayor detalle, introducir algunas variantes relevantes de algunas de las aproximaciones contenidas en estos elencos, y agregar otras aproximaciones a la noción de derrotabilidad adicionales.

Al respecto, procederé a presentar (brevísimamente) las siguientes aproximaciones: i) derrotabilidad de las pretensiones; ii) derrotabilidad de los argumentos; iii) derrotabilidad de la estructura condicional; y iv) derrotabilidad como creación de excepciones.

i. Derrotabilidad de las pretensiones

Para un grupo de teóricos del derecho la noción de derrotabilidad esclarece la operación por la cual una pretensión es desestimada por haberse probado, dentro de un proceso jurisdiccional, la concurrencia de una excepción explícita o implícita. Para ello, sostienen,

tanto la desestimación de la demanda como la identificación de excepciones (explícitas e implícitas) se explica a partir de cómo está distribuida la carga de la prueba.

Un ejemplo reciente de este este tipo de propuestas lo ofrece Luis Duarte D'Almeida[62]. Este autor parte por realizar dos distinciones relevantes para entender la estructura de los antecedentes. En primer lugar, diferencia entre circunstancias positivas y negativas: i) circunstancia positiva refiere a la descripción de la ocurrencia de ciertos eventos; en cambio ii) circunstancia negativa refiere a la descripción de la no ocurrencia de ciertos eventos. En segundo lugar, diferencia entre P-*Facts* y D-*Facts*: i) P-*Facts* refiere a la conjunción de todas aquellas circunstancias (positivas o negativas) que, de ser probadas, hacen que una determinada decisión a favor del demandante se considere justificada; en cambio ii) D-*Facts* refiere a la disyunción excluyente de circunstancias (positivas o negativas) que, de ser probadas, son suficientes para prevenir que la decisión a favor del demandante esté justificada[63].

En un caso, por ejemplo, lo que necesita el demandante para que se decida, justificadamente, a favor suyo es ofrecer la prueba de todos los P-*Facts*, sean estas circunstancias de tipo positivo o negativo. Pero si el demandado logra probar un D-*Fact*, entonces estará justificado decidir a favor del demandado (esto es, desestimar la demanda). Con estas distinciones lo que pretende Duarte es hacer una clasificación de los componentes del antecedente de las normas a efectos de entender qué es una excepción. En este sentido, las excepciones son entendidas como aquellas propiedades que, de ser probadas por el demandado dentro de un proceso, entonces no la norma alegada por el demandante deja de ser aplicable al caso individual discutido en el proceso[64].

Desde esta aproximación, como podemos ver, la identificación de las excepciones está vinculada con la forma en que está distribuida la carga de la prueba en procesos de toma de decisiones jurídicas. No es un problema de contenido conceptual de los términos empleados, del tipo de inferencia ni de las condiciones del antecedente, sino de cómo están diseñadas las reglas que generan cargas de probar. En este sentido, derrotabilidad

[62] Duarte, 2015, pp. 47-183.
[63] Duarte, 2015, p. 17.
[64] Duarte, 2015, pp. 52-54.

alude a la prueba de un D en un caso concreto que conlleva desestimar la pretensión del demandante.

ii. Derrotabilidad de los argumentos

Giovanni Sartor[65] ha propuesto que los argumentos son derrotables, esto es, que su aplicabilidad no es suficiente para que sean adoptados como razones justificativas de una decisión. Paso a precisar el punto.

Predicar que un argumento es derrotable quiere decir que alguno o algunos contraargumentos refutan sus conclusiones o debilitan el vínculo entre las premisas y la conclusión. En extrema síntesis, por argumento se entiende una conclusión formulada a partir de unas premisas y empleando un tipo de inferencia (lógica o no lógica). Frente a un argumento, la parte oponente puede formular contraargumentos que lo derrote como resultado de haber atacado o bien la conclusión, o bien las premisas. De manera más precisa, una contraargumentación exitosa (derrotante) puede tener dos posibles efectos[66]:

1. Debilitar (*undercutting*): el contraargumento ataca la relación entre las premisas y la conclusión, con el efecto de que el aplicador del derecho considere que las premisas del argumento son irrelevantes o inútiles para justificar la conclusión. De manera más precisa (y asumiendo reglas de inferencia lógicas), la contraargumentación demuestra que la conclusión no puede ser derivada del conjunto de premisas debido a que, por lo menos una de las premisas, es falsa, irrelevante, está prohibido su uso en el proceso u otras.
2. Refutar (*rebutting*): el contraargumento ataca la conclusión, con el efecto de que el aplicador del derecho desestime el argumento. En términos más precisos, la contraargumentación o bien demuestra la conclusión es incorrecta (incorpora una nueva premisa que conlleva tener que cambiar de conclusión), o bien ofrece una conclusión alternativa y razones suficientes para preferirla.

[65] Sartor, 2018. Ver, además, Grossi y Rotolo, 2016, pp. 749-50.
[66] Sartor, 2018, pp. 324 y ss. Sartor, 2006, p. 10. Prakken y Sartor, 2006, p. 23. Sobre este mismo punto ver Arosena, Hage, y Waltermann, 2020, p. 26, Bagnoli, 2018, pp. 2856-57. Koons, 2017, Pollock, 1986, p. 511. Duarte, 2009, pp. 172-74.

En términos normativos, una contraargumentación que tiene por efecto debilitar es una manera de expresar el acto de eliminar (por lo menos una) razones que justifican la aplicación de una norma. En cambio, una contraargumentación que tiene por efecto refutar es una manera de presentar hay razones para aplicar la regla, pero estas razones están superadas por razones que justifican la aplicación de otra norma.

La derrotabilidad de los argumentos tiene como consecuencia que el razonamiento jurídico sea derrotable. Este punto puede ser entendido, conforme a estos autores, de tres maneras:

1. Inferencias son derrotables: el razonamiento está compuesto por una serie de inferencias que compiten entre sí para resolver el caso concreto. Desde esta aproximación, toda inferencia que sea más débil que la de sus competidores es derrotada, lo que conlleva que conclusiones sean descartadas. En cambio, las conclusiones de las inferencias más fuertes son aplicadas, hasta que sean derrotadas[67]. En otros términos, la derrotabilidad alude al descarte de una afirmación en el contexto de una disputa argumentativa.
2. Derrotabilidad procedimental: el razonamiento está estructurado para organizar las participaciones de un proponente de un argumento (demandante) y de un contraargumento (demandado) en el marco de un proceso de toma de decisiones. La parte demandante inicia el razonamiento presentando un argumento, el cual es contraargumentado por la parte demandada. Frente a este contraargumento la parte demandante presenta argumentos en contra y así sucesivamente (tantas veces como las reglas del proceso lo permitan). De esta forma, el razonamiento es derrotable en el sentido de que regula cómo los argumentos pueden ser derrotados.
3. Derrotabilidad de teorías: partes enfrentadas en un caso esgrimen versiones distintas entre sí sobre cómo calificar ciertos hechos controvertidos[68]. Cada parte desarrolla una teoría del caso, es decir, una propuesta de descripción de lo sucedido a efectos de que se aplique (o evitar que se aplique si es demandando), una determinada norma jurídica. Es en este sentido, el razonamiento jurídico es entendido como un intercambio dialéctico de teorías competitivas, cada una de

[67] Prakken y Sartor, 2004, p. 7.
[68] Prakken y Sartor, 2004, p. 13.

estas apoyando conclusiones opuestas entre sí para el caso. La teoría más débil es derrotada por la más fuerte.

iii. Derrotabilidad de la estructura condicional

Dentro de los estudios sobre la lógica deóntica un grupo de autores propuso una teoría de los condicionales derrotables. De acuerdo con esta, las normas condicionales están estructuradas de tal forma que ante circunstancias no expresadas en el antecedente, puede ser el caso que no se siga el consecuente. De manera más precisa, son normas estructuradas a efectos de dar cuenta de: i) no validar del refuerzo del antecedente; y ii) no emplear el *modus ponens* como regla de inferencia. De ambos rechazos se sigue negar la posibilidad de representar normas jurídicas a través del uso de la lógica deóntica monotónica.

Si opera el refuerzo del antecedente, entonces la norma (p->Oq) se mantendría a pesar de que se de el caso de (p.r). La noción de norma condicional derrotable refiere a aquellos supuestos en los cuales en caso de (p.r) no se sigue, necesariamente, Oq. A efectos de representar las normas condicionales derrotables, ello ha sido expresado o bien debilitando el antecedente, o bien debilitando la conectiva que vincula el antecedente con el consecuente. Al respecto, la literatura especializada nos ofrece tres posibilidades:

1. [(p…)->Oq] que expresa un antecedente debilitado. Esta representación formal da cuenta de entender que el antecedente no está compuesto por condiciones suficientes para el consecuente.
2. (p>Oq) que expresa una conectiva debilitada (denominada el *corner*). Esta representación formal da cuenta de que las propiedades contenidas en el antecedente no son suficientes o, en otros términos, de una norma que está sujeta a excepciones implícitas que no pueden ser determinadas taxativamente. En este sentido, como bien nos aclaran Rodríguez y Sucar, la norma condicional derrotable, (p>Oq) es un enunciado complejo de la forma (p.¬[r v s v...])->q)[69].

[69] Rodríguez y Sucar, 2003, pp. 105-06, pie de pág., 3.

3. (fp->Oq) que expresa un antecedente acompañado de un operador de revisión. El uso de este operador representa la idea de que el antecedente está compuesto por propiedades explícitas y presupuestos implícitos.

Cabe anotar que tanto la propuesta 1 como 2, suponen abandonar el uso de la lógica deóntica deductivista para justificar inferencias prácticas con normas. En cambio, la propuesta 3, formulada por Carlos Alchourrón[70], demuestra que no es necesario tal costo de racionalidad (abandonar el refuerzo del antecedente y el *modus ponens*), para poder dar cuenta de normas condicionales derrotables.

iv. Derrotabilidad como creación de excepciones

La noción de derrotabilidad ha sido empleada, por diversos autores, como un concepto teórico que nos permite clarificar la creación de excepciones a normas jurídicas. Sea ello desde la teoría de la interpretación o la teoría de los conflictos normativos. Veamos estas posibilidades:

a. Derrotabilidad como ausencia de regla de preferencia

La noción de derrotabilidad ha sido aproximada como forma de esclarecer la ausencia de una regla de preferencia entre dos normas en conflicto. Sobre este punto, Juan Carlos Bayón[71] considera que, al momento de resolver un problema normativo, se debe tomar en cuenta la diversidad de posibilidades normativas sobre cómo calificar el caso individual discutido. Durante este proceso, en caso haya identificado dos normas en conflicto entre sí, es necesario determinar las reglas de preferencia entre ellas. Sin embargo, la existencia de estas reglas de preferencia, sean incondicionales (una norma siempre es preferida sobre otra) o condicionales (una norma es preferida sobre en determinadas circunstancias), es contingente.

De esta forma, un sistema estará compuesto por normas inderrotables cada vez que este se encuentre ordenado, es decir, cuando esté compuesto por normas que poseen una relación de preferencia establecida en caso de colisión con otras normas. En cambio, un

[70] Profundizaré sobre esta en Cap. III.4.
[71] Bayón, 2003a, p. 191.

sistema estará compuesto por normas derrotables cuando no esté totalmente ordenado, es decir, cuando (por lo menos) alguna de sus normas no tenga una relación de preferencia establecida en caso de colisión con otras normas.

En breve, si carecemos de una regla de preferencia entre dos normas ambas son derrotables entre sí, pues una puede implicar la inaplicación de la otra (serán inderrotables una vez que se construya la regla de preferencia).

b. Derrotabilidad como preferir una norma implícita sobre una norma explícita

La noción de derrotabilidad ha sido aproximada como una forma de explicar cómo se crean excepciones implícitas. Para aclarar este punto, Andrea Dolcetti y Giovanni Battista Ratti[72] han propuesto entender la derrotabilidad como un concepto teórico que esclarece el resultado de un conflicto normativo entre una norma derivada de una norma explícita con una norma derivada de una norma implícita en el que se prefiere la segunda norma sobre la primera[73].

Para ser más claro sobre este punto, pongo de relieve las precisiones formuladas por los autores. Por norma expresa entienden a todas aquellas normas interpretadas a partir de una formulación normativa (disposición). Por norma implícita refieren a todas las normas que no han sido identificadas de una formulación normativa que forme parte del sistema normativo, sino que son normas no formuladas por una autoridad normativa, pero que los aplicadores del derecho suelen usar como base justificativa para sus decisiones[74].

El conflicto es entre dos normas (inconsistencia que puede ser total-total, total parcial o parcial-parcial): i) una derivada (consecuencia lógica) de norma expresa (norma que es identificada a partir de las formulaciones normativas); con ii) una norma derivada de una

[72] Dolcetti y Ratti, 2016, pp. 35-44.
[73] En los términos de los autores, con esta aproximación a la noción de derrotabilidad se da cuenta del siguiente tipo de conflicto: «la norma N1, derivada lógicamente de la norma implícita N0, está en conflicto con la norma N3, que a su vez se deriva lógicamente de la norma explícita N2; en este contexto, se da prioridad a N1 en detrimento de N3». Dolcetti y Ratti, 2016, p. 37.
[74] Dolcetti y Ratti, 2016, p. 37.

norma implícita. La forma en que resolvamos este conflicto dependerá de los criterios de solución de antinomias que el sistema normativo proporcione o admita.

El elemento característico de la derrotabilidad, según estos autores, es que una norma implícita prevalezca sobre una norma explícita, lo que conlleva en la creación de una excepción (implícita).

c. Derrotabilidad como preferir una valoración subjetiva

La noción de derrotabilidad ha sido empleada para explicar qué es lo que hacemos al momento de resolver una laguna axiológica[75]. En extrema síntesis, con este tipo de lagunas se da cuenta de los supuestos en los que el intérprete considera que un antecedente no ha incluido todas las distinciones que debería incluir para ser considerado correcto.

En relación con este punto, la derrotabilidad está vinculada a dos maneras de entender las lagunas axiológicas: i) construcción de una hipótesis de relevancia a partir de juicios contrafácticos de lo que hubiera deseado el legislador; o ii) construcción de una hipótesis de relevancia a partir de las preferencias del intérprete.

Retomando el punto de las posibles formas de entender cómo construir una laguna axiológica, la primera manera de entender las lagunas axiológicas, construcción de una hipótesis de relevancia a partir de juicios contrafácticos de lo que hubiera deseado el legislador, fue propuesta por Carlos Alchourrón, quien sostuvo el enfoque disposicional de la derrotabilidad[76]. Para aproximarse a esta problemática, dicho autor propone la distinción entre Libro Maestro y Sistema Maestro.

[75] En este punto sigo la definición de laguna axiológica formulada por Alchourrón y Bulygin. De acuerdo con estos autores por laguna axiológica se da cuenta de los casos en los cuales un interprete considera, a partir de una valoración axiológica, que el conjunto de propiedades relevantes, esto es, la tesis de relevancia, no ha sido identificada de manera correcta, pues no ha incluido una propiedad que debería incluir. Dichos autores llaman hipótesis de relevancia a la proposición que identifica a las propiedades que se considera deberían ser las relevantes, seleccionadas a partir de algún criterio axiológico. De esta forma, una laguna axiológica alude a los supuestos en los que la hipótesis de relevancia es más amplia que la tesis de relevancia, esto es, deberíamos incluir una propiedad adicional a la prevista en la tesis de relevancia. Alchourrón y Bulygin, 2012, pp. 158-159.
[76] Alchourrón, 2010 [1996c].

El Libro Maestro alude al conjunto de formulaciones lingüísticas del sistema jurídico. El Sistema Maestro se refiere a los significados atribuidos a los textos del Libro Maestro que correlacionan casos genéricos con soluciones normativas. De esta forma, cada conjunto de interpretaciones atribuidas representa un nuevo Sistema Maestro.

La identificación de excepciones implícitas se da a partir de la ocurrencia de una condición C que es considerada relevante por el intérprete. En los términos de Alchourrón: «muchas (sino todas) las formulaciones normativas son derrotables, esto es, poseen usualmente excepciones implícitas, existen circunstancias que derrotan la norma, aunque ellas no están explícitamente enunciadas»[77].

Respecto a la condición C, en efecto, el intérprete puede tratarla como una excepción implícita o no según una de las siguientes opciones: i) lo es si se asume que la autoridad normativa tiene disposición de incluirla como una excepción; ii) no lo es si se asume que la autoridad tiene disposición de no incluirla como excepción; o iii) indeterminado si se asume que la autoridad no tiene disposición de incluirla o excluirla como una excepción. De esta forma, la derrotabilidad sería una manifestación de una laguna axiológica, entendiendo por esta el escenario en el que el intérprete afirma que una propiedad no ha sido considerada por el legislador como expresamente relevante, pero que, de haber tenido oportunidad de meditarlo, le habría atribuido relevancia y, por lo tanto, debería dársele dicha relevancia. La noción de derrotabilidad, así entendida, es un problema de indeterminación del sistema que incide en la identificación de normas.

En un sentido similar la noción de derrotabilidad ha sido entendida como una forma de solucionar un defecto de la formulación de las normas en aquellos casos en los que su aplicación (interpretada de manera semántica) no consigue generar el estado de cosas deseado por la decisión legislativa. Desde esta aproximación, Fernando Atria, a partir de la distinción formulada por Friedrich Von Savigny entre expresión incompleta y expresión impropia, ha formulado una propuesta considerando que con la derrota se produce una adecuación del antecedente de las normas a la decisión legislativa.

[77] Alchourrón, 2010 [1996c], p. 167.

Precisemos los términos de esta aproximación. Por expresión incompleta se refiere a problemas de indeterminación del ámbito de aplicación de las normas, esto es, falta de claridad y precisión respecto a los hechos y acciones sobre los cuales se aplica una determinada consecuencia jurídica[78].

Por expresión impropia refiere al supuesto en el que una norma soluciona un caso, pero que lo hace de una manera no coherente con la decisión legislativa[79]. Esta aproximación asume la distinción entre una dimensión prescriptiva (la orden, la prohibición o el permiso) y una dimensión justificativa (lo que motivó al legislador dictar la norma). Cada una de estas dimensiones crea estados de cosas en sentidos diferentes: i) la prescriptiva, de ser aplicada, crea un estado de cosas (si es eficaz lo que produce es un cambio el mundo); y ii) el justificativo crea expectativas de estados de cosas (entendido como el mundo que se desea construir). Si el estado de cosas de la prescripción generaría de ser aplicada no es coherente con el estado de cosas que la justificación pretendería alcanzar, entonces tenemos un defecto por expresión impropia de la dimensión prescriptiva.

Los problemas de impropiedad son corregidos mediante el ejercicio de la potestad jurisdiccional, es decir, lo jueces tienen la potestad para variar la expresión de la ley a efectos de adecuarla al sentido de la norma, a su dimensión justificativa[80].

d. Derrotabilidad como uso del argumento de la disociación

Riccardo Guastini[81] ha propuesto que la derrotabilidad, entendida como la creación de excepciones a normas, es una forma de presentar el argumento de la disociación al momento de atribuir significado a un texto. Veamos este punto paso a paso[82]:

1. Un intérprete identifica una norma que correlaciona un caso genérico A con una consecuencia jurídica Z (en término canónicos: Si A, entonces Z).
2. El intérprete considera que dentro la clase A se debe distinguir entre A1 y A2, por considerarlas sustancialmente distintas de manera que cada una de estas debería tener una calificación normativa diferente. De esta forma, el intérprete estima

[78] Atria, 2016, p. 210.
[79] Atria, 2016, p. 210.
[80] Atria, 2016, p. 225.
[81] Guastini, 2008a, pp. 143-155.
[82] Guastini, 2018a, p. 278.

correcto que el consecuente sólo debería estar correlacionado a una sub clase de A y no a la otra.

3. El intérprete distingue la clase A en sub clase A1 y en subclase A2 en virtud a una preferencia interpretativa axiológicamente motivada. De ambas, considera que solo A1 debería estar correlacionada a Z y que A2 no debería estar correlacionada a Z[83]. Para realizar tal labor, crea una norma implícita de la siguiente manera: Si A1 y ¬A2, entonces Z (la cual expresa la conjunción de Si A1, entonces Z, y Si A2, entonces ¬Z).
4. La norma A2 entonces ¬Z, es una norma especial en relación con A1 entonces Z, entre las cuales hay un vínculo género-especie siendo A1 genérica y A2 especial[84].

Para clarificar este punto Guastini ha propuesto distinguir entre el acto de derrotar y el resultado de la derrota. Para ello nos propone tomar en consideración tres elementos diferentes: i) derrotabilidad: las normas poseen la propiedad disposicional de ser sustituidas por otras con un alcance más restringido en caso el intérprete lo considere correcto; b) acción de derrotar: acto interpretativo (creación de laguna axiológica y realización de una disociación); y c) derrota: resultado de la acción de derrotar (el resultado es la norma Si A1 y ¬A2, entonces Z y aplicar esta regla especial para resolver el problema normativo).

e. Derrotabilidad como preferir el propósito de la norma

La noción de derrotabilidad ha entendida como un concepto teórico empleado para clarificar un tipo de resultado del conflicto entre la dimensión justificativa y la dimensión prescriptiva (especificación de la justificación) de una norma. Esta propuesta, en la literatura especializada, ha sido caracterizada de dos formas:

[83] En relación con A2, el intérprete puede realizar una de las siguientes acciones para correlacionarla con una calificación normativa: i) realice una interpretación extensiva de otra norma; o ii) un acto de creación del derecho para crear una norma implícita que la regule. También puede ser el caso que decida crear una laguna normativa, esto es, que el caso genérico no esté correlacionado a una consecuencia normativa. Cabe precisar que las lagunas normativas son productos de la interpretación mediante los cuales, luego de efectuada una interpretación decisoria sobre una disposición, se considera que una serie de supuestos de hechos no están previsto por el antecedente de la norma, es decir, es un caso no regulado. Guastini, 2016, pp. 343-44.
Para efectos de la presentación de esta aproximación en el texto principal, asumiré que el intérprete ha decidido no crear una laguna normativa.

[84] Sobre la relación de especialidad seguiré a Zorzetto, 2011a. Sobre el punto profundizaré en Cap. IV.4,42.

Por un lado, Frederick Schauer[85] ha propuesto entender la noción de norma como un concepto complejo compuesto dos niveles: a) nivel prescriptivo o generalización de una justificación que posee una prescripción (norma condicional que contiene una orden o prohibición de realizar una acción); y b) nivel justificativo o de razones que están detrás de las reglas (justificación o propósito de las mismas, en adelante razones subyacentes). Bajo este modelo, el antecedente de la norma (en la dimensión prescriptiva) es entendido como una generalización construida a partir de un propósito o justificación. De esta forma, la selección de propiedades (entendidas como identificadores de estados de cosas o de acciones) con las que construimos un antecedente de la norma está determinado por esta justificación (en otros términos, una regla sería una especificación de una justificación).

Al momento de analizar si una norma es aplicable a un caso individual es posible que el aplicador del derecho se enfrente a una experiencia recalcitrante. Esto es, casos en los cuales tenemos razones fundadas en las razones subyacentes (dimensión justificativa de la norma) para variar el veredicto que se obtendría de aplicar el nivel prescriptivo. Estas se clasifican en supraincluyentes (el antecedente regula de manera injustificada un tipo de caso) e infraincluyentes (el antecedente no regula un tipo de caso que si debería regular). Nos interesan las primeras, las que refieren a situaciones en las que el caso individual es subsumible en el nivel prescriptivo, pero no es cubierto por el ámbito de aplicación del nivel justificativo (el antecedente debió incluir más propiedades para poder excluir el caso individual con la consecuencia).

Un caso de experiencia supraincluyente solo nos invita a preguntarnos sobre cómo resolver un supuesto de discrepancia entre la solución prevista por el nivel prescriptivo y la solución que podemos derivar del nivel justificativo. Una posibilidad es asumir el resultado subóptimo, esto es, resolver el caso individual a pesar de que el veredicto no sea enteramente correcto. La otra opción es realizar una derrota de la norma. Esta aproximación a la noción de derrotabilidad, de esta forma, refiere a que en todo caso de experiencia recalcitrante supraincluyente se debe dar prioridad a favor de la solución derivada de las razones subyacentes (lo que supone, por tanto, incluir especifaciones adicionales en el antecedente).

[85] Schauer, 2004, pp. 97-106.

Cabe precisar que no toda modificación del antecedente a mérito de las razones subyacentes es igual. En este punto Schauer distingue entre dos fenómenos[86]: i) deficiencia interna o supuestos en los cuales la regla no se aplica debido a que el nivel prescriptivo no especifica adecuadamente la dimensión justificativa (especificación generada por razones subyacentes de la propia norma); y ii) derrotabilidad externa o supuestos en los cuales se introduce una especificación debido a razones subyacentes de otras normas. En este segundo escenario, estamos en el caso de contradicción a nivel justificativo, en el que las razones subyacentes de una norma entran en contradicción con las de otra.

Para Schauer, de esta forma, la derrotabilidad no es un rasgo necesario sino contingente en tanto depende de la forma en que se han diseñado los procesos de toma de decisiones. En otros términos, depende de lo que estemos dispuestos a sacrificar. Los aplicadores del derecho, siguiendo a este autor, aplican uno de estos modelos[87]: i) modelo formalista, basado en un aplicador que solo le parece relevante comprobar si el caso individual es subsumible o no en el caso general; o un ii) modelo de adaptabilidad, basado en un aplicador que considera que las razones subyacentes son relevantes para determinar la calificación normativa de una acción.

Por otro lado, la noción de derrotabilidad ha sido empleada como una forma de presentar un posible resultado de un conflicto entre reglas y principios. Al respecto, Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero han propuesto que el sistema normativo está compuesto por normas regulativas que pueden ser estructuradas como reglas o principios pudiéndose generar conflictos entre estas (y la derrota de una norma)[88].

De acuerdo con estos autores las normas prescriptivas pueden ser formuladas, dependiendo de cómo se haya identificado el antecedente, como reglas o como principios. Las normas operan como reglas en caso tengan un antecedente cerrado, esto es, estén compuestas por condiciones suficientes para el consecuente. Las reglas se subclasifican

[86] Schauer, 2004, p. 179.
[87] Schauer, 1998, pp. 236-37.
[88] Sobre conflictos entre reglas y principios ver Ratti, 2013a, pp. 153-172 y Pino, 2013, pp. 187-225. En estas líneas realizaré una presentación muy breve de algunas de las tesis de Atienza y Ruiz Manero, las cuales profundizaré en el Cap. II.3,3.6.

en reglas de acción (compuestas por un antecedente y un consecuente cerrado) y reglas de fin (compuestas por un antecedente cerrado y un consecuente abierto). En cambio, las normas operan como principios en caso tengan un antecedente abierto, esto es, estén compuestas por condiciones necesarias, pero no suficientes para el consecuente. Los principios se subclasifican en principios en sentido estricto (antecedente compuesto por la oportunidad de aplicación y el consecuente cerrado) y directriz (antecedente compuesto por la oportunidad de aplicación y el consecuente abierto)[89]. Además de estas diferencias, cabe anotar que los principios son formas de expresar valores en el derecho y que las reglas se justifican a partir de principios.

Las reglas y los principios son normas prescriptivas y los actos que las vulneran son actos ilícitos. La vulneración de las reglas prescriptivas se denomina actos ilícitos típicos y la vulneración a los principios prescriptivos se denomina actos ilícitos atípicos[90].

Un acto ilícito atípico (vulneración de principios) refiere al caso en el que un acto era *prima facie* permitido, pero vistas todas las cosas relevantes, lo calificamos de prohibido. Este tipo de acto ilícito presupone o bien un conflicto entre reglas y principios o bien entre un permiso débil y un principio[91].

1. Conflicto entre reglas y principios: refiere a los casos en los cuales una acción está permitida por una regla regulativa, pero este estatus deóntico es incoherente con lo previsto por los principios regulativos del mismo sistema normativo. En este supuesto, se crea una nueva regla prohibitiva de esta acción (los casos de abuso de derecho, fraude a la ley y desviación de poder).
2. Conflicto entre un permiso débil y un principio refiere a los casos que son resueltos por analogía. Pueden darse dos tipos de casos:
    a. Una acción está permitida debido a la falta de prohibición expresa (permiso débil), pero esta es parecida a otro caso regulado expresamente por una regla de prohibición. Parecido se da debido a que las razones que justifican la prohibición en dicho caso también son aplicables en el caso

[89] Atienza y Ruiz Manero, 2012, pp. 16 y 17
[90] Atienza y Ruiz Manero, 2000, pp. 23 y en Atienza y Ruiz Manero, 2012, p. 243.
[91] Atienza y Ruiz Manero, 2012, p. 244.

no regulado, por lo que se variará el estatus deóntico de la acción de permitida a prohibida (analogía *iuris*).

b. Una acción está permitida debido a la falta de prohibición expresa (permiso débil), su estatus deóntico varía a prohibido debido a que de los principios aplicables al caso se crea una norma de prohibición (analogía *legis*).

El acto lícito atípico, por otra parte, refiere al caso en los que un comportamiento está prohibido por una regla, pero variamos dicho estatus deóntico a efectos de adecuar dicha calificación al resultado de un balance (o ponderación) entre los principios relevantes del sistema. Esto se puede dar en tres escenarios[92]:

1. Un comportamiento regulado no es coherente con el principio del cual se justifica la regla que lo regula. En este supuesto se excluye el comportamiento de la aplicación de la regla.
2. Un comportamiento regulado es coherente con el principio del cual se justifica la regla que lo regula, pero hay razones más fuertes aplicables al caso que sustentan la variación del estatus deóntico. En este supuesto se excluye el comportamiento de la aplicación de la regla.
3. Un comportamiento regulado es mínimamente coherente con el principio que justifica la regla que regula el caso. En este supuesto se tolera la exclusión del comportamiento de la aplicación de la regla.

Esta aproximación a la derrotabilidad refiere a un caso de conflicto entre reglas y principios en el que el estatus deóntico de una conducta regulada por una regla (incluyendo los casos de permiso débil) cambia tras preferir la solución ofrecida por el principio aplicable al caso. En otros términos, refiere al cambio de tratar una conducta permitida (en el sentido de que el sistema normativo no la castiga) a prohibida o de estar prohibida a permitida debido a que la regla incluye casos que no debería abarcar conforme al principio que la justifica (experiencia recalcitrante supraincluyente) o le falta incluir casos que debió incluir (experiencia recalcitrante infraincluyente).

[92] Atienza y Ruiz Manero, 2012, p. 248.

3. Estudios metateóricos sobre la noción de derrotabilidad

¿Cómo analizar este elenco de aproximaciones a la noción de derrotabilidad en el derecho? Como hemos podido ver, la derrotabilidad ha sido predicada sobre diversos objetos y desde diferentes maneras de entender el derecho. A partir de ello, siguiendo a María Cristina Redondo[93], podemos sostener una de las siguientes tesis metateóricas: i) «derrotabilidad» es un término ambiguo empleado por los teóricos del derecho para expresar problemas diferentes entre los cuales no hay propiedades compartidas; o ii) las diversas formas de presentar la noción de derrotabilidad son reformulaciones de un punto común.

Para determinar cuál de estas dos tesis es correcta, es necesario contar con criterios meta teóricos que permitan analizar de mejor manera el conjunto el elenco de posibilidades de presentación de la(s) noción(es) de derrotabilidad. En este subapartado procederé a analizar, brevemente, los estudios propuestos por María Cristina Redondo, Bartosz Brożek y Jorge Rodríguez con German Sucar. He elegido a estos autores por haberse ocupado de explicitar qué se está predicando en las diversas propuestas sobre la derrotabilidad, así como por ser las únicas propuestas de estudio metateórico identificadas en el contexto de la teoría del derecho[94].

Cabe anotar que tanto María Cristina Redondo como Bartosz Brożek han construido sus clasificaciones a partir de la idea de que la derrotabilidad esclarece la respuesta a un único problema. En cambio, Jorge Rodríguez y German Sucar consideran que estamos ante una situación de uso ambiguo de un término.

[93] Redondo, 2012, p. 311.

[94] He seleccionado estas propuestas tanto por su relevancia teórica como por ser las únicas que toman la derrotabilidad como un concepto usado en diversos contextos del derecho. Esto se diferencia de otras propuestas de clasificación que enfocan la derrotabilidad desde otros campos de estudio. Por ejemplo, Van Der Torre ha propuesto una clasificación de la derrotabilidad a partir de las diversas formas de resolver la paradoja de Chisholm, pero esta clasificación (que si bien puede ser muy precisa y correctamente construida) no nos permite clarificar cómo ha sido entendida la noción de derrotabilidad por los juristas. Van Der Torre, 1997, capítulo 4.

Analizar estas propuestas de clasificación permiten mejorar la comprensión de los alcances del giro derrotabilista en el derecho. Asimismo, permitirá mostrar las razones por las cuales he considerado oportuno proponer una nueva clasificación de la derrotabilidad para poder alcanzar los fines de la presente investigación.

3.1. La clasificación de María Cristina Redondo

María Cristina Redondo ha propuesto que el aspecto más relevante de las diferentes aproximaciones a la noción de derrotabilidad es su empleo para esclarecer la falibilidad en la determinación de los casos individuales que son regulados por una norma[95]. En este sentido, cada aproximación es una forma de presentar dicho punto sea, o bien como normas que pueden ser superadas por otras, o bien como normas que solo son aparentemente relevantes para regular un caso. Esta apariencia se explica como una dificultad de conocimiento de las condiciones suficientes de aplicación para el consecuente, o como una dificultad ontológica de las normas, en tanto, no es posible que podamos determinar condiciones suficientes para el consecuente.

De esta forma, la autora nos propone dividir las diversas formas de aproximarse a la noción de derrotabilidad en dos conjuntos: i) derrotabilidad como superación; y ii) derrotabilidad como cancelación de la relevancia. Dentro de esta última, subdivide en ii.1) cancelación como un problema epistémico; y ii.2) cancelación como un problema ontológico.

Esta clasificación está construida a partir de las diferentes nociones de deber *prima facie*[96]. A efectos de claridad paso a desarrollar, brevemente, este punto. El ejemplo

[95] Redondo, 2012, pp. 310-311.

[96] En extrema síntesis la noción de deber *prima facie* fue formulada por Sir David Ross (Ross, 1994), a efectos de dar cuenta que los agentes morales, al momento de tomar una decisión, pueden guiar su conducta por múltiples razones morales. Este autor pretendió dar cuenta de que una misma acción puede activar varios deberes (concurrentes y contradictorios entre sí: los deberes *prima facie*) y que la decisión que se tome supone tomar una decisión de preferir un deber por sobre el resto (deber todo considerado). Sobre esta idea, cabe anotar, los filósofos morales han discutido y siguen discutiendo sobre cómo entenderla (y cómo representarla formalmente). Para los fines de esta investigación, es relevante poner de relieve los posibles sentidos que se le han atribuido y cómo con esta distinción podemos clarificar las maneras de

clásico para presentar esta idea es el de la promesa que no puede ser cumplida: supongamos que Juan le ha prometido a Patricio que lo encontrará en un café a las 15:00 del día de hoy. Sucede que Juan, mientras estaba de camino al café, se encontró con un menor de edad que estaba sufriendo una emergencia y que requería de su ayuda (le brinde primeros auxilios y contacte a personal médico para una adecuada atención). Esto supone que Juan está en un espacio-tiempo que le da la oportunidad para cumplir con dos deberes: i) deber de cumplir las promesas; y ii) deber de prestar auxilio. Pero es el caso que realizar un deber, asumamos para efectos del ejemplo, conllevará la no realización del otro (cumplir la promesa supone no ayudar al menor, y ayudar al menor supone no cumplir la promesa). Este último rasgo es el que nos interesa: Juan no puede satisfacer estos dos deberes[97].

Las acciones de Juan están guiadas por razones morales que operan como razones *prima facie*. Este agente, a efectos de determinar qué debe hacer, deberá realizar actos adicionales que le permitan concluir qué deber finalmente guiará su conducta. El deber que finalmente guía la conducta es denominado deber todo considerado. Ahora bien, ¿qué quiere decir que califiquemos un deber como *prima facie*? Ello ha sido respondido de dos maneras: como una forma de dar cuenta de que la razón es superable (esto es, como una expresión alternativa para señalar que una razón es *pro tanto,* es decir, con fuerza no concluyente), y como una forma de señalar que es solo un deber aparente[98].

Sostener que los deberes son *prima facie,* entendidos como superables, quiere decir que el destinatario tiene (por lo menos) dos deberes aplicables respecto de los cuales debe preferir uno. En el ejemplo, supongamos que Juan considera que el deber de prestar auxilio debe ser preferido por sobre el deber de cumplir las promesas. Bajo esta reconstrucción, se han identificado todos los deberes aplicables posible y, sobre estos, se ha creado una relación de preferencia que determine el deber *todo considerado*[99].

---

entender la derrotabilidad en la teoría del derecho. Para un análisis sobre la noción de deber *prima facie* en Ross ver: Snares 1974, Atwel, 1978, Ascher Bonevac, 1996, Pietroski, 1993, Dancy, 2004 y Bouvier, 2010.

[97] De manera más detallada: i) Juan tiene el deber cumplir su promesa; ii) Juan debe prestar auxilio; iii) Juan debe cumplir su promesa y prestar auxilio, pero; iv) Juan no puede cumplir su promesa y prestar auxilio.

[98] Sobre esta distinción ver Searle, 1978, Brink, 1994, pp. 216-18, Pérez Bermejo, 2012, pp. 297-98, 300, Bayón, 1991, pp. 385, 394.

[99] En este sentido ver Gunther, 1995, p. 284 y ss. Cabe precisar que esto no supone la desaparición total del deber no preferido. Siguiendo a Williams, los deberes no preferidos generan un «residuo moral», esto es, producen nuevas obligaciones compensatorias por el daño producido (en el ejemplo, se produce el deber

En cambio, sostener que los deberes son *prima facie*, entendidos como aparentes o falibles, quiere decir los deberes aplicables son indiciarios del genuino deber que regula la conducta[100]. En el ejemplo, Juan tras considerar todos los aspectos relevantes de la situación en la que se encuentra tendrá que identificar la razón concluyente que determinará su acción.

Redondo considera que esta distinción nos permite clarificar cómo los teóricos del derecho han entendido el carácter derrotable de las normas. Por un lado, quienes entienden la noción de derrotabilidad como superación, y por el otro lado, quienes entienden la noción de derrotabilidad como cancelación (la relevancia de las normas es aparente o falible). Precisemos estos puntos.

i. Derrotabilidad como superación

Con esta categoría Redondo agrupa a todas aquellas aproximaciones que expresan la idea de que una entidad con contenido conceptual empleada para guiar la conducta (en adelante elemento normativo) puede ser superada por otra[101]. Esto quiere decir que un elemento normativo puede tener importancia práctica para guiar la conducta en un caso, pero no la tiene de forma suficiente como para determinar de manera concluyente lo que se debe hacer.

De esta forma, la derrotabilidad puede ser entendida como un concepto teórico empleado para clarificar dos puntos vinculados entre sí[102]. En primer lugar, clarifica la presencia de: i) un elemento normativo tiene importancia práctica (relevancia); pero ii) que no tiene

---

de llamar a Patricio para avisarle/disculparse que no cumplirá con lo prometido). Williams, 1973, pp. 172-73. Ver además Belzer y Loewer, 1991, pp. 360-61.

[100] «[L]o que parecía, en principio que era nuestro deber, lo era solo en una 'primera apariencia', pues un examen más minucioso de la situación nos revela que las cosas no son realmente así». Martínez Zorrilla, 2007, p. 216. Como podemos ver, con esta forma de entender los deberes *prima facie* se deja de lado la posibilidad de que los deberes *prima facie* que no guiaron, finalmente, la conducta, no puedan generar residuo moral.

[101] En este mismo sentido, Farrell, 1983, p. 152.

[102] Redondo, 2012, p. 312. A efectos de una reconstrucción caritativa seguiré de cerca a la autora al predicar la derrotabilidad de las razones para la acción, pero cabe volver a resaltar que esta noción no se limita a dichas entidades, sino a cualquiera con contenido conceptual.

la fuerza suficiente como para determinar, de manera concluyente, lo que se tiene que hacer. Refiere, de esta manera, a un tipo (o categoría) de razón[103].

En segundo lugar, clarifica la posibilidad de un elemento normativo de ser superado en caso de conflicto o antinomia. De esta forma, es un predicado relacionado a la (s) limitación (es) de la fuerza de un elemento normativo en la toma de decisiones[104].

Este conjunto de aproximaciones a la noción de derrotabilidad, de esta forma, se construye a partir de la idea de fuerza, resaltando el carácter de que un elemento normativo puede ser superado por otro en caso de conflicto. Son elementos normativos relevantes, pero no determinantes en todos los casos[105]. Esto es, engloba todas las aproximaciones que dan cuenta de los problemas relacionados con el carácter superable de las entidades con contenido conceptual que tengan incidencia práctica (un elemento normativo puede ser vencido por otro).

ii. Derrotabilidad como cancelación

Con esta categoría Redondo agrupa a todas aquellas aproximaciones que consideran que la noción de derrotabilidad esclarece que una razón, en una primera aproximación, pareciera pertinente para resolver un caso, pero luego, tras revisar más evidencia, se descubre que no lo era. En otros términos, con este conjunto de aproximaciones a la derrotabilidad se captura la idea de que un elemento normativo (un deber, una obligación

[103] Sobre este punto cabe hacer las siguientes precisiones conceptuales:
1. La relevancia de las razones se refiere a si la razón es pertinente o no para guiar la conducta. Decir que una razón no es relevante quiere decir que esta no es una razón que justifique llevar a cabo o no llevar a cabo una determinada acción.
2. La fuerza de las razones se refiere al mayor o menor peso que puede tener una razón para determinar la acción a realizar. Puede ser absoluta (prevalece sobre cualquier otra razón) o *pro tanto* (si la razón compite con otra, esta puede ser superada siempre que la otra tenga más peso o más fuerza, sin que ello implique perder relevancia).
3. El sentido de las razones se refiere a si la razón opera a favor o en contra de una determinada acción.

[104] Esta característica de ser derrotable se contrasta con dos tipos de razones: i) razón absoluta (que tiene la máxima relevancia práctica, esto es, no puede ser derrotada por ninguna razón); y ii) razón concluyente (aquella que prevalece y supera todas las razones aplicables en una ocasión determinada). Redondo, 2012, p. 312.

[105] Señala Redondo que este tipo de problemas suelen ser analizados utilizando la noción de balance o ponderación entre razones. De acuerdo con estas, diferentes razones relevantes compiten entre sí para regular un caso individual. Redondo, 2012, p. 314.

o una razón para la acción, por señalar algunos ejemplos), puede serlo de manera aparente o serlo a primera vista, pero que, tras un mejor análisis, ello puede ser descartado[106].

Al decir, por ejemplo, que X es una razón derrotable lo que estamos diciendo es «aparentemente, X es una razón para el caso». De esta forma, predicar el carácter derrotable equivale a resaltar su carácter inestable (es decir, que la relevancia no es obvia, sino que requiere de actos de confirmación)[107].

Reformulo a efectos de una reconstrucción clara: a diferencia del primer conjunto de aproximaciones a la noción de derrotabilidad, este segundo conjunto engloba a aquellos construidos a partir de idea de relevancia. De esta forma, el primer sentido expresa que un elemento normativo puede ser superado en conflicto, en cambio, el segundo expresa que un elemento normativo puede ser excluido (esto es, posee la apariencia de ser relevante para el caso, pero considerando todas las características relevantes del caso, resultar que no lo sea).

La idea de cancelación, señala Redondo, ha sido expresada mediante las nociones de condicionales no estrictos o debilitados a efectos de representar la idea de que un elemento derrotable (deber, obligación o razón) estructurado de manera condicional (p->q), no sigue las reglas de la lógica deóntica deductivista para los condicionales que emplean la implicación material. Al respecto, la autora realiza una subdivisión sobre este conjunto en relación con la manera en que se ha abordado el problema de las condiciones cancelables (en otros términos, de cómo damos cuenta del carácter *prima facie* entendido como un problema de relevancia): la cancelación como un problema epistémico y la cancelación como un problema ontológico. Veamos cada uno de ellos.

a. Cancelación como resultado de un problema epistémico

[106] Redondo, 2012, pp. 312-313.
[107] Redondo, 2012, p. 313. En otras palabras, si decimos que C es un elemento normativo derrotable, lo que estamos diciendo es que C aparentemente es relevante para guiar la solución del caso, pero vistas todas las cosas relevantes, una de las conclusiones posibles es que nos demos cuenta de que no era relevante para el caso. Derrotar, en este sentido, apunta a darnos cuenta de que aquello que parecía ser un elemento normativo relevante para el caso, finalmente no lo era. Redondo, 2012, p. 314

Redondo toma como referencia de este subconjunto las tesis de Carlos Alchourrón[108]. Bajo este tipo de aproximación a la noción de derrotabilidad, este concepto es empleado a efectos de esclarecer la presentación y respuesta a un problema epistémico. Al caracterizar que una norma es derrotable lo que se está expresando es que su antecedente está compuesto por condiciones contribuyentes y por otras condiciones no expresadas (presupuestos implícitos). Esto implica la existencia de condiciones suficientes a las cuales podremos llegar una vez obtenida la información necesaria, esto es, una vez que explicitamos los presupuestos implícitos[109]. De esta manera, derrotar da cuenta de un proceso y resultado de identificar y explicitar dichos presupuestos implícitos.

Si los antecedentes son entendidos como un conjunto de condiciones contribuyentes y presupuestos implícitos, entonces se podrá identificar la condición suficiente para el consecuente una vez que se hayan explicitado todos los presupuestos implícitos. Es decir, para tener una condición suficiente es necesario conocer las condiciones que completan el antecedente y revisarlo a efectos de hacer expresas todas las condiciones implícitas. De esta forma, algo que parecía que satisfacía el antecedente, puede ser el caso que luego nos demos cuenta que estábamos frente a una excepción (es decir, solo aparentemente satisfacía el antecedente).

Con este punto se quieren decir dos cosas: i) al formular un antecedente compuesto por un conjunto de condiciones contribuyentes se sigue que el consecuente no está garantizado, a pesar de haber satisfecho todas las condiciones; y ii) se propone que es posible identificar otras condiciones que, de ser explicitadas o agregadas, nos permiten tener una condición suficiente.

---

[108] Al respecto profundizaré en Cap. III.4

[109] La derrotabilidad de una norma en este caso puede ser expresada a través de una estructura condicional cuyo antecedente es condición contribuyente para el consecuente (una condición necesaria de una condición suficiente). A efectos de precisión, siguiendo a Moreso y Rodríguez, la expresión «Si A es condición para B», puede referir a condiciones básicas o subordinadas.

Las básicas son:

1. Condición suficiente: verificar A garantiza B
2. Condición necesaria: verificar A es requerido para B, pero no lo garantiza.

Las subordinadas son:

1. Condiciones sustitutivas: verificación de A es una condición suficiente de una condición necesaria para que deba hacerse B.
2. Condiciones contribuyentes: verificación de A es una condición necesaria de una condición suficiente para B.

Moreso y Rodríguez, 2010, p. 18. Sobre este punto volveré en Cap. III.2.

La derrotabilidad entendida de esta forma, entonces, no es un rasgo de las razones, deberes u obligaciones, sino que es un problema de las creencias que posee un agente sobre ellas. Un condicional derrotable (con condiciones contribuyentes revisables) será derrotado en el caso de que la relevancia normativa del antecedente se vea cancelada al incorporarse una condición implícita[110]. Canceladas en el sentido de que se consideró, a primera vista, que el elemento normativo era relevante, pero una vez explicitadas las condiciones del antecedente de la regla de uso (esto es, revisando sus creencias sobre el antecedente), se da cuenta de que dicho elemento normativo no era relevante para el caso (de manera más precisa, el caso está fuera de su alcance).

b. Cancelación como resultado de un problema ontológico

Bajo esta segunda subdivisión, la noción de derrotabilidad entendida como cancelación de la relevancia es empleada para expresar que es imposible identificar el conjunto de circunstancias que garantizan la obtención del consecuente. Ello se diferencia del subconjunto anterior el cual asumía que sí era posible obtener un conjunto de condiciones suficientes de aplicación. En este sentido, cualquier conclusión que podamos extraer de ellos siempre será una conclusión inestable, es decir, podría ser revisada por información adicional (la conclusión nunca llega a estar justificada).

De esta forma, para este grupo de propuestas de la derrotabilidad no son posibles los condicionales suficientes para obtener el consecuente. No hay forma en que podamos completar el antecedente, pues siempre será posible que nueva información descarte la aplicabilidad del antecedente. No es un problema de falta de información, es un problema ontológico: no existe un conjunto de condiciones suficientes estables para dar lugar al consecuente[111].

3.1.1. Comentario

Esta clasificación presenta de manera muy clara cómo las diferentes formas de entender la noción de *prima facie* son útiles para esclarecer cómo los juristas han entendido la

[110] Redondo, 2012, pp. 315-316.
[111] Redondo, 2012, p. 316.

noción de derrotabilidad. Sin perjuicio de ello, considero que podemos identificar dos puntos problemáticos en esta propuesta.

En primer lugar, la superabilidad y la explicitación de condiciones (cancelación como resultado de un problema epistémico) pueden ser entendidas como dos formas de expresar una misma operación y resultado. Esto es, los resultados de la superación entre elementos normativos pueden ser entendidos como supuestos de cancelación como resultado de un problema epistémico.

Veamos el siguiente supuesto. Un agente identifica un elemento normativo N1 que le prescribe que cada vez que se verifique p, entonces debe hacer q (Oq). Sucede que el agente ha identificado un caso p y tiene, a primera vista, el deber de realizar la acción q. Ahora bien, sucede que el caso analizado es un caso compuesto por las propiedades p y r (es un caso p.r). Sabe que r es normativamente relevante, pues sus acciones también se guían por un elemento normativo N2 que le prescribe que cada vez que se verifique r, entonces deberá no hacer q (O¬q).

Esto implica que en un caso (p.r) tiene deberes incompatibles entre sí (debe hacer q y debe no hacer q). Supongamos que el agente considera que N2 es el mejor deber disponible y está mejor justificado actuar de esta forma. Este resultado puede ser reconstruido diciendo que N2 derrotó a N1 en virtud a un criterio de preferencia. Esto supone un caso de derrotabilidad como superabilidad.

Otra opción es señalar que el agente creía que debía actuar conforme a N1, pero ahora que se ha dado cuenta de N2 (y que esta tiene mayor peso que N1), lo que supone explicitar una condición de excepción en el antecedente de N1: si p y no r, entonces debe hacer q. Es decir, como un caso de cancelación de N1 como resultado de un problema epistémico.

Veamos un ejemplo de esta situación[112]. Supongamos que nuestra conducta se rige por dos normas. Por un lado, N1 que señala «si persona comete homicidio, entonces

[112] Ejemplo tomado de Alchourrón, 1991 [1988b].

obligatorio castigarla». Por el otro lado, N2 que señala «si persona es menor de edad, entonces prohibido castigarla».

En caso tengamos un menor de edad que ha cometido homicidio el aplicador del derecho tendrá dos deberes incompatibles entre sí (obligatorio castigarlo y prohibido castigarlo o, en otros términos, obligatorio no castigarlo). A efectos de resolver esta circunstancia, el aplicador del derecho puede considerar que N2 constituye un mejor deber que N1, de manera que N2 supera a N1 (derrotabilidad como superabilidad).

Pero ello nos aclara un proceso de explicitación de condiciones de aplicación. Presentado de otra manera, el aplicador del derecho al identificar un homicida consideraba que debía aplicar N1, pero tras un mejor análisis de las normas aplicables al caso, se da cuenta que está regido por N2 (y que N2 tiene mayor peso que N1). La lectura conjunta de N1 con N2 le da a entender que dentro del antecedente de N1 estaban excluidos los menores de edad, esto es, que su antecedente, bien entendido, expresa «si persona comete homicidio y es menor edad, entonces prohibido castigarla».

Esto pone de relieve que superabilidad puede ser entendida de manera diferente dependiendo del objeto del que sea predicada. Si es predicada de significados, entonces la derrotabilidad como superabilidad y como cancelabilidad epistémica están diciendo lo mismo, solo que con presentaciones diferentes. Cabe agregar que podemos emplear la misma representación formal para expresar ambas ideas. En extrema síntesis, Alchourrón sostiene que podemos representar las normas derrotables introduciendo un operador de revisión en el antecedente: (fp->Oq). Ello quiere decir que el antecedente está compuesto por condiciones explícitas (p) y por condiciones implícitas (una expansión conceptual de p), de manera que el conjunto de condiciones explícitas e implícitas, operan conjuntamente como condición suficiente para el consecuente. Ahora bien, ¿cómo identificar estas condiciones implícitas? Una posibilidad es mediante la especificación de relaciones de preferencia entre resultados de métodos de interpretación, como es el caso expuesto líneas atrás: N1 se representa como (fp->Oq), tras resolver las relaciones conflictivas de este elemento normativo con el resto vemos que bien entendida N1 (en relación con el resto de normas del sistema al que pertenece) esta debe ser representada como (p.¬r->Oq). Como vemos, (¬r) es entendido como una condición implícita de

aplicación. Bajo esta presentación, entonces, tanto superabilidad como cancelabilidad epistémica está dando cuenta de la misma operación y resultado[113].

Cabe precisar que con derrotabilidad como cancelabilidad ontológica se da cuenta de un escenario distinto. Bajo este supuesto no estamos frente a un caso de explicitar una condición implícita necesaria para identificar la condición suficiente para el consecuente, lo que se está diciendo es que no es posible lograr tal resultado. Esta es una manera de señalar que nunca podremos determinar el alcance de las normas, lo que supone que no podemos establecer relaciones de preferencia entre normas (al no estar determinadas las condiciones de aplicación de una norma, no es posible identificar conflictos normativos dado que no podemos señalar que una misma acción tenga dos calificaciones normativas diferentes e inconsistentes entre sí)[114]. Las razones para justificar este problema son distintas a las razones para justificar una identificación no culminada del antecedente.

Sin perjuicio de este punto, me parece que la idea de Redondo es correcta: no es lo mismo modificar el alcance de un elemento normativo a sostener que no debe ser empleado para resolver un caso individual. Sobre este punto volveré más adelante al proponer diferenciar las diversas aproximaciones a la noción de derrotabilidad tomando como referencia los diferentes sentidos de «aplicabilidad».

En segundo lugar, cabe anotar que «superación» es un término empleado para esclarecer resultados de diferentes tipos de operaciones que nos puede llevar a entender la noción de derrotabilidad de diferentes maneras, no necesariamente equivalentes entre sí. Sin pretensión de exhaustividad, voy a señalar dos posibles formas de entender que un elemento normativo supera a otro[115].

Por un lado, «superación» suele ser entendida como parte de una explicación de la metáfora «mayor peso». Lo que se está sosteniendo es que está justificado crear una relación de preferencia entre un deber sobre otro a efectos de determinar qué norma debe

[113] Sobre esta profundizaré en Cap. III.3 y en Cap. IV.5.
[114] Esto supone necesariamente una representación formal de las normas diferente a la anterior. Bajo esta forma de aproximarse a la noción de derrotabilidad se entiende que las normas se estructuran como [(p.r.…)->Oq].
[115] En este punto sigo de cerca a Lou Goble (Goble, 2013), quien ha identificado cinco sentidos de superabilidad en la lógica deóntica. No todos estos sentidos ponen de relieve cómo los juristas entendemos esta noción, por lo que he decidido reformular sus propuestas a efectos de adecuarlas a cómo suelen ser empleadas por los teóricos del derecho.

ser aplicada en el caso. La construcción de esta preferencia puede ser realizada de diversas formas. Sea como una preferencia abstracta (absoluta) o móvil (relativa y variable dependiendo de las razones fácticas).

Un ejemplo usual de esta manera de presentar la superación es el uso del criterio de especialidad para resolver conflictos normativos. La especialidad es un tipo de relación entre dos objetos con contenido proposicional. Una proposición A es más específica que otra, digamos B, si la proposición A necesita de la proposición B, pero la proposición B no necesita de la proposición A. Dicho en términos normativos, una norma tiene un antecedente que es igual a un fragmento del antecedente de otra norma. En este escenario, una de las normas tiene un antecedente compuesto por un conjunto de propiedades que está también previsto por completo por el antecedente de otra norma, pero que, además de estas, prevé propiedades adicionales (uno de los antecedentes es más específico o más fino que el otro). Si utilizamos la relación de especialidad como criterio de preferencia, entonces podemos decir que una norma especial supera/derrota a la norma general[116].

Por el otro lado, «superación» suele ser entendida como una forma de expresar que ciertas inferencias están garantizadas tras haber sido confrontadas con otras razones en un proceso de toma de decisiones. Esta garantía quiere decir algo diferente dependiendo del tipo de inferencia del que es predicada.

Partamos por entender los procesos de toma de decisiones como un conjunto operaciones por las cuales un agente racional justifica una conclusión a partir de un conjunto de premisas. Si este conjunto de premisas es ampliado, entonces debemos diferenciar entre la conclusión obtenida del primer conjunto de premisas (Conclusión 1) de la conclusión que obtendremos del conjunto de premisas ampliado (Conclusión 2).

Ahora bien, el punto relevante de la superabilidad es cómo incide la incorporación de una nueva pieza de información (esto es, una nueva premisa) sobre la Conclusión 1. Al respecto, las nuevas premisas pueden producir uno de los siguientes efectos: i) superación en sentido estricto (la nueva premisa refuta la conclusión, de manera que está injustificado

[116] Sobre este punto profundizaré en Cap. IV.4,4.2.

adoptarla[117]); ii) debilitamiento (la nueva premisa nos lleva a pensar que no tenemos razones suficientes para una determinada conclusión, en el sentido de que se pierde la confiabilidad de la relación entre las premisas y la conclusión[118]); y iii) infectividad (la nueva premisa no tiene efecto superador o debilitador de la primera conclusión).

En el caso del debilitamiento el agente puede optar por una de dos opciones: o bien la nueva premisa no lo lleva a descartar la Conclusión 1, esto es, la adoptará, o bien la nueva premisa conlleva no adoptar la Conclusión 1, por falta de justificación suficiente. Se podrá notar que la superación basada en el debilitamiento de una conclusión es una manera de expresar un criterio de preferencia entre dos posibilidades, lo cual es solo una manera diferente de señalar la idea expuesta el punto anterior (superabilidad como relación de preferencia). Pero ello no es así en el caso de superación en sentido estricto, en dicho caso no estamos frente a una preferencia, sino ante la demostración de que la conclusión no era correcta a partir de las premisas relevantes para la toma de decisiones.

En este sentido, la superabilidad nos puede dar cuenta de dos escenarios: no adoptar una Conclusión 1 por haber sido negada[119], o no adoptar una Conclusión 1 no estar adecuadamente justificada. Ambas son formas diferentes y diferenciables de premisa que una inferencia ha sido superada (y que dan cuenta, por ende, de formas diferentes de derrotar un elemento normativo).

---

[117] Digamos que tenemos una razón A para cumplir con una promesa B. Sucede que, además de la razón A, tenemos en el caso concreto que considerar la razón C la cual es una razón para no cumplir la promesa B. En este supuesto, la concurrencia de A con B, conlleva superar la razón A y, por tanto, no hacer B. Veamos un ejemplo jurídico. Supongamos que sabemos que un sujeto que ha matado (es una descripción verdadera y probada), por lo que consideramos debe ser sancionado penalmente. Luego sabemos que mató en defensa propia (descripción verdadera y probada), la cual es una razón para no sancionar. En este supuesto, la concurrencia de ambas conlleva concluir que no se debe castigar.

[118] Marmor ofrece un bien ejemplo de este punto. Consideremos que estamos frente a un objeto que es de color rojo. Sabemos que, en condiciones habituales, que objeto suele ser de color rojo. Sin perjuicio de ello, nos informan que hemos tomado una sustancia que afecta nuestro sentido de la vista de forma que nuestra percepción de los colores se ha visto alterada. Esta nueva pieza de información no niega la conclusión, lo que produce es que no podamos considerar que lo percibido sea razón suficiente para calificar que el objeto es rojo. Marmor, 2016, p. 17.
Veamos un ejemplo jurídico. Supongamos que estamos averiguando si un sujeto ha matado a otro. Durante el proceso la fiscalía presenta a un testigo que sostiene que vio el hecho, pero la defensa logra demostrar que el testigo tiene una relación personal adversa en contra del imputado. La defensa, con ello, no ha demostrado que la acusación fiscal sea falsa, pero si despoja de confiabilidad al testimonio.

[119] Cabe precisar el supuesto de una razón que se auto supera, por ejemplo, cuando hacemos promesas imposibles de cumplir. La concurrencia entre el deber de cumplir lo prometido y que el objeto sea imposible de realizar, conllevan que la propia inferencia se autosupere, bajo este esquema conceptual.

3.2. La clasificación de Bartosz Brożek

Bartosz Brożek ha formulado una propuesta de clasificación de diversas aproximaciones a la noción de derrotabilidad a partir de que la idea de que todas estas esclarecen un mismo problema[120]. Este autor parte de dos ideas: i) la derrotabilidad es un rasgo de las estructuras condicionales, por lo que predicar el carácter derrotable de otros objetos es solo una derivación de haber empleado una estructura condicional para expresarlos; y ii) la derrotabilidad incide sobre cualquier operación que se realice con normas jurídicas.

De acuerdo con la primera idea, la noción de derrotabilidad es empleada para expresar la imposibilidad del antecedente de garantizar el consecuente[121]. En términos más precisos, este concepto es entidido como una forma señalar que el antecedente está compuesto por propiedades no suficientes para el consecuente. En este sentido, por ejemplo: i) los conceptos se dicen que son derrotables si son entendidos como reglas de uso con un antecedente no suficiente para el consecuente (en adelante, antecedente derrotable); ii) los hechos son entendidos como derrotables si son presentados empleado una estructura condicional con el antecedente derrotable; iii) las creencias son derrotables si son representadas formalmente empleado una estructura condicional con el antecedente derrotable; iv) la interpretación es derrotable si los métodos interpretativos son expresados empleado una estructura condicional con el antecedente derrotable; v) el razonamiento jurídico en general es derrotable porque toma ventaja de las reglas derrotables; entre otros.

De acuerdo con la segunda idea, la derrotabilidad puede ser aplicada a todo tipo de problemas jurídicos, en tanto, su impacto trasciende a la forma en que entendemos las reglas (incide en la aplicación, validez, interpretación, etc., de las normas)[122].

Asumiendo estas dos ideas, este autor ha propuesto clasificar las diversas conceptualizaciones de la derrotabilidad en dos categorías: i) derrotabilidad deóntica (de la representación formal de una norma); y ii) derrotabilidad epistémica (del conocimiento

[120] Al respecto ver, Brożek 2004, 2005, 2008, 2014.
[121] Brożek, 2008, p. 167.
[122] Brożek, 2014, pp. 166-167.

que tenemos del antecedente)[123]. Asimismo, a efectos de clarificación conceptual, ha propuesto la diferencia entre derrotabilidad, *open texture* y revisabilidad. Precisemos estos puntos.

i. Derrotabilidad deóntica

Por «derrotabilidad deóntica» este autor agrupa a todas aquellas aproximaciones a la noción de derrotabilidad que sostienen que dicho carácter es resultado de emplear un tipo de norma condicional. Por normas derrotables entiende aquellas normas que poseen la siguiente estructura: «Si C1.C2…Cn, entonces S»[124]. En otros términos, predicar que una norma es derrotable (y todo aquello que es representado con este tipo de norma) da cuenta de que su antecedente solo puede estar compuesto por condiciones necesarias, pero no suficientes para garantizar el consecuente.

Esta aproximación a la noción de derrotabilidad, señala Brożek, agrupa a una diversidad de reconstrucciones formuladas desde distintos contextos de discusión. Además de los problemas de tipo lógico (en específico, a las discusiones respecto a cuál es la mejor manera de formalizar las normas jurídicas[125]), también incluye discusiones sobre cómo aplicamos normas en sentido amplio. De manera más precisa, esta aproximación ha empleada para sostener los siguientes tipos de propuestas: i) derrotabilidad procedimental; ii) derrotabilidad conceptual; y iii) derrotabilidad de argumentos[126].

Por «derrotabilidad procedimental» da cuenta de las propuestas que entienden que el carácter derrotable de las normas se debe a la forma en que están estructurados los sistemas de toma de decisiones adversariales (un litigio que tenga, por lo menos, dos

[123] Esta misma distinción ha sido esbozada en Laporta, 2007, p. 201.
[124] Brożek, 2004, p. 24, 203.
[125] Cabe anotar que una de las principales discusiones sobre el carácter derrotable de las normas es si requerimos de una lógica no monotónica o la lógica monotónica para poder representarlas. La elección entre una de estas representaciones, señala este autor, se basa en lo que asumamos conoce el agente. La diferencia entre la lógica monotónica y la no monotónica está en si asumimos que el agente dispone de un conocimiento completo de los hechos sobre los cuales va formular un razonamiento (lógica monotónica) o si consideramos que el agente está en una situación en la que no dispone de toda la información relevante (lógica no monotónica). Brożek, 2008, pp. 141-142 y Brożek, 2014, p. 167. Sobre este punto volver en Cap. III.4.
[126] Como veremos en las líneas siguientes, no es que sean sentidos de derrotabilidad en sentido estricto, sino ideas vinculadas a la derrotabilidad deóntica que capturan rasgos relevantes de cómo funciona el razonamiento jurídico. Por razones de fidelidad en la reconstrucción de este autor es que he mantenido el uso del término «derrotabilidad» en este punto, aunque genere ambigüedad.

partes en la que cada una tiene oportunidad para desvirtuar lo señalado por la otra). Cada proceso de toma de decisiones jurídicas contiene reglas de distribución de la carga de la prueba (entendido en un sentido amplio, es decir, como la oportunidad para ofrecer argumentos y evidencia que garanticen cada argumento) que tienen como efecto el descarte de una pretensión o de una contestación de la pretensión.

En un proceso el demandante sostiene que en un caso individual se verifican las condiciones para la aplicación de la norma y exige al que juez ordene la ejecución de su consecuente. El demandado, cuando le corresponde procesalmente participar en el proceso, puede demostrar que, a pesar de haberse satisfecho las condiciones de aplicación de la norma, también se han dado otros hechos que deberían tener como efecto que se excluya la aplicación de la norma (ofrece argumentos justificativos para crear una excepción). De esta forma el carácter derrotable de las normas está vinculado al diseño procedimental, por cuanto la variación de la carga de la prueba (entendida en un sentido amplio) permite poder proponer nuevas las excepciones en el antecedente de la norma[127].

Por «derrotabilidad de los conceptos» engloba a las aproximaciones que sostienen que si las normas son entendidas como normas condicionales derrotables (el antecedente está compuesto por condiciones necesarias y no suficientes para el consecuente), entonces los conceptos contenidos en una norma también poseen dicha estructura[128]. Ello debido a que si derrotamos una norma (esto es, incorporamos una nueva condición de aplicación en el antecedente) ello implica modificar los criterios de aplicación de un concepto. Bajo este sentido, por ejemplo, se engloba a todas aquellas posturas que consideran que el concepto de contrato válido es derrotable porque consideramos que las reglas que generan un contrato válido son derrotables[129].

Esta reconstrucción formulada por Brożek es discutible[130], pues la inaplicación de una norma por derrota no necesariamente conlleva la derrota del concepto. No es equivalente

[127] Brożek, 2004, p. 29.
[128] En términos del autor: «*the kind of defeasibility of concepts I have in mind is connected with the fact that legal rules are defeasible. As a result of using a legal rule we are able to say that a contract is valid or a person is obliged to do something. Since those rules are defeasible, concepts of "valid contract" or "being obligated to do something" could also be called defeasible*». Brożek, 2004, p. 30
[129] En este punto el autor formula una propuesta que es diferente de otros sentidos posibles de derrotabilidad conceptual, como el de Hart, por ejemplo. Brożek, 2004, p. 30
[130] Sobre este punto profundizaré en Cap. III.3,3.1.

modificar un concepto a modificar la regulación de una acción en determinadas circunstancias. Por ejemplo, derrotar las normas que regulan el trasplante de órganos, como en los casos que veíamos en la Introducción de esta investigación, no implica, necesariamente, derrotar la noción de trasplante.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe anotar que, si bien Brożek no lo precisa, para que la propuesta de derrotabilidad conceptual, como la entiende este autor, sea sostenible la derrota tendría que darse en función a contextos de uso o aplicación. Esto quiere decir que la derrota de la norma no se refiere a una redefinición del concepto en nuestro lenguaje, sino a la regla de uso de este concepto en la norma. En este sentido, esta propuesta de derrotabilidad conceptual no está caracterizando una forma de redefinir las palabras en nuestro léxico, sino una manera de precisar el sentido que se emplea al momento de aplicar la norma.

Por «derrotabilidad de los argumentos» Brożek engloba a quienes vinculan la derrotabilidad deóntica con la práctica argumentativa. En breve, en una discusión los argumentos entran en contradicción (sostienen justificaciones a conclusiones contradictorias entre sí) y como efecto de esta contradicción uno de estos puede ser derrotado por el otro. Los argumentos[131] se construyen a partir de cómo un agente, en un litigio, justifica su pretensión (o contestación) a partir de una norma jurídica. Asumiendo un litigio entre dos partes tendremos, por tanto, dos argumentaciones contradictorias entre sí: una que pretende la aplicación de una norma y la otra que da razones para considerar que ello no estaría justificado.

A este punto, el autor señala que los argumentos se presentan como estructuras condicionales derrotables. Que el proponente pueda justificar las condiciones de aplicación del argumento, no supone necesariamente que se siga su consecuente[132]. Como podemos ver, en este punto Brożek está replicando el ejercicio visto en aproximaciones anteriores, solo que lo predica respecto a uso de normas condicionales para representar argumentos.

[131] Por argumentación Brożek entiende una cadena de razonamiento que justifica una conclusión a partir de unas premisas. Brożek, 2004, p. 30
[132] Brożek, 2004, p. 30.

ii. Derrotabilidad epistémica

Por «derrotabilidad epistémica» este autor agrupa a todas aquellas aproximaciones a la noción de derrotabilidad que sostienen que dicho carácter es producto del conocimiento incompleto que posee un agente respecto al contenido de las normas. Es decir, engloba a todas aquellas aproximaciones que entienden la derrotabilidad como un problema de conocimiento incompleto, tanto del antecedente de un condicional como de las premisas en un razonamiento. En otros términos, da cuenta de los problemas de indeterminación epistémica respecto a cuáles son las propiedades relevantes con las que configuramos el antecedente de una norma.

En este sentido, bajo este conjunto de aproximaciones a la derrotabilidad se hace referencia al no seguimiento del consecuente, a pesar de haber satisfecho (mejor dicho, haber creído satisfechas) las condiciones del antecedente, debido a un cambio en nuestra información disponible respecto de lo que contiene dicho antecedente. De esta forma, en un primer momento un determinado agente creía que el antecedente estaba compuesto por una serie de elementos, pero, en un segundo momento, su conjunto de creencias cambia de manera que se producen variaciones de los enunciados descriptivos del contenido de la estructura condicional[133]. Es decir, pasamos de creer que habíamos cumplido el antecedente a darnos cuenta de que no lo habíamos hecho tras una variación de nuestro conjunto de creencias[134].

iii. Derrotabilidad, vaguedad y revisabilidad

Brożek, a efectos de claridad, propone diferencias conceptuales entre la noción de derrotabilidad (tanto deóntica como epistémica) y las de vaguedad, textura abierta (*open texture)* y revisabilidad. Preciso estos puntos.

[133] Brożek, 2004, p. 34.
[134] El ejemplo empleado para ilustrar este punto es el famoso supuesto del ave Piolín. Tenemos un primer razonamiento: i) sabemos que piolín es un ave; ii) sabemos que las aves vuelan; iii) por tanto, Piolín vuela. Esta inferencia puede ser derrotada agregando nueva información, sea explicitando que hay aves que no pueden volar y que Piolín forma parte de ese grupo, o explicitando que Piolín es un ave que, por su edad, todavía no puede volar. Brożek, 2004, pp. 31-32

Por vaguedad se refiere a los problemas de indeterminación lingüística (no generado por el conocimiento del usuario del lenguaje) sobre si un caso individual es un ejemplo o no del caso genérico contenido en el antecedente de una norma. El autor señala, en este sentido, que el predicado P es vago si hay objetos a los que puede predicarse tanto P como ¬P[135].

Por textura abierta, el autor[136] entiende los problemas de vaguedad potencial, es decir, de aquellos casos inesperados en los que se presenta un problema de indeterminación sobre si un concepto es aplicable o no (por ejemplo, el tipo de duda que tendríamos sobre si llamar a una criatura a la que estaríamos dispuestos a llamar «gato», pero dudamos dado que tiene la capacidad de crecer 15 metros si lo desea). Es un problema del lenguaje natural que se resuelve o bien cambiando nuestro concepto a fin de incorporar el caso insospechado (incluir dentro de la definición de «gato» la propiedad «tiene la capacidad de crecer 15 metros), o bien inventando un nuevo concepto para dicho caso insospechado, diferenciándolo del primero[137]. En este sentido, no refiere a un problema del lenguaje, sino a un problema de indeterminación del lenguaje que emplea un determinado agente[138].

Para Brożek los problemas de vaguedad y vaguedad potencial son producto de los límites de nuestro lenguaje. Esta es una dificultad diferente a no poder determinar las condiciones suficientes de una norma condicional (derrotabilidad deóntica) y a no conocer, de manera suficiente, el sistema normativo o las características de un caso (derrotabilidad epistémica).

---

[135] Brożek, 2014, p. 203. Brożek diferencia entre la vaguedad pragmática y la vaguedad semántica. Por vaguedad pragmática entiende la duda que un hablante nativo tendría respecto a la aplicación de un concepto a un objeto, es decir, que no estaría dispuesto a aplicar dicho concepto ni su negación. En cambio, por vaguedad semántica entiende la duda respecto al valor de verdad de un enunciado descriptivo respecto del objeto que pretende describir. Brożek, 2007, pp. 25-26. El autor en este punto sigue la clasificación formulada por Tomasz Gizbert-Studnicki quien entiende que la vaguedad da cuenta de la situación en la que un hablante nativo de un lenguaje no estaría dispuesto a aplicar un predicado P a un objeto ni su negación. A efectos de eliminar la vaguedad se deben realizar dos decisiones: i) decidir que un caso califica dentro de un predicado; y ii) establecer un criterio de aplicabilidad de cada predicado que permita incluir el caso dentro del predicado. Gizbert-Studnicki, 2000, 144. Sobre este punto ver Cap. II.4.

[136] Brożek, 2004, p. 36-40, Brożek, 2007, p. 26

[137] Las diferencias entre el problema de la derrotabilidad en el derecho y el de la textura abierta del lenguaje es un punto relevante para la discusión del cual daré cuenta en el próximo capítulo.

[138] Como ejemplo Brożek ofrece el supuesto de una norma que regula vehículos y que excluye, expresamente, del ámbito de aplicación de dicha noción a objetos no empleados normalmente para transportarse. Partiendo por asumir que normalmente se entienda como habitualidad o frecuencia, entonces hay un caso de *open texture* del concepto vehículo en caso que los patines (en una determinada comunidad) sean cada vez más usados para transportar personas, de forma tal que varía nuestro conocimiento del lenguaje para incluir a este objeto bajo ese predicado. Brożek, 2007, p. 28.

Con revisabilidad, Brożek da cuenta de un tipo de cambio que realizamos sobre reglas cognitivas, es decir, reglas sobre cómo conocer un determinado objeto[139]. Una regla cognitiva A es revisable si y sólo si: i) esta puede ser sustituida por otra regla (o conjunto de reglas) que den cuenta mejor (mayor grado de verosimilitud) del objeto que la regla A; y ii) esta nueva regla sea contradictoria que la regla revisada A[140].

Para aclarar este punto el autor ofrece como ejemplo la revisión de una regla cognitiva que nos permita diagnosticar una enfermedad[141]. En un primer momento un médico, a partir de un conjunto de síntomas, crea la siguiente regla para diagnosticar la enfermedad A: Si X tiene los SíntomasA, entonces X tiene la EnfermedadA (ReglaA). En un segundo momento el médico se da cuenta de que quienes tienen los SíntomasA, pero dado por otros hechos, ello forma parte de un SíndromeX, por lo que para diagnosticar la EnfermedadA es necesario, previamente, descartar dicho síndrome. Esto genera una segunda regla cognitiva: Si X tiene los SíntomasA y no es el caso que X tenga el SíndromeX, entonces X tiene la EnfermedadA.

Por último, en un tercer momento, el médico descubre que quienes tienen el SíntomaA y no tienen el SíndromeX, pero padecen de los SíntomasB, entonces tienen una enfermedad diferente. En este sentido, formula una tercera regla cognitiva para diagnosticar: Si X tiene los SíntomasA y no es el caso que X tenga el SíndromeX, y no es el caso que X tenga los SíntomasB, entonces X tiene la enfermedad A.

Este, según Brożek, es un problema diferente a la derrotabilidad deóntica y epistémica, pues no está tratando una forma de cómo representar creencias, o el carácter incompleto de la información disponible que tenemos sobre una enfermedad. Lo que tenemos es una reformulación de las condiciones necesarias que deben verificarse para poder calificar a un objeto bajo una categoría.

[139] Brożek no justifica que sean solo sobre este tipo de reglas ni del texto se desprenden razones para considerar que es un rasgo exclusivo de este tipo de normas. Sin perjuicio de ello, a efectos de una reconstrucción caritativa del autor reconstruiré el ejemplo y las conclusiones que saca de este.
[140] Brożek, 2008, p. 140 y Brozek, 2007, pp. 29 y 30.
[141] Brożek, 2008, pp. 140-142 y Brozek, 2007, pp. 28-30.

3.2.1. Comentario

Brożek ha formulado una propuesta de clasificación esclarecedora, pero hasta cierto punto[142]. Por un lado, está proponiendo diferenciar entre conceptos que, bajo sus propias premisas de clasificación, no son distinguibles. Por el otro lado, esta forma de presentar la(s) noción(es) de derrotabilidad no permite caracterizar, de manera satisfactoria, a las propuestas teóricas que pueden ser incorporadas en cada categoría

Veamos el primer punto. La distinción entre derrotabilidad y revisabilidad no es correcta, pues ambas etiquetas dan cuenta del mismo concepto. Como hemos visto, por revisabilidad se da cuenta del cambio de información que dispone un sujeto para poder clasificar un determinado objeto bajo un concepto. Dicho de manera más extensa, por revisar se refiere a los supuestos en los cuales reemplazamos una regla por otra a causa de cambios en nuestro conocimiento disponible. En este sentido, partimos por una estructura condicional (a->b) para formalizar una regla cognitiva. Tras haber adquirido nueva información que se considera representa mejor los aspectos relevantes de la realidad, se cambia la composición de la estructura condicional (a.¬c->b)[143].

Entendida de esta manera la «revisibilidad» es problemático ver su diferencia con la noción de derrotabilidad. Como hemos visto, por derrotabilidad epistémica el autor da cuenta de la incorporación de propiedades en el antecedente como resultado de un cambio de creencias, es decir, por resolver problemas de conocimiento incompleto[144]. De esta

[142] Si bien Brożek no lo señala expresamente, de su presentación se deduce que, para él, la derrotabilidad como concepto teórico tiene usos propios e impropios. Los propios serían aquellos que el autor ha clasificado dentro de la derrotabilidad deóntica o epistémica (o revisabilidad). Los impropios, en cambio, serían aquellos usos del concepto para esclarecer fenómenos vinculados a la derrotabilidad deóntica y epistémica. Estos usos del concepto derrotabilidad impropios los califica como discusiones sobre aspectos derivados del problema de la aplicabilidad las normas (derrotabilidad procedimental, derrotabilidad conceptual y derrotabilidad de argumentos).

[143] Brożek, 2008, p. 140. Como veremos más adelante, la propuesta de Carlos Alchourrón de derrotabilidad entendida como cambio de creencias sería, bajo esta clasificación, un tipo de revisabilidad y no de derrotabilidad. Brożek, 2004, p. 34.

[144] El conocimiento incompleto puede ser entendido, por lo menos, de dos maneras: i) no se dispone de toda la información posible sobre un determinado objeto (por ejemplo, yo no se si una llama es un camélido o un rumiante por mi falta de conocimiento en zoología) o del sistema normativo que debe ser empleado para resolver el caso; o ii) asumo que debo valorar casos individuales de la forma en que lo haría un legislador ideal y estoy frente a un caso individual nuevo e inimaginable, respecto del que no es posible conocer cómo el legislador ideal lo hubiera resuelto.

forma, esta manera de entender la derrotabilidad epistémica también supone la sustitución de una regla por otra que es más específica como resultado de ampliar nuestro conocimiento. De manera que esta es una distinción entre objetos indistinguibles.

En cuanto al segundo punto, esto es, la claridad de la propuesta de clasificación de la derrotabilidad, es resulta problemática. La diferencia entre deóntico y epistémico puede ser menos esclarecedora de lo que parece. Como bien ha señalado Brożek, la noción de derrotabilidad en la teoría del derecho ha sido entendida como un concepto teórico que nos permite dar cuenta que los antecedentes no operan como condiciones suficientes de los consecuentes. Ello ha sido analizado tanto desde una perspectiva lógico-deóntica (derrotabilidad deóntica) como epistémica (derrotabilidad epistémica).

Esta distinción entre problemas deónticos y epistémicos es útil para presentar contextos de discusión, pero no para diferenciar entre tipos de problemas. Los problemas deónticos dan cuenta de cómo representar, de mejor manera, que un elemento normativo es derrotable. De mejor manera quiere decir poder representar formalmente y con el mayor grado de precisión posible aquellos rasgos conceptuales que se predican de un determinado objeto. Una de las formas en que el problema deóntico se manifiesta es en las discusiones sobre cómo representar situaciones en las que un agente posee un conocimiento incompleto (derrotabilidad epistémica).

Los problemas epistémicos pueden ser expresados como cambios de representación formal de nuestras creencias, lo que es decir que la lógica puede ser empleada para dar cuenta de la derrotabilidad epistémica. En este sentido, es una distinción que oculta este punto y que diferencia entre elementos conceptuales que no son diferenciables.

3.3. La clasificación de Jorge Rodríguez y Germán Sucar

Jorge Rodríguez y Germán Sucar han identificado diversos argumentos mediante los cuales se predica la derrotabilidad de un elemento con contenido conceptual y, tras ello,

formularon una propuesta de clasificación[145]. Para estos autores esta multiplicidad de razones justifica considerar que hay un problema de ambigüedad en el uso del término «derrotabilidad», pues con se esta se justifican múltiples operaciones que se realizan sobre objetos diferentes[146].

Cabe precisar que estos autores identificaron estos argumentos a efectos de analizar cada uno de estos. No entraré a reconstruir y discutir cada uno de estos ni las consideraciones de estos autores, en este momento solo voy a dar cuenta de la clasificación que propusieron y los criterios empleados para construirla. En este sentido, Rodríguez y Sucar clasificaron las diversas formas de conceptualizar la derrotabilidad en dos: i) derrotabilidad como problema teórico; y ii) derrotabilidad como problema práctico.

i. Derrotabilidad teórica

Bajo esta categoría engloba a las teorizaciones sobre la derrotabilidad que emplean dicha noción para clarificar los problemas de indeterminación que se producen al identificar normas en un sistema jurídico[147]. Dentro de esta categoría agrupa las siguientes formas de entender el carácter derrotable de un objeto con contenido conceptual[148]:

1. La interpretación a una disposición en un momento T1 puede ser diferente a la que se haga en un momento T2. Esta segunda interpretación, en relación con la primera interpretación, puede o bien incluir más casos, o bien puede incluir menos casos.
2. La incorporación de nuevos enunciados en un sistema normativo puede tener como resultado que se incorpore una norma que conlleve reducir el ámbito de aplicación de otra norma que ya formaba parte del sistema normativo.

[145] Cabe resaltar la precisión formulada por los autores: «[e]n la mayoría de casos hemos reconstruido argumentos efectivamente utilizados por los autores que explícitamente emplean la expresión "derrotabilidad". En otros casos hemos tomado ideas que, aunque no hayan sido vinculadas al problema de la derrotabilidad, bien podrían haberlo sido». Rodríguez y Sucar, 2003, p. 115, pie de pág., 10. Para nuestros efectos, esto quiere decir que el punto a abordar es la noción de derrotabilidad y no, necesariamente, el uso de esta herramienta lingüística para esclarecer discusiones.
[146] «[N]o existe entre ellos un núcleo común de significado, sino que responden a un conjunto muy diverso de problemas. En todo caso, sólo entre alguno de estos parece haber cierto parecido de familia». Rodríguez y Sucar, 2003, p. 151.
[147] Rodríguez y Sucar, 2003, p. 119.
[148] Rodríguez y Sucar, 2003, p. 116-17.

3. El contenido conceptual de un enunciado sólo puede precisarse si hemos tomado en cuenta su contexto. En este sentido, es necesario, para identificar normas y sus excepciones, analizar otros enunciados del sistema normativo al que pertenece.
4. Los enunciados jurídicos, al ser formulados en lenguaje natural, padecen de textura abierta (vaguedad potencial). En atención a ello, la aplicabilidad de una norma padece, de manera irremediable, de un grado de indeterminación respecto a qué casos individuales se subsumen en ella.
5. Al momento de legislar es posible que el legislador no haya considerado relevante una propiedad en el antecedente que debió considerar relevante a efectos de evitar la aplicación del consecuente en determinados casos.

ii. Derrotabilidad práctica

Bajo esta categoría engloba a las teorizaciones sobre la derrotabilidad que emplean dicha noción para clarificar los problemas de indeterminación que se producen al aplicar normas de un sistema normativo a casos particulares. Dentro de esta categoría agrupa las siguientes formas de entender el carácter derrotable de un objeto con contenido conceptual [149]:

1. Los conceptos jurídicos no pueden definirse empleando un conjunto de propiedades compuesto por condiciones necesarias y suficientes, estas solo pueden ser necesarias.
2. Un órgano jurisdiccional puede dejar de aplicar una norma aplicable, en vista de que una norma moral califique de injusto el resultado que se tendría como resultado de dicha aplicación.
3. Los órganos jurisdiccionales justifican sus decisiones a partir de una norma general, pero esta norma general puede convalidar la norma individual que adopten, como también toda una clase de soluciones igualmente válidas.
4. La descripción de una situación fáctica determina la calificación normativa que se le aplica. Las conductas y los hechos admiten múltiples descripciones, cada una de las cuales pueden llevar a diferentes calificaciones normativas. Algunas de

[149] Rodríguez y Sucar, 2003, p. 117-18.

aplicación de una determinada calificación jurídica y otras que hagan operativa una excepción a la aplicación de dicha calificación jurídica.

5. Solo contamos con información incompleta de la realidad, por lo que todo juicio normativo puede ser modificado al momento de contar con mayor información sobre el hecho o conducta calificada jurídicamente.
6. Toda pretensión, sustentada en una norma general, puede ser desestimada en caso de que la contraparte ofrezca razones suficientes para no aplicar la norma general.

3.3.1. Comentario

Los autores formularon esta clasificación a efectos de sistematizar las propuestas sobre la derrotabilidad y ofrecer una contraargumentación a cada una de ellas con el propósito de justificar que no es necesario incorporar un nuevo concepto teórico[150]. En este momento no abordaré cada una de las críticas a cada uno de estos argumentos, sino los criterios empleados para clasificarlos: derrotabilidad como problema de identificación o de aplicabilidad del derecho.

La derrotabilidad teórica engloba a todas aquellas propuestas sobre la derrotabilidad que sustentan que con esta noción se da cuenta de un problema de validez de las normas (entendida como pertenencia de una norma a un sistema normativo). Esto puede ser entendido respecto a la norma y a las consecuencias lógicas de esa norma (a manera de pregunta, ¿qué consecuencias lógicas derivadas de una norma pertenecen al derecho y cuáles no?).

Este criterio ofrece una idea relevante para la discusión. Entender la derrotabilidad cómo un problema de validez implicaría que hay un criterio que determina qué contenido normativo es válido y cuál inválido, por lo que habría dos niveles normativos: la norma (y sus consecuencias lógicas) y una metanorma (la que determine su validez). La

[150] «[P]uede darse cuenta de los diferentes problemas que pueden hacer pensar en utilizar la noción de derrotabilidad con relación con las normas jurídicas sin recurrir a esta idea». Rodríguez y Sucar, 2003, p. 143.

derrotabilidad, en este sentido, podría explicarse a partir de la forma en que estos dos niveles normativos conflictúan entre sí y como se resuelve: es inválido (derrotado) todo aquello que no es conforme a la metaregla[151].

La derrotabilidad práctica, por su parte, engloba a todas aquellas propuestas sobre la derrotabilidad que sustentan que con esta noción se da cuenta de un problema de aplicabilidad de las normas. Es decir, de todas aquellas situaciones en las cuales una norma es susceptible de ser aplicada, pero no es aplicada. Esto puede ser entendido como dos preguntas: ¿cómo regula el derecho un determinado caso? y ¿cómo deciden los jueces?

Puede que verifiquemos que una determinada conducta o fenómeno está regulado de una determinada manera por una norma, pero que el juez, a pesar de ello, decida no aplicarla. Entonces corresponde determinar qué razones ofreció para no hacerlo y si estas son pertinentes jurídicamente.

En este sentido, de esta propuesta de clasificación podemos obtener dos problemas sobre la derrotabilidad a explorar: las vinculaciones conceptuales entre la noción de derrotabilidad con la identificación y aplicabilidad de normas.

4. Propuesta de clasificación

Retomemos la pregunta de fondo: ¿los teóricos de la derrotabilidad emplean el término «derrotabilidad» de manera ambigua o están formulando diferentes explicaciones (basadas en presupuestos teóricos diferentes sobre cómo entender y estudiar el derecho) de un punto (o puntos) en común?

En los próximos capítulos analizaré las propuestas teóricas más relevantes sobre la noción de derrotabilidad a efectos de poner de relieve sus puntos comunes y diferencias

[151] Anoto sobre este punto que este camino nos lleva a discutir sobre derrotabilidad y regla de reconocimiento. Al respecto, ver Ferer y Ratti, 2010 y 2012b.

conceptuales. Al respecto, analizaré las siguientes propuestas: i) derrotabilidad y argumento de la disociación (propuesta por Riccardo Guastini); ii) enfoque disposicional de la derrotabilidad (propuesta por Carlos Alchourrón); iii) derrotabilidad como imposibilidad de valorar todas las circunstancias (propuesta, principalmente, por Juan Carlos Bayón); iv) derrotabilidad y lagunas axiológicas (propuesta por Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin); v) derrotabilidad y experiencias recalcitrantes (propuesta por Frederick Schauer); vi) derrotabilidad e ilícitos atípicos (propuesta por Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero); vii) derrotabilidad de los conceptos (propuesta por H.L.A. Hart); viii) derrotabilidad y carga de la prueba (propuesta, en un primer momento, por Giovanni Sartor, y recientemente por Luis Duarte d'Almeida); ix) normas condicionales derrotables (propuesta por Carlos Alchourrón); x) derrotabilidad como creación de excepciones implícitas (propuesta por Andrea Dolcetti y Giovanni Battista Ratti); y xi) derrotabilidad como creación y resultado de una relación de preferencia (propuesta por Jordi Ferrer y Jorge Rodríguez).

Al respecto, considero que, si tomamos en cuenta la noción de aplicabilidad, podemos poner de relieve aspectos teóricamente interesantes que me permitan justificar que la noción de derrotabilidad (en la teoría del derecho), es entendida de dos maneras: i) como una forma de esclarecer el cambio de norma relevante para regular un caso; o ii) que el aplicador del derecho deje de tener que usar una determinada norma para resolver un caso individual.

En este subapartado voy a proponer un criterio de clasificación que permita poner de relieve la distinción señalada. Para ello, voy a profundizar en reconstruir los diferentes sentidos de aplicabilidad, pues con ellos se explicitará de mejor manera los puntos teóricos comunes y divergentes entre las diferentes formas de aproximarse a la noción de derrotabilidad.

Para su construcción en este subapartado partiré por realizar un análisis de la aplicabilidad de normas y qué podemos explicitar con sus sentidos. Tras ello, formularé los criterios que me permitirán demostrar que los teóricos del derecho discuten sobre dos problemas diferentes y diferenciables.

4.1. Aclaraciones previas: pertenencia y aplicabilidad de normas

Para aclarar adecuadamente qué quiere decir «una norma es aplicable» es pertinente poder diferenciar entre las nociones de aplicabilidad y pertenencia de una norma a un sistema normativo. Asimismo, es adecuado poder diferenciar entre sistema de normas aplicables a un caso de sistema de normas que pertenecen al sistema jurídico.

Para estos efectos, en este subapartado partiré por reconstruir, muy brevemente, las nociones de pertenencia de una norma al sistema jurídico. Luego la de aplicabilidad de una norma y pondré de relieve las diferencias entre una y otra.

4.1.1. Pertenencia de una norma al sistema jurídico[152]

La pertenencia de una norma a un sistema jurídico es una noción descriptiva y relativa. Descriptiva por cuanto nos informa qué normas forman parte de un sistema jurídico (tienen membresía de este conjunto de normas) y relativa dado que da cuenta de la vinculación entre una norma y un determinado sistema[153]. En este sentido, esta es una noción empleada para dar cuenta de un tipo de relación entre normas a efectos de determinar qué normas son miembros del conjunto de normas, pero sobre esto debo precisar algunos puntos.

Una norma puede pertenecer a un sistema jurídico en base a: i) relaciones de legalidad; ii) relaciones de deducibilidad; o iii) que sean normas independientes (pertenencia directa al sistema normativo).

Conforme al criterio de legalidad las normas emitidas por autoridades con competencia para ello pertenecen al sistema jurídico. De acuerdo con el criterio de deducibilidad, las

[152] La discusión sobre cómo identificar que una norma que forma parte del derecho es amplísima y no pretendo dar cuenta de ella por completo en este subapartado. Mi objetivo se limita a únicamente poder precisar qué estoy diciendo al momento de afirmar que una norma pertenece al sistema jurídico.
[153] Bulygin, 1991 [1982], p. 195. Como podemos ver, la pertenencia de una norma al sistema jurídico no es un atributo o característica de la norma, sino que es un resultado de cómo se relaciona con otras normas.

consecuencias lógicas de las normas pertenecientes al sistema jurídico (incorporadas a mérito del criterio de legalidad) pertenecen al sistema jurídico. Ambos criterios son independientes y la combinación de ambos nos ofrece cuatro posibilidades de modelos de pertenencia de normas a sistemas jurídicos[154].

Cabe anotar que ambos criterios dan cuenta de relaciones entre normas, de manera que para justificar la pertenencia de una norma se presupone otra norma. Por un lado, el criterio de legalidad presupone la competencia (entendida como la atribución que una norma asigna a una autoridad) para formular normas, es decir, el poder normativo. Esto supone que para que una autoridad pueda crear normas ello implica que una norma le ha conferido tal competencia, lo que a su vez supone que la norma que confiere poder normativo posee tal cualidad debido a que otra norma así lo ha previst. Esto nos lleva a un regreso al infinito (si asumimos que siempre la pertenencia de una norma depende de otra norma ello llevaría a que siempre requeriríamos de una norma que, a su vez, requiere de otra norma y así sucesivamente). Por el otro lado, el criterio de deducibilidad supone, conceptualmente, una norma de la cual derivarse. Ambos criterios, como vemos, no responden de manera suficiente la pregunta de qué le da membresía a una norma al sistema jurídico. Esta dificultad nos lleva al tercer criterio de pertenencia de normas al sistema: normas independientes o normas cuya pertenencia no dependa de su relación con otras normas[155].

---

[154] Estos modelos son:

1. Modelo de la derivación: solo pertenecen al sistema jurídico aquellas normas que cumplen con el criterio de la deducibilidad, es decir, solo son parte del sistema aquellas normas que son consecuencias lógicas de las normas existentes en el sistema.
2. Modelo de la autorización: solo pertenecen al sistema jurídico aquellas normas que cumplen con el criterio de legalidad. La creación de normas por autoridades competentes sería una condición suficiente para que la norma pertenezca al sistema. En este sentido, una norma pertenece al sistema si y solo si el acto de emisión de N se encuentra autorizada por ora norma de competencia que pertenece al sistema. A su vez, esta norma de competencia pertenece al sistema porque ha sido emitida conforme a otra norma del sistema (esto nos llevaría a un problema de circularidad sobre el que me referiré en el texto principal más adelante).
3. Modelo copulativo: pertenecen al sistema jurídico aquellas normas que cumplen con el criterio deductivo y de legalidad, es decir, solo son parte del sistema aquellas normas que son el resultado de un acto de emisión de una autoridad competente y, además, son una consecuencia lógica de otras normas que pertenecen al sistema.
4. Modelo disyuntivo: pertenecen al sistema jurídico aquellas normas que cumplen con el criterio deductivo o el de legalidad, es decir, son parte del sistema aquellas normas que cumplan con cualquiera de los criterios de pertenencia.

Caracciolo, 2008, pp. 51 y 52. Al respecto, Caracciolo, Navarro y Rodríguez han sustentado que la mejor forma de reconstruir los sistemas jurídicos es mediante el modelo disyuntivo. Caracciolo, 2008, p. 66, Caracciolo, 1988, p. 66, y Navarro y Rodríguez, 2014, p. 145

[155] Ferrer y Rodríguez, 2011, p. 70.

A efectos de aclarar este tercer criterio hemos de diferenciar entre dos tipos de normas que forman parte de un sistema jurídico[156]: i) normas independientes, esto es, normas cuya pertenencia a un sistema jurídico no está condicionada a la pertenencia de otras normas. Son axiomas o postulados del sistema jurídico, cuya pertenencia al sistema jurídico está definida por razones extra sistémicas (también denominadas sistema originario o primera constitución); y ii) normas dependientes, esto es, normas cuya pertenencia a un sistema jurídico está condicionada a la pertenencia de otras normas, sean estas también dependientes o independientes.

En este sentido, una norma es dependiente por dos razones: o bien es una consecuencia lógica de otra norma que ya pertenece al sistema jurídico, o bien ha sido creada por una autoridad con poder normativo, es decir, con competencia asignada por una norma del sistema jurídico[157].

Por último, cabe anotar que la forma de entender los criterios de pertenencia nos permite diferenciar dos conceptos de sistema jurídico: como sistemas estáticos o como sistemas dinámicos[158]. La noción de sistema estático da cuenta de los sistemas jurídicos entendidos como un conjunto de normas. En este sentido, las normas se relacionan entre sí como las proposiciones de un sistema deductivo, es decir unas parten de otras superiores hasta llegar a la originaria de las cual todo se deduce. De esta forma, la identidad del sistema está dada por las normas promulgadas (cualquier cambio en el sistema nos llevaría a un nuevo sistema, en tanto, los sistemas varían por la promulgación o derogación de normas) y sabemos qué normas pertenecen a este a través del criterio de deducibilidad.

[156] Moreso y Navarro, 1993, p. 37. Guastini para presentar esta distinción emplea la terminología normas originarias y normas derivadas. Guastini, 2011b, pp. 84-85.
[157] Moreso y Navarro, 1993, p. 38. Orunesu, Rodríguez y Sucar, 2001, pp. 26-27. Las normas derivadas, según un criterio estático, son normas más dependientes que las formuladas a partir del criterio de legalidad. Ello debido a que el contenido de la norma derivada depende en absoluto del contenido de la norma de la que se deduce. En efecto, si desaparece del sistema esta última, lo mismo ocurrirá con todas las normas derivadas que de ella se deduzcan. En cambio, la dependencia de la norma formulada según el criterio de legalidad o habilitación se refiere sólo al acto de producción de la norma, básicamente a la autoridad normativa, al procedimiento y al ámbito material que puede ser regulado por la norma en cuestión; sin embargo, su contenido es por completo independiente de la norma autorizante y de cualquier otra norma sistema. Prieto Sanchis, 2016, p. 108.
[158] Bobbio, 2002, p. 177.

La noción de sistema dinámico, en cambio, da cuenta de los sistemas jurídicos entendidos como conjuntos de normas que se suceden en el tiempo. En este sentido, las normas que le componen se derivan unas de otras por medio de una delegación sucesiva de poder. De esta forma, sabemos qué normas forman parte de cada sistema en atención al criterio de legalidad, pero no al de deducibilidad[159].

Como bien señala Daniel Mendoca, «la posibilidad de tales cambios en el tiempo determina el carácter dinámico del derecho y fuerza a elaborar un concepto de sistema dinámico. Un sistema dinámico no puede ser un conjunto de normas, sino una familia (un conjunto) de conjuntos de normas o, más precisamente, una secuencia temporal de conjuntos de normas»[160]. Esto lleva a la distinción entre sistemas jurídicos y orden jurídico. Los sistemas jurídicos son el conjunto de normas en un determinado momento de tiempo y el orden jurídico es el conjunto de sistemas jurídicos ordenados en una secuencia[161].

4.1.2. Aplicabilidad de una norma un caso particular[162]

[159] Otra manera de presentar esta distinción es empleando la pregunta cómo se justifican las normas. Las normas que no se justifican en otras normas son las normas supremas o independientes que conforman el primer sistema normativo. Las normas que se justifican en otras normas son las normas derivadas. Dicha justificación puede ser de dos tipos: i) justificación dinámica, es decir, una norma está justificada debido a que otra norma permite que una determinada autoridad pueda crearla; o ii) justificación estática, es decir, una norma está justificada porque se deduce de otra norma que forma parte del sistema. Sobre este punto ver Guastini, 2018a, p. 166, pie de pág., 3.

[160] Mendonca, 2001, p. 50.

[161] Sobre este punto, dado el propósito del apartado, no es oportuno profundizar.

[162] Siguiendo a Alchourrón y Bulygin, los jueces están sometidos a tres principios: i) principio de inexcusabilidad; ii) principio de justificación; y iii) principio de legalidad. Alchourrón y Bulygin, 2012, p. 244. Bulygin, 2005a, p. 30. Alchourrón, 2010 [1996c], pp. 157-58. Sobre estos principios volveré en Cap. II.3,3.2. En el presente apartado pretendo analizar el contenido del último principio, es decir, qué quiere decir «aplicar el derecho». Para un análisis breve del contenido de los dos primeros principios ver Mendonca, 1997, pp. 49-58. Cabe señalar que en la teoría del derecho hay diversas formas de entender la noción de aplicabilidad. Para los fines de esta investigación seguiré el enfoque analítico propuesto por Bulygin 1991 [1982], Moreso y Navarro, 1996, Navarro, Oruneso, Rodríguez y Sucar, 2004, Navarro y Rodríguez, 2014, Cap. 4 y Rodríguez y Vicente, 2009.
Cabe anotar, solo a efectos de precisión, que si adoptamos de manera conjunta estos tres principios (y asumimos que debe implica puede) se sigue que los jueces deben resolver todos los casos que se les presente empleando normas del sistema. Esto supone que las normas jurídicas pueden resolver cualquier caso, esto es, un ideal de completitud absoluta del sistema jurídico (el sistema puede resolver la calificación normativa de cualquier acción que se presente). Sobre este punto volveré en Cap. 3,3.2.

La aplicabilidad de una norma da cuenta del deber del aplicador del derecho (por ejemplo, un juez), impuesto por una norma N1, de emplear una determinada norma N2 (perteneciente o no al sistema jurídico), en la justificación de su decisión institucional para resolver un determinado caso particular[163].

Esta propuesta de conceptualización de la aplicabilidad supone: i) una descripción de una relación normativa; ii) la aplicación de normas tiene una función justificativa de decisiones; y iii) la norma aplicada no necesariamente debe formar parte del sistema jurídico. Para poder aclarar los puntos i) y ii) es pertinente analizar la relación conceptual entre aplicabilidad y casos regulados. Para abordar el punto iii) será necesario dar cuenta de la distinción conceptual entre las nociones de pertenencia y aplicabilidad las normas.

i. Relación entre aplicabilidad y casos regulados: alcance y fuerza de las normas

A efectos de poder explicar con claridad la noción de aplicabilidad es pertinente precisar sobre la distinción entre casos genéricos y casos individuales. Por caso genérico se entiende una clase o conjunto de clases de propiedades. Esto es, tipos de situaciones en las que pueden ocurrir acciones. Un caso individual, en cambio, se entende una situación específica que es identificable por tener una o todas las propiedades previstas en el caso genérico (es una instanciación o ejemplificación del caso genérico)[164]. Conocemos cuáles son los casos individuales a partir de identificar el contenido del caso genérico (son casos individuales todos aquellos subsumibles en el caso genérico[165]).

[163] Rodríguez y Vicente, 2009 p. 186, Navarro, Orunesu, Rodríguez y Sucar, 2004, p. 337, Ferrer y Rodríguez, 2011, p. 185, Pino, 2012, p. 63. La noción de aplicabilidad fue introducida por Bulygin en Bulygin 1991 [1982]. Ver, además, Bulygin, 2012.

[164] Alchourrón y Bulygin formularon la distinción de la siguiente manera: «el término "caso" es ambiguo, tanto en el lenguaje jurídico, como en el lenguaje común. Así, por ejemplo, se habla del caso de homicidio político y del caso de asesinato de Gandhi, del caso de divorcio y del caso de divorcio de Brigitte Bardot; del caso de sustracción de cadáveres y del caso de los Caballeros de la Noche. Obviamente, la palabra "caso" no significa lo mismo en todas estas frases. El asesinato de Gandhi es un acontecimiento real, que ha ocurrido en un lugar y en un momento temporal determinados. La expresión "el caso de homicidio político" no alude a ningún acontecimiento concreto; es una mera descripción de ciertas propiedades que determinados acontecimientos pueden tener. La propiedad de ser un homicidio político puede ejemplificarse en un número indeterminado de situaciones reales u ocasiones». Alchourrón y Bulygin, 2012, pp. 43-44. Sobre esta distinción, además, ver: Von Wright, 1970, pp. 42-44. Sobre la distinción como elemento del derecho entendido como un sistema normativo ver Caracciolo, 2008, p 29. En relación con la noción de caso individual, Navarro ha diferenciado entre caso individuales como un elemento de un universo del discurso y caso individual como elemento de un caso genérico. Para efectos de simplificación no profundizaré en la distinción, pero debo precisar que estoy empleando el segundo sentido. Sobre este punto ver Navarro, 2014, pp. 152.

[165] Debo anotar que «caso genérico» puede ser entendida de dos formas. Partiré con un ejemplo para aclarar este punto. Pensemos que estamos frente a la regulación sobre donaciones, para lo cual se ha regulado dos

Las normas jurídicas contienen en su antecedente casos genéricos[166]. De esta forma, las normas regulan todos los casos que le sean subsumibles. A este punto, Orunesu, Navarro, Rodríguez y Sucar han propuesto distinguir, con acierto, entre casos individuales y casos judiciales[167].

Los casos individuales y los casos judiciales son tipos de casos particulares (objetos identificables en un determinado espacio-tiempo). Un caso individual, como se ha mencionado, es una instanciación de un caso genérico. Un caso judicial, en cambio, refiere las controversias que deben ser resueltas por un aplicador del derecho. Refiere a casos que requieren una decisión institucional justificada, es decir, la calificación jurídica de ciertos hechos (probados) justificada en una norma jurídicamente aplicable. En este sentido, las normas generales tendrían dos tipos de relaciones con los casos particulares en función a su tipo. Las normas generales y los casos individuales tienen una relación conceptual, en el sentido de que todos los casos individuales están solucionados por el caso genérico sin que ello requiera una decisión expresa[168]. En cambio, las normas generales y los casos judiciales tienen una relación institucional, en el sentido de que su solución requiere, necesariamente, de una decisión institucional expresa.

---

propiedades relevantes: transferencia gratuita (TG) y formulación mediante documento escrito (FDE). La combinación de estas dos propiedades normas ofrece cuatro posibles situaciones en función a su presencia o ausencia en cada supuesto: i) TG.FDE; ii) TG.¬FDE; iii) ¬TG.FDE; y iv) ¬TG.¬FDE. Esto nos permite diferenciar entre casos elementales y casos completos. Un caso elemental es aquel que menciona todas las propiedades relevantes (la lista del i) al iv), por ejemplo). En cambio, un caso complejo es solo aquel que no menciona todas las propiedades, sino solo alguna de estas. En nuestro ejemplo, que solo mencione la presencia o ausencia de TG o de FDE. En este sentido, «caso genérico» es ambiguo, pues puede estar refiriendo a un caso elemental o a un caso complejo.
Cabe anotar que esta ambigüedad de caso genérico se traslada a la noción de norma general. Dado que el antecedente de una norma general está compuesto por un caso genérico, entonces las normas generales pueden tener como antecedente un caso elemental o un caso complejo. En nuestro ejemplo, una norma general que contenga un caso elemental será aquella que califique, por señalar solo un supuesto, la concurrencia de TG con FDE (así como el resto de casos previstos del i) al iv)). En cambio, una norma general que contiene en su antecedente un caso complejo será aquella que califique, por señalar solo un supuesto, la presencia de solo la propiedad TG. Sobre este punto Alchourrón y Bulygin, 2012, Cap. 1.3. Sobre esta propuesta de análisis de los sistemas normativos profundizaré en Cap. IV. 5.

[166] Sobre la estructura de las normas profundizaré en Cap. III.2.

[167] Navarro, Orunesu, Rodríguez y Sucar, p. 334. Navarro y Rodríguez, 2014, p. 128. Navarro, 2005b, p. 92.

[168] Como bien lo aclaran Navarro y Rodríguez, los casos individuales son resueltos como consecuencias lógicas obtenidas a partir de una norma general y determinadas premisas empíricas. Navarro y Rodríguez, 2014, p. 128. Por ejemplo, si tenemos la norma «si homicidio, entonces obligatorio sancionar», cada hecho ocurrido en un determinado espacio-tiempo en el que una persona le quite la vida a otro estará resuelto por aplicación deductiva de dicha norma. Ver, además, Navarro, Navarro, 2005b, 93.

La diferencia de estas relaciones conceptual e institucional entre las normas generales y los casos particulares es relevante a efectos de poder analizar qué implica resolver un caso empleando una norma general. Dado que el antecedente de las normas generales está compuesto por casos generales, es pertinente analizar las conexiones entre esta noción y la de casos particulares (tanto la conceptual como la institucional).

Veamos un ejemplo para aclarar la conexión entre conceptual e institucional entre casos genéricos y casos particulares[169]. Imaginemos que tenemos la norma general «si auto mal estacionado, entonces obligatorio sancionarle con multa». Sucede que Juan ha estacionado su auto de tal manera que constituye un supuesto indubitable de mal estacionamiento. De esta premisa fáctica y la norma general podemos deducir lógicamente la norma individual N1 «Juan debe ser sancionado con multa». Esta norma individual (que es resultado de una inferencia lógica) identifica un elemento que forma parte del contenido conceptual de la norma y tiene aptitud de operar como directiva dirigida a los jueces a efectos de guiar sus decisiones (dirigirlas a resultados racionales).

Asumamos que el aplicador del derecho resuelve sancionar a Juan con una multa. Su decisión se formula creando una norma N2 «Juan debe ser sancionado con multa». Aquí estamos frente a un caso judicial que es resuelto mediante una decisión institucional[170]. Esta norma N2, en sentido estricto, no forma parte del contenido de la norma general, sino que es una norma que ha sido introducida por el juez al momento de realizar el acto normativo de sentenciar. Para explicar estas relaciones entre normas generales, tipos de casos particulares y sus correspondientes formas de solucionarlo debemos emplear la noción de aplicabilidad.

Aclarado este punto podemos profundizar sobre el concepto de aplicabilidad. Afirmar «una norma N1 es aplicable» es una descripción de haber inferido el deber de aplicarla del sistema jurídico, es decir, da cuenta de que una norma N2 ordena su empleo en la decisión institucional de un aplicador del derecho. Dicho breve, refiere a la pertenencia,

[169] Para estos efectos estoy siguiendo el razonamiento previsto en Navarro y Rodríguez, 2014, p. 128.
[170] Bulygin, 1994, p. 12.

dentro del sistema jurídico, de la prescripción de emplear dicha norma para resolver un determinado tipo de casos[171].

A efectos de precisión, cabe resaltar que la aplicabilidad es una noción compleja: está compuesta por un elemento constitutivo y un elemento prescriptivo. En efecto, debemos diferenciar entre la individualización de la norma que debe ser usada para resolver un caso y el deber de emplear dicha norma en la justificación de la resolución de dicho caso[172]. En este sentido, en los sistemas jurídicos disponemos de normas constitutivas que nos permiten identificar qué condiciones debe poseer una norma para ser considerada aplicable y normas prescriptivas que determinan el deber de los jueces de aplicar las normas aplicables[173].

---

[171] Como bien precisa Rodríguez y Vicente, el deber contenido en la norma N2 (norma que prescribe la aplicación) no es respecto del contenido de la norma N1 (norma que se ordena aplicar). Entenderlo de esta forma haría de N2 una norma superflua y reiterativa. La norma que prescribe la aplicación de otra norma es un deber de obedecer ciertas normas que posean una determinada propiedad. Para aclarar este punto emplean los autores emplean el siguiente ejemplo: imaginemos que unos padres le ordenan a su hijo «haz todo lo que la niñera te ordene». Tenemos una norma de seguir determinadas normas (las que dicte la niñera), la cual no es reiterativa de todo lo que la niñera, específicamente, le diga. Volviendo al plano jurídico, la aplicabilidad da cuenta de una norma que ordena a los aplicadores del derecho de emplear determinado tipo de normas en sus decisiones. Rodríguez y Vicente, 2009, p. 186, pie de pág. 23.

[172] Esta distinción ha sido propuesta por Mendonca, 1997, pp. 60-61. Ver también Rodríguez, 2002, p. 148. Siguiendo a Mendonca, cabría diferenciar entre aplicación y aplicabilidad. Por aplicación se hace referencia al empleo de una norma en la justificación de una decisión jurisdiccional (otros autores llamarían a esto uso de normas). Por aplicabilidad estaríamos dando cuenta tanto de la norma constitutiva como de la norma prescriptiva que determina qué normas son aplicables y el deber de aplicarlas. Mendonca 1997, p. 60. Al respecto, por un lado, la distinción entre una norma constitutiva y una norma prescriptiva nos permite diferenciar entre problemas sobre la identificación de normas aplicables y problemas sobre el cumplimiento del deber de aplicar la norma aplicable. Por el otro lado, la distinción entre aplicación y aplicabilidad nos permite identificar el universo de posibilidades de casos de aplicación de normas: i) juez que aplica una norma aplicable; ii) juez que aplica una norma cuya aplicabilidad estaba prohibida; y iii) juez aplica una norma que carecía de aplicabilidad para el caso (no satisface los criterios de aplicabilidad). En este sentido, desde una aproximación formal, el caso i) nos muestra una decisión jurisdiccional correcta y los casos ii) y iii) nos muestran decisiones jurisdiccionales incorrectas. Sobre este punto debo precisar que el caso iii) puede ser entendido de dos formas: usar una norma inaplicable para un caso regulado y usar una norma inaplicable para un caso cuya regulación padece de laguna normativa. Esta calificación de error está limita al supuesto de aplicar una norma no aplicable en un sistema normativo que prescribe la aplicación de otra norma. En efecto, en situaciones de laguna el juez no hay deber de aplicar el derecho, pues no hay derecho aplicable. En estos casos de sistema incompleto el juez deberá modificar el sistema, pero sobre este punto no profundizaré en este momento.

[173] La representación formal de estas normas prescriptivas, bajo la concepción puente, es (p->Oq). Aquí p representa a las normas aplicables (identificadas por la norma constitutiva) y Oq representa el deber de emplear la norma aplicable en una decisión jurisdiccional. Sobre este punto cabe precisar que es necesario, para poder aplicar normas, que esta norma prescriptiva satisfaga el refuerzo del antecedente y el *modus ponens*. No podría ser el caso que esta prescripción sea entendida empleando un condicional derrotable del tipo (p>Oq), pues con este tipo de normas no es posible realizar inferencias prácticas. Al respecto retomaré lo señalado en el Cap. III.4. Esto no implica que necesariamente deba ser una regla inderrotable. Como ya hemos visto, si entendemos que dicha regla es derrotable, ello puede ser representado formalmente como (*f*p->Oq).

Como podemos ver, bajo esta forma de entender la aplicabilidad se realiza una descripción de una norma que establece una prescripción de emplear otra norma cada vez que se verifique un caso individual que es subsumible en su antecedente. Al respecto, cabe precisar que esta descripción puede estar haciendo referencia a una de dos nociones diferentes y relacionadas entre sí: aplicabilidad interna y aplicabilidad externa de las normas generales a casos particulares[174].

Una norma N1 es internamente aplicable en un espacio-tiempo determinado a un caso particular siempre que este sea una instanciación o ejemplificación del caso genérico contenido en el antecedente de la norma. Como podemos ver, con esta noción se describe la relación entre una norma y un caso individual (caso que es subsumible en el ámbito de aplicación[175] de la norma general). Dicho en términos más precisos, la aplicabilidad interna da cuenta del alcance de las normas entendiendo dicho concepto como el conjunto de casos a los cuales la norma ha resuelto deductivamente[176].

Cabe anotar que la aplicabilidad interna está determinada por la forma en que se ha identificado la norma[177]. En este sentido, el alcance de las normas es una noción descriptiva de la forma en que el intérprete ha decidido atribuir cierto significado a una disposición o de haber formulado una norma implícita[178]. Cabe anotar que la noción de alcance de una norma general se corresponde con el tipo de caso genérico (elemental o complejo) previsto en el antecedente de la norma[179].

---

[174] Esta distinción fue introducida inicialmente por Moreso y Navarro, 1996 y 1998. En lo que sigue asumiré las reconstrucciones y críticas contenidas en Navarro, 2005a, p. 107, Rodríguez y Vicente, 2009, pp. 190 y ss., y Navarro y Rodríguez, 2014.

[175] Von Wright, 1970, p. 90. Sobre este punto ver Mendonca, 1997, p. 61.

[176] Navarro, 2005a, p. 118.

[177] Sobre este punto volveré en Cap. III.2.

[178] Sobre esta precisión ver Rodríguez y Vicente, 2009, p. 191, y Ferrer y Rodríguez, 2011, p. 62. En efecto, dependiendo de cómo identifiquemos la norma cambiará el alcance de esta. Sobre este punto, cabe anotar que en estos textos todos los autores sostienen que es preferible asumir una aproximación holística de las normas, en el sentido de que debemos identificarlas tomando en su consideración todas las propiedades (excepciones en su terminología) que restringe su alcance (sobre este punto, además, ver Navarro y Rodríguez, 2014, p. 131). Si seguimos esta forma de identificar normas, por ejemplo, las normas en *vacatio legis* no son internamente aplicables, pues debiéramos incluir una propiedad que exceptúa de su alcance a todos los casos particulares, pues sería una norma que no regula ninguna situación jurídica dentro del espacio-tiempo mientras dure dicha *vacatio* (se podría «y no estar en *vacatio legis*», por ejemplo). Sobre este punto discutiré más adelante.

[179] En este punto retomo lo señalado anteriormente en este apartado sobre la distinción entre casos elementales y casos complejos, así como las precisiones indicadas en Navarro, 2005a, p. 112. Siguiendo de cerca a este autor, el alcance de una norma general está en función a si su antecedente está compuesto por un caso elemental (que menciona todas las propiedades relevantes) o un caso complejo (que menciona solo una o alguna de las propiedades relevantes, sin mencionar todas).

Una norma N1 es externamente aplicable en un espacio-tiempo determinado a un caso individual que es una ejemplificación del caso genérico C, siempre se satisfagan conjuntamente las siguientes condiciones: i) el caso genérico C esté previsto en el antecedente de la norma N1, es decir, sea internamente aplicable; y ii) otra norma N2, perteneciente al sistema jurídico, ordene al aplicador del derecho a emplear N1 en la justificación de sus decisiones cada vez que estén frente a una ejemplificación del caso genérico C[180].

La aplicabilidad externa de las normas, en este sentido, es una noción descriptiva de la fuerza de una norma general, esto es, de la aptitud de las normas para operar como premisas normativas en la justificación de las decisiones institucionales. Para ser más preciso, da cuenta de la prescripción que posee un aplicador del derecho de tener usar la norma general en la solución del caso[181]. En este sentido, con este concepto podemos describir una relación tríadica entre una norma N2 con una norma N1 (impone la prescripción de usarla) y un caso individual que es una instanciación de un caso genérico C[182].

Con estas nociones ya podemos clarificar un punto anterior. Las relaciones entre normas generales y casos individuales, al ser conceptuales, refieren a la noción de alcance o aplicabilidad interna. En cambio, las relaciones entre normas generales y casos judiciales, al ser institucionales, refieren a la noción de fuerza o aplicabilidad externa.

[180] Navarro y Rodríguez, 2014, p. 129. Navarro, Orunesu, Rodríguez y Sucar, p. 346. Rodríguez y Vicente, 2009, p. 191. Ferrer y Rodríguez, 2011, p. 61. Cabe anotar que, bajo esta reconstrucción que vengo siguiendo de la noción de aplicabilidad, esta definición de aplicabilidad externa es coincidente con la forma en que Bulygin ha propuesto entender la aplicabilidad. Al respecto: «decir que una norma es válida en este sentido no es dictar una prescripción, sino afirmar la existencia de una prescripción de acuerdo a la cual la norma en cuestión debe ser aplicada a un cierto caso. Aquí la oración "p es válida" es una proposición descriptiva, si bien esta proposición hace referencia a una norma. Usaré el término "aplicabilidad" para referirme a este tercer concepto de validez». Bulygin, 1991 [1982], p. 196.

[181] Navarro, 2005a, pp. 108-109.

[182] Empleo, a efectos de exposición clara y directa, la referencia a normas específicas, sin perjuicio a que la aplicabilidad puede ser predicada a clases de normas. Para ser más preciso, la aplicabilidad externa puede ser empleada para describir tanto de una relación triádica compuesta por normas específicas y un caso individual, como una relación triádica compuesta por clases de normas y una clase de casos. Esta misma precisión debe ser considerada para las relaciones entre normas y casos esclarecida por la aplicabilidad interna.

Cabe precisar que la aplicabilidad interna y externa están afectas por dos problemas de indeterminación diferentes. Podemos tener problemas de indeterminación respecto a si un caso individual es o no una ejemplificación de un caso genérico o podemos tener problemas de indeterminación respecto a si el aplicador del derecho está sujeto o no al deber de aplicar de una determinada norma.

Como hemos podido ver, la diferencia entre la aplicabilidad interna y externa da cuenta de la distinción entre el alcance y la fuerza de las normas generales[183]. Ahora bien, corresponde precisar cuáles son las relaciones entre estas.

En primer lugar, para que una norma general sea externamente aplicable necesariamente tiene que ser internamente aplicable. Dicho de otra forma, para que un aplicador del derecho deba emplear una determinada norma general a un determinado caso particular, dicho caso debe estar dentro del alcance del caso general previsto en el antecedente de esta norma. No tiene sentido pensar en un supuesto en el que el juez tenga el deber de aplicar una norma que es irrelevante para un caso. Dicho en términos precisos, el alcance es condición necesaria para la fuerza de una norma general.

En segundo lugar, que una norma general sea internamente aplicable no implica que esta sea externamente aplicable. Para aclarar este punto, debemos diferenciar dos supuestos: i) una norma es internamente aplicable, pero no se infiere del sistema normativo ningún deber de aplicarla a un caso particular; y ii) una norma es internamente aplicable y se

[183] Considerada esta forma de entender la aplicabilidad ahora es posible aclarar la distinción entre seguir una norma y aplicar una norma. Bajo esta perspectiva, ambas nociones dan cuenta de operaciones diferentes. Seguir una regla refiere que nuestras acciones u omisiones alcanzan el estado de cosas deseado previsto por la norma. Supongamos que tenemos una norma que prescribe una acción (p->Oq). La verificación de que una regla ha sido seguida se da si vivimos en un mundo donde concurren p y q (es un mundo p.q). Para alcanzar dicho estado de cosas hemos de seguir la regla, es decir, si estamos en un mundo p realizamos actos para sea un mundo p.q. También puede ser el caso que seguimos las reglas cuando realizamos acciones para evitar que el mundo sea ¬q. Bajo este entendido, entonces, violamos las reglas si vivimos en un mundo p y no realizamos acciones para conseguir q, o cuando estamos en un mundo p.q y realizamos acciones para ¬q. En este sentido, seguir una regla refiere a un acto de conformidad de los resultados de nuestras acciones en la realización de un estado de cosas que coincide con el prescrito por las normas (no hace falta que sea un seguimiento consciente de las reglas, de hecho, usualmente seguimos las reglas y no nos damos cuenta de ello). Aplicar una regla, en cambio, refiere a una decisión institucional que emplea dicha norma como premisa normativa a efectos de imponer su consecuencia jurídica a sus destinatarios. Conforme a lo expuesto, la aplicabilidad de una norma es una descripción del deber del aplicador del derecho de emplear dicha norma como premisa normativa para calificar ciertos hechos que se le presenten.

infiere del sistema normativo un deber de aplicarla, pero esta no es aplicada en la justificación de la decisión judicial.

Bajo el supuesto i) que el juez haya identificado un caso individual se subsuma en el alcance de una norma general, de ello no se sigue que este deba considerarla en la justificación de su decisión. En efecto, la aplicabilidad externa (o fuerza) de una norma no refiere a un atributo de las normas, sino de una relación entre normas y un caso. En otros términos, que una norma sea aplicable a un caso no se deriva de sus propias características, sino de sus relaciones con otras normas (que haya una norma que prescriba su aplicación). Si entendemos que la aplicabilidad de una norma refiere a su uso en una justificación[184], entonces en este tipo de casos de ausencia de deber de uso conlleva señalar que del alcance no se sigue la fuerza[185].

El supuesto ii) es el caso de una norma internamente aplicable y una norma que prescribe al aplicador el deber de aplicarla, pero no es aplicada[186]. Puede ser el caso que el juez tenga el deber de aplicar dos normas contradictorias entre sí, lo que implicaría que debe identificar o crear un criterio de preferencia entre esos dos deberes. Sobre este punto y su conexión con la noción de derrotabilidad profundizaré en el Capítulo IV de esta investigación.

Sin perjuicio de la posterior profundización de esta arista, es pertinente ir anotando que los casos de conflictos normativos son supuestos en los cuales el aplicador del derecho dispone de diferentes normas interna y externamente aplicables que proveen soluciones incompatibles entre sí. El resultado de solucionar un supuesto de conflicto es determinar

[184] Sobre las nociones de (y distinción entre) uso de disposiciones y uso de normas ver Pino, 2014, p. 40 y Pino, 2012, p. 59. Sobre la distinción entre disposición y norma profundizaré en el Cap. II.
[185] Otra forma de esclarecer este punto es retomando la distinción entre casos individuales y casos judiciales. La aplicabilidad interna da cuenta de la relación conceptual entre un caso individual y un caso genérico, pero esta relación no informa respecto a si esta solución debería (o no) ser empleada para resolver un caso judicial. Como hemos visto, para resolver un caso judicial es necesario que el juez tenga un deber de aplicar una cierta norma a efectos de que la emplee en la justificación de su decisión.
[186] Este supuesto ii) puede ser entendido como estar refiriendo a dos posibles escenarios: de error judicial y de concurrencia de normas en la que una no es preferida. El primer escenario se refiere a los supuestos en los cuales el aplicador del derecho no aplica la norma que tenía la prescripción de aplicar, de manera que ha aplicado una norma inaplicable. Este punto, si bien resulta interesante, no forma parte del objeto de este apartado, por lo que no profundizaré en este punto.

cuál de estas normas será la externamente aplicable (todo considerado) lo cual conlleva que el resto de normas queden descartadas o superadas[187].

En este sentido, que una norma sea superada es ambiguo, pues puede referir (por lo menos) a que la norma pierda su pertenencia al sistema jurídico, que no sea aplicada para resolver el caso (sin que ello implique su pérdida de pertenencia al sistema jurídico), o ambas. Para aclarar este punto posteriormente es pertinente esclarecer la relación entre las nociones de aplicabilidad y pertenencia.

En atención a todo lo expuesto, como hemos podido ver, la noción de aplicabilidad, entendida tanto como aplicabilidad interna como externa permite dar cuenta de: i) un elemento estructural (relaciones entre normas); y ii) un elemento funcional (empleo de normas en la justificación de una decisión de un aplicador del derecho)[188].

ii. Distinción entre aplicabilidad y pertenencia de normas

La relación entre aplicabilidad y pertenencia de normas pueden ser de dos tipos: i) si las normas que prescriben la aplicación de otras normas deben o no pertenecer al sistema jurídico; y ii) si las normas a ser aplicadas deben o no pertenecer al sistema jurídico.

En relación con el primer punto, los criterios de aplicación son aplicables a un determinado caso debido a que una determinada norma superior prescribe que se deben aplicar dichos criterios de aplicación[189]. Retomando la idea señalada anteriormente, aplicabilidad refiere a que una norma N1 es aplicable a un caso C, debido a que una norma N2 así lo prescribe. La relación entre N1 y N2 forman una «cadena de aplicabilidad»[190], lo cual permite poner de relieve un punto relevante: la aplicabilidad de una norma es resultado de una reconstrucción sistemática del sistema jurídico[191]. Bajo esta forma de

[187] «*Normative conflicts arise whenever two or more internally applicable norms provide incompatible solutions to a certain case, and so another norm may be needed to provide norm-applying organs with certain criteria to select which norm should be applied. As a result of such a process, some internally applicable norms will be discarded*». Navarro y Rodríguez, 2014, p. 130
[188] Navarro, Oruneso, Rodríguez y Sucar, 2004, p. 351.
[189] Bulygin, 1991 [1982], p. 202.
[190] Navarro, Oruneso, Rodríguez y Sucar, 2004, p. 347, Navarro y Rodríguez, 2014, p. 135.
[191] Los criterios de aplicabilidad, como bien lo explica Bulygin, «tienen la forma de directivas dadas a los jueces que establecen qué normas deben aplicarse en un caso dado. Por lo tanto, son normas que se refieren a la aplicabilidad de otras normas que pertenecen a diferentes sistemas del mismo orden jurídico. En este sentido, estas directivas son normas de un nivel superior o meta-normas que imponen deberes a los jueces

entender la aplicabilidad, es una norma que pertenece al sistema jurídico la que le prescribe al juez qué normas debe aplicar ante cierto caso.

En otros términos, la aplicabilidad externa de una norma es determinada por un criterio de aplicabilidad. Los criterios de aplicabilidad son aplicables debido a que otra norma así lo prescribe (meta criterio de aplicabilidad). Ello nos llevaría a los criterios de aplicabilidad últimos. Estos criterios de aplicabilidad últimos pertenecen al sistema jurídico, pero no son aplicables (pues no hay una metanorma que prescriba su aplicación), sino que establecen la aplicabilidad del resto de criterios de aplicabilidad. Bajo esta idea, dichos criterios últimos tendrían, como bien señala Rodríguez, un estatus análogo que poseen las normas independientes con respecto a la pertenencia de normas[192].

Esto nos lleva al segundo punto, si las normas a ser aplicadas deben o no pertenecer al sistema jurídico. La pertenencia de una norma al sistema jurídico no es condición necesaria ni suficiente para su aplicabilidad a un caso. La pertenencia de una norma y su aplicabilidad a un caso obedece a relaciones distintas entre normas o, dicho de otra forma, son resultados de haber aplicado criterios diferentes. En efecto, el criterio de legalidad o de deducibilidad da cuenta de una relación entre normas diferente que las descritas por la aplicabilidad interna (alcance) y la aplicabilidad externa (fuerza)[193].

---

de aplicar a ciertas normas del primer nivel. Los criterios de aplicabilidad últimos son normas de un nivel aún más alto». Bulygin, 1991 [1982], p. 203. Sobre este punto Ferrer y Rodríguez han realizado una precisión relevante. Para estos autores la aplicabilidad depende de una norma perteneciente al sistema, pero ello no quiere decir que dicha dependencia sea directa. Para ilustrar este punto emplean el ejemplo de la figura del doble reenvío del derecho internacional privado. Con esta figura se da cuenta del caso que un sistema normativo prescriba la aplicación de una norma extrajurídica (en este contexto, de otro país). Es el caso que esta norma extrajurídica, a su vez, reenvíe a una norma del sistema jurídico que nos rige o a un tercer sistema normativo. Como podemos ver, bajo este supuesto, la norma extrajurídica que realiza el segundo reenvío (y que opera como criterio de aplicabilidad) no pertenece a nuestro sistema jurídico. La precisión radica en que este criterio de aplicabilidad es aplicable dado que una norma que pertenece al sistema jurídico así lo prevé. Ferrer y Rodríguez, 2011, p. 59.

[192] Sobre este punto Rodríguez, 2002, pp. 152-153, Ferrer y Rodríguez, 2011, pp. 60-61.

[193] Para ejemplificar este punto pensemos en el supuesto que un juez debe resolver un caso en el que una persona ha matado a otra. El sistema jurídico respecto de esta acción contiene normas que regulan la sanción de la acción (pena de cárcel) y normas que regulan la indemnización a los deudos por esta acción. Depende de los criterios de aplicabilidad qué norma debe aplicar este juez. Si estamos frente a un juez civil, este debe aplicar únicamente las normas de indemnización civil, a pesar de que las normas penales pertenezcan al sistema jurídico y sean internamente aplicables. De igual manera, si estamos frente a un juez penal, este debe aplicar únicamente las normas penales, a pesar de que las normas civiles pertenezcan al sistema jurídico y sean internamente aplicables (asumamos, solo para beneficio del ejemplo, que los jueces penales no tienen competencia en materia de reparación civil).

En este sentido, el conjunto de normas aplicables no es equivalente al conjunto de normas que pertenecen a un sistema jurídico[194]. El deber del aplicador del derecho de aplicar una norma no implica que esta norma deba pertenecer al sistema jurídico, pues puede tener el deber de aplicar normas que forman parte de sistemas normativos no jurídicos o de normas que han dejado de pertenecer al sistema jurídico. En estos casos los jueces tienen el deber de aplicar una norma que forma parte de otro sistema normativo[195].

Los casos en que sea aplicable una norma que no pertenece al sistema jurídico pueden ser: i) norma aplicable pertenece a otro sistema del mismo orden jurídico, por ejemplo, supuestos donde es aplicable una norma derogada; o ii) norma aplicable pertenece a otro sistema normativo. Este otro sistema normativo puede ser jurídico, como es el supuesto de las regulaciones en materia de Derecho Internacional Privado. En estos supuestos el juez de un estado tiene el deber de aplicar una norma jurídica que pertenece a otro sistema jurídico, sin que ello implique que dicha norma pertenezca (ni mucho menos que deba pertenecer). También puede ser el caso que este otro sistema normativo no sea jurídico, como es el supuesto de que el juez deba aplicar normas morales.

A efectos de presentar de forma más clara este punto es pertinente introducir una nueva distinción en función al tipo de relación entre normas que estamos analizando. Por un lado, tenemos un sistema de normas que pertenecen al sistema jurídico, las cuales satisfacen criterios de pertenencia (legalidad y/o deducibilidad). Por el otro lado, tenemos un sistema de normas aplicables conforme al sistema jurídico (son interna y externamente aplicables). Cada uno de estos sistemas puede ser completo/incompleto y consistente/inconsistente[196]. La extensión de cada uno de estos sistemas puede ser la

[194] Orunesu y Rodríguez, 2017, p 255. Navarro y Rodríguez, 2014, p. 135. Rodríguez y Vicente, 2009, p. 192. Moreso y Navarro, 1996, p. 126.

[195] Navarro y Rodríguez lo explican en estos términos: «[u]nlike internal applicability of legal norms, the connection between the externally applicable norms and a certain case depends on *another* norm or set of norms containing a certain criterion of applicability. This is the reason why we said that the connection between externally applicable norms and cases is *extrinsic* or *institutional*». Navarro y Rodríguez, 2014, p. 135. Asimismo, ver Ferrer y Rodríguez, 2011, pp. 181 y ss. Bulygin 2012, p. 434-435, Rodríguez, 2015, p. 31. En este sentido, tenemos el siguiente conjunto de posibilidades:

1. Norma inaplicable, pero perteneciente al sistema jurídico;
2. Norma inaplicable y no perteneciente al sistema jurídico;
3. Norma aplicable y perteneciente al sistema jurídico; o
4. Norma aplicable, pero no perteneciente al sistema jurídico.

[196] ¿Cómo resolver un supuesto de inconsistencia dentro del sistema de normas aplicables? Esto nos lleva a dos aspectos relevantes para esta investigación: i) la resolución de los conflictos normativos puede generar que una de las normas en conflicto pierda su pertenencia al sistema jurídico, aplicabilidad o ambas; y ii)

misma o no, siendo ello contingente, pues depende de lo que prescriban los criterios de aplicabilidad[197].

4.2. Derrotabilidad como cambio de alcance o como pérdida de aplicabilidad externa

¿De qué hablamos cuando hablamos de derrotabilidad? A lo largo de esta investigación demostraré que la diferencia entre las nociones de aplicabilidad interna y aplicabilidad externa nos permiten poner de relieve que las diferentes aproximaciones a la noción de derrotabilidad están tratando de afrontar problemas diferentes.

La noción de derrotabilidad en la teoría del derecho engloba dos formas de entender la derrota de normas: i) derrota de normas como una forma de expresar la modificación de la aplicabilidad interna de una norma; y ii) derrota de normas como una forma de expresar un aplicador del derecho ha perdido el deber de usarla en la justificación de sus decisiones jurisdicciones. Cada una de estas supone, como veremos, operaciones y resultados diferentes.

---

cómo se resuelven los conflictos entre criterios de aplicabilidad. Profundizaré este punto en el Cap. IV de esta investigación.

[197] En relación con este punto debo hacer dos precisiones. En primer lugar, por «extensión» me refiero a que exista total coincidencia entre las normas que forman parte del sistema jurídico con aquellas normas que son aplicables a un caso judicial. En segundo lugar, debo señalar que la extensión equivalente entre ambos sistemas de normas (que pertenecen al sistema jurídico y de normas aplicables al caso judicial) requiere asumir la clausura lógica en cada uno de estos. Por clausura lógica refiero a que todas las normas derivadas de una norma que forma parte de un sistema normativo también forman parte del mismo sistema. En este sentido, podemos predicar la clausura lógica del sistema de normas que pertenecen al sistema jurídico y la clausura lógica del sistema de normas aplicables. Ambos tendrán la misma extensión si: i) señalamos que todas las normas que pertenecen son, a la vez, aplicables; y, a la vez, ii) adoptamos la clausura lógica en ambos sistemas. Al respecto, siguiendo a Rodríguez, resulta problemático aceptar la clausura lógica del sistema de normas que pertenecen al sistema jurídico. Ello se traduce en exigirle al legislador que esté comprometido con todas las posibles normas derivadas de las normas que promulga, lo cual es una exigencia injustificada. En cambio, en relación con el sistema de normas aplicables a un caso judicial, solo podemos determinar la aplicabilidad interna (y, por ende, la externa), en caso podamos identificar una norma derivada de una norma (solo de esta manera podemos conocer el contenido de las normas). En efecto, el proceso de aplicación requiere, necesariamente, considerar las consecuencias lógicas de cada norma que forma parte del sistema de normas aplicables. En atención a ello, en este sistema la clausura lógica es necesaria para poder dar cuenta de cómo los jueces pueden identificar normas aplicables a un caso. Al respecto, ver Rodríguez, 2015, pp. 27-32.

En primer lugar, un grupo de teóricos de derecho emplea la noción de derrotabilidad como un concepto teórico que permite esclarecer parte de los actos necesarios para cambiar la calificación normativa de una acción, esto es, la variación de su estatus deóntico[198]. En términos generales, ello es explicado (desde diferentes formas de entender y estudiar el derecho) como la conjunción de: i) sustituir el alcance de una norma por otro más reducido, a efectos de que esta no sea más internamente aplicable a la acción; o ii) identificar aspectos de la acción que permiten identificar que esta, bien entendida, está fuera del alcance de la norma.

Como podemos ver, dentro de esta primera manera de entender la derrotabilidad, los teóricos del derecho están tratando de clarificar que un caso individual, en un primer momento, parecía ser una instanciación del caso genérico previsto en el antecedente de na norma, pero, todos los aspectos normativamente relevantes considerados, nos damos cuenta que no es así. Esta idea ha sido expresada de dos maneras:

(i) como una manera se expresar que hemos reducido el alcance de una norma, esto es, hemos introducido una especificación en su antecedente a efectos de que incluya una distinción entre circunstancias en las que se puede realizar la acción y solo regule una de estas[199]. Como podemos ver, se trata un problema de cuál es el contenido de la norma.

---

[198] «Cambio de calificación normativa de un caso individual» quiere decir que, en un primer momento, una acción tenía una calificación X y, en un segundo momento (luego de la derrota), pasa a tener una calificación Y. De manera más precisa: i) una acción era calificada como obligatoria y ahora es calificada como prohibida o como facultativa; ii) una acción era calificada como prohibida y ahora es calificada como obligatoria, facultativa o permitida; iii) una acción era calificada como facultativa y ahora es calificada como obligatoria o como prohibida; o iv) una acción era calificada como obligatoria, prohibida, facultativa o permitida y ahora su calificación está indeterminada.

[199] La especificación puede ser entendida de dos maneras: como una forma de admitir o rechazar ciertas normas derivadas. Una manera de entender la especificación es como una manera de explicitar que determinadas normas derivadas forman parte del sistema de normas que pertenecen al derecho y/o que son aplicables a un caso individual (depende del tipo norma que se esté manipulando). Otra manera de entender la especificación es como una manera de explicitar que no forman parte de uno de los indicados sistemas normativos (de o ambos), determinadas normas derivadas. Veamos un ejemplo a efectos de clarificar este punto. Supongamos una norma que regula el permiso de maternidad de la siguiente manera: «si una persona es madre, entonces obligatorio que deje de trabajar por un plazo de 90 días». En términos formales esta norma puede ser representada como (p->Oq). Esta norma también obliga a que quienes son padres puedan tener dicho permiso. Si estamos dispuestos a considerar ambos tipos de personas, entonces será necesario especificar el supuesto dentro del alcance de la norma de manera disyuntiva: «si persona es madre o padre, entonces obligatorio que deje de trabajar por un plazo de 90 días». En términos formales se expresa como [(pvr)->Oq]. En cambio, si no estamos dispuestos a considerar ambos tipos de personas, entonces será necesario especificar el supuesto dentro del alcance de la norma de manera conjuntiva: «si persona es madre y no es padre, entonces obligatorio que deje de trabajar por un plazo de 90 días». En términos formales se expresa como [(p.¬r)->Oq]. Como podrá notarse, la derrotabilidad de las normas entendida de esta manera supone el uso de una especificación como el resultado de haber incorporado una nueva propiedad en el antecedente en relación conjuntiva con el resto de propiedades.

Esta sustitución de una norma por otra norma con un alcance más restringido es una de las formas más usuales de entender la noción de derrotabilidad en el derecho. Gran parte de las discusiones en los últimos años ha recaído en cómo dar cuenta de esta operación y resultado. En extrema síntesis, son discusiones sobre cómo debe ser identificado el antecedente de la norma y qué hacer en caso el antecedente haya sido identificado de manera insatisfactoria, conforme a un criterio de corrección que el aplicador del derecho considere debe emplear para evaluar el contenido de las normas.

¿Qué tienen en común todas estas de entender la derrota de normas entendida como sustitución de una norma por otra más restrictiva? Son propuestas sobre identificación de normas, esto es, sobre interpretación del material jurídico. Como veremos en extenso en el Capítulo II y, en parte, en el Capítulo III, estas aproximaciones a la noción de derrotabilidad han sido formuladas como un conjunto tesis descriptivas sobre cómo entender el proceso interpretativo y uno de sus posibles resultados, o como un conjunto de tesis prescriptivas sobre cómo deben ser interpretadas las fuentes del derecho.

Dicho en breve, lo que hacen los teóricos del derecho al hablar de derrotabilidad (parte de ellos) es ofrecer formas de presentar qué es lo que hacen los aplicadores del derecho al momento de realizar una reinterpretación correctiva restrictiva. Como veremos en el próximo capítulo, ello quiere decir que identifican una primera forma de interpretar una disposición que califica deónticamente a una acción (u omisión) que se lleva a cabo (o se omite) en un determinado tipo de circunstancias. Luego de tomar en consideración todos los aspectos normativamente relevantes (incluyendo sus ideologías sobre la interpretación), dejan de lado dicho posible significado y optan por otro, bajo el cual la norma no regula la realización de la acción (o su omisión) en dicho tipo de circunstancias. Es decir, entienden la derrotabilidad de las normas como la posibilidad de despojar de aplicabilidad interna a una norma sobre un determinado tipo de casos individuales.

(ii) La segunda forma de entender la modificación de la aplicabilidad interna es como una variación la caracterización del caso judicial. Como veremos en el Capítulo III, un grupo de autores ha concentrado su análisis en como los operadores del derecho caracterizan los casos judiciales dentro de los procesos de toma de decisiones institucionalizados y qué efectos produce que el demandado incorpore nuevas especificaciones sobre dichos casos.

Estos autores comparten la tesis, expresada en lenguajes jurídicos diferentes, que el demandante le ofrece al aplicador del derecho una identificación del caso judicial, esto es, un conjunto de enunciados descriptivos de una acción (u omisión) ocurrida en determinadas circunstancias, junto con una pretensión de que sea calificada normativamente conforme a una norma interna y externamente aplicable (supongamos N1). Esto supone que, conforme a la información disponible, dicho caso judicial debe ser resuelto por la norma N1.

Ahora bien, el demandado puede acepta la caracterización del caso judicial propuesta por el demandante, pero incorpora información adicional sobre este. Si el aplicador del derecho decide incorporar dicha nueva información como premisas fácticas, verifica que la norma N1 no es, todo considerado, interna y externamente aplicable para resolver el problema normativo. Tomada en cuenta esta nueva caracterización, descarta la aplicabilidad interna de N1 y, por tanto, su aplicabilidad externa. En vez de ella, el caso judicial pasa a estar regulado por otra norma, N2. Dicho en breve, la noción de derrotabilidad, para este conjunto de autores, da cuenta de la modificación de la aplicabilidad interna de la norma producto del aumento de nuestra información disponible sobre el caso judicial.

En segundo lugar, un grupo de teóricos de derecho emplea la noción de derrotabilidad como un concepto teórico que permite esclarecer los actos por los cuales una norma interna y externamente aplicable, deja de ser externamente aplicable. Esto quiere decir que el aplicador del derecho, en un primer momento, tenía la obligación de usar la norma internamente aplicable al caso judicial que está resolviendo, pero en un segundo momento este ya no tiene más el deber de usarla.

Bajo esta conceptualización no han cambiado ni el contenido de la norma internamente aplicable, ni nuestra información disponible sobre el caso judicial. El alcance de la norma está intacto, lo que ha sucedido es que esta ha dejado de formar parte del micro sistema de normas aplicables al caso judicial. En otros términos, el caso sigue siendo regulado por una norma, pero el aplicador del derecho ha dejado de tener el deber de usarla para calificar el caso judicial.

Ahora bien, en relación con las propuestas de entender derrotabilidad como pérdida de aplicabilidad externa (las que serán analizadas en el Capítulo IV), es oportuno hacer una precisión. Parto por reiterar que esta caracterización de las aproximaciones a la noción de derrotabilidad da cuenta de las diferentes formas de esclarecer cómo un aplicador del derecho pasa de tener una obligación de usar una norma a no tener dicha obligación. Esto supone, como ya hemos visto, que el aplicador del derecho deberá utilizar para resolver el problema normativo otra norma del sistema normativo de normas aplicables al caso.

Cabe precisar que un problema diferente es si el criterio de aplicabilidad de una norma es derrotable. Conforme a lo visto en el subapartado anterior, sostener que una norma N1 es externamente aplicable expresa que el aplicador del derecho está regido por una norma N2 que le prescribe el uso de N1 para solucionar los casos C1. De esta forma, la expresión «derrotabilidad como pérdida de aplicabilidad externa» puede ser entendida como una manera de señalar que N2 ha sido derrotada en el sentido de que se ha modificado su alcance.

Al respecto, debo apuntar que esta forma de entender la expresión es un sentido diferente y que no pretendo utilizar. Señalar que N2 es una norma derrotable (su alcance puede ser modificado) da cuenta de problemas de indeterminación respecto a qué norma guía a los aplicadores del derecho al momento de decidir qué norma debe usar para resolver un caso individual[200]. Este tipo de dificultades son analizadas por la primera forma de entender la noción de derrotabilidad.

De manera breve, entiendo por «norma derrotada como pérdida de aplicabilidad externa», a todas aquellas formas de esclarecer y justificar los actos realizados por un aplicador del derecho para despojar de aplicabilidad externa a una norma. Al respecto, caben hacer tres precisiones: i) bajo este tipo de reconstrucciones la norma internamente aplicable sigue siéndolo, es decir, no se modifica su contenido; ii) nuestra información disponible sobre el caso judicial sigue siendo la misma, es decir, no hay variación de las premisas fácticas; y iii) la pérdida de aplicabilidad externa quiere decir que esta norma deja de formar parte del micro sistema de normas aplicables a un caso juicial. En relación a este último punto cabe insistir que la idea a expresar es que el aplicador del derecho ha dejado de tener el

[200] Ferrer y Ratti, 2012b, 36. Ferrer y Ratti, 2010, p. 623, Ratti 2015a, p. 154.

deber de usar dicha norma para resolver ese tipo de problemas normativos. Ello no supone, necesariamente, que el resto de aplicadores del derecho también han dejado de tener dicho deber, pues ello último dependerá de los efectos de sus decisiones (sobre este punto profundizaré en el Cap. IV.4).

A manera de resumen, en esta investigación justificaré que la noción de derrotabilidad en la teoría del derecho es entendida de dos maneras: i) como un concepto teórico empleado para esclarecer la modificación de la aplicabilidad interna de una norma (sea por reinterpretación restrictiva una disposición o por tomar conocimiento de más especificaciones del caso individual analizado); o ii) como un concepto teórico empleado para esclarecer la pérdida de aplicabilidad externa de una norma.

CAPÍTULO II
DERROTABILIDAD E INTERPRETACIÓN

1. Introducción

En el presente capítulo analizaré y criticaré las principales propuestas teóricas que se aproximan a la noción de derrotabilidad como un concepto teórico que permite esclarecer los procesos de atribución de significado a las disposiciones normativas. En extrema síntesis, algunos teóricos del derecho al hablar de derrotabilidad están dando cuenta de operaciones y resultados a través de las que o en que se identifica un posible significado a ser atribuido a un texto que luego se deja de lado por haber preferido otro que tiene, comparativamente, un menor alcance.

Los teóricos del derecho que se aproximan a la noción de derrotabilidad desde la teoría de la interpretación han formulado las siguientes propuestas: i) derrotabilidad como resultado del uso del argumento de la disociación; ii) derrotabilidad como resultado de emplear juicios contrafácticos sobre la voluntad del legislador de cómo él hubiese regulado un caso individual (enfoque disposicional de la derrotabilidad); iii) derrotabilidad como imposibilidad de valorar toda propiedad futura; iv) derrotabilidad como resultado de resolver un caso de laguna axiológica; v) derrotabilidad como resultado de resolver una experiencia recalcitrante supra incluyente; y vi) derrotabilidad como resultado de resolver un caso de ilícito o lícito atípico (reglas que son exceptuadas por principios).

Cada una de estas propuestas ha sido formulada a partir de distintos presupuestos teóricos. Todas estas comparten que la derrotabilidad es un concepto que es mejor entendido desde la teoría de la interpretación, pero entre ellas divergen respecto a cómo presentar tanto la interpretación jurídica como el contenido de la noción de derrotabilidad. A efectos de

analizar cada una de estas aproximaciones e identificar, de manera clara y precisa, qué están entendiendo por «derrotabilidad», llevaré a cabo los siguientes pasos:

Primero, presentaré brevemente cómo entenderé la interpretación jurídica en esta investigación. Ello permitirá tener un instrumental analítico que permita descomponer cada uno los elementos conceptuales contenidos en cada propuesta sobre la noción de derrotabilidad (sección 2). Esta reconstrucción permitirá ver que los intérpretes pueden enfrentar dos tipos de problemas: sobre la identificación del significado de una disposición y sobre la calificación de un determinado objeto. Los primeros problemas engloban aquellos sobre cómo interpretar y cuál interpretación posible debe ser elegida. Los segundos, en cambio, engloban problemas de indeterminación lingüística de los conceptos, característica que impide que con estos podamos describir todos los objetos del mundo (los habidos y por haber).

En esta reconstrucción veremos que los intérpretes pueden enfrentar dos tipos de problemas: problemas sobre la identificación del significado de una disposición; y problemas sobre la calificación de un determinado objeto bajo una categoría conceptual. Los primeros problemas engloban aquellos sobre cómo interpretar y qué interpretación posible debe ser elegida. Los segundos, en cambio, engloban a problemas de indeterminación lingüística de los conceptos que impide que con estos podamos describir todos los objetos del mundo (los habidos y por haber).

Segundo, mostraré cómo las diferentes formas de aproximarse a la noción de derrotabilidad (desde la teoría de la interpretación), forman parte de propuestas teóricas sobre cómo entender los procesos reinterpretativos restrictivos que realizan los o las intérpretes (sección 3).

Tercero y último, mostraré cómo la noción de derrotabilidad (desde cualquiera de estas aproximaciones) no está relacionada con problemas ni explicaciones sobre cómo solucionar la indeterminación lingüística de los conceptos, sino que presupone su solución (sección 4).

2. Interpretación y reinterpretación: nociones y distinciones relevantes

Parto con un caso sucedido no hace mucho tiempo. En el Perú tanto el Presidente de la República como los miembros del Parlamento son electos o electas por periodos de cinco años, siendo de interés en este momento algunos eventos ocurridos durante el periodo de gobierno 2016-2021. A inicios del año 2019 se reformó la Constitución de la República de dicho país mediante la incorporación del siguiente texto: «[l]os parlamentarios no pueden ser reelegidos para un nuevo periodo, de manera inmediata, en el mismo cargo». De esta manera, se pretendió prohibir la reelección inmediata parlamentaria en el Perú.

Ahora bien, el 30 de septiembre del 2019 el Presidente de la República declaró la disolución del Parlamento y convocó un proceso para la elección de nuevos parlamentarios. Conforme a la legislación peruana vigente en ese momento, estos nuevos parlamentarios podrían ser electos para ocupar el cargo hasta culminar el periodo parlamentario vigente, es decir, hasta dar cumplimiento al tiempo restante del periodo 2016-2021[201]. En este punto surgió la duda: ¿los parlamentarios que formaban parte del parlamento disuelto tenían prohibido postular a la reelección para culminar el periodo parlamentario? Una posible interpretación de la disposición constitucional que regula la materia sería considerar que sí, pues estaba prohibida la posibilidad de que, quien haya sido electo parlamentario, pueda postular al proceso electoral inmediatamente siguiente.

Dicha duda fue resuelta por la entidad administrativa correspondiente la cual determinó que el alcance de la prohibición solo incluía elecciones por periodos parlamentarios completos y no parciales. En este sentido, dicha norma no era internamente aplicable al caso en cuestión, de forma que a los parlamentarios del Parlamento disuelto se les aplicó la norma que faculta a todos los ciudadanos y ciudadanas a presentarse para el cargo de parlamentario o parlamentaria[202]. ¿Cómo podemos presentar y analizar lo que hizo esta entidad administrativa?

[201] El Parlamento disuelto había sido electo para el periodo 2016-2021, siendo el caso (conforme al sistema normativo peruano) que el proceso electoral al que hago referencia se realizó a efectos de finiquitar dicho periodo, es decir, para ocupar el puesto de Parlamentario durante los años 2020 y 2021.
[202] Resolución N° 0187-2019/JNE del Jurado Nacional de Elecciones del Perú.

La noción de derrotabilidad, entendida desde la teoría de la interpretación, ha sido empleada para esclarecer las operaciones que han realizado los intérpretes para reducir el alcance de las normas. En el ejemplo señalado (con cargo a profundizar ese punto), la noción de derrotabilidad puede ser empleada para dar cuenta de las actividades y resultados reinterpretativos que realizó la entidad administrativa al elegir un significado restrictivo para excluir de la prohibición a un grupo de destinatarios que, hasta el momento, parecía que se subsumen dentro de su alcance.

Para poder clarificar este punto partiré por diferenciar, siguiendo la terminología de Riccardo Guastini, entre disposición y norma. Luego, señalaré brevemente algunas nociones y distinciones sobre qué es interpretar y qué es reinterpretar. Tras ello, estableceré los vínculos conceptuales entre dichas nociones con la noción de derrotabilidad.

Una disposición es un texto compuesto por signos lingüísticos que, en el caso del derecho, están contenidos en una fuente del derecho (han sido creados por una autoridad normativa). Una norma, en cambio, es el significado que un intérprete le atribuye a una disposición[203]. De esta forma, una disposición es el objeto de la interpretación y la norma su resultado (una norma jurídica, como vemos, es el resultado de la interpretación de una disposición creada por una autoridad competente)[204].

[203] Guastini lo presenta así: «la disposición es (parte de) un texto aún por interpretar; la norma es (parte de) un texto interpretado». Guastini, 2011a, p. 136. Además, Guastini, 2014, p. 77. Para otra forma de presentar esta distinción ver Von Wright, 1970, p. 109, quien diferencia entre formulación de la norma (signo lingüístico) y norma (significado atribuido al signo lingüístico como resultado de una actividad interpretativa). Siguiendo esta propuesta Alchourrón y Bulygin, 1991 [1983], p. 442.

[204] La identificación de normas, como podemos ver, refiere al problema del paso de las fuentes jurídicas a normas jurídicas, esto es, del proceso y resultado de interpretar. En este sentido, Bulygin, 1994, p. 14. Bulygin, 2014, pp. 55-56, Raz, 1986, p. 95.

La diferencia entre disposición y norma, como veremos, permite poner de relieve los diversas acciones interpretativas y los problemas que surgen al momento de interpretar un texto. Además de ello, es útil para mostrar la doble formulación que pueden tener algunos sistemas normativos, esto es, casos en los que se emplean diferentes disposiciones formuladas en diferentes idiomas con el propósito (no necesariamente exitoso) de expresar la misma idea. Como bien nos apunta Bulygin: «tenemos que distinguir primero entre un sistema jurídico como el conjunto de todas las consecuencias lógicas de un conjunto de normas dado y una formulación particular de la base axiomática de un sistema. Creo firmemente que decir que en Finlandia hay dos (y en Suiza hasta tres) diferentes formulaciones de (una base axiomática de) un sistema, lejos de ser poco realista, es la única manera correcta de describir la situación. Por supuesto, esas formulaciones pretenden ser diferentes formulaciones del *mismo sistema*, pero si tal pretensión está justificada o no es una cuestión empírica. De ninguna manera cstá garantizado a priori que las dos fomulaciones sean realmente lógicamente equivalentes» (cursiva es de origen). Bulygin, 2014, p. 59.

Las posibles formas en las que se pueden entender las relaciones entre disposición y norma permiten entender la interpretación jurídica de maneras diferentes. Por un lado, hay quienes consideran que los aplicadores del derecho se dedican a descubrir el significado de los términos empleados, de manera que entre disposición y norma habría una mutua correspondencia (a cada disposición le corresponde una norma). Por el otro lado, otros autores consideran que no hay una relación biunívoca entre disposición y norma, pues puede ser el caso que a diversas disposiciones se les atribuya una misma norma o que a una misma disposición le podamos atribuir múltiples normas. Interpretar, en este sentido, da cuenta de la actividad de atribuir sentido a textos normativos con carácter decisorio. Sobre este punto volveré líneas más adelante, tras hacer algunas precisiones previas[205].

2.1. Sentidos de «interpretación»

El término «interpretación» padece de ambigüedad, es decir, podemos atribuirle diversos sentidos en el ámbito jurídico. Por un lado, «interpretar» es ambiguo dado que podemos interpretar diversos objetos. Es posible interpretar actos, hechos o textos, por señalar algunos ejemplos. Para la presente investigación solo me concentraré en la interpretación de textos[206]. Por el otro lado, la interpretación de textos es ambigua, pues puede estar haciendo referencia a diferentes actividades o resultado. A efectos de precisión y para cumplir con los propósitos de esta investigación adoptaré, en parte, el instrumental teórico

[205] Como bien lo precisa Guastini, las posibles relaciones entre disposición y norma son: i) a una disposición se le pueden atribuir diferentes normas independientes entre sí (pueden ser, incluso, conflictivas unas con las otras); ii) a una disposición se le puede atribuir una multiplicidad de normas conjuntas; iii) a dos o más disposiciones se les pueda atribuir la misma norma (casos de sinonimia perfecta); iv) a dos disposiciones se les pueda atribuir conjuntos de normas que sean parcialmente coincidentes (casos de sinonimia parcial, lo que quiere decir que se les puede atribuir las mismas normas, pero además podemos atribuirles otras normas que difieren entre sí); v) a una disposición se le puede atribuir un fragmento de norma (a efectos de identificar una norma «completa», conforme a algún criterio de identificación de normas, será necesario tomar en consideración otras disposiciones), o, en otros términos, a dos o más disposiciones, consideradas conjuntamente, se les puede atribuir una norma; vi) a una disposición solo se le puede atribuir una norma; y vi) una norma carece de disposición por ser una norma producto de la construcción jurídica (es un caso de norma implícita). Guastini, 2011a, pp. 144-155. Guastini, 2018b, pp. 179 y ss. Desde otra perspectiva cabe aclarar que toda disposición es susceptible de interpretaciones, por un lado, sincrónicamente distintas y en posible conflicto entre sí, y, diacrónicamente, mutables. Guastini, 2011b, pp. 82-83.

[206] Para ser más preciso, delimito esta investigación en materia de interpretación de textos normativos dejando de lado para trabajos posteriores un análisis de interpretación y derrotabilidad de normas consuetudinarias.

ofrecido por la teoría del marco de la interpretación jurídica[207], en específico el propuesto por Riccardo Guastini.

Este ha autor ha ofrecido una propuesta de desambiguación del término de «interpretación», habiendo identificado las siguientes cuatro perspectivas: i) interpretación-actividad e interpretación-producto; ii) interpretación en abstracto e interpretación en concreto; iii) interpretación cognitiva, interpretación decisoria e interpretación creativa; y iv) interpretación en sentido estricto y construcción jurídica. Veamos cada una de estas:

i) Interpretación actividad e interpretación producto

El término «interpretación» puede ser entendido como una actividad o como el producto de dicha actividad. Entendido como interpretación-actividad[208], refiere al proceso interpretativo, esto es, a las acciones que realiza el intérprete a efectos de determinar el conjunto de significados que pueden ser atribuidos[209] y entre los cuales elegirá. Cabe anotar que, si bien este es un fenómeno psicológico, es posible ofrecer una reconstrucción teórica sobre las diferentes fases y operaciones que se llevan a cabo para atribuir significado a un texto. En cuanto al contenido de la estructura del proceso interpretativo profundizaré en el siguiente subapartado.

Si entendemos «interpretación» como interpretación-producto, entonces el término se refiere al resultado del proceso interpretativo, esto es, a un significado atribuido a una

[207] Para una reconstrucción más profunda de esta forma de entender la interpretación ver Chiassoni, 2019b, Cap. V. En breve, dicho autor sintetiza dicha propuesta en las siguientes tesis: i) los conceptos teóricos deben tener una relación conceptual con la interpretación (a menos que se tenga un propósito teórico valioso que nos lleve a descartar tal conexión); ii) distinguir entre disposiciones, normas explícitas, y normas implícitas; iii) distinguir entre interpretación actividad e interpretación producto; iv) distinguir entre construcción actividad y construcción producto; v) dimensión argumentativa de la interpretación y de la construcción jurídica; vi) entender la argumentación interpretativa y la argumentación constructiva como un juego institucional; vii) distinguir entre la función práctica y la función cognoscitiva de la interpretación; y viii) una concepción minimalista del derecho escrito (solo son enunciados lingüísticos objeto de la interpretación) y que las normas obtenidas de este son el marco de interpretaciones producto. En el presente subapartado profundizaré algunas de estas tesis a efectos de clarificar el instrumental analítico que me permitirá analizar las diferentes formas de presentar la noción de derrotabilidad desde la teoría de la interpretación (dicho en breve, derrotar una norma es entendido como la reinterpretación restrictiva de una disposición).

[208] Guastini, 2018a, p. 31.

[209] Significados que pueden ser resultado de haber realizado una actividad de identificación de significados posibles (normas expresas) o creación de un nuevo significado (norma implícita). Este punto será esclarecido posteriormente con la distinción entre interpretación en sentido estricto y construcción jurídica.

disposición. En este sentido, la interpretación-actividad refiere al conjunto de actos necesarios para producir una interpretación producto[210].

ii) Interpretación en abstracto e interpretación en concreto

El término «interpretación» puede ser entendido como un acto de atribución de significado a textos. Al respecto, Guastini ha propuesto las nociones de interpretación en abstracto e interpretación en concreto para diferenciar cada una de estas[211]. La interpretación en abstracto se refiere a la atribución de significado, por parte de un intérprete, a un texto. En este sentido, da cuenta del resultado de haber identificado la norma (o normas) expresada (das) por una disposición (o combinación de disposiciones)[212].

La expresión «interpretación en concreto», en cambio, se refiere al proceso y resultado de calificar un determinado objeto como un ejemplo o instanciación de un concepto. En este sentido, se alude a la determinación de si un caso particular es regulado (o no) por una norma (que ha sido identificada por mediante una interpretación en abstracto)[213].

---

[210] Al respecto, Letizia Gianformaggio ha empleado la distinción entre actividad y producto para diferenciar diferentes componentes de la actividad y, dentro de esta, diferentes productos. Al respecto, ella propuso tres pares de distinciones:

1. Interpretación actividad noética: se refiere a los actos de primera comprensión de una disposición. En resultado de esta actividad es una interpretación producto noético, esto es, un significado determinado por lo primero que hemos entendido del texto.
2. Interpretación-acto lingüístico: se refiere a formular un enunciado que opera como un enunciado interpretativo. El resultado de esta actividad es un enunciado por el cuál se adscribe un significado a una disposición.
3. Interpretación actividad dianoética: se refiere a los actos de justificación de la atribución de significado a un enunciado, es decir, a una argumentación sobre cuál debe ser el significado a atribuir a un texto. El resultado de esta actividad argumentativa es una conclusión del tipo «la disposición D significa N1», esto es, la interpretación que acepta el intérprete (la conclusión del proceso argumentativo). Esta es llamada interpretación producto dianoética.

Sobre este punto ver Gianformaggio, 1987, p. 91. Ver, además, Lifante, 2018a, pp. 22-24, y Atienza, 1997a, pp. 466-467, Atienza, 2017a, p. 28. Estas distinciones son relevantes por tres motivos: permite mostrar que la interpretación, necesariamente, implica una actividad; la identificación de normas es resultado de una interpretación dianoética; y permite precisar que la actividad(es) a analizar en el presente capítulo es el paso de una interpretación noética a una dianoética y cómo la noción de derrotabilidad la esclarece.

[211] Guastini, 2018a, p. 33. Guastini, 2018c, pp. 160 y ss.

[212] La interpretación en abstracto puede ser presentada como el resultado de un argumento interpretativo. Este argumento estaría compuesto por: i) disposición normativa (enunciado lingüístico); ii) enunciado interpretativo, esto es, un enunciado en el que se adscribe significado a la disposición normativa; y como resultado un iii) enunciado interpretado, esto es, un enunciado de la forma «S (el signo S) ha de entenderse como S' (tiene el significado de S')». Sobre este punto ver Gianformagio, 1987, p. 91.

[213] A este punto resulta clarificador diferenciar en este punto entre intensión y extensión. Los lenguajes están contenidos por signos lingüísticos los cuales (tras ser interpretados), pueden operar como nombres o como predicados. Un nombre es empleado para designar objetos particulares, en cambio, un predicado es empleado para designar atributos (los cuales pueden ser o bien propiedades de un objeto, o bien un tipo de

Como podemos ver, la interpretación en concreto es una actividad posterior a la interpretación en abstracto, pues solo podemos conocer la aplicabilidad interna de una norma a un caso particular tras haber identificado la norma[214].

La interpretación en abstracto (o dirigida a textos) está orientada a resolver problemas de indeterminación[215] del sistema jurídico, esto es, la falta de certeza respecto a qué normas pertenecen al sistema normativo debido a la equivocidad de los textos normativos. En cambio, la interpretación en concreto (o dirigida a hechos) está orientada a resolver problemas de indeterminación del alcance de cada norma[216], esto es, la falta de certeza respecto a qué casos es aplicable (aplicabilidad interna) la norma debido a problemas de

relación). Al respecto, siguiendo a Bulygin en este punto, la intensión de los sentidos da cuenta de la especificación de qué individuo refiere el nombre y a qué atributos se está aludiendo. La extensión de los sentidos, por su parte, señala el conjunto de individuos a los que se hace referencia por nombre o de los que podemos afirmar poseen el predicado. Bulygin, 1994, pp. 15-16. Alchourrón y Bulygin, 1991 [1989], p. 305. La interpretación en abstracto, en este sentido, refiere a la determinación de la intensión y la interpretación en concreto a la identificación de un objeto como miembro del conjunto de objetos que forman parte de la extensión. Como bien aclara Lifante, la interpretación en abstracto refiere a la actividad de atribuir significado a una disposición normativa y la interpretación en concreto a la actividad de clasificar casos. Lifante, 2018b, p. 112. Lifante, 2012, p. 64.

[214] La actividad judicial, considerando esta distinción, puede ser presentada como un proceso dividido en dos etapas: i) proceso interpretativo e identificación de norma por parte del juez, es decir, determinación del caso genérico regulado y la solución normativa (asumiendo el sistema al que pertenece la norma carece de defectos lógicos); y ii) el juez aplica la norma al caso particular a efectos de determinar qué solución normativa corresponde. Bulygin, 1994, p. 16.

[215] Siguiendo a Comanducci, la indeterminación refiere al «problema epistemológico relativo a la cognoscibilidad/incognoscibilidad de las consecuencias jurídicas de las acciones. El contenido del derecho está determinado frente a una acción si son cognoscibles las consecuencias jurídicas de aquella acción, y está totalmente determinado si son cognoscibles las consecuencias jurídicas de cada acción; al revés, el contenido del derecho está indeterminado frente a una acción si no son cognoscibles las consecuencias jurídicas de aquella acción, y está totalmente indeterminado si no son cognoscibles las consecuencias jurídicas de ninguna acción». Comanducci, 1998, p. 101.

[216] «Interpretación en concreto», según Chiassoni, es una expresión que padece de ambigüedad. El identifica que es empleada en, por lo menos, dos sentidos diferentes: interpretación en concreto-traducción e interpretación en concreto-calificación. De acuerdo con la interpretación en concreto-traducción, este tipo de interpretación (dirigida a hechos) es parte de la actividad de traducción una disposición en una norma. Su resultado es determinar el conjunto de objetos que forman parte de la extensión del concepto (en otros términos, realiza una definición denotativa). Por ejemplo, si tenemos una disposición a interpretar con el texto «si funcionario, entonces obligatorio presentar una declaración jurada de renta anual», bajo este sentido de interpretación en concreto aplicada al término «funcionario» nos ofrecería una lista de ejemplos de lo que entendemos por «funcionario» (un dependiente de la administración, un representante electo, un trabajador de un organismo constitucionalmente autónomo, etc.). En cambio, la interpretación en concreto-calificación, este tipo de interpretación refiere a la calificación de cierto hecho como un ejemplo o instanciación de un concepto. Esta, como vemos, depende de la previa identificación de la extensión de un término (de la interpretación en concreto-traducción), para luego verificar si un cierto objeto posee o no dichas propiedades, en caso las posea, entonces se subsume (forma parte de la extensión del concepto). Por ejemplo, si tenemos a la vista un ser vivo que es amarillo, plumífero y es ovíparo, realizaremos una interpretación en concreto-calificación de que es (salvo nueva información) un pato. Chiassoni, 2019b, p. 127. Esta distinción, además de relevante teóricamente, me será útil para analizar la vinculación (y distinción) entre derrotar una norma y resolver un problema de vaguedad a ser analizada en Cap. II.4.

vaguedad[217]. En relación con los problemas de vaguedad y cómo ellos inciden en la interpretación en concreto volveré más adelante[218].

Para ser más preciso, la interpretación en concreto da cuenta de la operación y resultado de subsumir un caso concreto en el alcance de una norma (la cual fue identificada a través de una interpretación en abstracto)[219]. La subsunción alude al proceso y resultado de verificar si un determinado objeto forma parte (o no) de la extensión de un predicado[220].

Cabe precisar que la subsunción puede estar referida a: i) la relación entre individuos y atributos; o ii) las relaciones entre predicados. Así, una subsunción puede ser individual o genérica. Una subsunción individual es una operación y resultado en el que se ha determinado que un caso individual forma parte de la extensión de un caso genérico, es decir, es una instanciación o ejemplificación de este. En cambio, una subsunción genérica es una operación y resultado en el que se ha determinado que un caso genérico forma parte de la extensión de otro caso genérico, es decir, refiere a determinar la relación entre dos predicados[221]. De esta forma, como bien señala Guastini, la subsunción genérica es

---

[217] Los problemas de interpretación en concreto, en términos de Alchourrón y Buligyn, son los de laguna de reconocimiento, esto es, casos individuales respecto de los cuales no se sabe si pertenece o no al caso genérico contenido en el antecedente de la norma debido a la indeterminación semántica de los conceptos contenidos en este. Alchourrón y Buligyn, 2012, p. 50. Sobre este punto profundizaré más adelante.

[218] Ver Cap. II.4.

[219] Guastini, 2018a, p. 41.

[220] Alchourrón y Bulygin aclaran sobre este punto que «el problema de la subsunción no es un tema específicamente jurídico, sino un problema del uso empírico del lenguaje en general, esto es, de la aplicación de términos generales de un lenguaje a objetos particulares del mundo. En otras palabras, se trata del viejo problema filosófico de la relación entre palabras (generales) y cosas». Alchourrón y Bulygin, 1991 [1989], p. 305. Como bien señala Moreso, la subsunción equivale a «establecer que un caso determinado es una instancia de un caso más general». Moreso, 2002, p. 230.

[221] Para ejemplificar la subsunción genérica Alchourrón y Bulygin emplean el supuesto propuesto por Dworkin sobre la prohibición de contratos sacrílegos. Supongamos que tenemos la norma «los contratos sacrílegos son inválidos» y es el caso que una persona firmó un contrato un domingo, a lo cual no hay consensos respecto a si dicho acto es o no sacrílego. Al respecto, el intérprete procederá a atribuir significado a «firmar contratos un domingo» y «sacrílego». Tras identificar las propiedades que forman parte de la intensión de cada enunciado se procede a verificar si el predicado «contrato firmado un domingo» (C) forma parte o no de la extensión del predicado «sacrílego» (S). Si el intérprete, tras la definición otorgada a cada uno, decide que C forma parte de la extensión de S, entonces C es S (los contratos firmados un domingo son sacrílegos). Este es un caso de subsunción genérica: hemos determinado si un predicado forma parte de la extensión de otro predicado (las cuales, cabe precisar, operan como verdaderas analíticas, es decir, su verdad depende del significado de cada predicado.
En cambio, la subsunción individual da cuenta del proceso de determinar qué norma es aplicable a un caso individual, es decir, es un proceso de verificación de si es verdad (o no) que un determinado objeto posee una propiedad o mantiene un tipo de relación con objeto. Verificación que depende de las reglas de uso establecidas para cada predicado. Siguiendo el ejemplo de Bulygin, si tenemos los enunciados «Tom es gordo» o «Pedro es juez», la verdad de estos enunciados dependerá de si Tom y Pedro poseen la propiedad «gordo» y «juez» respectivamente. Los problemas de subsunción individual (problemas en la determinación de la verdad de este tipo de enunciados) son generados por falta de información sobre los

parte de la interpretación en abstracto y presupuesto necesario para una interpretación en concreto (que se realiza mediante un acto de subsunción individual. Como veremos más adelante, este punto es problemático, pues las subsunciones individuales son presentaciones menos generalizadas de las subsunciones genéricas, lo cual pone en duda la corrección de esta distinción, pero sobre este punto no profundizaré en este subapartado.

iii) Interpretación cognitiva, decisoria y creativa

El término «interpretación» puede ser entendido como un acto de conocimiento, un acto de decisión o un acto de creación de derecho. Para ilustrar este punto, Guastini ha propuesto diferenciar entre interpretación cognitiva, interpretación decisoria e interpretación creativa[222].

Por «interpretación cognitiva» (o interpretación averiguación) se entiende la identificación de los significados que pueden ser atribuidos a una disposición habiéndose aplicado las reglas lingüísticas sintácticas, semánticas y pragmáticas compartidas, las distintas técnicas interpretativas en uso, y las tesis dogmáticas difundidas en doctrina[223]. En este sentido, da cuenta de una labor de descripción sincrónica de las opciones interpretativas que posee el intérprete: es una actividad y resultado científico. Para llevar a cabo tal identificación, el intérprete debe verificar tanto el conjunto de significados que hayan sido adscritos a la disposición en el pasado, como todos aquellos que potencialmente podrían adscribirse en el futuro, empleando el resto de métodos interpretativos que la comunidad jurídica acepta para interpretar dicho texto[224].

---

hechos (laguna de conocimiento) o por vaguedad (lagunas de reconocimiento). Sobre la distinción entre tipos de subsunción ver Bulgyn, 1994, pp. 16 y ss. Alchourrón y Bulygin, 1991 [1989], pp. 306 y ss. Como veremos más adelante, los problemas de subsunción individual si son generalizados dan cuenta de una subsunción genérica, pero sobre este punto volveré en Cap. II.4. Un balance de las discusiones sobre la distinción entre interpretación en abstracto y en concreto ver Sardo, 2019.

[222] Guastini, 2018a, pp. 45 y ss.

[223] Guastini, 2012a, p. 31.

[224] Chiassoni sobre este punto señala que la interpretación con propósito cognoscitivo ofrece, únicamente, información sobre cómo puede ser interpretada una disposición, esto es, conjeturas. Para ello, el intérprete puede realizar tres tipos de enunciados de conjeturas: i) conjeturas metodológicas (identifican los diversos significados que pueden ser adscritos a una disposición empleando los métodos interpretativos que son aceptados por la comunidad jurídica); ii) conjeturas ideológicas (identifican los diversos significados que pueden ser adscritos a una disposición empleando las diversas ideológicas sobre el derecho y sobre cómo deben ser los resultados interpretativos); y iii) conjeturas creativas (se emplean métodos interpretativos para identificar significados que no habían sido considerados en las conjeturas metodológicas ni ideológicas). Al respecto, Chiassoni, 2019b, pp. 28-31.

Por «interpretación creativa» se entiende la acción del intérprete de crear un nuevo significado para un texto, esto es, un significado que no forma parte del conjunto de significados atribuidos en el pasado ni atribuibles empleando métodos interpretativos disponibles en la comunidad jurídica. Es una acción de innovación respecto del universo de posibilidades sobre cómo es posible interpretar una disposición.

Por «interpretación decisoria» se entiende la acción del intérprete de elegir uno de los posibles significados identificados o creados. Es una acción política de elección en base a una preferencia interpretativa[225]. Al respecto, cabe anotar que la interpretación decisoria es una acción que se realiza respecto de los resultados de una interpretación cognitiva o creativa.

Las interpretaciones cognitivas y creativas le ofrecen al intérprete opciones respecto de las cuales este puede elegir cuál emplear para atribuir de significado a un texto. A esta operación se le llama interpretación decisoria[226].

Lifante sobre este punto ha formulado una crítica interesante. Entendida la interpretación cognitiva de esta forma, es decir, como la determinación entre significados atribuidos en el pasado y que podrían ser atribuibles (empleando, por ejemplo, métodos interpretativos no considerados por la comunidad jurídica), entonces esta no es una actividad puramente descriptiva. En efecto, los significados atribuibles implicarían realizadas actividades interpretativas que, por lo menos en algunos casos, conllevan tomar decisiones valorativas (siguiendo el ejemplo de la autora, si entendemos la interpretación sistemática como coherencia entre el significado a atribuir y un determinado valor, entonces se requiere tomar decisiones respecto a qué valor y cómo entenderlo, lo cual deja de ser una descripción y pasa a ser una acción política). Al respecto, Lifante, 2018b, pp. 116-17. Lifante, 2012, p. 71. Para una crítica similar ver Pino 2013b. Para un interesante análisis y discusión a las tesis de Lifante ver Iuspa, 2020.

[225] Guastini, 2018a. 46.

[226] Siguiendo a Guastini, la interpretación decisoria puede ser de tipo estándar o creativa. La diferencia entre la interpretación decisoria estándar y la creativa está en que en la primera se elige un significado que forma parte del conjunto de significados identificables mediante la interpretación cognitiva. En cambio, para la segunda, el significado elegido no lo es, pues es un nuevo significado creado por el propio intérprete. Guastini, 2018a, p. 53.

En este sentido, si tuviéramos una disposición D y esta fuese ambigua, aplicando esta triple distinción tendríamos los siguientes tipos de enunciados:

1. Si el intérprete realiza una interpretación cognitiva, entonces formula el siguiente enunciado: «D puede significar N1 o N2».
2. Si el intérprete realiza una interpretación creativa, entonces formula un enunciado del tipo «D puede significar N3», siendo el caso que N3 no forma parte del conjunto de significados posibles.
3. Si el intérprete realiza una interpretación decisoria estándar, entonces formula el siguiente enunciado «D significa N1» o «D significa N2». Si realiza una interpretación decisoria creativa, entonces formula el siguiente enunciado «D significa N3».

Guastini, 2012b, p. 211.

Para arribar a una interpretación decisoria, como veremos más adelante, es necesario haber realizado un proceso interpretativo por cuál el intérprete ha escogido el significado que considera correcto. En este sentido, una interpretación decisoria presupone una actividad interpretativa y una preferencia sobre una interpretación producto por sobre el resto de posibilidades.

Llegados a este punto cabe precisar que el resultado de la interpretación decisoria es atribución de una norma a una disposición (o combinación de disposiciones). Las elecciones interpretativas que tome el intérprete, de esta forma, determinan la composición del antecedente regulado y de la consecuencia normativa a la que esté vinculado. Ello incide, además, en cómo están compuestos los sistemas normativos: una vez identificadas las normas del sistema normativo, se pueden producir relaciones de inconsistencia normativa o no entre estas. Asimismo, dependiendo de cómo hayamos identificado las normas, puede ser el caso que el resultado sea un sistema incompleto o no. Así, dependiendo de las decisiones interpretativas se crearán o prevendrán lagunas y antinomias[227]. Dicho de otro modo: las imperfecciones lógicas de los sistemas normativos son generadas por nuestras decisiones interpretativas.

iv) Interpretación y construcción jurídica

El término «interpretación» puede ser también empleado para hacer referencia a actos y resultados de interpretación (en sentido estricto) o de construcción jurídica. Por «interpretación en sentido estricto» se entiende todas aquellas operaciones de atribución de significado a textos normativos. En atención a ello, engloba a todos aquellos métodos y resultados consistentes en identificar significados posibles y elegir entre uno de ellos como significado de una disposición (o combinación de estas).

[227] Sobre este punto Ratti, 2015b, pp. 164 y ss, pp. 171 y ss. Chiassoni, 2011, pp. 228 yss, pp. 313 y ss. Guastini, 2018a, pp. 118 y ss, pp. 142 y ss. El punto quedará más aclarado tras reconstruir cómo está estructurado el proceso interpretativo, pero el punto a señalar aquí es que una antinomia o una laguna es producto de una serie de decisiones valorativas de los intérpretes. En este mismo sentido Alchourrón: «[i]ndependientemente de su interpretación no tiene sentido preguntar, respecto de dos expresiones normativas, si ellas son consistentes o no. En una interpretación puede que expresen normas compatibles mientras que en una interpretación distinta puede que sean incompatibles. Una disposición que resuelve un caso genérico bajo cierta interpretación puede constituir una laguna en una interpretación diferente». Alchourrón, 2010 [1996c], p. 164.

En cambio, por «construcción jurídica» podemos entender todas aquellas operaciones de creación de normas por parte de los aplicadores del derecho[228]. En atención a ello, engloba a todos aquellos métodos y resultados de estos métodos de creación normativa por parte de los aplicadores del derecho[229].

Esta desambiguación del término interpretación, como podemos ver, permite poner de relieve que puede hacer referencia a una actividad y resultado científico, o a una actividad y resultado innovador. La distinción entre actos de averiguación y políticos en materia interpretativa es teórica y prácticamente relevante, pues permite identificar las situaciones en las cuales los jueces (como intérpretes autoritativos) crean derecho. Para estos efectos, se ha propuesto la metáfora del marco interpretativo: podemos diferenciar entre significados que forman parte de un marco de significados posibles a ser atribuidos a un texto, por un lado, de significados nuevos, esto es, significados que no forman parte de dicho marco, por el otro[230].

Pueden surgir casos dudosos respecto a si una interpretación producto forma parte o no del marco[231], pero ello no resta relevancia a que podamos usar la distinción

[228] Los operadores jurídicos al realizar una operación de construcción jurídica lo que están diciendo es que no es posible identificar ningún significado posible de los textos normativos creados por el legislador que resuelva adecuadamente el caso. Ante esta situación, el aplicador del derecho lo que hace es crear una nueva norma que satisfaga los criterios de corrección sustantiva para resolver la controversia. Chiassoni, 2019b, p. 106. Sobre este punto, siguiendo a Guastini, la noción de norma implícita depende conceptualmente de que seamos capaces de distinguir entre actos de interpretación y de creación normativa. En efecto, si entendemos «norma» como significado de textos normativos, entonces esta no sería una noción apta para dar cuenta del fenómeno que nos interesa, pues resultaría ser una norma que no se obtiene de interpretar ninguna disposición. Lo que está poniendo de relieve al hacer la distinción entre normas expresas e implícitas es la diferencia entre actos de interpretación de documentos normativos y de creación del derecho. Guastini, 2011a, pp. 154-55. Sobre este punto volveré en breve.

[229] Siguiendo a Chiassoni, estos son actos de elaboración de nuevas normas por parte del intérprete (es un caso de norma sin disposición). Chiassoni, 2019b, p. 106. En términos de Guastini, «la construcción jurídica es una actividad genuinamente nomopoética de jueces y juristas: legislación "intersticial" como se suele decir». Guastini, 2018c, p. 51.

[230] Sobre este punto Ratti ha formulado una interesante presentación de la teoría del marco interpretativo empleando el lenguaje de la teoría de los conjuntos. En extremo resumen, un marco de interpretaciones posibles (actividad y resultado de la interpretación cognitiva) estaría compuesto por tres conjuntos: i) un conjunto de significados que pueden ser adscritos a una disposición como resultado de haber aplicado los métodos interpretativos que una determinada comunidad jurídica utiliza; ii) un conjunto de significados que efectivamente hayan sido atribuidos a una disposición en una determinada comunidad jurídica; y iii) un conjunto de significados que potencialmente pueden ser adscritos a una disposición, pero que en un determinado espacio-tiempo específico no son culturalmente admisibles por la comunidad jurídica. Dependiendo de cómo se entendida la noción de marco interpretativo, entre estos conjuntos tendremos casos de intersección (todos los elementos de un conjunto C1 forman parte de otro conjunto C2, pero no todos los elementos de C2 forman parte de C1) o unión (todos los elementos de C1 forman parte de C2 y todos los elementos de C2 forman parte de C1). Al respecto ver Ratti, 2018a.

[231] «La línea de demarcación entre la mera interpretación -entendida en sentido estricto como atribución de significado a un texto- y la construcción jurídica es lábil. Es perfectamente posible discutir, en algunos

(principalmente en casos claros) para precisar que los casos de interpretación creativa y de construcción jurídica son supuestos de creación de nuevas normas por parte de los intérpretes.

La distinción entre interpretación y construcción es relevante, además, para los propósitos de la presente investigación a efectos de clarificar la diferencia entre normas explícitas, implícitas y normas derivadas. Dichas nociones son de particular interés, pues son empleadas en diversas aproximaciones a la noción de derrotabilidad, en especial, en aquellas inmersas en discusiones sobre cómo están compuestos los conflictos normativos y cómo resolverlos[232]. Al respecto:

a. Norma expresa

Por «norma explícita» entiendo todos aquellos significados que se pueden atribuir a textos normativos. Da cuenta, en este sentido, de los posibles significados que podemos identificar a partir un texto empleando las técnicas de interpretación disponibles[233]. Esta noción comprende todos aquellos resultados interpretativos que han sido formulados habiéndose aplicado al menos alguna de las reglas lingüísticas sintácticas, semánticas y pragmáticas compartidas, las distintas técnicas interpretativas en uso y las tesis dogmáticas difundidas en doctrina. Dicho en breve, se refiere a los significados posibles (en un determinado espacio-tiempo en una comunidad jurídica) de una/as disposición/es[234].

---

casos, si una determinada tesis doctrinal o jurisprudencial es fruto simplemente de la interpretación o, por el contrario, de genuina construcción. No obstante, en muchos casos la diferencia es lo suficientemente clara como para resultar palpable». Guastini, 2016, p. 360. Para una crítica a la comprensión de la interpretación bajo la teoría del marco de posibles significados ver Diciotti, 2013 y el analísis de este texto contenido en Chiassoni, 2019b, Cap. 5, 5.3. Para una reconstrucción de las discusiones sobre la distinción entre normas explícitas e implicitas, y la distinción entre interpretación en sentido estricto y construcción jurídica en la obra de Guastini, ver Barberis, 2019.

[232] Ver Cap. IV.

[233] Chiassoni, 2011, p. 311. Chiassoni, 2019a, pp. 22, 105. Sobre la estructura del proceso interpretativo volveré en el subapartado siguiente.

[234] Guastini, 2018a, p. 49. Las normas expresas, en este sentido, serían todas aquellas normas que forman parte del marco de significados posibles (aquellos significados identificados mediante una interpretación cognitiva). Aclarado el sentido de norma expresa, ello permite poder introducir algunas precisiones respecto a qué es exactamente lo que producen los legisladores. Siguiendo a Chiassoni (quien, además, formula su propuesta desde la teoría del marco), los legisladores son creadores de disposiciones, esto es, de enunciados lingüísticos que son objeto de la interpretación. Qué normas expresa esta disposición como hemos visto, depende de las técnicas interpretativas disponibles que poseen los intérpretes en una determinada comunidad jurídica. De ser esto así, entonces, los legisladores no crean normas, sino textos a los cuales podemos atribuirle un conjunto de normas expresas. Chiassoni, 2019b, p. 111. En este mismo sentido Waldron al señalar «[*w*]*ords do not determine meanings, people do. No amount of staring at the words of*

Una vez que hemos identificado la norma expresa, a efectos de determinar su aplicabilidad interna, hemos de establecer qué normas podemos derivar de ella. Para ello, hemos de emplear métodos lógico-inferenciales para establecer qué podemos deducir de la norma. Esto, asumiendo una lógica monotónica, conlleva aceptar el refuerzo del antecedente. En este sentido, si de una proposición p se sigue la proposición q, entonces esta inferencia se mantiene, aunque se añadan nuevas condiciones al antecedente del condicional. En otras palabras, las consecuencias se siguen de las premisas, a pesar de que se incorporen otras premisas al razonamiento[235]. Podemos conocer qué casos regula una norma a través de las normas derivadas[236].

En este sentido, por «norma derivada» podemos entender todas aquellas normas que son inferidas mediante razonamientos lógicamente válidos, esto es, deductivos, aplicados tanto a normas explícitas como a normas implícitas[237]. De esto último se sigue que tendremos normas derivadas de normas expresas y normas derivadas de normas

a rule, then staring at the world, then staring at the words again, will tell us when we have a proper application». Waldron, 1994, p. 510.

[235] Sobre este punto volveré con mayor profundización en Cap. III.4 y en Cap. IV.3.

[236] Cabe anotar que, de esta forma, además, podemos explicitar derechos que están contenidos en otros derechos, es decir, derechos que operan como condiciones necesarias de un derecho. Sobre este punto Guastini, 2014, p. 495.

[237] Guastini, 2018a, p. 166. Ratti, 2015b, p. 157. Mendonca, 2001, p. 48. Manrique, Navarro y Peralta, 2011 pp. 134-40. Cabe anotar que algunos autores consideran que las normas derivadas son una forma de entender las normas implícitas. Alchourrón y Bulygin sostuvieron que una norma derivada es, en un sentido específico, una orden implícita. En sus términos: «cuando una persona ordena algo, ordena también todas las consecuencias de la proposición que ha ordenado expresamente (aun cuando no esté consciente de ellas). Por ejemplo, si un maestro de escuela ordena que todos sus alumnos deben abandonar el aula, ordena implícitamente que Juan (que es un alumno) debe abandonar el aula, aún cuando no se haya dado cuenta que Juan estaba allí». Alchourrón y Bulygin, 1991 [1981], p. 130. Como vemos, aquí los autores están haciendo referencia a la identificación de todas las normas derivadas de una norma identificada, esto es, a la determinación de todos los casos regulados. Asimismo, Giorgio Pino ha ofrecido una distinción entre normas explícitas y normas implícitas a partir de la noción de normas derivadas. Para este autor tenemos normas explícitas en aquellos supuestos en los cuales atribuimos significado a disposiciones a través de convenciones lingüísticas. En cambio, tenemos normas implícitas cada vez que inferimos normas a partir de normas explícitas empleando métodos lógicos (deducción) o persuasivos (analogía, por ejemplo). Pino, 2014, p. 44. Asimismo, Guastini ha sostenido que el término «norma implícita» puede ser entendido de dos maneras: i) como normas derivadas lógicamente; y ii) como producto de una construcción jurídica. Ver Guastini, 2018a, pp. 49, 167-168, Guastini, 2014, p. 494. Guastini, 2011b, pp. 85-86. Me parece oportuno no asumir estas presentaciones sobre cómo entender el carácter implícito de una norma, pues ello no me permitiría resaltar la diferencia entre normas producto de la interpretación de normas producto de haber creado derecho.

implícitas[238]. El trabajo de identificar el conjunto de consecuencias lógicas posibles de las normas nos permite explicitar los alcances de cada una de estas[239].

Cabe precisar que, si bien esta es una tarea necesaria para identificar qué casos son regulados por cada norma, resulta controvertido señalar que este tipo de norma pertenece al sistema jurídico. Este tipo de discusiones se presentan en tres formas: i) discusiones respecto a cómo conceptualizar los sistemas jurídicos (en específico, la pregunta respecto a si son o no lógicamente clausurados); ii) discusiones respecto a si la deducibilidad es o no un criterio de pertenencia de normas jurídicas; y iii) si respondemos afirmativamente la primera discusión, entonces nos lleva a la polémica respecto a si todas las normas deducibles pertenecen al sistema jurídico o si solo algunas de ellas[240]. Sobre estas no profundizaré, pues escapan al objeto del presente apartado.

---

[238] Cabe precisar que cada norma se implica así misma en virtud al principio de identidad normativa (Op->Op). Ratti y Rodríguez, 2018, p. 161.

[239] Por ejemplo, si tenemos una norma N1 «Si una persona mata, entonces obligatorio sancionarle con 15 años de prisión», la cual se puede representar formalmente como (p->Oq). Conforme a lo señalado, si aplicamos el refuerzo del antecedente se seguirá el mismo consecuente normativo cada vez que se verifique la propiedad p (siempre que la nueva propiedad no genere una inconsistencia, es decir, que sea ¬p). En este sentido, si tenemos N1, entonces esta se aplicará en caso la persona mate una ciudad (p.r->Oq) u otra (p.z->Oq). Como bien lo señalan Navarro y Rodríguez, la principal función de identificar normas derivadas es hacer explícitos los contenidos conceptuales contenidos en las normas analizadas (sean estas expresas o implícitas). Navarro y Rodríguez, 2015, p. 103. Como veremos en el Cap. IV.2, la noción de norma derivada es necesaria, además, para la identificación de conflictos normativos. Sin perjuicio de lo señalado, debo precisar que el contenido normativo de los sistemas jurídicos no se limita, únicamente, al conjunto de posibles normas derivadas. Como veremos, en los sistemas (tanto el de normas que pertenecen al sistema jurídico como el de normas aplicables a un caso) también pertenecen normas que son identificadas por métodos de construcción jurídica: normas implícitas.

En relación con este punto y la discusión respecto a si el alcance siempre implica una decisión interpretativa (atribución de significado) o puede ser determinado (en algunos supuestos) por inferencias lógicas ver: Navarro, 2005, pp. 109 y ss. Este punto, además, permite señalar una distinción relevante: una norma derivada no es, necesariamente, lo mismo que una norma individual, pues esta tiene, por lo menos, dos sentidos. Para aclarar ambos sentidos emplearé el caso de formular normas individuales de la norma general «si roba, entonces obligatorio sancionarle penalmente». Al respecto, podemos formular normas individuales en dos sentidos:

1. Norma individual como norma derivada lógicamente. En este supuesto hacemos una inferencia deductiva a partir de la norma general y los hechos del caso. Pensemos en el caso que está comprobado que Juan se llevó cosas que no eran suyas, en este escenario podemos formular la norma individual «Juan debe ser sancionado penalmente» como deducción de la norma general y los hechos del caso. Este sentido, como vemos, da cuenta de una relación de subsunción, de manera que no hay diferencia conceptual entre norma individual y norma derivada.
2. Norma individual como justificación de una decisión. En este supuesto se da cuenta del razonamiento de un juez que decide aplicar la norma derivada como premisa normativa para resolver el caso. Aquí, en la parte resolutiva de la sentencia, el juez decide que «Juan debe ser sancionado penalmente», la cual es una norma creada por el juez en este caso. En este sentido, como vemos, da cuenta de una relación de justificación en la aplicación de normas, de manera que hay una diferencia conceptual entre norma individual y norma derivada.

Navarro, 2005, p. 119. En este momento, como vemos, estoy tratando de dar cuenta del sentido i).

[240] Sobre este punto ver Ratti, 2013a, p. 227. Para un análisis y crítica interesante de las tesis de Joseph Raz y Andrei Marmor en contra de que todas las normas deducidas pertenezcan al sistema ver Navarro y Rodríguez, 2015. Solo respecto a Marmor ver Ratti, 2013a, pp. 188 y ss. La discusión sobre si las normas

b. Norma implícita

Las normas implícitas son normas que han sido creadas por una autoridad competente en sede de aplicación del derecho. En otros términos, este tipo de normas son el resultado de haber empleado una técnica de construcción jurídica[241]. Como podemos ver, la diferencia entre una norma expresa y una norma implícita se basa en si la norma es producto de un acto de interpretación o de construcción[242].

Una norma implícita, entendida como resultado de un acto de construcción jurídica, refiere a todas aquellas normas que: i) no se pueden atribuir como un significado posible de un texto normativo; y ii) no son implicaciones lógicas de una norma. En relación con este último punto, las normas obtenidas como resultado de un razonamiento lógico-deductivo (las normas derivadas) no son normas implícitas, pues son el resultado de haber averiguado todas las consecuencias posibles de un determinado significado. En este sentido, no es un acto de creación normativa, sino de haber realizado una interpretación cognitiva[243].

Como podemos ver, el carácter implícito de una norma es atribuido por la aplicación de un determinado tipo de operación jurídica. En este sentido, Chiassoni ha propuesto una condición negativa y otra positiva para identificar qué normas son normas implícitas. La condición negativa es que las normas implícitas refieren a aquellas interpretaciones que no pueden ser atribuidas como un significado posible de un texto normativo. La condición positiva, en cambio, es que las normas implícitas son el resultado de aplicar un método de construcción jurídica[244].

---

derivadas pertenecen o no al sistema normativo es la discusión respecto a qué criterios de pertenencia empleamos para caracterizar los sistemas jurídicos. Al respecto, como ya he señalado en Cap. I.4,4.1. la clausura lógica de los sistemas, esto es, que forman parte del sistema todas las normas derivadas de todos los enunciados que pertenecen al sistema, pueden ser predicada del sistema de normas que pertenecen al sistema jurídico o del sistema de normas aplicables a un caso judicial. Al respecto, resulta cuestionable asumir la clausura lógica del primer sistema (entre otras razones, debido a que si asumimos la clausura entonces no podríamos dar cuenta de los cambios dinámicos de los sistemas jurídicos), pero no del segundo (solo mediante normas derivadas podemos conocer el contenido de cada norma). Al respecto, ver Rodríguez, 2015, pp. 27-32.

[241] Guastini, 2018a, p. 166.

[242] Guastini, 2012a, p. 34, Guastini, 2018a, p. 49. Guastini, 2019a, p. 17. Guastini, 2012b, pp. 215-16.

[243] Guastini, 2014, p. 17, 167. Guastini, 2015, p. 36.

[244] Chiassoni, 2019b, pp. 102, 105, 164, 235 pie de pág., 28.

No es posible identificar el universo completo de operaciones de construcción jurídica por las cuales los juristas crean nuevas normas ni ello es una empresa necesaria para esta investigación. Sin perjuicio de ello, paso señalar algunos de los principales métodos por los cuales los juristas incorporan normas implícitas en los sistemas normativos[245]:

1. Empleando técnicas argumentativas lógicamente inválidas: los aplicadores del derecho suelen emplear estructuras de razonamiento no deductivas para crear nuevas normas a ser empleadas para resolver un caso. Como, por ejemplo, el argumento *a contrario*, *a simili*, *a fortiori*, entre otros. Estas técnicas pueden estar reconocidas o no por el sistema normativo, en el sentido de que o bien pueden formar parte de una regulación de la interpretación, o bien son métodos que la comunidad jurídica suele emplear (vigentes) sin estar previsto en una regulación de la interpretación.
2. Realizando inferencias a partir de tesis dogmáticas: los aplicadores del derecho suelen emplear propuestas dogmáticas (y también teóricas) para formular normas sobre cómo debe regularse una determinada acción o estado de cosas. En este sentido, incorporamos al sistema normas que se justifican en propuestas conceptuales (descriptivas o prescriptivas) formuladas por los propios juristas.
3. Realizando inducciones para derivar principios a partir de reglas: los juristas solemos crear principios como resultado de identificar un conjunto de normas (reglas) a efectos de generar, a partir de estas, una norma general que dé cuenta de sus rasgos comunes.

De la misma forma que con las normas expresas, una vez creada la norma implícita podemos conocer su contenido conceptual identificando qué normas podemos derivar de esta. En este sentido, sabremos qué casos regula identificando las normas derivadas de la norma implícita.

[245] En este punto estoy siguiendo a Guastini, 2012b, Guastini, 2018a, pp. 37 y ss. Ratti, 2015b, pp. 159 y ss. Para las algunas posibilidades de técnicas de selección de las normas expresas (métodos interpretativos) y técnicas de construcción jurídica ver Guastini, 2018c, pp. 195-223.

2.2. Reinterpretación: identificación y preferencia entre posibles significados

Supongamos que un aplicador del derecho ha decidido que una determinada disposición sea interpretada de tal forma que expresa la norma N1. Como hemos visto, para llegar a tal decisión el intérprete ha tenido que elegir entre diversas posibilidades interpretativas (esto es, elegir entre significados que forman parte del marco de significados posibles y, contingentemente, significados que resulten de una interpretación creativa). Asumamos en este contexto que N1 no se corresponde con la primera interpretación que identificó el intérprete. ¿Qué es lo que ha hecho el intérprete para elegir dicha interpretación producto? Ha realizado actos de valoración y preferido un significado que no es el mismo que el significado inmediato (o literal)[246]. Para aclarar este punto es pertinente clarificar qué es lo que hacen los intérpretes al momento de reinterpretar una disposición normativa, esto es, formular una propuesta de reconstrucción del proceso interpretativo.

Asumamos que un intérprete se enfrenta a un problema normativo[247], de forma que para resolverlo ha de considerar una o varias disposiciones a ser interpretadas. A estas disposiciones los intérpretes les atribuyen un primer (y provisional) significado, uno que usualmente resulta de una comprensión semántica del texto. A este significado, siguiendo la terminología de Guastini, la llamaremos «significado *prima facie*»[248]. Tras ello, los intérpretes suelen realizar una reflexión posterior, con base en lo cual se decide atribuir un «significado todo considerado»[249]. Esta decisión bien puede confirmar atribuir el

[246] He preferido no emplear la expresión «significado literal» en vista a que con ella podemos estar haciendo referencia a diversos resultados interpretativos (parece de ambigüedad). Para un elenco y análisis de cada uno de estos ver Iturralde, 2014, Cap. III. El sentido de «significado literal» que es relevante para los fines de este apartado de la investigación es como el primer significado que atribuyen los intérpretes a una disposición de manera inmediata e irreflexiva al enfrentarse a este. Chiassoni la ha llamado para efectos de especificación como «significado literal originario», esto es, como el primer significado no reflexionado. Ver Chiassoni, 2000, p. 50. Sobre este punto señalaré de inmediato en el texto principal que, a efectos de evitar el uso la palabra «literal» (y con ello evitar indeterminación), emplearé la terminología de Guastini y llamaré a esta interpretación-producto como significado *prima facie*.

[247] Dicho de manera muy breve, un problema normativo es una pregunta sobre cuál es la calificación jurídica de un conjunto de acciones o de una acción, es decir, es un pedido para determinar si una acción, conforme al sistema jurídico, es obligatoria, prohibida, permitida o es facultativa. Sobre este punto volveré en Cap. IV.5.

[248] Guastini, 2018a, p. 108. En un mismo sentido en Diciotti, 1999, pp. 203 y ss.

[249] Como bien ha sostenido Isabel Lifante, previo a tomar una decisión interpretativa (elegir uno de los posibles significados atribuibles a una disposición, lo que conlleva dejar de lado las restantes), los intérpretes realizan procesos de toma de decisiones deliberativos y valorativos. Para dar cuenta de estas actividades hemos de preguntarnos ¿cómo se decide? ¿qué tipo de razones se toman en cuenta para justificar una decisión interpretativa? Lifante, 2018b, p. 117. En este subapartado describiré y analizaré algunas ideas empleadas para responder a estas preguntas con el propósito de clarificar el acto de derrotar posibles interpretaciones. Sobre este punto, además, retomo lo señalado en la distinción entre interceptación

significado *prima facie*, o bien puede no preferirlo a efectos de elegir otro de los significados posibles (o crear uno nuevo). Veamos esta actividad con más detalle[250].

Identificado un problema normativo (pregunta sobre cómo está regulada una acción o estado de cosas), los juristas pasan a preguntarse qué normas son aplicables interna y externamente, es decir, cuál es el micro sistema de normas aplicables al caso)[251]. Para ello, realizamos una primera interpretación de los textos normativos, es decir, establecemos el o los primeros significados *prima facie*.

Un significado *prima facie*, siguiendo a Ratti, da cuenta de nuestras primeras comprensiones de las disposiciones normativas. Estos significados suelen ser identificados o bien con una interpretación literal, o bien con cómo la comunidad jurídica a la que pertenece el intérprete suele entender el enunciado (también puede ser el caso que la opinión consolidada entre los miembros de la comunidad jurídica sea entender el texto conforme al sentido literal de las palabras)[252]. Los intérpretes, tras dicha interpretación, pueden realizar segundas interpretaciones a efectos de determinar cuál de los posibles significados (identificados por una interpretación cognitiva o creados mediante construcción jurídicas) se atribuirá a la disposición.

La actividad interpretativa, en este sentido, da cuenta de los actos justificativos de los intérpretes sobre si, todos los aspectos relevantes considerados, este decidirá o no atribuir a la disposición el significado *prima facie*. De esta forma, el intérprete puede confirmar que atribuirá dicho significado, ampliarlo, reducirlo, o dejarlo de lado por completo y elegir un significado completamente diferente. El intérprete habrá reinterpretado una disposición en aquellos supuestos en los que haya decidido no elegir el significado *prima facie*, a efectos de reemplazarlo por otro significado[253].

---

actividad e interpretación producto: el significado *prima facie*, en términos de Gianformaggio, podría ser presentado como un caso de interpretación noética, y el significado todo considerado como un caso de interpretación dianoética.

[250] Debo precisar que las precisiones posteriores no pretenden ser una descripción de los procesos mentales de cada intérprete, sino una reconstrucción de las diversas etapas de una actividad interpretativa.

[251] Sobre el micro sistema de normas aplicables ver Cap. I.4.

[252] Ratti, 2015b, p. 154.

[253] Siguiendo a Chiassoni, en un primer momento los intérpretes realizan dos actividades: i) identifican disposiciones a ser objeto de la interpretación; y ii) adscriben, de manera tentativa, un primer significado. El resultado de este primer momento es un enunciado interpretativo con la estructura «en una primera interpretación, la disposición D significa N1 en el contexto C». Tras realizar un proceso interpretativo (el cual describiré en el texto principal líneas más adelante), el resultado de haber considerado dicha primera

De este modo, entiendo por «reinterpretación» la actividad compleja compuesta por: i) volver a interpretar una disposición normativa (es posterior a la identificación del significado *prima facie*); y ii) atribuir a la disposición un significado (total o parcialmente) diferente al significado *prima facie*. En términos de Chiassoni, por reinterpretación entiendo el conjunto de interpretaciones sustitutivas (o correctivas)[254], las cuales pueden ser: restrictivas, extensivas o modificativas.

La reinterpretación restrictiva se refiere a que el intérprete ha decidido atribuir un significado todo considerado que se diferencia del significado *prima facie* por contener supuestos que originalmente no estaban incluidos dentro del alcance. En este sentido, la aplicabilidad interna de la norma es ampliada a efectos de cubrir más acciones o más estados de cosas[255].

Por ejemplo, si hemos de interpretar la disposición «si funcionario público, entonces debe regirse por el Código de Ética de la Función Pública», un significado *prima facie* posible es interpretar que dicho texto es que obliga a todas aquellas personas que poseen un contrato de trabajo con el Estado a actuar conforme al Código Ética de la Función Pública. Una reinterpretación (atribuir un significado todo considerado) extensiva es considerar que «funcionario público» es un término que refiere a toda persona que tiene un contrato

---

interpretación y otras posibles interpretaciones (considerando las identificadas vía interpretación cognitiva o creadas mediante una interpretación creativa), puede que tengamos un resultado reinterpretativo. Este tendrá la estructura «todas las cosas consideradas (en la situación en cuestión), la disposición D significa N2 en el contexto C». Ver Chiassoni, 2002, pp. 199-200. Ver también Chiassoni, 1991, pp. 146-148. En este mismo sentido, siguiendo a Ratti, la actividad reinterpretativa implica:

1. Evaluación de resultados de la primera interpretación (el significado *prima facie*);
2. Enumeración de otras opciones interpretativas;
3. Elegir una de las opciones o crear una nueva opción interpretativa; y
4. Generar un contenido más preciso de la interpretación elegida.

Ratti, 2015b, p. 155. Ratti, 2013a, p. 52.

[254] Los intérpretes atribuyen significados que, considerando el proceso y resultado interpretativo, tienen un efecto sustitutivo. Chiassoni lo explica en los siguientes términos: «desde el punto de vista del razonamiento interpretativo aquéllas comportan que, para una misma disposición, se identifican dos o más sindicados alternativos, uno de los cuales, por último, resulta seleccionado -sobre la base de ciertas directivas preferenciales, inhibitorias y comparativas- como el significado correcto habida cuenta todo (*all things considered*)». Chiassoni, 2011, p. 151 (cursiva es de origen). En términos de Guastini, esto sería una interpretación correctora, al respecto ver Guastini, 1999, pp. 217 y ss.

[255] Guastini, 1999, p. 219. Por ejemplo, supongamos que tenemos un significado *prima facie* «si domicilio, entonces prohibido ingresar sin permiso o autorización judicial» y entendemos por «domicilio» a la residencia habitual. En este escenario un significado todo considerado extensivo sería considerar que «domicilio» incluye, por razones de semejanza (argumento analógico), que ello incluye las habitaciones de hotel (o, en otros términos, las residencias temporales), de manera que se incluye dentro del alcance de la norma tanto la casa donde uno vive regularmente, como los lugares donde uno se hospeda por unos días.

de trabajo con el Estado y/o que proveen un servicio público. Bajo esta interpretación se entiende que están regidos por el Código de Ética de la Función Pública, además de los subordinados laboralmente del Estado, estarán incluidos, por ejemplo, los trabajadores de universidades privadas o los controladores aéreos de aeropuertos privados (asumiendo que educación y control aéreo son servicios públicos)[256].

Una reinterpretación modificativa consiste en que el intérprete ha decidido atribuir un significado todo considerado que se diferencia del significado *prima facie* por ser un significado completamente diferente. Al cambiar de sentido, lo que se produce es un apartamiento del significado *prima facie*. Por ejemplo, si tenemos una disposición que exige como requerimiento «ser ciudadano en ejercicio», un significado *prima facie* posible puede ser «persona que tiene la cualidad de ciudadano». Una reinterpretación modificativa nos puede dar como significado todo considerado «persona con residencia permanente en el país y que no está recluida en un centro penitenciario»[257].

2.2.1. Reinterpretación como juego interpretativo

La noción de derrotabilidad, desde la teoría de la interpretación y como veremos a lo largo del presente capítulo, da cuenta de una actividad reinterpretativa restrictiva, en tanto, los casos de derrota de normas son aquellos por los cuales los intérpretes han decidido atribuir un significado todo considerado con un alcance más limitado al que se disponía con un significado *prima facie*. Previo a profundizar sobre este punto es menester aclarar de qué forma podríamos reconstruir la selección de significados en la actividad interpretativa.

Sobre este punto, Chiassoni ha propuesto considerar que la actividad interpretativa opera como un juego del lenguaje que consiste en determinar el significado de uno o más disposiciones a efectos de alcanzar un objetivo. Dicho juego está compuesto por cuatro

[256] En este sentido, si disponemos de un significado prima facie del tipo (p->Oq), una posible reinterpretación restrictiva podría ser (p.r->Oq). De esta forma, la sola verificación de p deja de ser una condición suficiente para que se siga el consecuente. Para que sea obligatorio q, tendrá que darse conjuntamente p y r.

[257] En ese sentido, si disponemos de un significado *prima facie* del tipo (p->Oq), una posible reinterpetación modificativa podrá ser (r->Oq). De esta forma, p deja de ser una condición para el consecuente y pasa a serlo r.

diferentes tipos de reglas que forman parte de un código interpretativo[258]: gramaticales, metódicas, sobre producción de reglas y de traducción. Al respecto:

1. Las reglas gramaticales prescriben tomar en cuenta las reglas de la gramática del lenguaje empleado para formular la disposición que es objeto de interpretación.
2. Las reglas de traducción son las técnicas interpretativas que determinan cómo se debería atribuir significado a disposiciones[259].
3. Las reglas metódicas consisten en prescripciones sobre la determinación de los posibles propósitos del juego interpretativo, herramientas a emplear, y posibles movimientos que pueden realizar los participantes.
4. Las reglas sobre producción de reglas constituyen reglas que determinan qué agentes están autorizados para crear reglas gramaticales, traducción y metódicas.

Para los fines del presente subapartado, son relevantes las reglas metódicas, es decir, las reglas sobre las posibles actuaciones de los intérpretes para atribuir un significado a una disposición. Al respecto, Chiassoni las subdivide en cinco tipos: reglas sobre el propósito, reglas de selección, reglas procedimentales, reglas de preferencia y reglas por *default*.

Las reglas sobre el propósito son criterios prescriptivos respecto a cómo debe ser entendida la finalidad del juego interpretativo. Por ejemplo: identificar el significado moralmente correcto o que beneficie más a los intereses de un determinado agente.

Las reglas de selección establecen qué reglas de traducción podemos emplear para atribuir significado a un determinado texto. Por ejemplo, puede ser el caso que estas establezcan la prohibición de emplear una o unas reglas de traducción («prohibido realizar

[258] En adelante voy a reconstruir, muy brevemente, las tesis de Chiassoni expuestas en Chiassoni 2019b, Cap. III, Chiassoni, 2019a, Cap. II, y en Chiassoni, 2018a. Me concentraré, principalmente, en los puntos vinculados con la actividad reinterpretativa de las disposiciones normativas. Para una presentación alternativa del proceso reinterpretativo desde una aproximación hermenéutica ver Alexy, 1996.

[259] En otra sede (y en relación con la interpretación jurídica) el autor denominó a las reglas de traducción como directivas primarias, esto es, como prescripciones dirigidas a los jueces respecto a cómo deben atribuir significado a las disposiciones. Por ejemplo: directivas de interpretación lingüística (se debe interpretar conforme al significado ordinario de las palabras contenidas en la disposición), directivas de interpretación (seudo)psicológica (se debe interpretar conforme a la intención del legislador), directivas de interpretación autoritativa (se debe interpretar conforme a la opinión de una determinada autoridad), directivas de interpretación teleológica (se debe interpretar conforme al para qué de la norma) o directivas de interpretación heterónoma (se debe interpretar conforme a consideraciones de corrección moral). Ver Chiassoni, 2011, pp. 89 y ss.

interpretaciones teleológicas al momento de interpretar disposiciones en materia administrativo sancionadora»). En este punto podemos tener dos escenarios: las reglas de selección prescriben usar o bien solamente una regla de traducción, o bien una pluralidad de reglas de traducción. Conforme al primer supuesto, los intérpretes solo deben aplicar una regla de traducción (por ejemplo, se debe interpretar conforme al significado semántico-sintáctico de las palabras contenidas en la disposición)[260]. Conforme al segundo supuesto, las reglas de selección prescriben usar dos o más reglas de traducción. En estos casos, a efectos de organizar el proceso, el juego interpretativo empleará un ulterior conjunto de reglas: reglas procedimentales. Entendamos estas a partir de un ejemplo.

Asumamos que estamos en una situación en la que se debe interpretar conforme al propósito para el que fue introducida la disposición y conforme al significado semántico-sintáctico de las palabras contenidas en la disposición. Ante este caso, el intérprete debe o bien aplicar ambas reglas de traducción en todo caso (regla procedimental pura), o bien debe aplicar por fases secuenciales cada una de estas, es decir, ordenar ambas reglas de forma tal que se aplicará primero una y, en caso que el resultado sea indeterminado, se aplicará la segunda (regla procedimental jerárquica).

Ahora bien, en caso de que estemos regidos por una regla procedimental pura, ¿cómo determinar el resultado interpretativo en caso que las reglas de traducción ofrezcan significados diferentes entre sí? Siguiendo el ejemplo ofrecido, ello sería el caso que el resultado de interpretar conforme al propósito de la regulación no coincida con el resultado de interpretar conforme al significado semántico-sintáctico. En estos supuestos, el juego interpretativo puede disponer de reglas de preferencia, esto es, reglas que determinan un orden de prioridad entre las distintas formas de interpretar las disposiciones.

Este orden de prioridad puede ser absoluto, criterial o discrecional. Se creará una prioridad absoluta cuando se introduzca una preferencia fija de una regla de traducción sobre otra. Por ejemplo, se preferirá atribuir significado conforme al propósito de la

[260] Cabe reiterar que una regla de traducción no implica, necesariamente, un solo resultado interpretativo. En efecto, una misma regla de traducción puede ofrecer múltiples significados posibles de manera que se deberá preferir entre uno de estos. Sobre esto volveré más adelante.

regulación sobre el significado semántico-sintáctico de las palabras, cada vez que ambas deban ser aplicadas por el intérprete y cada una de estas ofrezca resultados no coincidentes.

Se creará una prioridad criterial toda vez que se introduzca una preferencia condicionada entre las reglas de traducción. En este sentido, se establecerá un criterio que el intérprete usará para determinar qué regla de traducción debe emplear. Una posible manifestación de este criterio es sostener que se preferirá la regla de traducción que ofrezca un significado moralmente aceptable (bajo una determinada tesis normativa sobre la moralidad asumida por el intérprete)[261]. En cambio, se creará una prioridad discrecional en caso la preferencia pueda ser creada por el intérprete para el caso de manera justificada[262].

Finalmente, puede ser el caso que el juego interpretativo padezca de situaciones de indeterminación que no puedan ser solucionados con los diferentes tipos y subtipos de

[261] He seguido la terminología de Chiassoni a efectos de una fiel reconstrucción de su modelo de análisis del proceso interpretativo, pero es necesario aquí introducir aquí algunas precisiones. Conforme veremos en el Cap. IV.4, si empleamos el lenguaje de la lógica de preferencias podemos reformular estas categorías en preferencias incondicionales o condicionales. Una preferencia incondicional de una regla de traducción sobre otra refiere a que cada vez que estas reglas de traducción concurran se preferirá una sobre la otra en todos los supuestos posibles. En cambio, una preferencia condicional de una regla de traducción sobre otra refiere refieren a que una regla de traducción se prefiere sobre la otra bajo determinadass circunstancias, pero no necesariamente será el mismo caso ante otro tipo de circunstancias. Bajo este contexto, una preferencia absoluta no es equivalente a una preferencia incondicional, en tanto, la distinción entre ambas radica en cómo impacta la preferencia sobre el resto de condiciones que forman parte del mundo. En este sentido, una preferencia absoluta de una regla de traducción sobre otra implica que no es relevante cómo impactará dicha preferencia. En cambio, una preferencia incondicional refiere a preferir una regla de traducción sobre otra asumiendo que no generará un cambio en el resto de cosas del mundo (es una preferencia que opera con la cláusula *ceteris paribus*). En relación con estas precisiones, entiendo que el punto de Chiassoni está en considerar por «prioridad absoluta» a una preferencia incondicional y por «prioridad criterial» una preferencia condicional. Sobre estas distinciones volveré en el apartado indicado al inicio de este pie de página.

[262] Chiassoni precisa que la discrecionalidad justificada en este contexto puede ser entendida como la preferencia de la regla de traducción que ofrezca un significado más acorde al propósito del proceso interpretativo y al contenido de las reglas de traducción posibles de emplear. Chiassoni, 2019b, p. 62. En este sentido, puede ser considerada como una forma de prioridad criterial. En relación con este punto, es oportuno poner de relieve la propuesta de Robert Alexy quien ha formulado un ejemplo de prioridad criterial. Dicho autor ha propuesto una clasificación de diversas reglas de traducción en función a su finalidad. Dentro de dicho conjunto distingue entre argumentos institucionales y sustanciales. Los argumentos institucionales refieren a aquellas reglas de traducción que suelen emplear los intérpretes para recurrir a la voluntad del legislador y a la sistematicidad del sistema normativo. Los argumentos sustantivos, en cambio, refieren a reglas de traducción vinculadas con la corrección axiológica. Entre ambos, sostiene Alexy, deben prevalecer los argumentos sustanciales. Ello debido a que asume la prescripción de que los intérpretes siempre deben decidir un resultado interpretativo que sea conforme a criterios de corrección moral sobre cómo debería estar regulada una determinada acción o estado de cosas por encima de lo que se asume es la voluntad del legislador o el sentido atribuido a una disposición mediante una regla de traducción literalista. Sobre este punto ver Alexy, 1995, pp. 57-60.

reglas metódicas antes señaladas. En específico, siguiendo a Chiassoni, podemos tener tres casos de indeterminación: i) la regla de selección (la que determina qué reglas de traducción se han de emplear) establece que debemos usar solo una regla de traducción y esta ofrece un resultado indeterminado (más de un significado posible); ii) todas las reglas de traducción que deben ser empleadas generan resultados indeterminados; y iii) en el supuesto que tengamos una regla de preferencia criterial (prioridad entre reglas de traducción sujeta a condición) que no determine qué regla de traducción preferir, pues más de una satisface el criterio establecido.

Para solucionar los casos de indeterminación se requiere incorporar una regla por *default*, esto es, una regla que podamos emplear para resolver entre las múltiples opciones posibles en caso las anteriores reglas no haya podido. Una regla de este tipo es, por ejemplo, la prescripción de que el intérprete elija el significado más favorable a la autonomía personal.

Con esta reconstrucción del proceso interpretativo como un juego interpretativo ya es posible analizar, con mayor precisión, qué implica realizar una reinterpretación[263]. De acuerdo con el modelo de reconstrucción del proceso interpretativo que vengo siguiendo, la atribución de un significado a una disposición puede requerir un proceso estructurado en fases. Ello, por lo menos, en los siguientes casos[264]:

[263] Cabe precisar que forma de entender el proceso interpretativo ha presentada desde diversos lenguajes teóricos. Para una presentación alternativa, Wrobleski y MacCormick han sintetizado con claridad esta idea empleado el lenguaje de las directivas interpretativas. Los intérpretes al momento de justificar una decisión interpretativa pueden emplear una pluralidad de argumentos, entre los cuales podemos tener situaciones de conflicto. En atención a ello, los intérpretes disponen de dos niveles de argumentación. Por un lado, un primer nivel compuesto por el conjunto de directivas que establecen cómo se debe interpretar un determinado texto normativo. Dichas directivas pueden dar resultados incompatibles entre sí que requieren de un criterio de solución de conflictos. Por el otro lado, un segundo nivel compuesto por directivas que determinan criterios de prioridad entre argumentos de primer nivel. Estas metadirectivas pueden ofrecer criterios procedimentales (establecen que ciertos argumentos de primer nivel pueden ser usados en determinados contextos y en qué orden), y de preferencia (establecen qué resultado debe ser preferido tras emplear las metadirectivas procedimentales). El resultado de estas directivas de segundo orden puede ser: establecer una jerarquía estricta entre directivas de primer nivel, una jerarquía que varía de acuerdo a contextos de aplicación, o una preferencia dependiente de las circunstancias del caso y a la universalidad de los argumentos. Wroblewski y MacCormick, 1994, pp. 261-66. Si bien esta es una presentación clara y sencilla del proceso interpretativo, he preferido la propuesta de Chiassoni por su grado de precisión y por permitir poner de relieve distinciones relevantes que permiten mostrar en qué situaciones los intérpretes toman decisiones valorativas de preferencia.

[264] Chiassoni, 2019b, p. 66.

1. La regla de selección determina el uso de una regla de traducción, pero esta ofrece resultados indeterminados (por ejemplo, más de un posible significado). En estos casos el intérprete realizará una segunda acción por la cual se aplicará una regla por *default*.
2. La regla de selección impone el uso de más de una regla de traducción y, entre estas, tengamos una regla procedimental jerarquizada. En estos casos el intérprete realizará tantas fases como reglas de traducción jerarquizadas se disponga y sea necesario emplear.
3. La regla procedimental jerarquizada no ofrece una respuesta determinada, pues todas las reglas de traducción dan resultados indeterminados. En estos casos se adicionará una nueva fase a efectos de resolver la incertidumbre con una regla por *default*.
4. La regla de selección establece el uso de más de una regla de traducción y, entre estas, tengamos una regla procedimental pura. En estos casos el intérprete incorporará una regla de preferencia absoluta, criterial o discrecional. En estos casos tendremos una fase de identificación de significados posibles y una fase de aplicación del criterio de preferencia.
5. La regla de preferencia no ofrece una respuesta determinada, debido a que todas las reglas de traducción dan resultados indeterminados (en el caso de la preferencia absoluta) o porque todas las reglas de preferencia satisfacen las condiciones de preferencia (en el caso de la preferencia criterial). En estos casos se adicionará una nueva fase a efectos de resolver la incertidumbre con una regla por *default*.

El aparato conceptual de Chiassoni, llegados a este punto, permite reconstruir, con mucha precisión, un proceso interpretativo, una o varias acciones interpretativas y permite poner de relieve que la atribución de un significado a un texto (identificación de una norma), implica una labor de preferencias entre diversas posibilidades. Como hemos visto, en cada fase del proceso interpretativo los intérpretes pueden identificar uno o más significados. Esta atribución de significados es valorizada empleando reglas procedimentales que nos permiten determinar cuál, entre todos los posibles significados que resultan de las reglas de traducción (sea de una misma regla o de diversas reglas), debe atribuir el intérprete a una disposición.

En este sentido, como ya lo he señalado antes, tendremos casos de reinterpretación en supuestos en lo que tengamos más de una fase interpretativa[265] y el significado elegido sea diferente al significado *prima facie*. Como podemos ver, el significado *prima facie* es solo el primer paso de un proceso complejo y lleno de valoraciones por parte del intérprete para elegir, entre todas las opciones posibles, el significado todo considerado.

Cabe precisar que, en la interpretación judicial, las interpretaciones previas (realizadas por otros jueces) a una disposición pueden ser tomadas en cuenta para los procesos reinterpretativos. Por lo menos, las decisiones pasadas forman parte del conjunto de significados posibles que pueden ser elegidos por el intérprete (en este caso, el juez que está resolviendo un problema normativo). Además de ello, puede ser que el sistema normativo que regula la actuación del juez contenga una norma que prescriba seguir interpretaciones realizadas por otros jueces o tribunales[266], lo que es decir que este significado tendrá una regla de preferencia a su favor[267].

Si tomamos este punto a partir del resultado del proceso interpretativo, considero que cabe diferenciar entre casos de reinterpretaciones de disposiciones que han sido interpretadas previamente (cuya atribución de significado está contenida en una (o unas)

[265] Sobre este punto, Chiassoni ha precisado que el proceso de interpretación de disposiciones normativas es un juego de reinterpretación limitada, es decir, se tendrán tantas fases interpretativas o reconsideraciones de significados a atribuir a una disposición como sea necesario para alcanzar el propósito del juego interpretativo (conforme al propósito de la interpretación judicial, por ejemplo, si consideramos que el intérprete es un juez o Tribunal). Chiassoni, 2019b, p. 71.

[266] Un ejemplo claro de esta prescripción es el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional del Perú que establece lo siguiente: «[l]as sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente». Esta disposición ha sido interpretada por el Tribunal Constitucional peruano de manera que cada vez que ellos declaren (satisfaciendo determinados requisitos) que su decisión tiene carácter de precedente vinculante, ello implica que la interpretación que han dado a una disposición debe ser seguida por el resto de operadores jurídicos. Para un análisis de esta figura en el derecho peruano ver Garcia Yzaguirre y Sar, 2013. Para un análisis de la regla sobre precedentes como norma constitutiva ver Núñez Vaquero, 2016, 2018 y 2020.

[267] Para ser más preciso, a una regla de traducción que prescriba que debe interpretarse el texto de la misma forma en que fue interpretado por otro juez o tribunal. Siguiendo a Chiassoni, esta regla de traducción podría ser, por ejemplo, de tipo autoritativa jurisprudencial («[a] una disposición se le debe atribuir el significado que le haya sido atribuido previamente por la -unánime, mayoritaria o mejor- jurisprudencia»), jurisprudencial-conceptual («[a] una disposición se le debe atribuir el significado que resulte de atribuir, a locuciones individuales en aquélla contenidas, el sentido para ellas establecido por la -unánime, mayoritaria o mejor- jurisprudencia»), o del tipo autoritativa comparativa («[a] una disposición se le debe atribuir el mismo significado atribuido a la correspondiente disposición arquetipo de otra organización jurídica por la unánime, mayoritaria o mejor doctrina y/o jurisprudencia allí operativa»). Al respecto, Chiassoni, 2011, p. 102. En relación con los grados de vinculatoriedad de los precedentes ver Chiassoni, 2012b, Cap. VI.

decisión(ones) jurisdiccional(es)) de los casos de reinterpretaciones de disposiciones sobre las que se carece una interpretación judicial previa. En los casos de interpretaciones judiciales previas tenemos que introducir una subdistinción entre supuestos en los que la decisión previa es vinculante para otros jueces, de supuestos en los que la decisión previa no es vinculante para otros jueces. Veamos estos casos y cómo incide la reinterpretación en cada uno de ellos.

Parto por considerar los casos de interpretación judicial de una disposición que no ha sido interpretada judicialmente de manera previa (por ejemplo, el caso de una nueva ley que será, por primera vez, interpretada judicialmente). En estos supuestos, el proceso interpretativo tendrá un resultado reinterpretativo solo sobre el significado *prima facie* atribuido. Aquí la preferencia de un significado sobre otro incide solo sobre posibles significados a ser atribuidos (que forman parte del marco de significados posibles).

En los casos en los que el intérprete dispone de significados atribuidos a la disposición en sentencias pasadas es oportuno señalar algunas precisiones. El significado que ha sido atribuido con anterioridad en una decisión judicial puede operar como significado *prima facie* o como un significado que compite para ser preferido como interpretación producto[268]. En ambos supuestos, si el resultado del proceso interpretativo implica no emplear dicha interpretación, entonces el juez habrá reinterpretado la disposición. Pero en estos casos, la reinterpretación puede ser entendida de dos formas.

Por un lado, si el juez carecía de un deber de adoptar las mismas decisiones interpretativas de otros jueces, entonces su reinterpretación es producto de su potestad de interpretar el derecho de manera autoritativa. En este escenario, la reinterpretación solo refiere no preferir un significado *prima facie*.

Por el otro lado, si el juez tiene un deber de adoptar las mismas decisiones interpretativas, entonces su reinterpretación implicará, por lo menos, dos resultados interpretativos: i)

[268] A este punto cabe poner de relieve que la identificación de cuál ha sido la interpretación adoptada en una decisión judicial (sea esta escrita por uno mismo o por otro juez) es, también, un problema interpretativo. Como bien anota Álvaro Núñez Vaquero, aquí estamos frente a específicos problemas de interpretación de textos judiciales o de cómo identificar la *ratio decidendi* que opera como norma aplicada por un juez para resolver un caso pasado. Ver Núñez Vaquero 2016, pp. 143 y ss. Núñez Vaquero, 2018, pp. 75-76.

modificar la norma que establece el deber de seguir las decisiones interpretadas por otros jueces a efectos de introducir una nueva propiedad que reduzca su alcance y, de esta forma, se excluya el caso analizado de dicho deber (lo cual puede ser, o bien reinterpretando la disposición a la cual se atribuyó dicha norma expresa, o bien cambiando de norma implícita creada para regular dicho aspecto, asumiendo en ambos supuesto que el intérprete no está dispuesto a violar la norma); y ii) reinterpretar la disposición analizada a efectos de dejar de lado la interpretación previa del tribunal anterior y elegir otro significado[269].

Ahora bien, ¿cuál es el vínculo entre la noción de derrotabilidad y la reinterpretación? Los casos de derrota de normas pueden ser entendidos como supuestos de reinterpretación restrictiva, es decir, como casos en los cuales un intérprete ha considerado un primer significado y, tras valorarlo, ha decidido atribuir a la disposición otro significado que, comparativamente, posee un alcance (aplicabilidad interna) más reducido. En otros términos, incorpora más propiedades en el antecedente[270].

En este sentido, el acto de derrotar se produce como un resultado de no haber elegido un significado *prima facie* y elegido, sin embargo, otro significado (producto de la interpretación en sentido estricto o construcción jurídica) con una aplicabilidad interna más restringida. Ello como resultado de haber aplicado una regla procedimental jerarquizada, una regla de preferencia (sea esta absoluta, criterial o discrecional), o una regla por *default*, en una de las fases del proceso interpretativo.

La interpretación restrictiva, siguiendo a Guastini, puede ser entendida de dos maneras en función a si estamos realizando un acto de interpretación o uno de construcción jurídica[271]. En el primer caso, el intérprete elegirá, entre las normas expresas que forman parte del marco de significados posibles, una norma con alcance más reducido. En el

[269] Como podemos ver, la distinción entre significado *prima facie* y significado todo considerado, bajo esta forma de entenderla, emplea la expresión «*prima facie*» como razón *pro tanto* o como superable. Es decir, se da cuenta de que un significado puede ser superado a mérito de otro significado considerado superior o preferible. En relación con esta forma de entender *prima facie* de ver lo señalado en Cap. I.3,3.1.
[270] Este punto permite poner de relieve, además, que la noción de interpretación restrictiva es un concepto relacional. Mediante esta hacemos un juicio comparativo entre dos interpretaciones a efectos de señalar que una posee un alcance más reducido que la otra. Guastini, 2012c, p. 188.
[271] Guastini, 2018a, p. 112.

segundo caso, en cambio, el intérprete creará una nueva norma y la elegirá, la cual será una norma con un alcance más reducido que el de la norma no elegida[272].

Asimismo, cabe precisar que una interpretación restrictiva puede ser producida, por lo menos, de dos maneras: i) una interpretación producto que es más fina que el significado *prima facie*, esto es, que posee un caso genérico con un mayor grado de especificación[273]; o ii) una interpretación producto que posee un significado diferente al significado *prima facie*, pero con una extensión menor. En este último caso, el significado todo considerado y el significado *prima facie* son sentidos diferentes, pero tienen objetos compartidos en la extensión de cada uno. Este es un caso de interpretación restrictiva, pues el conjunto de casos regulados por el significado todo considerado es un subconjunto del conjunto de casos regulados por el significado *prima facie*[274]. A lo largo del capítulo analizaré si ambas formas de presentarse la interpretación restrictiva aclaran los casos de derrota o solo alguno de estos[275].

Para finalizar este subapartado debo aclarar que no pretendo realizar en esta investigación un análisis exhaustivo de todos los posibles casos de reinterpretación restrictiva. Lo que procederé a realizar, líneas más adelante, es una descripción, análisis y crítica de cómo

[272] Este segundo escenario será analizado con mayor detalle en el Cap. IV.3.

[273] En relación con este punto cabe precisar, además, que interpretación restrictiva como resultado de un refinamiento puede ser entendida de dos maneras. Siguiendo a Guastini, se puede diferenciar entre: i) atribuir a un término un significado menos extenso que el significado *prima facie*, de modo que se excluya del campo de aplicación ciertos supuestos de hecho que, según el significado *prima facie*, quedarían comprendidos en él; y ii) atribuir a un término vago un significado capaz de excluir de su referencia supuestos de hecho que se sitúan en los casos límite (o zona de penumbra, en términos de Hart). Guastini, 2018b, p. 284. En el texto principal solo estoy haciendo referencia al primer sentido (el cual, como vemos, es producto de un acto de construcción jurídica). En relación con el segundo sentido (vínculo entre interpretación restrictiva y refinamiento como reducción de la vaguedad de los conceptos), profundizaré en Cap. II.4 y sustentaré que esta no tiene ninguna vinculación con derrotar normas.

[274] Todos los casos regulados por el significado todo considerado están incluidos en el conjunto de casos regulados por el significado *prima facie*, pero el conjunto de casos regulados por el significado *prima facie* es más grande (o incluye más casos) que el conjunto de casos regulados por el significado todo considerado.

[275] En este punto es oportuno poner de relieve una distinción. Podemos caracterizar que en los procesos interpretativos se derrotan significados, pero también podemos caracterizar que las normas (el producto de las interpretaciones) son derrotables. Con cada caracterización estamos señalando cosas distintas. En este capítulo me voy a concentrar en aclarar qué estamos predicando con la primera afirmación y en los otros, principalmente, qué se está afirmando con la segunda. Cabe anotar que algunos autores consideran que, si la derrota de una norma equivale a sustituir una atribución de significado por otro, entonces es ocioso discutir sobre la derrotabilidad (como, por ejemplo, Celano, 2012, p. 269). Estoy en desacuerdo con esta calificación por dos razones. Por un lado, diferenciar entre derrota de significados y derrota de normas (y analizar qué implica derrotar significados), permite mostrar cómo ciertas tesis confunden ambos planos, lo que genera conclusiones equivocadas o reconstrucciones inadecuadas de nuestra práctica. Por el otro lado, profundizar sobre las formas en que los intérpretes sustituyen una norma por otra es una manera de dar cuenta de cambios de sistemas jurídicos y de variaciones en la calificación normativa de una acción, algo que dista de ser simple y mucho menos ocioso.

algunos teóricos del derecho han partido de esta idea para formular aproximaciones a la noción de derrotabilidad desde la teoría de la interpretación.

2.3. Interpretar: descubrir y/o elegir normas

El proceso interpretativo puede ser entendido de diferentes maneras: i) como una actividad de descubrimiento del significado objetivo o correcto de las disposiciones; ii) como una actividad en la que el intérprete decide cuál es el significado correcto a atribuir a una disposición; o iii) como una actividad de descubrimiento y, en determinados casos, de atribución. De esta forma, los operadores jurídicos pueden entender la interpretación desde una concepción cognitivista (interpretar es una actividad abocada a conocer el significado verdadero de las disposiciones), o escéptica (interpretar es una actividad abocada a decidir cual es el significado correcto de las disposiciones, conforme a los criterios de corrección del intérprete)[276].

Los cognitivistas sostienen que la interpretación está limitada por criterios objetivos que permiten calificar si una interpretación decisoria es verdadera o falsa[277]. En este sentido, la interpretación es entendida como una actividad de descubrimiento de dicho significado (único y preexistente a la actividad interpretativa). Dicho en breve: se carece de espacio (o este está muy limitado) para la discrecionalidad interpretativa[278]. Estas tesis pueden presentarse o bien asumiendo una postura formalista, o bien una postura ecléctica. La tesis formalista sostiene que interpretar siempre es un acto de conocimiento del significado correcto de las disposiciones. La tesis ecléctica, en cambio, sostiene que en

[276] En el presente subapartado no profundizaré sobre cada una de estas concepciones. Solo realizaré una presentación de qué implica, en el proceso interpretativo, asumir cada una de estas.
[277] Estas tesis parten de la premisa que los textos poseen un único significado. En atención a ello, los enunciados interpretativos (esto es, los enunciados que adscriben significado a una disposición) pueden ser verdaderos o falsos en función a si se corresponden o no con dicho significado. La labor del intérprete, en este sentido, está en identificar las reglas de selección y metodológicas (en el proceso interpretativo) que generen este tipo de interpretación resultado (y elegirla). Como vemos, de esta forma la interpretación no es un acto de decisión, sino de averiguación de la interpretación verdadera. Para una crítica a una tesis de que los enunciados interpretativos tengan valores de verdad ver Guastini, 2008b.
[278] Guastini, 2012a, p. 43.

algunos casos la interpretación implica averiguar el significado verdadero y, en otros casos, una decisión[279].

Los escépticos sostienen que la interpretación es un acto de elección del intérprete, de manera que la interpretación decisoria no está regulada por criterios objetivos que permitan calificar si esta es verdadera o falsa[280]. En este sentido, todo proceso y resultado interpretativo, necesariamente, es consecuencia de haber ejercido actos de discrecionalidad interpretativa. Estas tesis pueden presentarse asumiendo una postura radical o una postura moderada. Quienes asumen un escepticismo radical sostienen que los textos carecen de significado antes de la interpretación, de manera que interpretar implica, siempre, una acción decisoria respecto al significado. El escepticismo moderado, en cambio, sostiene que los intérpretes disponen de un conjunto de significados posibles a atribuir a un texto (aquellos identificados por la interpretación cognitiva) y que el intérprete elige entre uno de estos[281].

Para efectos de una breve y precisa presentación de estas propuestas, paso a reconstruir la propuesta de Chiassoni de diferenciar entre estas diferentes formas de entender la interpretación a partir de cómo entendamos los límites a la discrecionalidad del intérprete

[279] H.L.A. Hart asumió una tesis de este tipo empleando dos pares de nociones que deben ser diferenciadas: i) caso claro y caso en zona de penumbra; y ii) caso fácil y caso difícil. Conforme a la teoría hartiana, un caso claro es aquel en el que un caso individual es subsumible en una norma identificada conforme al contenido semántico de las palabras empleadas en la disposición. A diferencia de este, será un caso en la zona de penumbra aquel en el que nos enfrentemos a problemas de vaguedad (actual o potencial) al momento de aplicar la norma al caso (lo cual genera la necesidad de que el aplicador del derecho deba tomar una decisión discrecional respecto a si aplica o no la norma). Como podemos ver, la clasificación depende de los usos lingüísticos que los operadores hacen de ciertas palabras. Un caso fácil, a diferencia de la distinción anterior, da cuenta de un acuerdo general sobre la inclusión de un caso dentro de la aplicabilidad de la regla. En cambio, un caso difícil es aquel en el que hay desacuerdo entre los juristas respecto a su inclusión. En este sentido, esta clasificación no opta por los usos lingüísticos, sino por convenciones interpretativas con respecto a ciertos términos. En efecto, un caso puede ser claro, pero no por ello será fácil; o, bien, un caso puede estar en la zona de penumbra y no necesariamente difícil. Las nociones de caso claro y zona de penumbra fueron introducidas en Hart, 1962 y 1994. Para las nociones de caso fácil y caso difícil, véase Hart, 1983. En este sentido, para una teoría ecléctica la interpretación sería un acto de averiguación del caso claro o fácil, y un caso de decisión en la zona de penumbra o en los casos difíciles (en función a qué noción se esté utilizando). Para esta reconstrucción sigo de cerca a Lifante, 1999, pp. 224 y ss., y a Bayón, 2003a, pp. 174 y ss. Asimismo, su uso en Schauer, 2013a, p. 167.

[280] El fundamento del escepticismo interpretativo está en la conjunción de: i) es posible interpretar de múltiples maneras un mismo texto; y ii) carecemos de un criterio objetivo de verdad aplicable a las interpretaciones-producto. En otros términos, los textos no poseen un único significado a ser descubierto, sino que estos ofrecen múltiples posibilidades. Ello nos lleva a que no es posible atribuir valores de verdad a los enunciados interpretativos, sino de corrección en función a nuestras preferencias interpretativas. Como podemos ver y bien explica Guastini, la contienda entre estas dos teorías está en determinar si los enunciados interpretativos tienen valores de verdad o no. Guasitni, 2018c, p 64.

[281] Ver, además, Hart, 1983, pp. 123-145.

en el proceso interpretativo[282]. Por discrecionalidad en el proceso interpretativo se hace referencia a la capacidad del intérprete de elegir entre significados posibles a atribuir a una disposición (en caso de interpretación en sentido estricto), o entre normas implícitas (en caso de construcción jurídica)[283]. La discrecionalidad, siguiendo a este autor, puede ser de dos tipos: i) discrecionalidad selectiva (los intérpretes pueden elegir entre dos o más códigos interpretativos, esto es, el conjunto de reglas empleadas en el juego interpretativo[284]); y ii) discrecionalidad aplicativa (los intérpretes pueden elegir entre dos o más alternativas de traducción que resultan de haber aplicado un determinado código interpretativo).

Las tesis cognitivistas, en relación con la discrecionalidad, adoptan o bien una versión integral, o bien una versión restringida. De acuerdo con la primera, se niega que los intérpretes posean discrecionalidad selectiva y aplicativa. Conforme a esta postura, los intérpretes (a efectos de obtener interpretaciones producto verdaderas) deben adoptar un determinado código interpretativo y elegir un determinado resultado de dicho código[285]. Como vemos, las tesis formalistas adoptan este tipo de prescripciones para con los intérpretes. En cambio, de acuerdo con el cognitivismo restringido, se niega que los intérpretes posean discrecionalidad selectiva, pero se admite la discrecionalidad aplicativa. En otros términos, se prescribe que los intérpretes deban emplear el mismo código interpretativo, pero se asume que este puede ofrecer resultados indeterminados, es decir, diferentes interpretaciones posibles. El intérprete, en estos casos, tiene

[282] Chiassoni, 2016a, pp. 129 y ss. Para una presentación de las diferentes concepciones de la interpetación desde el alcance de cada una de estas y el papel de los argumentos interpretativos ver Mayorga, 2020. Para un análisis y crítica respecto al uso de jucios morales para justificar una determinada concepción de la interpretación ver Reyes, 2020.

[283] Chiassoni, 2016a, pp. 277-78. Para esta forma de presentar las diversas posibilidadades teóricas he seguido la propuesta de Federico Arena. Cabe anotar que este autor resume, con acierto, el cognitivismo como el conjunto de las siguientes tesis: i) los textos normativos poseen, por lo menos en algunos casos, un único signfiicado objetivo; ii) los enunciados interpretativos poseen, al menos en algunos casos, valor de verdad; y iii) la interpretación es una actividad de concomiento. En cambio, el escépticismo es el conjunto de las siguientes tesis: i) los textos normativos poseen múltiples significados; ii) los enunciados interpretativos carecen de valores de verdad; y iii) la interpretación es una actividad evaluativa/decisoria. Ver Arena, 2016, p. 191. Ver, además, Moreso, 1997, pp. 186 y ss.

[284] Conforme a lo visto líneas atrás, refiere al conjunto de reglas gramaticales, metódicas, sobre producción de reglas y de traducción.

[285] Esto supone, como bien aclara Chiassoni, la existencia de un código interpretativo objetivo (independiente de los intérpretes y que puede ser conocido por cualquiera de estas), normativo (se tiene un deber ineludible de aplicarlo en el proceso interpretativo), completo (compone un proceso interpretativo que no deja ningún aspecto sin regular), exclusivo (los intérpretes no tienen alternativas a este código), y eficiente (siempre genera un resultado interpretativo determinado). Ver Chiassoni, 2016a, p. 280.

discrecionalidad para elegir una de estas interpretaciones resultado. Como vemos, las tesis eclécticas adoptan este tipo de prescripciones para con los intérpretes.

Las tesis no cognitivistas, en relación con la discrecionalidad, consideran que los intérpretes siempre poseen discrecionalidad selectiva, es decir, siempre pueden elegir qué código interpretativo emplear en el proceso interpretativo. Si el código interpretativo que han elegido genera resultados indeterminados (más de una posible interpretación resultado), entonces los intérpretes poseen discrecionalidad selectiva para elegir cuál de estos significados atribuirán a la disposición. Como vemos, las tesis escépticas adoptan este tipo de prescripciones para con los intérpretes.

En adelante reconstruiré cada aproximación a la noción de derrotabilidad desde la forma de entender la interpretación que asumen (en todos aquellos aspectos que tal punto sea relevante). Sin perjuicio de ello asumiré para mi análisis y crítica una aproximación no cognitivista de la interpretación. Ello, principalmente, porque: i) asumo que los intérpretes, a nivel descriptivo, poseen discrecionalidad selectiva y aplicativa, de manera que este tipo de aproximación ofrecer reconstrucciones más fieles con la práctica que las versiones cognitivistas; ii) no asumo ni pretendo justificar criterios de corrección sobre los posibles resultados de procesos interpretativos, de manera que los compromisos teóricos del cognitivismo no son requeridos; y iii) asumo que los propósitos de la interpretación jurídica dependen de cómo los intérpretes (jueces y juristas, por ejemplo) pretendan resolver un problema normativo, lo cual implica tomar decisiones valorativas respecto a cómo deben ser los resultados interpretativos. Con esta investigación no pretendo justificar dichas valoraciones ni sostener cuáles son mejores que otras, sino analizar qué tipo de operaciones y resultados se llevan a cabo con esas valoraciones.

3. Derrotabilidad y reinterpretación: formas de presentar la interpretación restrictiva

En las líneas siguientes reconstruiré y criticaré las principales propuestas teóricas sobre la noción de derrotabilidad desde la teoría de la interpretación. El objetivo será analizar

y demostrar que un conjunto de teóricos del derecho entiende la derrotabilidad como una noción que da cuenta de un proceso reinterpretativo por el cual se descarta una norma *prima facie,* y se elige una norma todo considerado que posee un caso genérico más fino que el contenido en la norma *prima facie*. Desde este punto de vista, la noción de derrotabilidad da cuenta de un cambio de norma[286].

Analizaré seis diferentes aproximaciones: i) derrotabilidad como resultado del uso del argumento de la disociación; ii) derrotabilidad como resultado de emplear juicios contrafácticos sobre la voluntad del legislador acerca de cómo él hubiese regulado un caso individual (enfoque disposicional de la derrotabilidad); iii) derrotabilidad como imposibilidad de valorar toda propiedad futura; iv) derrotabilidad como resultado de resolver un caso de laguna axiológica; v) derrotabilidad como resultado de resolver una experiencia recalcitrante supra incluyente; y vi) derrotabilidad como resultado de resolver un caso de ilícito o lícito atípico (reglas que son exceptuadas por principios).

Cabe precisar que asumiré que la derrotabilidad tiene como objeto significados, no disposiciones normativas. Conforme he señalado al inicio de este capítulo, una disposición es un texto compuesto por signos lingüísticos. Los términos y enunciados, sin interpretar, son solo los objetos de la interpretación de manera que cualquier variación implicará únicamente que el intérprete tendrá más o menos signos a los cuales atribuir significado, pero nada más que eso. No tiene ningún sentido sostener que un enunciado pueda ser exceptuado o que posea excepciones implícitas[287].

[286] Derrotar, en este sentido, da cuenta de un acto de creación del derecho. En este mismo sentido Bulygin aclara que «[l]a introducción de una excepción en una norma implica modificar la norma, pues equivale a su derogación parcial. Y tanto la derogación (total o parcial) de normas generales existentes, como la promulgación de tales normas son típicos actos de legislación. Por lo tanto, el juez que introduce una excepción en una norma, actúa como legislador, es decir, modifica el derecho». Bulygin, 2005b, pp. 74-75.
[287] Cuestión diferente es cómo representar las normas que atribuimos a disposiciones y las relaciones que hay entre estas. Para ello, podemos emplear la lógica deóntica monotónica como lenguaje descriptivo a efectos de poner de relieve rasgos y características que nos permitan confirmar o descartar rasgos que le asignamos a las normas jurídicas. En relación con cómo representar normas ver Cap. III.4, y sobre el uso de la lógica deóntica para describir el derecho Cap. IV.2.

Señalar que una disposición es derrotable es una forma engañosa de presentar el carácter derrotable de una norma expresa[288]. Como bien hemos visto en el Capítulo I, Chiassoni[289] aclara que, «disposición derrotable» es una expresión ambigua que puede ser entendida (a efectos de que tenga sentido) de, por lo menos, dos maneras: en primer lugar, como una forma de expresar que una norma identificada mediante una interpretación literal puede ser derrotable, esto es, que el intérprete puede realizar una reinterpretación restrictiva (reemplazarla por otra norma que posee un menor alcance que la norma original). En segundo lugar, como una directiva interpretativa dirigida a los intérpretes para que traten las normas que puedan atribuirse al texto como normas derrotables[290].

Ahora bien, ¿qué implica que una norma sea derrotable o que una norma haya sido derrotada desde la teoría de la interpretación? Veamos las diferentes formas de resolver estas preguntas.

3.1. Derrotabilidad y el argumento de la disociación

Una de las maneras más claras de presentar los casos de derrota, desde la teoría de la interpretación, es la propuesta de Riccardo Guastini. Dicho autor ha conceptualizado esta noción como una forma de dar cuenta del empleo y resultado del argumento de la disociación por parte de los intérpretes. En este subapartado presentaré un análisis y crítica de esta tesis, a efectos de mostrar qué podemos clarificar con ella y cuáles son sus problemas.

Previo a iniciar esta labor, debo precisar que el objetivo de Guastini fue sostener que las nociones de laguna axiológica y derrotabilidad son conceptos que forman parte la teoría

[288] Este parece ser el caso, por ejemplo, de MacCormick quien señaló «*any reasonable approach to systemic interpretation of enacted statutes will also treat legislative formulations as effectively defeasible since only providing presumptively sufficient or necessary conditions as to whatever is enacted*». MacCormick, 1995, p. 115. También el de Alchourrón al señalar «[m]uchas (si no todas) las formulaciones normativas son derrotables, esto es, poseen usualmente excepciones implícitas, existen circunstancias que derrotan la norma aunque ellas no están explícitamente enunciadas». Alchourrón, 2010 [1996c], p. 167.
[289] Chiassoni, 2019b, pp. 235-236. Para una crítica similar ver Guastini, 2012c, p. 190.
[290] Otra manera de entender que las formulaciones normativas son derrotables es como una manera de expresar que cada disposición puede ser reinterpretada de manera restrictiva. En este sentido, Ratti, 2013a, p. 178.

de la interpretación y no de la teoría de los sistemas normativos. Ello se debería a que ambos conceptos dan cuenta de procesos y resultados interpretativos, y son dependientes de cómo se prefiere presentar un mismo problema. Dicho en breve, son formas de presentar la operación y resultado del argumento de la disociación. En el presente subapartado me concentraré en cómo este argumento interpretativo es empleado para producir interpretaciones restrictivas por refinamiento o derrota de normas por reducción de su alcance. En cuanto al estudio de las lagunas axiológicas como noción y sus vínculos conceptuales con la derrotabilidad de ello me ocuparé en un posterior subapartado[291].

Para una clara presentación de esta propuesta, voy a retomar el ejemplo indicado al inicio del presente capítulo. Como había señalado, la autoridad administrativa competente en materia electoral en el Perú tuvo que resolver cómo se debía interpretar la siguiente disposición constitucional: ««[l]os parlamentarios no pueden ser reelegidos para un nuevo periodo, de manera inmediata, en el mismo cargo».

El significado *prima facie* de este texto, asumamos, que identificó dicha autoridad administrativa que fue que toda persona que haya sido elegida parlamentaria tiene prohibido presentarse como candidata a ser reelecta en los comicios electorales inmediatamente siguientes. Como hemos visto, la pregunta sobre la interpretación de dicha disposición se dio tras el cierre del Parlamento y convocatoria a nuevas elecciones a efectos de completar el período parlamentario[292]. La autoridad consideró que este significado no era satisfactorio.

[291] Guastini, 2010a, p. 181, Guastini, 2008a, p. 144, Guastini, 2012c, p. 182 (en adelante utilizaré para las referencias esta última versión del texto). Asimismo, Poggi, 2018, p. 90. Ratti, 2013a, p. 177. Conforme a Alchourrón y Bulygin, una laguna axiológica refiere a los casos en los cuales el sistema normativo ofrece, a consideración del intérprete, una solución normativa que califica de mala o injusta (axiológicamente inaceptable). A mayor detalle, el intérprete formula una tesis de relevancia, esto es, una proposición que identifica un conjunto de propiedades relevantes con relación con un sistema normativo y con un Universo de Acciones. Al respecto, el intérprete formula una hipótesis de relevancia, esto es, una proposición que identifica un conjunto de propiedades que deberían ser consideradas relevantes para el mismo sistema normativo y Universo de Acciones. Alchourrón y Bulygin, 2012, p. 152. Al momento de disociar el intérprete formula una hipótesis de relevancia y la emplea para sustituir a la tesis de relevancia. Conforme a lo señalado, sobre la noción de laguna axiológica y cómo se vincula con la derrotabilidad profundizaré en Cap. II.3,3.4.

[292] El periodo parlamentario era del año 2016 al 2021. Este fue interrumpido en el año 2019 por el cierre del Parlamento, para lo cual se convocó comicios electorales para tener parlamentarios que completen dicho periodo por los años 2020 al 2021.

En atención a ello, la autoridad administrativa consideró que el caso genérico «comicios electorales» debía ser descompuesto en dos tipos comicios electorales: i) comicios electorales para elegir a parlamentarios por periodos completos de cinco años; y ii) comicios electorales para elegir parlamentarios para períodos parciales, esto es, para completar periodos parlamentarios interrumpidos. Dicha distinción se basó en un juicio contrafáctico sobre la voluntad del constituyente: consideraron que el constituyente solo pensó en el supuesto de comicios electorales por periodos completos, pero de haber considerado comisiones electorales por períodos parciales, hubiera introducido una especificación excluyendo tales supuestos de la prohibición.

Por dichas razones, la autoridad administrativa decidió que debía atribuirse a la disposición constitucional un significado todo considerado por el cual está prohibida la postulación de parlamentarios a comicios electorales inmediatos siguientes a su elección, a menos que los comicios electorales sean para periodos parlamentarios parciales. Pero este no fue el único resultado interpretativo.

Al haber introducido la distinción entre dos tipos de comicios electorales, también identificó un supuesto de hecho que regula el caso de todos los parlamentarios que postulan a comicios electorales para periodos parlamentarios parciales. Para determinar cómo debía calificarse dicha situación, la autoridad administrativa consideró que esta debía subsumirse en la norma que faculta a todos los ciudadanos a poder presentarse para el cargo de parlamentario.

Una forma de presentar la operación y resultado interpretativo llevado a cabo por la autoridad administrativa es señalar que ha derrotado la norma que prohibía la postulación a la reelección inmediata de los parlamentarios peruanos, en el sentido de que ha introducido una excepción implícita. Pero esto es un poco oscuro: ¿qué quiere decir que los intérpretes introducen excepciones implícitas?

Siguiendo a Guastini, introducir una excepción implícita a una norma es una forma de expresar que los intérpretes sustituyen una norma por otra con un alcance más restringido[293]. En este sentido, da cuenta de un proceso reinterpretativo por el cual se deja

[293] Guastini, 2018a, p. 278.

de lado un significado *prima facie* y se prefiere un significado todo considerado que posee un caso genérico más fino que el previsto en el significado *prima facie*. Esto es, como vemos, un acto de construcción jurídica (creación de una norma implícita)[294].

Dicho proceso y resultado es llevado a cabo empleando un argumento de disociación. La estructura de este argumento es la siguiente[295]: en primer lugar, el intérprete identifica una norma que regula un caso genérico (Si A, entonces Z), la cual es identificada solo para propósitos del ejemplo, mediante interpretación literal[296]. En otros términos, establece un significado *prima facie* de un determinado texto normativo.

En segundo lugar, este mismo intérprete considera que dicho significado *prima facie* es injusto, indebido, ineficiente, u otro calificativo empleado para representar disconformidad entre dicho significado con sus preferencias valorativas. En atención a ello, se considera que dentro del antecedente se deben formular distinciones: establecer una diferencia dentro de la clase A entre A1 y A2, y tratar a cada una de estas subclases como normativamente relevantes. De esta manera se distingue entre casos (A1) y casos (A2) en virtud de una preferencia interpretativa axiológicamente motivada.

---

[294] Como podemos ver, desde este enfoque la noción de excepción implícita es una forma de señalar que estamos de frente a una norma implícita que excluye casos regulados de una norma expresa. En este sentido es una noción que da cuenta de la reducción del alcance de una norma expresa mediante una norma implícita (acto de creación del derecho). En términos más precisos, por excepción implícita se hace referencia a una propiedad contenida en el antecedente que no ha sido identificada por interpretación, sino por construcción jurídica (es una propiedad no expresada). Diego Dei Vecchi presenta este punto de manera clara: «[i]ntroducir una excepción implícita significa entonces apartarse de la interpretación inicial y elegir, sobre la base de la disociación efectuada y de la hipótesis de relevancia formulada, una interpretación distinta, en general llamada "restrictiva"». Dei Vecchi, 2011, p. 172. En este mismo sentido, Diciotti, 1999, pp. 454 y ss.
En relación con este punto cabe introducir una pregunta y precisión posterior: ¿la disociación es mejor entendida como un método interpretativo o como un acto de construcción jurídica? Si identificamos los métodos interpretativos por medio de la definición de cuáles son las técnicas interpretativas en uso resultaría complejo negar que la disociación es una de ellas. Si esto es así, entonces los resultados de este argumento no serían actos de construcción jurídica sino de interpretación y formarían parte del marco de significados posibles. En la propia teoría *guastiniana* hay imprecisión sobre este punto, pues en un momento califica la disociación como un acto de interpretación (Guastini, 2010b, p. 70, Guastini, 2008c, p. 52, 2018a, p. 255) y en otros lo califica, indirectamente, de construcción (Guastini, 2018a, p. 49 al hablar de creación de lagunas axiológicas). Esto mostraría una de las dificultades de la propuesta de Guastini sobre la interpretación respecto a en qué casos estamos frente a normas implícitas y normas expresas. Para los efectos de esta investigación dejaré de lado esta problemática y asumiré que la disociación es un acto de construcción jurídica, a efectos de una reconstrucción caritativa de los propósitos del autor al momento de teorizar sobre este punto y para poner de relieve que el acto de derrota (como veremos más adelante) requiere de la noción de norma implícita.
[295] Guastini, 2018a, pp. 278 y ss. Guastini, 1999, pp. 225 y ss. Guastini, 2018b, pp. 284 y ss. Guastini, 2012c, pp. 181 y ss.
[296] Cabe precisar que, si bien Guastini presenta su propuesta partiendo de la premisa de que la norma a ser disociada es una norma identificada empleado una regla de traducción literalista, este argumento puede ser aplicado sobre cualquier norma identificada con cualquier otra regla de traducción.

Asumamos que el intérprete desea aplicar la consecuencia normativa Z solo al caso A1, pero no al caso A2[297]. Para ello, crea una norma implícita que posee como antecedente A1 y, además, agrega la negación de A2 (su caso complementario[298]). Tendremos «Si A1 y ¬A2, entonces Z»[299]. En cambio, en relación con A2 puede que tengamos dos posibles escenarios: sea un caso genérico subsumible en otra norma de manera que tendría una calificación jurídica diferente (supongamos X), o bien puede ser el caso que, de esta forma, el intérprete haya creado una laguna normativa (sería una acción o estado de cosas normativamente relevante, pero sin calificación jurídica[300]).

En tercer lugar, al haber creado una norma cuyo antecedente es A2 y, con ello, una laguna normativa, el intérprete puede adoptar una de las siguientes acciones: i) resolvemos el problema de tener una laguna normativa mediante una interpretación extensiva[301] o por otra norma implícita; o ii) dejar el caso indeterminado.

Como podemos ver, el resultado del argumento de la disociación es haber reducido el alcance de una norma (Si A, entonces Z) a (Si A1 y ¬A2, entonces Z)[302]. Esto es, hemos pasado de un significado *prima facie* con un determinado alcance a un significado todo

[297] En el ejemplo de la autoridad administrativa electoral peruana este supuesto fue ilustrado con la distinción entre comicios electorales para periodos parlamentarios completos (A1) y comisiones electorales para periodos parlamentarios parciales (A2). En esta distinción, la autoridad administrativa solo quiso mantener la prohibición de reelección inmediata para los casos A1 y no para los casos A2.

[298] Al identificar un caso introducimos una distinción exhaustiva y excluyente: supuestos donde está presente el caso y supuestos donde no está presente el caso. Cada caso tiene un caso complementario o negación: el caso p tiene como caso complementario ¬p. En este sentido, p y ¬p son casos complementarios, por ejemplo: x: amigo de Juan, ¬x: no es amigo de Juan, el ser amigo y no amigo de Juan son casos complementarios. En términos de Alchourrón y Bulygin: «*dos casos complementarios con respecto a una propeiad* p si, y solo si, los dos casos difieren entre sí en que p está presente en uno de ellos y ausente en el otro, siendo iguales todas las demás propiedades definitorias del caso». Alchourrón y Bulygin, 2012, p. 149, cursiva es de origen.

[299] Cabe anotar que esta norma puede ser descompuesta en la conjunción de (Si A1, entonces Z), y (Si A2, entonces ¬Z). Con esta representación se puede dar cuenta de que entre los casos genéricos A1 y A2 es posible construir una relación de especialidad (siendo el caso que A2 es especial en relación con A1). Como veremos luego (Cap. IV.4), esta es una forma alternativa de presentar o bien un proceso reinterpretativo o bien la creación de una preferencia entre normas.

[300] Las lagunas normativas son productos de la interpretación mediante los cuales, luego de efectuada una interpretación decisoria sobre una disposición, se considera que una serie de supuestos de hechos no están previstos por el antecedente de la norma, es decir, es un caso no regulado. GUASTINI, 2016, pp. 343-44.

[301] De realizar esta acción, como bien anota Diociotti, las lagunas normativas creadas por el intérprete a mérito de este argumento son efímeras pues, al momento de ser creadas, estas son inmediatamente colmadas. Diciotti, 1999, p. 454.

[302] Siguiendo a Guastini, el intérprete ha tomado una clase de hechos y ha creado subclases dentro de esta. Tras ello, introduce razones para considerar que cada una de estas subclases deba ser tratada de manera diferente, esto es, no deben compartir las mismas consecuencias jurídicas. Guastini, 2012c, p. 188.

considerado (norma implícita), que posee, en comparación, un alcance más reducido, es decir, posee un caso genérico más fino (o más especificado)[303]. En este sentido, reducir el alcance como resultado interpretativo, como podemos ver, es un acto de cambio de norma por parte del intérprete.

En resumen, con la noción de derrota de normas se da cuenta de un proceso reinterpretativo y de uno de sus posibles resultados: un intérprete emplea un argumento de disociación que tiene como resultado una interpretación restrictiva que, en comparación con el significado *prima facie*, contiene un caso genérico más fino o especificado. De ello se siguen algunas implicaciones teóricas interesantes.

En primer lugar, como ya he señalado y paso a reiterar, la derrotabilidad desde la teoría de la interpretación es entendida como la sustitución de una norma por otra. Es una noción que permite clarificar parte de los actos llevados a cabo en los procesos de interpretación: en específico, de los actos de reinterpretación. En este punto es pertinente distinguir, como bien propone Guastini, entre predicar que las normas son derrotables del acto de derrotar una norma. Predicar la derrotabilidad de las normas da cuenta de que estas poseen la propiedad disposicional de ser sustituidas por otras con un alcance más restringido[304].

---

[303] En términos de Guastini: «*defeating a rule—e.g. 'if p, then Oq'—by introducing an exception into it—e.g. 'if p and not r, then not Oq'—amounts to changing the rule, viz. substituting the 'original' rule with a different one*». Guastini, 2012c, p. 190.

[304] Ratti, 2013a, p. 178. Guastini al señalar que la derrotabilidad es una propiedad disposicional de las normas, está sosteniendo que cualquier norma puede ser derrotada por el intérprete, es decir, que podemos realizar una reinterpretación restrictiva mediante la cual se reduzca el alcance por medio del refinamiento del antecedente, cada vez que el significado sea considerado axiológicamente inaceptable (está dando cuenta de la derrotabilidad desde una perspectiva diacrónica). Guastini, 2012c, p. 190. Sobre este punto es oportuno hacer dos precisiones y una propuesta de formulación sobre predicar que las normas tienen la propiedad disposicional de ser derrotables. En primer lugar, la noción de propiedad disposicional puede ser entendida de múltiples maneras y, sobre ella, se ha discutido muchísimo (para una recopilación de los principales estudios sobre la noción ver Toumela, 1978, y para una reconstrucción de sus diversas conceptualizaciones ver Malzkorn, 2001). El sentido que, consiero, Guastini está empleando es como un enunciado descriptivo empleado para dar cuenta de que el objeto descrito tiene una capacidad, tendencia, potencialidad o propensión de reaccionar de una manera en determinadas circunstancias (al respecto, García Carpintero, 1996, p. 397, Ryle, 2009, pp. 101-108, Stegmüller, 1979, pp. 245-49, Nino, 2003, pp. 217, y Ferrer, 2000, pp. 130-37). En segundo lugar, siguiendo a Jordi Ferrer, podemos predicar una propiedad disposicional a un objeto (da cuenta de una caracterísitica intrínsenca de este, por ejemplo, la solubilidad del azúcar pues al exponer un terrón de azúcar al agua este se disuelve) o a una persona (da cuenta de una de sus capacidades o habilidades, por ejemplo, señalar que un abogado es capaz de elaborar una defensa de una persona en un proceso judicial). Las propiedades disposicionales que describen personas pueden producto de su condición de persona (capacidades humanas que, efectivamente, poseen) o de tipo institucional (capacidades que dependen de que una regla así se la atribuya). Ferrer, 2000, p. 135. Si tomamos en cuenta ambas precisiones y es el caso que Guastini considera que la derrotabilidad no es un rasgo de las normas, sino un tipo de actividad que hacemos con ellas, entonces la propiedad disposicional derrotable no describe a las normas, sino de las personas: está dando cuenta de una capacidad de las personas de realizar operaciones interpretativas. Esto nos lleva a diferenciar entre derrota realizada por

En este sentido, da cuenta de que los intérpretes contingentemente realizan acciones de derrota sobre cualquier norma, incluyendo aquellas que ya hayan sido derrotadas[305].

Este punto permite poner de relieve que esta aproximación a la noción de derrotabilidad de las normas puede ser empleada en un sentido descriptivo o normativo. Si lo entendemos de forma descriptiva, se está dando cuenta de que un intérprete, en un determinado contexto, sea capaz de realizar actos reinterpretativos. Pero esto supone, además, que el intérprete tenga la potestad para realizar tales actos. En efecto, en un contexto de interpretación y aplicación del derecho autoritativo (esto es, el intérprete sea un juez resolviendo un caso individual) describir a una norma como derrotable dependerá, por lo menos, de las competencias que posee el aplicador del derecho para poder apartarse (o no) de un determinado significado atribuido a un texto[306]. Por ejemplo, puede ser el caso que un funcionario de un Ministerio tenga prescrito interpretar normas administrativas de la entidad administrativa únicamente conforme al significado literal del texto. En dicho supuesto, las normas resultantes de esta regla de traducción, desde la

---

cualquier persona que interpreta textos normativos, de la derrota que lleva a cabo un aplicador del derecho. En el primer caso, la derrota que realice solo incidirá en cómo esta persona entiende (o dice que debe ser entendido) el sistema normativo (esto es, da cuenta de una propiedad disposicional no institucional). En cambio, en el segundo caso un aplicador del derecho para poder derrotar deberá disponer de una regla que así se lo permita (esto es, da cuenta de una propiedad disposicional institucional). De esta manera, lo que nos está tratando de señalar Guastini, es que los aplicadores del derecho tienen capacidad para derrotar una norma debido a que una norma les da competencia para ello.

[305] Francesca Poggi sobre este punto propone preguntarse si tiene rendimiento explicativo predicar que la derrotabilidad es una propiedad disposicional de las normas o de las disposiciones. Si predicamos que es una propiedad disposicional de las normas, entonces lo que estamos diciendo es que un significado puede no ser adoptado por el intérprete, pero ello no sería un rasgo de un significado *prima facie*, sino de cualquier significado. Si predicamos que es una propiedad disposicional de las disposiciones, entonces lo que estamos diciendo es que a un texto puede que no se le atribuya el significado *prima facie*, pero ello sería banal. Poggi, 2018, p. 92. Si bien la distinción de Poggi permite insistir que tiene sentido predicar la derrotabilidad de normas y no de disposiciones (esta sería una razón adicional a las ya expuestas previamente), considero que la crítica no es hacertada por dos motivos. En primer lugar, en atención a lo señalado en el pie de página anterior considero que Guastini no está predicando que la derrotabilidad sea una propiedad disposiconal de las normas, sino de los aplicadores del derecho. En segundo lugar, aun si entendiéramos que es una propiedad disposicional de las normas (como un rasgo de ellas), esta caracterización nos pondría de relieve aspectos teóricamente relevantes. Con esta descripción estamos dando cuenta de que es un resultado reactivo, en el sentido de que es un producto de un proceso activado por ciertos eventos (la disconformidad del significado con nuestras preferencias valorativas). La derrota de una norma es una acción deliberada, motivada y razonada. En este sentido, esta noción da cuenta de acciones que puede realizar un intérprete, de manera que ello permite poner de relieve que dicho rasgo no es una característica de las normas, sino de algo que hacemos con las normas. Este tipo de consideraciones son capturadas por la noción propiedad disposicional, por lo que no es una descripción banal ni equivocada.

[306] Cabe agregar a este punto las prácticas interpretativas que la cultura jurídica en un determinado contexto (y para una determinada disciplina) reconoce como correctas o incorrectas. Tanto el aspecto competencial como de las prácticas interpretativas permiten ir mostrando que el carácter derroble de las normas no es un rasgo conceptual de ellas, sino algo que los intérpretes hacen ellas. En este mismo sentido Schauer: «*defeasibility is not a property of rules at all, but rather a characteristic of how some decision-making system will choose to* treat *its rules*». Schauer, 2012, p. 87. Sobre este punto profundizaré en Cap. II.3,3.5.

perspectiva del funcionario, no tendrían el carácter derrotable. En cambio, si lo entendemos de forma normativa, se está dando cuenta de una directiva interpretativa dirigida a los intérpretes de emplear este argumento a efectos de determinar el conjunto de significados posibles a atribuir a un texto[307]. Esto no implica, necesariamente, que siempre deban elegir este resultado. Lo elegirán, como hemos visto, dependiendo de las reglas de preferencias que establezcan para el juego interpretativo.

El acto de derrotar, en cambio, da cuenta de la creación (construcción jurídica) de una norma implícita que, comparativamente, posee un alcance más reducido que el de la norma inicialmente identificada (el significado *prima facie*). De esta acción es posible identificar dos resultados: la norma derrotada (el significado *prima facie* que no fue preferido en el proceso interpretativo), y la norma derrotante (el significado todo considerado)[308]. La norma derrotante, desde una aproximación sincrónica, es una norma inderrotable[309].

En segundo lugar, la derrotabilidad no depende de las normas, sino de preferencias interpretativas de los intérpretes. Dado que la derrota de una norma es un posible resultado de la actividad interpretativa, ello quiere decir que dependerá de cómo estructuremos el juego interpretativo. En términos más precisos, del tipo de reglas de selección, jerarquía, preferencia y de *default* que decidamos crear para determinar los productos interpretativos[310].

[307] Conforme a lo expuesto al inicio de este capítulo, sería una prescripción que opera como regla de selección, es decir, como un criterio que determina qué reglas de traducción emplear para determinar las posibilidades interpretativas.
[308] Reformulando los puntos señalados, para derrotar una norma, entonces, deben estar presentes las siguientes condiciones: i) el intérprete debe tratar la norma como derrotable; ii) si es un aplicador autoritativo del derecho (un juez, por ejemplo) debe ser competente para poder realizar actos de derrota; iii) el intérprete debe emplear el argumento de la disociación; y iv) realizar una interpretación decisoria por la cual se escoge la norma implícita.
[309] Inderrotable en un determinado espacio-tiempo, pues es el resultado de un acto de derrotar. En términos diacrónicos, como hemos visto, será derrotable (podrá ser derrotada en posteriores procesos interpretativos). Como bien lo expone Poggi, derrotar (desde esta aproximación), da cuenta del éxito de la operación de introducir una excepción implícita que, siguiendo la primera interpretación, no habría sido incluida. Poggi, 2018, p. 90.
[310] Sobre estas nociones ver lo señalado en Cap. II.2,2.1. y Cap.II.3.

En otros términos, que un intérprete decida derrotar es resultado de que este decida atribuir normas que sean conformes a las valoraciones que este posee[311]. Dependiendo de las tesis prescriptivas que asumamos[312], tendremos preferencias por un determinado significado o por otro, de manera que habremos derrotado una norma cada vez que nuestro criterio de preferencia nos lleva crear distinciones dentro de una clase y considerar que cada subclase debe ser tratada de manera diferente.

En este sentido, la actividad de derrotar es una manera de presentar un tipo de operación reinterpretativa y un resultado restrictivo, de forma que no tiene sentido sostener que una norma es derrotable o inderrotable o preguntarnos si todas o algunas lo son. El carácter derrotable, como vemos, es un problema actitudinal de los intérpretes respecto a cuál debe ser el contenido de las normas, no es un problema de las normas[313].

Sobre este punto cabe precisar que la disconformidad valorativa que lleva al intérprete a derrotar una norma es una idea que puede ser presentada, por lo menos, de dos maneras[314]. Por un lado, entendida como la disconformidad (en un grado suficiente) entre un significado atribuido a un texto con un conjunto de preferencias valorativas sobre cómo debería interpretarse las disposiciones. En estos supuestos, el intérprete emplea el argumento de la disociación a efectos de evitar un resultado axiológicamente inaceptable.

Por el otro lado, las valoraciones pueden ser entendidas como prescripciones respecto a cómo deben ser los sistemas normativos: deben ser consistentes. En este sentido, las valoraciones nos llevan a realizar actos de derrota a efectos de evitar inconsistencias normativas. Este punto es relevante, pues una norma calificada de injusta (contraria a valoraciones axiológicas) no es equivalente a considerar que es ilegal o inconstitucional, por señalar algunos supuestos. En términos normativos, una norma injusta es una norma jurídica inconsistente con un sistema normativo extrajurídico. En cambio, una norma ilegal o inconstitucional es una norma jurídica es inconsistente con otras normas del sistema jurídico (una norma inconstitucional es una norma infraconstitucional

[311] Como bien señala Guastini, las valoraciones axiológicas son una causa de la derrotabilidad, las cuales suelen manifestarse en tesis dogmáticas o prescriptivas sobre cómo debe ser regulada una determinada acción o estado de cosas. Guastini, 2012c, p. 189.
[312] Tesis prescriptivas sobre, por lo menos, cómo se debería regular una acción o estado de cosas o sobre cómo se deben interpretar las fuentes del derecho.
[313] En un mismo sentido Luzzati, 2018, p. 341.
[314] Sobre este punto estoy reformulando un argumento sostenido por Poggi, 2018, p. 93

inconsistente con una norma constitucional y una norma ilegal es una norma infralegal inconsistente con alguna norma con rango de ley, siguiendo con los ejemplos[315]). Como podemos ver, en este tipo de supuestos el intérprete asume una posición valorativa según la cual los sistemas normativos no deben tener defectos lógicos, en este caso, inconsistencias. En resumen, el acto de derrotar se justifica en valoraciones que le prescriben al intérprete evitar un resultado injusto o evitar crear un sistema normativo defectuoso[316].

En tercer lugar, hay una vinculación conceptual entre acto de derrotar y construcción jurídica. Ello en el sentido de que la derrotabilidad implica que el intérprete haya introducido una propiedad que no era identificable empleando los métodos interpretativos. Para aclarar este punto es pertinente diferenciar entre: i) refinamiento del antecedente como resultado de preferir una norma expresa sobre otra norma expresa; de ii) refinamiento como resultado de preferir una norma implícita sobre una norma expresa[317].

Sobre este punto cabe resaltar que, contrario a lo señalado en el párrafo anterior, algunos autores consideran que el vínculo entre derrotabilidad e interpretación se limita a la posibilidad de reinterpretar un texto con un alcance más reducido[318]. Dicho de otro modo, el vínculo entre interpretación y derrotabilidad recae en que el intérprete puede variar la calificación jurídica de una acción o estado de cosas.

Entre reinterpretación y cambio de calificación normativa hay conexiones conceptuales claras. De hecho, como bien señala Jorge Rodríguez, la reinterpretación puede variar la calificación jurídica de una acción o estado de cosas en, por lo menos, los siguientes supuestos[319]: i) variar de atribución de significado a una disposición (esto es, cambiar de

[315] Sobre la noción de inconsistencia profundizaré en Cap. IV.2.
[316] Luzzati ha asumido una idea similar a esta. Dicho autor señala que la derrotabilidad da cuenta del fracaso de una norma relativamente clara por razones sistemáticas o extrasistemáticas. Ello, en tanto el intérprete desea introducir una excepción a un significado cuya aplicabilidad no es controvertida, pero es considerada absurda o, desde algún punto de vista, inaceptable. Ver Luzzati, 2018, p. 330. Este punto es bien ilustrado por lo señalado por el juez Field en el famoso caso United States vs. Kirby: «[a]*ll laws should receive a sensible construction. General terms should be so limited in their application as not to lead to injustice, oppression, or an absurd consequence, and it will always be presumed that the legislature intended exceptions to its language which would avoid results of this character*»
[317] Sobre este punto volveré con mayor profundidad en Cap. IV.3.
[318] Un ejemplo notorio de esta postura es MacCormick, 2016, p. 403.
[319] Rodríguez, 2002, p. 362.

norma); ii) cambiar de criterio de preferencia entre normas; o por iii) incorporar o eliminar una norma del sistema jurídico[320]. Dicho en breve, con la reinterpretación tendremos un cambio de sistema jurídico dentro del orden jurídico.

El problema de esta reconstrucción teórica es que disuelve toda distinción conceptual entre reinterpretación restrictiva y derrotabilidad (o, entre cambio de sistema normativo y derrotabilidad), siendo innecesario incorporar un nuevo concepto. En este sentido, la propuesta de Guastini tiene rendimiento explicativo para mostrar en qué casos los intérpretes crean normas y el efecto que producen dichas normas implícitas respecto de las normas explícitas: una norma implícita exceptúa (reduce el alcance) de una norma explícita[321].

Tenemos, por lo menos, dos diferencias cualitativas entre preferir una norma expresa sobre otra norma expresa, por un lado, y preferir una norma implícita sobre una norma expresa por el otro. En primer lugar, preferir una norma expresa sobre otra norma expresa da cuenta de haber preferido un método interpretativo o un resultado de este. Conforme lo expuesto anteriormente, las normas expresas son resultados interpretativos de haber empleado métodos de interpretación sobre disposiciones. En este sentido, preferir una norma expresa sobre otra puede ser resultado de: i) preferir una regla de traducción sobre otra; o ii) en caso la regla de traducción a ser aplicada ofrezca múltiples resultados, entonces se prefiere uno de sus resultados sobre el otro (o el resto de posibles).

En cambio, las normas implícitas son resultados de métodos de construcción jurídica (actos de creación normativa por parte de los intérpretes). En este sentido, preferir una norma implícita sobre una norma expresa implicará haber preferido un acto de creación

[320] Cabe anotar que el supuesto ii) y iii) puede ser resultado de i), pero para cumplir fines expositivos he preferido mantener la distinción de Rodríguez en el texto principal. En relación con el punto ii) cabe anotar que las normas en el sistema jurídico no operan todas en un mismo nivel, entre estas hay (el intérprete construye) relaciones de preferencia. Las relaciones de preferencia determinan qué norma debe ser aplicada para resolver un caso cada vez que esta sea aplicable de manera conjunta con otra (y ambas normas internamente aplicables sean contradictorias entre sí). Dichos criterios de preferencia son introducidos sea mediante normas expresas o normas implícitas y estas pueden variar, en efecto, tras un cambio de interpretación o nueva construcción jurídica que varíe la preferencia ello implicará cambiar el status normativo de una acción o estado de cosas. Sobre este punto profundizaré en Cap. IV.4.

[321] Al respecto es oportuno reiterar la precisión de que exceptuar, desde esta aproximación, implica incorporar una nueva propiedad en el antecedente. De esta forma, reducir el alcance quiere decir que la acción o estado de cosas regulado es mucho más específico de lo que hubiera sido con la interpretación no preferida.

del derecho, por sobre significados que forman parte del marco de significados posibles[322].

En segundo lugar, las propiedades identificadas mediante métodos interpretativos son identificables *ex ante*, esto es, forman parte de una labor de interpretación cognitiva. En cambio, las propiedades introducidas mediante un método de construcción jurídica son propiedades no enumerables *ex ante* por la obvia razón de que no formaban parte del marco de significados posibles previos al acto de creación jurídica[323].

En este sentido, la noción de derrotabilidad que nos está proponiendo Guastini no implica únicamente la posibilidad de reinterpretar de manera restrictiva[324], sino que supone elegir una norma implícita por sobre una norma expresa en base a que la primera distingue entre casos que la segunda no ha distinguido y que debió hacerlo (conforme a sus criterios valorativos)[325].

---

[322] El argumento de la disociación, como hemos visto, es un argumento que, necesariamente, conlleva la creación de normas implícitas. En efecto, la disociación no es un argumento interpretativo dado que con este no se le atribuye significado a una disposición. Con ella lo que hacen los intérpretes es distinguir entre subclases y crear calificaciones jurídicas diferentes para cada subclase (o, por lo menos, para una de estas).

[323] Este punto es relevante, además, para poner de relieve que de los actos de promulgación de textos normativos no se sigue, necesariamente, que el intérprete deba realizar actos de derrota. Solo se sigue que se habrá cambiado la base desde la cual se identifican normas, siendo posible que se promulguen nuevos textos sin que ello implique nuevas normas en el sistema normativo.

A efectos de claridad, me parece que es adecuado reformular estas tesis de la siguiente forma: las excepciones implícitas no son identificables de antemano dado que no forman parte del marco de significados posibles. Las excepciones implícitas, desde esta aproximación, son propiedades adicionales incorporadas al caso genérico previamente identificado que son producto de una construcción jurídica motivada por preferencias valorativas.

[324] Siguiendo a Diciotti, no es del todo sencillo distinguir entre interpretación restrictiva que resulta de emplear métodos interpretativos (como resultado de reemplazar una norma expresa por otra norma expresa con un menor alcance) y una disociación (diferenciar una clase en subclases y atribuir calificaciones normativas distintas a cada subclase). Los casos claros de diferenciación es que una interpretación restrictiva que emplea métodos interpretativos rara vez es posible excluir casos paradigmáticos del campo de aplicación de una norma *prima facie*; sin embargo, en la disociación a menudo es posible obtener resultados de este tipo. Diciotti, 1999, p. 453.

[325] Sobre este punto cabe precisar, siguiendo a Rodríguez, que si presentamos este punto tomando en consideración únicamente la variación de sistemas jurídicos el rendimiento explicativo se reduce. En efecto, sea que una norma expresa sea preferida sobre otra norma expresa o que una norma implícita sea preferida sobre una norma expresa, en ambos supuestos el resultado es el mismo: un nuevo sistema jurídico. En este sentido, el cambio de interpretación lo que genera es un nuevo sistema, lo que quiere decir que la norma resultante no es que sea derrotable, lo que ha hecho es cambiar. Pero la situación es diferente si consideramos el sistema normativo en relación con el conjunto de sistemas normativos al que pertenece (el orden jurídico). Desde este enfoque, la norma resultante en relación con el orden jurídico es derrotable, pues consideramos que con el tiempo esta puede variar. Rodríguez, 2002, pp. 363-364. Me parece que en este punto se está dando cuenta de los mismos rasgos que Guastini apunta al diferenciar entre derrotabilidad sincrónica y diacrónica: desde un punto de vista sincrónico tenemos un sistema normativo que está compuesto, entre otros, por normas que han resultado de un acto de derrotar. En cambio, desde un punto de vista diacrónico, los sistemas normativos son dinámicos (pueden cambiar), lo que supone que las normas que los componen son derrotables (pueden ser objeto de actos de derrota).

Finalmente, debo señalar que, si bien esta propuesta es clara y precisa sobre cómo reconstruir la reducción del alcance de una norma como resultado de haberla variado, podemos emplear esta propuesta solo para reconstruir parte del problema de la derrotabilidad en el derecho. Como veremos en los siguientes subapartados, este esquema análisis puede ser empleado para clarificar las diferentes formas de entender las operaciones que se realizan al momento de exceptuar una norma, siempre que entendamos ello como una variación de la aplicabilidad interna. Es decir, podemos clarificar las variaciones del alcance como operaciones reinterpretativas de este tipo. Sin embargo, ella no nos permite dar cuenta de situaciones de pérdida de fuerza o aplicabilidad externa.

Una manera alternativa de esclarecer cómo los operadores jurídicos crean excepciones a normas es considerar que estas han perdido su aplicabilidad externa, sin que ello implique modificar su alcance. Sobre este punto volveré más adelante con profundidad, pero es relevante señalar en este punto que el lenguaje teórico de la reinterpretación, como vemos, se limita a esclarecer solo una parte del fenómeno, pero no es suficiente para dar cuenta de todas las formas de introducir excepciones implícitas a normas.

3.2. Enfoque disposicional de la derrotabilidad

En el artículo «Sobre derecho y lógica», Carlos Alchourrón propuso una aproximación a la noción de derrotabilidad denominada «enfoque disposicional a la derrotabilidad» como una forma de dar cuenta de la creación de excepciones implícitas por parte de los aplicadores del derecho. Dicha propuesta forma parte de una tesis teórica sobre cómo entender el derecho desde una concepción interpretativista: el derecho como un Sistema Maestro.

Cabe anotar, de manera previa al análisis de esta propuesta, que Carlos Alchourrón fue uno de los teóricos más relevantes de la noción de derrotabilidad. Es difícil dimensionar con justicia la trascendencia e impacto de su obra en la literatura especializada, pues

resulta imprescindible tomar en consideración sus tesis para discutir sobre normas derrotables.

Este autor desarrolló sus propuestas sobre la noción de derrotabilidad en los siguientes artículos: «Fundamentos filosóficos de la lógica deóntica y la lógica de los condicionales derrotables», «*Defeasible logics: demarcations and affinities*», «Para una lógica de razones *prima facie*», «Separación y derrotabilidad en la lógica deóntica» y en «Sobre derecho y lógica». En esta investigación voy a sostener que debemos diferenciar dos formas de entender y presentar la noción de derrotabilidad en la teoría de Alchourrón, cada una útil para clarificar operaciones jurídicas distintas. En este subapartado presentaré un análisis y crítica de las tesis contenidas en «Sobre derecho y lógica»[326], y analizaré las tesis contenidas en el resto de los artículos en un subapartado específico del Capítulo III[327].

Para mayor de claridad, cabe anotar que todos estos trabajos comparten la tesis de que los antecedentes de las normas contienen condiciones explícitas e implícitas y que, para determinar la condición suficiente para el consecuente, es necesario explicitar sus condiciones implícitas. Sin perjuicio de ello, podemos identificar dos diferencias: los objetivos perseguidos y cómo entender los presupuestos implícitos. En relación con los objetivos, en los primeros cuatro artículos Alchourrón prentendió demostrar que la lógica deóntica monotónica es apta para dar cuenta de las normas derrotables, de manera que no es necesario emplear representaciones formales y reglas de inferencia que no validen el refuerzo del antecedente ni el *modus ponens* para describir estas normas y sus relaciones con otras normas. Sostuvo que, para dar cuenta de las normas derrotables, es menester introducir un símbolo lógico (el operador de revisión: «*f*») que permita dar cuenta de que el antecedente está expresado de manera entimemática, y que es necesario realizar actos adicionales de revisión a efectos de explicitar sus presupuestos implícitos. En cambio, el

[326] La primera versión de este artículo fue presentada en inglés en el Congreso IVR de Bolonia en 1995 y fue publicado de manera póstuma en 1996. Para los efectos del presente subapartado emplearé la traducción contenida en Alchourrón 2010 [1996c]. Desde una aproximación histórica, este texto representa la última forma de entender la derrotabilidad de este autor, pero dada la propuesta de reconstrucción y organización las diferentes aproximaciones que he adoptado en esta investigación procederé a presentar y analizar estas tesis primero. Cabe precisar que, si bien las ideas contenidas en este artículo son parcialmente diferentes a las tesis contenidas en publicaciones anteriores, esto no implica un rechazo ni renuncia a ellas. Como veremos más adelante, en algunos aspectos las tesis se mantienen y en otros solo presenta una visión diferente de la derrotabilidad por basarse en postulados distintos.

[327] Ver. Cap. III.4.

objetivo perseguido en «Sobre derecho y lógica», fue formular un modelo reconstructivo de determinadas maneras de entender los sistemas normativos y caracterizar el problema de la derrotabilidad como un problema de identificación de normas.

En cuanto a cómo entender los presupuestos implícitos, en los primeros cuatro artículos Alchourrón entendió que su explicitación (y, por tanto, derrota de la norma) se realiza a partir de la identificación de propiedades que el legislador efectivamente valoró. En cambio, en «Sobre derecho y lógica» los presupuestos implícitos son explicitados a partir de juicios contrafácticos sobre cómo el legislador hubiera valorado una determinada propiedad (normativamente irrelevante)[328].

Para una adecuada comprensión de este enfoque disposicional partiré por reconstruir la propuesta del derecho como Sistema Maestro y, tras ello, analizaré y criticaré dicho enfoque.

3.2.1. Libro Maestro y Sistema Maestro

Para Alchourrón, el pensamiento científico occidental ha estado y está comprometido con una organización sistemática del conocimiento que se tiene sobre un objeto de estudio. Ello conlleva explicitar todos los presupuestos empleados al momento de razonar y emplear métodos para abstraer ciertos rasgos de la realidad (los considerados relevantes) a efectos de construir un modelo simplificado con el que podamos trabajar. Dicho ideal también está presente en la ciencia jurídica, de formal tal que el derecho es entendido como un instrumento para organizar a las personas en sociedad a través de un conjunto de reglas de las cuales derivamos instrucciones sobre cómo se debe o puede comportar cada persona en cada situación[329].

[328] Moreso y Rodríguez, 2010, p. 26.
[329] Alchourrón 2010 [1996c], pp. 156-57. Como bien nos aclara Redondo, en este texto Alchourrón estaría tratando de demostrar que detrás de diversas teorías jurídicas (incluyendo la de Dworkin) hay un ideal de racionalidad basado en la organización sistemática de forma completa, consistente y axiológicamente aceptable del material jurídico. Redondo, 2000, pp. 35-36.

Bajo esta premisa, Alchourrón sostuvo que las diversas teorías jurídicas que se subyacen en los movimientos codificadores y a la dogmática jurídica se han propuesto reconstruir el derecho bajo ciertos ideales de racionalidad: entienden que los sistemas jurídicos son completos y coherentes. Dicho en breve, hay quienes sostienen que, a partir de las fuentes del derecho, los jueces pueden identificar una única respuesta para cada problema jurídico[330]. A esta forma de entender el derecho Alchourrón la llama el Sistema Maestro. Paso a clarificar esta tesis.

Hay que partir por identificar cuáles son los elementos del sistema jurídico y cómo hemos de identificarlos, esto es, qué se interpreta y cómo se interpreta. Para ello, Alchourrón propuso diferenciar entre Libro Maestro y Sistema Maestro.

Con la noción de Libro Maestro se da cuenta de las fuentes del derecho, es decir, el material jurídico que será empleado como insumo para producir un sistema de normas. Cabe precisar que una norma, bajo esta propuesta, es un significado atribuido a un (o conjunto de) texto(s), esto es, los resultados de operaciones interpretativas[331].

Dentro de este material jurídico, el autor diferencia entre fuentes formales y fuentes materiales. Las fuentes formales están compuestas por los textos jurídicos o disposiciones que han sido creadas por una autoridad normativa (el legislador). En cambio, las fuentes materiales están compuestas por tesis dogmáticas (normas implícitas creadas por los estudiosos del derecho) y por normas morales[332]. Cada uno de estos elementos del Libro

[330] Moreso y Rodríguez, 2010, p. 21. Ratti, 2013a, p. 108.

[331] Alchourrón, 2010 [1996c], p. 163. Como podemos ver, se asume la distinción entre disposición y norma anotada al inicio del presente capítulo.

[332] Para las fuentes formales ver Alchourrón, 2010[1996c], pp. 163-64. En relación con las fuentes materiales sostuvo lo siguiente: «[l]a distinción entre fuentes formales y materiales del derecho se halla estrechamente conectada con la definición de derecho positivo. La opinión de los expertos, que constituye la así llamada dogmática jurídica, posee un papel prominente en algunos países, pero sólo como fuente material. La cuestión más controvertida es si la moral es o no una fuente formal de derecho. Está fuera de discusión que se trata de una fuente material». Alchourrón, 2010[1996c], p. 160. Este punto permite señalar que norma no quiere decir, únicamente, significados de los textos. Estaría detrás de esta propuesta, además, una distinción similar a la de entre norma expresa y norma implícita que he asumido para esta investigación. Cabe precisar que la noción de Libro Maestro, de esta forma, no es equivalente a la de disposiciones o de formulaciones normativas. Esta da cuenta de un conjunto compuesto por enunciados lingüísticos sin interpretar, normas implícitas y normas que forman parte de un sistema normativo axiológico. Este punto, como bien señala Redondo, permite poner de relieve que conjunto de normas no implica, necesariamente, un sistema normativo, ello requiere posteriores acciones a ser realizadas por el intérprete (proceso de sistematización). Redondo, 2000, p. 40, pie de pág. 19. Redondo, 2006, p. 296, p. 3. En relación con el último punto (sistema es producto de la sistematización de un conjunto de normas), Guastini, 2014, pp. 264-65. A efectos de precisión, un Sistema Maestro, como veremos, no es un únicamente un conjunto de

Maestro opera de manera distinta: por un lado, la identificación de normas se realiza a partir de enunciados lingüísticos que forman parte del Libro Maestro; por el otro lado, las normas implícitas y las normas morales inciden en la construcción de reglas de preferencia del proceso interpretativo. Sobre este punto volveré más adelante.

Cabe precisar que, si la identificación de normas es producto de la interpretación, entonces es posible que, tras aplicar diferentes tipos de métodos interpretativos, podamos identificar diferentes normas de una misma disposición. Asumamos que de un Libro Maestro hemos identificado un conjunto de normas. Tras su identificación, las vamos a sistematizar[333] como un sistema normativo, al cual denomina como Sistema Maestro. Pero si cambiamos de interpretación del texto, entonces tendremos otro conjunto de normas a sistematizar en un Sistema Maestro diferente. De esta forma, tendremos tantos Sistemas Maestros como interpretaciones realice el intérprete[334].

Para Alchourrón, como he señalado antes, los diferentes movimientos de la codificación y la ciencia jurídica han asumido un modelo ideal respecto a cómo entender y presentar el derecho[335]. En este sentido, un Sistema Maestro es un sistema ordenado de normas que asume ciertas características. Por un lado, se asume que los jueces deben resolver todos los casos que se les presenten de manera justificada. Dicha justificación debe ser realizada a partir de normas jurídicas que forman parte del Sistema Maestro. Asumiendo que debe implica puede, esto supone un compromiso conceptual con el postulado de la completitud, es decir, el sistema normativo debe ofrecer una solución normativa para todo caso posible.

En caso de que tengamos una incompletitud, esto es, una acción sin calificación normativa, la única forma de resolver este problema es modificando el sistema, esto es, incorporando una nueva norma que califique normativamente el caso no previsto. Para la incorporación de esta nueva norma, Alchourrón sostiene que se puede acudir (por lo menos) a la analogía, argumento a contrario, argumento teleológico o a la intención del

---

normas, es un conjunto de normas vinculadas entre sí como un sistema normativo. Como vemos, Sistema Maestro no es equivalente a la noción de norma, implica normas, pero supone operaciones posteriores

[333] Sobre la sistematización del derecho profundizaré en Cap. IV.5. A efectos de claridad, en este subapartado al señalar que los interpretes sistematizan un conjunto de normas quiero dar cuenta de las operaciones que llevan a cabo los intérpretes para establecer la calificación normativa de una acción a través de la identificación de sus normas derivadas y de las relaciones entre ellas.

[334] Alchourrón, 2010 [1996c], p. 164.

[335] La concepción del Sistema Maestro contenida en «Sobre derecho y lógica» es una propuesta de modelo reconstructivo de diversas teorías jurídicas modernas.

legislador. Como vemos, para evitar los problemas de incompletitud hemos de elegir atribuir normas al Libro Maestro que no generen problemas de incompletitud.

Asimismo, a efectos de formular un sistema que pueda resolver problemas normativos, «la completitud no es suficiente; el sistema debe ser también consistente»[336]. Si fuese un sistema completo, pero inconsistente, entonces sería un sistema que no ofrece guía de conducta dado que una misma conducta tendría calificaciones incompatibles entre sí (por ejemplo, estaría justificado hacer y no hacer al mismo tiempo). Para solucionar ello, es necesario que el intérprete elija normas que no produzcan inconsistencias[337]. En este sentido, al momento de identificar un Sistema Maestro hemos de elegir todas aquellas interpretaciones que produzcan un sistema normativo completo y consistente[338].

Por el otro lado, según Alchourrón, se asume que el Sistema Maestro debe satisfacer la seguridad e igualdad formal. Parte de la premisa de que el modelo ideal se justifica en una estricta división de poderes entendida de forma que le corresponde a los Parlamentos la creación del derecho y a los jueces la aplicación de las decisiones legislativas. En este sentido, los jueces identifican normas conforme a la voluntad del legislador, las cuales son aplicadas a todos los destinatarios (sujetos regulados) de la misma manera.

De ambas características, Alchourrón sostuvo que, «[l]a concepción ideal exige que haya uno y sólo un Sistema Maestro claro asociado a él [el Libro Maestro]»[339], es decir, es una concepción que propone el máximo grado de objetividad. Dicho en breve, se considera que hemos de identificar normas del Libro Maestro de tal manera que estas, al ser sistematizadas, produzcan un sistema normativo completo y consistente capaz de calificar normativamente todas las acciones de sus destinatarios (un único Sistema Maestro), a efectos de poder garantizar seguridad e igualdad formal.

[336] Alchourrón, 2010 [1996c], p. 161.
[337] Como el bien anota: «[e]n su interpretación corriente, estos artículos expresan normas incompatibles. Pero el hecho de que con una interpretación diferente las normas expresadas por ellos pueden ser compatibles muestra una característica importante de la noción de consistencia normativa: se trata de una propiedad de los significados atribuidos a los textos normativos y no de los textos normativos mismos». Alchourrón, 2010 [1996c], p. 163.
[338] Alchourrón, 2010 [1996c], pp. 163-64.
[339] Alchourrón, 2010 [1996c], pp. 163-64.

El paso del Libro Maestro a este Sistema Maestro es problemático debido, principalmente, a: la ambigüedad de los términos, la vaguedad de los conceptos y la derrotabilidad de las normas. La ambigüedad y la vaguedad son problemas de indeterminación lingüística de los que no me ocuparé en este momento. Por su parte, en cuanto a la derrotabilidad, el autor entiende que las normas poseen excepciones implícitas, esto es, circunstancias que excluyen la aplicación (interna) de la norma a un caso individual que no están expresamente previstas en la norma. A efectos de resolver estos problemas de indeterminación generados por la derrotabilidad de las normas, Alchourrón propuso un enfoque disposicional de la derrotabilidad, esto es, una forma de explicitar dichas circunstancias implícitas.

A efectos de analizar esta forma de entender la noción de derrotabilidad es menester clarificar, de forma previa, los rasgos del Sistema Maestro y las formas que se proponen para identificarlo (esto es, cómo se debe interpretar). En este sentido, es pertinente clarificar qué tipo de postulado de completitud se está predicando. Así, para analizar dicho punto, es menester partir por señalar que Alchourrón sostiene que, dentro del modelo ideal del Sistema Maestro, a los jueces se les exige la satisfacción conjunta de los siguientes tres principios[340]:

1. Principio inexcusabilidad, esto es, los jueces deben resolver los casos que se les presentan y para los cuales son competentes de resolver. En otros términos, los jueces no pueden dejar de decidir las controversias;
2. Principio de justificación, esto es, los jueces deben resolver basándose en razones. En otros términos, las decisiones jurisdiccionales no pueden ser arbitrarias, estas deben expresar la justificación de la decisión; y
3. Principio de legalidad, esto es, los jueces deben resolver los casos empleando normas jurídicas. En otros términos, los jueces deben resolver casos justificándose en normas jurídicas (deben aplicar el derecho).

Estos tres principios se resumen en: «[l]os jueces deben resolver todos los casos que en la esfera de su competencia les fueren planteados, por medio de sentencias fundadas en normas jurídicas». Si asumimos que esta es una acción posible para cualquier juez,

[340] Alchourrón y Bulygin, 2012, p. 244. Bulygin, 2005a, p. 30. Alchourrón 2010 [1996c], pp. 157-58.

entonces esta implica que «[e]n todo sistema jurídico hay normas que proveen fundamentos para resolver todo caso posible»[341]. Así, estos tres principios considerados conjuntamente componen el postulado de la completitud, esto es, que ningún caso genérico carece de solución jurídica: en otros términos, que no hay acción o estado de cosas sin calificación jurídica. Sobre este punto me voy a concentrar en dar cuenta qué implica el postulado de completitud, qué supone adoptarlo y, tras ello, analizar cómo incide en la derrotabilidad de normas.

i. Completitud como parte del modelo reconstructivo

A efectos de mejorar la clarificación es útil adoptar la distinción de Cristina Redondo entre modelos reconstructivos e ideales regulativos[342]. Un modelo de reconstrucción está compuesto por un lenguaje teórico diseñado a efectos de poder analizar un determinado concepto. En cambio, un ideal regulativo está compuesto por reglas ideales[343] que establecen cuáles son las características que debería poseer un miembro de una clase para ser un buen ejemplo o instanciación de esta.

El postulado de la completitud ¿forma parte de un modelo reconstructivo o es un ideal regulativo? Partamos por señalar que este postulado es ambiguo, pues puede ser entendido de diversas formas[344]. En este momento me concentraré en entenderlo como que ningún caso genérico carezca de solución jurídica por parte del sistema jurídico.

---

[341] Alchourrón, 2010 [1996c], p. 159. Alchourrón y Bulygin bien aclararon que de esta implicación se sigue, además, la proposición «[l]os jueces *pueden* resolver todos los casos que en la esfera de sus competencias les fueren planteados por medio de sentencias fundadas en normas jurídicas». Esta, a su vez, implica «[e]n el conjunto formado por la totalidad de las normas jurídicas puede encontrarse siempre la fundamentación normativa para solucionar cualquier caso que se someta a los jueces». Alchourrón y Bulygin, 2012, pp. 245-46 (cursiva es de origen).

[342] Redondo, 2000, p. 37.

[343] Von Wright, 1970, pp. 32-33.

[344] Redondo ha listado, con precisión, diversas formas de entender el postulado de completitud: i) completitud entendida como finitud, esto es, predicar que un sistema normativo solo está compuesto de normas que correlaciona casos genéricos con acciones deónticamente calificadas, de manera que todo caso genérico sin consecuencia jurídica es un caso jurídicamente indiferente; ii) completitud entendida como ausencia de lagunas, esto es, predicar que un sistema normativo contiene una regla de clausura que resuelve todos los casos genéricos relevantes; iii) completitud entendida como clausura, esto es, predicar que un sistema normativo resuelve todas acciones previstas en caso genéricos relevantes e incluso las irrelevantes (no hay evento en el mundo habido o por haber que carezca de regulación jurídica); y iv) completitud entendida como soluciones justas, esto es, predicar que todas las soluciones jurídicas contenidas en el sistema normativo son (o deban ser) moralmente adecuadas. Redondo, 2006. No es mi propósito reconstruir y discutir con todas estas posibles formas de entender la completitud, pues solo es relevante para los efectos de este subapartado entender qué nociones de completitud emplea Alchourrón y cómo inciden en la forma de entender el Sistema Maestro y en el enfoque disposicional de la derrotabilidad.

Que todos los casos genéricos tengan una solución jurídica puede ser entendido de dos maneras: la completitud únicamente de los casos genéricos relevantes, esto es, aquellos que contienen propiedades relevantes[345]; o completitud de todos los casos genéricos posibles, esto es, tanto de los casos genéricos relevantes como los irrelevantes. En este sentido, siguiendo a Redondo, la completitud puede ser entendida de forma relativa (predicada únicamente de casos genéricos relevantes) o absoluta (predicada de todos los casos genéricos posibles)[346].

Cabe precisar que las diferentes formas de entender la completitud se reflejan en la manera en que son entendidos los sistemas normativos. En este sentido, Alchourrón y Bulygin diferencian entre sistemas normativos cerrados y abiertos. Un sistema normativo cerrado es aquel que posee como rasgo la completitud absoluta, es decir, toda acción está deónticamente calificada conforme a este. En cambio, un sistema abierto asume como posible rasgo una completitud relativa, esto es, puede ser completo en relación con los casos genéricamente relevantes[347].

Si tomamos de manera conjunta el principio de inexcusabilidad, justificación y legalidad, como he señalado, se genera que los sistemas normativos en los que estén presentes deben ser sistemas normativos cerrados o regidos por una completitud absoluta. Esto requiere de algunas precisiones.

Alchourrón y Bulygin en «*Normative Systems*» sostuvieron que la completitud absoluta dependería de la pertenencia en el sistema normativo de una regla de clausura general que califique deónticamente todas las acciones que no hayan sido calificadas de manera expresa por alguna norma del sistema[348]. Esta regla, para lograr un sistema normativo

[345] Por propiedad normativamente relevante se entiende aquella propiedad cuya presencia o ausencia conlleva modificar la calificación normativa de la acción. En cambio, por propiedad normativamente irrelevante se entiende aquella propiedad cuya presencia o ausencia no incide en la calificación normativa de la acción. Sobre esta noción profundizaré en Cap. II.3,3.4.
[346] Redondo, 2000, pp. 38 y ss. Asimismo, Ratti 2013a, p. 109.
[347] Alchourrón y Bulygin, 2012, pp. 168-69. Asimismo, Von Wright, 1970, p. 102.
[348] «[U]na regla que calificaría deónticamente todas aquellas acciones que no estuvieran calificadas ya por el sistema en cuestión». Alchourrón y Bulygin, 2012, p. 191. Como bien nos señala Alonso, un ejemplo usual en nuestros sistemas normativos de regla de clausura es el principio de legalidad en materia penal, entendida como que si una conducta no está tipificada como delito entonces el juez debe absolver al imputado. En este sentido, una conducta o bien está tipificado o bien no lo está, en caso no esté tipificada se genera el deber de absolver. Alonso, 2010, p. 136.

cerrado, debería poder resolver todo caso posible sin que ello implique generar inconsistencias normativas[349]. Ello no caracteriza del todo a los sistemas jurídicos modernos[350] y genera algunos problemas en las relaciones entre consistencia y completitud de los mismos.

Sobre las relaciones entre consistencia y completitud en los sistemas normativos profundizaré en el Capítulo IV.5[351]. En este momento es pertinente poner de relieve que la inclusión de una regla de clausura de este tipo en los sistemas normativos es contingente[352], y que en caso de estar previstas tienen el efecto de crear inconsistencias en los sistemas normativos. Al respecto, siguiendo a Ratti[353], asumamos que tenemos un sistema normativo SN compuesto por las siguientes normas: i) si una persona cuenta con un testamento válido y no es homicida del testador, entonces tiene permitido heredar (en adelante R1); y ii) si una persona cuenta con un testamento válido y es homicida del testador, entonces tiene prohibido heredar (R2). En este sentido, trata como propiedades relevantes para regular la acción «heredar a la muerte del testador» a: «testamento válido» y «homicidio del testador».

---

[349] Como bien señala Ratti, una regla de clausura exitosa es aquella que: i) establece una respuesta para todo comportamiento o estado de cosas posible; y ii) preserva la consistencia del sistema (si introduce una inconsistencia, entonces el sistema se vuelve inútil para los propósitos prácticos). Ratti, 2013a, p. 290.

[350] Debo precisar que los sistemas jurídicos modernos suelen ser sistemas hipotéticos, es decir, sistemas que contienen por lo menos una norma condicional, de manera que en el texto principal se concentrará en ellos. El análisis sobre la completitud producida por una regla de clausura en un sistema categórico (compuestos únicamente por normas categóricas), es diferente y sobre el cual no profundizaré. Ver Alchourrón y Bulygin, 2012, pp. 193-96. Además, Ratti, 2013a, p. 110.

[351] Asimimso, sobre los problemas de incompletitud en los sistemas normativos como lagunas normativas (casos genéricos compuestos por propiedades relevantes que no están correlacionados a una consecuencia jurídica) profundizaré en Cap. III.3,3.4.

[352] Alchourrón y Bulygin analizan la siguiente regla de clausura: «todo lo que no está prohibido está permitido». Ello puede ser entendido de diversas maneras atendiendo a la diferencia entre normas y proposiciones:

1. Si es considerado una norma, entonces está regulado en un determinado sistema normativo que toda acción no haya sido calificada por otra norma como prohibida está calificada como expresamente permitida.
2. Si es considerado una proposición (como una descripción de una norma perteneciente a un determinado sistema normativo), entonces «permitido» puede ser entendido como un permiso débil o como un permiso fuerte. Como permiso débil da cuenta de una proposición que describe que en el sistema normativo no pertenece ninguna norma que prohíba la acción. Esto sería una forma de señalar que si una acción no está prohibida es debido a que no hay norma que la prohíba, esto es, una trivialidad. Como permiso fuerte, en cambio, da cuenta de una proposición que describe que en el sistema normativo pertenece una norma que califica de permitida la acción.

La pertenencia de una norma de este tipo a un sistema normativo y la correspondiente proposición sobre este permiso fuerte sea verdadera es algo contingente, pues depende de cada sistema normativo. Alchourrón y Bulygin, 2012, pp. 177-78. Sobre este punto Echave, Urquijo y Guibourg, 1986, p. 154. Asimismo, Rodríguez, 2002, pp. 67 y ss.

[353] Ratti, 2017b, pp. 89-90. Ratti, 2013a, pp. 110-11.

Ahora bien, ¿qué ocurre si tuviéramos un caso en el que se verifica únicamente la propiedad «testamento válido»? Si aplicamos una regla de clausura del tipo prohibitivo («todo lo que no está prohibido está permitido»[354]), se seguirá que estará permitido heredar. El problema surge dado que el sistema normativo contiene la regla «si una persona cuenta con un testamento válido y es homicida del testador» de manera que ese caso individual puede ser entendido como tener dos soluciones normativas incompatibles entre sí. Dada la propiedad «testamento válido» se seguiría, por un lado, el permiso de heredar (conforme a la regla de clausura), pero también la prohibición de heredar, en atención a la norma derivada de R2[355].

Como vemos, la completitud como resultado de una regla de clausura produce resultados que generan inconsistencias en los sistemas normativos[356]. En este sentido, en «*Normative Systems*» la completitud es solo un rasgo contingente y se demuestra que no es posible tener un sistema normativo completo y consistente a la vez.

En relación con este punto, Alchourrón no da razones para reconsiderar dicha conclusión, es decir, no justifica que mediante una regla de clausura podamos alcanzar la completitud absoluta de los sistemas normativos. En «Sobre derecho y lógica» este autor empleó una

---

[354] Las reglas de clausura pueden ser de tres tipos: i) todo lo que no está expresamente calificado está permitido; ii) todo lo que no está expresamente calificado está prohibido; o iii) todo lo que no está expresamente calificado es obligatorio. En este subapartado no realizaré un análisis de cada una de estas opciones. Para tal labor ver Ratti, 2013a, pp. 290, Guarinoni, 2000 y, sobretodo, Arraigada, 2020.

[355] Esto es producto de haber aplicado el refuerzo del antecedente. Si representamos la propiedad «testamento válido» como p, la propiedad «homicidio del testador» como r, y la acción heredar como q, entonces podemos representar R1 y R2 de la siguiente manera:
R1: (p.¬r)->Pq
R2: (p.r)->Phq
Ahora bien, si tenemos un caso (p), ¿Cómo calificarlo? Es un caso que no está regulado, de manera que si aplicamos la regla de clausura tendríamos (p->Pq). Ahora bien, por refuerzo del antecedente (agregar nuevas propiedades no valía que se siga el consecuente), tendríamos, por lo menos, estas dos posibilidades: [(p.r)->Pq] y [(p.¬r)->Pq].
Esto supone que el caso (p.r) tendría dos calificaciones posibles: i) la prevista por aplicación de la regla de clausura y el uso de refuerzo del antecedente sobre el caso (p) que es (p.r)->Pq; y ii) la prevista por R2 que es (p.r)->Phq. Como vemos, la acción estaría permitida y prohibida a la vez.
Sobre las relaciones entre completitud y consistencia de los sistemas normativas volveré en Cap. IV.5. Asimismo, en relación con la identificación de este tipo de conflictos normativos ver lo señalado en Cap. IV.2.

[356] Como podemos ver, he dado cuenta de la completitud entendida como clausura en la lista de Redondo vista líneas atrás. En relación con dicho sentido, la autora con precisión diferencia dos maneras de entenderla: i) sistema completo como cerrado mediante una regla de clausura que establecer una solución uniforme para todos los casos; y ii) sistema completo como apto para resolver cualquier otro caso, aparte de aquellos solucionados por el propio sistema (el cual es completo conforme al sentido anterior). Ambos sentidos se refieren a tipos de regla de clausura diferente. Ver Redondo, 2006, p. 310. En esta investigación no profundizaré más este punto por escapar a sus propósitos.

estrategia distinta para sostener que un sistema jurídico puede ser completo y consistente a la vez.

El Sistema Maestro, como he señalado líneas atrás, está caracterizado por ser completo y consistente, es decir, son propiedades definitorias, no ideales regulativos. En otros términos, se entiende que el derecho regula todos los casos posibles y lo hace de manera consistente. La forma de lograr tal resultado es a través de la interpretación, esto es, que el intérprete elija los significados que le permitan obtener un sistema normativo completo y consistente[357].

En este sentido, la completitud del sistema no se debe a la pertenencia de una regla de clausura (conforme a lo expresado líneas atrás), sino que es tarea del intérprete construir un sistema normativo cerrado (posee completitud absoluta, es decir, toda acción está deónticamente calificada conforme a este)[358]. En este sentido, cada vez que el intérprete identifique normas inconsistentes, lo que tiene que hacer es reconsiderar las interpretaciones formuladas y elegir otras, a efectos de disolver la inconsistencia. Asimismo, en caso identifique que su interpretación produzca lagunas normativas, el intérprete también debe volver al proceso interpretativo a efectos de identificar normas que no dejen casos sin resolver[359]. Dicho en los términos expuestos al inicio del presente capítulo, el ideal del Sistema Maestro busca significados todo considerado que permitan formar un sistema completo y consistente[360]. Como podemos ver, a diferencia de lo

[357] Como bien ha señalado Soeteman, para negar la posibilidad de lagunas disponemos de tres caminos: i) si asumimos que si una propiedad p no está prohibida es equivalente a que p está permitida, entonces el sistema necesariamente es completo; ii) uso de reglas de clausura; y iii) uso de la interpretación, en el sentido de que el material jurídico debería ser interpretado como una red sin espacios vacíos. Soeteman, 1997, p. 325. De acuerdo con la forma de presentar la completitud absoluta vista líneas atrás, tanto i) y ii) están dando cuenta de lo mismo. El punto relevante es que Alchourrón, en «Sobre derecho y lógica», sostuvo el camino previsto en iii).

[358] Bulygin, 2000, p. 58. Ratti, 2013a, p. 119. Redondo, 2000, p. 42.

[359] Bulygin, 2000, p. 59. En términos más precisos, lo que nos propone Alchourrón es cambiar de base axiomática cada vez que un sistema no nos ofrezca soluciones completas y consistentes.

[360] En efecto, como bien anota Redondo, en caso de dos normas inconsistentes se sigue (bajo la propuesta del Sistema Maestro), que una de ellas, todas las cosas consideradas, no forma parte de la base normativa. En este sentido, los deberes jurídicos son solo aquellos establecidos con carácter todas las cosas consideradas. Redondo, 2000, p. 50. Considero que la noción del Sistema Maestro es la de un sistema depurado, esto es, un sistema cuya identidad es lograda tras haber resuelto todas sus deficiencias lógicas. En este sentido, solo pertenecen al sistema jurídico aquellas normas que no producen inconsistencias o problemas de completitud. Bajo esta reconstrucción, entonces, las antinomias y lagunas normativas son solo aparentes, pues no dan cuenta de cómo es el sistema jurídico. Sobre la noción de sistema depurado (y no depurado) ver lo señalado en Cap. IV.4.,4.1,4.1.1.

señalado en «*Normative Systems*», la completitud en el Sistema Maestro no opera como un ideal regulativo, sino como parte del modelo reconstructivo[361].

ii. Completitud y consistencia mediante interpretación

¿Cómo se debe interpretar el Libro Maestro? Alchourrón señala que el Sistema Maestro está comprometido con ciertos ideales políticos basados, principalmente, en la separación de poderes. De esta forma, lo que el intérprete debe realizar son interpretaciones que coincidan con lo que el legislador habría pretendido legislar. En otros términos, debe guiar su actividad interpretativa por juicios contrafácticos sobre la voluntad del legislador (la cual, conforme a lo señalado, ofrece soluciones normativas completas y consistentes).

En relación con cómo entender esta voluntad del legislador, y cómo emplearla para determinar la relevancia de una propiedad, volveré más adelante (ver Cap III.3,3.4). Por el momento, cabe precisar que, dado que el Sistema Maestro es dependiente de la interpretación que se asume del Libro Maestro, la forma de determinar el contenido del sistema normativo (y de cada norma) está regida por las prescripciones de la ideología sobre cómo interpretar que se adopte. Como hemos visto, bajo esta concepción el Libro Maestro provee de las disposiciones sobre las cuales (y únicamente estas) se identificará las normas que serán sistematizadas a efectos de identificar un único Sistema Maestro que se caracteriza (por definición) por ser un sistema normativo completo y consistente.

Una vez que hemos identificado los significados a atribuir al Libro Maestro, ¿ello implica que todas las consecuencias lógicas de las normas identificadas (las normas derivadas) forman parte del Sistema Maestro? No, solo formarían parte del sistema normativo (solo son sistematizadas) aquellas nos que el legislador ha y habría decidido crear.

[361] Este punto representa una diferencia entre lo que se sostiene Alchourrón en «Sobre derecho y lógica» y lo sostenido por Alchourrón junto con Bulygin en «*Normative Systems*». Como bien precisa Bulygin, en el modelo del Sistema Maestro el modelo reconstructivo del derecho asume que este es completo y consistente, rasgos que en «*Normative Systems*» son entendidos como ideales regulativos. Al respecto, Bulygin, 2000, pp. 58-60. Sobre el contenido del modelo de reconstrucción en «*Normative Systems*» (y cómo podemos dar cuenta de la derrotabilidad empleando dicho lenguaje teórico), volveré más adelante en Cap. IV.5.

En este punto estamos frente a dos tesis vinculadas entre sí y justificadas en la separación de poderes[362]: i) solo son considerados como materiales jurídicos a ser interpretados los textos creados por los legisladores; y ii) no toda norma derivada pertenece al Sistema Maestro, sino solo las normas derivadas que el legislador estaría dispuesto a regular[363]. En este sentido, el Sistema Maestro estaría compuesto por normas expresas y normas derivadas de normas expresas que el legislador estaría de acuerdo en emitir. El intérprete puede determinar qué normas derivadas pertenecen al Sistema Maestro empleando un juicio contrafáctico sobre la voluntad del legislador: si asume que el legislador hubiera dictado tal norma derivada, entonces esta pertenece al Sistema Maestro[364].

En este punto es relevante preguntarse por el rol que tienen las normas implícitas formuladas por la dogmática y las normas morales que, como había señalado anteriormente, también forman parte del Libro Maestro. Sobre este punto considero que, bajo los términos de Alchourrón, estas operan como reglas de preferencia en el proceso interpretativo. Veamos este punto brevemente:

Según Alchourrón su propuesta del Sistema Maestro es apta para dar cuenta diversas formas de entender el derecho, incluso la de Ronald Dworkin (la cual denomina concepción de los derechos). Alchourrón sostuvo que, para la concepción de los derechos es posible identificar un «conjunto de principios morales como privilegiados, los "verdaderos" principios morales, y una noción privilegiada de coherencia moral»[365]. Estos principios morales guían a los intérpretes en caso de que estos dispongan de diferentes posibilidades interpretativas[366], de manera que el resultado sea un sistema completo, consiste y, además, justo. Como podemos ver, las normas morales bajo esta reconstrucción operan como reglas de preferencia criterial en el proceso interpretativo que prescriben al intérprete preferir la regla de traducción que ofrezca un significado

[362] Lo que se está sosteniendo bajo esta aproximación es una concepción de la tesis de la separación de poderes por la cual el único agente con capacidad de crear derecho es el legislador. Los jueces únicamente tienen competencia para aplicar los productos legislativos. Más adelante veremos los problemas de esta caracterización.
[363] Sobre este punto ver Ratti, 2013a, pp. 227-28. Ferrer y Ratti, 2012b, p. 29.
[364] Sobre este punto ver Ratti, 2013a, p. 227. En este mismo sentido Redondo, 2006, pp. 298-99.
[365] Alchourrón, 2010 [1996c], p. 175.
[366] Conforme a lo expuesto al inicio del presente capítulo ello puede ser generado debido a, por lo menos, las siguientes razones: i) las reglas de selección del proceso interpretativo le prescriban utilizar dos o más reglas de traducción (métodos interpretativos), cada uno de los cuales ofrece un significado diferente; ii) las reglas de selección del proceso interpretativo le prescriben utilizar una única regla de traducción, pero este ofrece dos o más significados posibles y diferentes entre sí.

moralmente aceptable[367]. Esta misma reconstrucción opera para las normas implícitas en función a su contenido.

Aclaradas estas premisas teóricas corresponde afrontar la pregunta ¿qué quiere decir que las normas sean derrotables y qué se esclarece con dicha noción bajo el modelo ideal del Sistema Maestro?

3.2.2. Sistema Maestro y derrotabilidad

El paso interpretativo del Libro Maestro al Sistema Maestro, como ya he señalado antes, es problemático. A efectos de determinar, de manera satisfactoria, el contenido del Sistema Maestro se deben resolver diversos problemas de indeterminación (por ejemplo, problemas de indeterminación lingüística de las disposiciones, esto es, ambigüedad y vaguedad). Pero de todos estos problemas, el que interesa a efectos de esta investigación es el problema de la derrotabilidad.

Alchourrón sostuvo, con acierto, que solemos expresarnos asumiendo ciertos presupuestos implícitos. En este sentido, las construcciones condicionales que empleamos no suelen incluir todas las condiciones necesarias y suficientes en el antecedente de una norma condicional, pues las formulamos a partir de ciertos presupuestos que no son explicitados. En breve, nos comunicamos de forma entimemática. De esta forma, los enunciados condicionales (construidos a partir de las creencias del hablante y del contexto de emisión), pueden contener excepciones implícitas, esto es, propiedades que forman parte de un conjunto de elementos que se presuponen y que no están explicitados[368].

---

[367] Redondo sobre este punto apunta que la completitud, desde el ideal de justicia, puede ser entendida de manera diferente a la clausura. Si consideramos que los sistemas deben ser completos en relación con un sistema moral, lo que está señalando es que todas las soluciones normativas que este posee deben ser justas. En este sentido, decir que un sistema es completo conforme a la moral quiere decir: i) que regula todos los casos que es moralmente correcto que regule; y ii) que ofrece soluciones moralmente correctas a todos los casos que debe regular. Al respecto ver Redondo, 2006, pp. 319-20.

[368] Cabe precisar que esta definición puede ser aplicada para dar cuenta o bien del contenido de una norma o bien para caracterizar una formalización el contenido de las normas. En el presente subapartado analizaré la primera versión, esto es, entender el problema de la derrotabilidad en la determinación del contenido de las normas. Sobre la noción de normas condicionales derrotables (representación formal) profundizaré en Cap. III.4.

En este sentido, si tenemos una norma condicional «si p entonces Oq», puede ser el caso que la clase p tenga como presupuesto implícito la propiedad ¬r. En este sentido, de ocurrir un caso donde concurran p y r, no se seguirá Oq. En otros términos, las normas poseen propiedades implícitas que, al ser explicitadas, conllevan excluir del alcance de la norma ciertos casos[369].

El problema de la derrotabilidad, como vemos, consiste en que las normas atribuidas a las disposiciones pueden contener excepciones implícitas. Esto quiere decir que las propiedades que identificamos como el antecedente de una norma no operan, necesariamente, como condiciones suficientes del consecuente, sino que es necesario explicitar los presupuestos implícitos sobre los cuales se formuló dicha norma a efectos de poder determinar qué acciones están reguladas y de qué forma.

i. Disposiciones valorativas del legislador

En «Sobre derecho y lógica», Alchourrón adopta un enfoque interpretativista para poder identificar las excepciones implícitas y, de esta forma, solucionar los problemas de la derrotabilidad que se vayan generando en la identificación del único Sistema Maestro correspondiente a un Libro Maestro. Propuso para ello lo que denominó el «enfoque disposicional de la derrotabilidad». Para su análisis partiré por reconstruir cómo este autor presentó dicha idea y, tras ello, daré cuenta de algunos problemas conceptuales.

La pregunta respecto a cómo identificar excepciones implícitas, considero, puede ser reformulada con mayor precisión como la preguntar sobre en qué casos se debe atribuir relevancia normativa a una propiedad que no es relevante. Ello nos lleva a la discusión sobre qué propiedades deben ser valoradas de manera tal que su presencia o ausencia conlleve variar la calificación deóntica de una acción.

Supongamos que tenemos una norma N1 «Si A, entonces OB», la cual ha sido identificada a partir de una disposición del Libro Maestro. Puede que tengamos un caso

[369] En términos de Alchourrón: «[m]uchas (si no todas) las formulaciones normativas son derrotables, esto es, poseen usualmente excepciones implícitas, existen circunstancias que derrotan la norma aunque ellas no están explícitamente enunciadas». Alchourrón, 2010 [1996c], p. 167.

individual compuesto por la concurrencia de la propiedad A con una propiedad C, ante lo cual tenemos duda respecto a aceptar la norma derivada «Si A.C, entonces OB». En este escenario Alchourrón señala que «una condición C cuenta como excepción implícita de un enunciado condicional Si A, entonces B, formulada por un hablante X en un tiempo T cuando existe una disposición por parte de X en el tiempo T para afirmar el condicional "Si A entonces B" y simultáneamente rechazar "Si A y C entonces B"»[370].

¿Quién es ese «hablante» y qué quiere decir «disposición»? Alchourrón, como hemos visto, presenta una tesis comprometida con una ideología sobre cómo interpretar bajo la cual hemos de atribuir significado a las disposiciones conforme a la voluntad del legislador. En este sentido, propone realizar juicios contrafácticos sobre la intención de la autoridad normativa que creó la disposición. Como vemos, el «hablante» es el autor del Libro Maestro: el legislador.

«Disposición», bajo esta aproximación, es entendida como la actitud valorativa de la autoridad normativa (del legislador) empleada para atribuir relevancia normativa a una propiedad. En este sentido, «tener la disposición» es una forma de expresar que asumimos que dicho agente tendría la actitud de valorar una circunstancia y que, en razón de ello, pase de ser normativamente irrelevante a ser normativamente relevante. En términos más simples, preguntarse por la disposición o actitud de una autoridad normativa es preguntarse cómo esta hubiera reaccionado de haber tomado en cuenta de una determinada propiedad[371].

Bajo este enfoque disposicional de la derrotabilidad, podemos determinar cuáles son las excepciones implícitas de una norma a partir de juicios contrafácticos sobre qué cuál sería la disposición (actitud valorativa) del legislador respecto a una determinada

[370] Alchourrón, 2010 [1996c], pp. 167-68.
[371] A efectos de claridad, Ratti entiende disposición como la actitud de una determinada autoridad normativa respecto a los efectos de cierta condición no expresada C, sobre una norma condicional del tipo Si A, entonces OB. Ratti, 2013a, p. 225.
Como podemos ver, Alchourrón (de la forma en que presentó sus tesis) pareciera asumir que el legislador crea normas y no solo disposiciones. Esto nos llevaría a considerar que es un autor que asume alguna versión del cognitivismo interpretativo (la labor del intérprete tendría que ser averiguar cuáles son los enunciados interpretivos verdaderos en relación con la norma dictada por el legislador), pero, como veremos más adelante, esto no parece ser del todo correcto.

circunstancia[372]. En este sentido, si en un caso tenemos la norma «Si A, entonces OB», la circunstancia C puede estar en uno de los siguientes supuestos[373]:

1. Es una excepción implícita siempre que la autoridad normativa, al momento de emitir la norma, hubiera estado dispuesta a aceptar «Si A, entonces OB» y rechazar «Si A.C, entonces OB»[374];
2. No es una excepción implícita siempre que la autoridad normativa, al momento de emitir la norma, hubiera estado dispuesta a aceptar tanto «Si A, entonces OB» como «Si A.C, entonces OB»;
3. No constituye excepción implícita ni tampoco una no excepción implícita (es indeterminada), siempre que la autoridad normativa, al momento de emitir la norma, no hubiera tenido ninguna de las disposiciones señaladas en los puntos anteriores[375].

Explicitar una excepción implícita, como podemos ver, conlleva preguntarse qué hubiera decidido el legislador si hubiera tomando en cuenta una determinada propiedad que no valoró[376]. A partir de ello, sostiene Alchourrón que, si el intérprete introduce una excepción que el legislador hubiera introducido, entonces el sistema jurídico no ha cambiado, sino que se estarían siguiendo normas que ya pertenecían al sistema, pero que no habían sido explicitadas[377]. En caso contrario, si el intérprete introduce una excepción

[372] Rodríguez presenta este punto con claridad: «[l]a formulación de una norma como "si p entonces Oq" estaría sujeta a una excepción implícita r si al formularse la norma en cuestión existiera una disposición por parte de la autoridad normativa a rechazar el refuerzo del antecedente con relación con dicha norma bajo la condición r, es decir, si la autoridad normativa hubiese afirmado el condicional "si p entonces Oq" pero hubiese rechazado el condicional "si p y r entonces Oq"». Rodríguez, 2002, p. 376.

[373] Alchourrón, 2010 [1996c], p. 168. Sigo de cerca la descripción contenida en Ratti, 2013a, p. 225.

[374] Como podemos ver, si asumimos que C opera como excepción ello equivale a integrar en el sistema una norma (a partir de los juicios contrafácticos sobre qué la disposición del legislador) con el contenido «Si A.C, entonces ¬Ob». Moreso y Rodríguez, 2010, p. 28

[375] Una manera diferente de presentar la misma idea es considerando qué normas derivadas forman parte del Sistema Maestro. Por aplicación del refuerzo del antecedente a la norma (A->OB) tendremos la norma derivada (A.C->OB). Si asumimos que la intención del legislador opera como un criterio de pertenencia, entonces la determinación respecto a qué condiciones son excepciones implícitas se traduce en la determinación de qué normas derivadas de la norma (A->OB) pertenecen al sistema y cuáles no en función a dicho criterio. El problema reside en el punto iii), que se traduciría en señalar que nuestro criterio de pertenencia no es útil para determinar si una norma derivada pertenece o no al Sistema Maestro. En relación con el punto iii) y los problemas que genera volveré más adelante.

[376] Conforme lo indicado líneas atrás, el Sistema Maestro (por definición) es apto para resolver todos los casos generales (los relevantes y los no relevantes), de manera que hemos de verificar cuál es el estatus normativo de todas las propiedades no relevantes, esto es, cómo calificarlas normativamente.

[377] «[S]i es verdad que, de haber considerado a *C*, la habría introducido como excepción, el enfoque disposicional considera a *C* una excepción implícita incluso al tiempo de su promulgación». Alchourrón, 2010 [1996c], p. 168.

que el legislador no hubiera introducido, entonces este ha realizado una operación de creación del derecho.

A efectos de clarificar este punto, asumamos una circunstancia C que el legislador no pudo prever al momento de legislar. Bajo estas condiciones, consideremos que C fue calificada por un juzgador como normativamente relevante de manera que opera como una excepción. Ante tal supuesto, tendríamos los siguientes escenarios para identificar en qué supuestos estamos frente a interpretaciones creativas:

1. El legislador, de haber considerado C la habría calificado como normativamente relevante y hubiera operado como excepción. De esta forma, el juzgador ha empleado la misma norma que fue expresada por el legislador, es decir, hubo coincidencia de valoraciones por lo que no existe modificación del sistema jurídico dado que no hay actividad creativa[378].
2. El legislador, de haber considerado C no la habría incluido ni excluido como excepción. En otros términos, sería normativamente indeterminada. El juzgador que ha calificado tal supuesto como excepción ha realizado una interpretación creativa, pero que se considera compatible con la norma previa (S A entonces OB), dado que el legislador no habría rechazado tal decisión[379].
3. El legislador, de haber considerado C la habría calificado de normativamente irrelevante (su presencia o ausencia no modifican la calificación jurídica de una acción)[380] y la hubiera excluido como excepción. En este supuesto el juzgador ha introducido una norma incompatible con la norma que fue expresada por el

[378] «En este caso la excepción estaba implícita en el texto legislativo, y de acuerdo con el enfoque disposicional de la derrotabilidad, la norma expresada por ese texto contenía la excepción como una de sus condiciones. Esto significa que la norma empleada por la Corte para justificar la decisión es la misma norma que fue expresada por el legislador». Alchourrón, 2010 [1996c], p. 170.

[379] «Si la hubiese tomado en cuenta, ni la habría incluido ni la habría excluido como excepción. En tal caso la interpretación de la Corte importa un cambio de la norma legislada. Siguiendo sus convicciones valorativas, los miembros de la Corte habrán enriquecido el contenido de la norma legislada mediante la adición de una excepción. Pero como la excepción no había sido excluida por el legislador, la modificación resulta compatible con la norma previa e implica suministrar un contenido normativo más preciso a la ley». Alchourrón, 2010 [1996c], p. 170. Esta afirmación es problemática, pues para considerar si una norma es compatible o no con otra es necesario que ambas cuenten con un contenido determinado, pero es el caso que la norma formulada por el legislador (bajo la reconstrucción de este autor) está indeterminada. No tiene sentido afirmar que la norma creada por el intérprete es compatible con la del legislador, pues esta segunda no está determinada. Sobre el problema de la indeterminación de las normas generado por los compromisos teóricos de esta propuesta volveré líneas más adelante.

[380] Normativamente irrelevante en el sentido de que dicha propiedad no debe ser considerada relevante. En otros términos, su presencia o ausencia debe ser considerada irrelevante. Sobre las nociones de relevancia e irrelevancia de las propiedades volveré en Cap. II.3,3.3.

legislador, es decir, no hubo coincidencia de valoraciones por lo que se realizó una interpretación creativa[381].

El ejemplo indicado al inicio del presente capítulo es útil para ilustrar qué es lo que se pretende aclarar con la distinción entre interpretación conforme con la norma dictada por el legislador e interpretación creativa. Como hemos visto, la autoridad administrativa en materia electoral del Perú tuvo que resolver determinar qué norma debía atribuirse al siguiente texto constitucional: «[l]os parlamentarios no pueden ser reelegidos para un nuevo periodo, de manera inmediata, en el mismo cargo».

A partir de dicho texto es posible identificar la norma «si Parlamentario, entonces prohibido postular al proceso electoral inmediato siguiente». El punto de discusión, como hemos visto anteriormente, estuvo en si la circunstancia «comicios electorales para completar periodos parlamentarios interrumpidos» (circunstancia C) constituía una excepción implícita o no. Para resolver si C operaba como una excepción, una no excepción, o si su relevancia normativa era indeterminada, la autoridad administrativa realizó un juicio contrafáctico sobre cuál hubiera sido la actitud valorativa de quienes ejercieron el poder constituyente respecto a dicha circunstancia. Al respecto, consideró que los constituyentes habrían establecido normas que tengan por objeto que los parlamentarios culminen los periodos para los cuales fueron elegidos, de manera que la prohibición no estaba pensada para ellos. En consecuencia, de haber considerado tal escenario, los constituyentes lo hubieran excluido del alcance de la prohibición, de manera que tal circunstancia operaba como excepción implícita. Asimismo, tampoco constituyó un ejercicio de interpretación creativa, pues lo que han hecho es identificar, de manera más precisa, la norma que los constituyentes emitieron.

ii. Enfoque disposicional de la derrotabilidad y enfoque disposicional del valor

Para formular esta propuesta sobre la noción de derrotabilidad Alchourrón tuvo en cuenta la teoría disposicional del valor de David Lewis, aunque no la adoptó por completo. Lewis propuso dicha teoría para responder la pregunta de qué es un valor. En extrema síntesis, sostuvo que los valores son todo aquello que estaríamos dispuestos, bajo condiciones

[381] Alchourrón, 2010 [1996c], p. 170.

ideales, a valorar. En este sentido, algo es un valor es debido a que lo he valorado (es un producto de un tipo de operación). Bajo esta propuesta la disposición a valorar da cuenta de la actitud que posee un determinado agente respecto a un objeto.

El contenido de estas actitudes está compuesto por todo aquello que desearíamos tener como deseos, esto es, lo que deseamos desear. Me explico: los deseos de cada persona no necesariamente se corresponden con aquello que desearía estar deseando; por ejemplo, yo puedo ser un alcohólico que desea licor, pero desearía ser capaz de desear no beber (en este supuesto, desearía desear no libar o, en otros términos, mi disposición está contenida por el deseo de no desear beber alcohol). En este sentido, cada agente puede imaginarse, en condiciones ideales, qué sería aquello que desearía estar deseando y no deseando.

A efectos de averiguar en qué supuestos tenemos esta disposición o actitud valorativa respecto a determinadas circunstancias, Lewis propuso el siguiente criterio: debemos imaginarnos que estamos en condiciones ideales y en ellas se verifica si tendríamos esta disposición, esto es, verificaríamos si tendríamos el deseo de desearlo. En este punto, cabe precisar que un agente puede tener dos tipos de valoraciones: i) desear que el mundo sea de una determinada manera (deseos *de dicto*), lo que se traduce en proposiciones sobre cómo debe ser el mundo y tener el deseo de desear que esta sea verdadera; y ii) desear cosas para mi mismo (deseo *de se*), esto es, posibilidades para mi mismo o deseos egocéntricos, lo que se traduce en una propiedad que estaríamos dispuestos a desear el deseo de tener[382]. Como podemos ver, bajo esta teoría, la actitud valorativa es condición suficiente para crear valor, es decir, que sin tal actitud entonces no hay valor[383].

En este contexto, Alchourrón, al considerar el uso de juicios contrafácticos sobre la voluntad del legislador, está tomando en consideración el criterio de Lewis, y lo adecua para esclarecer un ejercicio de interpretación (entendido como la determinación de qué norma derivada hubiera dictado el legislador). Para determinar la relevancia de una propiedad y verificar si esta hubiera operado o no como excepción, bajo esta propuesta hemos de recurrir a la disposición que (asumimos) hubiera tenido el legislador al momento de evaluarla. Esto es, debemos imaginarnos las condiciones de la decisión

[382] Lewis, 2000.
[383] Moreso y Rodríguez, 2010, p. 26.

legislativa a efectos de determinar si el legislador hubiera tenido dicha actitud valorativa[384]. Asimismo, en la terminología de Lewis, Alchourrón solo está pensando en deseos *de dicto*, es decir, deseos que el mundo sea de una determinada manera, esto es, formular una proposición sobre cómo debe ser el mundo y verificar la disposición (del legislador) de desear que esa proposición sea verdadera.

Cabe precisar que si bien Alchourrón adopta parcialmente el trasfondo filosófico de la teoría disposicional del valor de Lewis para formular su enfoque disposicional de la derrotabilidad, ambos no coinciden entre sí. En efecto, en el enfoque disposicional sobre la derrotabilidad no es una teoría sobre qué son valores, sino que es una propuesta (formulada desde la teoría de la interpretación jurídica) sobre cómo y por qué atribuir relevancia normativa a propiedades por razones valorativas. En este sentido, están hablando de objetos distintos y se ocupan de problemas diferentes: Lewis pretende conceptualizar qué es un valor, mientras que Alchourrón lo que hace es proponer un modelo sobre cómo emplear juicios valorativos para determinar el contenido de los casos genéricos de las normas. De igual manera, en Alchourrón, la actitud valorativa no es una condición suficiente para atribuir valor (esto es, relevancia normativa a una propiedad). Como hemos visto, en el supuesto que la disposición que haya tenido el legislador respecto a propiedad (si es o no una excepción implícita) sea indeterminada, de ello se sigue que la relevancia de esta será indeterminada, no que sea irrelevante[385]. Esto es, la ausencia de disposición no genera la falta de valor, necesariamente. Además de estas diferencias, es preciso anotar que la teoría de Lewis es un modelo que presupone condiciones ideales; en cambio, la teoría de Alchourrón no, sino que solo evoca a imaginar las condiciones legislativas a efectos de formular juicios contrafácticos de qué se hubiera valorado en dicho contexto.

Resumiendo, bajo la presentación de Alchourrón de su enfoque disposicional de la derrotabilidad el trabajo del intérprete es explicitar todos los presupuestos implícitos del

[384] Como bien señala Alchourrón, «el propósito del enfoque disposicional consiste en establecer el contenido conceptual de los textos normativos considerando el punto de vista valorativo del legislador». Alchourrón, 2010 [1996c], p. 168.

[385] Caracciolo bien aclara que, si Alchourrón siguiera a Lewis en este punto, entonces si tuviéramos un juicio contrafáctico de la voluntad del legislador por la cual se determina que el legislador carece de una disposición a conceder valor a una circunstancia c, entonces su presencia o ausencia tendría que considerarse indiferente, esto es, irrelevante. Caracciolo, 2006, pp. 171 y ss. Volveré luego sobre esta diferencia entre tesis.

antecedente a efectos de identificar, adecuadamente, el alcance de la norma creada por el legislador[386]. Pero esta presentación induce más a confusión que a claridad.

3.2.3. Disposiciones valorativas problemáticas

Esta forma de entender la noción de derrotabilidad posee los siguientes problemas: i) la tesis de los presupuestos implícitos identificados a partir de juicios contrafácticos sobre la voluntad del legislador genera que el contenido de las normas siempre sea indeterminado; y ii) el uso de la voluntad del legislador es una presentación que solo encubre las valoraciones del intérprete.

i. Enfoque disposicional de la derrotabilidad produce indeterminación de las normas

En relación con el primer problema, recordemos que sostener que una norma posee excepciones implícitas es una manera de expresar que al momento de señalar que «si p entonces Oq», estamos prescribiendo que dicha norma, bien entendida, está compuesta por «si p.¬r, entonces Oq». Considerando el ejemplo indicado líneas atrás, lo que se estaría sostenido es que la prescripción «si Parlamentario, entonces prohibido postular al proceso electoral inmediato siguiente», bien entendida, estaría regulando «si Parlamentario y no comicios electorales para completar periodos parlamentarios interrumpidos, entonces prohibido postular al proceso electoral inmediato siguiente». Por «bien entendido», usando el enfoque disposicional de la derrotabilidad, quiero decir formular una interpretación que coincida con la voluntad del legislador.

[386] «[E]l contenido conceptual de un acto de habla, se debe tomar en consideración el conjunto de creencias fácticas y valorativas del emisor; lo cual implica tomar en cuenta sus disposiciones para reaccionar frente a diferentes circunstancias. Consecuentemente, el propósito del enfoque disposicional consiste en establecer el contenido conceptual de los textos normativos considerando el punto de vista valorativo del legislador. Sin duda es conveniente hacer explícito lo que se encuentra implícito. La ciencia del derecho y la experiencia judicial desarrolla continuamente esta tarea de hacer explícitos los presupuestos y excepciones implícitas». Alchourrón, 2010 [1996c], p. 168.

En atención a lo señalado, como bien anota Ricardo Caracciolo[387], bajo la propuesta de Alchourrón no se puede saber cuál es la norma emitida por el legislador sin explicitar las excepciones implícitas. Estas pueden ser identificadas, como hemos visto, empleando el enfoque disposicional de la derrotabilidad. De acuerdo con este, hemos de realizar un juicio contrafáctico sobre la voluntad del legislador a efectos de determinar si una propiedad, que no es normativamente relevante, pero está presente en un caso individual, ha de ser considerada relevante (es una excepción implícita), irrelevante (es una no excepción implícita) o si está indeterminada su relevancia[388]. De ello se generan, siguiendo a Caracciolo, dos subproblemas: i) el subproblema del límite de las disposiciones; y ii) el subproblema de la indeterminación necesaria; ambos problemas que paso a exponer brevemente a continuación.

a. Límite de las disposiciones

Bajo la propuesta de Alchourrón al momento de analizar si una propiedad opera o no como excepción, bajo el enfoque disposicional es posible que su calificación quede indeterminada (esto es, que no esté determinado que sea una excepción implícita ni una no excepción implícita). Esta es una forma de señalar que tenemos circunstancias axiológicamente indeterminadas y, de ser así, entonces podemos identificar (en dichos supuestos) el contenido de la norma[389].

En este sentido, el autor asume que el legislador posee un conjunto finito de disposiciones (actividades valorativas) identificables mediante juicios contrafácticos. Ello quiere decir que pueden haber circunstancias respecto de las cuales el intérprete no puede establecer cuál es la disposición del legislador (casos en los que el juicio contrafáctico conlleva

[387] Caracciolo, 2006, p. 169.
[388] Esto permite poner de relieve un aspecto interesante del enfoque vinculado con el Sistema Maestro: las propiedades que no fueron consideradas relevantes por la norma no deben ser consideradas irrelevantes, lo que hemos de realizar es preguntarnos si el legislador las hubiese considerado relevantes. Cualquier propiedad puede ser considerada relevante. En este punto muestra un aspecto del postulado de completitud asumido en el Sistema Maestro, dado que toda propiedad nueva puede ser calificada de relevante, por más que esta no haya sido considerada ni haya podido serlo por el legislador. No hay, en este sentido caso no requiera de valoración y calificación mediante juicio contrafáctico de la voluntad del legislador.
[389] Caracciolo, 2006, p. 173. En términos de Moreso y Rodríguez «si el contenido conceptual que hay que asociar a un acto lingüístico depende necesariamente de que se identifiquen todas las excepciones implícitas, y dado que algunas no se podrían identificar, entonces todo el contenido conceptual permanecería indeterminado pues no habría significado que se pudiera atribuir a ningún acto legislativo». Moreso y Rodríguez, 2010, p. 26.

considerar que la relevancia de una propiedad es indeterminada). De esta forma, si el contenido de las normas es determinado con base en las disposiciones (actitudes valorativas) y el contenido de estas disposiciones resulta ser indeterminado, entonces el contenido de la norma también es indeterminado.

Para solucionar esta dificultad, es menester introducir algunas modificaciones a este enfoque. Caracciolo, Moreso y Rodríguez han coincidido en que este problema puede ser solucionado siguiendo, más de cerca, la propuesta de Lewis. Tener una disposición ha de ser tratado como condición suficiente para atribuir relevancia normativa, de manera que la falta de esta conlleva que no se atribuya relevancia normativa. Los casos de indeterminación son, en este sentido, supuestos de falta de disposición que conllevan a la irrelevancia.

Como hemos visto, bajo el enfoque disposicional una propiedad puede ser considerada relevante (es una excepción implícita), irrelevante (es una no excepción implícita) o que esté indeterminada su relevancia. Si adoptamos la propuesta indicada en el párrafo anterior, entonces el caso de indeterminación de relevancia equivale a decir que no podemos justificar (a partir de las disposiciones del legislador) que dicha propiedad deba ser considerada relevante, por lo que ha de ser considerada irrelevante. De esta forma, la falta de valoración (indeterminación de si una propiedad opera o no como excepción) ha de tener el mismo trato que un rechazo de valoración (calificación como no excepción): ambas serían normativamente irrelevantes, es decir, su presencia o ausencia no varía la calificación jurídica de una acción[390].

b. Indeterminación necesaria

La respuesta anterior nos lleva al segundo subproblema identificado por Caracciolo: el problema de la indeterminación necesaria. La identificación de una norma es producto de haber explicitado todos los presupuestos implícitos, lo cual se realiza, como hemos visto, realizando juicios contrafácticos sobre cómo calificar las propiedades que no son normativamente relevantes. Es decir, hemos de considerar circunstancias que el

[390] Caraccioo, 2006, p. 173, Moreso y Rodríguez, 2010, pp. 28-29.

legislador no ha considerado. Esto es problemático, pues el conjunto de circunstancias no consideradas es infinito.

Si el contenido de una norma depende de la disposición que hubiese tenido el legislador de una circunstancia que forma parte de un conjunto infinito, entonces no es posible determinar el contenido de las normas. No podemos aplicar el enfoque disposicional sobre un conjunto infinito de posibilidades, de lo que se sigue que el contenido de las normas sería, necesariamente, indeterminado[391].

Para solucionar dicho problema se pueden considerar dos opciones. Por un lado, que no toda circunstancia no prevista debe ser evaluada a efectos de verificar si opera como excepción o no. En otros términos, introducir un criterio de relevancia en el conjunto de circunstancias no consideradas que distinga entre relevantes e irrelevantes, a efectos de producir un conjunto finito sobre el cual aplicar el enfoque disposicional de la derrotabilidad. Este criterio implicaría que el intérprete realice un juicio de valor sobre las circunstancias posibles. En otros términos, esta opción requeriría que el intérprete disponga de criterios de selección propiedades sobre los cuales formular juicios contrafácticos de la voluntad del legislador para determinar si son normativamente relevantes o no. Esta solución, sin embargo, implicaría renunciar a la idea de que el contenido de las normas es determinado únicamente por los juicios de los legisladores y, con ello, a la propuesta sobre la que se basa el enfoque disposicional[392].

Por el otro lado, un camino diferente para solucionar este problema es retomar la solución propuesta para el problema del límite de las disposiciones: hemos de considerar la indeterminación de las valoraciones del legislador como supuestos de irrelevancia normativa. Moreso y Rodríguez, al proponer esta vía, sostienen que de esta forma la indeterminación no tendría incidencia en la identificación de normas, pues toda circunstancia no considerada estaría calificada de irrelevante a efectos de determinar el contenido de las normas[393]. Considero que esta solución es problemática, pues nos devuelve a la pregunta inicial: ¿cuándo hemos de considerar que una propiedad es relevante a efectos de identificar excepciones implícitas? Si todas las circunstancias no

[391] Caracciolo, 2006, pp. 174-76.
[392] Caracciolo, 2006, pp. 175-76.
[393] Moreso y Rodríguez, 2010, p. 27-29.

consideradas son irrelevantes ¿cuál de estas debo volver a analizar con un juicio contrafáctico para verificar si, a la luz de la voluntad legislativa, era relevante? Como vemos, volvemos al inicio del problema.

Esta propuesta de solución puede ser entendida como una manera de cambiar la forma de presentar el problema. Si toda propiedad no considerada por el legislador debe ser tratada como irrelevante, entonces surge la dificultad de identificar un criterio que nos permita elegir qué circunstancias no consideradas hemos de someter a valoración (aplicarles el enfoque disposicional de la derrotabilidad). Esta nueva presentación del problema nos llevaría a la solución de introducir un criterio externo a la voluntad del legislador, lo cual conduce, nuevamente, a abandonar los fundamentos de esta propuesta.

Como vemos, las tesis del enfoque disposicional de la derrotabilidad conllevan a que las normas sean, necesariamente, indeterminadas. Si son normas indeterminadas, entonces no pueden operar como premisas normativas sobre las cuales hacer juicios deductivos, de lo que se sigue que no podemos tomar decisiones deductivamente justificadas con estas normas.

Otra manera de afrontar ambas dificultades es considerar que el uso de la voluntad del legislador es una expresión engañosa. Esto nos lleva al segundo problema a analizar: el uso de la voluntad del legislador es una presentación que encubre valoraciones del intérprete.

ii. Encubrimiento de las valoraciones del intérprete

Partamos por la forma en que es presentado el enfoque disposicional. Alchourrón sostiene que una norma posee excepciones implícitas que han de ser explicitadas. Uno de los posibles resultados, como hemos visto, es que el intérprete, al valorar ciertas circunstancias no consideradas por el legislador, arribe a la misma norma que dictó el legislador. Esto resulta inadecuado. No tiene sentido hablar de explicitar una valoración que no se ha tenido. La disposición de considerar relevante una circunstancia no existía de manera previa a la operación que realizó el intérprete. En otros términos, con nueva información se formulan nuevos enunciados que no son descriptivos de la voluntad del legislador, sino que con ellos lo que hacemos es crear una nueva valoración. En este

sentido, explicitar una excepción implícita no puede ser entendido como una operación de descubrimiento (de explicitar una valoración ya existente).

Asumiendo este punto y tomando como base la presentación de Alchourrón de sus propias tesis, es más preciso señalar que al momento de interpretar una disposición no hemos de formular la pregunta sobre qué dice dicho enunciado, sino qué quiere decir. Esto es, hemos de averiguar qué es lo que pretendió expresar el emisor de la norma (el legislador). En otros términos: conocemos el contenido de las normas a partir de las valoraciones que atribuimos al legislador.

Como hemos visto, bajo el enfoque disposicional de la derrotabilidad la voluntad (o intención) del legislador se formula como una proposición que le atribuye ciertas valoraciones a una autoridad legislativa[394]. Al respecto, podemos identificar una ambigüedad sobre qué valoraciones se están atribuyendo. Esta puede ser entendida o bien como una metáfora para dar cuenta del postulado de la consistencia del sistema normativo, o bien para dar cuenta de un sistema extrasistémico valorativo que guía cómo debe entenderse el Libro Maestro a efectos de formular el único Sistema Maestro.

Previo a analizar estos puntos, cabe precisar que no pretendo realizar aquí un análisis exhaustivo de los problemas del uso de este tipo de argumento intencionalista, sino que me limitaré a analizar qué noción (o nociones) se están empleando para formular este enfoque disposicional y cómo estas sirven para encubrir las preferencias del intérprete[395].

---

[394] Como bien señala Guastini, esta proposición no puede ser considerada como un enunciado descriptivo, pues no es posible acceder a la mente de las autoridades legislativas y, mucho menos, si es un órgano colectivo. Guastini, 2012c, p. 188. Guastini, 1999, p. 218.

[395] Preguntarse por la intención del legislador puede ser respondido desde dos perspectivas. Por un lado, como respuesta a la pregunta sobre qué acción ha realizado el sujeto, la cual puede ser abordada desde una aproximación *ex ante* o *ex post* de la ejecución de la acción. Esta respuesta siempre es relativa a una acción del sujeto que posee la intención. Isabel Lifante denomina a este sentido como «intención en sentido mínimo», y es pertinente para identificar acciones. Por otro lado, como respuesta a la pregunta sobre para qué ha realizado tal acción el sujeto. O, en otros términos ¿qué propósito u objetivos se persiguen con esa acción? La respuesta puede ser, a diferencia del anterior sentido, sobre las acciones de otro sujeto, o sobre estados de cosas que no sean producto de la acción de alguien. Denomina a este sentido como «propósito» o «intención adicional». Como bien precisa Lifante, una acción intencional (la que se identifica por intención en sentido mínimo), puede perseguir diferentes intenciones adicionales. Lifante, 2018a, p. 159. Son respuestas distintas para aspectos distintos: la primera apunta a resolver una duda sobre cómo identificar una fuente jurídica y la segunda a resolver como identificar el contenido del derecho. En este sentido podemos diferenciar entre: i) intención como propósito de legislar: realizar ciertos movimientos físicos coordinados grupalmente en aras de convertir un texto en un texto jurídico; y ii) intención como propósito de regular: contenido del mensaje que se ha transmitido desde un hablante (el creador del derecho) a un receptor (aplicadores del derecho y/o la dogmática jurídica) a través de un mensaje (texto jurídico). La tesis *alchourroniana* asume ambas preguntas: la identificación del Libro Maestro se responde con el primer

Asimismo, en relación con los problemas conceptuales (y sus vínculos con la noción de derrotabilidad) que posee un modelo de atribución de relevancia basado en juicios sobre el propósito legislativo de las normas profundizé más adelante[396].

En cuanto a qué fines pretende lograr el legislador, Alchourrón presenta los juicios contrafácticos como procesos reinterpretativos en los que se toman en cuenta otras normas que forman parte del sistema. Al respecto, señaló que «como las excepciones implícitas en un texto normativo muchas veces son hechas explícitas en otros textos, la tarea ya ha sido muchas veces cumplida por el legislador. La interpretación sistemática permite reconstruir, en tales casos, el contenido conceptual de cada una de las normas del sistema»[397].

Bajo la definición del Sistema Maestro como un sistema completo y consistente que, de acuerdo con el enfoque disposicional de la derrotabilidad, es identificado explicitando las excepciones implícitas que el legislador hubiera adoptado (esto es, realizando juicios contrafácticos sobre cómo hubiera valorado una determinada circunstancia), entonces esto podría ser entendido como una forma de presentar el postulado de consistencia asumiendo un legislador racional[398]. Esto es, para identificar inconsistencias se adopta el punto de vista del legislador y se considera que este, para ser racional, no puede dictar órdenes contradictorias entre sí. En este sentido, a efectos de determinar si una circunstancia debe tener relevancia normativa para operar como excepción es menester analizar: i) si esta es relevante para calificar deónticamente otra acción y, de serlo, atribuir relevancia a la propiedad y calificarla de manera consistente; y ii) en caso de que no sea considerada normativamente relevante por ninguna otra norma, analizar si de llevar a cabo tal calificación generaría alguna inconsistencia con alguna otra norma del sistema de normas aplicables al caso[399].

---

sentido de intención y el contenido del Sistema Maestro con el segundo. Sobre estos sentidos de intención he profundizado en Garcia Yzaguirre, 2020d.

[396] Ver Cap. II.3,3.4.

[397] Alchourrón, 2010 [1996c], p. 169.

[398] Sobre este punto volveré en Cap. III.2. En un sentido similar Carpentier, 2014, pp. 610-11.

[399] Lifante clarifica las diferentes formas de entender la intención del legislador: «la intención puede estar ligada estrechamente a elementos lingüísticos de semántica o sintaxis, a todos los elementos del contexto sistémico de un texto jurídico, o a los objetivos perseguidos o principios respaldados por el legislador bien como un cuerpo histórico o como un legislador idealmente racional». Lifante, 2018a, p. 54. Considero que lo señalado nos muestra que Alchourrón está sosteniendo, en este apartado, una postura claramente basada en el ideal racional.

Ahora bien, entendido de esta forma, el juicio contrafáctico sobre la voluntad del legislador y su uso en el enfoque disposicional de la derrotabilidad, reduce la noción de derrotabilidad a la reinterpretación de una norma expresa por otra norma expresa, lo cual la vacía de contenido. El enfoque disposicional de la derrotabilidad, bajo estas claves, sería una manera de presentar un proceso de reinterpretación en el cual hemos ampliado la base de las normas a ser consideradas para determinar la calificación deóntica de una acción.

Como hemos visto, el acto de derrotar (desde la teoría de la interpretación) se produce dentro del proceso reinterpretativo, es decir, se derrotan significados. El resultado de un proceso de derrota es variar una norma por otra, esto es, dejar de atribuir un significado a una disposición para atribuirle otro que posee un alcance más reducido por poseen un caso genérico más fino. Si para los procesos reinterpretativos solo tomamos en cuenta normas expresas, esto haría colapsar la noción de derrotar una norma con la de elegir una norma expresa, de manera que no esclarecería ninguna operación o resultado para el que necesitáramos un nuevo concepto.

Además de dicha dificultad conceptual, si estamos frente a un problema en que debemos elegir «la mejor» norma expresa, esto nos lleva a tener que determinar un conjunto de normas expresas y elegir, entre todas estas, la que consideremos satisfactoria. Esto supone un ejercicio de interpretación sistemática[400] que nos conduce a la pregunta ¿cómo

[400] Cabe resaltar que «interpretación sistemática» es un argumento interpretativo problemático dado que el término «sistema» es ambiguo. Este argumento puede ser entendido, siguiendo a Velluzzi, de las siguientes maneras:

1. Como argumento *sedes materiae*: las disposiciones deben ser interpretadas tomando en consideración el conjunto de disposiciones del que forma parte. En otros términos, se debe interpretar en función al contexto literal-texual en el que está inserta una disposición.
2. Como argumento de disposición combinada: identificamos normas tomando en consideración diversas disposiciones. En otros términos, una norma es el resultado de haber considerado diversas disposiciones.
3. Como argumento de la constancia terminológica: un término debe ser interpretado siempre de la misma manera. En otros términos, siempre que se emplee una determina palabra hemos de entenderla de la misma manera, sin considerar el contexto literal-textual donde esté.
4. Como argumento de la inconstancia terminológica: un término debe ser interpretado de la misma manera dentro de un determinado subsistema. En otros términos, siempre que dentro de una determinada *sedes materiae* se emplee un término hemos de entenderlo de la misma manera, pero si cambiamos de contexto normativo (otra *sedes materiae*) puede que el significado varíe.
5. Como argumento de la coherencia, interpretación adaptativa y de las construcciones dogmáticas: las disposiciones deben ser interpretadas de manera que no generen un conflicto con normas previamente identificadas. En otros términos, tras haber adoptado una norma, cualquier otra norma a ser identificada posteriormente tiene que tener un contenido que no produzca una antinomia.

Velluzi, 1998, pp. 77. En un mismo similar, Tarello, 2013, p. 337-38, Guastini, 2018a, 289-294.

identificar con qué otras normas realizar la interpretación sistemática a efectos de averiguar si la excepción implícita ha sido explicitada en otra norma? Ello es una decisión valorativa. Dependerá de cada intérprete determinar cuáles normas son relevantes para dicha operación y cuáles no.

Veamos ahora qué supone entender «valoraciones» como una referencia a un sistema extrasistémico valorativo que guía cómo debe entenderse el Libro Maestro a efectos de formular el único Sistema Maestro. Sobre este punto Alchourrón fue expreso en señalar que «lo que parece ser una investigación histórica esconde en realidad las preferencias políticas del intérprete»[401]. De esta afirmación, considero, podemos inferir que presentar el enfoque disposicional basado en juicios contrafácticos sobre las valoraciones del legislador es una manera de presentar actitudes valorativas de cada intérprete[402].

¿Qué quiere decir «preferencias políticas del intérprete»? Ello puede ser entendido, por lo menos, de dos maneras. Por un lado, puede ser entendido como una forma de dar cuenta que el intérprete puede elegir entre dos o más códigos interpretativos, esto es, el conjunto de reglas empleadas en el juego interpretativo, y que ellos pueden elegir entre dos o más alternativas reglas de traducción que resultan de haber aplicado un determinado código interpretativo[403]. De esta forma, cada intérprete puede atribuir significados a textos conforme a sus preferencias ideológicas. Derrotar, en este sentido, conllevaría atribuir relevancia a ciertas propiedades a efectos de lograr normas que sean consistentes con nuestras consideraciones morales o de justicia[404].

De todas estas versiones, ¿cuál asumió Alchourrón? Me parece que es adecuado reconstruir sus tesis como una versión del argumento sistemático entendido como coherencia, interpretación adaptativa y de las construcciones dogmáticas. Al asumir el ideal del Sistema Maestro, hemos de identificar un sistema normativo completo y consistente, lo cual implica elegir significados que no produzcan contradicciones con otros significados que hayan sido elegidos como normas.

[401] Alchourrón, 2010 [1996c], p. 170.

[402] En este mismo sentido Ratti, 2013a, p. 226.

[403] En términos más precisos, poseen discrecionalidad selectiva y aplicativa sobre los métodos interpretativos a emplear y de los resultados que ellos puedan producir. Sobre este punto ver lo señalado en Cap. II.2,2.3.

[404] En un mismo sentido Ferrer y Ratti, 2012b, p. 29. En efecto, el uso de la voluntad del legislador puede ser entendido como una forma de encubrir una tesis escéptica de la interpretación. Lo que se está sosteniendo es que al texto normativo se le puede atribuir múltiples significados y que la elección por uno de ellos debe realizarse de manera conforme a las disposiciones del legislador. Dado que es prácticamente imposible reconstruir las actitudes del legislador sobre posibles excepciones implícitas se sigue que es imposible formular enunciados descriptivos de las disposiciones del legislador, de manera los intérpretes al hablar de voluntad del legislador lo que están haciendo es formular valoraciones propias y presentarlas como si fuesen del legislador. En breve, eligen el significado a atribuir a un texto conforme a sus ideologías.

Por el otro lado, «preferencias políticas del intérprete» puede ser entendido como una prescripción dirigida a los intérpretes de atribuir un significado que sea acorde con los significados atribuidos a casos fáciles por los juristas. Conforme con lo señalado anteriormente, esta propuesta está basada en la idea de explicitar los presupuestos implícitos. Dado que estos presupuestos no pueden ser aquellos que haya considerado el legislador, una forma alternativa de entender ello es cómo la comunidad jurídica suele entender una determinada disposición, pues de esta forma podremos identificar preferencias comunes. A menos que tengamos una razón en contrario, podríamos asumir que estas preferencias comunes también fueron adoptadas por los legisladores. En este sentido, hemos de atribuir el texto con el significado que genere aceptabilidad por parte de los juristas y descartar aquellos que produzcan rechazo o discrepancia. Derrotar, en este sentido, conllevaría atribuir relevancia a propiedades (normativamente irrelevantes) a efectos de lograr normas que sean más acordes al caso fácil[405].

Estas dos formas de entender «preferencias políticas del intérprete» no son las únicas posibilidades, pero el contraste entre ellas permite dar cuenta de que el enfoque disposicional de la derrotabilidad es una manera de presentar que los juristas pueden manipular las fuentes del derecho al momento de identificar un sistema normativo[406]. La derrotabilidad, así entendida, es un problema de indeterminación del sistema que incide en la identificación de normas. De manera más precisa, es una problemática propia de la interpretación del derecho y que es causada por el uso, inevitable, de valoraciones propias del aplicador del derecho.

[405] La estrategia especificacionista de Moreso para resolver conflictos entre principios parece adoptar una versión de esta lectura. La selección de propiedades en el modelo de Moreso radica, principalmente, en preguntarse por las razones subyacentes de las normas en conflicto y configurar el antecedente como una versión coherente a estas. Pero, además de ello, dicha selección está condicionada por la noción de casos paradigmáticos. Al momento de seleccionar propiedades para construir los casos genéricos, Moreso considera que es necesario que estas reconstruyan, por lo menos, los casos paradigmáticos, esto es, situaciones evidentes o incuestionablemente claras (con inmediatez en su reconocimiento y no como inferencia de otras cosas), como si esta fuese una propiedad de los hechos que es percibida por una capacidad intelectual de las personas. Como el autor bien expresa, son supuestos en los que claramente un principio vence sobre otro, en los que nuestras intuiciones no perciben ni siquiera un conflicto. Moreso, 2009, p. 289. Para una reconstrucción de este modelo y crítica ver García Yzaguirre, 2019. Más adelante profundizaré, brevemente, sobre esta propuesta en Cap. II.3,3.3,3.3.3

[406] Si diferenciamos el enfoque disposicional de la derrotabilidad del modelo del Sistema Maestro, podemos ver que la estrategia contenida en el enfoque puede ser empleado como una forma de presentar diferentes operaciones interpretativas que nos permitan poner de relieve nuestra forma de atribuir relevancia normativa a una propiedad durante el proceso interpretativo. En efecto, nos permite mostrar nuestra ideología respecto a si hemos de considerar, por ejemplo, únicamente el significado semántico de las disposiciones o si hemos de tomar en cuenta las razones subyacentes de cada norma.

Tras los problemas identificados, queda preguntarnos, ¿qué nos permite esclarecer el enfoque disposicional de la derrotabilidad? Es una forma de presentar, de manera clara, un uso retórico de la voluntad del legislador para justificar la variación de una norma por otra con un alcance más reducido (por contener un caso genérico más fino). Es una propuesta teórica que presenta con claridad y de forma ordenada algunas de las intuiciones e ideas que suelen emplear los juristas al intentar esclarecer cómo se crean excepciones. Es una forma de esclarecer muchos aspectos relevantes que otras aproximaciones mantienen en la oscuridad.

Para mostrar este último punto, hagamos una comparación entre esta propuesta y otra que se propone conseguir los mismos resultados. Un modo alternativo de presentar tesis similares es la propuesta de reformulación de normas de acuerdo con la voluntad del legislador de Fernando Atria. De acuerdo con este autor, la noción de derrotabilidad ha sido empleada para dar cuenta de formas de solucionar un defecto de la formulación de las normas en aquellos casos en los que su aplicación no consigue generar el estado de cosas deseado por la decisión legislativa. Al igual que Alchourrón, este autor considera que la derrota de normas alude a la adecuación del antecedente de las normas a la decisión legislativa.

Atria, para presentar esta idea, emplea la distinción formulada por Friedrich Von Savigny entre «expresión incompleta» y «expresión impropia». Por «expresión incompleta» da cuenta de los problemas de indeterminación del ámbito de aplicación de las normas, esto es, falta de claridad y precisión respecto a los hechos y acciones sobre los cuales se aplica una determinada consecuencia jurídica. Por «expresión impropia» da cuenta de los supuestos en los que una norma soluciona un caso, pero que lo hace de una manera no coherente con la decisión legislativa[407]. De ambos, nos interesa el segundo de los problemas.

[407] Atria, 2016, p. 210. En propios términos del autor, él entiende por incompletitud que la «expresión del legislador no es suficiente para comunicar su voluntad (…) [a]ntes de que la decisión legislativa sea suplementada *no podrá sacarse regla alguna de una ley de tal manera defectuosa*» (cursiva es de origen). Por impropiedad refiere a que «la expresión de esta [ley], aplicada a un caso concreto, contradice el "pensamiento" de la ley». Atria, 2016, p. 116. Como puede verse, esta presentación de la incompletitud es engañosa, pues confunde los problemas de multiplicidad de métodos interpretativos de textos normativos con criterios de corrección de las interpretaciones. Considerar que un posible resultado de un método interpretativo es equivocado o indebido no es un problema de la disposición o de la norma, sino de nuestro criterio de selección del método interpretativo y de uno de sus posibles resultados. Para interpretar un texto poseemos diversas posibilidades, recae en nuestras preferencias cuál elegir y considerar correcto, ello no es un problema independiente de nosotros, sino que nosotros creamos y resolvemos. Asimismo, considerar

La noción de expresión impropia parte, entre otras, de dos premisas: las disposiciones deben ser interpretadas conforme a su sentido literal, y diferenciar entre una dimensión prescriptiva (la orden, la prohibición o el permiso contenido en la norma) y una dimensión justificativa (lo que motivó al legislador a dictar la norma). Cada una de estas dimensiones crea estados de cosas en sentidos diferentes: i) la prescriptiva, de ser aplicada, crea un estado de cosas; y ii) la justificativa crea expectativas de estados de cosas (el mundo que se podría conseguir). Si el estado de cosas de la prescripción no es coherente con el estado de cosas de la expectativa, entonces tenemos un defecto por expresión impropia de la dimensión prescriptiva[408].

La solución de estos problemas se realiza por medio de un ejercicio de la potestad jurisdiccional: los jueces deben variar la «expresión de la ley» (esto es, una disposición interpretada literalmente) a efectos de adecuarla al sentido de la norma que creó el legislador, es decir, que sea conforme a su dimensión justificativa[409]. En otros términos, Atria está sostenido que un problema de expresión impropia refiere a los casos en los que el legislador eligió de manera insatisfactoria un enunciado lingüístico para expresar su voluntad.

Reformulando su propuesta, está sostenido que una disposición debe ser interpretada de forma literal (conforme a su significado semántico) y luego verificar si esa norma se corresponde o no con los juicios contrafácticos sobre la voluntad del legislador que el intérprete produce. Si mediante estos juicios contrafácticos consideramos que el legislador hubiera formulado una norma diferente a la norma identificada mediante métodos interpretativos literalistas, entonces hemos de preferir la norma que le atribuimos al legislador.

---

que las leyes son defectuosas conduce a error, pues no diferencia entre la disposición y las normas que podemos atribuir a esta empleando métodos interpretativos. Las leyes o textos normativos no tienen los defectos que le pretende atribuir Atria, esos son problemas de las interpretaciones que identifican y eligen atribuir los intérpretes.

[408] Como veremos en Cap. II.3,3.5, la reconstrucción de Atria de Savigny da cuenta del mismo problema que Schauer al momento de analizar la no coextensividad entre la calificación normativa de una acción en una determinada circunstancia prevista por una norma con la prevista por su razón subyacente (propósito), bajo la etiqueta experiencia recalcitrante.

[409] Atria, 2016, p. 225.

Como podemos ver, el punto a sostener por Atria es el mismo de Alchourrón: la identificación del contenido de las normas debe ser realizada a partir de las disposiciones del legislador respecto a cada circunstancia. Esto incorpora los mismos problemas conceptuales vistos respecto del enfoque disposicional de la derrotabilidad a esta teoría.

El punto que me interesa poner de relieve es aquello que permite esclarecer el enfoque disposicional en comparación con la tesis del defecto de impropiedad de la ley. El enfoque disposicional es un instrumental teórico que permite mostrar qué tipo de operaciones dicen estar realizando quienes emplean el argumento de la voluntad del legislador (o cualquier otro juicio valorativo) y los problemas a los que se enfrentan.

La tesis del defecto de impropiedad de la ley, en cambio, solo nos permite mostrar que hay supuestos en los que tendremos que descartar un significado *prima facie* identificado por una interpretación literal por un significado todo considerado, esto es, está dando cuenta únicamente de la necesidad de reinterpretar en aquellos supuestos en los que consideramos valorativamente inadecuado un significado posible. Solo permite mostrar que no siempre hemos de preferir el significado literal, pero ello no nos ayuda a clarificar ningún aspecto de sobre cómo se crean excepciones ni qué implica exceptuar una norma que no haya sido aclarado con la noción de reinterpretación. En atención a ello, el enfoque disposicional permite aclarar los mismos puntos, pero poniendo de relieve más aspectos teóricos y prácticos relevantes.

3.3. Derrotabilidad como imposibilidad de valorar todas las circunstancias

Retomo un punto visto líneas atrás al momento de analizar el problema de la necesaria indeterminación de las normas en la propuesta de Alchourrón: ¿los intérpretes, para poder identificar adecuadamente el antecedente de una norma, deben valorar todas las circunstancias habidas y por haber en las que se realiza (o pueda realizarse) la acción regulada?

Parte de la literatura especializada en derrotabilidad suele sostener que las normas son derrotables como una manera de expresar que no podemos identificar un antecedente que

contenga, de manera exhaustiva y *ex ante* a su aplicación a un caso individual, todas sus excepciones[410]. En este sentido, se sostiene que la noción de normas derrotables permite identificar aquellas normas que el intérprete identifica y que este considera que su antecedente no ha podido ni puede ser exhaustivamente determinado[411].

En el presente apartado analizaré cómo estas tesis han sido entendidas en la teoría del derecho. En extrema síntesis, bajo esta aproximación se da cuenta del carácter derrotable de las normas como un rasgo necesario de ellas debido a la imposibilidad de identificar condiciones suficientes para el consecuente[412]. La inderrotabilidad, en este sentido, ha sido entendida, o bien como una forma de caracterizar a una norma cuyo antecedente posee una especificación última (esto es, no sea posible seguir especificando), o como una forma de señalar que pertenece al sistema normativo una regla de clausura de propiedades que prescribe cómo calificar toda propiedad no prevista en el antecedente de la norma. Como procederemos a ver, la discusión sobre el carácter derrotable, bajo esta aproximación, no se centra en qué operaciones realizar para derrotar una norma, sino en caracterizar a las normas a partir de preferencias interpretativas.

[410] Esta forma de presentar la idea a desarrollar es oscura, pero pretende evocar a las intuiciones generales de los juristas al momento de hablar de excepciones. Como veremos más adelante (ver Cap III.2), si usamos el término «excepción» a efectos de clasificar un tipo de condición que puede ser formulada en el antecedente de una norma, entonces tendremos problemas para diferenciar entre condiciones de aplicación y condiciones de excepción, pues ambas operan de la misma forma. En este sentido, sostendré que «excepción» es una expresión empleada por sus efectos retóricos o da cuenta de cómo está distribuida la carga de la prueba (una excepción es todo aquello que debe probar el demandado). En el párrafo del texto principal hablo de excepción como la incorporación de una nueva propiedad a efectos de variar la calificación normativa de un subtipo de casos genéricos. Sobre el punto he profundizado, además, en Garcia Yzaguirre, 2020a.

[411] «Afirmar que las normas jurídicas son derrotables -o "abiertas"- equivale a sostener que están sujetas a excepciones implícitas que no pueden ser identificadas exhaustivamente de antemano. Esta es una idea que parece bastante difundida, aunque no siempre se ponga en relación de manera expresa con la tesis de la derrotabilidad». Bayón, 2003b, p. 293. Navarro y Rodriguez, 2014, pp. 185 y ss. En un sentido similar Alexy: «las cláusulas de excepción introducibles en las reglas sobre la base de principios ni siquiera son teóricamente enumerables. Nunca se puede estar seguro de que en un nuevo caso no haya que introducir una nueva cláusula de excepción». Alexy, 1993, p. 100.

[412] Debo precisar que en el Capítulo III analizaré la propuesta de derrotabilidad conceptual de H.L.A. Hart, bajo la cual es imposible determinar el alcance de las normas debido a que estas emplean conceptos cuyas condiciones de aplicación no pueden ser enteramente especificadas. Si bien esta tesis puede ser entendida como una forma de expresar que los antecedentes de las normas están debilitados por no ser posible identificar las condiciones suficientes para el consecuente (lo cual generaría conclusiones análogas a las que adopta la aproximación que analizaré en este subapartado), Hart parte por asumir premisas teóricas distintas y tiene propósitos diferentes. Él está inmerso en una discusión respecto a cuáles son los elementos estructurales del antecedente, cómo identificarlos y los efectos diferenciados que posee cada uno de estos, de manera que sus tesis forman parte de una discusión teórica distinta. Al respecto volveré en Cap. III.2,2.1.

3.3.1. Circunstancias posibles y valoraciones

Uno de los autores que ha presentado con mayor claridad esta aproximación a la noción de derrotabilidad es Juan Carlos Bayón, de manera que partiré por reconstruir sus propuestas para poner de relieve diversas ideas que suelen ser compartidas por quienes asumen este tipo de conceptualización.

Bayón, partiendo de la premisa de que la composición de los casos genéricos de las normas es producto de valoraciones de los intérpretes[413], sostiene que para la identificación del caso genérico previsto en el antecedente de una norma jurídica es necesario que la autoridad normativamente competente para identificar normas jurídicas realice juicios de valor respecto de cada circunstancia en la que se desarrolla y pueda desarrollarse la acción regulada. El resultado de tal operación será determinar cuál es el conjunto de propiedades suficientes que han de ser consideradas normativamente relevantes o irrelevantes para que se siga el consecuente normativo.

Si tal agente evalúa todas las circunstancias habidas y por haber en las que se realizará la acción a calificar normativamente, entonces formulará una norma inderrotable de manera previa a su aplicación, pues no quedará ninguna propiedad por valorar[414]. Si le quedaran propiedades por evaluar (o, en otros términos, si hubiese circunstancias presentes o posibles que no haya valorado), entonces no puede sostenerse que el antecedente ha sido determinado, de manera que tendremos una norma derrotable (norma cuyo antecedente no cuenta con condiciones suficientes para el consecuente).

En este sentido, podemos diferenciar entre la identificación *prima facie*[415] o derrotable de una norma, por un lado, de la identificación de una norma todo considerado o

[413] Como ya hemos visto, los casos genéricos expresan tipos de situaciones en las que pueden ocurrir acciones. Estos casos están compuestos por propiedades (circunstancias) relevantes que son determinadas por elecciones valorativas. La identfiicación de una propiedad da lugar a dos tipos de casos: casos donde está presente la propiedad y casos donde está ausente (o casos complementarios). Al respecto ver Caracciolo, 2008, p. 29 y lo señalado en Cap. I.4,4.1.2. Ver, además, Cap. II.3,3.4.

[414] Como bien lo precisa Juan Pablo Alonso, todas las normas son derrotables al estar sujetas a un antecedente abierto (no determinado), solo cabría hablar de normas inderrotables en aquellos supuestos en los que, ante un caso individual que debe ser resuelto (se debe aplicar la norma), se ha evaluado todas las circunstancias (propiedades) que lo caracterizan. Alonso, 2010, p. 293.

[415] *Prima facie* entendida en su versión epistémica, es decir, como relevancia aparente o falible. Ello quiere decir que el conjunto de propiedades relevantes puede variar tras aumentar nuestra información disponible (en este caso, tras aumentar nuestra información sobre las circunstancias en las que se desarrolla o puede

inderrotable, por el otro lado. La norma *prima facie* o derrotable está compuesta por aquellas propiedades que, en un momento previo, fueron consideradas relevantes. La norma todo considerado o inderrotable está compuesta por las propiedades identificadas tras haber valorado todas las propiedades presentes en el caso individual y todas las posibles a presentarse. Como es notorio, así entendido el proceso de identificación de normas se sigue que el proceso de formulación de las normas no puede darse por concluido para casos futuros, pues siempre podremos incorporar nuevas excepciones ante nuevas propiedades que requieran ser valoradas y que puedan ser consideradas normativamente relevantes. En este sentido, dada la imposibilidad de prever todas las circunstancias futuras posibles y todas las valoraciones que se realizarán sobre estas, se sigue que las normas son por definición derrotables[416].

En breve, el carácter inderrotable de una norma, bajo esta propuesta, da cuenta de que el creador de la norma ha tomado en cuenta (ha valorado) cada supuesto en el que la norma pueda aplicarse. En cambio, el carácter derrotable de una norma quiere decir que el creador de la norma no ha considerado todos los supuestos posibles de aplicación, esto es, que existen y/o existirán supuestos que deberá valorar a efectos de determinar las propiedades suficientes para el consecuente. Se sostiene, además, que las normas son necesariamente derrotables debido a que: i) no podemos conocer todas las propiedades de un caso, pues las posibilidades de descripción de un acto o una actividad son infinitas

---

desarrollarse la acción y las valoraciones que hacemos de estas). Sobre este punto ver lo señalado en Cap. I.3,3.1.

[416] Rodríguez y Sucar presentan esta idea de forma breve y clara «[a]l legislar, una autoridad normativa no puede considerar más que los casos normales, pero siempre puede pensarse en casos reales o imaginarios atípicos que merezcan por ello una solución diferenciada. Por eso las obligaciones y derechos consagrados en las normas generales deben entenderse como sujetos a excepciones implícitas». Rodríguez y Sucar, 2003, pp. 116-17, 134 y ss. Rodríguez, 2002, pp. 373-74. En un mismo sentido Prakken: «*legal rules are defeasible: since the legislator cannot foresee every possible situation which satisfies a rule's conditions, in some such situations principles or the purpose of the rule may give rise to an exception*». Prakken 1997, p. 48. Asimismo, ver Navarro, 2000, pp. 8-9.

Bayón, para ilustrar la diferencia entre normas inderrotables y derrotables, propone caracterizar a las primeras como normas fuertes y las segundas como normas débiles. Las inderrotables son fuertes, en tanto, serían normas cuya configuración del caso genérico contenido en el antecedente se ha realizado un máximo de especificidad, esto es, se ha valorado por anticipado toda posible circunstancia (actual o imaginaria) y se ha atribuido valor a cada una de ellas y forma parte de un sistema normativo consistente (depurado). De esta forma, es una norma cuyo alcance y fuerza han sido determinadas, de forma que hay certeza respecto a qué casos regula y cuáles no. En cambio, las derrotables son débiles dado que no tienen todas las propiedades valoradas y forma parte de un sistema normativo en el que no se han establecido las relaciones de preferencia entre normas en caso de inconsistencia entre ellas (no depurado). De esta forma, es una norma cuyo alcance y fuerza no están determinados, por lo que se carece de certeza respecto a qué casos regula y cuáles no. Bayón, 1991, pp. 346 y ss. Cabe precisar que Bayón en este texto está pensando en la identificación de normas morales, pero dichas consideraciones son extrapolables a normas jurídicas. Sobre la diferencia entre sistema depurado y no depurado volveré luego en Cap. IV.4.

ni podemos conocer todos los contextos en los que se realizará; ii) no podemos hacer una valoración de todas las posibles descripciones de una acción o hecho, por lo que siempre será posible una situación no valorada; y iii) podemos renunciar, *ex ante*, a reabrir juicios valorativos para nuevas situaciones, es decir, podemos afirmar que ante una situación no pensada es irrelevante cómo la hubiéramos calificado normativamente, pero esto nos podría llevar a que determinadas calificaciones nroamtivas sean absurdas o subóptimas.

Cabe insistir en resaltar que este es un problema de ausencia de valoraciones para cada una de las circunstancias posibles con las que hemos de configurar el antecedente de la norma. No es un problema de saber qué sucedió o cuál es el hecho a analizar[417], sino qué propiedades debería contener el caso genérico contenido en el antecedente de la norma, tras haber identificado una propiedad no valorada previamente.

La discusión de fondo ha sido analizada desde diversos lenguajes teóricos y sobre esta se han esgrimido una multiplicidad de argumentos en relación con si podemos identificar propiedades relevantes para todos los casos o si ello es dependiente del contexto en el que se presenta cada caso individual[418]. Para los fines de la presente investigación, me limitaré

[417] Los problemas de información incompleta del caso individual pueden ser entendidos, por ejemplo, como problemas de insuficiencia probatoria de los hechos alegados (lagunas de conocimiento) que pueden ser resueltos mediante aplicación de presunciones. Sobre la vinculación entre carga de la prueba y derrotabilidad me ocuparé en Cap. III.3,3.2.

[418] La discusión teórica más profunda sobre este punto está en los debates sobre si adoptar una concepción universalista o particularista de las razones para la acción. Sobre esta no profundizaré en esta investigación, pero a efectos de claridad introduciré algunos aspectos relevantes de dicha controversia con el punto que quiero esclarecer. Una razón para la acción, siguiendo a María Cristina Redondo, es un factor relevante a favor o en contra de llevar a cabo una determinada acción. Si consideramos que las normas jurídicas ofrecen razones justificativas para realizar (u omitir) una determinada acción, entonces es necesario asumir una postura respecto a qué tipo de razones ofrece y tipo de procedimiento de toma de decisiones jurídicas que estamos comprometidos a tomar. Lo que diferencia al universalismo y al particularismo es como entender el alcance y la relevancia de las razones para la acción. El universalista se caracteriza por considerar que las razones no pierden relevancia, es decir, una vez identificada la razón, es y será relevante cada vez que tenga oportunidad de aplicarse. Para el particularista, en cambio, la relevancia de una razón es dependiente del contexto. En ese sentido: i) las propiedades de la acción en algunos casos contarán como una razón a favor y en otros casos en contra; y ii) las propiedades de las acciones que sean razones para la acción (a favor o en contra) en algunos casos operan y otros casos no son factores que sean relevantes (no son considerados o, en otros términos, son irrelevantes para guiar la conducta). De esta forma, si se es universalista, entonces una razón será relevante para el caso si se dan sus condiciones de aplicación; si se es particularista, entonces una razón será relevante para el caso en función a las circunstancias en las que se de esta característica. En relación con la fuerza de esta razón relevante, tanto un universalista como un particularista pueden admitir que esta puede ser *pro tanto* o absoluta. Al respecto, ver Redondo, 2015, pp. 61-79. Monti, 2016, pp. 225-26. Para una visión alternativa del particularismo en el derecho ver Celano, 2012. Para una taxonomía de las diferentes formas de entender el particularismo en la filosofía moral ver McKeever y Ridge, 2006, pp. 3-25 y Strahovnik, 2012. Una forma de analizar el punto de Bayón es entender que está ofreciendo una versión del desafío particularista a la forma en que identificamos normas jurídicas, en el sentido de que no es posible asumir propiedades relevantes de manera universal, es decir, para toda situación posible con prescindencia del resto de circunstancias. Moreso presenta este desafío con precisión:

a dar cuenta de qué quiere decir que una norma es derrotable bajo esta aproximación y criticarla.

El punto es mejor aclarado tomando en cuenta el carácter general de las normas. Para efectos de precisión, siguiendo a Guastini, al hablar de generalidad de los antecedentes es menester diferenciar entre el carácter general y abstracto de los antecedentes. Los antecedentes de las normas son generales en el sentido de que no se dirigen a un solo individuo, sino a una clase de individuos. Los antecedentes de las normas son abstractos en el sentido de que no se aplican a un solo hecho, sino a una clase de hechos[419]. Como podemos ver, desde esta aproximación, el carácter derrotable de las normas resulta de negar la generalidad de los antecedentes en el sentido de que se rechaza que del carácter abstracto de las normas se siga que cada vez que se verifique en un caso individual la clase de hechos previsto en el antecedente se le deba imponer la consecuencia jurídica.

En este sentido, se está sosteniendo que no es racionalmente posible regular la prescripción a imponer de manera suficiente, pues la concurrencia de diferentes clases de hechos en cada caso individual puede generar que no se apliquen determinadas prescripciones. Ello debido a que, de las características que posee un caso individual, se pueden identificar propiedades que consideramos que, por criterios axiológicos, deberían ser relevantes y que deberían recibir una calificación normativa diferente. Esto supone, como vemos, introducir nuevas propiedades en el antecedente de la norma a efectos de reducir su alcance[420].

«dado que las circunstancias están descritas mediante propiedades, y las propiedades de los casos individuales son potencialmente infinitas, es posible repetir esta operación hasta el infinito». Moreso, 2008, p. 106

[419] Guastini, 2016, pp. 53-54. En un sentido similar, Laporta, 2007, p. 89.

[420] Sobre este punto es expreso MacCormick: «[l]a presente visión de la rebatibilidad [derrotabilidad] está conectada con una visión relacionada sobre el omnipresente problema de la formulación o la articulación del Derecho. Uno de los aspectos del problema es el de los límites de la precisión o la exhaustividad de los enunciados del Derecho, y otro aspecto es el de la fiabilidad con la que se pueden extraer inferencias de los enunciados expresos en los que se formula el Derecho. El Derecho tiene que ser enunciado en términos generales, pero las condiciones formuladas en general siempre pueden omitir la referencia a algún elemento que pueda resultar ser el hecho operativo clave en un caso dado. La dificultad se refiere a la multiplicidad de las posibles condiciones que pueden surgir a partir de la interacción de diferentes partes del Derecho entre ellas y la interacción de las reglas promulgadas explícitamente, o las reformulaciones doctrinales de las reglas, con los principios y los valores de la manera indicada. Sería extremadamente difícil, quizá imposible, intentar formular todas las precondiciones de validez concebibles en cada enunciado de cada regla. Incluso aunque fuese posible, tendría un efecto desastroso en la claridad e inteligibilidad del Derecho. En ese sentido, las formulaciones generales de los derechos tienden a dejar sin enunciar muchas condiciones relativas al contexto, especialmente las que solo se dan en casos bastante excepcionales. La presencia de elementos no enunciados parece ser un rasgo general del Derecho. Ciertamente, tradiciones jurídicas diferentes en momentos diferentes siguen vías características diferentes en cuanto al grado de completitud

Lo señalado requiere ser precisado con mayor detalle, en específico, en relación con: i) la imposibilidad de determinar el conjunto de propiedades relevantes de una norma de forma *ex ante* y exhaustiva a la aplicación de esta a un caso individual; y ii) si es inevitable el carácter derrotable de las normas, dada la imposibilidad que posee el creador de normas para evaluar toda circunstancia posible en la que pueda realizarse la acción.

Para precisar el primer punto, profundizaré en las razones por las cuales se considera que no podemos prever todas las propiedades posibles en las que se desarrolla la acción regulada (esto es, razones teóricas para negar que podemos imaginarnos todo mundo posible). Para ello, daré cuenta de las tesis que sostienen que no podemos prescindir de la idea de excepción ni la de exceptuar al momento de identificar normas. Tras ello, profundizaré en el segundo punto, analizando propuestas teóricas que nieguen el carácter inevitable de la derrotabilidad, a pesar de carecer de información sobre cómo será el mundo. Esto es, analizar las tesis que sostienen que no nos importa aquello que no podemos imaginarnos.

i. Un mundo lleno de excepciones

En este subapartado voy a describir y analizar algunas de las razones esgrimidas para sostener que no es posible establecer un conjunto de propiedades suficientes para el consecuente sin que ello implique un cierre arbitrario de qué circunstancias han de ser valoradas. Para ello, analizaré las razones por las cuales se considera que siempre habrá nuevas propiedades a ser valoradas, así como aquellas dirigidas a establecer la viabilidad o no de la máxima especificación del antecedente.

Cabe anotar que incorporar nuevas propiedades a una norma (en adelante, ser exceptuadas) no es solo un problema conceptual, sino que también genera una dificultad práctica. Podemos discutir si, dado que las normas puedan ser exceptuadas, estas son instrumentos idóneos para guiar nuestro comportamiento, pues la incertidumbre de una

al que debe tender el redactor legal en cada una de las formulaciones legales, en lugar de dejar un amplio margen para una lectura de las leyes a la luz de todo su contexto sistémico». MacCormick, 2016, pp. 403-404. MacCormick, 1995, p. 103.

posible nueva excepción ante cada caso particular elimina la confiabilidad y certeza de estas. Sobre este problema volveré luego.

Ahora bien, ¿es viable teóricamente considerar que podemos identificar una norma sin incorporar nuevas propiedades (excepciones)? Leonard Miller es claro y preciso en sostener que diversos filósofos morales han tratado de eliminar la necesidad de incorporar nuevas excepciones a normas (morales) empleando una de estas dos estrategias[421]:

1. Estableciendo un criterio moral fundamental, es decir, identificar y emplear una norma para resolver toda inconsistencia entre normas y tenga preferencia sobre cualquier otra norma con la que entre en conflicto.
2. Especificando todas las condiciones de aplicación de tal manera que se llegue al máximo grado de especificación (o especificación última).

En breve, para la primera estrategia, necesitamos identificar (mediante descubrimiento o decisión, dependiendo de cómo se entienda la interpretación[422]) el criterio último del que se deriven las soluciones para todos los casos (del que no cabría distinguir ningún escenario). En cambio, para la segunda estrategia debemos alcanzar el máximo grado de especificación en el antecedente. En este subapartado me enfocaré en este segundo camino, dejando pendiente el primero a ser analizado en un capítulo posterior[423].

La especificación de las condiciones de aplicación de una norma pretendería arribar a resultados interpretativos precisos que nos permitan determinar a qué casos individuales

[421] Miller, 1956, p. 263.
[422] Ver Cap. II.2,2.3.
[423] En las discusiones filosóficas morales este tipo de soluciones han sido ofrecida por lo que Kutschera denomina teorías monistas, esto es, teorías que, o bien contienen un solo principio moral fundamental con el cual se resuelve toda controversia ética, o bien ofrecen un orden axiológico completo (un sistema normativo axiológico ordenado). Kutschera, 1989, pp. 86-87. No me ocuparé en extenso de esta estrategia en este momento por dos razones. En primer lugar, el monismo de los principios no ofrece un modelo reconstructivo de nuestras prácticas jurídicas. En efecto, los criterios de solución de inconsistencias normativas entre normas (*lex posterior, lex superior* y *lex superior,* y el conflicto entre estos, por ejemplo) suelen ser sido formulados a partir de razones diferentes no reducibles a una única justificación (ni el criterio de solución que tendríamos para resolver un conflicto entre estos criterios). Si podría ser útil para dar cuenta de una ideología jurídica, por ejemplo, para una concepción utilitarista de la toma de decisiones jurídicas sobre cómo identificar normas y resolver conflictos entre estas. Pero sobre este punto no precisaré, pues escapa al objeto de la presente investigación. En segundo lugar, el monismo entendido como un orden completo puede ser entendido como una forma de presentar una norma con preferencia absoluta o un sistema jurídico ordenado, tema respecto del cual me extenderé en Cap. IV.4.

es aplicable la regla y a cuáles no, en todos los escenarios posibles[424]. Para Miller, incluso en un escenario en el que todas las condiciones de aplicación estén listadas, ello es inútil a menos que tengamos claridad respecto a las circunstancias fácticas que nos sirvan de instanciaciones o ejemplos de las condiciones listadas. Podemos considerar, por ejemplo, que una promesa no es válida si es realizada bajo coacción, pero esto implicaría tener claro qué casos son clasificables como coacción, el cual es un término vago. Es decir, haber considerado y especificado cada circunstancia posible solo traslada la indeterminación a otro nivel interpretativo, pues tendríamos que averiguar qué hechos son clasificables por un término o no, lo cual implica que la duda sobre si una regla se debe seguir o no permanece[425].

Como veremos con más detalle más adelante[426], los problemas de vaguedad actual y potencial que acusa Miller generan incertidumbre respecto a qué casos individuales se subsumen en un caso genérico. Al respecto, cabe señalar que la exclusión de un caso individual como resultado de haber resuelto este tipo de indeterminación es un problema diferente a la derrota o creación de excepciones. En efecto, resolver un problema de vaguedad (actual o potencial) tiene como resultado generar determinación respecto a cómo clasificar un caso, lo cual es un paso previo a determinar si su calificación jurídica debería ser distinta (esto es, si deberíamos exceptuarlo de la norma). En este sentido, es correcto señalar que mediante los lenguajes naturales no podemos clasificar todas las circunstancias habidas y por haber, pero ello es un problema independiente de la creación de excepciones a normas[427].

Este punto nos devuelve al problema señalado líneas atrás: ¿es posible realizar una lista de todas las excepciones a una norma *ex ante* a su aplicación a cualquier caso individual? Miller sostiene que no, dado que: i) no podemos conocer qué tipo de controversias prácticas existirán en el futuro, ni qué casos límite habrán, por lo que no podemos prever todas las circunstancias factibles sobre las que existirá duda sobre si se aplica o no una regla; ii) si decidimos que una lista de condiciones es y será para siempre el conjunto de condiciones de aplicación de una norma, ello puede devenir en inútil, pues tal decisión es

[424] Miller, 1956, p. 267.
[425] Miler, 1956, p. 267. En un mismo sentido, Schauer, 2004, pp. 143-44.
[426] Ver Cap. II.4.
[427] En este mismo sentido, Bayón, 1991, p. 331.

revocable (en caso que renunciemos a revocar, ello puede generar problemas de necedad o de irresponsabilidad por permitir aplicaciones ineficientes o moralmente reprochables); y iii) no existe un criterio que nos permita calificar que una determinada lista es exhaustiva[428]. Sobre el punto ii), profundizaré en el siguiente subapartado.

En relación con i) y iii), esto es, a si es posible una selección de propiedades que sean suficientes para toda valoración de elementos que deberían ser relevantes en todo contexto (presente y futuro) en el que se presente el antecedente de la norma, Hernán Bouvier ha formulado una presentación interesante. Dicho autor considera que esta no es posible dada nuestra incapacidad de conocer completamente el mundo y por ser libres.

Bouvier, para aclarar el punto, propone que pensemos en dos escenarios[429]. Bajo el primero, consideremos que alguien pudiera conocer todas las clases de situaciones posibles en el mundo en relación con cómo y cuándo van a presentarse. Ello quiere decir que el mundo estaría determinado y que esa persona conoce aquello que lo determina. Esto implicaría que: i) existe un ser omnisciente; ii) para él no sería posible hablar del futuro como algo incierto; y iii) no cabrían acciones libres.

El ser omnisciente, por definición, tendría conocimiento de que todo lo que sucede y sucederá. De ello se sigue que no habrían hechos nuevos ni actos libres. Lo primero se debería a que el conocimiento despoja de cualquier carácter novedoso a toda acción o evento a suceder (no hay tal cosa como un evento o acción inédita). Lo segundo, se daría porque la noción de acto libre implica la idea de cambio, pero no hay lugar para pensar en ello, pues para el omnisciente el cambio no existe: conoce todo lo que hay por conocer en el mundo, por lo que no hay tal cosa como un cambio. Un escenario como este es imaginable siempre que no pensemos en la perspectiva humana ni consideremos que la libertad existe.

El segundo escenario propuesto es el de un agente que conoce todas las situaciones posibles, pero no tiene conocimiento del momento en que ocurrirán, si es que ocurren (conoce el cómo, pero no el cuándo). Aquí hay un conocimiento exhaustivo del mundo, pero ignorancia respecto a en qué momento sucederá lo que se conoce. ¿Qué quiere decir

[428] Miller, 1956, p. 268. En un sentido similar, Lucas y Añon, 1990, p. 71.
[429] Bouvier, 2012, pp. 258-262.

que no se conoce cuándo ocurrirá algo? Expone Bouvier que el problema está en que no se pueden prever los sucesos del mundo, lo cual evidencia la existencia de puntos ciegos en el conocimiento. Estos pueden ser, por lo menos, la naturaleza (conocemos todos los fenómenos naturales, pero no podemos predecirla totalmente porque no sabemos cuándo ocurrirá cada uno de ellos) y la voluntad humana (no podemos saber cuando alguien realizará una determinada acción).

Los puntos ciegos sobre la naturaleza y la acción humana implican la existencia de nuevos hechos o la creación de nuevos hechos. Asimismo, ante cada nuevo evento realizaremos una calificación de ellos, esto es, nuevos juicios valorativos[430]. Siguiendo el ejemplo del autor, si llueve (hecho no previsible con certeza) y no usa un paraguas, ello será calificado de «malo», pues afecta a la salud; pero si lo usa, será «bueno», pues preservará su salud. En otro escenario, si llevo paraguas mientras llueve será «malo» si es que en dicha zona hay posibilidad de rayos, pues conllevaría el riesgo de quedar electrocutado.

A partir de esta caracterización, se adopta la prescripción de que no se debe tratar a los antecedentes como clausurados permanentemente. Si bien podríamos conocer las posibilidades de acciones o eventos, su combinación de esta depende del sinnúmero de posibilidades que puedan ocurrir y que no podemos prever cuándo ocurrirán[431]. Bajo esta forma de presentar el punto de Bouvier, se sigue que la idea de identificar una norma a la que no haga falta incorporarle excepciones está prescindiendo o no tomando en serio la idea de novedad. De esta forma, quien sostenga este tipo de clausura se está comprometiendo con no tomar en cuenta el futuro[432].

---

[430] Cabe anotar que la calificación de los actos es posterior a que hayan ocurrido, es decir, podemos describir el pasado y describir pronósticos del futuro, esto es, podemos dar cuenta de juicios probabilísticos ya realizados.

[431] Bouvier concluye: «así que aun asumiendo que la acción humana se restringe a actuar dentro de una naturaleza que lo limita, si se amplía la naturaleza (dicho en sentido metafórico claro está), puede ampliarse el universo de posibilidades de la acción. si a esto se le suma que la acción puede cambiar la naturaleza (presumiblemente no habría antenas sin personas), los problemas de haber identificado todo aquello sobre lo cual debemos decidir moralmente (si somos antirealistas) o aquello que podemos conocer (si somos realistas) vuelven a aparecer». Bouvier, 2012, pp. 262-63.

[432] Bouvier, 2012, p. 263. Luego precisará este punto señalando lo siguiente: «he sostenido que si se acepta que hay conocimiento limitado y libertad, la esperanza de *identificar* una tesis de relevancia última está condenada al fracaso. Si se acepta, en cambio, que hay un sujeto omnisciente de todos los estados del mundo (no meramente uno que los conoce *expost*), entonces la propuesta según la cual es posible conocer la tesis de relevancia última podría ganar alguna (?) plausibilidad. Pero eso supondría, al menos desde nuestra perspectiva, la ininteligibilidad de tal situación. Pues no tendría sentido hablar de seguimiento de reglas, error y reproche». Bouvier, 2012, pp. 345-46.

Cabe anotar que, a partir de la idea de que no es posible determinar todas las posibles combinaciones de circunstancias futuras y las valoraciones que tendremos de estas[433], es posible formular una tesis prescriptiva de la derrotabilidad. Asumiendo la premisa de que nuestros actos deben ser racionales y que sería irracional aplicar una norma sin previamente valorar todas las circunstancias en las que se realiza la acción analizada, entonces los operadores del derecho no deben tratar a una propiedad no valorada como una propiedad irrelevante.

En este sentido, es posible formular una directiva dirigida a todos los aplicadores del derecho (por ejemplo, los jueces) que puede, entre diversas opciones de cómo formularla, presentarse de este modo: «todas las normas deben ser tratadas como normas derrotables» (llamémosle Tesis Prescriptiva de la Derrotabilidad, TPD). El problema de asumir este tipo de tesis prescriptivas es que nos lleva al problema denominado por Ratti como de la paradoja de la derrotabilidad global[434]: si todas las normas pertenecientes al sistema jurídico deben ser tratadas como derrotables y la TPD pertenece a este, entonces la TPD debe ser tratada como una prescripción derrotable. Esto nos llevaría a dos opciones problemáticas: por un lado, la derrota de la TPD implicaría que habría, por lo menos, una norma que sería tratada como inderrotable, lo cual supone negar a TPD; por el otro lado si consideramos que la TPD no se aplica así mismo, entonces no es cierto que todas las reglas deban ser tratadas como derrotables, lo cual supone negar la TPD[435]. Si bien este es un problema teórico interesante, no es oportuno profundizar en él, dado los fines del presente subapartado.

---

[433] Celano ha presentado esta misma idea (imposibilidad de hacer una lista exhaustiva de posibles circunstancias en las que se realice una acción) a partir de dos razones. En primer lugar, es imposible prever los hechos futuros y es posible además que el significado de que las palabras con las que identificamos el mundo cambien, de manera que refieren a cosas nuevas. Dicha variabilidad del contenido semántico es particularmente notoria con el uso de conceptos moralmente gruesos, para los cuales la referencia no es determinada. En segundo lugar, la identificación de qué rasgos son relevantes a ser descritos de cada hecho dependen de los criterios valorativos de cada agente. No necesariamente todos estaremos de acuerdo respecto a qué debe ser considerado pertinente para dar cuenta de un determinado objeto o evento. Ello dependerá de los criterios que haya elegido cada agente. La descripción que se elija determina lo que podrá ser considerado normativamente relevante. En este sentido, si tenemos una infinidad de descripciones posibles, entonces no es posible señalar todas las propiedades habidas y por haber. Celano, 2012, pp. 274-75.

[434] Ver Ratti, 2013a, pp. 309 y ss.

[435] Sobre este punto, conforme lo señalado en la Introducción a esta investigación, no profundizaré dejándolo pendiente para posteriores trabajos. Sobre esta ver, además, Bayón, 2003b, p. 301, Ferrer y Ratti, 2012b, pp. 15 y ss.

En relación con lo visto anteriormente, a modo de resumen, se considera que las normas deben ser tratadas como derrotables dado que no podemos determinar exhaustivamente todas las circunstancias en las que se desarrollará la acción a regular. Esto presupone lo que se podría categorizar como un ideal de la norma perfecta[436], esto es, asumir la tesis de que las condiciones suficientes para el consecuente solo pueden ser identificadas tras haber valorado cada escenario posible en el que se desarrolle la acción[437]. Dado que nuestro conocimiento sobre el mundo y las acciones humanas es incompleto y nuestras valoraciones normativas van variando en función de cómo se combina la interacción acción-mundo, se sigue que no es posible prever toda calificación normativa de la conducta humana de manera previa. De esta forma, sin deliberación y valoración de cada una de las circunstancias en las que se realiza una acción, no se puede hablar de relevancia ni mucho menos de irrelevancia de una propiedad no valorada, sino que únicamente cabe predicar que sobre esta hay indeterminación de respecto a cómo calificar la acción en tal circunstancia. Esto hace del ideal de la norma perfecta, un ideal irrealizable.

Frente a estas tesis, desde el especificacionismo se ha tratado de formular una respuesta esgrimiendo que es posible obtener el máximo grado de especificación de una norma y, con ello, lograr una norma que contengan todas las propiedades potencialmente relevantes. En la teoría del derecho dicha aproximación ha sido adoptada por José Juan Moreso, a efectos de lograr mediante dicha metodología la identificación de normas inderrotables. Paso a su análisis y crítica.

---

[436] Tomo la expresión de Klaus Gunther. Dicho autor, desde las discusiones sobre la fundamentación discursiva de las normas, asumió que una norma debe asegurar, en la medida lo posible, que su contenido sea resultado de haber tomado en consideración de los intereses de cada uno de los destinatarios. Ello, pues asume que una norma estará justificada si cada destinatario está en condiciones de aprobarla (usando razones). Esto supone, como es notorio, que el legislador cuente con un saber ilimitado y tiempo infinito de todas las circunstancias en las que todos los destinatarios pueden encontrarse y cuáles serán todos los efectos que tendrá en ellos. Como bien apunta el autor «debe hacerse presente toda posible situación de aplicación con todos sus posibles rasgos, esto es, una descripción completa. Sólo si se puede suponer que esta condición se cumple, se encuentra cada participante individual en la situación de juzgar en cada situación particular los efectos de un seguimiento general de la norma para sus intereses particulares». Gunther, 1995, p. 278. El resultado sería una norma con un caso genérico fundamentado de forma perfecta, pues contendría una valoración de cada supuesto de aplicación habido y por haber. Este es un ideal irreal, pero ha servido para justificar la caracterización de que las normas (o por lo menos alguna de ellas), poseen un antecedente abierto o débil.

[437] ¿Por qué es pertinente preguntarse si se ha valorado o no un supuesto para predicar el carácter inderrotable o derrotable de la norma? Ello debido a que renunciar a la deliberación, según Bayón, sería abrazar la irracionalidad, lo cual es inaceptable. Bayon, 1991, p. 349. Como es notorio, hay paralelismo entre esta idea y la formulada por Gunther.

3.3.2. Normas inderrotables como normas que poseen la máxima especificación

Una forma de enfrentar la tesis de la inevitable derrotabilidad de las normas y el problema práctico que ello genera es la propuesta de que los intérpretes deben lograr el máximo grado de especificación del antecedente. Esto es, deben realizar una reformulación de las normas a efectos de que se incluyan todas las propiedades potencialmente relevantes. Para alcanzar dicho objetivo, José Juan Moreso formuló una propuesta especificacionista cómo medio para determinar cuál debe ser el alcance de las normas final o irrevisable, esto es, una norma a la que no sea necesario agregarle ninguna excepción adicional (identificar una norma inderrotable).

Cabe precisar que la propuesta especificacionista de Moreso tuvo una pretensión fuerte en un primer momento, esto es, de ofrecer un método que nos permitiese construir normas inderrotables. En un segundo momento, tras una serie de discusiones y reformas, sostuvo que su propuesta nos ofrece normas derrotables, pero que es capaz de establecer, para micro sistemas de normas aplicables, respuestas generales y abstractas. En lo que sigue analizaré ambos momentos y ofreceré algunos puntos críticos a cada uno.

El especificacionismo, como bien lo resume Bruno Celano, nos propone lo siguiente: al enfrentar un conflicto o en la aplicación de una norma relevante a un caso que lleva a una solución considerada inapropiada o insatisfactorias (por un juicio de valor) debemos especificar, esto es, restringir el ámbito de aplicación (o alcance), de una de las normas en conflicto. Entiéndase por «especificar» la inclusión de nuevas propiedades en el antecedente (establecen el dónde, cuándo, porqué, cómo, bajo qué medios, a quién, el por quiénes se debe o no debe ejecutar una acción u otras) a efectos de hacer desvanecer el conflicto[438].

De esta forma, la pretensión teórica es que con las normas especificadas se reconstruye un sistema normativo (idealmente) completo y consistente que ofrece una solución

[438] Celano, 2012, p. 270.

normativa al caso analizado a efectos de que este, y todos aquellos futuros con las mismas propiedades, se resuelvan de manera subsuntiva, y sin necesidad de revisar nuevamente las normas. En este sentido, la propuesta especificacionista tiene como pretensión generar un resultado que nos diga cuándo una norma es aplicable y cuándo no en todos los casos posibles[439].

El reto a enfrentarse parte por considerar que de las circunstancias de los casos individuales se pueden identificar nuevas características a valorar como relevantes, por lo que no es posible formular un caso genérico compuesto por todas las propiedades relevantes habidas y por haber. En otros términos, la tesis ha de demostrar que es incorrecto (o por lo menos a debilitar) concluir que es imposible identificar (de manera exhaustiva) todas las propiedades que deben ser consideradas relevantes para regular una acción. En este subapartado voy a reconstruir (parcialmente) y criticar la propuesta de José Juan Moreso del especificacionismo universalista contextualista a efectos de identificar si aporta un mecanismo adecuado para la selección de propiedades relevantes para la construcción de antecedentes de normas, y, en caso lo tenga, verificar si con este esta consigue o no producir normas que sean inderrotables[440].

i. Determinación de propiedades relevantes

Las descripciones de un hecho o de un objeto son producto de aplicar una serie de criterios que nos permiten distinguir qué aspectos han de ser incluidos en la descripción y cuáles no. Las circunstancias posibles en las cuales pueden realizarse una acción son inagotables y, además, las descripciones de cada una de estas son, también, imposibles de ser establecidas de manera completa[441]. En atención a ello, al hablar de valorar el conjunto de circunstancias posibles no se alude al conjunto de posibilidades infinitas, sino a todas aquellas que cumplan con ciertos criterios de selección[442], esto es, criterios que nos

[439] Miller, 1956, p. 267.
[440] La propuesta especificacionista de Moreso está contenida en Moreso, 2009, 2015, 2016, 2017. En este apartado, debo señalar, no profundizaré sobre el uso del especificacionismo como método de solución de conflictos entre principios constitucionales y la metodología que emplea. Para una profundización sobre dicho aspecto, ver García Yzaguirre, 2019. Asimismo, ver Celano, 2012.
[441] Como bien apunta Taruffo, de cada hecho puede darse una infinidad de descripciones verdaderas. Taruffo, 2009, p. 104.
[442] Por ejemplo, la descripción de hechos en un proceso judicial suele tomar como criterios de selección las propiedades contenidas en el antecedente de una norma. De esta forma, al formular este tipo de descripciones lo que se pretende es mostrar que el caso individual es una ejemplificación o instanciación del caso genérico, por tanto, subsumible. Los criterios de selección que menciono en el texto principal, a

permitan justificar qué propiedades de un caso individual deberían ser valoradas (si calificarlas de normativamente relevantes o irrelevantes). La propuesta especificacionista pretende ofrecer un criterio de selección de criterios sobre cómo valorar las propiedades valoradas.

Moreso considera que, en ciertas circunstancias, es posible reconstruir adecuadamente el alcance de las normas[443]. Para determinar qué propiedades deben ser valoradas y cómo deben ser valoradas, debemos preguntarnos por las razones subyacentes de las normas y elegir, entre las posibles identificaciones de normas, aquellas que no generen inconsistencias dentro del microsistema de normas aplicables a un caso individual. Pero, además de ello, dicha selección está condicionada por la noción de casos paradigmáticos y de que el juzgador posea características específicas. Sobre las razones subyacentes profundizaré en líneas más adelante[444], por lo que en este subapartado daré cuenta del uso de casos paradigmáticos y de rasgos del juzgador como condiciones necesarias para realizar una especificación en su máximo grado.

Nuestras intuiciones permiten establecer qué propiedades deben ser valoradas y cómo deben ser valoradas. Intuiciones que se manifiestan mediante la formulación (o

diferencia de este ejemplo, son formulaciones de estándares de lo que consideramos una descripción correcta de un evento, es decir, una forma de identificar propiedades (sean estas normativamente relevantes o no en función a un caso genérico ya identificado). En este sentido, la fortaleza de este modelo recae, en gran parte, en la capacidad de seleccionar las propiedades relevantes de los casos genéricos. A efectos de presentar el punto preguntémonos ¿qué acciones o hechos son (o deben ser considerados) relevantes? Y ¿la acción o hecho manifestado en la controversia es subsumible o no con la propiedad contenida en el antecedente?

[443] Cabe precisar que Moreso presenta su propuesta como una forma de precisar el alcance de un principio. Por principios este autor ha empleado dos definiciones: por un lado, como normas compuestas por condiciones contribuyentes (Moreso, 2009, p. 277), y por el otro lado como normas con condiciones de aplicación abiertas (Moreso, 2009, p. 315). Moreso está empleando para caracterizar a los principios las formas de representar las normas derrotables. En la primera emplea la definición propuesta por Alchourrón (fp-Op para normas condicionales y fT->Op para normas incondicionales). Cabe precisar aquí me parece que no está asumiendo que el operador de revisión (fp) esté dando cuenta de un antecedente compuesto por propiedades explícitas y propiedades implícitas dictadas por el legislador, sino que lo emplea para predicar que una norma es especificable. Bajo la segunda representación entendiendo por norma derrotable aquella que rechaza el refuerzo del antecedente y el *modus ponens* (sea como (p...)->Oq o como (p>Oq)). Sobre ambas representaciones volveré en Cap. III.4. Para los efectos de este subapartado no es pertinente profundizar si esta es la mejor forma de dar cuenta de los principios, pero sí lo es la pretensión de que el especificacionismo nos permite convertir una norma derrotable en inderrotable. En atención a ello, dejaré de lado el uso del término «principio» y solo emplearé «norma».

[444] Razones subyacentes entendidas como el propósito o justificación de una prescripción. Sobre este punto volveré líneas más adelante en Cap. II3,3.5 y 3.6.

identificación) de casos paradigmáticos[445] reales o hipotéticos[446]. Estos casos deben ser tomados en cuenta a efectos de realizar una reconstrucción adecuada[447].

Los casos paradigmáticos «constituyen el trasfondo inarticulado en el cuál el razonamiento práctico tiene lugar»[448]. Al emplear esta noción realiza un reenvío a Juan Carlos Bayón en una discusión sobre el convencionalismo superficial y el convencionalismo profundo[449], quien recurre a dicho concepto (de casos paradgimáticos) como herramienta explicativa de dicha controversia teórica. Este extremo escapa a los fines de la presente investigación, por lo que no lo reconstruiré con el detalle necesario para conocer sus alcances.

Los casos paradigmáticos en la propuesta de Moreso son situaciones evidentes o incuestionablemente claras[450] (con inmediatez en su reconocimiento), como si esta fuese una propiedad de los hechos que es percibida por una capacidad sensorial de las personas. Como el autor bien expresa, son supuestos en los que indubitablemente una norma es aplicable, y en los que no tomamos en cuenta la posibilidad de que ante un conflicto la norma sea desplazada[451]. Sobre esto, ¿qué cualidades sensoriales deberíamos tener para percibir tal obviedad? Este punto no ha sido aclarado[452].

---

[445] En tal sentido, tienen el propósito de «constreñir el ámbito de reconstrucciones admisibles: sólo son admisibles reconstrucciones que reconstruyen los casos paradigmáticos adecuadamente». Moreso, 2017, p. 211. En el ejemplo que propone Moreso él considera que siempre publicar la noticia verdadera de que un ministro del gobierno ha percibido un soborno por parte de una empresa para obtener un derecho administrativo, es un caso en el que la libertad de información desplaza al derecho al honor. Como bien lo expone, «la admisibilidad de la reconstrucción depende, entonces, de su capacidad de dar cuenta de los casos paradigmáticos. Las dudas sobre cómo ordenar los principios en casos de conflicto ocurren en un trasfondo, a menudo inarticulado, en el cual intuitivamente acordamos en la solución de tales conflictos para determinados casos que, de alguna manera, son obvios para nosotros» Moreso, 2009, p. 272.

[446] Los casos paradigmáticos pueden ser hipotéticos (imaginarios) o reales. Si son hipotéticos ello quiere decir que son casos individuales de un mundo posible distinto al mundo real (pero dicho mundo posible posee los mismos objetos espacio temporales que el mundo real). La diferencia entre lo real y lo imaginario radica en que lo imaginario es la descripción de propiedades o de objetos que son referencias de las descripciones, es decir, un caso inventado o falso. Si son reales, estos son casos ya ocurridos. Moreso, 2009, p. 289.

[447] Moreso, 2009, p. 329.

[448] Moreso, 2017, p. 211.

[449] Bayón, 2002, pp. 78-81.

[450] «Aquellas reconstrucciones de estos derechos que no den cuenta de estas sólidas intuiciones pueden considerarse reconstrucciones *inadmisibles*. La admisibilidad de una reconstrucción depende de su capacidad de dar cuenta de los *casos paradigmáticos*. Las dudas sobre cómo ordenar los principios en casos de conflicto ocurren en un trasfondo, a menudo inarticulado, en el cual *intuitivamente* acordamos la solución de tales conflictos para determinados casos que, de alguna manera, son obvios para nosotros». Moreso, 2002, p. 234. Cursiva es de origen.

[451] Moreso, 2009, p. 289.

[452] Al respecto, Laura Clérico critica que en la propuesta de Moreso este solo anuncia la relevancia de las propiedades y que el resultado de la especificación es indiscutible, pero es omiso en justificar porqué

Por otra parte, cabe preguntarse si los casos paradigmáticos son o no revisables, es decir, si podemos variar o no su contenido, lo cual incide en si la propuesta contiene o no una variable que pueda, efectivamente, constreñir nuestra selección de propiedades en todos los casos, o si es tan cambiante como nuestras preferencias valorativas. Para ello, es pertinente, siguiendo a Moreso, precisar si los casos paradigmáticos son individuales o genéricos, es decir, si alude a supuestos concretos (reales o imaginarios) o a conjuntos de propiedades que sirven para describir acciones o estados de cosas[453].

Para Moreso los casos paradigmáticos son casos individuales[454], por lo que son casos que evidencian formas en que se hacen reconstrucciones conceptuales de lo que se entiende que es un caso genérico. De esta forma, los casos individuales son muestras del trasfondo inarticulado con el cual percibimos la realidad. Las revisiones serían «intentos de articular dicho trasfondo y la admisibilidad de dichas revisiones viene guiada por la capacidad de nuestro esquema articulado de capturar nuestras intuiciones más solidas»[455].

Esto es problemático dado que puede ser el caso que en un determinado espacio-tiempo se identifique un caso individual que posea, además, una propiedad p que ponga en duda si es una instancia o no lo que estaríamos dispuestos a llamar paradigmático, lo que conlleva que, tal vez, no sea un caso paradigmático, es decir, que sea susceptibles de revisión. En efecto, un caso paradigmático es una proposición de cómo una descripción de ciertas acciones en determinadas circunstancias suele ser valoradas normativamente, pero depende de los intérpretes elegir (y justificar) que esta es la mejor caracterización de los hechos. En este sentido, señalar que estamos ante un caso paradigmático resulta ya una decisión valorativa que encubre haber decidido tratar a toda propiedad adicional a las propiedades caracterizadas en el caso paradigmático como irrelevantes[456].

---

considera esto. Ello podría hacernos recurrir a otros métodos interpretativos que se pretende evitar. Sobre tal punto «la razón por la cual aceptamos estos giros es que los casos paradigmáticos de trasfondo son muy conocidos. Sin embargo, frente a otros casos no estaríamos tan dispuestos a aceptar la justificación de lo que sostiene, por ser los casos novedosos o trágicos o sumamente difíciles. En estas ocasiones la ponderación propiamente dicha parece ser —por ahora— inevitable». Clérico, 2012, pp. 143-44.

[453] Moreso, 2009, pp. 289 y ss.

[454] Moreso, 2009, p. 289.

[455] Moreso, 2009, p. 289.

[456] Volveré sobre esta crítica al discutir la noción de casos fáciles y difíciles en Cap. II.3,3.6.

Sobre este punto tenemos algunos problemas adicionales. Como bien apunta Hernán Bouvier[457], sobre las primeras decisiones sobre casos paradigmáticos (aquellas que nos permiten determinar que lo son) no hay aplicación de un modelo subsuntivo de normas que identifiquen este tipo de casos que precedan la decisión. Es decir, si hemos determinado qué propiedades deben ser consideradas normativamente relevantes a partir de un caso paradigmático, y este último es elegido por el juez para justificar su decisión, entonces cae en circularidad. En efecto, la norma es determinada por el caso paradigmático y para saber que era un caso paradigmático creó una norma a partir del caso individual.

Sostener que se obtienen propiedades generales de un caso individual y después aplicarlas por subsunción a ese mismo caso individual, es lo mismo que decir que ese caso pertenece a la clase de ese tipo de casos. Si digo que la muerte de una persona famosa tiene las propiedades a y b, siendo que a y b las he obtenido de ese caso individual, no se ha agregado nada.

Este último punto nos lleva a otro tipo de problemas de entender los casos paradigmáticos como casos individuales. Un mismo conjunto de descripciones de hechos puede ser caracterizado empleando una multiplicidad de categorías jurídicas, de manera que puede ser una instanciación de diversas normas. De esta manera, sostener que hay un caso individual que debe ser empleado para guiar las valoraciones, solo traslada al intérprete la duda sobre cuál es la mejor manera de entenderlo[458].

En relación con las características del juzgador, considera que solo una persona virtuosa está en disposición para establecer, adecuadamente, el conjunto de situaciones o estados de cosas en los que se puede presentar una determinada propiedad[459]. Por virtud entiende el rasgo del carácter (dimensión permanente en su estructura intelectual y emocional) que guía a la persona que la posea a acciones correctas (generosas, valientes, benefactoras, etc.). En efecto, para este autor las virtudes conducen al saber práctico[460] en nuestro caso,

[457] Bouvier, 2012, pp. 331-32.
[458] Sobre este punto vinculado a los problemas de entender la identificación de la *ratio decidendi* de los precedentes a partir de los hechos de caso ver Núñez Vaquero, 2020.
[459] Moreso, 2015, p. 192.
[460] Parte de la premisa de que el más valioso es la creencia verdadera (en su descripción de la misma: que sea dignas de crédito). En obtención, debemos averiguar y emplear los medios que sean lo suficientemente fiables para sostener que la creencia se encuentra justificada, pero ello no es suficiente. En efecto, «el valor

a que el sujeto pueda comprender cuándo la elección de una propiedad es acertada o equivocada para construir, con pretensión de exhaustividad, un caso genérico. De esta forma, la fiabilidad de los medios para obtener creencias justificadas está entrelazada con la responsabilidad del agente que toma decisiones.

En el derecho esta fiabilidad de los medios para obtener creencias justificadas, bajo la perspectiva de una racionalidad práctica basada en la subsunción, está relacionada con la idea de universalidad. Para ello, es necesario identificar cuáles son las propiedades suficientes para el consecuente. Para responder a dicha pregunta, se postula que es necesario que los jueces sean personas sensibles, en el sentido de que puedan identificar adecuadamente el conjunto de situaciones o estados de cosas en los que se puede presentar una determinada propiedad, con la sabiduría de determinar las propiedades relevantes en las particulares circunstancias del caso. Dado que es una justificación práctica, esta persona debe ser virtuosa. Esta ha de poseer virtudes intelectuales o dianoéticas, con especial énfasis en la frónesis (sensibilidad para captar la experiencia humana y sus particularidades). En breve, postula que el juez debe tener la capacidad de reconocer lo moralmente sobresaliente[461].

En este sentido, la frónesis es condición necesaria para un proceso de especificación, pues solo con dicho rasgo se podrá «modelar la situación y seleccionar los rasgos verdaderamente relevantes de un problema normativo es sólo accesible a los evaluadores virtuosos»[462]. Éste extremo de la propuesta posee incidencia institucional, pues se postula un deber ser sobre los jueces (o más preciso, una prescripción dirigida a las autoridades que determinan quiénes serán jueces).

De este punto se siguen, por lo menos, dos problemas. Por un lado, que se tendrían que diseñar reglas en materia de selección de jueces que permitan clasificar quienes son

epistémico del razonamiento de aplicación del derecho no dependería solamente de la fiabilidad del mecanismo procedimental, el proceso de las cinco etapas, de toma de decisiones morales o jurídicas, sino también de las virtudes de aquellos que toman las decisiones». Moreso, 2015, p. 193.

[461] Moreso, 2015, p. 196. Para una presentación clara y breve de la virtud de los jueces como capacidad perceptiva ver Amaya, 2019. En un sentido contrario a esta idea, cabe resaltar que, si tuviéramos jueces con estas características, entonces no sería necesaria la noción de regla ni de razonamiento jurídico. Como bien anota Schauer «[e]n una sociedad gobernada por los sabios y los buenos, el razonamiento jurídico parece ser, simplemente un obstáculo. Y en esa sociedad, si pudiera existir alguna vez, el Imperio de la Ley sería por menos superfluo y, muy probablemente, pernicioso». Schauer, 2013a, p. 27.

[462] Moreso, 2015, p. 197.

virtuosos y se excluya a quienes no lo son. ¿Cómo podríamos postular un caso paradigmático de juez virtuoso? ¿hace falta ser virtuoso para reconocer que existe virtud en otro? Si se exige virtud y las propiedades para identificarla en alguien o en algo solo son reconocibles por quien la posee, resulta una exigencia que deviene en circular y, por tanto, poco contributiva para construir una teoría sobre selección de propiedades.

Por el otro lado, si se postula que los jueces (o, por lo menos, los «buenos» jueces) serían aquellos que poseen frónesis, entonces no parece tener mucho lugar sostener que se deben tomar en cuenta los casos paradigmáticos. Es suficiente tener un agente con dichas virtudes, el resto resultaría o bien redundante a lo que pueda ofrecerle tal cualidad o bien admitir la posibilidad de tener inconsistencias entre criterios (por ejemplo, en caso el ejercicio de la frónesis considere que una propiedad no debería ser relevante, pero conforme al caso paradigmático si debería serlo).

ii. Selección irrevisable de propiedades relevantes

Si bien la propuesta de determinación de propiedades relevantes no es satisfactoria, es pertinente ahora analizar si, en caso que lo fuese, lograría los propósitos para los que fue propuesta. En las líneas siguientes, analizaré si el especificacionismo puede garantizar resultados irrevisables del conjunto de propiedades relevantes.

En un primer momento, Moreso consideró que, tras el empleo de los métodos de determinación de propiedades relevantes (los vistos en el apartado anterior) se crea un sistema normativo completo y consistente. De esta forma, hemos de introducir en el antecedente todas aquellas propiedades que permitan dar cuenta de las razones subyacentes (o propósitos) de las normas, de los casos paradigmáticos, y que sean producto de la frónesis del juzgador. Ello debiera producir que no tengamos «más deberes derrotables, los deberes que surgen de la reformulación, de la explicitación de las asunciones implícitas, de los principios en conflicto que permite subsumir los casos individuales en algunos de los casos genéricos disponibles»[463].

[463] Moreso, 2009, p. 281.

Ahora bien, este mismo autor es expreso en reconocer que los jueces pueden cuestionar la relevancia de las propiedades elegidas, sea por considerar una (o algunas) no sea(n) relevante(s), o que el aplicador del derecho considere que es necesario incorporar una nueva propiedad. En relación con esta segunda posibilidad, se está dando cuenta de que los aplicadores del derecho, ante nuevos contextos emplean la técnica del *distinguishing* o argumento de la disociación[464].

El problema de reconocer este punto es que implica rechazar aquello que se estaba pretendiendo afirmar: la posibilidad de identificación de propiedades de manera irrevisable. Retomemos algunos puntos. ¿Cuál es la razón por la que entendemos que una norma opera como norma derrotable, es decir, susceptible de no ser aplicada considerando condiciones implícitas? Según Moreso, el razonamiento moral permite calificar de aceptable o no un resultado a la luz de cada circunstancia del caso[465]. Si asumimos que estamos frente a normas inderrotables es posible que en algunos supuestos la aplicación de la norma a un caso individual genere repercusiones éticamente insoportables. Lo cual nos lleva a la pregunta, ¿existe alguna razón que evite que el resultado de la revisión sea inmune a esta fuente de la derrotabilidad? A falta de una justificación expresa, entendemos que no.

Bruno Celano, con precisión, ha señalado que Moreso no ofrece razones que permitan demostrar la existencia de normas con especificaciones irrevisables. Ello, en síntesis, por las siguientes razones: i) según Moreso, las normas resultantes de un proceso de especificación operan como condicionales estrictos, esto es, inderrotables. Si esto fuese así, en aquellos casos en los que dichas normas entren en contradicción con otras normas llevaría a conflictos sin solución y, de ser el caso, a resultados éticamente inaceptables, por lo que para evitar ello tendríamos que entender estas normas como derrotables; ii) la fuente de la revisión (derrotabilidad) surge de haberle atribuido relevancia a los razonamientos morales y de que las razones morales nos sirvan como sustento para

[464] «[D]e esta manera da cuenta de todos los casos decididos en el pasado, pero con la introducción de un universo de casos más fino resuelve el actual y establece un criterio para resolver los del futuro». Moreso, 2009, p. 282.

[465] En palabras de Celano «lo que nos importa es, ante todo, la composición y articulación de los valores expresados por los principios constitucionales en un marco coherente, razonablemente pormenorizado, que no contradiga nuestras intuiciones morales, y que esté en condiciones de proporcionar directivas precisas de conducta que permitan garantizar la optimización de todos y cada uno de los valores en cuestión respecto de los demás». Celano, 2009b, p. 239.

precisar el antecedente. Si esto es así, ello nos lleva a siempre tratar a las normas como derrotables[466], por lo que no sería coherente asumir una norma inderrotable; y iii) no existe razón que impida que las mismas razones por las cuales consideramos a una norma como derrotable no sean aplicables a los resultados de la especificación. En breve, la propuesta de Moreso no consigue demostrar la existencia de normas con revisión estable, es decir, normas inderrotables.

Celano, además, es preciso en poner de manifiesto un problema de consistencia en la teoría. Pensemos en el escenario en el que el aplicador del derecho considere que se debe modificar por lo menos una propiedad del caso genérico porque considera que el conjunto de propiedades elegidas es insatisfactorio debido a no que incluyó una propiedad normativamente relevante. En dicho escenario, la propuesta teórica admite que el aplicador del derecho pueda realizar un *distinguish*. Es decir, para resolver este tipo de casos, no se empleará el sistema de normas previamente creado, sino que se empleará uno nuevo con más propiedades relevantes (distinguir entre circunstancias que antes no se había distinguido).

Al haber introducido la posibilidad del *distinguishing* se reconoce que el resultado de la especificación no es una revisión estable. En efecto, al quedar abierta la posibilidad de que tras valorar nuevas circunstancias no se siga la consecuencia normativa, operarán precisamente, como *defeaters* del deber revisado; en otros términos, no será efectiva la ley del refuerzo del antecedente (será una norma derrotable)[467].

Esta dificultad ha sido reconocida por Moreso[468], lo cual ha incidido en el replanteamiento de sus objetivos. Las objeciones de Celano de estimar inviable la posibilidad de establecer

[466] «Lo que nos importa es, ante todo, la composición y articulación de los valores expresados por los principios constitucionales en un marco coherente, razonablemente pormenorizado, que no contradiga nuestras intuiciones morales, y que esté en condiciones de proporcionar directivas precisas de conducta, que permitan garantizar la optimización de todos y cada uno de los valores en cuestión respecto de los demás». Celano, 2009b, p. 239.

[467] Celano, 2009b, pp. 243-44.

[468] Cabe resaltar que Moreso inicialmente esgrimió una defensa sosteniendo que al usar el *distinguish*, por la que se incorporaba o eliminaba una propiedad relevante, ello solo implicaba que el aplicador del derecho había asumido, valorativamente, que la tesis de relevancia del universo de casos era inadecuada, por lo que es necesario ser más fino, lo que puede implicar que entre la tesis de relevancia y la hipótesis de relevancia igual existan casos resueltos de la misma manera autorizando, en nuestro ejemplo, la no venta de los indicados productos. Esto conlleva que en algunos casos sea posible decir que se decidió bien y a la vez se puede ir afinando el universo de casos (generando universos de casos más finos), hasta alcanzar el universo de casos definitivo, generado por la tesis de relevancia última, es decir, dicha tesis sí existe, pero hay

revisiones estables a las normas derrotables ha tenido como consecuencia que la propuesta haya sido recalibrada y tenga nuevos objetivos.

La aplicación del *distinguish* implica un cambio de sistema normativo que puede conllevar a la inclusión de otras normas relevantes en la etapa de identificación de las normas aplicables al ámbito de acciones. Si cambian las normas aplicables, cambian las propiedades relevantes, y si cambia uno o ambos, hay un nuevo sistema normativo con el que se resuelve el caso. En este contexto, los casos previos no son susceptibles de ser entendidos como errados ni incompletos, sino que propios de otro sistema.

Conforme a esta síntesis de la propuesta, corresponde precisar lo siguiente: para los casos que comparten un conjunto de propiedades seleccionadas por determinas normas, tendrán una solución general y abstracta. En este sentido, tendrán una respuesta que posee universalidad, pero de manera limitada, dado que es solo relativa a conjuntos de propiedades relevantes así seleccionadas. De esta forma, las normas son empleadas para crear un sistema normativo que, con las propiedades relevantes determinadas, resuelve todos los casos relativos a un universo de casos. Como bien apunta: «se trata de una generalidad relativa, a un universo del discurso (un conjunto de acciones humanas) y a un subconjunto de principios que seleccionan un conjunto completo de propiedades relevantes»[469]. De esta forma, la propuesta especificacionista, según Moreso, ondula entre lo *ad hoc* y lo general[470].

Ahora bien, si se varía el conjunto de propiedades relevantes, entonces dejan de ser decisivas: solo podrían serlo para todos los casos habidos y por haber si es que fuese

indeterminación si incluye o no una propiedad (Moreso, 2009, p. 288). Esta defensa fue posteriormente abandonada. Como bien indicaría posteriormente «podríamos tratar de generar un conjunto coherente de reglas condicionales no-derrotables tratando de especificar todas las circunstancias posibles. No obstante, incluso si esta es una posibilidad conceptual –que no lo creo-, llevarla a cabo sería una tarea enormemente compleja, para no mencionar el hecho de que dicho conjunto se convertiría en una serie de reglas inmanejable e incapaz de guiar el comportamiento, y la aplicación judicial del derecho requiere la justificación de las decisiones individuales mediante reglas, principios o pautas aptas para guiar el comportamiento de los jueces». Moreso, 2016, p. 4.

[469] Moreso, 2017, p. 214.

[470] Moreso, 2017, p. 216. Bajo esta formulación su postura se distancia de Richardson para quien la especificación es una vía autónoma entre la aplicación directa de normas al caso (satisfecho el antecedente se aplica la consecuencia normativa) y el balancear razones aplicables al caso de manera intuitiva. Al respecto, Richardson, 1990, pp. 283-284.

posible crear una tesis de relevancia última, pero ello es imposible[471]. En este extremo. la propuesta de Moreso abandonaría la pretensión de universalidad (solo podrían formarse sistemas completos y coherentes en función de contextos delimitados) y la relevancia de las propiedades quedaría a sujeta a las preferencias de los intérpretes. En breve, el conjunto de propiedades relevantes dado, al ser decisivo, es universal en ese contexto[472], pero no necesariamente en otros. De esto se sigue que la propuesta de Moreso es especificacionista (convierte en normas condicionales las que eran incondicionales), universalista (resuelve todos los casos que posean las propiedades del problema normativo establecido) y contextualista (relacionado a un universo del discurso que posee un conjunto de propiedades relevantes delimitadas).

Como podemos ver, la propuesta especificacionista nos regresa al punto de inicio: las normas han de ser entendidas como derrotables debido a que no podemos preever todas las circunstancias en las que se presenta la acción a regular. Esto nos muestra que dicha propuesta teórica es útil para solucionar problemas normativos, pero no para sostener que las normas no sean necesariamente derrotables antes de cada aplicación. A este punto, volvamos a la pregunta postulada líneas atrás ¿qué implica sostener que las normas son derrotables bajo estos postulados? ¿necesariamente las normas deben ser tratadas como derrotables?

3.3.3. Normas derrotables como normas sin regla de clausura de la relevancia de las propiedades

[471] «Sería suponer que un ordenamiento constitucional está en condiciones de ofrecer una lista definitiva de propiedades relevantes capaz de articular en un sistema coherente todos los conflictos posibles. Considero esta posibilidad ya no un ideal, sino una ilusión. Esta es la parte que de verdad que debemos conceder al particularismo». Moreso, 2017, p. 216.

[472] Las reglas obtenidas por la metodología indicada serían solo aplicables en los casos que poseen dichas propiedades; cuando en un caso existe una circunstancia diferente es sensato diseñar una nueva codificación con una nueva propiedad. En términos de Moreso, «debemos admitir que no hay una forma estable de llevar a cabo la revisión de todas nuestras generalizaciones derrotables y transformarlas en generalizaciones concluyentes. La idea de que somos capaces de fijar todas las propiedades naturales relevantes en una forma exhaustiva es nada más que una ilusión: las combinaciones posibles de las propiedades potencialmente relevantes no pueden ser agotada». Moreso, 2016, p. 12. Por lo tanto, el especificacionismo universal no es alcanzable, pero si lo es un especificacionismo universal contextual.

Como habíamos visto al inicio del presente suapartado, para un grupo de teóricos del derecho las decisiones jurídicas que califican normativamente una acción son racionales si han tomado en cuenta (esto es, realizan juicios de valor normativos) todas las circunstancias en las que esta se realizó. Dado que no podemos hacer este tipo de evaluaciones respecto de eventos futuros, postulan que las normas jurídicas deben ser tratadas de manera que tengan un antecedente indeterminado e indeterminable, esto es, compuesto por condiciones que no son suficientes para que se siga la consecuencia normativa. En otros términos, consideran que las normas jurídicas son derrotables (rechazan el refuerzo del antecedente y el *modus ponens*).

Tomando en cuenta esta idea, cabe reiterar y resolver la pregunta ¿necesariamente toda norma jurídica es derrotable por no haberse considerado en su identificación todas las circunstancias presentes y futuras en las que pueda manifestarse la acción regulada? Para ello, retomaré algunas de las ideas de Juan Carlos Bayón, a efectos de reconstruirlas y criticarlas en este subapartado.

Dicho autor sostiene que en algunas prácticas jurídicas se pueden identificar convenciones respecto a cómo los aplicadores del derecho deben tratar a las propiedades no contenidas en el caso genérico de una norma ya identificadas. Puede ser el caso que deban regirse por una regla de clausura de las propiedades, esto es, una prescripción que califique la relevancia de todas las propiedades que no hayan sido valoradas (no se les haya atribuido relevancia normativa) de manera expresa. En otros términos, esta regla determina si los aplicadores del derecho deban considerar o no que las propiedades contenidas en el caso genérico de una norma operan como condiciones suficientes para el consecuente normativo.

Dicha regla de clausura de las propiedades puede estar formulada en los siguientes términos: «toda propiedad no considerada relevante es irrelevante». El escenario que nos propone Bayón es considerar que esta regla opera como una prescripción dirigida a los aplicadores del derecho[473]. En este sentido, si una propiedad no forma parte del conjunto

[473] Bayón, 2003a, pp. 186, 190, 203. Rodriguez, 2003b, p. 216. En este mismo sentido Schauer expuso «cualquier sistema de reglas podría contener una regla por defecto (o de clausura) que disponga que cualquier hecho no cubierto por las reglas existentes debe tratarse de cierto modo. Por ejemplo, un sistema jurídico podría contener una regla que disponga que no puede atribuirse responsabilidad a menos que el fundamento para hacerlo resulte manifiesto en el sistema existente de reglas. Aunque esto no eliminaría la

de propiedades que conforma el caso genérico, entonces deba ser tratada como una propiedad irrelevante. Esto generaría, como vemos, que se debe tratar a las normas (sobre las que se predica dicha regla de clausura) como normas inderrotables. En cambio, ante la ausencia de tal convención interpretativa, esto es, la falta de tal regla de clausura de las propiedades, y juntamente con una exigencia de racionalidad como la expuesta en el subapartado anterior (debemos evaluar la relevancia de toda propiedad no evaluada para obtener una norma racionalmente justificada), se sigue que el aplicador del derecho deba tratar a las normas como normas derrotables[474].

El punto que me interesa analizar para los propósitos de este subapartado es la operatividad de esta regla de clausura de propiedades como una norma dirigida a los aplicadores del derecho. Al respecto, paso a precisar algunos aspectos relevantes de esta propuesta.

En primer lugar, que un aplicador del derecho trate a una norma como una norma derrotable por carecer de una regla de clausura de propiedades es una forma de expresar que para dicho agente la norma que ha identificado tiene un antecedente indeterminado[475].

---

vaguedad potencial que podría derivarse de hechos nuevos que se ubican en el límite de lo que antes se consideraba claro, si eliminaría gran parte de la dificultad que se presenta ordinariamente debido a la ocurrencia de hechos que no han sido tratados por las reglas existentes. Es sólo porque el sistema jurídico pretende regular todas las conductas humanas (…), y sólo porque no está dispuesto a tolerar las consecuencias de semejante regla de clausura al hacerlo, que a partir de ello los hechos inesperados crean el problema jurídico que crean». Schauer, 2004, p. 258, pie de pág. 38.

[474] Como ya hemos visto líneas atrás, hablar de reglas de clausura puede ser entendido de diferentes maneras dependiendo de si se está formulando una norma o una proposición normativa (como una descripción de una norma perteneciente a un determinado sistema normativo). Veamos este punto:

1. Si es considerado una norma, entonces está regulado en un determinado sistema normativo que toda propiedad no haya sido valorada está calificada como irrelevante. Esto implica que los aplicadores del derecho no podrían incorporar excepciones por un acto de construcción jurídica.
2. Si es considerado una proposición, entonces «irrelevante» puede ser entendido como una proposición negativa o como una proposición positiva. Como proposición negativa quiere decir la descripción de que en el sistema normativo no pertenece ninguna norma que califique la propiedad de irrelevante o de relevante. Esto sería una forma de señalar que si una propiedad no tiene una atribución de relevancia o irrelevancia es debido a que no hay norma que así lo haga (como podemos ver, una trivialidad). Como proposición positiva, en cambio, da cuenta de una proposición que describe que en el sistema normativo pertenece una norma que califica de irrelevante toda propiedad no valorada expresamente por una norma.

Asimimso, Rodríguez y Sucar, 2003, pp. 140-41. Ratti, 2013a, p. 123. Ver, además, lo señalado sobre la noción de regla de clausura regla como norma que califica deónticamente todas las propiedades que no hayan sido calificadas de manera expresa por alguna norma del sistema como forma de generar sistemas normativos completos: Cap. II.3,3.2.1.

[475] En este punto es oportuno reiterar la precisión que la tesis que estoy analizando es sobre normas y no sobre posibles significados atribuibles a una disposición. La determinación de qué propiedades son relevantes es resultado de haber interpretado una disposición. En este sentido, la presencia de una regla de clausura podría ser interpretada como una directiva interpretativa que forma parte del proceso interpretativo que limita las posibles atribuciones de significado únicamente a normas expresas y restringiendo a normas

En estos supuestos, el aplicador del derecho deberá (al momento de resolver un problema normativo) realizar juicios valorativos sobre las circunstancias presentes en el caso individual que está analizando a efectos de determinar si a alguna propiedad no previamente valorada ha de atribuirle relevancia normativa. De considerar que una propiedad (no prevista en el antecedente de la norma) debe ser relevante y decidir atribuir relevancia, ello conllevará introducir una nueva propiedad en el antecedente de la norma, de manera que ahora el caso genérico será más fino. Ante dicho resultado, el caso individual sobre el que debe decidir no le será aplicada la consecuencia normativa que, en un primer momento, parecía que debía aplicarse.

A efectos de describir dicha indeterminación algunos autores sostienen que una norma derrotable es una norma con un antecedente *abierto,* pero ello es una expresión poco clara. De lo que están dando cuenta es de una decisión interpretativa de mantener indeterminado el alcance de la norma, esto es, de no haber clausurado el conjunto de propiedades que compone el caso genérico[476]. Ello puede ser representado como un resultado de tratar a las normas con un antecedente debilitado o entender que la conectiva entre el antecedente y el consecuente no puede ser de implicación material, pero estos son aspectos sobre los que profundizaré en el Capítulo III de la presente investigación[477]. El punto que me

implícitas. Esto sería una manera de decir que la relevancia de una circunstancia dependerá de qué métodos interpretativos elija el intérprete y qué resultados de este de preferencia. Asimismo, dependerá de cómo resuelva las inconsistencias normativas generadas a partir de las normas expresas que identifique. Así, dentro del proceso interpretativo, la relevancia de las propiedades dependería de cómo se interpreta cada texto y las relaciones entre significados *prima facie*. En este sentido, por ejemplo, Ratti, 2013a, p. 123. Pero esto solo sería dar cuenta de reglas de preferencia dentro de la reinterpretación de disposiciones, siendo el punto cómo caracterizar los resultados interpretativos (no se está discutiendo sobre significados *prima facie*, en términos de Guastini, sino sobre normas identificadas)

[476] Richard Tur, tras haber realizado un análisis de diversas decisiones jurisdiccionales, considera que los jueces al tratar a una norma como derrotable (entendido ello como normas que carecen de una regla de clausura de propiedades o, como algunos autores llaman, abiertas), están identificando las normas bajo la siguiente fórmula canónica: «Si A (caso genérico), entonces B (conducta deónticamente calificada), a menos que: i) esté presente una excepción que sea conocida y expresamente prevista, o esté por establecerse; o ii) esté presente una consideración superadora que puede ser formulada por un argumento de equidad, política pública, misericordia, propósito de la norma, protección de algún derecho fundamental o por alguna objeción convincente». Tur, 2001, p. 368. La propuesta de este autor es útil para describir cómo cierta práctica judicial (anglosajona) han entendido las normas (especial por poner de relieve tópicos que emplean los jueces al momento de crear excepciones o derrotar normas), pero esta no es adecuada como modelo reconstructivo. Entre i) y ii) hay niveles de análisis diferente cuya relevancia es confundida en la propuesta de Tur. Dentro de i) está representada la idea de tratar a las normas como normas derrotables, en cambio, en ii) están listadas (de manera ejemplificativa y no exhaustiva) razones que los jueces suelen usar para crear la excepción. Como vemos, ambos puntos no son alternativas, sino que entre ellos hay una relación de justificación, de manera que esta fórmula no es idónea para dar cuenta de qué implica una norma derrotable. No obstante, como había señalado, sí genera un grado de claridad para retratar a la práctica siempre que no perdamos de vista la precisión señalada.

[477] Las normas que carecen de regla de clausura de propiedades pueden ser representadas de dos maneras equivalentes, pero nos permiten poner de relieve aspectos distintos. Por un lado, podemos usar

interesa resaltar en este momento es que tratar de esta manera a las normas por parte de los aplicadores del derecho implica que consideran que estas no son suficientes para justificar decisiones[478], pues asumen que será necesario valorar el conjunto de propiedades presentes en el caso individual a efectos de identificar condiciones suficientes para el consecuente.

En segundo lugar, que una norma sea tratada como derrotable o inderrotable refleja, además, los juicios del intérprete respecto a cómo la norma guía la conducta. Ello en dos sentidos: i) si podemos hacer inferencias prácticas con cada uno de estos tipos de normas; y ii) si son normas que pueden ser empleadas en las decisiones de los aplicadores del derecho.

Si las propiedades contenidas en el antecedente de una norma no son condiciones suficientes para que se de el consecuente, entonces de ella no podríamos realizar ninguna inferencia práctica (no operaría el refuerzo del antecedente ni el *modus ponens,* de lo que se sigue que no podemos formular normas derivadas o, en otros términos, no podemos conocer el alcance de la norma). En efecto, de la verificación del antecedente no se puede inferir el consecuente, porque no puede excluirse la posibilidad de excepciones que

representaciones formales que tengan debilitado el antecedente, esto es, (p.¬r…). Lo que se está diciendo es que, si se da p y no se dan una serie de propiedades indeterminadas, entonces será obligatorio q. Es decir, no están determinadas las condiciones de aplicación de la norma. Por el otro lado, podemos usar representaciones formales que tengan debilitada la conectiva, esto es, p>Oq. Ello puede ser entendido de dos formas: o bien para sostener que la norma no se rige por el refuerzo del antecedente ni por el modus ponens (esto es, para dar cuenta del mismo problema que se mostró con debilitar el antecedente), o bien como una manera (poco adecuada) para dar cuenta de que el antecedente p, junto con sus presupuestos implíctos, opera como una condición suficiente (esto es, como una forma de expresar *f*p-Oq)). Sobre estos puntos profundizaré en Cap. III.4.

[478] Cabe anotar que Fernando Atria también ha presentado esta misma idea, pero empleando una terminología diferente. Dicho autor considera que la aplicabilidad de las normas depende de si el caso particular analizado es un caso normal o anormal. La normalidad y la anormalidad está determinada por criterios axiológicos, esto es, tendremos un caso normal si el caso particular, además de ser una instanciación del caso genérico contenido en la norma, genera efectos moralmente aceptables. Los casos anormales, en cambio, también son instanciaciones de la norma, pero que producen resultados moralmente inaceptables. En este escenario, no podemos mantener cerrado un antecedente, pues siempre será posible que tengamos un caso particular que presente consecuencias axiológicas insoportables. Atria, 2001, pp. 99, 179-83. Al respecto, también ver Alonso, 2010, pp. 294 y ss. Rodríguez, 2019, pp. 74. Esta presentación de la derrotabilidad tiene dos problemas: i) las normas secundarias son aptas para esclarecer cómo aplicar una norma con un antecedente indeterminado, de manera la crítica de Atria debería estar enfocada a pérdida de aplicabilidad externa y no a un problema de identidad de la norma (este punto será analizado en Cap. III.3,3.2,3.2.3); y ii) si el punto es criticar que los intérpretes pueden variar el contenido del antecedente con base en preferencias valorativas, entonces está dando cuenta de la posibilidad que poseen los aplicadores del derecho de hacer reinterpretaciones, de manera no está justificado por qué considerar que hemos de dejar de lado el uso del refuerzo el antecedente y el *modus ponens* para dar cuenta de normas *prima facie* (en el sentido empleado por Guastini expuesto líneas atrás, como primera interpretación). Sobre el vínculo entre normalidad y derrotabilidad volveré en el Cap. III.4.

restrinjan el alcance de la regla. De ello se sigue que estamos frente a una norma sin capacidad de guiar la conducta, lo que estas ofrecerían sería una *rule of thumbs*[479], esto es, una norma que establece qué propiedades suelen ser considerados normativamente relevantes al momento de calificar una acción, pero no son por sí mismas determinantes[480]. Si las normas derrotables operan (a nivel práctico) de esta forma, entonces de ellas no es posible ofrecer una solución normativa a cada caso, de manera que siempre será necesario que el aplicador tome decisiones discrecionales respecto a qué valorar para aplicar una consecuencia[481].

En cambio, si las propiedades contenidas en el antecedente de una norma son condiciones suficientes para que se de el consecuente, entonces en cada caso individual en el que se verifiquen las propiedades contenidas en el caso genérico (sea una instanciación o ejemplificación de este), se infiere el consecuente normativo. En este sentido, podremos decir que la norma será internamente aplicable.

En relación con si las normas inderrotables y las derrotables son normas que pueden ser empleadas en las decisiones de los aplicadores del derecho, profundizaré en el Cap. III.3,3.2, pero por el momento señalaré, brevemente, algunas precisiones. Como hemos visto líneas atrás[482], para que una norma sea externamente aplicable es necesario que esta forme parte del sistema de normas aplicables al caso individual (el aplicador del derecho tenga una prescripción de emplear la norma la justificación de sus decisiones jurídicas). En este sentido, diremos que una norma es aplicable (sea esta inderrotable o derrotable) siempre que un criterio de aplicabilidad así lo prescriba.

---

[479] «[L]a norma [derrotable] se acepta como una mera regla de experiencia (*rule of thumb*), lo que implica que solamente a partir de ella no es posible derivar ninguna solución concreta respecto de ningún caso particular, puesto que para llegar a establecerla siempre será necesaria una evaluación, que por hipótesis no estaría guiada por criterio alguno proporcionado por el sistema normativo, acerca de la relevancia o irrelevancia de cualesquiera propiedades el caso concreto distintas de las que define el supuesto de hecho de la norma derotable». Bayón, 2003a, pp. 187-88. Rodríguez, 2003b, p. 221. En este mismo sentido, Marmor señala que si carecemos de determinación del conjunto de propiedades suficientes para el consecuente ello sería equivalente a sostener que la norma se aplica a menos que aparezca algo por lo cual no se debe aplicar, lo cual no es de mucha (o ninguna) utilidad práctica. Marmor, 2016, p. 24.

[480] Goldman, 1997, p. 581.

[481] Cabe agregar que tratar a una norma como derrotable tiene el problema de que no podemos identificar conflictos normativos con ella. Al rechazar el refuerzo del antecedente y el *modus ponens* hace imposible deducir normas derivadas y sin ellas no podemos detectar inconsistencias (ver lo expuesto en Cap. IV.2). Si esto es así, entonces a lo que se compromete el aplicador del derecho al tratar de esta forma las normas no solo se limita a la indeterminación del alcance de la norma, sino a renunciar a la noción de conflicto normativo como herramienta para analizar los sistemas jurídicas.

[482] Ver Cap. I.4,4.1.2.

Las normas inderrotables no parecen generar mucha discusión respecto en qué casos son internamente aplicables, pues bastaría verificar la ocurrencia o presencia de las propiedades contenidas en el caso genérico. ¿Cómo determinamos que una norma derrotable es internamente aplicable? Los aplicadores del derecho deben seguir reglas secundarias[483] que regulan su comportamiento en los procesos de toma de decisiones jurídicas. Dentro de estas, se dispone de reglas que regulan la calificación de hechos conforme a la información disponible en el proceso. Esto es, reglas que forman parte de un sistema de reglas probatorias que permiten tomar decisiones justificadas en escenarios de información incompleta sobre los hechos del caso individual analizado.

En este sentido, si tenemos una norma derrotable ((p.r…)->Oq), y reglas probatorias que determinan que de probarse (p.r) se concluye que Oq, se sigue que el aplicador del derecho debe resolver ordenando q. En este sentido, mediante las reglas probatorias se puede determinar la aplicabilidad de una norma derrotable, a pesar de que esta carezca de condiciones suficientes para el consecuente. Esto muestra que, aunque tengamos normas derrotables, aún podemos emplearlas para realizar justificaciones jurídicas, pero sobre este punto profundizaré en el Capítulo III[484].

En tercer lugar, considerar que una norma es derrotable por carecer de una regla de clausura de las propiedades no es equivalente a sostener que una norma posee propiedades implícitas que deben ser explicitadas o que sea necesario identificar el resto de las propiedades del antecedente empleando una reinterpretación sistemática. En otros términos, no se predica que estemos frente a una norma cuya identificación esté incompleta, sino que se sostiene que es imposible determinar el conjunto de propiedades relevantes para guiar la conducta.

[483] En este punto estoy siguiendo la distinción propuesta por Alchourrón y Bulygin entre sistema primario y sistema secundario. Por sistema primario o sistema del súbdito se da cuenta del sistema de normas que regula la conducta de los sujetos de derecho. Por sistema secundario o sistema del juez se da cuenta del sistema de normas que regula la conducta de los aplicadores del derecho. Alchourrón y Bulygin, 2012, p 208. Como vemos, lo que diferencia un sistema de otro es el tipo de destinatario de la norma. sobre este punto ver Ferrer, 2000, pp. 53-56. En el texto principal estoy aludiendo a una norma que forma parte del sistema secundario, esto es, una norma que tiene como destinatario un aplicador del derecho.
[484] Ver Cap. III.3,3.2.

Las excepciones identificadas mediante un proceso de explicitación de propiedades implícitas o como resultado de una interpretación sistemática, presuponen que la excepción pudo ser prevista de antemano, pero que no se realizó tal previsión. En el caso de propiedades implícitas, ello requerirá indagar cuáles fueron los presupuestos que los legisladores emplearon al momento de formular la norma y explicitarlos en el antecedente[485], lo cual supone la idea de que el antecedente de norma fue formulado de manera entimemática. En el caso de la interpretación sistemática, ello supone atribuir significado a un texto normativo considerando información que el propio sistema provee al intérprete, de manera que, si se evaluara de manera exhaustiva todo el sistema normativo, podría formular la lista completa y exhaustiva de excepciones a cada norma conforme al propio sistema (al menos teóricamente). Esta no es la idea que se pretende desarrollar con la noción de norma derrotable entendida como norma cuyo antecedente carece de una regla de clausura de las propiedades. De lo que estamos hablando en este punto es de la que los intérpretes puedan incorporar, bajo sus preferencias, una nueva propiedad en el antecedente[486]. Esto supone que la lista de posibles excepciones no puede ser exhaustiva y que cada (nueva) excepción no puede ser prevista por adelantado[487].

De estas precisiones se siguen, por lo menos, dos puntos interesantes que es meritorio poner de relieve: tratar a las normas como derrotables es resultado de una actitud interpretativa, y que para esta propuesta el carácter inderrotable es contingente, pues depende (en parte) de las prácticas de cada comunidad jurídica.

La identificación de las normas y su trato como derrotables o inderrotables es resultado de haber adoptado ciertas preferencias interpretativas. Tratar a una norma como

[485] Sobre esta noción y qué implica «presupuestos que los legisladores emplearon al momento de formular la norma» profundizaré en Cap. II.3,3.5. y Cap. III.4.

[486] El «carácter abierto de las excepciones», en este sentido, puede ser entendido como una forma de presentar la creación del derecho por parte de las cortes. Marmor, 2016, pp. 26-27. Toda incorporación de una nueva excepción a una norma jurídica es resultado de una decisión de una autoridad con competencia para ello. Dependerá de sus valoraciones si considera que una norma es idónea para alcanzar sus propósitos, si esta genera daños dentro de un margen que estime aceptable o si decidirá renunciar a cualquier nueva valoración. De esta forma, hablar de ausencia de la regla de clausura de las propiedades, desde esta aproximación, podría también ser entendida como una forma de señalar conjuntamente lo siguiente: i) que los aplicadores del derecho pueden realizar actos de reinterpretación de textos normativos a efectos de modificar las condiciones de aplicabilidad de una norma de manera justificada (esto es, sustituir una norma por otra con un menor alcance); ii) que el aplicador del derecho no ha renunciado a crear nuevas excepciones; y iii) exceptuar una norma es producto de una decisión de innovar, no es un acto de explicación o de descubrimiento.

[487] En relación con este punto García Yzaguirre, 2020a, y Celano, 2012, pp. 282 y ss.

derrotable es una opción del intérprete que resulta de haber seguido tesis sobre cómo identificar normas. En este sentido, la caracterización de las normas no es independiente de nosotros, sino que es resultado de cómo pretendemos tratar a las normas que nosotros mismos identificamos[488]. En el presente caso, se asume que las normas deben ser derrotables tras adoptar una exigencia de racionalidad en la toma de decisiones y verificar la falta de una regla de clausura de las propiedades (la cual, como hemos visto, depende de cómo la comunidad jurídica califique cómo interpreta una o unas normas del sistema jurídico)[489]. Al respecto, este punto posee a un problema conceptual, pues no se sigue, necesariamente, una tesis sobre la identificación de normas a partir de estas premisas, pero volveré sobre dicho punto líneas más adelante.

En relación con la pregunta si la ausencia de valoración de una circunstancia (presente o futura) conlleva necesariamente a que la norma sea o deba ser tratada como una norma derrotable, ya podemos responder que no[490]. Desde una perspectiva descriptiva, las

[488] Tratar a las normas como normas derrotables es producto de una preferencia valorativa sobre cómo tratar o caracterizar a las normas usualmente motivada a efectos de que la indeterminación sea utilizada para propósitos ulteriores. Desde una aproximación crítica, Roberto Mangabeira Unger ha ofrecido un ejemplo de ello. Este autor sostiene que el proceso de implementación de Estados de Bienestar tuvo impacto en cómo fueron entendidas las normas jurídicas. De manera específica, sostiene que esta forma de organización conllevó (a efectos de una adecuada implementación) que las normas sean entendidas como abiertas o con el antecedente debilitado. Por ejemplo, entendiendo que las normas civiles y comerciales podían ser exceptuadas (mediante la creación de excepciones implícitas) a efectos de controlar la concentración de la riqueza, perseguir el enriquecimiento indebido o participación estratégica del Estado en ciertos sectores económicos. Mangabeira Unger, 1977, p. 194. El punto de Mangabeira no debe ser tomado como una tesis conceptual. La noción de normas derrotables no es una idea conceptualmente vinculada a las ideologías que justifican la implementación de un Estado de Bienestar (ni que un Estado de Bienestar necesite, para su implementación, tratar a las normas del sistema normativo del que forma parte como derrotables). Lo que permite poner de relieve es que con esta noción podemos clarificar prácticas usuales y actuales en el derecho y que el trato de una norma como derrotable o inderrotable no resultado de un rasgo ontológico o conceptual, sino que es una forma de dar cuenta de nuestras actitudes interpretativas respecto a cómo debemos a identificar las normas de un sistema normativo y qué consecuencias genera dichas actitudes. En efecto, el punto de Mangabeira radica en que el compromiso con una lectura de las normas como inderrotables supone un compromiso con la certeza y estabilidad no compatibles con esfuerzos de cambios de formas de realizar políticas públicas, lo cual resulta ser una afirmación contingente en términos descriptivos, pero correcta en cuanto a que tratar a las normas como derrotables permite variar la calificación normativa de acciones en función a consideraciones valorativas. En cambio, comprometerse con un trato de las normas como inderrotables puede ser entendido como orientado a preservar o conservar una determinada forma de conducir las políticas públicas.

[489] Cabe agregar que, además de dicha exigencia de racionalidad, esto implica una tesis sobre la capacidad de las autoridades jurídicas para regular el comportamiento. Esto incide en, por lo menos, en las competencias que posee la autoridad y los criterios bajo los cuales justificamos dicha autoridad. Dado que este punto escapa a los objetos de la presente investigación, no profundizaré sobre esta idea. Al respecto, ver Pulido Ortiz, 2018, pp. 133-36.

[490] «[L]a presencia en el derecho de normas derrotables es contingente (dependiendo de que existan o no reglas de clausura respecto a la relevancia y relaciones de preferencia preestablecidas entre normas)». Bayón, 2003a, p. 195. Sobre el vínculo entre derrotabilidad y relaciones de preferencia profundizaré en Cap. IV.4.

normas son tratadas como normas derrotables o inderrotables en función de la ausencia o presencia de dicha regla de clausura de propiedades. De lo que se está dando cuenta con este punto es que los aplicadores del derecho tratan a las normas de una manera u otra, a partir de cómo está instaurada la práctica interpretativa respecto a una norma o conjunto de normas[491]. En este sentido, las normas no son necesariamente tratadas como derrotables, sino que ello es una posibilidad que se justifica en la falta de valoración de las circunstancias en las que se presenta la acción a regular.

La respuesta sería diferente si adoptamos la tesis prescriptiva de que las reglas de clausura de propiedades deben ser rechazadas (o ignoradas) debido a que estas son irracionales (valoran una circunstancia sin haber deliberado sobre esta). Dicha tesis sería el resultado de haber adoptado una preferencia entre diferentes valores en juego al momento de elegir cómo resolver problemas normativos: optar por un modelo de toma de decisiones bajo el cual se deben tomar en cuenta o no todas las circunstancias en las que se desarrolla una acción, o considerar solo aquellas consideradas normativamente relevantes por la norma jurídica[492]. Optar por un modelo u otro es una decisión respecto a qué valores son más importantes al momento de calificar jurídicamente una acción (sea a partir de un caso individual o como pregunta en abstracto). Esta elección puede ser acorde o en contra de las prácticas interpretativas y ello incidirá respecto de si la decisión de tratar a una norma como derrotable o inderrotable sea considerada como correcta o incorrecta por la comunidad a la que pertenece el intérprete[493]. Esta sería, como vemos, una discusión

[491] Cabe precisar que tratar a una norma como derrotable no supone, necesariamente, que se vaya a derrotar la norma o que esta haya sido derrotada anteriormente. Únicamente se está dando cuenta de cómo los intérpretes tratan las normas, no de acciones que hayan realizado ni vayan realizar. Se está dando cuenta, en este sentido, de una posiblidad. Sobre este punto bien aclara Hage: «[*d*]*efeasibility does not require the existence of such exceptions in actual cases, and not even that one can imagine a case in which such an exception would exist. Lack of imagination does not show a rule to be non-defeasible. Non- defeasibility can only been shown if it follows from constraints imposed on the logical behaviour of rules. Unless a legal system adopts the extreme entrenched model of rule application for some, or all of its rules, the constraints on the logical behaviour of rules that might cause them to be indefeasible are lacking. I do not know of any legal system that has adopted the extreme entrenched model for any of its rules*». Hage, 2003, p. 233.

[492] Sobre este punto profundizaré en Cap. II.3,3.5.

[493] Por ejemplo, imaginemos que la práctica interpretativa mayoritaria de los juristas tributaristas de un determinado país considera que el hecho imponible previsto en el antecedente de las normas que prevén impuestos que gravan la renta anual no puede ser modificado por los aplicadores del derecho (no puede ser modificado por la jurisdicción ni por las autoridades administrativas tributarias, por ser más preciso). En términos más sencillos, dentro de la práctica tributaria se dispone de una convención que al momento de identificar las obligaciones tributarias de los administrados solo es relevante las propiedades que ya han sido identificadas y ninguna otra más. Ello, pues consideran que la certeza y predictibilidad en la aplicación de dichas normas es preferible por encima de cualquier otro valor. Si un aplicador del derecho decide dejar de lado dicha práctica (que se traduce en una regla de clausura de propiedades), su decisión será considerada como contraria a derecho. Le agradezco a Hugo Osorio por ofrecerme este supuesto.

respecto a qué ideología es mejor que otra, lo cual no es mi propósito alcanzar en el presente subapartado.

De la reconstrucción ofrecida se pueden identificar, por lo menos, dos dificultades. Por un lado, cabe discutir si la presencia o ausencia de una regla de clausura de propiedades es un criterio que nos permite diferenciar que una norma sea derrotable o inderrotable. Por el otro lado, si es conceptualmente correcto sostener que de la falta de valoración de las circunstancias en las que se realiza una acción (sea por ausencia de regla de clausura de propiedades o por una tesis prescriptiva que la rechaza) se sigue una tesis sobre la identidad de la norma.

La propuesta de Bayón ha sido discutida, de manera muy clara y precisa, por Jorge Rodríguez y Germán Sucar[494]. Estos autores han sostenido que la diferencia entre la ausencia y presencia de una regla de clausura permite diferenciar entre tipos de actos de innovación normativa por parte de los aplicadores del derecho, pero no para determinar que una norma sea derrotable o inderrotable.

Los aplicadores del derecho al identificar una norma realizan una descripción de qué propiedades son relevantes y pueden realizar juicios sobre qué propiedades deberían ser consideradas relevantes. En relación con la diferencia entre una noción descriptiva y prescriptiva de relevancia profundizaré en el siguiente subapartado[495]. Para este punto en este momento basta que tengamos en cuenta que, en relación con la relevancia normativa de una propiedad, podemos preguntarnos o bien qué propiedades son las relevantes en una norma identificada (pregunta descriptiva), o bien qué propiedades deberían ser consideradas relevantes (pregunta prescriptiva).

A un nivel descriptivo, el intérprete identifica propiedades que son relevantes y el resto son (descriptivamente) irrelevantes (por lo menos, en el sentido de que no hay una norma

[494] Rodríguez y Sucar 2003, y Rodríguez, 2003b. Cabe precisar que el argumento expuesto en Rodriguez y Sucar fue variado para efectos de precisión en segundo artículo citado de Rodríguez. En el texto principal me enfocaré en esta versión.
[495] Ver Cap. II.3,3.5,3.5.2.

que haya establecido que dicha propiedad sea relevante)[496]. La regla de clausura de propiedades sobre este punto no tiene ninguna incidencia.

En cuanto a los juicios prescriptivos (qué propiedades no valoradas deberían ser consideradas relevantes o calificar expresamente su irrelevancia), el escenario es distinto: si pertenece al sistema tal regla de clausura, entonces no está permitido que se incorporen nuevas propiedades como resultado de sus valoraciones (juicios de deber ser). En este supuesto, si un aplicador del derecho incorpora una nueva excepción está quebrantando tal convención. En cambio, si no pertenece al sistema tal regla de clausura, entonces el intérprete, al incorporar nuevas propiedades (o al no hacer), no quebrantaría ninguna prohibición y estaría actuando conforme a sus valoraciones de deber ser. En este supuesto, si un aplicador del derecho incorpora una nueva excepción no vulnera el derecho, pero emplea pautas extra sistémicas para justificar su decisión[497]. Como podrá verse, en ninguno de estos dos escenarios hay una variación en nuestras descripciones respecto a qué propiedades conforman el caso genérico contenido en el antecedente de la norma.

El punto de los autores argentinos está, como vemos, en que la regla de clausura de la relevancia no incide en determinar qué propiedades son (descriptivamente) relevantes al momento de identificar una norma. De ello se sigue que la ausencia o presencia de tal convención no hace necesario que tratemos a las normas como derrotables. Las propiedades que identifiquemos como relevantes para verificar una determinada consecuencia normativa pueden operar como condiciones suficientes si así lo decidimos.

Sobre este punto, Bayón ha esgrimido en respuesta que solo se puede hablar de genuinas condiciones suficientes en caso de que tengamos valoraciones de todas las circunstancias en las que se realiza la acción. En este sentido, si prescindimos de la regla de clausura de propiedades para diferenciar entre normas derrotables e inderrotables, entonces no podemos diferenciar entre normas que guían la conducta por sí mismas (las inderrotables)

[496] Rodríguez, 2003b, pp. 230-31. Rodríguez y Sucar, 2003, pp. 141-42. Sobre este punto hemos discutido (en parte) líneas atrás al momento de analizar el enfoque disposicional de la derrotabilidad y los casos de indeterminación sobre la calificación de una propiedad como excepción (supuestos en que una propiedad no es una excepción implícita ni tampoco una no excepción implícita): toda circunstancia no considerada estaría calificada de irrelevante a efectos de determinar el contenido de las normas. Esto quiere decir que, a nivel descriptivo, una propiedad que expresamente se ha considerado irrelevante y una propiedad que no ha sido valorada dan cuenta de aspectos diferentes, pero son coextensivas en cuanto a que su presencia o ausencia no varían la calificación normativa de una acción. Ver Cap. II.3,3.2.2.
[497] Bayón, 2003a, p. 189 y 190, Rodríguez, 2003b, 231.Ratti, 2013a, pp. 123-24.

y normas cuyo antecedente está indeterminado por no haberse valorado todas las circunstancias de la acción regulada, de manera que necesita para su aplicación de actos de discrecionalidad por parte del aplicador del derecho que determinen si esta es o no aplicable[498].

Esto nos lleva a la segunda crítica ¿es correcto sostener que de la falta de valoración de las circunstancias en las que se realiza una acción se sigue una tesis sobre la identidad de la norma? Retomemos la propuesta de fondo: Bayón está sosteniendo que las normas jurídicas son derrotables como resultado de que la calificación de una acción no depende, únicamente, de las condiciones previstas en el antecedente. De esta forma, está presentando el problema de cómo un aplicador del derecho puede resolver racionalmente un problema normativo, esto es, le preocupa qué debe tomar en cuenta este agente al momento de tomar una decisión jurídica. Como propuesta de respuesta esgrime una tesis sobre la identidad de las normas: las normas son derrotables en caso de ausencia de regla de clausura de propiedades.

Esta respuesta no permite resolver el problema ni aclararlo. El carácter inderrotable de las normas como resultado de que los aplicadores del derecho traten a las propiedades del caso genérico de una norma como condiciones suficientes para su consecuente, no implica que dicha norma deba ser siempre aplicada cada vez que está satisfecha su aplicabilidad interna. El aplicador del derecho empleará aquellas normas respecto de las cuales tiene una prescripción emplear en sus decisiones.

Cabe agregar que las normas inderrotables en este sentido propuesto por Bayón, no supone que sean inderrotables en otro sentido: pueden ser exceptuadas como resultado de un conflicto normativo. En efecto, tener una aplicabilidad interna determinada no supone aplicabilidad externa para todos los casos. Sigo el ejemplo propuesto por Rodríguez: imaginemos un sistema normativo en el que una norma N1 prescribe que quien comete un homicidio, entonces es obligatorio sancionarlo (p->Oq). Pero además de esta tenemos

[498] Bayón, 2003b, pp. 189-90. Como bien lo aclara Ratti, quienes adoptan esta aproximación de la derrotabilidad están depositando en el aplicador del derecho la carga de clausurar el antecedente usando criterios axiológicos. De esta forma, bajo esta propuesta el aplicador del derecho es entendido como un agente con la potestad de manipular las normas jurídicas de acuerdo a las exigencias de justicia que él considera adecuadas (lo cual, ante la falta de criterios objetivos de justifica, podría conllevar a una discrecionalidad ilimitada). Ratti, 2013a, p. 205.

otra norma N2 que ordena que si alguien es menor de edad entonces es obligatorio no sancionarlo (r->O¬q). En caso de que tengamos una menor de edad que comete homicidio (p.r), tendríamos una contradicción. En este supuesto los operadores jurídicos, para poder resolver dicho caso, debieran crear una relación de preferencia entre ambas a efectos de que, por ejemplo, prevalezca la solución de N2. En este supuesto, la norma aplicable al caso sería la norma derivada de N2 «quien cometa homicidio y no sea menor de edad, entonces es obligatorio sancionarle» (p.¬r->Oq)[499]. Como vemos, la aplicabilidad interna de la norma está intacta, pero el juez ha perdido el deber de usarla en su decisión para resolver el caso individual. Pero esta es otra discusión sobre la que profundizaré en el Capítulo IV.

Retomando la crítica, conforme hemos visto líneas atrás, de que una norma sea internamente aplicable no se sigue que deberá ser empleada en la justificación de una decisión del aplicador del derecho. Para ello, será necesario que, además, sea externamente aplicable (forme parte del sistema jurídico una norma que prescriba al aplicador del derecho que emplee dicha norma para resolver ese tipo de casos). Bajo esta distinción entre sentidos de aplicabilidad, he dado cuenta de la diferencia entre normas que forman parte del sistema de normas que pertenecen al derecho y normas que pertenecen al sistema de normas aplicables a un caso individual.

La pregunta sobre qué debe tomar en cuenta el aplicador del momento al momento de tomar una decisión jurídica es un problema de determinación del conjunto de normas que forman parte del sistema de normas aplicables al caso. No es un problema sobre la relevancia de propiedades de cada norma jurídica (si esta posee un alcance determinado o indeterminado), sino un problema de qué norma, todo considerado, se va aplicar. No necesitamos abandonar el refuerzo del antecedente y el *modus ponens* (y con ello, la posibilidad de hacer inferencias prácticas a partir de normas) para responder el problema al que nos enfrentamos[500].

[499] «[P]ara que pueda hablarse de que una regla hace excepción a otra se requiere: a. Que las soluciones normativas de ambas resulten lógicamente incompatibles para cierto caso genérico; b. Que se estipule una preferencia de la solución normativa de una de ellas sobre la otra para evitar la contradicción». Rodríguez, 2003a, 86. En este mismo sentido Mendoca, 2012, p. 204. Cabe precisar que esta reconstrucción nos aclara que quienes sostienen que hay normas que exceptúan a otras (se identifican normas de excepción) solo están dando cuenta de un conflicto normativo y de su solución, pero no proponen criterios de identificación de normas. Esta sería, bajo esta propuesta, solo una forma de explicar cómo se ha creado la excepción.

[500] Desde el análisis de las normas como razones para la acción este punto es diferenciado a partir de la distinción entre relevancia de una razón y peso de una razón. La relevancia de las razones se refiere a si la

Si la idea de Bayón al responder a esta pregunta mediante una tesis sobre la derrotabilidad de las normas es postular que las normas jurídicas no son suficientes para calificar normativamente una acción, entonces su conclusión es problemática. No estamos ante un problema sobre la identidad de las normas sino sobre la conformación del sistema de normas aplicables al caso individual. Lo que está diciendo Bayón es que en el sistema de normas aplicables no estaría compuesto solo por las normas jurídicas internamente aplicables, sino también por otras que, por criterios extrajurídicos, el intérprete identifique y emplee para resolver el caso (sistema en el que habrá conflictos normativos y que se resolverán empleando criterios de preferencia).

El problema de Bayón es sobre cuál es el mejor modelo de toma de decisiones (o, en términos más precisos, la mejor manera de diseñar un proceso interpretativo). Bajo un modelo, solo es relevante tomar en cuenta las propiedades contenidas en el caso genérico de la norma; bajo el otro modelo, es necesario tomar en cuenta todas las propiedades contenidas en el caso y que consideremos (bajo criterios extrajurídicos) relevantes (incluso, aquellas no ofrecidas por la norma). El problema que nos propone Bayón no apunta ni se resuelve con una tesis sobre modelo de norma, sino con «mejores» modelos de deliberación jurídica.

razón es pertinente o no para guiar la conducta. Decir que una razón no es relevante quiere decir que esta no es una razón para llevar a cabo una determinada acción (no existe para efectos del caso). El peso de las razones se refiere al mayor o menor peso que puede tener una razón para determinar la acción a realizar. Puede ser absoluta (prevalece sobre cualquier otra razón) o *pro tanto* (si la razón compite con otra, esta puede ser superada siempre que la otra tenga más peso o más fuerza, sin que ello implique perder relevancia). Sobre este punto ver Redondo, 2015, pp. 62 y ss. Redondo, 1998, p 251. Desde el análisis que vengo empleando en esta investigación (usando el lenguaje de las normas), esta distinción puede verse con la diferencia entre alcance (aplicabilidad interna) y fuerza (aplicabilidad externa). La aplicabilidad interna es una condición necesaria para la aplicabilidad externa, pero no suficiente. Si estamos frente a una norma internamente aplicable será necesario que también tengamos un criterio de aplicabilidad y de ordenación entre normas interna y externamente aplicables. En este mismo sentido, pero empleando el lenguaje de las razones para la acción Rodríguez, 2005a, pp. 13 y ss.

3.4. Derrotabilidad y lagunas axiológicas

La derrotabilidad de las normas ha sido entendida como una forma de expresar que el intérprete puede variar el conjunto de propiedades que componen el antecedente. Ello debido a que considera que su identificación no es correcta (o axiológicamente satisfactoria), por regular casos que no debería haber regulado.

Retomando lo señalado en los primeros subapartados de este capítulo, la noción de derrotabilidad de las normas es una forma de expresar la disconformidad del intérprete con un producto interpretativo y que este, a razón de tal disconformidad, sustituya dicha norma por otra que tenga, comparativamente, un menor alcance. A efectos de expresar esta idea, Alchourrón y Bulygin propusieron la noción de laguna axiológica para dar cuenta de los supuestos en los que un intérprete considera que se ha correlacionado un caso genérico a una solución normativa de manera indebida o injusta, pues no ha tomado en cuenta propiedades que debió haber valorado al momento de identificar el antecedente de la norma (no incluyó una distinción entre clases de circunstancias en las que se realiza una acción regulada que debió haber distinguido)[501].

Mi propósito en el presente apartado es poder presentar este instrumental teórico y mostrar cómo nos permite dar cuenta de casos de derrota de norma. Para ello, es menester partir por algunas clarificaciones conceptuales. Partiré por analizar la noción de relevancia normativa y cómo esta puede ser empleada de manera descriptiva y prescriptiva. Tras ello, analizaré la noción de laguna axiológica como supuesto en el que consideramos (por razones que serán precisadas) que una propiedad descriptivamente

[501] Como el lector podrá apreciar, para la presentación de esta aproximación a la noción de derrotabilidad asumo la lectura de Guastini de considerar que las lagunas axiológicas forman parte de un problema de identificación de normas.
Cabe precisar que me enfocaré en la noción de laguna axiológica propuesto por Alchourrón y Bulygin, sin perjuicio a que dentro de la literatura especializada es posible identificar otras propuestas. De todas ellas, es relevante resaltar la propuesta de Chiassoni por las distinciones que realiza. Él sostiene una triple distinción entre lagunas axiológicas sustitutivas (el intérprete ha identificado una norma en el sistema normativo que no debería estar y, correlativamente que no está la norma que debería estar en el sistema normativo); aditivas (el intérprete ha identificado que en el sistema normativo no forma parte una norma y, además, sostiene tal norma debe no debe ser incorporada); y por adición (el intérprete ha identificado que en el sistema normativo no forma parte una norma y, además, que tal norma podría o no ser incorporada). Ver Chiassoni, 2011, pp. 236 y ss. Chiassoni, 2016b, pp. 660-64. Dejaré pendiente el análisis y crítica de esta propuesta para investigaciones futuras.

irrelevante debería ser considerada relevante para identificar adecuadamente un caso genérico.

3.4.1. Relevancia normativa: noción y distinciones

Bajo el marco teórico de Alchourrón y Bulygin propuesto en *Normative Systems*, las normas jurídicas condicionales son entendidas como significados atribuidos a formulaciones normativas compuestos por un elemento descriptivo, el antecedente, correlacionado con un elemento prescriptivo, el consecuente o solución normativa. El antecedente contiene un caso genérico, esto es, un conjunto de clases de propiedades, y el consecuente califica deónticamente una acción o estado de cosas[502]. Como ya hemos visto líneas atrás, por «propiedad» se entiende una clase de situaciones o circunstancias en la que puede ocurrir una acción.

Las propiedades pueden ser normativamente relevantes o irrelevantes. Que una propiedad sea normativamente relevante quiere decir que su presencia o ausencia implica consecuencias normativas diferentes. Que una propiedad sea normativamente irrelevante quiere decir que su presencia o ausencia no varía la consecuencia normativa aplicable[503].

---

[502] «Las normas son enunciados prescriptivos que se usan para ordenar, prohibir o permitir conductas humanas». Alchourrón y Bulygin, 2012, p. 173. Para un desarrollo en extenso ver Alchourrón y Bulygin, 2016. La calificación deóntica de una acción o estado de cosas, de esta forma, refiere a un enunciado prescriptivo. Si tomamos como operador básico el permiso, entonces dicho enunciado puede prescribir una de las siguientes posibilidades: i) la acción es obligatoria (esto es, su comisión está permitida y su omisión no está permitida); ii) la acción está prohibida (esto es, su comisión no está permitida y su omisión está permitida); o iii) la acción es facultativa (esto es, su comisión está permitida y su omisión también está permitida).

[503] Siguiendo, en parte, a Juan Ruiz Manero, una de las tareas más interesantes de los operadores jurídicos al analizar un caso individual (sea como una labor académica o como parte de un proceso de aplicación del derecho) es comprobar si este es o no una instanciación o ejemplificación de un caso genérico previsto en una norma jurídica a efectos de determinar cuál es su calificación normativa. Para tal cometido lo que hacen es verificar si sus propiedades se subsumen o no en el caso genérico, lo cual puede tener una de dos posibles respuestas exhaustivas y excluyentes entre sí: el caso se subsume en el caso genérico o no se subsume. Dentro de estas posibilidades, tenemos dos subposibles escenarios: i) el caso individual sea una instanciación o ejemplificación de un caso genérico que no está correlacionado a una consecuencia normativa, lo que nos llevaría a que tenemos propiedades normativamente relevantes que carecen de solución jurídica (esto es, una laguna normativa); o ii) el caso individual no sea una instanciación o ejemplificación de un caso genérico previsto por ninguna norma jurídica (esto es, sería un caso jurídicamente irrelevante). Ruiz Manero, 2005, p. 105. Sobre la diferencia entre lagunas normativas y casos jurídicamente irrelevantes volveré luego.

En este sentido, los casos genéricos que forman parte del antecedente de una norma jurídica que pertenece al sistema normativo de referencia (el que estamos empleando) son clases de propiedades normativamente relevantes[504].

Que una propiedad sea relevante es producto de un juicio de valor realizado por la autoridad con competencia normativa para identificar normas en el sistema jurídico. Esto es, de todas las posibles formas de describir una clase de circunstancias se ha considerado que una o unas en específico son propiedades que han de tener consecuencias normativas. Señalar que estamos ante propiedades irrelevantes sería una forma de expresar que no le interesan al derecho o que el derecho no pretende regular. Esto requiere de precisiones.

Parto por reiterar, por razones de claridad, dos precisiones que no deben ser perdidas de vista: por un lado, la relevancia normativa se predica a nivel de normas. No tiene ningún sentido hablar de disposiciones o textos relevantes: estas serían fuentes escritas del derecho sobre las cuales identificaremos propiedades relevantes. Por el otro lado, la aproximación que analizaré de la noción de derrotabilidad en el presente subcapítulo está vinculada con la modificación del conjunto de propiedades relevantes. En otros términos, el problema de la derrotabilidad de las normas forma parte del problema de cómo identificar normas que forman parte del sistema normativo. Para efectos de aclarar este punto, es menester ahora hacer algunas precisiones sobre qué implica sostener que una propiedad es normativamente relevante, cuáles son los sentidos de relevancia normativa, qué problemas crea el intérprete al sostener que en la norma identificada falta o debería estar una propiedad adicional (o que esta posee una en exceso), y analizar cómo estas nociones se vinculan con la noción de derrotabilidad.

Retomando el punto, la relevancia normativa es un rasgo que predicamos de las propiedades. Al respecto, al analizar las propiedades podemos estar formulando una descripción de cuáles son las propiedades normativamente relevantes en un sistema jurídico o formular una prescripción sobre cuáles consideramos deberían ser las

[504] Alchourrón y Bulygin, 2012, p. 150. A efectos de claridad, una manera alternativa de presentar esta idea es considerar que las acciones pueden ser o bien acciones reguladas por el derecho (normativamente relevantes), o bien no reguladas por el derecho (normativamente irrelevantes). Rodríguez, 2005c, p. 151.

propiedades normativamente relevantes[505]. En este sentido cabe diferenciar entre relevancia descriptiva y relevancia prescriptiva.

i. Relevancia descriptiva y prescriptiva: tesis de la relevancia e hipótesis de la relevancia

Sostener que una propiedad es relevante como un predicado descriptivo da cuenta de que en un sistema normativo la propiedad y su negación (o caso complementario) tienen un estatus normativo diferente[506]. De manera más precisa, una propiedad es normativamente relevante en caso: i) una norma del sistema regula la propiedad, esto es, la prevé en el caso genérico contenido en su antecedente; y ii) si la propiedad y su negación (en términos más precisos, su caso complementario) tienen un estatus normativo diferente, esto quiere decir, o bien la propiedad y su negación están vinculadas a consecuencias normativas diferentes, o bien la propiedad o su negación está vinculada a una consecuencia normativa y su complementario no está calificado[507].

Solo por claridad y precisión, cabe reiterar que el alcance de la norma es dependiente del conjunto de propiedades descriptivamente relevantes. Si cada propiedad es una especificidad del mundo, entonces el grado de especificidad incide en la precisión de la acción regulada. Mientras más propiedades sean conjuntamente relevantes, entonces

[505] Alchourrón y Bulygin, 2012, p. 151.
[506] Navarro y Rodríguez, 2014, p. 167. La relevancia descriptiva, en este sentido, es una proposición que está sujeta a la lógica de proposiciones (y no, claramente, a la lógica de las normas). Rodríguez, 2002, p. 78.
[507] Siguiendo a Alchourrón y Bulygín, las soluciones normativas pueden ser maximales o minimales. Una solución maximal es aquella que califica deónticamente tanto la acción como la omisión de un comportamiento. Esto quiere decir que tanto la propiedad como su caso complementario están correlacionadas con una consecuencia normativa respectivamente. Una solución minimal, en cambio, refiere a los casos en los que o bien la acción, o bien la omisión están correlacionadas con una consecuencia normativa, pero no ambas (suponiendo, como podemos ver, una laguna normativa). Sobre este punto ver Alchourrón y Bulygin, 2012, p. 62. Las soluciones maximales pueden ser de tres tipos: facultativo p (implica permitido p conjuntamente con permitido no ¬p), obligatorio p (implica permitido p y no permitido ¬p), y prohibido p (implica no permitido p conjuntamente con permitido ¬p). Las soluciones minimales también pueden ser de tres tipos: permitido p (implica permitido p o no permitido ¬p), no permitido p (implica no permitido p o permitido ¬p), y no facultativo p (implica no permitido p o no permitido ¬p). De esta forma, para que una propiedad sea relevante una propiedad tiene que estar correlacionada, por lo menos, a una solución minimal.
Por ejemplo, si tenemos la norma «si una persona está en aula universitaria, entonces prohibido comer». Aquí la propiedad «persona en aula universitaria» sería una propiedad relevante, puesto que está mencionada por una norma y por tener un estatus normativo diferente al de su clase complementaria («persona no está en un aula universitaria», la cual no tiene correlación con una consecuencia normativa).

menor será el alcance. En cambio, mientras menos propiedades sean conjuntamente relevantes, entonces mayor será el alcance[508].

Sobre este punto, Caracciolo expuso un problema interesante: si tenemos en un sistema normativo en el que forma parte la norma (p->Oq), se sigue que la propiedad p es descriptivamente relevante. Ahora bien, para poder determinar que es relevante (bajo la noción antes señalada) es necesario saber cuál es el estatus normativo del caso complementario de p. En este supuesto la propiedad ¬p no está correlacionada con ninguna propiedad ni está expresamente mencionada, es decir, el sistema normativo no nos ofrece ninguna información sobre ella. Pero si esto es así, entonces ¿cómo determinar el diferente estatus normativo entre p y ¬p? ¿la propiedad ¬p es en algún sentido descriptivamente relevante o no?[509] Para estos efectos, es menester analizar la noción de irrelevancia normativa.

Una propiedad es descriptivamente irrelevante si su presencia o ausencia tienen el mismo estatus normativo, es decir, si no tiene incidencia en la solución normativa del caso genérico[510]. Como ya hemos visto, la descripción de una propiedad como irrelevante es

[508] Especificar con el propósito de reducir el alcance de una norma implica incorporar una nueva propiedad en relación conjuntiva con el resto de propiedades (en términos formales (p.r)). De esta forma, lo que estaríamos diciendo es que para reducir la aplicabilidad (interna) de una norma es necesario que esté presente una clase de sujetos que tengan dos propiedades (por ejemplo, extranjero y con visa de estudiante, de manera que es una regulación solo para este subtipo de extranjeros). Si quisiéramos ampliar el alcance de una norma una manera de lograrlo es mediante la incorporación de una nueva propiedad en relación disyuntiva con el resto de propiedades (en términos formales, (pvr)). De esta forma, lo que estaríamos diciendo es que para ampliar la aplicabilidad (interna) de una norma es necesario que esté presente o bien una clase de sujetos o bien otra clase de sujetos (por ejemplo, trabajadores industriales o trabajadores agrarios, de manera que es una regulación que se dirige a ambos tipos de trabajadores). Dicho en breve, para reducir el alcance de una norma es necesario: i) incorporar una nueva propiedad; y ii) que dicha propiedad esté en relación conjuntiva con, por lo menos, otra propiedad contenida en el caso genérico de la norma.

[509] Si el sistema no ofrece información sobre el estatus normativo de la propiedad no regulada, entonces la alegada diferencia para poder sostener que una propiedad es relevante sería producto de un juicio prescriptivo y no de un enunciado descriptivo, lo cual nos llevaría a poner en duda la distinción entre laguna normativa y axiológica. A este punto cabe anotar la crítica de Caracciolo de que, si bien Alchourrón y Bulygin emplean la noción de estatus normativo, ellos no la definen y tienen un uso ambiguo de ella. Caracciolo, 2008, pp. 32-33. En el presente texto, para efectos de claridad, emplearé estatus normativo como una forma de señalar la calificación normativa de un caso genérico, esto es, la correlación del antecedente a una consecuencia normativa (sea esta una solución minimal o maximal).

[510] Cabe precisar que en el texto principal solo estoy empleando uno de los posibles sentidos de relevancia que pueden ser identificados en *Normative Systems*. Como bien ha diferenciado Álvaro Núñez, «relevancia» puede ser entendido en tres sentidos: i) propiedad es relevante cuando se la emplea como parte del universo de propiedades de un microsistema normativo (esto es, una propiedad es relevante si es mencionada por una norma y es irrelevante si no es mencionada por ninguna norma del sistema normativo); ii) propiedad es relevante su presencia o ausencia en un caso implica, dentro de un determinado sistema normativo, la modificación de la calificación que recibe el mismo caso (el sentido empleado en el texto

una proposición normativa, de lo que se sigue que predicar la irrelevancia puede ser entendida como la negación interna o externa de una proposición que describe la relevancia de una propiedad. Si esto es así, entonces es necesario, para efectos de precisión, desambiguar[511] qué se quiere decir con que una propiedad es irrelevante conforme a cada uno de dichos sentidos de irrelevancia.

Siguiendo la propuesta de Rodríguez, y otros autores que lo acompañan[512], al señalar que una propiedad es irrelevante, por un lado, se puede estar describiendo que la presencia y la ausencia de la propiedad tienen el mismo estatus normativo debido a que ambas están correlacionadas con la misma consecuencia normativa. A ello se le denomina irrelevancia descriptiva positiva[513].

Por el otro lado, al predicar que una propiedad es irrelevante se puede estar describiendo que la presencia y la ausencia de la propiedad tienen el mismo estatus normativo debido a que ninguna norma del sistema jurídico prevé una calificación normativa diferente para la propiedad y para su negación. A ello se le denomina irrelevancia descriptiva negativa[514]. En otros términos, se da cuenta de de que no es cierto que una propiedad y

principal); y iii) propiedad es relevante si a partir de ella podemos colmar una laguna normativa en el sistema (en la sistematización). Al respecto, Núñez Vaquero, 2018, pp. 60-61.

[511] «[R]esulta ambiguo debido a que esto puede ocurrir como consecuencia de que ambos casos están correlacionados con la misma solución o como consecuencia de la omisión de tomar en consideración la propiedad que define el caso y lo distingue de su complementario». Rodríguez, 1999, p. 359.

[512] Los autores están haciendo una analogía a la desambiguación de los sentidos de permiso positivo y negativo en la lógica de proposiciones normativas. Rodríguez, 1999, pp. 359 y ss. Navarro y Rodríguez, 2014, p. 172. Navarro y Rodríguez, 2000, p. 83. Rodríguez, 2003b, p. 225, Rodríguez, 2017b, p. 141. Rodríguez y Sucar, 2003, pp. 138-39. Una presentación alternativa ver Ratti, 2018b, p. 94. Sobre la negación interna y externa de proposiciones ver Rodríguez, 2015, p. 14.

[513] Como he indicado líneas atrás «una propiedad es relevante como un predicado descriptivo da cuenta de que en un sistema normativo la propiedad y su negación (o caso complementario) tienen un estatus normativo diferente». La negación interna de esta proposición es una proposición descriptiva que da cuenta que una propiedad es irrelevante en el sentido que en un sistema normativo la propiedad y su negación (o caso complementario) tienen el mismo status normativo. Para un análisis de la vinculación de esta noción con el ideal de completitud de los sistemas normativos ver Redondo, 2006, p. 310.

Cabe anotar que en el texto principal he empleado una noción de relevancia descriptiva en clave positiva, pero como bien precisa Rodríguez podríamos identificar una noción de relevancia descriptiva negativa como resultado de formular una negación externa a la proposición que da cuenta de una irrelevancia descriptiva positiva. Rodríguez, 2002, p. 80. Para los efectos de este subapartado solo emplearé la noción de relevancia descriptiva positiva.

[514] Replico el mismo ejercicio de la nota anterior. Parto de la proposición «una propiedad es relevante como un predicado descriptivo da cuenta de que en un sistema normativo la propiedad y su negación (o caso complementario) tienen un estatus normativo diferente». La negación externa de esta proposición es una proposición descriptiva que da cuenta que una propiedad es irrelevante en el sentido de que en un sistema normativo una propiedad y su negación (o caso complementario) no tienen un estatus normativo diferente. Esta es una forma de dar cuenta, como he señalado en el texto principal, de la ausencia de norma que atribuya relevancia.

su negación tengan un estatus normativo diferente debido a que, por ejemplo, ninguna norma del sistema normativo prevea la propiedad ni su negación (como vemos, expresa una obviedad)[515].

Ahora bien, retomando el punto de Caracciolo, si tenemos una norma (p->Oq), se sigue que la propiedad p es descriptivamente relevante. ¿Cómo podemos entender la propiedad ¬p, la cual no está correlacionada con ninguna propiedad ni está expresamente mencionada? Usando las categorías expuestas, para dar cuenta de la propiedad ¬p emplearíamos una proposición normativa que describa que ¬p no está correlacionada con la misma solución normativa que p. Sería, en este sentido, descriptivamente irrelevante[516].

Desde otra perspectiva, podemos preguntarnos este punto poniendo de relieve otros aspectos problemáticos: ¿las propiedades que no son descriptivamente relevantes son irrelevantes? Con las categorías antes expuestas ya podemos clarificar que esta pregunta es problemática por ser ambigua. Atendiendo a que la respuesta a esta pregunta es una proposición normativa, ello puede ser respondido de dos maneras (dependiendo del tipo de sistema normativo que estemos describiendo). En primer lugar, se puede señalar que son irrelevantes en sentido negativo, esto es, dar cuenta de la trivialidad de que si una propiedad no ha sido considerada relevante por una norma (no ha sido mencionada ni su caso complementario tiene un estatus normativo diferente), entonces es irrelevante. En segundo lugar, si es el caso que: i) el sistema normativo cuenta con una regla de clausura

---

Como bien lo resumen Navarro y Rodríguez «*the positive irrelevance of a property in relation to a case depends on the possibility of deriving from the system the same normative status for both the case in question and its complementary case (both are correlated with the same maximal solution), and thus an action of the normative authority assigning the same solution to both cases is needed. For a property to be irrelevant in the negative sense in relation to a case, it is sufficient to say that it is not true that both cases have different normative status*». Navarro y Rodríguez, 2014, p. 174. En extrema síntesis, se podría señalar que la irrelevancia negativa da cuenta de que no hay norma que justifique la relevancia descriptiva y la irrelevancia positiva da cuenta de que no hay norma que justifique una correlación a estatus normativos diferentes a la propiedad y su negación.

[515] Cabe precisar que la distinción entre irrelevancia negativa y positiva son nociones útiles en caso estemos ante un sistema normativo padezca de defectos lógicos (inconsistente e incompleto). Si estamos ante un sistema normativo sin defectos, ambas serán coextensivas. Sobre este punto ver Navarro y Rodríguz, 2014, p. 174.

[516] Sobre este punto Rodríguez, 2002, pp. 84 y ss. Alonso, 2010, pp. 140. Cabe anotar que la forma en que describamos una propiedad no expresamente mencionada en la norma dependerá, en parte, de cómo reconstruyamos el sistema normativo y la ideología interpretativa que asumamos. Como veremos más adelante, una propiedad no expresamente mencionada puede ser descriptivamente relevante si es entendida como una propiedad que se deriva del sistema axiológico del legislador, el cual debe ser empleado a efectos de identificar cuáles son las normas del sistema normativo (en otros términos, que la califiquemos de implícitamente relevante). Sobre este punto volveré luego al reconstruir la tesis de Rodríguez sobre hipótesis de relevancia descriptiva.

que califique deónticamente todas las acciones que no hayan sido calificadas de manera expresa por alguna norma del sistema[517]; y ii) es el caso que dicha regla de clausura califica el caso complementario de la propiedad de la misma manera que está calificada la propiedad; entonces diremos que es irrelevante en sentido positivo[518].

En relación con este punto, tomando en cuenta la distinción entre propiedades descriptivamente relevantes e irrelevantes (en sentido descriptivo negativo), podemos formular una distinción aclaratoria: las acciones o bien son reguladas por el derecho (relevantes), o bien no son reguladas por el derecho (irrelevantes). Las acciones reguladas pueden estar o no, conforme a lo visto, correlacionadas con una solución normativa. Las acciones no reguladas por el derecho pueden ser consideradas como casos no regulados, esto es, jurídicamente irrelevantes. Ello nos lleva a la discusión sobre cuál es la diferencia entre una acción regulada no vinculada a una solución jurídica de un caso no regulado o jurídicamente irrelevante. Sobre este punto volveré al desarrollar la diferencia entre lagunas normativas, casos sin regulación jurídica y lagunas axiológicas en este mismo subapartado.

Cabe una tercera posibilidad: considerar el uso prescriptivo de relevancia, esto es, responder que toda propiedad no descriptivamente relevante debe ser considerada irrelevante. De esta forma se estaría dando cuenta de una directiva interpretativa dirigida a los intérpretes de no introducir nuevas propiedades en el caso genérico (esta sería, como hemos visto en el apartado anterior, una regla de clausura de la relevancia de propiedades en el antecedente de las normas jurídicas).

[517] Ver lo señalado en Cap. II.3,3.3,3.3.3.

[518] Estas respuestas, me parece, permiten clarificar un punto adicional. Como bien nos precisa Rodríguez, una propiedad no contenida en el caso genérico de la norma puede no ser relevante como resultado de dos tipos de actos diferentes: i) la propiedad fue valorada y se decidió no atribuirle relevancia normativa (esto es, se decidió que fuese normativamente irrelevante); y ii) la propiedad no fue valorada, de manera que no se realizó ningún juicio de valor respecto a su relevancia normativa. Rodríguez, 2003a, p. 80. Una forma de ejemplificar el supuesto i) es pensando en un caso de irrelevancia positiva. El caso ii) puede ser ejemplificado mediante la irrelevancia negativa (sin que esto implique una relación conceptual entre ambas ideas, pues puede ser el caso que la no regulación de una propiedad sea producto de una decisión valorativa). Lo que comparten ambos, es que a nivel descriptivo dichas propiedades irrelevantes, de estar presentes en un caso individual, no suponen una variación en la calificación jurídica. Distinto es el caso si, o bien asumimos una tesis prescriptiva de cuales deben ser las propiedades relevantes; o bien adoptamos un ideal de la norma perfecta como el visto en el apartado anterior (Cap. II.3,3.3,3.3.1), pero como podemos ver, ello está en un tipo de discurso prescriptivo y no descriptivo.

Predicar que una propiedad debería ser relevante da cuenta de la proposición realizada por un intérprete de que una determinada propiedad, irrelevante en sentido descriptivo, debería ser considerada relevante[519]. Esto es, o bien que una propiedad no prevista en ninguna norma que forme parte del sistema jurídico debería ser prevista, o bien que una propiedad prevista en una norma que forma parte del sistema jurídico no debería estar prevista, pues tanto ella como su caso complementario están correlacionados a la misma consecuencia normativa. Precisemos este punto.

Los juicios prescriptivos dan cuenta de valoraciones, esto es, de enunciados de deber ser[520]. Los intérpretes adoptan un sistema axiológico a efectos de poder calificar conductas como deseables/indeseables, correctas/incorrectas, justas/injustas, eficientes/ineficientes, entre otras. En este sentido, podemos valorar, por lo menos, cómo la norma califica un determinado caso genérico, cómo se ha construido el caso genérico, o ambas. En este subapartado, me voy a concentrar en valoraciones sobre casos genéricos identificados, esto es, formulación de juicios de valor por lo cuales se sostiene que: i) no se está incluyendo en el caso genérico una propiedad que debería estar incluida; ii) se está incluyendo en el caso genérico una propiedad que no debería estar incluida; o iii) el caso genérico identificado coincide con nuestras preferencias valorativas[521].

Para realizar un juicio prescriptivo de que una propiedad deba ser considerada relevante han de satisfacerse, como bien señala Navarro y Rodríguez, dos condiciones: i) que la propiedad y su negación no estén vinculadas a la misma solución normativa; y ii) que se atribuya relevancia como condición para el consecuente, esto es, pase a formar parte del caso genérico[522]. En caso de que el intérprete quiera realizar un juicio prescriptivo de que

[519] Alchourrón y Bulygin, 2012, p. 151. Como bien resalta Caracciolo, prescribir la relevancia de una propiedad presupone que es descriptivamente irrelevante, esto es, que el sistema normativo vincula una propiedad y su negación a la misma solución normativa, o que no las vincula con ninguna solución normativa. Caracciolo, 2008, p. 30.

[520] Son juicios que responden a la pregunta ¿qué propiedades deberían ser relevantes en el sistema normativo? Esta pregunta está orientada a que el intérprete identifique qué clase de propiedades y calificación normativa que debería tener, conforme a nuestros criterios de justicia. Para la diferencia entre enunciados descriptivos y prescriptivos, de manera breve y precisa, ver Guastini, 2016, p. 25.

[521] Como bien anota Alchourrón y Bulygin, si una propiedad debe ser o no relevante es un problema axiológico. Esto bien nos aclara que no es un problema del sistema normativo, sino de los juicos que hacemos sobre cómo debería ser el contenido del sistema normativo. Cabe anotar que habrá tantos juicios prescriptivos como formas de valorar que pretenda adoptar el intérprete, de manera que tendremos un juicio prescriptivo bajo un criterio que no necesariamente será el mismo si adoptamos otro. Alchourrón y Bulygin, 2012, p. 154.

[522] Como bien indican estos autores, el uso prescriptivo de la relevancia nos pone en el reino de la lógica de normas. A efectos de representar los puntos indicados en el texto principal, nos piden suponer que

una propiedad relevante deba ser considerada irrelevante se debe: o bien señalar que deje de mencionarse una determinada propiedad en el sistema normativo; o bien modificar la solución normativa atribuida a la propiedad a efectos de que tenga la misma que tiene su negación (o caso complementario).

Los juicios prescriptivos de la relevancia pueden ser manifestados mediante directivas interpretativas dirigidas a los intérpretes cuyo contenido depende de la ideología que se adopte respecto a cómo deben ser los resultados interpretativos. En el caso de la irrelevancia prescriptiva, ello puede ser entendido como la prohibición de valorar cualquier otra propiedad adicional a las ya identificadas previamente. Esto es, tratar al caso genérico previsto en el antecedente de la norma jurídica como una clase de propiedades inmodificable o irrevisable (o, en términos de Bayón, adoptar una regla de clausura de la relevancia de propiedades bajo la cual toda propiedad no prevista es y debe ser tratada como irrelevante)[523]. En el caso de la relevancia prescriptiva, si la descripción del caso genérico no se corresponda con nuestras preferencias valorativas tendremos un caso de laguna axiológica. Sobre ello profundizaré en breve, pues es menester introducir algunas precisiones adicionales.

Como podemos ver, predicar la relevancia de una propiedad es ambiguo. Para evitar este problema Alchourrón y Bulygin propusieron la distinción terminológica entre tesis de relevancia e hipótesis de relevancia[524]. Por tesis de relevancia se nombra a la proposición con la que identificamos todas las propiedades relevantes en el sistema normativo. Ello nos permitirá establecer el conjunto de casos relevantes que serán empleados para la sistematización[525]. En cambio, por hipótesis de relevancia, bajo esta propuesta, se nombra

formulamos un juicio prescriptivo de que p debe ser considerado normativamente relevante. En este escenario, para la condición i) si tenemos una norma que prevé p->Phq, entonces no debe ser el caso que Phq en caso de ¬p, y si fuese la norma p->Pq, no puede ser el caso que también esté permita en caso de ¬p. En relación con la condición ii), que se atribuya p como una condición esta debe ser, por lo menos, de tipo contribuyente para el consecuente normativo. Navarro y Rodríguez, 2014 p. 172. Rodríguez, 2002, pp. 77-78. Sobre los tipos de condiciones volveré en Cap. III.2.

[523] Sobre este punto volveré más adelante al desarrollar los modelos de toma de decisión, en específico el modelo atrincherado de aplicación de normas (un aplicador que solo debe comprobar si el caso individual es subsumible o no en el caso general de una norma interna y externamente aplicable, sin importar el resto de posibles razones en contra de aplicación de la norma). Sobre ello Cap. II.3,3.5.

[524] Alchourrón y Bulygin, 2012, pp. 152 y ss. Como bien apunta Bulygin, la distinción entre relevancia descriptiva y prescriptiva es correlativa a la tesis de relevancia y de hipótesis de relevancia. Bulygin, 2007, p. 213. Ver, por todos, Navarro y Rodríguez, 2014, p. 168.

[525] Sobre la sistematización de los sistemas normativos bajo la concepción del derecho como un sistema normativo profundizaré en Cap. IV.5.

a la proposición con la que identificamos a las propiedades que deberían preverse (o dejar de preverse) en el sistema normativo para que este sea axiológicamente adecuado[526]. Si la tesis de relevancia y la hipótesis de relevancia son coextensivas (esto es, coinciden en identificar el mismo conjunto de propiedades), entonces tendremos un sistema normativo axiológicamente satisfactorio. Si no son coincidentes, entonces tendremos un sistema normativo axiológicamente insatisfactorio[527].

Si es el caso que la hipótesis de relevancia es más extensa (contiene más propiedades) que la tesis de relevancia, entonces habremos creado una laguna axiológica, esto es, un caso axiológicamente inadecuado debido a que el caso genérico de la norma no contiene una distinción entre propiedades que debió haber sido introducida (conforme al sistema valorativo del intérprete). La noción de derrotabilidad, da cuenta de la variación de la tesis de relevancia a efectos de que esta sea coextensiva con la hipótesis de relevancia, esto es, de operaciones de reinterpretación restrictiva a efectos de que el caso genérico sea axiológicamente satisfactorio. Sobre este punto volveré luego, pues previo a profundizar sobre dicho punto cabe introducir algunas precisiones respecto a formas de entender la relevancia descriptivas a la luz de los modelos de atribución de relevancia normativa.

i) Distinción entre hipótesis de relevancia prescriptiva y descriptiva

El instrumental analítico antes analizado nos permite poder dar cuenta de las propiedades relevantes conforme a los sistemas jurídicos y qué hacemos cuando consideramos que un caso genérico debería ser modificado. Como hemos visto, señalar que una propiedad es

[526] La hipótesis de relevancia, así entendida, supone la identificación y uso de un criterio valorativo. Sobre ello, Alchourrón y Bulygin precisan que el criterio de valor «puede ser subjetivo; por ejemplo, cuando expresa las preferencias personales de una persona (que puede ser un juez, un jurista o un simple mortal). Pero también puede ser objetivo; la objetividad, a su vez, puede ser relativa a algún otro valor o conjunto de valores, o absoluta, como acaece cuando el criterio de valor está dado por el Derecho Natural». Alchourrón y Bulygin, 2012, p. 154.

[527] Alchourrón y Bulygin, 2012, p. 154. Cabe resaltar la precisión de estos autores que la adecuación axiológica de un sistema normativo es una noción más amplia de la indicada en el texto principal. Un sistema normativo puede ser axiológicamente inadecuado por: prever de manera insatisfactoria los casos genéricos, esto es, por tener una tesis de relevancia no coincidente con nuestra hipótesis de relevancia; o por haber identificado adecuadamente los casos genéricos, pero los ha correlacionado con consecuencias normativas inadecuadas (por ejemplo, los correlacionó con una obligación cuando debió ser una prohibición). Alchourrón y Bulygin, 2012, pp. 154-55. Ver, además, Alonso, 2010, p. 139. En términos más simples, un sistema es injusto por haber elegido mal los casos o por haberlos elegido bien, pero los ha solucionado mal.

relevante forma parte de la respuesta a la pregunta ¿cómo reconocer que una propiedad es relevante? la cual es una manera encubierta de preguntarse ¿a qué propiedades deberíamos atribuir relevancia?

Siguiendo lo señalado al inicio del presente capítulo sobre el proceso interpretativo y reinterpretativo, todas las ideologías (o, por lo menos, gran parte de ellas) nos ofrecen algún criterio sobre qué propiedades deberíamos tomar como relevantes[528]. La relevancia normativa de una propiedad es fruto de valoraciones, de manera que todo discurso sobre valoraciones es apto para ofrecernos criterios sobre qué circunstancias valorar normativamente. De esta manera nuestra selección de propiedades relevantes dependerá de qué ideología sobre la interpretación adoptemos (esto es, la tesis que adoptemos sobre cómo debemos interpretar las disposiciones normativas).

Podemos poner en duda si el instrumental analítico ofrecido en *Normative Systems* puede ofrecer una descripción adecuada de todas las operaciones interpretativas que las ideologías de la interpretación prescriben a los operadores del derecho. Ante ello, Rodríguez, y luego Bulygin, han propuesto refinar la noción de relevancia descriptiva a efectos de poder dar cuenta, de mejor manera, las exigencias de sus propias ideologías sobre la interpretación. A efectos de una reconstrucción adecuada de esta aproximación a la noción de la derrotabilidad es menester dar cuenta de dichas propuestas y analizar si nos ofrecen mayor claridad de nuestras operaciones interpretativas. Para ello en este subapartado partiré por reconstruir las distinciones conceptuales que proponen[529], cómo ellas nos pueden servir para aclarar operaciones interpretativas, y si es adecuado conservarlas o mantener únicamente las categorías contenidas en *Normative Systems*.

Alchourrón y Bulgyin señalaron que, al momento de formularse una crítica al sistema normativo, esto es, al formular una hipótesis de relevancia, «se piensa que el legislador no ha tenido en cuenta la propiedad en cuestión *por no haberla previsto*, y que de haberla

[528] Como bien lo señala Chiassoni, la atribución de relevancia normativa a una propiedad no es un problema teórico sino de tipo dogmático de *iure conditio*, esto es, de interpretar «correctamente» los materiales jurídicos o crear las normas implícitas «correctas». Chiassoni, 2011, p. 212. En este sentido, atribuir relevancia depende de nuestros criterios de preferencia interpretativos.

[529] Debo precisar que mi objetivo no es reconstruir, de manera completa, la forma en que Rodríguez y Bulygin entienden la interpretación jurídica, sino dar cuenta del refinamiento de la noción de relevancia descriptiva que han propuesto a partir de sus propias concepciones sobre cómo interpretar.

considerado, hubiera dado una solución diferente»[530]. Al respecto, Rodríguez señala que no necesariamente esto implica un uso prescriptivo de la noción de relevancia[531].

Si adoptamos una ideología de la interpretación mediante la cual se debe atribuir significado a las disposiciones conforme a la intención del legislador, entonces corresponde que nos preguntamos ante una propiedad irrelevante ¿qué hubiera decidido el legislador?[532] Como respuesta, es posible que el intérprete lo que esté haciendo es determinar el sistema valorativo que empleó (o emplea) el legislador y utilizarlo para señalar que dicha autoridad, de haber tenido oportunidad de evaluar la propiedad irrelevante, la hubiera considerado relevante.

En estos casos, la noción de hipótesis de relevancia no sería una proposición prescriptiva, pues no se estaría señalando un juicio valorativo sobre qué propiedades deberían ser consideradas relevantes. Lo que estaría haciendo el intérprete es formular una proposición descriptiva de las propiedades que son relevantes conforme al sistema axiológico del legislador, el cual es empleado para atribuir relevancia a propiedades en el sistema normativo[533]. En este sentido, si bien la tesis de relevancia no prevé una determinada propiedad, si tomamos en cuenta el sistema axiológico del legislador nos damos cuenta de que esta es relevante.

Tomando en cuenta estas precisiones y distinciones, cabe diferenciar, como bien apunta Ratti, entre[534]: i) relevancia descriptiva en sentido estricto, la cual se da cuenta de las propiedades que están mencionadas por alguna norma del sistema normativo y cuya

[530] Alchourrón y Bulygin, 2012, p. 156. Cursiva es de origen.
[531] Rodríguez, 2002, p. 74.
[532] Sobre este punto ver lo señalado en Cap. II.3,3.2.
[533] Rodríguez, 2002, pp. 74 y 75. Naarro y Rodríguez, 2014, p. 169. En términos de Rodríguez: «un jurista podría estar tratando genuinamente de reconstruir aquellas propiedades que deberían ser consideradas relevantes de acuerdo con el sistema axiológico presupuesto *por la autoridad normativa*, y no proponiendo sus propios juicios de valor de modo solapado. Al dictar ciertas normas, la autoridad normativa presupone un sistema axiológico determinado. Y si es verdad en cierto caso que una propiedad no ha sido considerada relevante debido a que no fue tomada en cuenta al tiempo de la promulgación de las normas, pero que, de haber sido considerada por la autoridad normativa, esta habría correlacionado el caso con una solución normativa diferente, entonces podría afirmarse que esa propiedad debe ser considerada relevante de acuerdo con el sistema axiológico presupuesto por la autoridad». Rodríguez, 2017b, p. 140.
[534] Ratti, 2007, p. 156. Bulygin presenta esta una distinción similar diferenciando entre relevancia descriptiva A (una propiedad es relevante conforme a las normas que forman parte del sistema normativo dictado por el legislador), y relevancia descriptiva B (una propiedad es relevante conforme al sistema valroitavo que subyace a la actividad del legislador). Bulygin, 2005b, p. 82. Bulygin, 2007, p. 213. Sobre este punto ver, además, Chiassoni, Guastini, Ratti, 2007, pp. XXXII-XXXIII.

presencia y ausencia tienen un estatus normativo diferente; y ii) relevancia descriptiva en sentido amplio, la cual da cuenta de las propiedades que no son relevantes en sentido estricto, pero que lo son dentro del sistema axiológico del legislador (el cual es empleado para atribuir relevancia en sentido estricto a propiedades).

De esta forma, para algunos autores la relevancia de una propiedad debe ser identificada considerando la relevancia descriptiva en sentido estricto y en sentido amplio[535]. Asumiendo este presupuesto, entonces si señalamos que estamos frente a una propiedad irrelevante en sentido estricto, pero relevante en sentido amplio, esta sería una manera de expresar que una propiedad no es expresamente relevante, pero si es relevante de manera implícita o que se presupone que es relevante[536].

A partir de esta caracterización, Rodríguez y Bulygin[537] señalan que al sostener que una propiedad irrelevante debe ser considerada relevante, podemos estar formulando, o bien un enunciado de crítica (conforme a las valoraciones y preferencias del intérprete), o bien un enunciado interpretativo en el que se atribuye significado a una disposición conforme al sistema axiológico del legislador (esto es, explicitando algunas propiedades implícitamente relevantes). En atención a ello, consideran que es pertinente refinar la noción de hipótesis de relevancia.

Si consideramos esta distinción, la proposición que señala que una propiedad descriptivamente irrelevante (en sentido estricto) debería ser considerada relevante se vuelve una proposición ambigua. Por un lado, puede ser entendida como una proposición prescriptiva. Por el otro lado, si es formulada sobre el sistema axiológico del legislador (el cual es y ha de ser empleado para determinar la relevancia de las propiedades en un sistema normativo) entonces es una proposición que describe una propiedad implícita.

[535] No profundizaré sobre el rol de la intención en la interpretación jurídica, pues ello escapa a los propósitos de la presente investigación. Sobre dicho punto me he extendido en García Yzaguirre, 2020d.
[536] Rodríguez, 2005c, p. 154. Navarro y Rodríguez, 2000, p. 77. De manera expresa: «[m]uchas veces puede haber muy buenas razones para interpretar que una propeidad, pese a no haber sido explícitamente considerada como relevante por la autoidad, implícitamente debe ser reputada relevante a la luz de otras formulaciones dadas a conocer por el legislador, su "intención" puesta de manifiesto en trabajos preparatorios o lo que resulta de la consideración de otras fuentes del derecho». Rodríguez, 2003b, pp. 227-28.
[537] Bulygin, 2005b, p. 82.

En sentido, hemos de diferenciar entre[538]: i) hipótesis de relevancia prescriptiva, esto es, una proposición crítica que sostiene que una propiedad descriptivamente irrelevante (en sentido estricto) debería ser relevante, conforme al sistema axiológico que adopta el intérprete; y ii) hipótesis de relevancia descriptiva, esto es, una proposición descriptiva que sostiene que una propiedad descriptivamente irrelevante (en sentido estricto) es implícitamente relevante, conforme al sistema axiológico del legislador.

La distinción entre tipos de hipótesis de relevancia revela, además, un punto teórico relevante: los intérpretes asumen un modelo de atribución de relevancia. Desde un punto de vista metateórico, Ratti nos propone diferenciar entre un modelo opaco de la relevancia y un modelo transparente de la relevancia[539]. Bajo esta propuesta, las normas pueden ser opacas o transparentes en relación con sus propósitos o valores empleados en su creación. En este sentido, bajo un modelo opaco, las propiedades son descriptivamente relevantes tomando en cuenta únicamente las normas que forman parte del sistema normativo, sin considerar porqué fueron introducidas[540]. En cambio, bajo un modelo transparente, identificamos las propiedades relevantes tomando en cuenta los propósitos o justificaciones de cada norma que forma parte del sistema normativo. La elección entre adoptar un modelo opaco o un modelo transparente de la relevancia es resultado de nuestras preferencias valorativas sobre cómo tratar a las normas. Sobre qué valores están inmersos en cada uno de estos qué implica adoptar uno u otro profundizaré con mayor detalle en siguiente apartado[541].

Bajo esta distinción, en *Normative Systems* se asumió un modelo opaco de la relevancia (se adopta únicamente una noción de relevancia descriptiva en sentido estricto), mientras que Rodríguez y Bulygin nos están proponiendo un instrumental analítico más fino a

[538] Rodríguez, 1999, p. 357. Rodríguez, 2002, p. 75. Navarro y Rodríguez, 2014, p. 168. Alonso, 2010, p. 141.
[539] Ratti, 2007, pp. 154-56. Ratti, 2015a, p. 152. La referencia a opaco y transparente es evocativa a la distinción de Schauer entre modelo opaco o atrincherado de toma de decisiones y modelo transparente de toma de decisiones. Sobre esta distinción volveré en Cap. II.3,3.5.
[540] Cabe introducir dos precisiones sobre este modelo. Por un lado, está señalando que un intérprete para responder qué propiedades son (descriptivamente) relevantes es suficiente determinar las propiedades contendias en los casos genéricos de cada norma. Por el otro lado, esto deja pendiente la pregunta sobre cómo identificar normas (esto es, cómo interpretar disposiciones). En el caso de la propuesta *bulyginiana*, por ejemplo, ello sería mediante una identificación del signficado semántico sintáctico de las palabras contenidas en la disposición. Ver Bulygin 1994. Postura que, como veremos en breve, cambio en Bulygin, 2005b, bajo la cual para identificar adecuadamente normas es necesario preguntarse por su propósito (y, con ello, pasó de un modelo opaco a uno transparente).
[541] Ver Cap. II.3,3.5.

efectos de clarificar cierto tipo de proposiciones que se formulan bajo un modelo transparente (adoptan una noción de relevancia descriptiva en sentido estricto y en sentido amplio). Una de las mayores dificultades, como podrá notarse, del modelo transparente y de la noción de relevancia descriptiva en sentido amplio está en precisar qué quiere decir «sistema axiológico del legislador». Ello entendido tanto como un problema conceptual (qué es) como epistémico (cómo conocerlo). En este punto, la propuesta de Rodríguez y de Bulygin divergen. El primero se centra en una versión de la intención del legislador y el segundo en la noción de *ratio legis*. Sobre ambas, Ratti ha formulado algunas interesantes críticas.

Rodríguez ha señalado que una «propiedad es implícitamente relevante en el sistema de acuerdo con el sistema axiológico presupuesto por la autoridad, el cual puede ser reconstruido a través de un análisis cuidadoso de las restantes normas promulgadas por la autoridad»[542]. De esta forma, si entendemos que la legislación es un producto deliberado de las autoridades, ello implica que su intención para crear derecho es relevante tanto para identificar qué normas son jurídicas como su contenido. Para conocer la intención del legislador, de esta forma, habría que analizar sus decisiones, esto es, las normas que ha creado y que forman parte del sistema normativo. Si esta es una reconstrucción caritativa de la propuesta, entonces ello nos llevaría a un problema.

Como bien apunta Ratti, tendríamos en un momento T1 un microsistema de normas del sistema de normas aplicables que empleamos para resolver un caso individual. Si el intérprete decide, en un momento T2, expandir este microsistema de normas incluyendo otras del sistema de normas aplicable, puede resultar que el caso genérico identificado en T1 no incluía distinciones que debían incluirse conforme a las normas identificadas en el momento T2. Ello nos lleva a considerar, en un momento T3, que se sustituya el primer caso genérico por un nuevo caso genérico más fino, esto es, que incluye más propiedades[543].

[542] Rodríguez, 1999 pp. 357-58. Rodríguez, 2005c, p. 154. Rodríguez, 2002, p. 375. En este punto está siguiendo de cerca a Alchourrón cuando señaló que «las excepciones implícitas en un texto normativo muchas veces son hechas explícitas en otros textos, la tarea ya ha sido muchas veces cumplida por el legislador. La interpretación sistemática permite reconstruir, en tales casos, el contenido conceptual de cada una de las normas del sistema». Alchourrón, 2010 [1996c], p. 169.

[543] Este autor, a efectos de aclarar su punto, pone como ejemplo la Riggs vs. Palmer. Como ya hemos visto anteriormente, en un momento T1 para solucionar el caso se había identificando normas a partir de la legislación civil para resovler el caso. En un momento T2 se incorporó al microsistema de normas para resolver el caso la norma «prohibido beneficiarse de sus propios daños». Esto llevó a considerar que en las

Retomemos el caso propuesto a inicios del presente capítulo de la prohibición constitucional de reelección de parlamentarios en Perú. En un momento T1 la disposición constitucional fue interpretada como «si Parlamentario, entonces prohibido postular al proceso electoral inmediato siguiente» (norma N1). Al respecto, la autoridad administrativa electoral competente para interpretar de manera autoritativa dicha disposición consideró que los efectos de dicha calificación podrían ser contrarios a la intención del constituyente, por lo que indagó otras normas constitucionales que le permitiesen reconstruir la intención constituyente. En un momento T2, la indicada autoridad administrativa consideró que de la Constitución peruana se interpretaba la norma «si parlamentario, obligatorio que cumplan el periodo para el cual fueron elegidos». De esta norma se puede verificar que en N1 está omisa una distinción que, conforme a la intención del constituyente, debería incorporarse. Finalmente, en un momento T3, la autoridad administrativa identificó y decidió atribuir a la disposición constitucional la norma «si Parlamentario y no comicios electorales para completar periodos parlamentarios interrumpidos, entonces prohibido postular al proceso electoral inmediato siguiente».

Como podrá notarse, si entendemos de esta forma la tesis del sistema axiológico del legislador[544], entonces la relevancia descriptiva en un sentido amplio no es muy distinta a significado todo considerado expuesto al inicio del presente capítulo, esto es, el significado atribuido al texto tras haber considerado todas las posibles interpretaciones disponibles, esto es, tras haber finalizado todas las etapas del proceso interpretativo[545]. Si esto es así, como bien critica Ratti[546], entonces las proposiciones que hagamos usando una noción de relevancia descriptiva en sentido amplio no serían conceptualmente

normas identificadas inicialmente era necesario introducir una distinción en las reglas de que facultan beneficiarse de la herencia incluso en escenarios donde el heredero mató al testador. Finalmente, en un momento T3 se sustituyó la norma identificada en T1 por otra norma más fina, una que excluía al homicida de su testador de recibir el testamento. Ratti, 2007, pp. 158-59.

[544] Como podrá notarse, se está interpretando las tesis de Rodríguez de manera similar a como Alchourrón formuló su propuesta intencionalista de la interpretación en el enfoque disposicional de la derrotabilidad. Asimismo, esta sería una forma alternativa de presentar las interpretaciones sistemáticas entendidas como un argumento de coherencia, interpretación adaptativa y construcciones dogmáticas, esto es, entender que las disposiciones deben ser interpretadas de manera que no generen un conflicto con normas previamente identificadas. En relación con cómo Alchourrón entendió la interpretación intencional y los sentidos de interpretación sistemática (conforme a Vito Velluzzi) ver Cap. II. 3,3.2,3.2.2.

[545] Ver Cap. II.2,2.2.1.

[546] Ratti, 2007, pp. 162-63.

diferentes a las que hacemos con una noción de relevancia descriptiva en sentido estricto: ambas serían proposiciones sobre las normas que forman parte del sistema normativo, solo las diferencia el microsistema de normas construido para resolver el caso, esto es, el orden temporal en el que realizamos cada operación interpretativa. La relevancia descriptiva en sentido amplio no sería otra cosa que una relevancia descriptiva en sentido estricto todo considerado.

Bulygin, por su parte, a efectos de dotar de contenido esta propuesta, ha diferenciado entre identificaciones adecuadas e inadecuadas de las normas. El criterio para diferenciar unas de otras es si la norma identificada da cuenta o no del propósito de la norma. En este sentido, una identificación adecuada de la norma equivaldría a interpretar una disposición de manera tal que la norma atribuida permita concretizar la justificación de la norma. En cambio, una identificación inadecuada de la norma se refiere a no haber interpretado satisfactoriamente una disposición, esto es, el resultado interpretativo atribuido por una persona que «no entendió el significado de expresión»[547] legislativamente adoptada. A efectos de aclarar su punto, este autor emplea como ejemplos de análisis el famoso caso propuesto por Lon Fuller y el caso del barbero de Bolonia propuesto por Punfendorf. Veamos cada uno de estos ejemplos en dicho orden.

En relación con el primer ejemplo, se da cuenta de una situación en la que una disposición que establece «prohibido dormir en la estación bajo pena de multa». Sucede que una persona, mientras esperaba un tren que llegaba con retraso, se quedó dormida brevemente en el andén. En este escenario, ¿la norma es internamente aplicable a este caso individual? Tendríamos tantas respuestas como interpretaciones posibles a dicho texto normativo.

Asumamos una interpretación literal de la disposición por la cual identificamos la norma «si persona duerme en la estación de tren, entonces obligatorio multarla». Bajo un modelo opaco de atribución de la relevancia, la tesis de relevancia estaría compuesta por la propiedad «persona dormida». De manera que el caso individual indicado se resuelve aplicando la prescripción de imponerle una multa. Si consideramos que el resultado debería ser otro, para ello habríamos de formular una hipótesis de relevancia prescriptiva bajo la cual, a manera de enunciado crítico, sostenemos que el caso genérico de la norma

[547] Bulygin, 2005b, p. 75.

debería ser otro, esto es, un caso genérico más fino que excluya al caso individual (de manera más específica, que excluya el tipo de casos de personas que se quedan dormidas de manera no intencionada en el andén).

Bulygin nos señala que deberíamos interpretar la disposición conforme al propósito para el que fue promulgada, esto es, adoptar un modelo transparente de atribución de la relevancia. Según dicho autor, la finalidad de la disposición citada sería evitar que las estaciones de tren sean empleadas como residencias nocturnas por personas que carecen de techo. De esta manera, al momento de atribuir la norma y establecer su alcance, el resultado debe ser tal que solo ese tipo de circunstancias sean consideradas como las normativamente relevantes y no cualquier otra. De esta manera, el caso del sujeto que se quedó dormido de manera no intencional no estaría dentro del alcance de la norma (o, mejor dicho, la disposición debe ser interpretada de manera tal que dicho caso no sea subsumible)[548].

En cuanto al segundo ejemplo, en Bolonia había una disposición con el siguiente tenor: «quienquiera que derramara sangre en las calles debería ser castigado con la mayor severidad». Bajo una interpretación literal, la prescripción de castigo con la mayor severidad se impondría a cualquier persona que derrame sangre en las calles, como sería, por ejemplo, un barbero que accidentalmente corta a su cliente y por ello derrama su sangre en la calle, el médico que realiza una intervención de emergencia en una calle que implique que el paciente sangre, o el caso de un niño que, jugando con otro, le rompe la nariz y hace que su sangre salpique en el pavimento. Para Bulygin, esta disposición debe ser entendida conforme a su propósito, esto es, desincentivar las riñas, duelos u otros hechos violentos en la vía pública. De esta manera, que los casos anteriores estarían fuera del alcance de la norma (o, en términos más precisos, deberíamos interpretar la disposición de tal manera que dichos casos queden fuera del alcance de la norma)[549].

[548] Bulygin, 2005b, p. 75.

[549] En caso el aplicador del derecho identifique y aplique una norma que entiende «derramar sangre» sin distinción alguna «simplemente estaría aplicando esa norma a un caso que está claramente fuera de su alcance. Uno diría que el juez no entendió el significado de la expresión "derramar sangre en la calle". Esta expresión refiere claramente a duelos, riñas y otros hechos de violencia, pero nadie en su sano juicio diría que el barbero, el médico o el chico han derramado sangre en la calle, aunque algunas gotas de sangre hayan caído en el pavimento». Bulygin, 2005b, p. 75. En un sentido similar, Bulygin, 2014, pp. 78-79.

Como podemos ver, bajo esta propuesta, los intérpretes han de formular una hipótesis de relevancia descriptiva (proposición que da cuenta de las propiedades descriptivamente relevantes en sentido amplio) a efectos de identificar las propiedades que son implícitamente relevantes. Ello, tomando en consideración el propósito para el que fue introducida la norma en el sistema normativo[550].

Esta propuesta de Bulygin nos llevaría a los diversos problemas sobre cómo identificar el propósito de las normas. No es oportuno profundizar sobre ellos en este momento, pero por enumerar algunos: i) el propósito de las normas o *ratio legis* es una expresión ambigua, en tanto puede se entendida como una forma de dar cuenta de la intención del legislador o como el estado de cosas deseado[551]; ii) las normas suelen tener más de un propósito, de manera que elegir entre uno de estos (señalar que un propósito es el principal y el resto secundarios) es una decisión discrecional[552]; y iii) la atribución de propósitos suele ser producto de un acto de construcción jurídica, de manera que los fines son atribuidos por los intérpretes y no descubiertos[553]. En relación con este último punto, cabe resaltar que la identificación de la *ratio legis* puede ser caracterizada como un acto de descubrimiento siempre que asumamos una tesis cognitivista de la interpretación, en el sentido de que asumamos que hay un enunciado interpretativo verdadero. Como bien señalé al inicio del presente capítulo, no resulta convincente que sea una tesis descriptiva

[550] Una estrategia similar a esta ha sido empleada por Hernandez Marin, 2012. Como veremos en el siguiente apartado, las tesis de Atienza y Ruiz Manero sobre la noción de ilícito atípico emplean un esquema similar a este, pero empleando otro aparato teórico y terminología. Expuesto en extrema síntesis, en los sistemas normativos podemos identificar reglas y principios, estando las primeras justificadas por las segundas. Cada vez que las reglas no logran concretizar de manera satisfactoria un principio, esta tiene que ser reformulada a efectos de una adecuada expresión del mandato que se pretende regular (esto es, especificar de mejor manera el principio). Si esto es así, entonces formulamos hipótesis de relevancia con los cuales variar la tesis de relevancia de cada regla a partir de los principios que forman parte del sistema. En este sentido, tendríamos una hipótesis de relevancia descriptiva y no prescriptiva. Sobre este punto profundizaré más adelante, ver Cap. II.3,3.5 y 3.6.

[551] Ver Guastini, 1999, p. 218. Tarello, 2013, pp. 332-33. Para un estudio profundo sobre esta noción ver Klappstein y Dybowski, 2018.

[552] Ratti, 2013a, p. 161.

[553] De esto se sigue que el problema de la prescripción en relación con sus fines depende de cómo se entiendan los fines. Una manera de ilustrar este punto es considerando que el efecto cobra de las normas. El efecto cobra da cuenta de aquellas circunstancias en las que una medida genera efectos perjudiciales sobre el problema que pretendía solucionar (en términos más precisos, logra incentivar la actividad que pretendía desincentivar). Diremos que una norma posee tal efecto dependiendo de cómo reconstruyamos el fin, esto es, a partir de las consideraciones que adopte el intérprete para evaluar cuál era el estado de cosas deseado al momento de introducir la norma. Si la norma es presentada con un determinado fin, por ejemplo, se dará el efecto cobra, pero si es presentada con un fin alternativo, entonces no tendrá tal efecto (puede, incluso, ser caracterizada como idónea).

de nuestras prácticas, sino una tesis prescriptiva dirigida a cómo deberían los intérpretes tratar a las fuentes del derecho[554].

En este sentido, si adoptamos un modelo transparente de la atribución de relevancia lo que estamos haciendo es considerar que el intérprete debe realizar un proceso interpretativo complejo. En este, además de considerar las normas expresas que pueda atribuir a la disposición, debe realizar un acto de atribución de propósito de la norma y verificar si entre la norma expresa que se pretende atribuir y la finalidad atribuida hay consistencia o no[555]. En el caso de la propuesta de Rodríguez, habría discrecionalidad respecto a qué normas incluir en el microsistema de normas aplicables al caso; en el caso de Bulygin, habría discrecionalidad para determinar cuál es la *ratio legis* de la norma. Si esto es así, entonces resulta problemático caracterizar a la hipótesis de relevancia descriptiva como un genuino enunciado descriptivo y no uno prescriptivo[556].

En este punto es preciso señalar que los problemas conceptuales de una ideología de la interpretación son independientes de la corrección conceptual de la distinción entre relevancia descriptiva en sentido estricto y en sentido amplio. En este sentido corresponde resolver la pregunta ¿qué operaciones podemos aclarar con la noción de hipótesis de relevancia descriptiva?

---

[554] Bulygin ha sostenido, en defensa de su propuesta, que del hecho que la *ratio legis* suela ser resultado de conjeturas de los intérpretes no se sigue que siempre lo sea. Basta con que algunas veces la identificación del propósito sea resultado de una actividad cognoscitiva para que su propuesta sea correcta. Bulygin, 2007, pp. 214-15.

[555] Como bien nos señala Ratti, las tesis de Rodríguez y Bulygin pretenden evitar desarmonías axiológicas dentro del orden jurídico. El problema es que sus medios elegidos implican elecciones y valoraciones sobre cómo identificar los valores. De todos los posibles valores a elegir, ellos seleccionan cuáles de estos son relevantes y cómo solucionar un supuesto de desajuste valorativo (como construir preferencias entre valores en juego). Ratti, 2007, pp. 164-65. Si esto es así, entonces el problema de adoptar este modelo transparente es que hace borrosa la distinción entre prescripciones normativas y prescripciones axiológicas, pues no podríamos identificar el derecho sin haberlo evaluado. Ratti, 2015a, p. 152. Sobre este punto volveré en Cap. II.3,3.5.

[556] Cabe poner de relieve que señalar que una propiedad es relevante en sentido amplio e irrelevante en sentido estricto es una proposición ambigua. Se puede estar expresando o bien que el sistema normativo no regula un caso que pretende regular, o bien que dentro de un caso genérico hay propiedades implícitas por ser explicitadas. En el primer supuesto estamos frente a un déficit axiológico de que un caso genérico irrelevante debería ser relevante o, en otros términos, de un caso no regulado que debería estar regulado. El segundo supuesto es de un caso regulado, pero mediante propiedades no explicitadas, de manera que hemos identificado la norma de manera insatisfactoria. Al respecto, para los efectos de esta investigación solo nos interesan estos segundos supuestos (sobre la distinción entre casos regulados y casos no regulados volveré en el siguiente subapartado).

Considero que esta noción permite reconstruir y presentar de manera precisa algunas operaciones de reinterpretación. En muchos casos, como bien ha demostrado Rodríguez, descartamos una primera interpretación o una interpretación formulada previamente, si tomamos en cuenta otras normas del sistema normativo. Ahora bien, esto supone, como adecuadamente ha sostenido Ratti, descartar entender la relevancia descriptiva en sentido amplio como un sistema valorativo del legislador, y entenderla como una relevancia descriptiva en sentido estricto todo considerado[557].

Bajo esta noción, entonces, formular una hipótesis de relevancia descriptiva a efectos de modificar una tesis de relevancia es una manera de dar cuenta de una inconsistencia normativa entre dos normas que forman parte del sistema normativo y de una manera de solucionarla: variando la identificación de una de las normas a efectos de que esta contenga un caso genérico más fino[558].

Un ejemplo de cómo podríamos emplear esta reformulación de la noción de hipótesis de relevancia descriptiva es la propuesta de Moreso de cómo reconstruir un análisis de constitucionalidad por omisión[559]. Supongamos que hemos interpretado una disposición con rango legal, de manera que hemos identificado una tesis de relevancia. A efectos de analizar si dicha tesis de relevancia forma parte o no del conjunto de interpretaciones constitucionalmente posibles, corresponde analizar si estas son conformes o no a las normas constitucionales.

---

[557] Esta idea ha sido presentada con otras terminologías y marcos teóricos. Por un lado, ha sido presentada por algunos autores como un caso de derrotabilidad interna, esto es, la incorporación de nueva propiedad (la excepción) a una norma como resultado de haber resuelto una inconsistencia normativa con otra nroma que forma parte del mismo sistema normativo. Sobre este punto ver Cap. III.3. Por otro lado, como un caso de deficiencia interna de la norma que puede ser, a su vez, de dos tipos: de la propia norma o de la norma con el sistema normativo. Si asumimos que las normas son elementos complejos compuestos por una razón subyacente y su especificación concretizada en una prescripción, entonces puede ser el caso que, o bien especifiquemos de mejor manera la razón subyacente (deficiencia interna de la norma), o bien especifiquemos de mejor manera considerando todas las razones subyacentes del sistema normativo (deficiencia interna del sistema). Sobre este último punto profundizaré en Cap. II.3,3.5.

[558] Una manera alternativa de presentar esta misma idea es la distinción terminológica propuesta por Alonso entre hipótesis de relevancia términos morales (en sentido prescriptivo) e hipótesis de relevancia en términos de coherencia jurídica (en sentido descriptivo). Alonso, 2010, pp. 257. En un sentido similar, Ferrer y Ratti proponen variar los términos en hipótesis de relevancia externa e hipótesis de relevancia interna. Ferrer y Ratti, 2012b, p. 29. He preferido conservar la terminología de Rodríguez dado que pone de relieve el tipo de proposición que se forma con cada sentido (una proposición prescriptiva o descriptiva). La distinción entre tipos de hipótesis de relevancia implica dos sentidos diferentes de laguna axiológica: como crítica externa y como crítica interna. Sobre esta distinción volveré en el siguiente subapartado.

[559] Moreso, 1997, pp. 179-80.

Tras interpretar la Constitución, el intérprete habrá identificado un conjunto de propiedades relevantes, las cuales operarán, conforme a este análisis, como hipótesis de relevancia para la tesis de relevancia identificada. En otros términos, las propiedades que identifiquemos de las normas constitucionales son aquellas propiedades que deben ser consideradas relevantes al momento de atribuir significado a una disposición legislativa. En este sentido, tras haber identificado una norma legal con ciertas propiedades, las normas constitucionales pueden identificar distinciones adicionales que deberían ser tomadas en cuenta a efectos de que la norma legislativa sea constitucionalmente válida.

Como podemos ver, bajo esta presentación la hipótesis de relevancia no opera como una proposición de crítica externa (desde el sistema axiológico del intérprete), sino como una proposición descriptiva interna, esto es, del propio sistema normativo. En este sentido, la relevancia descriptiva en sentido amplio podría ser una manera de presentar una forma de interpretación conforme con la Constitución o una interpretación sistemática (entendida como una interpretación del sistema normativo de manera tal que no se generen inconsistencias)[560].

Otro ejemplo de este punto lo ofrece parte de la concepción principalista del derecho. Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero han propuesto una forma de entender las lagunas axiológicas como un conflicto entre reglas y principios. En sus propios términos: «un cierto caso constituye una laguna axiológica en el nivel de las reglas de un cierto sistema jurídico, si las reglas de ese sistema jurídico solucionan el caso, pero sin que dichas reglas consideren como relevante para esa solución una cierta propiedad que, de acuerdo con la hipótesis de relevancia derivada de los principios de ese sistema jurídico, sí debería considerarse como relevante»[561]. En este sentido, los principios pueden ser entendidos como hipótesis de relevancia descriptivas y las reglas como tesis de relevancia[562].

[560] Moreso, 2005b, p. 199. Sobre este punto, además, Alonso, 2010, p. 297 y ss. En un mismo sentido, Guastini emplea las normas que regulan la igualdad como hipótesis de relevancia descriptivas con las que se crean lagunas axiológicas a nivel de normas infraconstitucioanles (trata al principio de igualdad como una «máquina para producir lagunas [axiológicas]», pues de esta forma los jueces constitucionales pueden revisar el antecedente de cualquier norma identificada de fuente infraconstitucional). Ver Guastini, 2014, pp. 273-73. Guastini 2013b, pp. 37-38, Guastini, 2013c, pp. 54-55. Para un ejercicio similar Parodi. 1996 y Redondo, 1996.

[561] Atienza y Ruiz Manero, 2000, p. 62. En un mismo sentido, Ruiz Manero, 2015a, pp. 53-54. Atienza y Ruiz Manero, 2012, p. 244. Profundizaré en Cap. II.3,36.

[562] Sobre el punto ver Ratti, 2013a, pp. 31-32.

Como podemos ver, si entendemos que la hipótesis de relevancia descriptiva expresa juicios de relevancia descriptiva en sentido estricto todo considerado, entonces esta es una noción útil para aclarar procesos de reinterpretación restrictiva. Podríamos emplear dicha noción a efectos de dar cuenta de supuestos de crítica interna, es decir, como una forma de sostener que, a efectos de evitar una inconsistencia normativa dentro del sistema normativo, es necesario introducir una propiedad adicional en el caso genérico. En este sentido, en lo que sigue de esta investigación adoptaré este sentido de hipótesis de relevancia descriptiva.

Ahora bien, si entendemos la hipótesis de relevancia prescriptiva como una proposición de crítica externa al sistema y la hipótesis de relevancia descriptiva como una proposición de crítica interna desde el sistema, me parece que esta distinción nos puede servir para diferenciar entre predicar que una propiedad está fuera del alcance de la norma, de predicar que una determinada propiedad es excepción. Podemos señalar que una tesis de relevancia sea revisada a efectos de incorporar una distinción, esto es, que se incorpore una nueva propiedad. Si la fuente de tal distinción es una hipótesis de relevancia descriptiva, entonces podemos señalar (descriptivamente), que dicha propiedad operaba como excepción conforme al sistema normativo. Si la fuente de tal distinción es una hipótesis de relevancia prescriptiva, entonces podemos señalar (descriptivamente), que dicha propiedad está fuera del alcance de la norma. En este último escenario, para poder ser incorporada como excepción, el aplicador del derecho debe modificar el sistema normativo agregando una nueva norma que prevea la distinción alegada.

3.4.2. Lagunas axiológicas

La distinción entre relevancia descriptiva y prescriptiva (así como sus nociones correlativas de tesis de relevancia e hipótesis de relevancia), permiten identificar y diferenciar dos problemas diferentes en los sistemas jurídicos: casos genéricos compuestos por propiedades relevantes, pero que no están correlacionados con ninguna consecuencia jurídica; y casos genéricos compuestos por propiedades relevantes y que están correlacionados con una consecuencia jurídica, a los cuales el intérprete considera

que la identificación del caso genérico es inadecuada. Esto es, nos permiten identificar y diferenciar lagunas normativas y lagunas axiológicas, respectivamente.

Asimismo, la diferencia entre relevancia e irrelevancia descriptiva permiten identificar y diferenciar casos regulados por el derecho y casos no regulados por el derecho. Esto es, diferenciar entre casos de lagunas normativas de casos no regulados por el sistema normativo.

Para los fines de la presente investigación, procederé en las líneas siguientes a hacer breves reconstrucciones de las nociones de laguna normativa y de caso no regulado. Ello a efectos de poder precisar las distinciones conceptuales entre estas nociones con las de laguna axiológica y, de esta forma, esclarecer los alcances del problema que nos interesa: analizar el contenido conceptual de la noción de laguna axiológica y cómo esta se vincula con la noción de derrotabilidad.

i. Lagunas normativas, casos no regulados y lagunas axiológicas

Retomando lo señalado en líneas anteriores, las propiedades pueden ser normativamente relevantes o irrelevantes. Dependiendo de cómo se combinen las propiedades, estas pueden formar casos genéricos relevantes (compuestos por propiedades relevantes, esto es, propiedades cuya presencia o ausencia incide en la calificación normativa de una acción) o casos genéricos irrelevantes (compuestos por propiedades irrelevantes, esto es, propiedades cuya presencia o ausencia no incide en la calificación normativa de una acción). Si identificamos un caso genérico relevante, ello quiere decir que este requiere ser solucionado por el sistema normativo, es decir, que debería estar correlacionado con una solución normativa. En cambio, si identificamos un caso genérico irrelevante, ello quiere decir que no requiere ser solucionado por el sistema normativo, es decir, que está fuera de los límites del derecho[563].

[563] Navarro, 2005b, p. 99. En otros términos, para diferenciar entre los casos que el derecho pretende regular de los casos que no pretende regular hemos de verificar la tesis de relevancia. Asimismo, la tesis de relevancia nos permite identificar qué casos se ha regulado y que casos no se ha regulado (casos que se pretende regular, pero que el sistema normativo no ha correlacionado con una consecuencia normativa). Ratti, 2013a, p. 31. Al señalar «pretender» no refiero a una noción moral o valorativa, sino a satisfacción de una pretensión de guiar la conducta que se manifiesta al establecer propiedades normativamente relevantes, pero que se frustra cada vez que la combinación de dichas propiedades en un caso genérico relevante no está correlacionado a una consecuencia jurídica (el destinatario no sabría que hacer ante dichos casos).

Un caso genérico relevante puede estar o no correlacionado con una consecuencia normativa en un determinado sistema normativo. Siguiendo a Alchourrón y Bulygin, se denomina laguna normativa a los supuestos en los que, al analizar un micro sistema de normas aplicables a un caso[564], verificamos que un caso genérico relevante no está correlacionado con una solución normativa[565]. Cabe anotar que la presencia o ausencia de lagunas en un micro sistema normativo indicará si este es completo o no. En otros términos, si todos los casos genéricos relevantes de un micro sistema normativo están correlacionados con una consecuencia jurídica, entonces el micro sistema es completo, esto es, de dicho micro sistema normativo podemos derivar una consecuencia jurídica para todos los casos que regula[566]. En cambio, si un caso genérico relevante de un micro sistema normativo no está correlacionado con una consecuencia normativa, entonces tendremos un micro sistema normativo incompleto, es decir, de dicho micro sistema normativo no podemos derivar ninguna solución jurídica para dicha combinación de propiedades relevantes.

[564] Esto requiere de precisión. Al hablar de sistemas normativos se puede estar refiriendo al ordenamiento jurídico en su totalidad, esto es, como un macro conjunto de normas compuesto por todas las normas que pertenecen al derecho o que son aplicables a un caso individual (dependiendo de qué sistema normativo estemos analizando). También es posible que hagamos referencia a un subconjunto de normas de dichos macros sistemas, esto es, a micro sistemas normativos. Los juristas usualmente emplean micro sistemas para analizar el subconjunto de normas relevantes para solucionar un caso individual. En el texto principal, me concentraré en los problemas de lagunas normativas que puedan ser detectados en la sistematización de un micro sistema normativo de normas aplicables a un caso. Sobre esta distinción ver Núñez Vaquero, 2017a, pp. 244-45. Guastini, 2014, pp. 262-63.

[565] Estas son circunstancias que el derecho reconoce como normativamente relevantes, pero que las ha dejado sin solución Alchourrón y Bulygin, 2012, pp, 25, 33 y 92. Alchourrón y Bulygin, 1991 [1976], pp. 404-05. Cabe precisar que la manera de entender las lagunas normativas es dependiente de nuestra conceptualización de norma y, principalmente, de nuestros criterios de atribución relevancia. Por ejemplo, si adoptáramos un modelo de norma a dos niveles, esto es, como un mandato prescriptivo compuesto de una razón subyacente y una especificación de esta en una regla, entonces una laguna normativa (en extrema síntesis) sería el caso en que solo a nivel de la prescripción está pendiente de vincular a una consecuencia normativa. De igual forma, si adoptáramos una tesis postpositivista asumiríamos que una laguna normativa da cuanta de la ausencia de una regla que correlacione un caso con una solución que es requerida por el balance de principios. Sobre este punto ver Schauer, 1985, Ruiz Manero, 2005, p. 123, Ruiz Manero, 2015a, pp. 49-50, Chiassoni, 2019b, pp. 167 y ss, Chiassoni, 2011, pp. 206 y ss. Para los efectos del presente apartado cabe reiterar que estoy entendiendo por norma a un enunciado condicional que correlaciona un caso genérico con una consecuencia jurídica. En este sentido, entenderé por laguna normativa (con cargo a profundizar en el texto principal) un caso genérico no correlacionado con una consecuencia jurídica. Dado que el objetivo es esclarecer la noción de derrotabilidad estoy dejando fuera del análisis a las normas categóricas, pues para derrotarlas tendríamos que especificarlas a efectos de volverlas condicionales (sobre esto ver Cap. III.4).

[566] En términos más precisos, que todos los casos genéricos están correlacionados a una solución maximal. Ver Rodríguez, 2002, pp. 64-65.

Bajo la esta noción de laguna normativa cabe precisar: i) que el enunciado que describe que hay una laguna normativa en el micro sistema es una proposición normativa que da cuenta de la incompletitud generada por nuestras decisiones interpretativas; y ii) que hay una diferencia conceptual entre un caso jurídicamente relevante pendiente de regulación y un caso jurídicamente irrelevante sin ser regulado.

En relación con el primer punto, cabe insistir en la precisión de que los intérpretes, al momento de describir el micro sistema normativo, pueden identificar: que este es completo, es decir, que carece de lagunas normativas, o bien que incompleto o lagunoso, esto es, que hay casos genéricos que no están correlacionados con una solución normativa[567]. En este sentido, las lagunas normativas son un problema que identificamos en el nivel de las normas (no de formulaciones normativas), esto es, verificamos que tenemos un caso de laguna luego de sistematizar las normas que hemos identificado de disposiciones normativas junto con, de ser el caso, las normas implícitas.

Asimismo, bajo esta presentación, las lagunas normativas no suponen un problema de falta de información de las normas que componen el sistema normativo o de las propiedades del caso individual. Tampoco son un problema de indeterminación del lenguaje con el que están expresadas las normas que forman parte del sistema normativo que nos impida calificar un caso individual. Las lagunas normativas son un problema de tener identificado un caso genérico relevante que el sistema normativo no correlaciona con una consecuencia normativa[568].

---

[567] Navarro y Rodríguez, 2014, p. 167. Ratti y Rodríguez, 2015, p. 136.

[568] Cabe precisar la diferencia entre un caso genérico regulado no correlacionado con una consecuencia normativa de la indeterminación de si un caso individual está regulado o no, esto es, la diferencia entre lagunas normativas y lagunas de reconocimiento. Con la noción de laguna de reconocimiento, como veremos con mayor detalle en Cap. II.4, se da cuenta de los problemas de indeterminación del lenguaje con el que expresamos normas, de manera más precisa, de problemas de vaguedad. Bajo este sentido, tendremos un caso de laguna de reconocimiento si estamos frente a un caso límite, esto es, un caso individual respecto del que se tiene duda si son subsumibles o no en una de las propiedades del caso genérico. Alchourrón y Bulygin, 1991 [1976], p. 405. Ahora bien, cabe anotar que tras resolver dicha indeterminación (es decir, decidiendo si excluir o incluir el caso individual en el alcance de una propiedad relevante), pueden generarse dos tipos de situaciones: i) que el caso individual sea subsumible en el caso genérico de una norma que califica normativamente dicho tipo de circunstancia; o ii) que el caso individual no sea subsumible. En este segundo escenario, como bien precisa Ruiz Manero, puede que, o bien el caso individual posee propiedades que el sistema normativo considera relevantes, pero cuya combinación no está correlacionada con una solución normativa (laguna normativa); o bien, el caso individual posee propiedades que el sistema normativo no considera relevantes (caso no regulado). Ruiz Manero, 2005, p. 105. Sobre la distinción entre laguna de reconocimiento y laguna normativa ver Moreso, Navarro y Redondo, 2002.

¿Cómo se generan las lagunas normativas? Mediante la interpretación podemos realizar una de dos cosas: crear lagunas normativas o evitar su creación. El intérprete crea lagunas normativas en el sentido de que estas son resultado de nuestras decisiones interpretativas[569]. Al momento de interpretar una disposición, puede ser el caso que bajo una posibilidad interpretativa se produzca una laguna normativa y bajo otra posibilidad esta no se produzca. Si las normas son resultados de decisiones interpretativas, entonces nosotros decidimos crear casos genéricos relevantes sin correlacionar con una solución normativa.

Para aclarar este punto recordemos, en extremo resumen, lo visto al inicio del presente capítulo. De acuerdo con el modelo reconstructivo elegido para dar cuenta del proceso interpretativo, el intérprete parte por atribuir un primer significado a una disposición, un significado *prima facie*. Tras ello, realiza un proceso de reinterpretación a efectos de determinar el significado todo considerado (significado que será atribuido a la disposición). En el proceso reinterpretativo, el intérprete puede confirmar el significado *prima facie* o bien puede descartarlo a efectos de elegir otro significado (uno identificado a partir de la aplicación de las técnicas interpretativas vigentes o crear un nuevo significado mediante un acto de interpretación creativa). Si el intérprete es una autoridad con competencia para identificar normas, entonces el producto interpretativo de este proceso (el significado todo considerado) será una norma expresa jurídica. Tras la identificación de esta norma, el intérprete puede proceder a establecer el conjunto de normas derivadas[570] a efectos de identificar el alcance de la norma identificada.

Ahora bien, supongamos que un intérprete que debe resolver la pregunta sobre cuál es la calificación normativa de una determinada acción. Para ello, parte por atribuir significado a una o un conjunto de disposiciones normativas. En un primer momento, esto es, al atribuir un significado *prima facie,* puede sostener que o bien que la acción carece de

[569] Como bien lo expone Guastini: «[e]l problema sobre si hay y cuál es la norma aplicable al caso es un problema de interpretación textual (interpretación en abstracto) y/o de subsunción dei supuesto de hecho concreto bajo un supuesto de hecho abstracto (interpretación en concreto). Un problema como este puede ser resuelto de dos maneras: decidiendo que el supuesto de hecho en examen cae bajo el ámbito de aplicación de una determinada norma, o decidiendo que no hay ninguna norma aplicable a tal supuesto de hecho concreto. En un caso, el derecho no presenta ninguna laguna; en el otro caso, por el contrario, el derecho se revela como lagunoso (…) la laguna, si se presenta, se presenta siempre y solo posteriormente a la realización de una interpretación». Guastini, 2016, p. 344. Asimismo, Ratti, 2013a, pp. 50 y ss.

[570] De todas o parte de ellas, en función a los criterios de pertenencia de normas al sistema normativo de normas aplicables a un caso individual. Ver Ratti 2013a, p. 295.

calificación normativa (caso de laguna normativa); o bien que la acción sí posee una calificación normativa (caso de ausencia de laguna normativa).

Tras ello, el intérprete realiza un proceso reinterpretativo por el cual puede confirmar el significado *prima facie* atribuido, o bien puede descartarlo y elegir otro significado posible (o crear uno nuevo). En este sentido, al momento de atribuir un significado todo considerado, el intérprete puede: i) crear una laguna normativa, esto es, rechazar el significado *prima facie* que negaba la presencia de una laguna normativa, o confirmar el significado *prima facie* que afirmaba que estábamos frente a un caso de laguna normativa, según sea el caso; o ii) prevenir la laguna normativa, esto es, confirmar el significado *prima facie* que negaba la presencia de una laguna normativa, o rechazar significado *prima facie* que negaba la presencia de una laguna normativa, según sea el caso[571]. Las lagunas normativas no son, como bien señala Guastini, objetivas o independientes de las decisiones del intérprete[572].

Bajo esta forma de entender la creación de las lagunas normativas se sigue que mediante la interpretación no se colman lagunas. Para solucionar los problemas de incompletitud de un micro sistema normativo (o, en otros términos, eliminar las lagunas normativas o colmarlas) el intérprete debe modificar dicho micro sistema normativo. Esto es, debe introducir en el sistema una norma que, o bien califique el caso genérico sin solución (lo correlacione con una consecuencia normativa); o bien cree una regla de clausura[573].

Veamos ahora, brevemente, el segundo punto: la diferencia conceptual entre un caso jurídicamente relevante pendiente de regulación de un caso jurídicamente irrelevante sin ser regulado. Sobre esta distinción se ha discutido y se sigue discutiendo ampliamente y no es mi propósito profundizar en ella. Aquí solo clarificaré el sentido de caso no regulado

[571] Sobre este punto ver Ratti, 2013a, pp. 53-54, Ratti, 2015b, pp. 168-170. Por ejemplo, podemos crear una laguna normativa, como hemos visto líneas atrás, mediante el uso del argumento de la disociación (ver Cap. II.3,31.) o bien podemos prevenir que se cree una utilizando alguna técnica de interpretación extensiva (esto es, reinterpretando la disposición a efectos de evitar este resultado interpretativo). En términos de Alchourrón y Bulygin: «un sistema incompleto (con lagunas) puede ser transformado mediante la interpretación (…) en un sistema completo (sin lagunas)». Alchourrón y Bulygin, 2012, p. 140. De igual forma en Alchourrón, 1991 [1996c], p. 164.
[572] Guastini, 2008a, p. 150. Guastini, 2016, p. 153. Sobre este punto, Chiassoni, 2011, p. 228.
[573] Sobre la noción de regla de clausura ver lo señalado en Cap. II.3,3.2. Asimismo, Ratti, 2013a, pp. 290 y ss.

que emplearé, y explicaré cómo esta noción se diferencia de los casos de laguna normativa y de laguna axiológica[574].

La noción de caso no regulado da cuenta de aquellas acciones o estados de cosas que, para el sistema normativo de referencia, no pretende regular, esto es, que están fuera de sus límites. Podemos identificar casos no regulados a partir del conjunto de propiedades descriptivamente irrelevantes en sentido negativo, esto es, propiedades que ninguna norma del sistema normativo menciona. En este sentido, y para los propósitos de esta investigación[575], asumiré que la diferencia entre una laguna normativa y un caso no regulado por el sistema jurídico radica en si las propiedades del caso genérico son normativamente relevantes o irrelevantes. De esta forma, si estamos frente a un caso genérico compuesto por propiedades relevantes, pero que carece de solución normativa, entonces estamos frente a una laguna normativa. En cambio, si estamos frente a un caso genérico compuesto por propiedades irrelevantes, entonces es un caso no regulado[576].

Como podemos ver, la diferencia entre una laguna normativa y un caso no regulado, en estos términos, se basa en la distinción entre relevancia e irrelevancia (descriptiva negativa). Si a este punto consideramos, además, la noción de relevancia prescriptiva, podemos dar cuenta de que en algunas oportunidades el intérprete identifique propiedades irrelevantes que considera que deberían ser consideradas normativamente irrelevantes. A nivel descriptivo, podemos identificar el siguiente elenco de posibilidades a ser identificadas: i) un caso genérico relevante correlacionado con una consecuencia normativa; ii) un caso genérico relevante no correlacionado con una consecuencia

[574] Los principales aportes a esta discusión están contenidos en Atria, Bulygin, Moreso, Navarro, Rodríguez y Ruiz Manero, 2005, Atienza, Bayón y Bulygin, 2005, Bulygin, 2010, Ruiz Manero, 1990, pp. 42 y ss, Ruiz Manero, 2010, Chiassoni, 2012b, Cap. IV, Ratti, 2013a, Cap. 1, Navarro, 2020. Desde un enfoque diferente a los anteriores autores, Soeteman, 1989, pp. 135 y ss.

[575] Debo precisar que para los efectos de esta investigación (y para la caracterización de las lagunas normativas) entiendo la completitud como un ideal regulativo, es decir, como un rasgo deseable de los sistemas normativos. De manera más precisa, asumo lo siguiente: i) que los sistemas normativos deberían ofrecer una solución maximal a todos los casos genéricos relevantes; ii) rechazo que la completitud como un modelo reconstructivo. En otros términos, asumo que la completitud es una propiedad contingente de los sistemas normativos y rechazo la pretensión de que los sistemas normativos deban regular todas las acciones posibles. En este sentido, me interesan solo las acciones normativamente consideradas al momento de analizar si estas estan calificadas o no. En los términos expuestos en Cap. II.3,3.2., rechazo el ideal del sistema normativo cerrado.

[576] Rodríguez, 2005c, p. 149. Ratti, 2013a, p. 29. Navarro, 2015b, pp. 99-100. Como bien precisa Navarro, desde esta aproximación la diferencia entre una laguna normativa y un caso no regulado no depende de valoraciones, sino de si el caso es descrito por una propiedad relevante o irrelevante. Navarro, 2020, p. 168.

normativa; y iii) un caso genérico irrelevante por no estar correlacionado con una solución normativa.

El supuesto ii), de acuerdo a lo señalado hasta el momento, es un caso de laguna normativa. Una vez que la hemos solucionado, es decir, tras haber modificado el sistema normativo a efectos de correlacionar el caso genérico relevante con una consecuencia normativa, habrá logramos dar con un supuesto i).

Si estamos frente al supuesto i) puede que el intérprete, o bien esté de acuerdo con la identificación del caso genérico, o bien considere que dentro del caso genérico no se han introducido distinciones que debieron hacerse considerando otras normas del mismo sistema normativo (hipótesis de relevancia descriptiva) o normas de un sistema axiológico externo (hipótesis de relevancia prescriptiva). En estas últimas posiblidades estaríamos frente a una laguna axiológica. Sobre esta profundizaré en el siguiente subapartado.

Si estamos frente al supuesto iii) puede que el intérprete, o bien considere que el caso genérico irrelevante debe mantenerse fuera de los límites del derecho, o bien considere que el caso genérico irrelevante debería ser normativamente relevante. Si estamos frente a esta segunda posibilidad, lo que el intérprete sostendría es que la autoridad normativa competente debe formular una norma que otorgue relevancia normativa al caso genérico y que correlacione con una solución normativa.

Con este elenco clarificado es posible formular algunas distinciones teóricas de manera más clara. Por caso no regulado se entiende una acción no descrita por ninguna propiedad normativamente relevante y, debido a ello, no está correlacionada a una solución normativa. Por laguna normativa se entiende una acción descrita por propiedades normativamente relevantes, pero que no está correlacionada a una solución normativa. Finalmente, por laguna axiológica se entiende una acción identificada de manera incorrecta por propiedades normativamente relevantes y que está correlacionada a una solución normativa. Identificada de manera incorrecta en el sentido que no se ha previsto la relevancia normativa de una o más propiedades que deberían ser consideradas relevantes.

Solo a efectos de precisión, cabe insistir en que un caso genérico irrelevante que debería ser relevante es un supuesto diferente al de laguna axiológica. Si bien es un defecto axiológico de los sistemas normativos, este es un problema diferente a los de laguna axiológica y tampoco forma parte del conjunto de problemas que nos interesan en esta investigación[577].

ii. Lagunas axiológicas como sustitución de una norma por otra más restrictiva

Como hemos podido ver en las líneas anteriores, la noción de laguna axiológica da cuenta de los supuestos en los cuales el intérprete considera que la norma aplicable a un caso individual es injusta y que debería ser modificada. En este sentido, la noción de laguna axiológica da cuenta de la falta de una norma que satisfaga nuestros criterios de justicia, esto es, a la falta de una norma justa[578]. La creación de este tipo de lagunas, como bien

[577] Un caso no regulado sería un caso caracterizado solo por propiedades descriptivamente irrelevantes. Un caso de lagunas axiológicas, a diferencia de ello, es un caso caracterizado por propiedades descriptivamente relevantes y por otras prescriptivamente relevantes (pero descriptivamente irrelevantes). Ratti, 2013a, p. 30, pie de pág., 29. Cabe anotar que la distinción entre los casos genéricos relevantes de los casos genéricos irrelevantes, pero que deberían ser relevantes, no es una tarea sencilla. Principalmente, ello se debe a que es una tarea que exige al intérprete diferenciar entre las propiedades que son relevantes y las que no son relevantes, pero que considera que deberían serlo. Si entendemos que considerar normativamente relevante a una propiedad es producto de nuestras preferencias interpretativas, entonces para poder lograr esta distinción es conveniente reconstruir nuestras operaciones empleando un instrumental lo suficientemente preciso como para poder identificar con claridad en qué casos se describe la relevancia de una propiedad de hacer un juicio prescriptivo de relevancia. Una manera de presentar la diferencia entre ambas acciones, me parece, es a través de la identificación de los momentos en que usamos nuestras valoraciones sobre qué propiedades deberían ser relevantes. Por un lado, en el momento de iniciar un proceso interpretativo, como ya hemos visto, partimos con una interpretación *prima facie* (como una primera atribución de significado al texto), entonces nuestros juicios sobre la relevancia formarían parte de la identificación de la norma (esto es, la interpretación). Si consideramos que dicho significado no ha identificado todas las propiedades relevantes, entonces la descartaremos y formularemos una norma todo considerado. De esta forma, finalmente, habremos identificado la tesis de relevancia respecto de la cual podremos hacer juicios descriptivos. La tesis de relevancia nos permitirá diferenciar entre casos jurídicamente relevantes y casos no regulados. Ahora bien, esta tesis de relevancia dependerá, como hemos visto atrás, del modelo de relevancia que adoptemos. Si adoptamos un modelo de relevancia transparente, la frontera entre casos jurídicamente relevantes y casos no regulados se hace borrosa. Bajo esta noción, la hipótesis de relevancia descriptiva (entendida como el sistema axiológico del legislador, *ratio legis*, principio justificante o cualquier otra versión de este tipo de reconstrucciones teóricas) sería una forma de identificar los límites de los casos jurídicamente relevantes, pues con dicha noción estamos sosteniendo que en la norma hay propiedades implícitas en el antecedente que han de ser explicitadas. La frontera estaría establecida, en términos teóricos, por todas aquellas normas derivadas del sistema axiológico que se asuma para dotar de relevancia a una propiedad. De esta forma, los casos no regulados serían todos aquellos que no puedan ser derivados de dicho sistema. Esto genera un serio problema, pues a nivel de justificaciones o sistemas axiológicos estos suelen ser entendidos asumiendo la completitud como un modelo reconstructivo y no como un ideal regulativo, de manera que no habría espacio para las lagunas. En estos supuestos, como hemos visto al inicio del presente subapartado, habría que cambiar la noción de laguna normativa por otra más adecuada a este tipo de discurso.

[578] Bulgyin, 2005b, p. 73. Bulygin, 2014, p. 74. Bobbio presenta esta idea bajo la expresión «laguna ideológica». En sus términos: «se entiende por "laguna" también la ausencia no ya de una solución cualquiera que esta sea, sino de una *solución satisfactoria* o, en otras palabras, no ya de la ausencia de una

anota Bulygin, obedece a que el intérprete asuma que las normas que forman parte del sistema jurídico y las decisiones judiciales que las aplican deben satisfacer un criterio mínimo de justicia[579]. Esta idea general requiere ser precisada.

Podemos diferenciar tres problemas de adecuación axiológica de los sistemas normativos: i) un caso genérico correlacionado con una consecuencia jurídica, pero que no ha incluido propiedades que debería haber incluido (laguna axiológica); ii) un caso genérico correlacionado con una mala consecuencia jurídica, esto es, con una solución injusta; y iii) un caso no regulado que debería ser regulado. Como ya hemos señalado antes, solo me voy a enfocar en los problemas de laguna axiológica debido a que con esta noción se pueden esclarecer los casos de derrotabilidad en el derecho.

Sostener que en el micro sistema de normas aplicables a un caso hay una laguna axiológica es un predicado que se atribuye a un caso genérico correlacionado con una consecuencia normativa. De manera más precisa, predicamos que el caso genérico es valorativamente inadecuado o insatisfactorio, debido a que hemos formulado una hipótesis de relevancia (descriptiva o prescriptiva, este punto será precisado luego) que posee un caso genérico más fino que el caso genérico identificado por la tesis de relevancia[580].

Como bien anotan Alchourrón y Bulygin en *Normative Systems*, la no coextensividad de las propiedades previstas en la tesis de relevancia y en la hipótesis de relevancia (esto es, la no coincidencia entre estas) es una condición necesaria para una laguna axiológica, pero no suficiente. Entre el conjunto de propiedades descriptivamente relevantes y las que consideramos deberían ser relevantes pueden darse tres escenarios de discrepancia: i) la hipótesis de relevancia sea más amplia que la tesis de relevancia, esto es, el intérprete considera que por lo menos una propiedad debería ser relevante y que esta no lo es el sistema normativo (el caso genérico no contiene una especificación que debió ser introducida); ii) la hipótesis de relevancia es menos amplia que la tesis de relevancia, esto es, el intérprete considera que por lo menos una propiedad que es descriptivamente

norma, sino la falta de una *norma justa*, o sea de aquella norma que se desearía que existiese y que no existe (…) estas lagunas derivan no ya de la consideración del ordenamiento jurídico tal cual es, sino de conformar el ordenamiento jurídico existente con lo que debería ser». Bobbio, 2002, p. 231.

[579] Bulygin, 1994, p. 21. Ver, además, Chiassoni, Guastini, Ratti, 2007, pp. LVII-LIX.

[580] Alchourrón y Bulygin, 2012, p. 157.

relevante en el sistema normativo no debería serlo (el caso genérico ha introducido una especificación que no debió ser introducida); y iii) la hipótesis de relevancia y la tesis de relevancia son distintas e incompatible (una combinación de las situaciones previas, esto es, el intérprete considera que la tesis de relevancia contiene propiedades que deberían no ser relevantes y, además de ello, que ciertas propiedades irrelevantes deberían ser relevantes)[581]. Por lagunas axiológicas se entiende los casos previstos por i), esto es, casos en los cuales se considera que el caso genérico no distingue donde debería distinguir[582]. Los supuestos ii) y iii) son problemas axiológicos diferentes y sobre los cuales no profundizaré, pues escapan a los propósitos de la presente investigación. Veamos los principales puntos a ser analizados y precisados sobre esta noción.

a. Tipo de norma sobre la que podemos crear una laguna axiológica

Una laguna axiológica es un problema valorativo respecto de cómo se ha identificado una norma, esto es, de no haber incluido un tipo de caso individual que debería haber incluido en la identificación del caso genérico contenido en la norma[583]. En términos más sencillos: la norma es internamente aplicable a casos que no debería regular. Esto supone identificar la norma a describir de manera que podamos diferenciar entre tesis de relevancia e hipótesis de relevancia.

Como hemos visto en el apartado anterior[584], en el supuesto de que tengamos un caso genérico correlacionado con una consecuencia normativa, podemos considerar que el caso genérico está compuesto por propiedades suficientes para el consecuente o por propiedades que no son suficientes (un antecedente *abierto*). Esta segunda posibilidad quiere decir que el alcance de la norma está indeterminado[585] o, en otros términos, que no hemos determinado cuáles son las propiedades relevantes para el consecuente.

[581] Alchourrón y Bulygin, 2012, p. 159.
[582] «El uso del término "laguna" no es aquí del todo arbitrario: se piensa que el legislador no ha tenido en cuenta la propiedad en cuestión *por no haberla previsto*, y que de haberla considerado, hubiera dado una solución diferente». Alchourrón y Bulygin, 2012, p. 156 (cursiva de origen).
[583] Navarro y Rodríguez, 2000, p. 76.
[584] Ve. Cap. II.3,3.3.
[585] Para ser más preciso, podemos identificar normas lógicamente derrotables, esto es, normas que poseen un antecednete debilitado (p…->Oq) o que poseen una conectiva debilitada (p>Oq). Profundizaré en Cap. IV.4.

Si no hemos identificado las condiciones suficientes para el consecuente, entonces no es posible diferenciar entre la tesis de relevancia y la hipótesis de relevancia. En efecto, no podríamos formular una proposición (prescriptiva ni descriptiva) respecto a qué propiedades no han sido consideradas relevantes y que deberían serlo si previamente no hemos identificado cuáles son las propiedades suficientes para el consecuente. Ambas nociones se confundirían entre sí al momento de describir el caso genérico[586]. En este sentido, los casos de laguna axiológica pueden ser predicados de normas respecto de las cuales empleamos el refuerzo del antecedente y el *modus ponens*. Sin dichos rasgos, entonces no hemos identificado la tesis de la relevancia de la norma.

b. Las lagunas axiológicas se resuelven mediante reinterpretación

Las lagunas axiológicas se resuelven mediante una operación de reinterpretación restrictiva por parte del aplicador del derecho. En este sentido, adecuar la tesis de relevancia a una hipótesis de relevancia es una manera de expresar un caso de derrota de un significado atribuible a una disposición normativa. Para clarificar este punto veamos el siguiente ejemplo: una persona posee una creencia religiosa que le prescribe no trabajar los días sábados (por ejemplo, un fiel al credo cristiano adventista). Sus actividades laborales como dependiente están regidas, supongamos, por la siguiente norma «si trabajador dependiente, entonces obligatorio trabajar de lunes a sábado». Como podrá verse, esta obligación jurídica supone la imposibilidad de materializar su deber religioso de no realizar labores los días sábados[587]. Asumamos que el aplicador del derecho considera que el caso genérico contenido en el antecedente, esto es, «trabajador dependiente», no contiene distinciones que debería haber contenido.

Conforme a las categorías analizadas, «trabajador dependiente» configura una tesis de relevancia (caso genérico compuesto por la propiedad p). Frente a ello, el aplicador del derecho, asumamos, formula una hipótesis de relevancia bajo la cual se debe introducir una nueva propiedad. En este sentido, propone que la disposición laboral es mejor

[586] Redondo, 1998, p. 256, Navarro y Rodríguez, 2000, p. 77.
[587] A manera de ejemplificar esta discusión ver la sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos Sherbert vs Vernes, la sentencia del Tribunal Constitucional del Perú Nº 0895-2001-AA/TC o la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-839/09 para decisiones a favor de incluir una excepción al deber de los trabajadores de trabajar los sábados por razones religiosas. Para una decisión en contra de crear tal excepción ver la sentencia del Tribunal Constitucional español Nº 19/1985.

interpretada de la siguiente manera: «si trabajador dependiente y no adventista» (esto es, como un caso genérico compuesto por las propiedades (p.¬r)). De esta forma, para identificar adecuadamente la norma (deje de ser «injusta» y pase ser «justa»), esta debería ser «si trabajador dependiente y no adventista, entonces obligatorio trabajar de lunes a sábado».

La manera de resolver la discordancia entre una tesis de relevancia y una hipótesis de relevancia es sustituyendo la norma elegida, esto es, dejando de lado la tesis de relevancia y adoptar la interpretación de la disposición contenida en la hipótesis de relevancia. En otros términos, para resolver una laguna axiológica debemos tratar a la hipótesis de relevancia como la nueva tesis de relevancia.

Así entendida, la solución de las lagunas axiológicas, como podemos ver, se está dando cuenta de un proceso y resultado de identificación de normas, esto es, de determinación de la aplicabilidad interna axiológicamente adecuada. En términos más precisos, al sustituir una tesis de relevancia por una hipótesis de relevancia de lo que estamos dando cuenta es de un proceso de reinterpretación restrictivo por el cual descartamos por una interpretación por otra con un alcance más restringido por ser más específica (en otros términos, sustituimos un caso genérico por otro caso genérico más fino, esto es, que contiene una o más propiedades adicionales). En este sentido, resolver un caso de laguna axiológica es dar cuenta de un caso de reinterpretación o de sustitución de una norma por otra.

Una manera clara de presentar la operación de crear y resolver una laguna axiológica es mediante el argumento de la disociación, el cual ya ha sido analizado[588]. Dicho en breve: i) realizamos una interpretación *prima facie* de una disposición, conforme al ejemplo, «si trabajador dependiente, entonces obligatorio trabajar de lunes a sábado»; ii) el caso genérico identificado es subdivido en dos tipos, siguiendo el ejemplo indiciado, subdividimos el caso genérico «trabajadores dependientes» (p) en «trabajadores dependientes que no adventistas» (p1) y «trabajadores dependientes que son adventistas» (p2); iii) la subclase «trabajadores dependientes que son adventistas» (p2) de manera conjunta con la exclusión de la subclase «trabajadores dependientes que no son

[588] Ver Cap. II.3,3.1.

adventistas» (p1) es correlacionada con la consecuencia normativa, esto es, «si trabajador dependiente y no adventista, entonces obligatorio trabajar de lunes a sábado»; iv) con la subclase «trabajadores dependientes que son adventistas» (p2) el intérprete ha atribuido relevancia normativa a una propiedad que era irrelevante y, de esta forma, ha creado una laguna normativa (es un caso genérico relevante que no está correlacionada a una solución normativa); y v) en relación con la laguna normativa el intérprete puede resolverla mediante una interpretación extensiva de otra disposición o por otra norma implícita o dejar el caso indeterminado[589].

Esto tiene una conexión directa con la noción de derrotabilidad[590]. Resolver un caso de laguna axiológica, como vemos, es una forma de derrotar un significado atribuible a una disposición. En un primer momento, un caso individual es regulado por una determinada norma. Si el resultado de aplicar esta norma es considerado inadecuado (conforme a las preferencias interpretativas del intérprete), entonces el intérprete, en un segundo momento, reinterpreta la discusión a efectos de variar la calificación normativa del caso individual. Esto supone, como vemos, una variación de la calificación normativa de un determinado tipo de caso producido por la modificación de la norma aplicable.

c. Tipos de lagunas axiológicas y tipos de derrota de significados

Dependiendo del tipo de hipótesis de relevancia que el aplicador del derecho formule, se crearán diferentes tipos de lagunas axiológicas[591] y, de ser resuelta la laguna, se ofrecerán diferentes tipos de derrota de significados.

[589] Como podemos ver, lo que está haciendo el intérprete es considerar que el caso genérico «trabajador dependiente» no sea tratado como una condición suficiente para el consecuente, sino solamente como necesaria. Una manera alternativa de presentar esta técnica puede ser adoptando el punto de vista del aplicador del derecho. Dicho actor emplea los siguientes pasos: i) emplea el argumento de la disociación para atribuir significado a una disposición con el propósito de excluir a los «trabajadores adventistas» de la obligación de ir a trabajar los días sábados; ii) reconoce que respecto del caso genérico «trabajadores adventistas» hay una laguna normativa; y iii) soluciona la laguna normativa mediante una interpretación extensiva de otra norma, empleando una regla de clausura (siempre que esta forme parte del sistema normativo y sea aplicable a este tipo de supuestos), o creando una norma implícita, a efectos de identificar la norma «si trabajador adventista, entonces prohibido trabajar los sábados». Sobre este tipo de presentación ver Chiassoni, 2019b, p. 196.

[590] Como bien presenta Guastini, las lagunas axiológicas y la derrotabilidad son dos caras de una misma moneda. Guastini, 2012c, p. 187. En un sentido similar, Chiassoni, 2019b, pp. 247-48. Como bien anota Núñez Vaquero, las lagunas axiológicas y derrotar un significado normativo como forma de solucionarla es una forma de multiplicar la indeterminación de los sistemas normativos (esto es, no podemos identificar el conjunto de normas que lo componen). Núñez Vaquero, 2017a, pp. 314-16.

[591] Rodríguez, 2003b, pp. 228-29, Rodríguez, 2002, p. 76. Rodríguez y Navarro, 2014, pp. 171-75, Alonso, 2010, p. 142. Guastini, 2018a, p. 146-48.

Como ya hemos visto en el subapartado anterior, podemos formular una hipótesis de relevancia descriptiva (juicios de relevancia descriptiva en sentido estricto todo considerado) o una hipótesis de relevancia prescriptiva (proposición crítica que sostiene que una propiedad descriptivamente irrelevante debería ser relevante, conforme al sistema axiológico que adopta el intérprete). Esto supone que, dependiendo de qué tipo de hipótesis de relevancia formulemos, estaremos proponiendo realizar reinterpretaciones de diferente tipo de la disposición normativa.

Por un lado, si un intérprete formula una hipótesis de relevancia prescriptiva lo que está sosteniendo es que en la tesis de relevancia no se han introducido distinciones que, conforme a un determinado sistema axiológico, deberían haberse introducido. Lo que estamos señalando aquí es que una propiedad descriptivamente irrelevante debería ser relevante, a efectos de obtener una norma «justa». Este tipo de laguna axiológica es entendida como una laguna axiológica prescriptiva.

Por el otro lado, si un intérprete formula una hipótesis de relevancia descriptiva lo que está sosteniendo es que en la tesis de relevancia no ha incluido una distinción que debería ser introducida conforme a otra norma que forma parte del micro sistema de normas aplicables al caso. De esta forma, lo que estaríamos señalando es que dentro del caso genérico identificado hay propiedades normativamente relevantes implícitas que, a efectos de lograr una adecuada identificación de la norma, deben ser explicitadas. Este tipo de laguna axiológica es entendida como una laguna axiológica descriptiva[592].

[592] El intérprete al crear una laguna axiológica descriptiva, estaría sosteniendo que las normas empleadas para formular la hipótesis de relevancia descriptiva tienen superioridad de tipo material o axiológica por sobre la norma contenida en la tesis de relevancia. Sobre la noción de jerarquía material y axiológica entre normas profundizaré en Cap. IV.4.
En relación con este punto cabe señalar que Poggi, entre sus diversas críticas a Guastini, considera que la vinculación entre laguna axiológica y derrotabilidad no se sostiene en caso que hagamos una reinterpretación para evitar un conflicto entre normas de un mismo sistema normativo (por ejemplo, entre normas infraconstitucionales con normas constitucionales). Poggi, 2018, pp. 92-96. Tendría razón si nos limitamos a considerar la noción de hipótesis de relevancia prescriptiva, pero esta sería una reconstrucción parcial de esta aproximación. Si tomamos en cuenta la distinción entre hipótesis de relevancia descriptiva y prescriptiva (como también hace Guastini), podemos ver que la crítica no es fundada, pues podemos dar cuenta de las situaciones que indica con la noción de hipótesis de relevancia descriptiva como crítica interna de la tesis de relevancia (lo cual puede ser visto como un caso de conflicto normativo entre normas de un mismo sistema normativo).

En ambos tipos de laguna axiológica realizamos, por lo menos, dos actos interpretativos: i) se predica una laguna axiológica sobre la identificación de un caso genérico, esto es, presupone una decisión interpretativa; y ii) una hipótesis de relevancia es una manera de expresar una diferente interpretación de la misma disposición que es considerada comparativamente mejor (más acorde a las preferencias interpretativas del intérprete) que la interpretación prevista en la tesis de relevancia. Esta hipótesis de relevancia, como ya hemos visto, puede ser una forma de proponer una reinterpretación sistemática del micro sistema normativo aplicable al caso individual que se pretende resolver, o una proposición prescriptiva formulada desde un sistema normativo extrajurídico[593].

Como podemos ver, la derrota de los significados en cada tipo de laguna es diferente. Al resolver una laguna axiológica prescriptiva, lo que hacemos es reinterpretar una disposición a efectos de atribuir relevancia normativa a una propiedad normativamente irrelevante. A este supuesto podríamos llamarle un caso de derrotabilidad externa. En cambio, si resolvemos una laguna axiológica descriptiva, lo que hacemos es reinterpretar una disposición a efectos de formular una nueva combinación de propiedades descriptivamente relevantes. A este supuesto podríamos llamarle un caso de derrotabilidad interna[594].

Nuestra reconstrucción de las operaciones de derrota de significados como un caso de derrotabilidad interna o externa dependerá del tipo de revisión que propongamos hacer de la tesis de relevancia y del modelo teórico que adoptemos para reconstruir las operaciones jurídicas[595]. Por ejemplo, el enfoque disposicional de la derrotabilidad de

[593] Como bien señala Guastini «la derrotabilidad no preexiste a la interpretación: por el contrario, es una de sus posibles consecuencias. Y las valoraciones de los intérpretes son precisamente *una causa, no un efecto* de la derrotabilidad de las normas». Guastini, 2008a, p. 153 (cursiva es de origen).

[594] Este punto permite poner de relieve una diferencia teórica. Por un lado, bajo la aproximación que vengo adoptando para este apartado de la investigación, la noción de laguna axiológica y de derrotabilidad es dependiente de la noción de indeterminación jurídica (en el sentido de que el intérprete dispone de múltiples formas de atribuir significado a una disposición normativa). Por el otro lado, para una concepción principalista (bajo la cual las normas prescriptivas se diferencian entre reglas y principios, estando las primeras justificadas en las segundas), la noción de laguna axiológica es dependiente de la identificación de principios (sean estos explícitos o implícitos). Para un ejemplo de ello ver Ruiz Manero, 2005.

[595] Es pertinente resaltar que este lenguaje teórico puede ser empleado para clarificar tesis que consideren que ciertas normas morales, dada su importancia material, sean consideradas jurídicas. Veamos, por ejemplo, la caracterización que hace Garcia Amado del iusmoralismo: «la base de la derrotabilidad de las normas, tal como es asumida y propiciada por el iusmoralismo, no es la concurrencia de una circunstancia que, en sí misma considerada, justifique la excepción a la prioridad de la norma "positiva", sino el hecho de que esa circunstancia forma parte del supuesto genérico de otra norma, una norma moral que es jurídica a la vez y que, además, es jerárquicamente superior a la norma "positiva"». Garcia Amado, 2010, p. 191. Bajo esta presentación, si empleamos normas morales para crear lagunas axiológicas estas solo podrían ser

Alchourrón, analizado páginas atrás[596], propone analizar la creación de excepciones (o derrota de significados) como casos de lagunas axiológicas descriptivas. Como hemos visto, Alchourrón propone realizar un juicio contrafáctico de la voluntad del legislador a efectos de evaluar si una propiedad irrelevante debería ser considerada relevante, conforme al sistema valorativo del legislador. De esta forma, mediante estos juicios contrafácticos se formula una hipótesis de relevancia descriptiva con los cuales se puede crear una laguna axiológica descriptiva.

d. Un caso mal regulado no es un caso no regulado

La noción de laguna axiológica supone diferenciar conceptualmente entre un caso mal identificado de un caso sin solución normativa. Para aclarar este punto retomo brevemente la diferencia entre lagunas normativas y lagunas axiológicas a efectos de precisión.

Las lagunas normativas dan cuenta del problema de haber omitido solucionar el caso genérico; en cambio, las lagunas axiológicas aluden al problema de no haber introducido una propiedad que especifique adecuadamente el alcance de la norma. En este sentido, la distinción entre lagunas normativas y axiológicas es exclusiva y excluyente (una laguna no puede ser, al mismo tiempo, normativa y axiológica).

Sin perjuicio de lo señalado, como bien aclara Guastini, tanto una laguna normativa como una laguna axiológica suponen un proceso interpretativo. El intérprete puede crear, mediante la interpretación, una laguna normativa o una laguna axiológica para dar cuenta de un mismo fenómeno. Una disposición puede ser interpretada de tal manera que se crea una laguna normativa, es decir, identificamos un caso genérico y no lo correlacionamos a ninguna consecuencia normativa. Esta misma disposición puede ser interpretada de tal manera que se previene la creación de una laguna normativa, pero el intérprete puede formular que ese resultado interpretativo constituye una laguna axiológica que se resuelve

lagunas axiológicas descriptivas, pues dichas normas serían, además, jurídicas (de forma que la hipótesis de relevancia sería descriptiva).

[596] Ver Cap.II.3,3.2.

distinguiendo propiedades dentro del antecedente y, por tanto, creando una laguna normativa[597].

e. Diferencia entre resolver y evitar una laguna axiológica

Los aplicadores del derecho pueden resolver o evitar una laguna axiológica. Bajo esta aproximación a la noción de derrotabilidad, señalar que un aplicador del derecho ha creado una laguna axiológica es una manera de expresar que: i) considera que, al caso que debe resolver, no se le debería aplicar la norma aplicable (por ser una norma «injusta»); y que ii) tal caso debería ser resuelto de una manera distinta, de manera tal y como lo prevé otra norma (la norma «justa», la cual puede ser una norma expresa o norma implícita creada por él mismo).

Para que el aplicador del derecho logre tal estado de cosas deseado puede adoptar, por lo menos, una de dos estrategias diferentes. La primera opción es resolver directamente la laguna axiológica creada empleando la técnica de la disociación. Como hemos visto en líneas anteriores, ello implica sustituir una norma por otra norma que posee un caso genérico más fino.

Ahora bien, una laguna axiológica es creada una vez que hemos determinado las propiedades del caso. Podemos determinar cuáles son las propiedades relevantes de un caso individual a partir de las propiedades relevantes contenidas en los sistemas normativos (una propiedad normativamente irrelevante es inútil para describir a un caso individual desde una aproximación jurídica). Esto nos ofrece un aspecto interesante: dependiendo de qué propiedades normativamente relevantes atribuyamos a un caso individual, este será internamente aplicable en una norma o en otra.

Esta idea nos lleva a la segunda opción: el aplicador del derecho puede evitar la creación de una laguna axiológica variando la descripción del caso individual. Tras la identificación de un caso individual, el aplicador del derecho puede prever cuál será la

[597] Como bien apunta Guastini, los intérpretes al predicar una laguna axiológica están sosteniendo a la vez: i) una interpretación de una disposición y una segunda interpretación de la misma disposición más restrictiva que la primera; y ii) predicar que la laguna creada es de tipo axiológica y no normativa. Guastini, 2012c, p 187.

calificación normativa que tendrá que emplear en su justificación conforme al micro sistema normativo de normas aplicables, la cual, además, considera que es injusta por no haber incluido propiedades que deberían haber sido incluidas (crea una laguna axiológica). Además, identifica una norma que, si bien no es internamente aplicable, considera que posee la consecuencia normativa adecuada conforme a sus preferencias valorativas. En este escenario, el aplicador del derecho puede introducir una definición estipulativa en la forma de calificar los hechos analizados a efectos de que el caso individual sea subsumible en la segunda norma (la considerada «justa») y no en la primera norma (la considerada «injusta»).

De esta manera, el aplicador del derecho no está resolviendo la laguna axiológica, pues no ha sustituido una norma por otra norma más restrictiva. Lo que está haciendo es variar la forma en que es entendido el caso individual a efectos de que este deje de formar parte del alcance de la norma «injusta» y pase a estar dentro del alcance de otra norma, la «justa». Esta variación de la forma de entender el caso individual puede ser lograda mediante la creación (por parte del aplicador del derecho) de una ficción jurídica[598], esto es, una norma constitutiva por la cual se establece que una determinada clase de hechos (o más) será entendida como si fuese otra determinada clase de hechos (se introduce una norma del tipo «si A, entonces será tratado como B»). Dicho en breve, el aplicador del derecho introduce definiciones estipulativas sobre cómo debe ser entendida una cierta clase de objetos[599].

[598] La noción de ficción jurídica ha sido analizada desde diversas perspectivas teóricas y forma parte de múltiples disucisones abiertas. Para los fines de la presente investigación estoy siguiendo de cerca las tesis de Schauer, 2015 y de Chiassoni, 2019b, Cap. 8. Gottlieb, 2020, pp. 48-52. Para una investigación más profunda de esta noción ver la recopilación de Del Mar y Twinning, 2015.

[599] La distinción entre resolver y evitar una laguna axiológica nos muestra una vinculación conceptual entre derrotar una norma con la variación del contexto normativo y del contexto fáctico. Variamos el contexto normativo se produce tras modificar la norma aplicable: en un primer momento habíamos identificado que al caso individual era aplicable N1 y en un sengundo momento, tras resolver la laguna axiológica creada, identificamos que es N1', la cual posee un alcance más restringido (sobre este punto, Rodríguez, 2002, p. 357). En cambio, la variación del contexto fáctico se puede entender de dos maneras: i) nuestra información sobre los eventos del caso individual varía, lo cual tiene como consecuencia que normas hasta el momento consideradas irrelevantes se vuelvan relevantes (y, a la vez, normas que eran consideradas relevantes nos demos cuenta que son irrelevantes para el caso); y ii) estipular que un caso será entendido bajo una determinada categoría empleando, para ello, una norma constitutiva (una ficción jurídica). El supuesto i) no es un caso de derrotabilidad (bajo la aproximación analizada) ni de evitar una laguna axiológica, sino de eliminar una laguna de conocimiento. El supuesto ii) si supone un caso de evitar la derrota de una norma o laguna mediante una variación institucional de cuál es el caso individual a resolver.

Veamos dos ejemplos de cómo un aplicador del derecho puede resolver o evitar una laguna axiológica.

En el caso In Re Estate of Kathleen Convert de la Corte de Apelaciones de Nueva York se discutió un caso de posible aplicación del precedente Riggs vs. Palmer. Mediante dicho caso se introdujo la siguiente regla en el sistema normativo que regula las sucesiones en el Estado de Nueva York: «si una persona mata a otra y con su muerte obtiene un beneficio sucesorio, entonces prohibido suceder».

En dicho Estado, durante la década de los años 90's, una pareja de esposos realizó un testamento bajo el cual decidieron que serían herederos, en caso de muerte de uno de ellos, la pareja sobreviviente, la hermana de la esposa y los padres del esposo[600]. Poco tiempo despues de realizar dicho testamento, sucedió que el esposo mató a la esposa y, a los minutos de haberla matado, cometió suicidio. Frente a ello, la hermana de la esposa consideró que mantener a los padres del esposo homicida como beneficiarios del testamento era una instanciación de un beneficio sucesorio al homicida. En atención a ello, llevó el caso ante un aplicador del derecho, a efectos de que aplique la norma prohibitiva.

Los integrantes de la Corte de Apelaciones del Estado de Nueva York consideraron que los padres del homicida deberían mantenerse como beneficiarios del testamento. En este sentido, crearon una laguna axiológica, ya que consideraron que en la norma aplicable no se había realizado una distinción que debió haberse incluido. Resolver esta laguna suponía derrotar el precedente Riggs vs. Palmer, en el sentido de que hubieran tenido que sustituir dicha norma por otra norma que excluya de la prohibición el tipo de caso individual que están resolviendo. Para ello, como ya hemos visto, hubieran empleado la técnica de la disociación, lo cual les exigía ser lo suficientemente finos como para no generar otros efectos axiológicamente insatisfactorios en el sistema normativo que regula las sucesiones.

En vez de ello, la Corte de Apelaciones decidió evitar la laguna axiológica. A efectos de evitar la aplicabilidad del precedente Riggs vs. Palmer al caso individual, decidió crear

[600] Para un análisis de la jurisprudencia en materia de herederos homicidas que siguió luego de Riggs vs. Palmer y del caso que empleo como ejemplo ver Olenn, 2001.

una ficción jurídica bajo la cual se estipuló cómo serían entendidos los hechos. La Corte consideró que en los casos en los que un esposo o esposa mate al otro y, tras ello, cometa un suicidio, se entendería que el homicida murió antes que la víctima. Dicha ficción jurídica, como vemos, no es una proposición descriptiva de los hechos ocurridos, sino una norma constitutiva sobre cómo serán entendidos los hechos. Como podemos ver, a través de esta estrategia, la norma considerada «injusta» (el precedente Riggs Vs Palmer) perdió su aplicabilidad, de forma que el caso individual pasó a regirse la norma que los aplicadores consideraron «justa» (para el caso del ejemplo, esta era la obligación de ejecutar los testamentos en los términos en que fueron redactados).

Veamos ahora el segundo ejemplo. Supongamos que tenemos un sistema normativo compuesto por dos normas[601]. Por un lado, la norma N1 que establece que «Si un hombre tiene sexo con una mujer de 14 a 17 años de edad, entonces obligatorio enviarlo a la cárcel». Por el otro lado, la norma N2 que establece que «Si un hombre tiene sexo con una mujer de 18 años o más sin su consentimiento, entonces obligatorio enviarlo a la cárcel». Como podemos ver, en el caso de N1 el consentimiento no es una propiedad relevante (su presencia o ausencia conllevan la misma calificación normativa).

Imaginemos el supuesto que una pareja compuesta por un hombre y una mujer, ambos con 17 años de edad, tienen sexo consentido entre ellos. Ante dichos hechos, el juez penal que deba resolver el caso tendrá que aplicar la N1. Supongamos que dicho aplicador del derecho considerase que estamos frente a una laguna axiológica, pues en el caso genérico previsto en la norma N1 debió introducirse la distinción entre sexo consentido y sexo no consentido.

Como hemos visto, si decidiera resolver la laguna axiológica, entonces lo que tendría que hacer es sustituir N1 por N1', bajo la cual «Si un hombre tiene sexo con una mujer de 14 a 17 años de edad sin su consentimiento, entonces obligatorio enviarlo a la cárcel» y emplear dicha norma para resolver el caso individual.

[601] Tomo este ejemplo del análisis de la legislación penal peruana previsto en el Acuerdo Plenario N.° 4-2008/CJ-116 de la Corte Suprema del Perú.

Ahora bien, si decidiera evitar la laguna axiológica, entonces tendría que crear una ficción jurídica respecto a cómo entender el caso individual. En este sentido, podría crear la norma constitutiva «si personas de 17 años con pleno uso de sus capacidades cognitivas, entonces serán tratados como si tuvieran mayoría de edad». De esta forma, el caso individual dejaría de estar regulado por N1 (la norma «injusta») y pasaría a estar regulada por la norma N2 (la norma «justa»).

Optar entre resolver o evitar una laguna axiológica es una decisión estratégica que depende de múltiples razones. De todas estas, resulta interesante poner de relieve considerar el grado de aceptación que tendría una decisión de resolver una laguna axiológica dentro de una determinada comunidad jurídica. En determinados supuestos, la capacidad del aplicador del derecho de introducir excepciones no expresamente previstas (sea por cualquiera de los dos tipos de laguna axiológica) es vista con mucha desconfianza o, incluso, rechazo. Esto es, supuestos en los que se considera que los aplicadores del derecho no deberían introducir ninguna excepción (asumiendo que son competentes para ello). En estos supuestos, a efectos de evitar tales críticas, el aplicador del derecho podría emplear una estrategia de adecuar la forma de describir el caso individual a efectos de sostener, luego, la inaplicabilidad de la norma «injusta». Si bien la figura de las ficciones jurídicas es teóricamente relevante, sobre esta no profundizaré en esta investigación dejando el punto pendiente para futuros trabajos.

f. Diferencia entre decidir resolviendo una laguna axiológica y decidir de manera injustificada

Es pertinente diferenciar entre dos problemas que pueden generarse cada vez que el aplicador del derecho considera que un caso genérico es axiológicamente inadecuado (que está frente a una laguna axiológica). Por un lado, el problema de cómo el aplicador del derecho adecua la norma a sus preferencias valorativas. Por el otro lado, el problema de cómo el juez efectivamente decide el caso[602].

El primer problema se refiere a cómo solucionar una laguna axiológica. Como ya hemos visto, se resuelve mediante la derrota de un significado, esto es, sustituyéndolo por otro

[602] Bulygin, 2003, pp. 247-48. En parte, Navarro, 1993, pp. 259-60.

que posea un alcance más restringido a mérito de contener un caso genérico más fino (mediante un proceso de reinterpretación).

Ahora bien, de identificar una laguna axiológica no se sigue, necesariamente, que aplicador del derecho derrote el significado a efectos de resolver el caso individual al cual se enfrenta. Esto nos lleva al segundo problema, esto es, cómo el juez efectivamente decide el caso. Ello engloba, por lo menos, tres preguntas diferentes: i) una pregunta descriptiva sobre qué hizo el aplicador del derecho al resolver el caso para el cual era aplicable una norma con un caso genérico axiológicamente inadecuado; ii) una segunda pregunta descriptiva sobre si un determinado aplicador del derecho es competente o no para resolver una laguna axiológica (sustituir una norma por otra más restrictiva); y iii) una pregunta prescriptiva respecto a qué tipo de aplicadores del derecho deberían ser competentes para resolver las lagunas axiológicas que creen.

Para responder a la primera pregunta se requiere averiguar qué ha decidido el juez al momento de resolver un determinado caso judicial cuya norma aplicable él consideraba injusta (en el sentido de haber creado una laguna axiológica). Dentro de las múltiples posibilidades, me interesa poner de relieve la diferencia conceptual entre tomar una decisión de no aplicar la norma (interna y externamente aplicable), y tomar una decisión de modificar el alcance de la norma axiológicamente inadecuada para volverla axiológicamente adecuada (o, en términos más precisos, sustituir una norma por otra más restrictiva)[603].

Puede ser el caso que el aplicador del derecho tome una decisión no justificada en la norma interna y externamente aplicable[604]. Este, claramente, no es un caso de resolver un

[603] En este punto solo pretendo clarificar la diferencia entre modificar el sistema normativo para resolver de mejor manera un caso judicial y resolver un caso sin emplear el sistema normativo. No pretendo (ni sería correcto) sostener que las dos opciones indicadas en el texto principal son exhaustivas. En el capítulo IV, por ejemplo, analizo una opción adicional: que el aplicador despoje de aplicabilidad externa a una norma. Analizar todas las acciones posibles conllevaría una profundización que trasciende los propósitos de esta investigación.

[604] Esto puede tener múltiples causas, desde que consideró que la norma era injusta y que, a pesar de sus deberes jurídicos, no podía ser parte de cometer un acto injusto, hasta recibir un soborno para no emplear el derecho para resolver el caso. En todo caso, los motivos y razones de los aplicadores del derecho en este punto no son relevantes para lo que pretendo esclarecer.

problema de laguna axiológica, sino dejar de lado el micro sistema de normas aplicables al caso de lado para tomar la decisión de cómo resolver el problema normativo[605].

En cambio, si resuelve la laguna axiológica, el resultado será sustituir una norma por otra. Si el aplicador del derecho la emplea esta nueva norma para justificar su decisión, entonces la decisión estará jurídicamente justificada, siempre que dicho agente haya tenido la competencia para realizar tal operación.

Como podemos ver, si una decisión es tomada dejando de lado la norma aplicable por ser injusta, esta es una manera de resolver sin justificar jurídicamente. Este es un caso claro de vulneración de sus obligaciones de tomar decisiones justificadas en normas jurídicas. En cambio, si una decisión es tomada adecuando la norma aplicable a las preferencias valorativas, ello puede implicar que la decisión esté jurídicamente justificada. Si ha cumplido con su deber de tomar decisiones justificadas en normas jurídicas ello es contingente, pues dependerá de si el aplicador del derecho es competente o no para realizar tal modificación en el sistema normativo.

Esto nos lleva a la segunda pregunta descriptiva, ¿en qué casos un aplicador del derecho es competente para resolver las lagunas axiológicas que el mismo crea? Esta es una forma de preguntar si los aplicadores del derecho tienen potestad normativa o no para cambiar las normas jurídicas cada vez que consideran que estas son injustas. La respuesta depende, claramente, de las normas secundarias que regulan la conducta del aplicador del derecho (el sistema del juez). Al respecto, dichas reglas pueden[606]: i) ofrecer márgenes de discrecionalidad al aplicador del derecho de resolver o no la laguna axiológica (esto es, el sistema reconoce como válida cualquier modificación del sistema normativo que haga determinado aplicador del derecho); ii) prescribir que el aplicador del derecho resuelva toda laguna axiológica[607]; o iii) prohibir que el aplicador del derecho modifique el sistema

[605] Como bien señala MacCormick, decidir no es justificar. Una decisión es un acto de voluntad guiado por nuestros motivos y razones. Justificar, en cambio, supone una operación específica de deducir una conclusión a partir de un conjunto de premisas empleando reglas de inferencia lógicas. MacCormick, 1992, p. 183. En el supuesto al que hago alusión en el texto principal o bien es un supuesto de decisión injustificada, o bien de decidir justificándose en premisas normativas no jurídicas, lo que sería un caso de decisión jurídicamente injustificada.

[606] Sigo, en parte, a Rodríguez, 2005c, p. 155.

[607] Un ejemplo inusual de este tipo de prescripciones podía ser vista en el artículo 375 del Código Penal de Ucrania. Dicha disposición rezaba: «1. La entrega de una sentencia, fallo u orden intencionalmente injusta por parte de un juez (o jueces) se castigará con la restricción de la libertad por un período de hasta cinco años, o prisión por un período de dos a cinco años. 2. Las mismas acciones que causaron graves

normativo, incluso en escenarios de lagunas axiológicas[608]. Como podemos ver es contingente que un aplicador del derecho, al momento de resolver una laguna axiológica, esté ofreciendo una decisión interpretativa que esté dentro de sus competencias.

Asimismo, cabría diferenciar entre tipos de aplicadores del derecho en función al alcance de sus competencias. Podemos diferenciar, por lo menos, entre aplicadores del derecho con competencia para crear normas aplicables únicamente a los casos individuales para los que es competente decidir, de aplicadores del derecho con competencia para crear normas aplicables a los casos individuales que todos los aplicadores del derecho (de la misma institución o de todas las institucionales) deben usar en sus justificaciones.

Esta descripción de posibilidades normativas nos lleva a la pregunta prescriptiva: qué aplicadores del derecho deberían tener competencia para poder resolver las lagunas axiológicas que creen. Me parece que esta es una pregunta de tipo dogmática, en el sentido que se responde a partir de un tipo de ideología de sobre cómo debe ser institucionalizada la práctica jurídica. En breve, esta es una discusión respecto a qué valores nos parecen más relevantes optimizar al momento de determinar qué pueden hacer los aplicadores del derecho[609]. Sobre esta, profundizaré en futuras investigaciones.

consecuencias, o cometidas por motivos mercenarios o por cualquier otro beneficio personal, se castigarán con prisión por un período de cinco a ocho años». Cabe anotar que dicha disposición fue declarada inconstitucional por la Corte Constitucional de Ucrania su sentencia Nº 7-r/2020 por considerar que tal margen de discrecionalidad vulneraba la predictibilidad de las decisiones judiciales. Sobre este punto ver Alexander y Schauer, 2007, pp. 1590 y ss.

[608] Estas prohibiciones no son del todo inusuales, especialmente, en el caso de aplicadores del derecho que pertenecen a la administración pública o jueces de instancias inferiores. En relación con estos últimos, no es del todo infrecuente que se rijan por una prohibición de formular un *distinguish* de las decisiones de tribunales superiores.

[609] Sobre este punto es meritorio visitar la discusión entre Manuel Atienza y Álvaro Núñez Vaquero respecto a qué aplicadores del derecho judiciales deben ser competentes para realizar una ponderación. Si bien ellos presentan la discusión empleando un lenguaje teórico específico y que versa sobre un método en particular sobre cómo solucionar un tipo de conflicto normativo (la ponderación), de lo que están hablando es quienes pueden crear excepciones implícitas a reglas. Al respecto, en extrema síntesis, Núñez Vaquero ofrece buenas razones para sostener que tal competencia debería estar reservada a fueros jurisdiccionales de alta jerarquía, en cambio, Atienza considera que los fueros jurisdiccionales de baja jerarquía también deberían ser competentes en determinadas oportunidades. Al respecto, Atienza, 2017a, pp. 32-33, Atienza, 2017b, pp. 441-44, Atienza, 2012, p.31. Núñez Vaquero, 2017c, pp. 265, 269-72.

3.5. Derrotabilidad y experiencias recalcitrantes

Una de las formas más usuales de presentar la noción de derrotabilidad es como la posibilidad de los intérpretes de adecuar el alcance de una norma a sus propósitos. Uno de los autores que mejor ha teorizado este punto y ha tenido una notoria influencia en las discusiones actuales es Frederick Schauer. Este autor, a partir de un conjunto de tesis reconstructivas sobre la identificación de normas, ha ofrecido un instrumental teórico empleado para presentar esta aproximación a la noción de derrotabilidad.

A efectos de presentar este punto, el autor caracteriza la no coextensividad entre la norma y su propósito como un caso de experiencia recalcitrante. En este tipo de circunstancias, el aplicador del derecho puede modificar el antencedente la norma a efectos de especificar de mejor manera su propósito, esto es, puede derrotar la norma.

En el presente apartado realizaré una reconstrucción de la noción de experiencia recalcitrante, y cómo esta nos permite clarificar los casos en que los aplicadores del derecho derrotan normas. Tras realizar dicha reconstrucción, mostraré que la propuesta de Schauer que, en el contexto de la tradición del derecho continental, ha sido desarrollada a través de otras terminologías más precisas. Como veremos, la derrota de significados como resolución de experiencia recalcitrante da cuenta del mismo problema y solución revisados al momento de analizar la noción de laguna axiológica en Alchourrón y Bulygin. Veamos cada uno de estos puntos.

3.5.1. La norma prescriptiva como generalización de una razón subyacente

Frederick Schauer[610] ha formulado una propuesta influyente sobre cómo entender las normas jurídicas, en específico, de las normas prescriptivas. Este autor estipula que las

[610] Las tesis centrales de la propuesta de Schauer han sido publicadas en Schauer, 2004 y 2013a. En relación con la noción de derrotabilidad ha profundizado especialmente en Schauer, 1998, 2012, y 2020.

normas prescriptivas son normas condicionales que tienen la función de guiar la conducta de sus destinatarios como medio para lograr determinados estados de cosas (deseables)[611].

Ahora bien, no todas las normas prescriptivas ejercen la función de guía de la misma manera. Así, dependiendo del grado de fuerza que impongan sobre el agente, estas se clasifican en instrucciones o reglas de experiencia (*rule of thumbs*); y en obligaciones o reglas imperativas[612].

Por regla de experiencia entiende aquellas normas prescriptivas que solo ejercen una fuerza optativa en el destinatario, es decir, este posee un margen de libertad para seguir o ignorar dicha norma. De manera más precisa, los destinatarios siguen estas reglas porque ellos desean alcanzar el estado de cosas previsto por la norma (si no desean tal estado de cosas, entonces no participan de las acciones necesarias para logralo), y porque tienen la creencia de que seguir la prescripción será un medio idóneo para concretizarlo (si consideran que es un medio inadecuado, entonces pueden prescindir ella)[613].

Las reglas imperativas, en cambio, son normas prescriptivas que ejercen fuerza sobre el destinatario con prescindencia del estado de cosas deseado que se pretende alcanzar con ellas. De manera más precisa, los destinatarios siguen estas reglas por el hecho de que forman parte del sistema normativo.

Ahora bien, la fuerza de las reglas imperativas es relativa, en el sentido de que no suponen un deber de ser usadas en todas las circunstancias en las que son (internamente)

---

[611] Schauer, 2004, p. 59. Las normas prescriptivas, en este sentido, nos indican como debería ser el mundo.
[612] Cabe precisar que Schauer no está empleando la distinción entre reglas y principios al momento de hablar de «reglas», sino que lo hace como una forma de expresar que estamos frente a normas condicionales. Con mayor detalle, este autor diferencia entre reglas y estándares en función a su grado de especificación (las reglas dan cuenta de antecedentes con un alto grado de especificación y los estándares dan cuenta de antecedentes con un bajo grado de especificación). Si bien este punto es interesante para esclarecer cómo Schauer entiende las normas, no es necesario profundizar en ello para aclarar las premisas que hacen falta para dar cuenta de su aproximación a la noción de derrotabilidad. Sobre el punto ver Schauer, 2001.
[613] Schauer, 2004, pp. 60-61, 170. Como podemos ver, son normas utilizadas por el destinatario a mérito de su utilidad para lograr un determinado estado de cosas, de manera que si la norma no es útil (no garantiza el estado de cosas deseado), entonces el destinatario tiene libertad para no usarla (o, directamente, ignorarla). Como podemos ver, Schauer está tratando de dar cuenta de normas técnicas, bajo la terminología de Von Wright, esto es «condicionales, en cuyo antecedente se hace mención de alguna cosa que se desea, y en cuyo consecuente se hace mención de algo que tiene que (hay que, debe) o no tiene que hacerse». Von Wright, 1070, p. 29. Sobre este último punto ver Orunesu y Rodríguez, 2004, p. 18. Rodriguez, 2005a, p. 137.

aplicables. Al momento de tomar una decisión, los destinatarios pueden diferenciar entre deberes a realizar conforme a reglas imperativas, y deberes a realizar conforme a reglas imperativas considerando todos los aspectos relevantes[614]. Puede que un agente se enfrente a más de una regla imperativa aplicable al mismo tiempo y que ellas no sean compatibles entre sí, de manera que el agente debe preferir una por sobre la otra, tomando en cuenta todos los aspectos relevantes del caso. En ese sentido, si bien el agente debe tomar en cuenta una regla imperativa, puede que esta no deba ser usada si se presentase otra regla imperativa que posea mayor peso, es decir, sobre la que tengamos una preferencia[615]. Dicho de otro modo, las reglas imperativas pueden perder su aplicabilidad externa al momento de resolver un caso individual como resultado de resolver un conflicto normativo dentro del sistema de normas aplicables. Sobre este último punto profundizaré luego.

Como podemos ver, en Schauer podemos diferenciar el contenido de una norma prescriptiva del estado de cosas deseado que se pretende lograr con ella. Bajo esta forma de presentar las normas, como podemos ver, estas son entendidas como medios para fines. Veamos cada uno de estos elementos con más detalle.

Las normas prescriptivas (tanto las reglas de experiencia como las reglas imperativas) poseen una misma estructura. Schauer las presenta como normas condicionales[616] compuestas por: i) un antecedente, el cual denomina «predicado fáctico»; y ii) un consecuente normativo, que contiene una acción o actividad deónticamente modalizada que debe ejecutarse cada vez que se verifique el predicado fáctico.

Estas normas son generales, esto es, no se dirigen a un solo individuo, sino a una clase de individuos[617]. En este sentido, el predicado fáctico está compuesto por una o más categorías. A efectos de explicar cómo determinar el contenido de esta categoría, Schauer propone que estas son producto de una generalización probabilística.

---

[614] Schauer, 2004, pp. 61-62. Como podemos ver, Schauer entiende que las reglas imperativas operan como razones *prima facie*, entendiendo *prima facie* como superable (ver Cap. I.3,3.1).
[615] Sobre las relaciones de preferencia entre normas profundizaré en Cap. IV.4.
[616] Para ser más preciso, Schauer adopta una concepción estructural de las normas entendiéndolas como normas condicionales bajo la concepción puente. En términos formales: (p->Oq) (Schauer, 2004, p. 81). Sobre este punto profundizaré en Cap. III.4.
[617] Schauer, 1989, p. 72.

Cada uno de nosotros al momento de describir un individuo o una acción pone de relieve ciertas características, es decir, mostramos el objeto descrito como miembro de una clase de objetos. Un mismo sujeto o una misma acción puede ser descrita, como he señalado anteriormente[618], de múltiples formas, lo que quiere decir que podemos categorizar o generalizalo de muchas maneras. Dependiendo de qué característica nos parezca más relevante, la cantidad de características a agrupar y el grado de abstracción a emplear, optaremos por emplear una (o unas) generalización(es) u otra(s). Asimismo, las generalizaciones empleadas pueden, a su vez, ser generalizadas en función de tipos de generalizaciones, es decir, podemos crear generalizaciones de generalizaciones (o meta generalizaciones). En este sentido, podemos hablar de distintos grados de generalización de un mismo objeto.

Por ejemplo, un supuesto en que una persona le quita la vida a otra a pedido de esta última para librarle de una agonía dolorosa puede ser generalizado bajo el concepto de homicidio. Podemos subir de nivel de generalización y señalar que el concepto de homicidio está implicado en la categoría de eutanaisa. Si abstraemos aún más, podemos señalar que eutanaisa, a la vez, está implicada en la categoría morir dignamente. Como podemos ver, dependiendo del grado de abstracción, nuestra caracterización de un sujeto o acto varía, lo cual incide en cómo entendamos que deba ser regulado[619].

Al momento de generalizar, solo podemos poner de relieve un número determinado de propiedades que forman parte de un universo infinito de posibilidades[620]. Ello quiere decir que quien hace la generalización escoge una posible generalización de entre muchas, de manera que sus decisiones tienen un efecto selectivo y de supresión[621]: selectivo por cuanto muestra al objeto como como miembro de una clase, lo que es decir que el intérprete elige cómo caracterizar o presentar el objeto; de supresión por cuanto al elegir una generalización y no otra supone no mostrar al objeto como un miembro de una clase. Este último punto, cabe precisar, no supone negar que este pertenezca a otras clases, sino

[618] Sobre este punto ver Cap. II.3,3.2. El autor analizado aborda este punto con detalle en Schauer, 1981a.
[619] No es lo mismo regular el un caso de ejercicio del derecho a una persona a morir dignamente a regular un caso de homicidio. El lenguaje empleado en uno u otro transmite ideas diferentes.
[620] Las generalizaciones, como podemos ver, son especiaciones de la razón subyacente. Sachuer, 2004, p. 113. Sobre el especificacionismo ver lo señalado en Cap. II.3,3,3.3.2.
[621] Schauer, 2004, p. 80.

que solo se está sosteniendo que se considera que esas clases no son relevantes[622]. En este sentido, el efecto de supresión de una generalización puede ser entendido como no introducir una distinción posible al momento de describir al objeto.

Al momento de formular una norma prescriptiva, sus creadores realizan generalizaciones. Los legisladores hacen juicios sobre cómo desean que fuese el mundo: establecen qué rasgos desean eliminar o evitar que se presenten, y qué rasgos desean que se incorporen o que se mantengan. A estos propósitos legislativos Schauer los denomina «razón subyacente» de la norma, esto es, el para qué son formuladas. A partir de tal identificación, el legislador realizará intentos por establecer normas prescriptivas que le permitan satisfacer dichas razones subyacentes, esto es, mandatos que transformen al mundo real en el mundo ideal (o que prohíba que se transforme, en caso que hayamos conseguido el mundo ideal)[623].

Para la determinación de estas prescripciones, bajo la propuesta de Schauer, el legislador selecciona ciertos hechos cuya verificación, considera, tendrán como consecuencia la materialización del estado de cosas deseado. Identificados estos hechos (reales o hipotéticos), el legislador realiza una generalización sobre estos, es decir, selecciona una de las posibles formas de categorizarlos. En este sentido, para el diseño de las normas prescriptivas se elige como predicado fáctico aquella generalización sobre dichos hechos respecto de los cuales se posee la creencia que tienen una relación causal para alcanzar el estado de cosas deseado (o, dicho de otro modo, satisfacer la razón subyacente)[624]. En otros términos, el contenido de los predicados fácticos de las normas prescriptivas se elabora a partir de expectativas o pronósticos de que, a través de los cuales, se conseguirá materializar el objetivo o finalidad deseada.

[622] De manera más precisa, es una forma de sostener que la propiedad que la hace formar parte de otras clases no es relevante. En efecto, las generalizaciones son una forma de expresar criterios de selección de propiedades relevantes a efectos de caracterizar un objeto (en este caso, un caso individual) bajo un caso genérico u otro.
[623] Sachauer, 2009, p. 32.
[624] Como bien sostiene Sardo, Schauer posee una forma de entender las normas prescriptivas de manera teleológica, es decir, como medios para alcanzar ciertos fines. Esta es, como podemos ver, una tesis prescriptiva sobre cómo son las normas influenciada por una concepción de la racionalidad como juicios de medio-fin. Sartdo, 2018b, p. 35.

De esta forma, como podemos ver, la noción de norma prescriptiva es una noción compleja: son prescripciones compuestas por generalizaciones que guardan una causalidad probabilística[625] con un objetivo o propósito establecido por el legislador.

Para ilustrar este punto, Schauer propone imaginar a un gerente de un restaurante que pretende crear un espacio tranquilo para sus clientes. Ante ello, verifica que el ingreso de clientes con perros suele perturbar la tranquilidad del resto de comensales, por lo que generaliza dicho caso y formula la siguiente norma prescriptiva: «no se admiten perros en el restaurante».

Al restringir la posibilidad de tener perros en el restaurante lo que el legislador ha considerado es que el restaurante será un lugar más tranquilo del que sería si en este hubiera perros. Ello se debe a que se cree que la presencia de perros en los restaurantes aumenta el grado de probabilidades de padecer de disturbios[626].

Ahora pensemos en otro ejemplo. Supongamos un sistema normativo en el que está incluida la siguiente prescripción: «si persona es vendedora de bebidas alcohólicas y es el día previo al día de votación para elegir al Presidente de la República, entonces prohibido vender bebidas alcohólicas». Una forma de entender la racionalidad instrumental de esta norma prescriptiva es que el legislador realizó una generalización probabilística considerando que, si elimina la oferta de alcohol, el resultado será reducir los disturbios públicos.

---

[625] Causalidad probabilística entendida como una relación de probabilidad (estadísticamente justificada) de que la producción de un hecho X causará un hecho Y, y ese hecho Y es considerado valioso. Schauer, 2004, p. 87 y 89. A efectos de precisión, esto no quiere decir que la generalización sea (por definición) una condición suficiente de la razón subyacente, pues como veremos más adelante, puede ser el caso que sea únicamente una condición necesaria o una condición contribuyente.
En términos de Schauer: «[e]l predicado fáctico representa, pues, un conjunto de hechos cuya existencia indica un incremento en la probabilidad de la ocurrencia de la justificación y cuya prohibición (efectiva) disminuirá consecuentemente la probabilidad (o incidencia) del mal contra el cual la regla va dirigida. De manera similar, si se considera que la regla se ha establecido persiguiendo más una meta positiva que la disminución de un mal, la existencia de la condición representada por el predicado fáctico incrementará, cuando la relación probabilística exista, la probabilidad de la meta positiva a la que apunta la regla». Schauer, 2004, p. 89.

[626] Como podemos ver, la selección de propiedades (entendidas como identificadores de estados de cosas o de acciones) con las que construimos un antecedente de la norma está determinada por esta justificación (en otros términos, una norma sería una especificación de una justificación).

Ahora bien, la generalización probabilista contenida en el predicado fáctico de una norma prescriptiva (la cual es identificada mediante la interpretación literal) será un medio idóneo para satisfacer la razón subyacente de la norma en algunas circunstancias, pero no en todas las habidas y por haber. Dado que el predicado fáctico y la razón subyacente (bajo esta propuesta) son entidades diferentes, podemos diferenciar entre el alcance del predicado fáctico y el alcance de las razones subyacentes.

La selección de propiedades mediante una generalización probabilística conlleva que, en algunas circunstancias, ello implique o bien haber elegido propiedades que resulten ser insatisfactorias o indeseables (en relación con una razón subyacente), o bien haber dejado de lado propiedades que hubiesen resultado satisfactorias o deseables (en relación con una razón subyacente). En este sentido, pueden darse circunstancias en las que la aplicación de la norma prescriptiva (la generalización) no sea útil para satisfacer la razón subyacente. A estas situaciones, Schauer las denominó como «experiencias recalcitrantes»[627]. Precisemos un poco más este punto.

Podemos distinguir diferentes relaciones de causalidad entre el predicado fáctico y la razón subyacente, a partir de los diferentes casos individuales que se presenten. Al respecto, podemos identificar las siguientes posibles relaciones:

1. El caso individual está dentro de los usos lingüísticos de los términos empleados en el predicado fáctico y del ámbito de aplicación de las razones subyacentes.
2. El caso individual está dentro de los usos lingüísticos de los términos empleados en el predicado fáctico, pero fuera del ámbito de aplicación de las razones subyacentes.
3. El caso individual no está dentro de los usos lingüísticos de los términos empleados en el predicado fáctico, pero sí dentro del ámbito de aplicación de las razones subyacentes.
4. El caso individual está fuera de los usos lingüísticos de los términos empleados en el predicado fáctico y del ámbito de aplicación de las razones subyacentes.

[627] Schauer, 2004, p. 98. Cabe precisar que las experiencias recalcitrantes no dan cuenta de una aplicación inadecuada o insatisfactoria de la norma, sino de un juicio valorativo. Lo que está diciendo es que la interpretación realizada es equivocada o subóptima a la luz de su razón subyacentes. Schauer, 2020, p. 55.

El primer y cuarto caso son supuestos respecto de los cuales no hay controversia. En el primer escenario, la norma prescriptiva (de manera más precisa: la generalización en ella contenida) es idónea para alcanzar el estado de cosas deseado (esto es, satisfacer su razón subyacente). En el cuarto escenario, la norma es irrelevante para regular el caso individual (está fuera tanto de la aplicabilidad interna de la generalización como de la razón subyacente). El segundo y tercer supuesto, en cambio, son casos en los que el antecedente contiene una inadecuada especificación (ha seleccionado propiedades de manera insatisfactoria) del nivel justificativo o experiencias recalcitrantes. Dichos supuestos, además, reflejan los dos tipos de experiencias recalcitrantes relevantes para este subapartado: supra incluyentes e infra incluyentes[628].

Por un lado, las generalizaciones contenidas en el predicado fáctico pueden conllevar, en ciertos casos, una selección de propiedades que sea supra incluyente con relación con la razón subyacente. Ello quiere decir que dentro del predicado fáctico se ha introducido una propiedad que, en vista de un caso individual, es indeseable dado que genera efectos no deseados por el propósito de la norma. En otros términos, se está señalando que, al haber incluido una determinada propiedad, la norma prescriptiva genera un estado de cosas que no es coincidente con el estado de cosas deseado por las razones subyacentes.

En el ejemplo de la norma prescriptiva que prohíbe el ingreso de perros al restaurante, el predicado fáctico de dicha norma tiene un alcance que cubre tanto a perros que, efectivamente generan molestias a otros comensales del restaurante, pero también el caso de perros lazarillos. Asumiendo, a efecto del ejemplo, que es imposible que un perro lazarillo pueda generar perturbaciones a otros comensales en el restaurante, esto supone que la norma prescriptiva tendría como resultado restringir el ingreso de un perro que no se pretendía restringir.

[628] A efectos de precisión, cabe indicar que Schauer diferencia tres tipos de generalizaciones inadecuadas para satisfacer la razón subyacente: i) supra incluyente o casos donde la generalización es incorrecta; ii) casos de *open texture* o casos de indeterminación lingüística (vaguedad) que nos impiden señalar si un caso particular está dentro o fuera de usos lingüísticos del predicado fáctico; y iii) infra incluyente o casos donde una propiedad suprimida (una distinción no introducida al momento de formular la generalización) se muestra ahora relevante. Schauer, 2004, pp. 98, 103-04. En este subapartado solo me voy a concentrar en los tipos i) y iii), pues (como veremos más adelante) estos conllevan a casos de derrota de significados. El tipo ii), como veremos con profundidad en Cap. II.4, es un problema no vinculado de la derrotabilidad y que debe ser diferenciado por claridad conceptual.

En el ejemplo de la norma prescriptiva que prohíbe la venta de alcohol un día antes de una elección presidencial, el predicado fáctico de dicha norma tiene un alcance que cubre a personas que no podrían generar perturbaciones públicas. Imaginemos a un profesor de teoría del derecho que va dar una conferencia a un país que no es el suyo. Supongamos que aterriza, tras superar un vuelo largo y estresante, en la ciudad donde hará su presentación un día antes de las elecciones presidenciales. Para aliviar sus malestares y pesares decide tomar una cerveza del minibar de la habitación de su hotel. Como podremos imaginar el hotel, en aplicación de la norma prescriptiva, ha removido todas las bebidas alcohólicas del mini bar y se niega a vendérselas. En este supuesto, el profesor de teoría del derecho (para los efectos del presente ejemplo) al beber alcohol no generaría un riesgo de generar disturbios públicos, pues bebería dentro de una habitación con pretensión únicamente de aliviarse.

Por el otro lado, las generalizaciones contenidas en el predicado fáctico pueden conllevar, en ciertos casos, una selección de propiedades que sea infra incluyente con relación a la razón subyacente. Ello quiere decir que no se ha introducido dentro del predicado fáctico una propiedad que resulta necesaria en vista de un caso individual, dado que generaría efectos deseados por el propósito de la norma. En otros términos, se está señalando que, al no haber incluido una determinada propiedad, la norma prescriptiva genera un estado de cosas que no es coincidente con el estado de cosas deseado por las razones subyacentes[629].

En el ejemplo de la norma prescriptiva que prohíbe el ingreso de perros, el predicado fáctico de dicha norma tiene un alcance que cubre a perros, pero no a los osos.

[629] Como bien ha anotado Alessio Sardo (Sardo, 2018b, pp. 101-04), la noción de supra inclusión e infra inclusión no es una invención de Schauer, sino que es una expresión que forma parte de la caja de herramientas conceptuales de los juristas norteamericanos. La expresión fue formulada, inicialmente, por Tussman y TenBroek en un célebre artículo de 1949 en el que expusieron una idea similar a la que pretende desarrollar Schauer. Estos autores sostuvieron que hemos de diferenciar entre el significado atribuido a un texto normativo y el propósito para el cual fue introducido dicho texto normativo. A partir de esta distinción, señalan, es posible identificar (por lo menos) cinco posibles relaciones entre estas: i) todos los casos regulados por el significado son regulados por el propósito y todos los casos regulados por el propósito son regulados por el significado; i) ningún caso regulado por el significado es regulado por el propósito; iii) todos los casos regulados por el significado son regulados por el propósito, pero algunos casos regulados por el propósito no son regulados por el significado; iv) todos los casos regulados por el propósito están regulados por el significado, pero no todos los casos regulados por el significado son regulados por el propósitos; y v) algunos casos regulados por propósito no están regulados por el significado. Tussman, Ten Broek, 1949, p. 347. Como podemos ver, esta es otra manera de presentar la idea de experiencia recalcitrante.

Asumiendo, para efectos del ejemplo, que un oso inevitablemente genera perturbaciones a otros comensales en el restaurante, esto supone que la norma prescriptiva tendría como resultado no restringir el ingreso de una criatura que también se pretendía restringir.

En el ejemplo de la norma prescriptiva que prohíbe la venta de alcohol un día antes de una elección presidencial, el predicado fáctico de dicha norma tiene un alcance que cubre a personas que causen disturbios públicos por beber alcohol, pero no así a personas que generen disturbios públicos por razones ajenas al consumo de alcohol. Pensemos, por ejemplo, en un fanático de un equipo de futbol (un *hooligan*) exacerbado por la pérdida de su equipo durante un partido celebrado en vísperas de las elecciones presidenciales. Dado su estado de exaltación y de descontrol provocado por el encuentro deportivo, este agente causa (junto con otros como él) disturbios en espacios públicos.

En resumen, por experiencia recalcitrante se da cuenta de la no coextensividad entre el alcance de una generalización y el alcance de una razón subyacente. Una experiencia recalcitrante supra incluyente quiere decir que una propiedad seleccionada para diseñar el predicado fáctico se muestra inútil, en relación con un determinado caso individual, para satisfacer la razón subyacente de la regla. De esta manera, para remediar este tipo de situaciones, será necesario introducir una distinción en el predicado fáctico (realizar una interpretación correctora restrictiva).

En cambio, una experiencia recalcitrante infra incluyente quiere decir que la selección de propiedades para diseñar el predicado fáctico, con relación a un determinado caso individual, no ha tomado en cuenta una propiedad que sería útil para satisfacer la razón subyacente[630]. De esta manera para remediar este tipo de situaciones será necesario ampliar el alcance del predicado fáctico (realizar una interpretación correctora extensiva)[631].

En este punto cabe introducir algunas precisiones sobre la noción de razón subyacente y su relación respecto de las normas prescriptivas.

[630] Schauer, 2004, p. 92. Para una presentación alternativa de este punto Manrique, Navarro y Peralta, 2011, pp. 117-18.
[631] Rodríguez, sobre este punto, ha demostrado con precisión que la noción de infra incluyente que está empleando Schauer colapsa en la de supra incluyente. Sobre este punto ver Rodríguez, 2012a, pp. 92-94.

i. Sobre la identificación de normas

En primer lugar, cabe precisar que los legisladores, conforme a la aproximación teórica adoptada en esta investigación, crean disposiciones (textos normativos que son objeto de interpretación). Los intérpretes identifican normas a partir de estas disposiciones mediante la interpretación y, en este sentido, son ellos los que identifican las normas prescriptivas. Sobre este punto Schauer ha asumido la distinción entre disposición y norma, y adopta una tesis prescriptiva de la interpretación que él mismo presenta como un formalismo moderado[632].

Para este autor debemos siempre emplear una interpretación literalista de las disposiciones, la cual nos puede hacer enfrentar a tres tipos de situaciones: casos fáciles, casos difíciles por indeterminación lingüística y casos difíciles por ofrecer malas respuestas[633].

Los casos fáciles son los supuestos en los cuales el lenguaje por sí mismo provee una respuesta plausible[634]. Esto quiere decir que el intérprete identifica el significado de las disposiciones (identifica normas) empleando una versión de la interpretación literal acontextual[635] y eligiendo, de todos los resultados posibles, aquellos que considere son acordes con un trasfondo valorativo compartido. Como podemos ver, sigue de cerca la propuesta de Hart sobre esta noción[636].

---

[632] Sobre este punto no profundizaré, pues no es relevante para dar cuenta de la noción de derrotabilidad. Sin perjuicio de ello, doy cuenta de este aspecto en el texto principal, únicamente a efectos de una reconstrucción caritativa de las tesis de Schauer. Para los fines de esta investigación, es relevante poner de relieve que este autor esgrime una tesis prescriptiva sobre cómo entender las normas y cómo identificarlas, y no una tesis descriptiva o un modelo de análisis. Sobre el formalismo moderado en Schauer ver Schauer, 2004, pp. 45 y ss.,

[633] Schauer, 2004, pp. 167 y ss. En otra sede, Schauer presentó la idea en estos términos: «*which a clearly applicable rule noncontroversially generates an answer to the question at hand, and one in which the answer so generated is consistent both with the purpose behind the rule and with the social, political, and moral climate in which the question is answered*». Schauer, 1985, p. 416.

[634] «Si las palabras del derecho ofrecen una solución sensata a un problema o a un litigio, aun si no es la única solución sensata, es raro que el sentido literal de las palabras no determine la solución jurídica. En efecto, esos casos no suelen ser discutidos; y, si lo son, no suelen ser materia de un litigio; y, si lo son, no suelen ser apelados». Schauer, 2013a, p. 167.

[635] Sobre dicho método ver Guastini, 2018a, p. 107.

[636] Como ya hemos visto en Cap. II.2,2.3, en Hart hay dos pares de nociones que deben ser diferenciadas: i) caso claro y caso oscuro (o zona de penumbra); y ii) caso fácil y caso difícil. Un caso claro es aquel en el que un caso individual es subsumible en una norma identificada conforme al contenido semántico de las palabras empleadas en la disposición. A diferencia de este, un caso oscuro es aquel en el que nos enfrentemos a un caso de zona de penumbra o de problemas de vaguedad (actual o potencial) al momento

De esta forma, en lo que está pensando este autor es que podemos identificar, en una determinada comunidad lingüística y en un espacio-tiempo determinado, una serie de presupuestos conceptuales y valorativos que permiten diferenciar entre significados compartidos («comprensiones compartidas del contenido semántico»), y significados no compartidos[637]. Esto presupone una labor de indagación respecto a cuáles son estos estos presupuestos o, dicho de otro modo, que el intérprete atribuya significados asumiendo un rol comprometido con una forma de entender a la comunidad de la que forma parte[638].

Los casos difíciles por indeterminación lingüística son los supuestos en los cuales, por razones de vaguedad, no podemos determinar el alcance de un determinado concepto. En estos supuestos, el lenguaje no nos permite clasificar, con precisión, un objeto del mundo. En términos de Hart, Schauer está pensando en casos que caen en la zona de penumbra o casos oscuros. Sobre este problema discutiré en el próximo subcapítulo[639].

Los casos difíciles por mala respuesta se refieren a aquellos supuestos en los cuales el resultado de una interpretación literal acontextual ofrece un resultado que es considerado absurdo, sub óptimo, indeseable o cualquier otro calificativo de rechazo. Podemos hacer este juicio de rechazo a partir de su no coextensividad con el alcance de sus propósitos. De manera más precisa, se producirán en supuestos de experiencias recalcitrantes, es decir, en casos en los que el significado literal sea supra incluyente o sub incluyente respecto de las razones subyacentes. En términos de Hart, Schauer está pensando en casos

---

de aplicar la norma al caso (lo cual genera la necesidad de que el aplicador del derecho deba tomar una decisión discrecional respecto a si aplica o no la norma). Como podemos ver, la clasificación depende de los usos lingüísticos que los operadores hacen de ciertas palabras. Un caso fácil, a diferencia de la distinción anterior, da cuenta de un acuerdo general sobre la inclusión de un caso dentro de la aplicabilidad de la regla. En cambio, un caso difícil es aquel en el que hay desacuerdo entre los juristas respecto a su inclusión. En este sentido, esta clasificación no opta por los usos lingüísticos, sino por convenciones interpretativas con respecto a ciertos términos. En efecto, un caso puede ser claro, pero no por ello será fácil; o, bien, un caso puede ser oscuro y no necesariamente difícil. Al respecto, las nociones de caso claro y caso oscuro (zona de penumbra) fueron introducidas en Hart, 1962 y 1994. Para las nociones de caso fácil y caso difícil, véase Hart, 1983.

[637] Con mayor detalle Chiassoni, 2017a, p. 274 y ss. Pintore, 2017, p. 53.

[638] Schauer, 2008, pp. 1121 y ss. Schauer, 2004, pp. 129-130. Una interpretación literal, en este sentido, será considerada como un caso fácil (por tanto, indiscutible) siempre que dicho resultado sea acorde o conforme a ciertos valores que se califican de compartidos o presupuestos por una comunidad lingüística.

[639] Ver Cap. II.4.

difíciles (para ser aun más preciso, un caso claro que produce un caso difícil o caso en el que el significado literal produce una respuesta valorativamente incorrecta)[640].

ii. Sobre la identificación de las razones subyacentes

Schauer está presuponiendo que toda norma prescriptiva debe tener una razón subyacente[641]. En este sentido, es una propuesta que asume una concepción del legislador racional[642] por la cual se asume (por definición) que todas sus decisiones legislativas están fundadas por razones y todos sus productos legislativos están orientados a satisfacer una razón.

Al respecto, es pertinente preguntarnos qué quiere decir «razones subyacentes» y cómo identificarlas. Hasta el momento he precisado que por razón subyacente se da cuenta del propósito que se pretende lograr, esto es, el estado de cosas deseado. Como ya hemos visto anteriormente, hablar de propósitos legislativos es una expresión problemática pues puede ser entendida de múltiples maneras[643].

Schauer asume que los aplicadores del derecho pueden identificar sin problemas cuál es el propósito por el cual fue creada una disposición a partir del significado literal acontextual. En sus propios términos: «[a] veces, naturalmente, la ley dirá cuál es su propósito (…), una ley no solo tiene un propósito, sino que lo anuncia fuerte y claro. Pero aun cuando el propósito de una ley no está establecido de manera explícita en el texto de

[640] Como bien anota Chiassoni, dado que la noción de caso fácil y difícil están basadas en el grado de satisfacción del resultado con ciertos valores, entonces la diferencia entre ambas nociones no es cualitativa sino cuantitativa (será un caso fácil cuando el grado de satisfacción sea pleno o alto y será difícil la insatisfacción sea plena o alta). Chiassoni, 2017, p. 275. Sardo, 2018b, p. 53.

[641] «Detrás de toda generalización hay una justificación. A veces denominadas fines, a veces propósitos o incluso a veces (confusamente) razones, las justificaciones existen porque las generalizaciones normativas son habitualmente instrumentales y no últimas, siendo las justificaciones aquello para lo que resultan instrumentales». Schauer, 2004, p. 113. Schauer, 2013a, p. 31. Sobre este punto ver, además, Bouvier, 2004 y Bouvier, 2012, pp. 317 y ss, Alonso Vidal, 2019, Cap. 1.

[642] Sobre este punto ver Ratti, 2017b.

[643] Conforme lo visto en Cap. II.3,3.3. y 3.4., hablar de propósito de las normas nos conduce a las siguientes dificultades: i) el propósito de las normas o *ratio legis* es una expresión ambigua, en tanto puede se entendida como una forma de dar cuenta de la intención del legislador o como el estado de cosas deseado; ii) las normas suelen tener más de un propósito, de manera que elegir entre uno de estos (señalar que un propósito es el principal y el resto secundarios), es una decisión discrecional; y iii) la atribución de propósitos suele ser producto de un acto de construcción jurídica, de manera que los fines son atribuidos por los intérpretes y no descubiertos. Como veremos, Schauer padece de estas mismas dificultades.

la propia ley, con frecuencia puede inferirse, con bastante fiabilidad, solo a partir de lo que está dentro de los límites del lenguaje de la ley»[644].

Como podemos ver, siguiendo el punto anterior, Schauer considera que la identificación del significado de una disposición no es problemática, pues asume una tesis prescriptiva según la cual siempre hemos de atribuirle el significado literal acontextual. Atendiendo a la noción de caso fácil, para la identificación del propósito para el cual fue introducida la prescripción en este punto, Schauer no está pensando en una concepción intencionalista del propósito de la ley, es decir, no nos pide realizar una indagación sobre la voluntad del legislador. En cambio, nos está pidiendo una labor de reconstrucción de cuál sería la mejor manera de presentar el para qué fue introducida la prescripción tomando en cuenta el contenido semántico de las palabras empleadas, los valores compartidos de la comunidad lingüística a la que se dirige el mandato, las máximas de experiencia que guíen juicios inductivos para la identificación de propósitos, entre otros presupuestos[645].

En este sentido, por razón subyacente entendemos el estado de cosas deseado o conjunto de propiedades de un mundo ideal, la cual es identificadas mediante conjeturas formuladas a partir del contenido semántico de los términos contenidos en la disposición interpretada. Si esto es así, entonces resulta más claro entender por razón subyacente de las normas al resultado de un conjunto de actos de atribución de propósitos por parte del intérprete. De esta manera, son resultados de una construcción jurídica orientada a establecer cuál se considera (debe ser) el propósito de la norma, conforme a una selección de valores y fines realizado por el propio intérprete[646].

De esta forma, la razón subyacente de una norma es aquella que el intérprete elige que tenga. Ahora bien, cabe precisar que el intérprete no elige una única razón subyacente.

---

[644] Schauer, 2004, p. 170.

[645] En otros términos, lo que tenemos que hacer es formular una hipótesis que nos sirva para explicar el para qué fue introducido el mandato dentro del sistema normativo. En este sentido, Schauer, considero, está pensando o bien en una versión de la inferencia a la mejor explicación posible, o bien en una versión de la inferencia abductiva (asumiendo son tipos de inferencia distintas). Sobre este punto no profundizaré por escapar los objetivos de esta investigación. Para una profundización sobre la inferencia a la mejor explicación posible ver Lipton, 2004. Para un análisis de las diferentes versiones de la inferencia abductiva ver Aliseda, 2006.

[646] Sobre este punto, Alessio Sardo apunta que podríamos reconstruir el contenido de una razón subyacente a partir del contenido protegido por los derechos fundamentales o en el respeto al derecho positivo. Sardo, 2018b, p. 83. En todo caso, considero que es acertado entender «razón subyacente» como una expresión que encubre una referencia al sistema normativo axiológico del intérprete.

Como hemos visto, las razones subyacentes (o propósitos) son generalizaciones de propósitos más profundos. En efecto, el propósito de una norma prescriptiva es una generalización de un propósito más abstracto (es decir, el propósito de cada norma es resultado, a su vez, de tener propósitos más profundos), y dicho propósito más abstracto, a la vez, es resultado de tener un propósito aún más abstracto, y así hasta el infinito[647].

Schauer clarifica este punto empleando el ejemplo clásico de Hart de una norma prescriptiva que establece «si vehículo, entonces prohibido aparcar en el parque». La razón subyacente de esta norma es, supongamos, mantener la tranquilidad y silencio en el parque. Esta razón subyacente se justifica, a su vez, en un propósito más profundo que puede ser maximizar el placer de los residentes de la ciudad[648]. Podemos abstraernos más a efectos de determinar por qué deberíamos maximizar dicho placer.

Podemos ver un ejemplo adicional de este punto con la prohibición de reelección de parlamentarios en Perú visto en apartados anteriores: «si Parlamentario, entonces prohibido postular al proceso electoral inmediato siguiente». Supongamos que el propósito de esta norma prescriptiva es evitar la instrumentalización de un cargo político para alcanzar beneficios privados (quiere evitar que los legisladores tengan incentivos a presentar proyectos de ley y realizar votos orientados a construir una popularidad suficiente como para ser reelecto). Esta razón subyacente se justifica, a su vez, en un propósito más profundo que puede ser fortalecer el sistema democrático representativo del país. Podemos abstraernos más a efectos de determinar por qué deberíamos fortalecer la democracia.

Cada razón subyacente elegida como propósito y cada razón subyacente más profunda (o meta razón subyacente), es un resultado de elecciones formuladas a partir de preferencias. Esto es, identificaremos cada una de estas a partir de cómo queramos entender la prescripción y de lo que consideramos que es su finalidad deseada. Bajo esta forma de entender la propuesta de Schauer, la identificación de este estado de cosas no es producto de una labor de indagación, sino de decisión y atribución por parte del intérprete.

iii. Sobre la noción de «regla»

[647] Schauer, 1988, pp. 533-34.
[648] Schauer, 1988, p. 533.

¿Toda interpretación literal acontextual produce una regla? Para responder a esta pregunta, es menester precisar algunos aspectos sobre la relación entre atribución de significado a una disposición y su razón subyacente.

Schauer sigue de cerca las tesis de filosofía del lenguaje que proponen que los significados de ciertas palabras, en determinadas circunstancias, se independizan de las intenciones de los hablantes. Sostiene que algunos símbolos lingüísticos poseen «autonomía semántica»[649], es decir, todos los usuarios expertos de un lenguaje de una determinada comunidad y en un determinado momento, les atribuyen de la misma manera un significado. No hace falta, en este sentido, que tengamos que entender las intenciones comunicativas de un interlocutor para poder entender una o más palabras. Bajo esta aproximación la comprensión común de ciertas palabras conlleva que uno de sus posibles significados se atrinchere o blinde respecto de cualquier otra posibilidad o razón para entender la palabra de manera diferente. Por atrincherar, en este sentido, se da cuenta del fenómeno mental de comprender un significado sin necesidad de tener que recurrir a la intención o propósito para el que fue empleado[650]. De esta forma, una generalización atrincherada quiere decir que esta, por sí misma, es suficiente para poder guiar la conducta del destinatario.

Señalar que una norma prescriptiva está atrincherada da cuenta de los supuestos en los que el destinatario considera que no necesita tomar en cuenta de la razón subyacente para resolver un caso individual. En cambio, para poder aplicar una norma prescriptiva no atrincherada, deberá verificarse su propósito o razón subyacente para decidir cuál es su alcance. Esto quiere decir que mientras no se tenga un significado atrincherado, ello supondrá tener que subir de nivel de abstracción a efectos de poder establecer qué acciones están reguladas de una determinada manera.

Las nociones de autonomía semántica y atrincheramiento permiten clarificar, ahora con mayor precisión, la distinción y relación conceptual entre reglas y razones subyacentes.

[649] Schauer, 2004, p. 116. Schauer, 1989, p. 79.
[650] Como bien precisa Bayón, si la formulación lingüística incluye un término con una fuerte carga valorativa, no será posible que el intérprete pueda atrincherar el significado, pues la única manera de poder identificar el alcance de la norma será, en esos casos, analizar si el propósito (en este caso, si el contenido del valor) puede ser satisfecho o no al aplicarlo al caso individual. Bayón, 1996a, p. 153.

Como ya hemos visto, las normas prescriptivas poseen diferentes grados de razones subyacentes. Identificamos la norma prescriptiva mediante la atribución del significado literal acontextual a una disposición normativa. Cada una de estas normas prescriptivas es una generalización de una razón subyacente. Las razones subyacentes son, a su vez, generalizaciones de razones subyacentes más profundas o abstractas. Esto supone un amplio abanico de posibilidades que guían la conducta de los destinatarios. Ahora bien, el atrincheramiento de un significado puede darse en cualquiera de estos niveles.

La generalización de una justificación o razón subyacente (sea esta una norma prescriptiva o una razón subyacente menos profunda), puede estar o no atrincherada respecto de su propia justificación. En otros términos, el atrincheramiento se puede presentar en cualquier nivel de generalización[651]. Retomando el ejemplo de la prohibición de reelección de parlamentarios, podemos tener: i) un atrincheramiento de la norma prescriptiva en relación a su razón subyacente, es decir, identificar el predicado fáctico sin valorar o tomar en consideración su propósito (evitar la instrumentalización de un cargo político para alcanzar beneficios privados); o ii) un atrincheramiento del propósito de la norma (evitar la instrumentalización de un cargo político para alcanzar beneficios privados) con relación a sus propios propósitos, es decir, es entendido sin valorar o tomar en consideración su propio propósito (fortalecer el sistema democrático representativo del país).

Tomando en cuenta este punto, Schauer estipula que la noción de «regla» es entendida como el atrincheramiento de una generalización respecto de su justificación subyacente (en cualquiera de sus niveles)[652]. En este sentido, tomamos una decisión en base a una regla cada vez que identificamos un significado atrincherado[653].

[651] Schauer, 2004, p. 133.
[652] En otros términos, el carácter de regla da cuenta de la restricción al acceso (sea de forma absoluta o presunta, sobre este punto volveré más adelante) a las justificaciones de fondo cuyos propósitos la regla fue diseñada para servir. Alexander y Schauer, 2007, p. 1588. Schauer, 2004, pp. 173 y ss.
[653] Schauer, 2004, p. 136. Esto permite precisar que, bajo la propuesta teórica de Schauer, la conducta puede ser guiada a través de tres elementos diferentes: i) razones subyacentes; ii) reglas imperativas o normas prescriptivas atrincheradas respecto de las razones subyacentes; y iii) reglas de experiencia o normas prescriptivas no atrincheradas (o transparentes) a las razones subyacentes. En relación con esta ontología de razones, para una distinción entre qué es una razón, tener una razón y dar una razón ver Schauer, 2017a.

Clarificado este punto y el de razón subyacente líneas atrás, es oportuno diferenciar entre dos tipos de razones al momento de identificar reglas: las razones subyacentes y razones para la generación de reglas[654].

Las razones subyacentes, como ya hemos visto en el subapartado anterior, dan cuenta del propósito para el cual fue introducida la regla. Esto es, el conjunto de propiedades del mundo ideal.

Las razones para la generación de reglas dan cuenta del conjunto de fundamentos por los cuales se considera que una instanciación de una razón subyacente (una generalización prescriptiva) debe ser tratada como regla. En otros términos, son razones para atrincherar un significado. De manera breve, se justifican en la certeza y predictibilidad que ofrece guiar la conducta mediante reglas y no mediante razones subyacentes. Certeza aquí es entendida en el sentido de que el aplicador del derecho posee un conjunto de propiedades determinadas que selecciona qué fragmento del mundo debe verificar para imponer una prescripción. Predictibilidad es comprendida acá en el sentido de que los destinatarios podrán hacer pronósticos fiables de cuales serán las consecuencias de sus actos si las generalizaciones son tratadas como reglas, pues podrán inferir que cada vez que se presente una determinada propiedad, esta conllevará la imposición de una determinada prescripción[655].

iv. Tipos de conflictos entre la generalización prescriptiva y las razones

Realizadas las precisiones sobre la noción de razón subyacente y de regla, es pertinente hacer algunas clarificaciones sobre los posibles conflictos entre una generalización prescriptiva y una razón subyacente.

Las generalizaciones prescriptivas contenidas en el predicado fáctico de una norma prescriptiva pueden no satisfacer o bien las razones subyacentes que justifican la norma o bien otras razones subyacentes relevantes para la resolución del caso particular. Para

[654] Schauer, 2004, p. 154.
[655] Schauer, 2004, pp. 200 y ss. Alexander y Schauer, 2007, p. 1589.

diferenciar entre ambos problemas, Schauer distingue entre deficiencias internas o derrotabilidad interna de la norma, y derrotabilidad externa de la norma[656].

La derrotabilidad interna engloba los problemas de experiencia recalcitrante vistos líneas atrás. Retomo brevemente esta noción a efectos de claridad. Como ya hemos visto, las generalizaciones prescriptivas son entendidas como medios para alcanzar ciertos propósitos. Entre ambas pueden generarse experiencias recalcitrantes. De manera más precisa, con esta idea se expresa la inadecuación del significado literal acontextual atribuido a una disposición para lograr el estado de cosas deseado conforme al que consideramos que es el propósito para el cual fue introducida dicha disposición (razón subyacente). En estos escenarios, se denomina casos de derrotabilidad interna a los supuestos en los que la interpretación literal acontextual es sustituida (se elige otro significado más restrictivo). Todo ello a efectos de reflejar, adecuadamente, el alcance de las razones subyacentes, es decir, como una manera de solucionar una experiencia recalcitrante supraincluyente. Preciso este punto.

Los casos de experiencia recalcitrante, como hemos visto, dan cuenta de un problema de falta de racionalidad instrumental. Para poner de relieve este punto sirve de ejemplo parte de las discusiones contenidas en el caso Hirabayashi vs. Estados Unidos de la Corte Suprema estadounidense. Durante la Segunda Guerra Mundial se crearon campos de concentración en los Estados Unidos, en los que se recluía a «ciudadanos americanos con ascendencia japonesa». La razón subyacente de dicha prescripción era evitar actos de espionaje y/o sabotaje dentro del territorio. Esta categoría era tanto infra incluyente como supra incluyente. Era infra incluyente, pues dado el contexto de la guerra en el frente europeo y asiático, era una categoría que deja de lado a todos los ciudadanos con ascendencia de algún país europeo que haya formado parte del Eje o de sus aliados (Italia, Alemania, Hungría, entre otros) y que podrían representar una misma amenaza. Era supra incluyente, pues incorpora en la categoría a ciudadanos con ascendencia japonesa respecto de los cuales no había arraigo con el Japón y/o es físicamente imposible que puedan causar daños (pensemos en un niño japonés de 10 años que fue adoptado al nacer

[656] En Schauer, 2004, p. 179 emplea la expresión deficiencia interna y en Schauer, 2020, p. 58 usa derrotabilidad interna. Para los efectos de la presente investigación mantendré la última expresión, pues permite mostrar con más claridad la contraposición con la derrotabilidad externa.

por una pareja de norteamericanos de ascendencia británica, quienes no cultivaron aprecio alguno en el menor sobre sus orígenes étnicos).

Dependiendo de si la generalización prescriptiva está atrincherada o no respecto de su razón subyacente, podremos determinar si es una regla de experiencia (no ofrece resistencia a la razón subyacente), o si es una regla imperativa (hace irrelevante la razón subyacente). Si estamos frente a una generalización prescriptiva no atrincherada, esto es, susceptible a casos de derrotabilidad interna, ello supondrá que hemos de variar su contenido a efectos de adecuarlo a los alcances de la razón subyacente. En caso de resolver una experiencia recalcitrante supra incluyente ello supondrá incorporar una nueva propiedad a efectos de reducir el alcance de la generalización probabilística. A esta nueva propiedad se le suele llamar excepción.

Si una experiencia recalcitrante es resuelta empleando la razón subyacente, ello supone que esta es la que opera como guía de conducta sobre cómo resolver un caso individual. En este escenario, generalización probabilística esta es solo una regla de experiencia cuyo contenido es identificado tomando en cuenta su propósito. De ser así, entonces la introducción de esta nueva propiedad en la generalización probabilista, la excepción, es solo una forma de especificar en el predicado fáctico una propiedad que ya estaba prevista por la razón subyacente[657].

El ejemplo señalado anteriormente, el predicado fáctico «ciudadanos americanos con ascendencia japonesa» genera una experiencia recalcitrante supra incluyente en el caso de un niño con ascendencia japonesa adoptado por padres norteamericanos con ascendencia británica. En este caso particular, el niño no satisface la razón subyacente, pues es una persona que carece de habilidades físicas para sabotear instalaciones estratégicas estadounidenses o para realizar espionaje. Atendiendo a que en este caso el predicado fáctico no está atrincherado, la decisión de recluir o no a este niño es guiada por la razón subyacente. El intérprete, a efectos de resolver la experiencia recalcitrante supra incluyente y de presentar, de manera más perfecta, la razón subyacente, introducirá

[657] En aquellos casos que los operadores jurídicos consideren que el predicado fáctico es inadecuado para reflejar el estado de cosas ideal previsto por la razón subyacente (es decir, carece de palabras adecuadas para delimitar el ámbito de aplicación de una norma) entonces harán uso de «excepciones» a efectos de que la regulación sea precisada respecto a los fines que se pretenden alcanzar. De esta manera introducir una excepción es producto de la necesidad de expresar objetivos mediante palabras precisas. Schauer, 1991, p. 878.

la excepción «a menos que sea menor de edad» en el predicado fáctico. Realizará tal operación a efectos de que la generalización prescriptiva sea más precisa, pero el caso individual siempre estuvo excluido del alcance de la prescripción.

De esta forma, lo que nos está señalando Schauer es que la generalización «ciudadanos americanos con ascendencia japonesa» no incluía a niños con ascendencia japonesa adoptados por norteamericanos con ascendencia británica. Como tal generalización es incompleta para mostrar a qué destinatarios se dirige la prescripción, debemos introducir una excepción a efectos de que el fraseo sea más preciso. La consecuencia de entender las excepciones de esta forma es que pierde sentido hacer una distinción entre una excepción de lo que se está exceptuando. No hay diferencia entre: i) señalar que la propiedad p contenida en el antecedente de una norma no es aplicable a una acción x; y ii) expresar que el antecedente de una norma está compuesto por la propiedad p y la exclusión de la acción x (representado como p.¬x). En el primer caso, tenemos un predicado fáctico PF 1 que no regula un determinado supuesto; en el segundo caso tenemos otro predicado fáctico PF 2 cuyas expresiones lingüísticas son distintas, pero tiene el mismo alcance que PF 1. Ambas dicen lo mismo: solamente estamos eligiendo una forma distinta de explicarlo[658]. Así, para Schauer, el concepto de excepción (dentro de la noción de derrotabilidad interna) tiene un uso retórico para explicar porqué hemos variado una generalización por otra generalización más específica[659].

Como había señalado líneas atrás, las generalizaciones prescriptivas contenidas en el predicado fáctico, además de problemas de derrotabilidad interna, se pueden enfrentar a situaciones de derrotabilidad externa. Con esta noción se da cuenta de aquellas

[658] Como bien anota Schauer, no hay diferencia conceptual entre señalar «no fornicación» y «no sexo salvo con la esposa». Una expresión u otra solo recae en la disponibilidad de herramientas lingüísticas. Schauer, 1998, p. 227. Sobre este punto con mayor extensión Carpentier, 2014, p. 387-88. García Yzaguirre, 2020a.

[659] En Schauer, como vemos, hablar de excepciones solo es un uso distractor de palabras, pues es solo otra forma para señalar que estamos reformulando una generalización a efectos de que sea una mejor categorización de la razón subyacente, cuyo contenido es la que guía la conducta. Schauer, 1991, p. 895. Como bien nos resume Claire Oakes Finkelstein, la postura de Schauer en dos hipótesis: a) hablar de excepciones es una preocupación estética y no conceptual; y b) las circunstancias que generan excepciones son especificaciones de la razón subyacente de la misma norma. En breve, de acuerdo a esta concepción, las prescripciones se han tragado las excepciones, pues todo es parte de un solo antecedente. Más preciso aun: introducir una «excepción» sería equivalente a modificar la prescripción a la luz de sus razones subyacentes. Finkelstein, 2000, p. 511. Cabe precisar que esta aproximación de las excepciones solo se sigue de comprometernos con un modelo transparente de toma de decisiones y no con un modelo opaco o atrincherado. Schauer, 1998: 236-37. Sobre la noción de excepción en Schauer y en la teoría del derecho ver García Yzaguirre, 2020a y lo señalado en Cap. III.2. Sobre la noción de modelo transparente y modelo opaco o atrincherado profundizaré en breve.

situaciones en las que el predicado fáctico es variado a causa de lo que Schauer llama factores externos a la propia norma[660].

La expresión «factores externos» no es del todo clara ni precisa, de manera que, a efectos de remediar ello, entenderé por ellos a aquellas razones subyacentes que no justifican a la norma prescriptiva. Pensemos en el caso en el que la razón subyacente de una norma N1 ha entrado en conflicto con la razón subyacente de una norma N2, y el conflicto es solucionado dándole prioridad a esta segunda razón subyacente (N2). Esto se traduce en que el predicado fáctico de la norma N1 debe introducir una propiedad que excluya la acción o hecho que será regulado por la norma N2.

Si tomamos en cuenta normas prescriptivas de manera aislada, la distinción entre derrotabilidad interna y derrotabilidad externa puede ser empleada como una manera de presentar un tipo de incompatibilidad entre las diferentes formas de especificar propósitos que forman parte de un mismo sistema. Por ejemplo, el legislador deberá maximizar el grado de seguridad nacional en tiempos de guerra y, a la vez, debe maximizar el grado de libertad personal de cada uno de sus ciudadanos dentro de su territorio. Esto permite mostrar que esta presentación supone haber definido los límites de la justificación de cada norma[661]. En el ejemplo, supondrá asumir que la seguridad nacional y la libertad personal son propósitos en conflicto entre sí (y no como nociones que se implican mutuamente, es decir, incomprensibles una sin la otra), lo que implica emplear ideologías de un determinado tipo sobre cómo entender la seguridad nacional. Si esto es así, entonces señalar que una razón subyacente justifica una norma o que es externa a una norma dependerá de cómo deseemos presentar los propósitos de esa norma, de manera que una misma situación puede ser descrita como derrotabilidad interna o como derrotabilidad externa[662].

---

[660] Schauer, 2004, p. 179.

[661] Esto es problemático debido a, por lo menos, dos razones: i) la reconstrucción de la justificación es una tarea influenciada por diversas ideologías sobre cómo debemos entender el mundo. Dependiendo de cada ideología la justificación variará, de manera la determinación de una justificación interna conforme a una ideología puede ser vista como una justificación externa conforme a otra ideología; y ii) para la determinación de una justificación usualmente empleamos una combinación de criterios los cuales, tomados individualmente, no necesariamente nos ofrecen las mismas respuestas. Sobre este punto no profundizaré, pues escapa al objetivo del presente subapartado.

[662] En términos del propio Schauer: «cualquier desplazamiento puede siempre ser reformulado como si estuviese fuera del alcance de la norma desplazada». Schauer, 2004, p. 151. Esta idea ha sido desarrollada con mayor profundidad por Sajeva, 2019.

En cambio, como bien ha anotado Rodríguez, si analizamos las normas como integrantes de un sistema normativo esta distinción nos permitirá clarificar, de mejor manera, otro tipo de conflicto normativo[663]. Si entendemos que cada norma prescriptiva es resultado de una interpretación de un determinado conjunto de fuentes normativas, entonces podemos entender por resolver un problema de derrotabilidad interna a dejar de lado un predicado fáctico a mérito de razones generadas desde el sistema normativo del que forma parte la norma prescriptiva. En otros términos, damos cuenta de una reinterpretación correctora tras emplear un argumento sistemático.

En este mismo sentido, al resolver una situación de derrotabilidad externa damos cuenta de que el predicado fáctico ha sido dejado de lado como resultado de haber preferido normas que no forman parte del sistema (una norma extra sistémica). Este tipo de situaciones se generan en aquellos supuestos en los que el sistema de normas aplicables al caso está compuesto por normas jurídicas y normas extra jurídicas. En caso de que una norma jurídica y una norma extra jurídica, ambas externamente aplicables a un mismo caso, sean incompatibles entre sí, se entenderá como un caso de derrotabilidad externa de la norma jurídica aquella situación en la que esta se vea desplazada por la norma no jurídica[664].

La distinción entre derrotabilidad interna y derrotabilidad externa entendidas como predicados de sistemas normativos incide, también, en cómo hemos de entender la noción de excepción. Si entendemos que la solución de ambas situaciones tiene como resultado una variación del predicado fáctico, esta supone, en ambos casos, la sustitución de la generalización prescriptiva por otra más fina (tendrá un menos alcance). En este sentido, podemos diferenciar entre situaciones en las que esta propiedad se justifica en el propio sistema normativo, por un lado, de casos en las que se justifica en otros sistemas normativos, por el otro lado. Para clarificar esta distinción podemos diferenciar entre requisitos de aplicación y creación de excepciones a normas[665]. En este sentido:

---

[663] Rodríguez, 2017a, p. 249. Navarro y Rodríguez, 2014, pp. 110-11. Rodríguez, 2012a, p. 98. Orunesu y Rodríguez, 2004, p. 29.

[664] Por ejemplo, en el caso que una norma jurídica y una norma moral sean ambas externamente aplicables a un caso individual y se prefiera el contenido de la norma moral. En un mismo sentido Rodríguez y Sucar, 2003, p. 144.

[665] En este punto esto tomando en cuenta a Finkelstein, 2000, pero variando el contenido de sus propuestas a efectos de adaptarlas a la propuesta de análisis que he formulado en esta investigación. Sobre este punto, Ángeles Ródenas analiza esta idea utilizando el lenguaje de las razones para la acción y la presenta como una distinción entre fuera del alcance y excepción: i) la exclusión de un tipo de caso por razones que

1. Condiciones limitantes como requisitos: incorporación de nuevas propiedades que se justifican en el sistema normativo del que forma parte la norma prescriptiva.
2. Condiciones limitantes como excepciones: incorporación de nuevas propiedades que se justifican en un sistema normativo del que no forma parte la norma prescriptiva.

3.5.2. Modelos de actitud frente a las normas

Como hemos visto en el subapartado anterior, la formulación y lenguaje de las normas prescriptivas suelen generar experiencias recalcitrantes, es decir, la transformación que hacen del mundo (o que pretenden hacer) no es coincidente con la transformación del mundo que se aspira lograr conforme al propósito de la norma o razón subyacente. Ahora bien, una experiencia recalcitrante nos parecerá un problema relevante o no dependiendo de las actitudes que tengamos sobre cómo tratar a las normas prescriptivas y si las razones subyacentes identificadas son consideradas relevantes o no para determinar la calificación jurídica de una acción.

¿Qué pueden hacer los aplicadores del derecho al momento de resolver un caso individual que produce una experiencia recalcitrante? Bajo esta propuesta, los aplicadores del derecho pueden adoptar uno de los siguientes modelos de actitud frente a las normas: transparente, opaco, transparente sensible a razones o asumir un positivismo presuntivo. Veamos cada una de estas opciones[666].

i. Tipos de modelos

respaldan la norma prescriptiva se entenderá que son casos que están fuera de su alcance; y ii) la exclusión de un tipo de caso por razones que no respaldan la norma prescriptiva se entenderá que son casos exceptuados. Ródenas, 2012, p. 39. Ródenas, 2001, pp. 73-74.

[666] Cada uno de estos modelos puede ser presentado como una forma de reconstruir una práctica (discurso descriptivo) o como propuestas sobre cómo guiar una práctica (discurso prescriptivo). A efectos de presentación clara y caritativa presentaré cada uno de estos modelos como un conjunto de directivas interpretativas.

a. Modelo transparente

Bajo este modelo se agrupan a aquellas directivas interpretativas que prescriben que el intérprete debe tomar en cuenta solo las razones subyacentes guían la conducta al momento de resolver un caso individual. En este sentido, las generalizaciones prescriptivas (instanciaciones de las razones subyacente) contenidas en el predicado fáctico operan, únicamente, como reglas de experiencia.

De esta forma, los predicados fácticos son tratados como ejemplos de un universo más amplio (e indeterminado) de sujetos o acciones que deben ser regulados de una determinada manera a efectos de alcanzar el estado de cosas deseado. En otros términos, se considera que el alcance del predicado fáctico es únicamente ilustrativo de un fragmento del alcance de las razones subyacentes, las cuales poseen toda la fuerza normativa para guiar la conducta.

En este sentido, el predicado fáctico de la norma prescriptiva debe ser adecuado de la manera necesaria para que esta satisfaga su razón subyacente en todo caso de aplicación. Ello quiere decir que toda experiencia recalcitrante es resuelta a favor de la razón subyacente, de manera que el aplicador del derecho debe modificar la generalización prescriptiva a efectos de ampliar (en caso de experiencia recalcitrante infra incluyente) o restringir (en caso de experiencia recalcitrante supra incluyente) su alcance[667].

Bajo este modelo, el aplicador del derecho debe haber determinado el propósito de la norma prescriptiva[668] y emplearlo como principal guía para la toma de decisiones. Esto supone que cada proceso de toma de decisiones implica reabrir la deliberación sobre el

[667] Las generalizaciones, en este sentido, operan únicamente como indicadores, pues lo que debemos considerar como guía de conducta es la razón subyacente. En este sentido, las normas prescriptivas no ejercen fuerza prescriptiva alguna, pues no hemos determinado su alcance. Schauer, 2004, p. 110.

[668] Como hemos visto líneas atrás, cada generalización es una instanciación de una razón subyacente que, sin el uso de reglas, nos puede llevar a un regreso al infinito. La tensión entre una generalización y su propósito puede llevarse a cada nivel de generalización: en un primer nivel, la tensión es entre el significado literal acontextual y la razón subyacente; en un segundo nivel, la tensión es entre la razón subyacente y la razón subyacente más profunda; en un tercer nivel, la tensión es entre la razón subyacente más profunda y la razón subyacente aun más profunda; y así sucesivamente. La consecuencia de asumir que las generalizaciones siempre deben satisfacer su propósito es a un regreso al infinito que impide poder guiar la conducta. Sobre este punto ver Schauer, 1988, p. 534. Schauer, 2004, p. 145. En este sentido, para que el modelo conversacional pueda guiar la conducta, al hablar de razón subyacente se entiende la identificación de un determinado propósito o meta propósito y atrincherarlo en relación sus propias razones subyacentes.

contenido del predicado fáctico (preguntarse si este es o no un instrumento útil para satisfacer el propósito) y si su alcance no es coincidente con el alcance de la razón subyacente, entonces el aplicador del derecho reformula el predicado fáctico para lograr la plena coincidencia. Ello conlleva tener un proceso de toma de decisiones orientado a eliminar los resultados absurdos o sub óptimos (se resuelven caso por caso)[669], al costo de tener aplicadores del derecho con amplios márgenes de discrecionalidad y, a la vez, reducir el grado de certeza y predictibilidad de las decisiones de dicho aplicador del derecho[670].

b. Modelo opaco o atrincherado

Bajo este modelo se agrupan a aquellas directivas interpretativas que prescriben que el intérprete debe tomar en cuenta únicamente las generalizaciones prescriptivas contenidas en el predicado fáctico al momento de resolver un caso individual. En este sentido, los predicados fácticos deben ser tratados como atrincherados respecto de sus razones subyacentes, es decir, deben operar como reglas imperativas.

De acuerdo con este modelo el contenido de las razones subyacentes debe ser tratado como irrelevante al momento de resolver un caso individual[671]. De esta forma, las experiencias recalcitrantes que se generen no son tomadas en cuenta, de manera que el predicado fáctico de la norma prescriptiva se aplica cada vez que sea aplicable, sin importar el estado de cosas genere.

[669] Hago dicha afirmación en el sentido de que se le permite al aplicador del derecho intentar resolver la experiencia recalcitrante mediante la reapertura de la deliberación, pero no hay garantía de que este lo logre. En efecto, es posible que el aplicador del derecho arribe a soluciones incorrectas debido a sesgos, lagunas de conocimiento, desacuerdos valorativos, entre otros. Sobre este punto en Schauer ver Schauer, 2004, p. 215.

[670] Sobre este punto ver Bouvier, 2012, p. 316-17.

[671] Como podemos ver, el modelo opaco no supone eliminar las razones subyacentes de las normas, sino considerar que estas son irrelevantes para la calificación normativa de una acción, esto es, su presencia o ausencia ofrece el mismo resultado.
En otra sede, Schauer presenta el modelo opaco o atrincherado como un modelo formalista (basado en un aplicador que solo le parece relevante comprobar si el caso individual es subsumible o no en el predicado fáctico); y al modelo transparente como un modelo de adaptabilidad (basado en un aplicador que le parece relevante considerar si un evento no previsto y determinados efectos lo cual incide en la aplicación o no del predicado fáctico). Schauer, 1998, pp. 236-37. Para una distinción similar entre normas opacas y transparentes ver Regan, 1989.

El aplicador del derecho, como podemos ver, tiene prohibido reabrir cualquier deliberación sobre el contenido de la norma. Esto supone un alto compromiso con concretizar la certeza y la predictibilidad de las decisiones, al costo de imponer prescripciones incluso en escenarios donde generen estados de cosas injustos o sub óptimos[672].

c. Modelo transparente sensible a reglas

Bajo este modelo se agrupan a aquellas directivas interpretativas que prescriben que el intérprete debe tomar en cuenta, al momento de resolver un caso particular, la generalización prescriptiva contenida en el predicado fáctico y, en determinadas circunstancias, sus razones subyacentes. En este sentido, el intérprete debe valorar las razones subyacentes de la norma prescriptiva y, junto a estas, las razones para la generación de reglas[673].

Cada vez que el aplicador del derecho se enfrente a una experiencia recalcitrante, este agente debe considerar si el peso de la razón subyacente es mayor o menor al peso de las razones para la generación de reglas. Si considera que la razón subyacente tiene mayor peso, entonces se debe modificar el alcance del predicado fáctico. En cambio, si se considera que la razón subyacente no tiene el peso suficiente para considerarse que debe prevalecer sobre los valores de certeza y predictibilidad de las decisiones, entonces el intérprete debe aplicar el predicado fáctico a pesar de que este genere un resultado sub óptimo.

Dicho en breve, bajo este modelo se prescribe el predicado fáctico debe ser revisado solo en caso de una fuerte supra inclusión o fuerte sub inclusión[674]. Este modelo de toma de

[672] Schauer, 2008, p. 1129. Como bien nos precisan Orunesu y Rodríguez, bajo el modelo opaco o atrincherado la generalización probabilística pasa a ser un enunciado de carácter universal. En ese sentido, en relación con las experiencias recalcitrantes supra incluyentes supondrá aplicar la propiedad no justificada en la razón subyacente; y en relación con las experiencias recalcitrantes infra incluyentes supondrá que se deberá mantener con carácter de irrelevante a una propiedad no considerada en el predicado fáctico, a pesar de que su relevancia está justificada por la razón subyacente. Orunesu y Rodríguez, 2004, p. 22. En un sentido similar, Ródenas, 2004, p. 54.

[673] Schauer, 2004, p. 154.

[674] Este mismo modelo es empleado, además, para esclarecer la noción de abuso de derecho: una conducta está presuntamente protegida, pero no absolutamente protegida. La protección es dejada de lado en caso tengamos razones más fuertes para la desprotección. Schauer, 1981b, p. 229-30. Sobre este punto Carpentier, 2018, p. 8.

decisiones supone, como podemos ver, tratar a los predicados fácticos como reglas de experiencia, pues la fuerza normativa recae en el espectro completo de las razones que sustentan la norma prescriptiva (las razones subyacentes y las razones para la generación de reglas).

d. Modelo del positivismo presuntivo

Bajo este modelo -que es por el cual propugna Schauer- se agrupan a aquellas directivas interpretativas que prescriben que el intérprete debe tomar en cuenta las generalizaciones prescriptivas siempre que estas no sean demasiado sub óptimas. Se sostiene, de esta forma, que las generalizaciones prescriptivas tienen fuerza normativa presunta, en el sentido de que esta deberán ser aplicadas a los casos que gobiernen, siempre que no haya razones subyacentes en conflicto que posean mayor peso (sobre las que tengamos una preferencia).

Como podemos ver, este modelo no es sustancialmente diferente del modelo transparente sensible a reglas. Lo único que le diferencia es la explicitación de un criterio de preferencia condicionado: se debe emplear el predicado fáctico (identificado mediante una interpretación literal acontextual) siempre el estado de cosas que produzca no sea excesivo o demasiado descaracterizante del estado de cosas ideal previsto por una razón subyacente[675]. Ofrecer tal carácter presuntivo a favor de los predicados fácticos, considerando el instrumental presentado por el propio Schauer, solo se explica como una forma de expresar las razones para la generación de reglas. Si esto es así, entonces este modelo es solo una manera alternativa de presentar que el intérprete debe crear una preferencia entre la razón subyacente sustantiva y los valores de certeza y predictibilidad, al momento de resolver un caso individual. Asumiendo que esto es correcto, en adelante trataré el modelo de positivismo presuntivo como una mejor presentación del modelo transparente sensible a reglas[676].

ii. Modelos de toma de decisión y reinterpretación

[675] En este mismo sentido, Postema, 1991, p. 812. Bayón, 1996a, p. 160. Ródenas, 2004, p. 55.
[676] Para otra forma de presentar el modelo transparente sensible a reglas, utilizando una terminología diferente, pero empleando las mismas nociones, ver Avila, 2007, pp. 69 y ss.

Los tipos de modelos de toma de decisión son diferentes formas de presentar las preferencias valorativas que posee cada intérprete al momento de identificar una norma. En otros términos, cada uno de estos modelos da cuenta de un conjunto de reglas de forman parte de diferentes códigos interpretativos con los que se realiza la actividad interpretativa[677].

De lo que está hablando Schauer es de las diferentes formas que emplean los aplicadores del derecho para decidir cómo atribuir significado a una disposición jurídica, es decir, son diferentes posibilidades por las que puede optar un intérprete a efectos de identificar normas[678].

Los modelos, si los empleamos como herramientas descriptivas, nos permiten mostrar, por lo menos, tres puntos relevantes: i) la elección de un código interpretativo formalista o no depende de los valores que pretendamos concretizar; ii) permite poner de relieve supuestos en los que el intérprete considera que debe realizar reinterpretaciones correctoras; y iii) permite mostrar los supuestos en los que un aplicador del derecho está autorizado o no para resolver casos difíciles de manera «correcta» (en este contexto, ello quiere decir de manera conforme con la razón subyacente).

En relación con el primer punto, los modelos permiten mostrar que la decisión del intérprete sobre cómo interpretar el material jurídico depende, entre otras, de los valores que considera necesario concretizar[679]. Los intérpretes que optan por un modelo opaco o atrincherado, consideran que la interpretación literal es una forma de concretizar la certeza y predictibilidad del derecho (en otros términos, son agentes comprometidos con una forma de entender la seguridad jurídica). Los intérpretes que optan por un modelo transparente consideran que deben optar por el significado que sea más acorde con sus

[677] Sobre este punto ver Cap. II.2,2.2,2.2.1. Al respecto, las diferencias entre un modelo transparente, opaco o transparente sensible a reglas se muestran en diferentes reglas de traducción y metódicas.
[678] Como bien señalan Ferrer y Ratti, la fuerza normativa de las razones subyacentes (y de la elección, por ende, de un modelo u otro) es una manera de presentar actitudes y criterios de preferencia interpretativas de los intérpretes. Ferrer y Ratti, 2012b, p. 25.
[679] Este punto ha sido expuesto con mayor claridad por Bulygin: «[n]o es en modo alguno obvio que la solución anticipada de problemas por medio de normas generales sea preferible o sea siempre preferible a la decisión particular, aun cuando ésta no esté basada en una norma general preexistente, sino en consideraciones de equidad y justicia. Lo que hay en el fondo de este dilema es una confrontación entre los valores de seguridad jurídica por un lado y de justicia por el otro. Lo que importa es darse cuenta de que se trata de un importante problema valorativo y no proceder ciegamente como si no existiera ningún problema.» Bulygin, 1991 [1981], p. 411.

sentimientos de justicia que hayan aflorado en el caso individual. Los intérpretes que optan por un modelo transparente sensible a reglas lo hacen por concretizar, de manera condicionada, la certeza y predictibilidad del derecho, siempre que ello no suponga una situación disvaliosa que no estén dispuestos a afrontar o generar. Las preferencias por un determinado valor incidirán en cómo tratemos a las normas que identificamos[680].

En segundo lugar, los modelos permiten poner de relieve los supuestos en los que el intérprete considera que debe realizar reinterpetaciones correctoras. De acuerdo a lo visto en líneas anteriores, la noción de experiencia recalcitrante es solo una forma de presentar un desacuerdo valorativo con una interpretación literal. Esta es una forma de identificar supuestos en los que el intérprete se hace la pregunta de si será mejor o no formular una interpretación correctiva extensiva o restrictiva. En este sentido, presentar la actividad interpretativa como un modelo transparente, opaco o transparente sensible a reglas es solo una manera de presentar directivas de: i) siempre se debe realizar una reinterpretación correctiva; ii) nunca debe realizarse una interpretación correctiva; y iii) se debe realizar una interpretación correctiva bajo determinadas condiciones (creadas por el propio intérprete).

En tercer lugar, los modelos permiten poner de relieve las diversas posibilidades sobre quién es el agente que puede resolver un caso difícil. Esto es, como formas de presentar las normas que gobiernan la actividad jurisdiccional (el sistema del juez). El modelo transparente y el modelo transparente sensible a reglas son formas de presentar que un determinado aplicador del derecho está autorizado por el sistema normativo para, conjuntamente, señalar qué interpretaciones literales son absurdas o no, y a mérito de tal calificación las puede dejar de lado. Esta es una manera de sostener, por lo menos, las siguientes tesis prescriptivas dentro del proceso interpretativo: i) que las interpretaciones literales deben ser tratadas como significados derrotables; y ii) o bien que los significados literales siempre deben ser derrotados a favor de consideraciones valorativas sobre cuál

[680] Sobre este aspecto he profundizado anteriormente, ver Cap. II.3.3,3.3. Estamos frente a una situación dilemática sobre cómo emplear las normas para resolver problemáticos: o bien empleamos las normas y consideramos esta son suficientes para guiar la conducta, lo cual supone calificar de antemano como irrelevante cualquier circunstancia no analizada ni valorada (lo cual supone una forma de irracionalidad, pues presuponemos una calificación sin haber analizado si esta es adecuada o pertinente); o bien consideramos que en cada particular tenemos que hacer un nuevo juicio deliberativo a efectos de determinar cuáles son las propiedades relevantes y su calificación deóntica en función a las particularidades del caso (lo cual supone que las normas serían irrelevantes y no nos servirían para guiar la conducta). Sobre este punto ver Rodríguez, 2005a, pp. 133 y ss, Bayón, 1996a, pp. 51-52. En Schauer, 2004, pp. 213-17.

debe ser la interpretación correcta conforme a ciertos valores (modelo transparente), o bien los significados literales deben ser derrotados en caso de que se satisfagan ciertas condiciones (modelo transparente sensible a reglas)[681].

En cambio, el modelo opaco es una forma de presentar que el aplicador del derecho está impedido de resolver casos difíciles de manera correcta (a pesar de considerar que están frente a una interpretación absurda, ellos se ven obligados a usarla en la justificación de sus decisiones). Esta es una forma de sostener una tesis prescriptiva según la cual los aplicadores del derecho solo puedan emplear la interpretación literal para atribuir significado a textos, sin importar las consecuencias que esta genere ni los desacuerdo ético-valorativos que el intérprete pueda tener.

3.5.3. Derrotabilidad como solución a una experiencia recalcitrante

Bajo esta aproximación, las discusiones sobre la derrotabilidad en el derecho versan sobre cómo puede un aplicador del derecho crear una excepción al momento de resolver un caso individual, cuando este considera que, de no hacerlo, producirá un resultado moral o políticamente inaceptable[682]. A efectos de aclarar esta presentación, tomando en cuenta lo señalado hasta el momento, procederé a precisar qué quiere decir que una norma es derrotable, y que un aplicador del derecho haya derrotado una norma.

Tras ello, mostraré cómo esta forma de aproximarse a la noción de derrotabilidad en el *common law* no resulta extraña a las discusiones que se han tenido en la tradición del

[681] Schauer, 2013a, p. 175. En términos de Schauer, la discusión prescriptiva sobre qué modelo deberíamos elegir la discusión suele estar dividida en dos conjuntos de argumentos resumibles en lo siguiente:

1. Hemos de preferir las decisiones que son tomadas por los legisladores sobre la discrecionalidad de los aplicadores del derecho, debido a que hay razones para desconfiar de estos (corrupción, incompetencia técnica, escasez de tiempo para la toma de decisiones, precariedad de recursos disponibles, entre otros).
2. Hemos de disponer de medios para evitar e impedir que se apliquen veredictos subóptimos a los destinatarios, pues ello implicaría asumir que lo absurdo (lo tonto, injusto, ineficiente o cualquier otro término que empleemos para referir a algo que no debería pasar en virtud de un criterio de corrección extrajurídico) es jurídicamente obligatorio.

Schauer, 2012, p. 86.

[682] Schauer, 2017b, p. 285.

derecho continental. Como veremos, resolver una experiencia recalcitrante supra incluyente no expresa una idea diferente a la de presentar y resolver una laguna axiológica (como la entienden Alchourrón y Bulygin).

i. Normas derrotables y derrota de normas

Como hemos visto los predicados fácticos pueden generar, en determinados casos individuales, experiencias recalcitrantes. Una experiencia recalcitrante es una manera de presentar la pregunta (dirigida al aplicador del derecho) sobre cómo resolver una discrepancia entre el predicado fáctico y la razón subyacente (que forma parte del mismo sistema normativo al que pertenece el predicado fáctico o que es extrasistémica). En este sentido, da cuenta de la pregunta sobre si realizar o no una reinterpretación correctora.

La respuesta a esta pregunta depende de las reglas secundarias que regulan la actividad de los aplicadores del derecho y de sus preferencias interpretativas. Como hemos visto, los aplicadores del derecho pueden estar sometidos a sistemas de toma de decisiones que operan o bien como un modelo opaco, o bien como un modelo transparente; o bien como un modelo transparente sensible a reglas. En caso el modelo sea opaco, entonces el aplicador del derecho tiene prohibido realizar una reinterpretación correctora.

Si el sistema del juez le permite al aplicador del derecho poder realizar reinterpretaciones correctoras, entonces a partir de sus preferencias interpretativas puede optar entre adoptar un modelo transparente o un modelo transparente sensible a reglas. Si opta por el modelo es transparente, entonces el aplicador del derecho tiene que realizar una interpretación correctora. Como hemos visto, bajo dicho modelo, los predicados fácticos son solo reglas de experiencia, de manera que hemos de precisar la generalización de la razón subyacente que guía la conducta del decisor.

En cambio, si opta por un modelo es transparente sensible a reglas, entonces el aplicador del derecho tiene que realizar una interpretación correctora siempre que se cumplan ciertas condiciones creadas por el propio intérprete. Como hemos visto, bajo dicho modelo el intérprete debe valorar la afectación a la certeza y predictibilidad que generaría modificar el predicado fáctico.

Como podemos ver, el aplicador del derecho puede tomar diferentes decisiones cada vez que se enfrente a una experiencia recalcitrante supra incluyente. De todas estas, la noción de derrotabilidad nos permite dar cuenta de aquellas situaciones en las que el operador del derecho tiene la opción de resolver una experiencia recalcitrante dejando de lado el predicado fáctico identificado para reemplazarlo por otro que tenga un alcance coincidente con el de la razón subyacente. Dicho de otra forma, el carácter supra incluyente de un caso individual no implica que esta sea o deba ser derrotado, únicamente de lo que da cuenta es de un presupuesto para el que aplicador del derecho decida (o no) derrotar la interpretación que produce esta experiencia recalcitrante.

En este sentido, sostener que una norma es derrotable es una manera de expresar que es un significado identificado respecto del cual el aplicador del derecho puede dejarlo de lado a efectos de elegir otro significado con un alcance más restringido[683]. Esto es, da cuenta de la posibilidad de los aplicadores del derecho para realizar reinterpretaciones correctivas restrictivas. Como podemos ver, la experiencia recalcitrante supra incluyente da cuenta de las circunstancias sobre que se presenta el problema, y el carácter derrotable a una norma expresa da cuenta de que el aplicador del derecho, para resolver dicho problema, se rige o bien un modelo transparente o bien un modelo transparente sensible a reglas[684].

De manera correlativa, el carácter inderrotable de una norma da cuenta de que el aplicador del derecho se rige por un modelo opaco, lo que es una forma de señalar que su código interpretativo (sea porque así lo ha previsto una meta norma de aplicación del derecho o por preferencias interpretativas propias) le prohíbe realizar una reinterpretación

[683] Sobre este punto recordemos que las razones subyacentes son generalizaciones de razones subyacentes más profundas (y que podemos abstraernos hasta el infinito a menos que atrincheremos una razón subyacente o una meta razón subyacente). Sobre ello, Ángeles Ródenas, de manera precisa, propone distinguir entre niveles de derrotabilidad dependiendo del objeto que se derrote. Tendríamos: i) derrotabilidad de los predicados fácticos, esto es, sustituir la generalización prevista en el predicado fáctico por otra más específica (de manera que refleje de manera más precisa la razón subyacente); ii) derrotabilidad de las razones subyacentes, esto es, sustituir la instanciación de una razón subyacente profunda por otra más específica (de manera que la nueva formulación de la razón subyacente refleje de manera más precisa la razón subyacente más profunda). Ródenas, 2012, p. 40.

[684] Regirse por un modelo está condicionado a, por lo menos, lo siguiente: i) la cultura jurídica de la que forma parte el aplicador del derecho estaría dispuesta a aceptar una operación y resultado de este tipo; ii) el sistema del juez que regula la actividad interpretativa del aplicador del derecho le faculte a realizar este tipo de operaciones; y iii) las preferencias interpretativas del aplicador del derecho (si su ideología se lo permite).

correctiva a pesar de los efectos que pueda generar el significado atribuido a la disposición[685].

De esta forma, podemos ver que el carácter derrotable de las normas no es un rasgo definitorio de la norma ni del sistema normativo del que formen parte. La derrotabilidad de las normas es una consecuencia de un determinado diseño institucional de aplicación del derecho y de preferencias interpretativas de los operadores de dicha institución (preferencias político-morales sobre cómo debe ser las consecuencias de aplicar normas)[686]. En otros términos, que una norma sea derrotable depende del tipo de aplicadores del derecho que el sistema normativo permite u ordena tener. Esta última idea permite poner de relieve, además, que el poder para derrotar es contingente[687], esto es, que no es un rasgo necesario de las normas, de los sistemas normativos ni de los deberes de los aplicadores del derecho.

Lo señalado permite expresar ahora, con más claridad, una idea que ha estado presente en todos los subapartados de este capítulo: identificar una norma que genere resultados absurdos, injustos, subóptimos o que consideremos equivocados, no supone por sí mismo que dicha norma deba ser derrotada[688]. Que tal norma sea derrotada (esto es, realizar una reinterpretación correctiva restrictiva), es una opción que responde a: i) qué tipo de competencias poseen los aplicadores del derecho en un sistema normativo (determinado por normas de competencia o el sistema del juez); y ii) preferencias interpretativas de los

---

685 En términos de Schauer, tratar a una norma como inderrotable es una manera de expresar que un determinado aplicador del derecho no tiene el poder para derrotar. Schauer, 2012, p. 86. Schauer, 2013a, p. 175. Sobre este punto Alonso, 2010, pp. 295-96.

686 La pregunta sobre qué quiere decir que una norma es derrotable no es una pregunta sobre el contenido conceptual de las normas, sino una respecto a cómo se debe tratar una norma. Como bien señala este autor, quienes sostienen que las normas son derrotables, a manera de estar describiendo un rasgo conceptual de la noción de norma, lo que están haciendo es encubrir una tesis prescriptiva sobre cómo deben ser los aplicadores del derecho. Schauer, 1998, p. 237. Schauer, 2012, pp. 85-87. Schauer, 2020, p. 59. Ferrer y Ratti, 2012b, p. 25.

687 Schuaer, 2017b, p. 285. Ratti, 2017b, p. 93.

688 Cabe precisar que expresar que una norma es derrotable, bajo esta aproximación a la noción de derrotabilidad, puede ser empleado como una proposición descriptiva o prescriptiva de un modelo de toma de decisiones (o código interpretativo). Como proposición descriptiva quiere decir que un determinado aplicador del derecho emplea un modelo transparente o un modelo transparente sensible a reglas, de manera que el predicado fáctico puede ser dejado de lado en caso de experiencia recalcitrante supra incluyente (es decir, es un significado al que el intérprete podrá realizar una reinterpretación correctora restrictiva). Como proposición prescriptiva da cuenta de una directiva interpretativa (que forma parte de una ideología sobre la interpretación) que contiene el mandato de tratar a los predicados fácticos como transparentes a las razones subyacentes en un determinado grado (completamente transparentes o transparentes bajo condición). Sobre este punto ver Schauer, 2012, pp. 87-88. Para un ejemplo de uso de la noción como proposición prescriptiva ver Schauer 1998, p. 236.

aplicadores del derecho sobre qué consideran es un resultado absurdo, injusto, subóptimo o equivocado, y sobre si lo es en el suficiente grado como para realizar y justificar el empleo del argumento de la disociación para resolver el caso individual[689].

Ahora bien, ¿qué quiere decir que tratemos a una norma como derrotable o como inderrotable? Las directivas interpretativas de los modelos de toma de decisiones se traducen en diferentes formas de entender la estructura de las normas. El modelo opaco o atrincherado es una forma de señalar que la generalización contenida en el predicado fáctico debe ser tratada como una universalización[690]. Ello quiere decir que las propiedades contenidas en el antecedente son tratadas, en su conjunto, como condición suficiente para el consecuente. Esto es, el aplicador del derecho decide que ha determinado la aplicabilidad interna de la norma prescriptiva: cada vez que verifiquemos el predicado fáctico se debe aplicar el consecuente normativo.

Los modelos transparente y transparente sensible a reglas son formas de señalar que la generalización contenida en el predicado fáctico debe ser tratada como ejemplificadora de la razón subyacente. Ello quiere decir que las propiedades contenidas en el antecedente no son suficientes para garantizar el consecuente, sino que debemos verificar el alcance de la razón subyacente. En este sentido las propiedades son tratadas como condiciones contribuyentes para el consecuente, es decir, como condiciones necesarias de condiciones suficientes. Bajo esta propuesta teórica (de entender las normas prescriptivas como medios para alcanzar propósitos), el antecedente es entendido como una expresión

[689] Al respecto cabe precisar que Schauer considera que deberíamos optar por un positivismo presuntivo que, la cual es una manera de presentar una versión del modelo transparente sensible a reglas. Una norma debe ser tratada como derrotable, según este autor, cuando su aplicación está sujeta a la no ocurrencia de una lista no especificable de buenas razones para no aplicar la regla. Son buenas razones todas aquellas que poseen una fuerza mayor de la que hubiera sido suficiente para determinar el resultado en ausencia de la norma. La idea de «buenas razones» parte de considerar que no toda experiencia recalcitrante supra incluyente deba ser resuelta para favorecer la razón subyacente. Ello por dos razones: i) de ser así no tendría ningún propósito contar con un predicado fáctico, pues todos los casos se resolverían analizando directamente el nivel justificativo; y ii) el predicado fáctico incorpora predictibilidad, certeza, uniformidad y distribuye poder, elementos que no han de ser desestimados, salvo que se tenga razón para ello. En este sentido, una buena razón es aquella que posee el peso suficiente para indicar por qué deberíamos regular la conducta de una determinada manera y esta razón debe ser más valiosa que la seguridad jurídica. Schauer, 1998, pp. 238-39. Optar por esta tesis prescriptiva o no dependerá del tipo de aplicador del derecho que consideremos necesitamos para resolver un tipo de controversias y conforme a la cultura jurídica en la que estemos inmersos.

[690] Como hemos visto, entender los predicados fácticos entendidos como generalizaciones probabilísticas es una manera de expresar «en mayoría de casos p, entonces Oq». Al señalar que al atrincherar el predicado fáctico convertimos la generalización probabilística en una universalización es una manera de expresar «todos los casos p, entonces Oq».

entimemática, de forma que será necesario explicitar todas las condiciones que están implícitas y que podemos derivar de la razón subyacente de la norma.

Ello es problemático, pues supone una norma con la que no podemos hacer juicios prácticos debido a que no admite el *modus ponens* ni el refuerzo del antecedente[691]. Sobre los problemas de cómo usar este tipo de normas en un proceso de toma de decisiones y sobre la forma de presentar la estructura de las normas derrotables profundizaré en el Capítulo III[692].

Aclarado el punto sobre qué quiere decir que una norma sea derrotable, veamos ahora qué quiere decir que un aplicador del derecho haya derrotado una norma.

La derrota de una norma, bajo esta aproximación, da cuenta de la sustitución de un predicado fáctico por otro que especifique, de manera más precisa, la razón subyacente empleada como criterio de corrección. Conforme con lo analizado, se puede disitnguir entre derrota interna de la norma y derrota externa de la norma.

Por derrota interna de la norma supone sustituir un predicado fáctico por otro que especifique de mejor manera una razón subyacente identificada dentro del mismo sistema normativo del que forma parte la norma derrotada. Esto quiere decir que vamos a reinterpretar una disposición a efectos de identificar el alcance de la norma tomando en cuenta el resto del sistema normativo a efectos de evitar un conflicto normativo. En este sentido, no es una labor muy diferente a la de realizar una reinterpretación sistemática[693].

Por derrota externa de la norma supone sustituir un predicado fáctico por otro que especifique de mejor manera una razón subyacente que no forma parte del mismo sistema normativo del que forma parte la norma derrotada. Esto quiere decir que vamos a

[691] Sobre este punto ver Rodríguez, 2012a, p. 91, Rodríguez, 2017a p. 250. Navarro y Rodríguez, 2014, p. 111.

[692] Cabe adelantar que una norma derrotable que puede ser formalizada debilitando el antecedente (por ejemplo (p....)->Oq)), debilitando la conectiva (por ejemplo, (p>Oq)), o introduciendo el operador de revisión (*f*p->Oq). Este tema será analizado con mayor profundidad en Cap. III.4. Ver, además, García Yzaguirre, 2020b.

[693] Si entendemos por razón subyacente el juicio contrafáctico de cómo hubiera resuelto el legislador una experiencia recalcitrante (lo sugiere como posibilidad en Schauer, 2020, p. 157), entonces la propuesta de Schauer está dando cuenta de la misma idea que el enfoque disposicional de la derrotabilidad de Alchourrón. Ver Cap. II.3,3.2. Sobre este punto ver además lo señalado sobre el modelo transparente de atribución de relevancia en Cap. II.3,3.4.

reinterpretar una disposición a efectos de identificar el alcance de la norma tomando en cuenta normas de otro sistema normativo (por ejemplo, el sistema axiológico del intérprete) a efectos de evitar un conflicto normativo[694].

Como podemos ver, la derrota de normas entendida como una forma de resolver una experiencia recalcitrante es solo una forma de expresar: i) un código interpretativo que nos permite caracterizar al aplicador del derecho que debe/prefiere emplearlo; y ii) una reinterpretación correctiva restrictiva por la cual se elige un significado que posee, en comparación con una interpretación previa, un alcance más reducido por poseen más propiedades (en relación conjuntiva) en el antecedente.

ii. Experiencias recalcitrantes y lagunas axiológicas

Schauer, al hablar de experiencias recalcitrantes, presenta en la literatura anglosajona la misma idea que Alchourrón y Bulygin presentaron en la literatura continental con la noción de sistema normativo axiológicamente insatisfactorio[695]. De manera más precisa, las experiencias recalcitrantes supra incluyentes dan cuenta de la misma idea que hemos visto al analizar la noción de laguna axiológica[696].

La noción de generalización probabilística contenida en un predicado fáctico puede ser traducida como la tesis de relevancia identificada mediante un método interpretativo literal acontextual de una disposición. Como sabemos, esta tesis de relevancia puede ser sometida a un juicio evaluativo a efectos de determinar si es adecuada o no conforme a un determinado criterio de evaluación.

Este criterio de evaluación es denominado en Schauer como razones subyacentes, lo que es una manera de decir que se debe evaluar la interpretación literal conforme al propósito de la norma (el cual, como hemos visto, es producto de una construcción jurídica del

[694] Cabe precisar que haber derrotado una norma no es suficiente para considerar que el resultado obtenido sea una respuesta correcta. Lo que hace el aplicador del derecho es intentar evitar aplicar una norma que considera generará un estado de cosas subóptimo. Si tiene éxito o no, es decir, si introducir una distinción en el antecedente generará un estado de cosas óptimo dependerá de cada caso (y del criterio de corrección que se emplee).
[695] Ver lo señalado en Cap. II.3.4. Ver, además, Alonso, 2018, p. 45 y ss.
[696] Si esta conexión conceptual es correcta, entonces podemos clarificar las operaciones que realizamos al momento de resolver una experiencia recalcitrante supra incluyente como usos del argumento de disociación. Sobre este último punto ver Cap. II.3,3.1.

propio intérprete). En la terminología de la Alchourrón y Bulygin, entender que el propósito es empleado para verificar la corrección de una interpretación quiere decir que opera como hipótesis de relevancia, es decir, la proposición con la que identificamos a las propiedades que deberían preverse o dejar de preverse en el sistema normativo para que este sea axiológicamente adecuado.

En Schauer, los conflictos entre la interpretación literal acontextual con una razón subyacente pueden dividirse entre casos de derrotabilidad interna y casos de derrotabilidad externa. Si estas nociones son entendidas como predicados de sistemas normativos, los casos de derrotabilidad interna dan cuenta de un conflicto con una razón subyacente identificada a partir de una fuente normativa del mismo sistema normativo. En cambio, los casos de derrotabilidad externa dan cuenta de un conflicto con una razón subyacente identificada a partir de una fuente normativa de otro sistema normativo.

Los supuestos de derrotabilidad interna expresan la misma idea que los supuestos de lagunas axiológicas descriptivas. Se está sosteniendo que la tesis de relevancia no ha incluido una distinción que debería ser introducida conforme a otra norma que forma parte del micro sistema de normas aplicables al caso. De esta forma, lo que estaríamos señalando es que, dentro del caso genérico identificado, hay propiedades normativamente relevantes implícitas que, a efectos de lograr una adecuada identificación de la norma, deben ser explicitados.

Los casos de derrotabilidad externa, por su parte, expresan la misma idea que los supuestos de lagunas axiológicas prescriptivas. Se está sosteniendo que en la tesis de relevancia no se han introducido distinciones que, conforme a un determinado sistema axiológico, deberían haberse introducido. Lo que estamos señalando aquí es que una propiedad descriptivamente irrelevante debería ser relevante, a efectos de obtener una norma «justa».

En este sentido, la propuesta de Schauer sobre experiencias recalcitrantes supra incluyente esclarece los mismos problemas que la noción de laguna axiológica[697]. Sin

[697] La propuesta de Schauer, a diferencia de Alchourrón y Bulygin, asume diversos presupuestos prescriptivos que hacen de su propuesta un discurso sobre cómo deberíamos tratar a las normas y no un

perjuicio de ello, tiene un notable aporte, como hemos visto, de ofrecer un aparato conceptual que permite poner de relieve que las normas no determinan su propia aplicación a un caso individual, sino que son las actitudes de los intérpretes quienes, en última instancia, definen la aplicabilidad de una norma[698].

3.6. Derrotabilidad e ilícitos atípicos

Muchos teóricos del derecho entienden los sistemas normativos como un conjunto de normas jurídicas que pueden ser diferenciadas entre reglas y principios. El término «principio» ha sido entendido de múltiples maneras[699], así como la distinción de cada uno de estos sentidos con la noción de regla[700]. Dentro de todas estas discusiones, los autores de la aproximación principalista del derecho sostienen que las reglas pueden ser derrotadas por principios, y que un principio puede derrotar a otro principio. ¿Qué quiere decir ello?

Dentro de las múltiples formas de entender el derecho desde una concepción principalista, es pertinente, para los efectos de esta investigación, analizaré las propuestas teóricas de Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero. Estos autores han formulado una de las teorías más sofisticadas sobre la materia, y con una notable difusión e incidencia en las discusiones teóricas de Iberoamérica. En atención a ello, en el presente apartado daré cuenta de sus principales propuestas y de su aproximación a la noción de derrotabilidad.

---

modelo de análisis. Sin perjuicio de ello, ofrece un instrumental conceptual que es útil para dar cuenta de una manera diferente de entender las normas usuales en la práctica.

[698] Con mayor detalle sobre este punto ver Schauer, 1989, p. 80. Sobre este punto, Ródenas, 2004, p. 52.

[699] En el presente apartado no pretendo realizar una reconstrucción del enfoque principalista de la teoría del derecho ni un elenco de las diferentes formas de presentar esta manera de entender del derecho. Para ello, ver Poscher, 2011 y 2012a. Para un elenco de sentidos posibles formas de entender «principios» ver: Carrio. 1970, Redondo, 2015, pp. 79-84,

[700] En extrema síntesis, las diferentes tesis sobre la distinción entre reglas y principios pueden ser clasificadas en dos: tesis de una distinción fuerte y tesis de una distinción débil. Quienes argumentan una distinción fuerte sostienen que esta es una distinción cualitativa, bajo la cual toda norma es o bien una regla o un principio. En cambio, quienes argumentan una distinción débil sostienen que hablar de reglas o de principios son opciones que el intérprete construye en función al caso individual (la diferencia entre reglas y principios se hace únicamente luego de haber sido interpretados). Sobre ambos criterios ver Comanducci,1998, Prieto Sanchis, 1996.

Para poder determinar entre qué normas se derrota y qué quiere decir que se derrota, es pertinente partir por analizar, brevemente, el instrumental analítico que han propuesto para entender el derecho. En este subapartado me concentraré en reconstruir su tipología de normas prescriptivas y qué quiere decir que «una norma ha sido derrotada» conforme a cada uno de los tipos de normas que han expuesto.

Al respecto, considero que la propuesta de tipología de normas en Atienza y Ruiz Manero es mejor entendida si la dividimos en dos momentos. Podemos identificar un primer momento caracterizado por una distinción fuerte entre reglas y principios, y un segundo momento caracterizado por una distinción débil entre reglas y principios. En este sentido, partiré analizar, del primer momento, dos de las principales críticas que los llevaron a reformular sus tesis y, tras ello, haré lo mismo con el segundo monumento de su propuesta. Una vez precisadas estas premisas teóricas, analizaré qué quiere decir que un principio sea derrotado por otro principio, y que una regla sea derrotada por un principio.

3.6.1. Primer momento de la distinción entre reglas y principios

En los libros «Las piezas del derecho» e «Ilícitos atípicos»[701], Atienza y Ruiz Manero elaboraron una teoría sobre los enunciados jurídicos con el propósito de ofrecer un instrumental conceptual que permita de poder descomponer, adecuadamente, el material jurídico[702]. Dentro del elenco de enunciados que identificaron solo me voy a concentrar

[701] Atienza y Ruiz Manero, 1996 y Atienza y Ruiz Manero, 2000.

[702] Cabe anotar que estos autores toman como punto de partida el modelo y análisis de las normas jurídicas propuesto por Alchourrón y Bulygin. Una de las pretensiones de los autores españoles fue complementar su trabajo introduciendo distinciones y especificaciones en aspectos no aclarados en *Normative Systems*. Ruiz Manero ha presentado de manera resumida la crítica: «[p]or el lado del consecuente, porque no en todas aparece modalizada deónticamente una acción, sino que en ciertas normas lo modalizado deónticamente es un estado de cosas. Por el lado del antecedente, porque no en todas las normas regulativas las propiedades que configuran el caso o condiciones de aplicación son independientes de las razones en favor de la acción que figura en la solución normativa; dicho en el lenguaje de Schauer, no todas las normas regulativas tienen "autonomía semántica"; o dicho, finalmente, en el lenguaje de Atienza y mío, no todas las normas regulativas configuran de forma "cerrada" sus condiciones de aplicación». Ruiz Manero, 1999, p. 114. El modelo de norma en *Normative Systems* al no poder dar cuenta de estas distinciones concluye que «la reconstrucción de las normas regulativas llevada a cabo por A-B se nos aparece como claramente incompleta». Ruiz Manero, 1999, p. 115.

solo en los enunciados jurídicos que expresan normas regulativas, esto es, en su propuesta sobre cómo dar cuenta de las normas prescriptivas.

Por normas prescriptivas entienden todas aquellas normas jurídicas que guían la conducta de sus destinatarios, esto es, que cuentan con un consecuente deónticamente modalizado[703]. Ahora bien, el punto relevante para Atienza y Ruiz Manero es que no todas las normas prescriptivas regulan de la misma manera. Los autores sostienen que del material jurídico podemos identificar dos tipos de normas diferentes y diferenciables entre sí: reglas y principios. Asimismo, sostienen que dentro de la categoría reglas se ha de diferenciar entre reglas de acción y reglas de fin, mientras que dentro de la categoría principios se ha de diferenciar entre principios en sentido estricto de directrices.

Para distinguir cada uno de estos enunciados normativos, ellos proponen emplear tres criterios: tipo de estructura, tipo de razón para la acción que ofrecen y conexión que poseen con los intereses y relaciones de poder existentes en la sociedad. Adicional a estos criterios, considero, es posible identificar un cuarto criterio basado en la relación entre normas y valores. Veamos, brevemente, cada uno de ellos.

i. Criterios de clasificación

a. Criterio estructural

Atienza y Ruiz Manero parten por considerar que las normas prescriptivas tienen una estructura básica compuesta por un antecedente correlacionado con un consecuente normativo[704]. El antecedente lo compone un caso genérico que contiene un conjunto de propiedades normativamente relevantes que determinan el alcance de la norma (su aplicabilidad interna). Por su parte el consecuente contiene una acción o un estado de cosas deónticamente modalizado que ha de ejecutarse tras verificarse (en un caso individual) las propiedades previstas en el antecedente.

[703] Esto quiere decir que el contenido del consecuente está afectado por un operador deóntico que lo califica como obligatorio, prohibido, permitido o facultativo. Más adelante veremos que Atienza y Ruiz Manero diferencian entre consecuentes contenidos por una acción o por una actividad.
[704] Sobre la estructura de normas volveré con mayor precisión en Cap. III.2.

El consecuente, tanto en reglas como en principios, puede estar compuesto o bien por una acción, o bien por un estado de cosas deónticamente modalizado[705]. Una acción deónticamente modalizada es un enunciado compuesto por un operador deóntico y una clase de acciones. Por ejemplo: «obligatorio pagar deudas». Un estado de cosas deónticamente modalizado es un enunciado compuesto por un operador deóntico y una descripción de un hecho futuro. Por ejemplo: «obligatorio que las deudas estén pagadas». En el primer supuesto, como vemos, se prescribe al destinatario la realización de una acción que puede ser verificada (se cumple o se incumple). En cambio, en el segundo supuesto se prescribe al destinatario que alcance un determinado resultado, lo que supone un margen de discrecionalidad para optar por todas aquellas medidas idóneas para materializarlo[706].

Desde una perspectiva estructural lo que diferencia a reglas y principios (y a los subtipos de cada uno), es cómo está compuesto el antecedente. Veamos cada uno de ellos con mayor detalle.

Llaman reglas de acción a todas aquellas normas cuyo consecuente consiste en una acción deónticamente modalizada y su antecedente está compuesto por un caso genérico «cerrado», es decir, el caso genérico está compuesto por propiedades que, conjuntamente, operan como condición suficiente para el consecuente. En este sentido, operan como normas hipotéticas que se rigen por el refuerzo del antecedente y el *modus ponens*.

Llaman reglas de fin a todas aquellas normas cuyo consecuente consiste en una actividad deónticamente modalizada y su antecedente está compuesto por un caso genérico «cerrado».

---

[705] La distinción entre ambos tipos de consecuentes ha sido y sigue siendo muy debatida (en específico, si es una distinción exhaustiva y excluyente o si son expresiones intercambiables de una misma prescripción). Sobre este punto, la diferencia entre ambos tipos de consecuentes y las razones lógico-filosóficas para la distinción ha sido analizada con profundidad en Von Wright, 1981, pp. 409 y ss. Asimismo, ver Hilpinen, 2016, González Lagier, 2007, González Lagier, 2001, p. 60. González Lagier, 1997. De forma crítica a esta distinción ver Ratti, 2013a, pp. 166 y ss. Para los efectos del presente apartado asumiré que podemos diferenciar entre ambos tipos de conscuente (por lo menos algunas normas que prescriben acciones no pueden ser traducidas en normas que prescriben estados de cosas y viceversa).

[706] Tomando en cuenta el consecuente, las normas prescriptivas en Atienza y Ruiz Manero pueden diferenciarse como normas de acción o normas de fin. Las normas de acción exigen un cumplimiento pleno (como veremos más adelante, estas pueden expresarse como reglas de acción o como principios en sentido estricto). En cambio, las normas de fin admiten un cumplimiento gradual (pueden expresarse como reglas de fin o como directrices).

Laman principios en sentido estricto a todas aquellas normas cuyo consecuente consiste en una acción deónticamente modalizada y su antecedente está compuesto por un caso genérico «abierto». Como bien ha precisado Ruiz Manero[707], esta caracterización del antecedente expresa dos representaciones diferentes: i) si vemos los principios por sí solos (esto es, sin tomar en cuenta su relación con otros principios), entonces expresan una norma categórica. Ello quiere decir que el caso genérico está determinado por el contenido del consecuente, es decir, son aplicables cada vez que se da oportunidad de realizar la acción modalizada[708]; y ii) si vemos los principios en relación con otros principios[709], entonces expresan una norma condicional con el antecedente debilitado. En este supuesto, el caso genérico carece de regla de clausura de propiedades, es decir, está compuesto por condiciones no suficientes para el consecuente[710].

Cabe resaltar que estas dos formas de entender la expresión «abierto» no son equivalentes entre sí, sino que expresan tesis diferentes sobre las normas. Sobre este punto volveré más adelante (ver el subapartado 2.1.3.b).

Llaman directrices a todas aquellas normas cuyo consecuente consiste en una actividad deónticamente modalizada y su antecedente está compuesto por un caso genérico «abierto»[711].

---

[707] Ruiz Manero, 2010, p. 111-12. Ruiz Manero, 2008, p. 151. Cabe anotar que esta precisión sobre los sentidos de «abierta» en la presentación fue introducida a partir de una crítica formulada por Ratti. Ver Ratti, 2013a, pp. 162 y ss.

[708] Atienza y Ruiz Manero, 2000, p. 16. En otros términos, las condiciones de aplicación son dependientes del contenido del consecuente y son determinados por implicación. Ródenas, 2015, p. 17. Ruiz Manero, 2008, p. 151.

[709] Dado que los principios carecen de un antecedente especificado, ello supone que una circunstancia suele estar regulada por dos principios que prescriben acciones (o estados de cosas en el supuesto de directrices) conflictivas entre sí (Álvaro Núñez Vaquero explica este punto diciendo que «los principios suelen salir a cazar en parejas»).

[710] Sobre este punto ver Cap. II.3,3.3. y Cap. III.4.

[711] Cada tipo de norma prescriptiva posee una estructura diferente (para mayor detalle y precisión sobre el contenido de la discusión sobre la estructura de normas ver Cap. III.2. Sobre este punto cabe anotar que discutir sobre la estructura de una norma es una manera de afinar, con mayor grado, el concepto (o los conceptos) de norma que se está empleando. La representación estructural (así como su presentación mediante un lenguaje formalizado), es una forma satisfactoria de poner de relieve determinadas características consideradas más relevantes por sobre las demás, y es un medio para analizar de mejor manera qué es lo que se está diciendo y las consecuencias de ello. En especial en el presente caso, pues permite precisar y enfocar la atención en aquellos aspectos que se sostiene diferencia entre tipos de normas y verificar si son distinciones adecuadamente construidas o no. Este punto se demuestra con las diferentes posturas que han tomado los autores de las teorías principalistas del Derecho. Como bien ha mostrado Alonso (ver Alonso, 2018, pp. 247 y ss.), la idea de principios ha sido entendida como una versión debilitada de cada uno de los componentes de las normas condicionales. En extrema síntesis:

El criterio estructural, como podemos ver, pone de relieve que, para Atienza y Ruiz Manero, la diferencia entre reglas y principios radica en cómo ha sido identificado el antecedente de las normas. En este sentido, llaman principios a las normas con un antecedente abierto (condiciones de aplicación de la norma prescriptiva no están especificadas) y reglas a las normas con un antecedente cerrado (condiciones de aplicación de la norma prescriptiva están especificadas y son suficientes para que siga el consecuente)[712].

b. Criterio de razones para la acción

Atienza y Ruiz Manero consideran que con la distinción entre reglas y principios proporcionamos diferentes tipos de razones para la acción[713]. En extrema síntesis, bajo esta aproximación, se sostiene que las normas prescriptivas ofrecen razones justificativas para realizar u omitir una acción. Entre estas razones se pueden producir conflictos, es decir, que esté justificado realizar y omitir una acción. En este este tipo de supuestos necesitamos una razón de segundo orden que justifique entre cuál de estas razones justificativas debe, todos los aspectos relevantes considerados, debe emplear el destinatario.

En este punto es pertinente diferenciar entre razones perentorias y no perentorias. Una razón no perentoria es una razón para realizar o no realizar una acción, pero que no determinan la decisión (es una razón solo de primer nivel). En cambio, una razón perentoria determina por sí misma el curso de acción (es una razón de primer nivel y una

1. Principios como normas con el antecedente debilitado (por ejemplo, Atienza y Ruiz Manero).
2. Principios como normas con el consecuente debilitado (por ejemplo, la tesis de entender los consecuentes como mandatos de optimización de Robert Alexy); o
3. Principios como normas con la conectiva (que une el antecedente con el consecuente) debilitada (por ejemplo, Carlos Alchourrón al emplear normas condicionales derrotables que en términos formales se expresa como p>Oq). Sobre esta forma de representación precisaré en Cap. III.4.

Cada una de estas representaciones estructurales pretende poner de relieve ideas diferentes sobre qué tipo de norma son los principios. Sobre este punto, como señalé al inicio del subapartado, no profundizaré por escapar a los objetivos de esta investigación. Para una reconstrucción del uso de las diferentes versiones de la distinción entre reglas y principios para representar derechos humanos ver Rábanos, 2019.

[712] Atienza y Ruiz Manero, 1996, p. 9. Atienza y Ruiz Manero, 2000, pp. 18-19. Atienza, 2013, p. 301.

[713] Atienza y Ruiz Manero, 1996, pp. 12-14.

razón de segundo nivel que justifica que se debe seguir, entre muchas opciones, esta razón)[714].

Bajo este criterio, llaman reglas de acción a las normas que ofrecen: i) razones perentorias, esto es, a la conjunción de una razón para la acción de primer nivel (prescribe lo que debe o no debe hacerse) y una razón de segundo nivel (excluye cualquier deliberación de los destinatarios sobre posibles cursos de acción a realizar)[715]; ii) razones que son independientes de su contenido, lo que quiere decir que los destinatarios deben seguirlas debido a su fuente (por ser producto de una autoridad normativa) y no por el contenido de la prescripción; y iii) el destinatario de la regla debe ejecutar el contenido del consecuente sin importar las consecuencias que ello pueda generar.

Llaman reglas de fin a normas que ofrecen tanto razones perentorias como independientes de su contenido. A diferencia de las reglas de acción, este tipo de reglas traslada a los destinatarios la responsabilidad de las consecuencias de su conducta. Ello quiere decir que si el destinatario es un agente que toma decisiones de ejecución (por ejemplo, un funcionario de Administración Pública), estas normas dan discrecionalidad en la selección de medios para producir el estado de cosas deseado. En cambio, si el destinatario es un agente que controla el cumplimiento de normas (por ejemplo, un juez), estas normas le dan control del grado de materialización del estado de cosas prescrito[716].

Llaman principios en sentido estricto a las normas que ofrecen: i) razones para la acción de primer nivel, en tanto ofrecen razones justificativas para realizar u omitir un acto (no son razones perentorias, es decir, no eliminan la deliberación, sino que forman parte de la deliberación sobre qué se debe hacer); y ii) razones que operan como criterios de corrección, es decir, funcionan como razones últimas dentro de la deliberación.

Llaman directriz a normas que ofrecen: i) razones para la acción de primer nivel en tanto ofrecen razones justificativas para alcanzar un determinado estado de cosas; y ii) razones

[714] Atienza, 2013, p. 280. Moreso, 2001, pp. 137-38. Esta característica da cuenta de la fuerza de las razones, es decir, del peso que puede tener una razón para determinar la acción a realizar. Cabe anotar que una razón perentoria o no perentoria, además, puede ofrecer un tipo de fuerza absoluta (prevalece sobre cualquier otra razón) o *pro tanto* (si la razón compite con otra, esta puede ser superada siempre que la otra tenga más peso o más fuerza, sin que ello implique perder relevancia).
[715] Ver para mayor detalle Atienza y Ruiz Manero, 2012, p. 239.
[716] Atienza, 2013, p. 167.

que operan como razones utilitarias, es decir, justifican dentro de la deliberación que la consecución de un determinado fin es deseable[717].

Ahora bien, cabe hacer tres precisiones. En primer lugar, los principios en sentido estricto y las directrices exigen diferentes tipos de deliberación para guiar la conducta. En el caso de los principios en sentido estricto, la deliberación es sobre qué principio debe prevalecer sobre otros también concurrentes y en conflicto en un determinado caso. En el caso de las directrices, la deliberación es sobre el diseño del conjunto de medidas que logren la satisfacción, en el mayor grado de posibilidades, de todos los estados de cosas deseados[718]. Si concurren en una deliberación de manera conflictiva un principio en sentido estricto y una directriz[719], los autores consideran debe, en toda circunstancia, prevalecer el principio en sentido estricto por ser un valor último[720].

En segundo lugar, siguiendo a Moreso[721], la estructura de las normas nos permite expresar cómo un tipo de normas operan como razones perentorias o no perentorias. Caracterizar el antecedente de las reglas como cerrado es una forma de decir que la norma expresa una

---

[717] En términos de Atienza: «las reglas son, básicamente, razones independientes del contenido, razones formales o autoritativas; mientras que los principios son, esencialmente, razones dependientes del contenido, razones sustantivas que, a su vez, pueden ser de corrección (los principios en sentido estricto) o de fin (las directrices)». Atienza, 2013, p. 281.

[718] Sobre este punto Ruiz Manero, 2008, p. 176.

[719] De manera precisa podemos tener tres situaciones de conflicto diferentes:

1. Conflicto entre principios en sentido estricto. El aplicador del derecho, por medio de una ponderación entre ellos, crea una regla de acción que especifique cuál de estos prevalece en una determinada circunstancia.
2. Conflicto entre directrices. El aplicador del derecho, por medio de una ponderación entre ellos, crea reglas (de acción o de fin, dependiendo del caso) que determinan cómo deben comportarse los destinatarios para alcanzar el estado de cosas deseado.
3. Conflicto entre un principio en sentido estricto y una directriz. El aplicador del derecho, por medio de una ponderación entre ellos, crea reglas que refleje, o bien como la directriz coadyuvó a una mejor comprensión del contenido del principio (precisó su alcance), o bien como alcance de la directriz fue reducido (se exceptuó su alcance).

Aienza, 2006, p. 169.

[720] La distinción entre principios en sentido estricto y directrices entre valores últimos y valores utilitarios ha sido presentada por Ruiz Manero, con mayor claridad, en términos de producción y distribución de bienes. Al señalar «valores utilitarios» estos autores expresan un mandato de aumentar la producción (o que se inicie la producción) de un determinado bien (expresado en el consecuente de la norma), a efectos de que su monto global aumente. En cambio, al señalar «valores últimos» expresan un mandato que un determinado bien debe ser distribuido igualitariamente a todos sus destinatarios. De esta forma, sostener que un principio en sentido estricto debe siempre prevalecer sobre una directriz es una manera de afirmar que todos debemos ser tratados de la misma manera en determinados aspectos y que tal exigencia prevalece sobre cualquier mandato de maximización de producción de determinados bienes. Esto supone, como bien afirma Ruiz Manero, que detrás de esta forma de presentar la distinción entre tipos de principios se está expresando una ideología individualista igualitaria. Ruiz Manero, 2008, p. 177.

[721] Moreso, 2001, p. 138. Para reconstrucción alternativa de este punto ver Alonso, 2010, pp. 168-71.

razón perentoria (restringe la deliberación sobre su alcance)[722]. En cambio, caracterizar el antecedente de los principios como abierto es una forma de decir que la norma expresa una razón no perentoria (requiere deliberación para determinar su alcance).

En tercer lugar, cabe precisar que los principios (sean estos principios en sentido estricto o directrices), pueden ser principios explícitos o implícitos, en función de si son razones independientes o dependientes de su contenido, respectivamente[723]. Llaman principios explícitos a aquellos principios que son razones para la acción debido a su origen (esto es, son razones por ser prescripciones dadas por una autoridad normativa). En cambio, llaman principios implícitos a aquellos principios que son razones para la acción debido su contenido, esto es, por ser coherentes en relación con reglas y principios explícitos.

Como podemos ver, la distinción entre reglas y principios considerando el tipo de razón para la acción que ofrecen, permite poner de relieve que las normas prescriptivas que son reglas tienen el efecto de clausurar o impedir la deliberación del destinatario respecto a cómo comportarse. En cambio, los principios tienen el efecto contrario: ofrecen razones a ser tomadas en cuenta en una deliberación (y también para empezar una deliberación) y deben ser ponderadas entre sí para determinar qué curso de acción se debe tomar[724].

c. Criterio basado en conexión con intereses y relaciones de poder

Atienza y Ruiz Manero consideran que con la distinción entre reglas y principios expresamos diferentes formas en que el derecho articula intereses de los destinatarios y crea estructuras de poder entre ellos. Con base en tal criterio, presentan la siguiente caracterización de los diferentes tipos de normas[725]:

Llaman reglas de acción a las normas que: i) imponen deberes positivos y negativos, de manera que se limita la persecución de determinados intereses; y ii) no exigen una ponderación de intereses.

[722] Esta forma de expresarse da cuenta de una idea similar a la de Schauer al caracterizar las normas atrincheradas, esto es, como normas respecto de las cuales no cabe averiguación o reflexión sobre sus propósitos, sino que se aplican cada vez que el caso individual sea una instanciación del caso genérico. Como hemos visto en Cap. II.3,3.3.
[723] Atienza y Ruiz Manero, 1996, pp. 13-14, 24. Atienza, 2013, p. 280.
[724] Atienza y Ruiz Manero, 2000, p. 19.
[725] Atienza y Ruiz Manero, pp. 15-19, 178 y ss.

Llaman reglas de fin a las normas que: i) imponen deberes positivos y negativos, de manera que se limita la persecución de determinados intereses; y ii) otorgan discrecionalidad de medios para alcanzar el estado de cosas deseado.

Llaman principio en sentido estricto a las normas que: i) limitan la persecución de determinados intereses; y ii) exigen que se pondere entre intereses, pero no da discrecionalidad sobre los medios disponibles para realizar una determinada acción.

Llaman directrices a las normas que: i) se satisfacen cierto tipo de intereses sociales; y ii) exigen que se pondere entre intereses y ofrecen discrecionalidad sobre los medios disponibles para alcanzar un estado de cosas deseado.

Este criterio, como podemos ver, pone de relieve los efectos que posee regular la conducta con reglas o principios sobre las posibles pretensiones que pueda ofrecer cada individuo dentro de la sociedad. Sobre este criterio no profundizaré por ser una aproximación a la discusión que no forma parte del objetivo de esta investigación.

d. Criterio valorativo

A partir de los trabajos de Atienza y Ruiz Manero, considero que podemos construir un cuarto criterio de distinción entre reglas y principios basado en cómo se relacionan las normas prescriptivas con los juicios de valor que las justifican. Los autores han sostenido que la creación de normas prescriptivas resulta luego de que las autoridades normativas competentes para crearlas han adoptado un determinado juicio de valor, es decir, han considerado que está justificado prescribir de una determinada manera una acción o estado de cosas[726]. Estos juicios de valor pueden expresar, como hemos visto líneas atrás, valores últimos o valores utilitarios.

[726] Atienza y Ruiz Manero, 2000, p. 134. En este sentido, como bien precisan, se pueden realizar tres tipos de juicios de valor sobre acciones o estados de cosas: i) atribuir valor positivo, de manera que se considera justificado que se realice la acción o fomentar la materalización del estado de cosas; ii) atribuir valor negativo, de manera que se considera injustificado que se realice la acción o el fomento de la materizalización del estado de cosas; o iii) se considere que no hay razones suficientes para considerar justificado o injustificado que se realice la acción o se fomente la materialización del estado de cosas. Atienza y Ruiz Manero, 1996, p. 137.

En extrema síntesis, los autores sostienen, por un lado, que hay supuestos en los que se considera que una determinada acción es valiosa por sí misma, sin importar las consecuencias que pueda producir. Por el otro lado, hay supuestos en los que se considera que ciertas acciones o estados de cosas son valiosos, pero lo son porque tenemos un criterio de valoración (un valor último) que nos permite juzgar sus consecuencias como valiosas[727].

Con base en esta distinción, ellos señalan que podemos diferenciar entre tipos de normas prescriptivas a partir del tipo de valor que incorporan[728]. En este sentido, la distinción entre reglas y principios se sostiene, además, por el tipo de valor que la justifican[729]. Veamos este punto con más detalle.

Llaman principios en sentido estricto a las normas que expresan juicios de valor últimos. En este sentido, su identificación y aplicación supone una justificación última, pero no concluyente. Ello se debe a que, para una misma acción, es posible que sean aplicables más de un principio en sentido estricto y en conflicto entre sí, por lo que será necesario ponderarlos para determinar cual, todo considerado, debe aplicarse por tener más peso o ser preferido.

Llaman directrices a las normas que expresan juicios de valor utilitarios. De este modo, ofrecen una justificación sujeta a valores finales y de forma no concluyente.

Las reglas, bajo este criterio, se muestran como concretizaciones del tipo de circunstancias en las que cada principio (tanto principios en sentido estricto como de las directrices) es aplicable (son resultados de ponderaciones)[730]. En otros términos, las reglas operan como normas que especifican las circunstancias en las que un determinado juicio de valor de la autoridad normativa debe ser aplicable para guiar la conducta[731].

---

[727] Atienza y Ruiz Manero, 1996, p. 138.
[728] Atienza y Ruiz Manero, 2000, pp. 21-22.
[729] Atienza y Ruiz Manero, 1996, p. 140. Atienza y Ruiz Manero, 2001, p. 121. Sobre este punto cabe señalar que según Atienza y Ruiz Manero «la diferencia entre juicios de valor y las normas es, en todo caso, una cuestión de grado o de énfasis». Atienza y Ruiz Manero, 1996, p. 134. Este punto no resulta del todo claro, pero no profundizaré sobre dicho aspecto por escapar al objetivo del presente subapartado. Al respecto ver Moreso, 2001, pp. 176-77.
[730] Atienza y Ruiz Manero, 2000, p. 22.
[731] Atienza y Ruiz Manero, 2000, p. 124.

De esta forma, llaman regla de acción a las normas que especifican las condiciones de aplicación de los juicios de valor contenidos en los principios en sentido estricto que priman en una ponderación. Asimismo, llaman regla de fin a las normas que especifican las condiciones de aplicación de los juicios de valor contenidos en las directrices que priman en una ponderación[732].

Cabe precisar que la estructura de las normas nos permite expresar que un tipo de normas concretizan un tipo de valor u otro y la forma en que lo hacen. Caracterizar el antecedente de las reglas como cerrado es una forma de representar que la norma expresa, de manera específica, todas aquellas circunstancias en las que un determinado juicio de valor guía la conducta. En cambio, caracterizar el antecedente de los principios como abierto es una forma de representar que la norma expresa un valor último o utilitario que requiere ser evaluado a efectos de determinar cómo el destinatario debe comportarse.

ii. Ilícitos y lícitos atípicos

De acuerdo con lo visto, la regulación de la conducta se puede realizar mediante reglas o principios. Al momento de calificar normativamente una acción, el aplicador del derecho puede crear situaciones de conflicto dependiendo de cómo identifique reglas y principios a partir del material jurídico. Al respecto, en el presente subapartado voy a analizar, de manera breve, los casos de conflicto entre reglas y principios a los cuales Atienza y Ruiz Manero denominan ilícitos y lícitos atípicos.

Previo a esta labor, es pertinente poner de relieve algunos aspectos analizados en el subapartado anterior. Como hemos visto la aplicabilidad de cada tipo de norma prescriptiva depende de la composición del caso genérico contenido en su antecedente. Así, las reglas son aplicables cada vez que un caso individual sea una instanciación del caso genérico (por tanto, estas se aplican por subsunción). Los principios son aplicables, como hemos visto, cada vez que haya oportunidad para ejecutar la acción o estado de cosas que prescriben[733]. Para determinar qué principio es, todo considerado, aplicable a

[732] En términos de Atienza y Ruiz Manero: «la "vocación" de los principios -si se puede hablar así- es dar lugar a reglas (legislativas o jurisprudenciales); y las reglas se justifican por su adecuación con los principios». Atienza y Ruiz Manero, 2000, p. 20.
[733] Los problemas de esta caracterización serán analizados en el siguiente subapartado.

una acción es necesario ponderar todos los principios aplicables y crear una regla. Para los efectos de este subapartado, es pertinente resaltar dos aspectos de esta idea: por un lado, bajo esta aproximación el sistema normativo a nivel de principios es completo, es decir, ofrecen guía de conducta para toda acción o estado de cosas posible[734]. Por el otro lado, las reglas son medios que especifican las condiciones de aplicación del resultado de una ponderación entre principios.

Ahora bien, ¿cómo podemos calificar que las acciones de los destinatarios son conformes a las normas prescriptivas? Estos autores denominan «actos ilícitos» a todas aquellas acciones que son contrarias a una norma prescriptiva. Estos pueden ser de dos tipos: i) actos ilícitos típicos, esto es, actos contrarios a una regla; o ii) actos ilícitos atípicos, esto es, actos contrarios a un principio[735]. En correspondencia, por «actos lícitos» denominan a todas aquellas acciones que son conformes a una norma prescriptiva. Estos pueden ser de dos tipos: i) actos lícitos típicos, esto es, actos conforme a una regla; o ii) actos lícitos atípicos, esto es, actos conforme a un principio[736]. De todos estos me concentraré, con mayor detalle, en los supuestos de ilícitos atípicos y lícitos atípicos.

a. Ilícitos atípicos

Una conducta contraria a un principio puede producirse en dos supuestos diferentes: i) la conducta no estaba regulada por una regla, es decir, es un caso de laguna normativa a nivel de reglas, pero su realización es contraria a un principio; o ii) la conducta estaba regulada por una regla, pero tal regulación es considerada injustificada debido a que se opone a un principio, es decir, es un caso de laguna axiológica a nivel de reglas[737]. Veamos cada uno de ellos.

---

[734] Sobre este punto ver lo señalado en Cap. II.3,3.2 y Cap. II.3,3.4.

[735] De manera más precisa el enunciado «acciones son contrarias a una norma prescriptiva» es entendido en uno de estos dos sentidos (dependiendo de caso analizado): o bien realizar una acción que es incompatible con una norma de acción (por ejemplo, un supuesto en el que la norma prohíbe hacer X y el agente hace X); o bien que las consecuencias de las acciones generan un estado de cosas incompatible con el estado de cosas prescripto (por ejemplo, un supuesto en el que la norma prescriba alcanzar el máximo grado de Z y el agente produce resultados que debilitan Z o imposibilitan Z). Sobre este punto Atienza y Ruiz Manero, 2000, p. 24. Atienza y Ruiz Manero, 2012, pp. 243-44.
que realiza una acción incompatible con la prescrita en el consecuente de la norma prescriptiva.

[736] Esta misma idea ha sido formulada (pero no desarrollada con el mismo grado de claridad) en Sartor, 1995, pp. 142-144., Hage y Peczenik, 2000. Para un interesante análisis sobre los vínculos conceptuales de la noción de ilicitud en Atienza y Ruiz Manero y en Kelsen ver Ataoglu, 2020.

[737] Atienza y Ruiz Manero, 2000, pp. 27, 244. Cabe precisar que en los casos de laguna axiológica a nivel de reglas ellos se expresan en términos de un conflicto de una regla que prevé un permiso con un principio.

En primer lugar, estamos frente a un supuesto de ilicitud atípica en los casos en que una acción no esté regulada a nivel de reglas, esto es, no hay ninguna regla que contenga en su antecedente el tipo de acción que se está analizando[738], y su realización es contraria a un principio. Esto se puede producir por una especificación insatisfactoria de los resultados de una ponderación en el antecedente de una regla, o por no haber creado una regla que regule dicha conducta. Frente a estos supuestos, sostienen los autores, se pueden realizar dos operaciones argumentativas para resolver la ilicitud dependiendo del caso no regulado por reglas que se esté resolviendo.

Por un lado, podemos estar frente a un supuesto en el que, al momento de crear el antecedente de la regla, se dejó de lado, indebidamente, una propiedad. Como hemos visto, las reglas especifican los resultados de una ponderación entre principios, lo que supone seleccionar un conjunto finito de propiedades y necesariamente haber dejado de lado otras propiedades. Puede generarse el supuesto que identifiquemos un caso individual no regulado por reglas que, en relación con la ponderación entre principios, debería estar incluido dentro del alcance.

Para solucionar este tipo de ilícito atípico, el aplicador del derecho recurre al argumento de la analogía *legis*. De acuerdo con este, debido a la similitud entre un caso no regulado por reglas y un caso regulado por reglas, se crea una nueva regla que incluya una mejor especificación de la ponderación, esto es, que extienda el alcance de la regla a efectos de incluir el caso no regulado[739].

Por otro lado, podemos estar frente a un caso no regulado respecto del que no sea posible realizar una analogía *legis*. En estos supuestos, el aplicador del derecho recurre al argumento de analogía *iuris*. De acuerdo con esta, se realiza una ponderación entre los

Atendiendo a lo que se expondrá sobre lícitos atípicos (conflicto entre una regla prohibitiva con un principio), considero que no deja de ser una reconstrucción caritativa presentar las propuestas de estos autores entendiendo esta noción como un conflicto entre cualquier tipo de regla con un principio.

[738] Como ya hemos visto en apartados anteriores, este sería un caso de permiso débil, es decir, la conducta se entiende permitida en el sentido que no hay una regla que la prohíba.

[739] Atienza y Ruiz Manero, 2000, p. 28.

principios aplicables a efectos de crear una nueva regla que permita resolver el problema normativo[740].

En segundo lugar, estamos frente a un supuesto de ilicitud atípica en los casos en que una acción está regulada por una regla permisiva, facultativa u obligatoria, pero lo hace de manera insatisfactoria. De manera más precisa, se considera insatisfactoria por no haber introducido una distinción en el antecedente que, conforme a la ponderación entre principios aplicables a la acción, debió haber sido prevista[741]. Atienza y Ruiz Manero presentan este tipo de supuestos como casos de conflictos entre un tipo de reglas y principios.

Este tipo de ilícito atípico de lo que da cuenta es de haber especificado el antecedente de una regla de manera incoherente con los principios que forman parte del derecho: una propiedad ha sido normativamente mal calificada. En estos casos, los autores sostienen que el intérprete, lo que debe hacer para resolver este conflicto es adecuar la regla a los principios. Ello quiere decir que han de crear una nueva regla que prevea en su antecedente la distinción requerida por los principios, esto es, excluir la propiedad mal calificada del alcance de la regla.

Según la propuesta de estos autores, al momento de crear una regla (como resultado de una especificación de una ponderación entre principios) el antecedente solo puede ser creado tomando en cuenta un conjunto limitado de circunstancias presentes o imaginables. Si en la práctica ocurriese una circunstancia no anticipada al momento de crear la regla, entonces se requerirá evaluarla conforme a los principios (se deberá ponderar para determinar cómo debería ser normativamente calificada) a efectos de determinar si está justificado o no que continúe siendo normativamente irrelevante[742]. Un resultado posible de la ponderación puede ser que dicha propiedad debería ser considerada relevante, es decir, que la identificación del antecedente no es conforme a los

[740] Atienza y Ruiz Manero, 2000, p. 28. Sobre el uso del argumento analogía *legis* y *iuris* en materia de identificación y aplicación de precedentes ver Núñez Vaquero, 2020, p. 98.
[741] Atienza y Ruiz Manero, 2000, pp. 61-63. Atienza y Ruiz Manero, 2012, p 244.
[742] Un argumento similar ha sido analizando en Cap. II.3,3.3. Como hemos visto, una propiedad no prevista en el antecedente de una norma es, descriptivamente, irrelevante. Ello quiere decir que su presencia o ausencia no modifica la consecuencia que se deba seguir de la norma aplicable al caso.

principios que justifican la norma u otros principios que forman parte del derecho y con los que, también, debería ser coherente.

En otros términos, están señalando que hay tipos casos regulados por reglas de manera valorativamente insoportable[743]. A efectos de resolver este problema, es necesario modificar la calificación normativa de este tipo de casos, lo que supone: i) crear una nueva norma cuyo antecedente incluya una nueva propiedad en relación conjuntiva con las anteriores, a efectos de reducir el alcance de la norma (esto varía el estatus deóntico del tipo de caso: pasó de estar regulado por la norma a no estar regulado por la norma); y ii) crear una nueva regla que regule el tipo de caso discutido de manera conforme a la ponderación entre principios aplicables.

Este tipo de ilícito atípico se puede manifestar de diferentes formas en la práctica jurídica. De todas estas, los autores seleccionaron y precisaron tres supuestos que, usualmente, están previstos en los derechos positivos: abuso de derecho, fraude de ley, y desviación de poder[744]. Señalan que estos tres escenarios, señalan, son ejemplos de una «institucionalización de la derrotabilidad»[745] en la práctica jurídica, esto es, supuestos de conflicto entre reglas y principios que los sistemas normativos positivos suelen prever y regular que los aplicadores del derecho deben resolver a favor de los principios.

b. Lícitos atípicos

[743] Como hemos visto en el subapartado anterior, los principios operan como criterios de corrección (valorativa) de acciones como de reglas. Una regla discordante, según estos autores, es una regla valorativamente indeseable. Sobre este punto en particular ver Atienza y Ruiz Manero, 2012, p. 244 y Ruiz Manero, 2011, p. 116.

[744] Sobre el tipo de regla y tipo de principio que entran en conflicto en cada uno de estos supuestos no profundizaré en esta investigación, pues escapa a los objetivos perseguidos. Sin perjuicio de ello, cabe poner de relieve un paralelismo entre la propuesta de Schauer sobre cómo entender el abuso de derecho con la de los autores españoles. Schauer sostuvo que la noción de abuso de derecho es una forma de expresar una presunta protección de una acción bajo el alcance de un derecho, pero que se desvanece luego de que verifica y se resuelve un caso de derrotabilidad externa (conflicto entre las razones subyacentes de la norma y las razones subyacentes de otra norma que también forma parte del sistema jurídico). Schauer, 1981b, p. 230. En Atienza y Ruiz Manero, un ilícito atípico estaría expresando un supuesto de experiencia recalcitrante supraincluyente a nivel las reglas en relación con los principios que la justifican. Este paralelismo es una muestra de que la idea de ilícitos atípicos da cuenta de problemas y soluciones similares a los de resolver una experiencia recalcitrante en la terminología de Schauer. Sobre este punto (y sus conexiones con la noción de laguna axiológica en Alchourrón y Bulygin), profundizaré más adelante.

[745] Atienza y Ruiz Manero, 2012, p.252, Ruiz Manero, 2011, p. 116. Atienza y Ruiz Manero, 2009, p. 115.

Por licitud atípica entienden aquellos supuestos en los que una determinada conducta está regulada por una regla prohibitiva, pero se encuentra facultada, permitida u obligada conforme a la ponderación de principios aplicables. Como podemos ver, estamos nuevamente ante un caso de conflicto entre reglas y principios que se resuelve variando la calificación deóntica de dicha conducta. Al respecto, los autores señalan tres posibles supuestos de lícitos atípicos:

En primer lugar, una conducta está prohibida por una regla, pero si consideramos la ponderación que justificó la creación de la regla, esta no debió haberse prohibido. En este tipo de casos, los autores sostienen que la regla no ha sido adecuadamente identificada: si especificamos adecuadamente el antecedente, se podrá mostrar que dicho caso queda fuera de su alcance[746]. Como podemos ver, los autores en este punto están señalando que las reglas deben ser tratadas como transparentes a la ponderación que justificó su creación.

Un ejemplo de este tipo de supuesto y solución es el famoso caso de la prohibición de dormir en estaciones de tren propuesto por Fuller[747]. Supongamos una regla de acción que señala «prohibido dormir en la estación bajo pena de multa». Sucede que una persona, mientras esperaba un tren que llegaba con retraso, se quedó dormida brevemente en el andén. ¿Su conducta es subsumible dentro del alcance de esta regla? Si asumimos que esta regla ha sido creada para evitar que las estaciones de tren se conviertan en residencias nocturnas para personas que carecen de techo por sobre otro principio o directriz, entonces la regla debe ser entendida de tal manera que el caso del sujeto que se quedó dormido de manera no intencional no se encuentre dentro de su alcance de la regla.

En segundo lugar, una conducta está prohibida conforme a la regla y a la ponderación de principios que justificó la creación regla, pero no debería estarlo conforme a otro principio del derecho. En este tipo de casos, si este otro principio posee mayor peso para regular dicha conducta, entonces debemos modificar el alcance de la regla para excluirla de la prohibición[748].

[746] Atienza y Ruiz Manero, 2000, p. 115. Atienza y Ruiz Manero, 2012, p. 248.
[747] Sobre este caso ver lo señalado en Cap. II.3,3.4.
[748] Atienza y Ruiz Manero, 2000, p. 116. Atienza y Ruiz Manero, 2012, p. 248.

A diferencia del supuesto anterior, el cambio de regla no se debe a una especificación más perfecta de su justificación (el resultado de la ponderación entre principios), sino a efectos de que en el antecedente se especifique tanto su justificación como este otro principio. Los autores denominan a este supuesto un caso de introducción de una excepción[749].

Un ejemplo de este tipo de supuesto y solución es el famoso caso de la prohibición de aparcar vehículos en el parque de Hart. Supongamos una regla de acción que señala «prohibido aparcar vehículos en el parque bajo pena de multa». Sucede que una persona tiene una emergencia médica severa dentro del parque, para lo cual es necesario que sea trasladada en una ambulancia a un hospital a efectos de preservar su salud y, posiblemente, su vida. Ante ello una ambulancia se aparca para poder realizar adecuadamente su labor. ¿La conducta del chofer de la ambulancia es subsumible dentro del alcance de esta regla? No lo debería estar si asumimos que el principio que prevé el deber del personal médico de preservar la salud de quienes tienen una emergencia médica tiene mayor peso (tienen una preferencia a favor de este principio por sobre la justificación de la regla prohibitiva).

En tercer lugar, una conducta está prohibida por una regla y ello refleja la ponderación de principios que justificó la creación regla, pero en un grado tan bajo que la prohibición debe ser considera injustificada. En estos supuestos, señalan Atienza y Ruiz Manero, si hay principios que permitan la conducta, entonces esa conducta ha de ser «tolerada»[750].

Un ejemplo de este tipo de supuesto y solución es el ejercicio del principio de insignificancia en el derecho penal: la levedad del daño causado por un ilícito típico penal no es suficiente para activar la maquinaria institucional e ir contra el presunto delincuente. En atención a ello, la conducta queda sin aplicación del tipo penal[751].

[749] Como podemos ver, Atienza y Ruiz Manero están proponiendo una distinción entre fuera del alcance y excepción similar a la analizada en el apartado anterior de esta investigación: i) la exclusión de un tipo de caso por razones que respaldan la norma prescriptiva se entenderá que son casos que están fuera de su alcance; y ii) la exclusión de un tipo de caso por razones que no respaldan la norma prescriptiva se entenderá que son casos exceptuados. Ver Cap. II.3, 3.5.
[750] Atienza y Ruiz Manero, 2000, p. 122.
[751] Atienza y Ruiz Manero, 2012, p. 248.

Tomando en cuenta los supuestos de ilícitos y lícitos atípicos, Atienza y Ruiz Manero propusieron que para una adecuada comprensión de los diferentes tipos de normas prescriptivas era pertinente analizarlas, en su conjunto, como una estructura de dos niveles: i) nivel de las reglas, que establece las condiciones de aplicación de los balances entre principios; y ii) el nivel de los principios, que expresa los valores y directivas incorporados en el derecho. El nivel de las reglas está justificado en el nivel de los principios y el nivel de los principios se aplica a casos individuales por medio de su especificación en reglas. En la relación entre ambos niveles, podemos identificar supuestos de conflicto en los que las reglas guían la conducta «cuando el resultado de aplicar la regla resulta inaceptable a la luz de los principios del sistema que determinan la justificación y el alcance de la propia regla»[752]. Estos supuestos se resuelven, como hemos visto, modificando la regla.

iii. Problemas de la distinción entre reglas y principios

La propuesta de Atienza y Ruiz Manero ha sido muy discutida desde su publicación. En el presente subapartado reconstruiré, brevemente, dos de las principales críticas que se le han formulado y que han conducido a estos autores proponer precisiones y variaciones significativas.

a. Irrelevancia de las reglas

Como bien ha resumido Ruiz Manero, bajo su propuesta las reglas dejan de guiar la conducta en tres casos[753]: i) aplicación de la regla a un caso individual no esté respaldada por el balance de principios que justificó la creación de la regla; ii) la aplicación de la regla esté respaldada por el balance entre principios, pero concurre otro principio (con mayor peso), que no respalda su aplicación y que exige una solución normativa contraria o contradictoria; o iii) la aplicación de la regla esté respaldada de manera ínfima por el balance entre principios. Considerados estos supuestos, ¿puede sostenerse una distinción conceptual entre reglas y principios?

[752] Atienza y Ruiz Manero, 2000, p. 124. Ródenas, 1998, pp. 118-120.
[753] Ruiz Manero, 2008, p. 152, pie de pág. 7.

Como bien ha señalado Bruno Celano, la noción de ilicitud y licitud atípicas nos muestra que, bajo la propuesta de Atienza y Ruiz Manero las reglas no tienen un rol directivo de la conducta sus destinatarios. Este autor sostiene que la conformidad o disconformidad de una conducta con el derecho se determina por la ponderación entre principios, no por la aplicabilidad de una regla. Si esto es así, entonces las reglas no operan como razones perentorias ni pueden ser caracterizadas con un antecedente cerrado.

Celano sostiene que el carácter ilícito o licito de una conducta nunca es determinado por la infracción o conformidad con una regla, sino que siempre lo es por el balance de los principios aplicables[754]. Como hemos visto, una conducta contraria a una regla, pero conforme al balance entre principios debe ser considerada lícita. De igual forma, una conducta conforme a una regla, pero disconforme al balance entre principios, debe ser considerada ilícita. Esto muestra que, al momento de determinar la calificación normativa de una conducta, ello será finalmente determinado por el balance entre principios[755].

Si esto es así, entonces las reglas no operan como razones perentorias, esto es, no impiden la deliberación, sino que su aplicabilidad a un caso (que puedan guiar la conducta) está condicionada al resultado de una deliberación entre principios. Para poder determinar si una regla guía o no la conducta es necesario analizar el caso individual a la luz de la ponderación de entre principios que creó la regla (o, para ser más preciso, a los principios

[754] Celano, 2009a, p. 172.

[755] Celano, 2009a, p. 173. El colapso de la licitud e ilicitud típica en la atípica se ilustra en el siguiente cuadro:

Destinatario realiza un:	Calificación a nivel de reglas	Calificación a nivel de principio	Tipo de licitud/ilicitud	El aplicador debe:
Acto	Conforme a una regla	Conforme al balance entre principios	Licitud típica	Aplicar la regla
Acto	Conforme a una regla	No conforme al balance entre principios	Ilicitud atípica	Crear una nueva regla y aplicarla
Acto	No conforme a una regla	Conforme al balance entre principios	Licitud atípica	Crear una nueva regla y aplicarla
Acto	No conforme a una regla	No conforme al balance entre principios	Ilícito típico	Aplicar la regla

Construyo este cuadro a partir de la propuesta de Comanduci, 2017, p. 107 y Celano, 2009a, p. 184. Como podemos ver, en la propuesta de Atienza y Ruiz Manero los aplicadores del derecho aplican reglas siempre los principios aplicables al caso respalden su aplicación. Si los principios no respaldan tal aplicación (por una situación de ilicitud o licitud atípica, dependiendo del tipo de regla), entonces no se debe aplicar la regla, sino que debe crearse una nueva.

que el intérprete considera que fueron ponderados para crear la regla) y todos aquellos otros principios que también sean aplicables al caso[756].

Este argumento se ve ratificado si tomamos en cuenta la propuesta de Atienza y Ruiz Manero de entender las normas prescriptivas como una estructura de dos niveles. Como hemos visto, el primer nivel está compuesto por los principios que expresan los valores incorporados en el derecho. El segundo nivel está compuesto por las reglas creadas a partir de ponderaciones de los principios de primer nivel, a efectos de establecer las condiciones de aplicación de cada principio (en qué supuestos prevalece uno y en cuáles otro). Los principios, como hemos visto, no determinan veredictos por sí mismos, sino que requieren ser ponderados para poder ser aplicados (se debe crear reglas, esto es, normas que ofrezcan razones de primer y segundo nivel sobre cómo se debe actuar en una determinada circunstancia). Las reglas, en cambio, determinan los veredictos cada vez que son aplicables.

Ahora bien, como hemos visto, para Atienza y Ruiz Manero seguir una regla en todos los supuestos en los que es aplicable no es viable[757]. Sostienen que no debemos seguir reglas en casos de ilícitos y lícitos atípicos. El problema radica en que el aplicador del derecho para poder determinar si frente o no a uno de estos supuestos, debe verificar si el resultado de la regla es conforme o no con la ponderación entre principios, esto es, debe abrir una deliberación entre principios[758]. Si los aplicadores del derecho deben siempre mirar a los principios para decidir si aplicar una regla o no, entonces las reglas no tienen ninguna relevancia.

[756] Ródenas presenta esta crítica con gran claridad: «[l]a idea de que las reglas de mandato sean razones perentorias se compadece mal con la existencia de una deliberación previa sobre si adoptarlas o no. Si las reglas son razones perentorias se supone que excluyen toda deliberación sobre la procedencia o no de seguirlas». Ródenas, 1998, p. 106.

[757] A efectos de precisión, debo señalar que esta idea presupone un escenario de determinación lingüística. Los problemas de aplicabilidad generados por problemas de vaguedad, esto es, de que estar frente a un caso límite sobre el que tenemos dudas sobre si es subsumible o no en el antecedente de la regla, es un problema diferente. Sobre este tipo de problema profundizaré en Cap. II.4.

[758] Celano, 2009a, pp. 182-83. Como bien apunta Brigaglia y Celano, en orden de saber si hemos de reconsiderar la aplicación de una regla será necesario reconsiderarla (mirar a los principios). Brigaglia y Celano, 2017, p. 132-33. Este mismo punto es tocado por Alvaro Nuñez quien denomina a esta operación como «metaponderación», es decir, una ponderación para decidir si es necesario ponderar. Nuñez Vaquero, 2017c, p. 253.

De este punto se sigue, conforme a Celano[759], que tanto los principios como las reglas son inestables. Ello en el sentido que verificar su aplicabilidad a un caso individual no supone adoptar de manera inmediata su consecuente normativo. En el caso de las reglas, siempre es posible que las propiedades irrelevantes contenidas en un caso individual se consideren relevantes sosteniendo que así debería ser conforme a una ponderación correcta entre principios[760].

Este punto implica que las reglas no ofrecen razones perentorias ni tienen, estructuralmente, el antecedente cerrado. No ofrecen razones perentorias, pues no determinan por sí mismas el curso de acción. No poseen un antecedente cerrado dado que todo resultado de una ponderación es una regla cuyas condiciones de aplicación no son suficientes para que se siga el consecuente[761]. En este sentido, operan como normas condicionales con un antecedente debilitado (esto es, compuesto por condiciones contribuyentes). Si esto es así, entonces la distinción fuerte entre reglas y principios no es correcta.

b. Principios con antecedente cerrado y reglas con antecedente abierto

Giovanni Battista Ratti ha ofrecido diversas razones para demostrar que la propuesta de distinción estructural entre reglas y principios de Atienza y Ruiz Manero no logra su propósito. De todas ellas me voy a concentrar, dada su relevancia para esta investigación, en que, si se asume que una regla puede ser exceptuada por un principio, ello requiere entender que los principios poseen un antecedente *cerrado* y las reglas un antecedente *abierto.*

Aclaro una premisa previa: ¿qué quiere decir que los principios tengan un antecedente abierto? Ello quiere decir, como hemos visto, que los principios operan o bien como

[759] Celano, 2009a, p. 181. Celano, 2017, pp. 63-67.
[760] En la teoría de los principios jurídicos se ha discutido de manera abundante si es conceptualmente sostenible sostener una distinción fuerte entre reglas y principio y aceptar, además, que las reglas puedan ser exceptuadas por principios. Esta segunda idea hace incompatible que podamos asumir que es posible establecer el elenco de todas las condiciones de aplicación (y excepciones), pues siempre será posible revisar el antecedente conforme a un principio. Esta es la crítica del caballo de Troya de las reglas que «destruye la diferencia entre principios y reglas». Bayón, 1991, p. 261. Con particular énfasis sobre el punto ver Endicott, 2001 (para un enfoque dworkiniano) y Bäcker 2014 (para un enfoque alexyano). Sobre esta discusión no profundizaré más en esta investigación por escapar a sus objetivos.
[761] Para poder ofrecer una regla con antecedente cerrado el resultado de la ponderación debería ser una regla cuyo antecedente sea irrevisable. En relación con este punto ver lo señalado en Cap. II.3, 3.3,3.3.2.

normas categóricas, o bien como normas condicionales compuestas por un antecedente que no es condición suficiente para el consecuente[762]. Junto a esta idea, Atienza y Ruiz Manero han sostenido que para determinar la aplicación de un principio a un caso es necesario crear una regla a partir de él.

Esto, como bien señala Ratti, es problemático si entendemos los principios como normas categóricas, pues en estos casos es posible determinar si un caso individual es subsumible a este o no sin necesidad de acudir a la ponderación o a cualquier acto adicional a su identificación. En efecto, por norma categórica se da cuenta de una norma cuyo antecedente es determinado por derivación del contenido del consecuente. Esto quiere decir que se aplica cada vez que se tenga oportunidad de ser aplicada. Cualquier otra propiedad concurrente es irrelevante (su presencia o ausencia no varían que se siga el consecuente de la norma)[763].

Sostener que para aplicar un principio es necesario especificarlo en una regla es una manera de decir que los principios no operan como normas categóricas, sino como normas condicionales compuestas por condiciones no suficientes para el consecuente[764]. Bajo esta forma de entender la estructura de las normas lo que se está sosteniendo es que no se han explicitado todas las condiciones cuya presencia o ausencia son relevantes para que se siga el consecuente[765]. En este sentido, para aplicar un principio, será necesario que el aplicador del derecho explicite (decida cuáles son) estas condiciones implícitas y, por tanto, que cree una norma condicional *cerrada*.

---

[762] Siguiendo a Alchourrón, podemos pensar en una tercera: norma categórica que se aplica cada vez que exista una oportunidad para hacerlo, pero deja de aplicarse ante ciertos casos, es decir, en virtud determinadas condiciones implícitas que excluyen el caso individual del ámbito de aplicación de la norma. Esta opción es problemática, pues para exceptuar una norma categórica será necesario convertirla en norma hipotética e introducir una propiedad en el antecedente que no se deriva del contenido del consecuente (por lo que no tiene sentido seguir llamando a este tipo de norma como norma categórica). Sobre este punto volveré en Cap. III.2.

[763] Ratti, 2013a, p 162. Como bien señala, si tenemos una norma categórica T->Oq ello quiere decir que cada vez que tengamos oportunidad de realizar la acción q, esta es obligatoria. El resto de circunstancias que concurran a la oportunidad de realizar dicha acción son normativamente irrelevantes.

[764] Como bien dice Ratti, esto lleva a considerar que no es correcto entender, dentro de esta propuesta, que los principios puedan operar como normas categóricas. Ratti, 2013a, pp. 164-65. Ver lo señalado en Cap. II.3,3.3. y las precisiones a ser realizadas en Cap. III.2

[765] Cabe anotar que de ello se sigue, además, que tampoco podemos verificar inconsistencias de esta norma con otra. Para poder determinar una inconsistencia normativa es necesario que una misma acción sea regulada por dos normas con consecuentes contrarios o contradictorias. Si no podemos determinar el alcance de una norma, entonces no podemos señalar qué acciones regula, por lo que es una norma con la que no pueden crear conflictos (sobre este punto profundizaré en Cap. IV.2. En este sentido, para señalar que estamos frente a un conflicto entre dos principios es necesario tratar a sus antecedentes de manera cerrada, esto es, considerar que es condición suficiente para el consecuente.

Veamos la idea central de la crítica a analizar: Atienza y Ruiz Manero sostienen que, en casos de ilícitos y líticos atípicos (en su versión de lagunas axiológicas a nivel de reglas) se modifica la regla a efectos de especificar un principio. De este modo, en caso de conflicto entre reglas y principios, la regla puede ser derrotada por el principio. Esta idea no es conciliable con la forma de presentar la estructura de las reglas y principios.

Lo que nos están diciendo los autores es que para una acción las reglas ofrecen una calificación normativa y un principio ofrece otra incompatible con la prevista en la regla. Sostener que una regla puede ser derrotada por un principio es incompatible con la idea de antecedente cerrado de dicha regla. La primera idea supone que no podemos determinar el conjunto de todas las condiciones para su aplicación (siempre será posible que un principio establezca nuevas precisiones sobre el alcance o incluya excepciones). La segunda, en cambio, afirma que cada vez que verifiquemos un conjunto de propiedades se seguirá el consecuente, siendo irrelevantes la concurrencia de otras propiedades. En este sentido, Atienza y Ruiz Manero tratan a las reglas como normas *abiertas*.

Asimismo, sostener que un principio puede derrotar a una regla implica, necesariamente, que hemos determinado su alcance. Ello quiere decir que el antecedente del principio es condición suficiente del consecuente. Señalar que una acción es regulada por un principio (y que la regla debe ser adecuada a este) quiere decir que el aplicador del derecho trata como una norma *cerrada*[766]. Como vemos, Ratti sostiene que a partir de las condiciones de aplicabilidad de las reglas y principios propuesta por Atienza y Ruiz Manero no se sigue la distinción que estos autores pretenden ilustrar. Si se toma en cuenta el carácter derrotable de las reglas, entonces no es viable ofrecer una distinción fuerte entre reglas y principios.

[766] Ratti, 2013a, p. 170. Al respecto, Rodríguez esgrimió una crítica similar contra la distinción entre reglas y principios propuesta por Bayón en Rodríguez, 2003a, pp. 85 y ss.

3.6.2. Segundo momento de la distinción entre reglas y principios

Atienza y Ruiz Manero, a efectos de complementar sus primeras tesis y resolver algunas de las críticas que se les formularon, introdujeron nuevas piezas del derecho y una nueva forma de entender la tipología de enunciados normativos. En este apartado presentaré el segundo momento de su propuesta de tipología de normas prescriptivas.

Parto por la nueva pieza. Tras una serie de discusiones sobre la pregunta acerca de qué regula el derecho, identificaron que en su propuesta faltaba una pieza. Para responder dicha pregunta sostuvieron, por un lado, que el derecho regula la conducta de sus destinatarios, esto es, prescribe qué acciones u omisiones han de ocurrir en el mundo real para que se convierta en un mundo ideal. Por el otro lado, sostuvieron que el derecho se regula así mismo, esto es, establece regulaciones para que el derecho esté en condiciones de poder regular a sus destinatarios (por ejemplo, prescripciones sobre cómo garantizar la previsibilidad del derecho, la eficacia de sus mandatos, la estructuración jerárquica entre las normas, entre otras)[767].

En atención a esta precisión, los autores consideraron que era necesario introducir nuevas distinciones entre principios. Por un lado, los principios que regulan la funcionabilidad institucional del derecho son denominados «principios institucionales». Por el otro lado, los principios que regulan la conducta de los destinatarios son denominados «principios sustantivos», sobre los cuales recae el análisis de los subapartados anteriores. Entre estos cabe diferenciar, además, entre principios sustantivos jurídicos de principios sustantivos no jurídicos. Los primeros son todos aquellos principios que se justifican en juicios de valor realizados por la autoridad normativa competente para crear derecho (los legisladores). Los segundos, en cambio, son todos aquellos principios que se justifican en juicios de valor realizados por agentes que no tienen competencia para crear derecho (por ejemplo, la moral crítica de las partes en un proceso o del propio juez). Al respecto, Atienza y Ruiz Manero sostienen que el derecho, al ser un fenómeno autoritativo, solo

[767] Atienza y Ruiz Manero, 2001, pp. 125-26. Atienza, 2013, p. 331. En otros términos, es una regulación que pretende mantener la adecuada operatividad del derecho o establecer las condiciones y mandatos para la ejecución de una de sus instituciones (por ejemplo, regulación que mantenga una versión de la división de poderes en de la distribución de competencias de un Estado). Ver Atienza, 2007, p. 218.

está compuesto por principios sustantivos jurídicos. En este sentido, una decisión que emplee principios sustantivos no jurídicos es una decisión no justificada en el derecho.

Esta precisión conceptual condujo a ajustar la propuesta de normas prescriptivas entendidas como una estructura a dos niveles. En el nivel de los principios, como hemos visto, se requerirá una ponderación para determinar en qué situaciones prevalece uno por sobre el otro y, con dicha decisión, crear una regla que especifique las condiciones de aplicación de este resultado. Bajo esta nueva terminología, se realiza y resuelve una ponderación entre principios sustantivos jurídicos. Una vez realizada, sostienen los autores, será necesario llevar a cabo una segunda ponderación entre el principio sustantivo que prevalece y el principio institucional aplicable al caso individual.

Los principios institucionales pueden ser utilizados en una ponderación para: i) dar razones a favor de la aplicación del principio sustantivo (confirman el resultado de la ponderación entre principios sustantivos); ii) dar razones en contra de la aplicación del principio sustantivo (contradicen el resultado de la ponderación entre principios sustantivos); o iii) no dar razones a favor ni en contra de la aplicación del principio sustantivo. En caso de que sean utilizados para dar razones en contra, se deberá ponderar el principio sustantivo con el principio institucional, lo que supone, como toda ponderación, que en algunos supuestos prevalezca el principio sustantivo y en otros el principio institucional[768].

Considerando dicha innovación, veamos ahora el contenido del segundo momento de la propuesta de Atienza y Ruiz Manero[769]. Como hemos visto en el subapartado anterior, el punto más controvertido de la propuesta de distinción entre reglas y principios está en si

[768] Los autores proponen como ejemplos de casos en los que prevalecen los principios institucionales sobre los sustantivos a los siguientes supuestos: i) declaración de estado de excepción que supone la suspensión del ejercicio de determinados derechos (la preservación de la estabilidad del sistema jurídico prevalece por sobre la justificación del ejercicio de ciertos derechos); ii) prisión preventiva (la efectividad de la investigación penal prevalece por sobre la justificación del derecho a la libertad); o iii) presunción de constitucionalidad de las leyes (prevalece la división de poderes por sobre los principios sustantivos vulnerados por una ley). Atienza y Ruiz Manero, 2001, pp. 127-28.

[769] Debo precisar que parte de este segundo momento en la propuesta de estos autores ha sido elaborada en textos escritos de manera individual y no conjunta. A efectos de precisión y de realizar una reconstrucción caritativa con cada uno de ellos, seré expreso en señalar quien sostuvo cada tesis. Asimismo, cabe anotar que Ruiz Manero ha elaborado una tesis sobre principios que poseen una mayor fuerza que el resto de principios (sin que esto suponga que sean absolutos) y que operan de manera diferente en cada operación. Sobre esta propuesta profundizaré en posteriores investigaciones. Al respecto ver Ruiz Manero y Alonso, 2018.

las reglas ofrecen o no resistencia alguna frente a la ponderación entre principios. Al respecto, los autores sostienen que la forma de resolver una laguna axiológica a nivel de reglas supone operaciones y exigencias argumentativas diferentes a cómo se resuelve una laguna normativa a nivel de reglas. Para demostrar ese punto, sostienen, de manera conexa, que la distinción entre ambos tipos de normas prescriptivas es de tipo funcional y que los principios operan de manera diferente en función de si estamos frente a un caso fácil o a un caso difícil. Veamos estos puntos.

i. Distinción funcional entre reglas y principios

Tras haber incorporado los principios institucionales como parte de las piezas del derecho, ello también supuso una reconsideración de cómo entender la forma de solucionar una laguna axiológica a nivel de reglas (los casos de ilícitos y lícitos atípicos). Hasta el momento hemos visto que, frente a un supuesto de regla en conflicto con un principio sustantivo jurídico, el aplicador del derecho deberá realizar una ponderación entre principios sustantivos jurídicos a efectos de determinar cómo se debe regular la conducta.

Ahora bien, Atienza y Ruiz Manero han sostenido que, al estar la conducta regulada por una regla, ello supone, además, el uso de principios institucionales: de todos aquellos que justifican la creación y el seguimiento de reglas (por ejemplo, razones de estabilidad del derecho, predictibilidad de las soluciones jurídicas y/o en la distribución del poder). Esto supone que, en los casos de lagunas axiológicas a nivel de reglas, el principio sustantivo jurídico que prevalece en la ponderación deberá ser, tras ello, nuevamente ponderado con el principio institucional que justifica tener reglas.

Si el aplicador del derecho considera que el principio sustantivo jurídico debe prevalecer, además, por sobre el principio institucional, entonces está justificado derrotar la regla: se creará una nueva regla que excluya de regulación la conducta que ha producido el ilícito o lícito atípico.

Dicho en breve, las reglas ofrecen resistencia frente a la ponderación entre principios sustantivos jurídicos, pero no son inderrotables. Una regla es derrotada por la ponderación entre principios siempre que: i) la ponderación entre principios sustantivos justifique

modificar la calificación normativa de un tipo de acciones; y ii) el principio sustantivo que debe ser especificado para regular dicha acción prevalece, además, sobre el principio institucional que justificó crear la regla derrotada[770].

¿Qué quiere decir esto? Por lo menos dos cosas: por un lado, que la resistencia de las reglas frente a principios sustantivos es equivalente a la resistencia que pueda ofrecer un principio institucional. Las reglas se verán derrotadas o no dependiendo de la fuerza que el intérprete le atribuya al principio institucional, pero las reglas por sí mismas (confomre a la caracterización de Atienza y Ruiz Manero) no son resistentes (los principios institucionales le dan resistencia). Esto supone, como bien señala Celano[771], una ampliación de los tipos de principios que deben ser ponderados entre sí, pero no implica atribuir una característica diferente a las reglas. En este sentido, la objeción de que las reglas colapsan en la noción de principios se mantiene.

Por el otro lado, que los resultados de la ponderación no son definitivos, es decir, siempre pueden volver a ser ponderados[772]. Esta es una manera de expresar que el resultado de toda ponderación es una regla derrotable (o inestable en los términos vistos de Celano), en el sentido que es una norma prescriptiva cuyo antecedente no está compuesto por propiedades suficientes para el consecuente[773]. Ello debido a que es inevitable que se

[770] «[L]a regla predispuesta implica que en la ponderación no solamente habrán de entrar en juego los principios sustantivos que resulten relevantes, sino también los principios (institucionales) vinculados al seguimiento de reglas, tales como la estabilidad, la predecibilidad, la deferencia a la autoridad que ha generado la regla, etc. De manera que la regla predispuesta resultará derrotada en aquellos casos, pero sólo en los que el balance de principios sustantivos que sustenta el apartarse de la regla tiene un peso mayor que el del conjunto de los principios institucionales vinculados al seguimiento de reglas». Ruiz Manero, 2015b, pp. 134-35. Asimismo en Ruiz Manero, 2011, p. 116, Atienza y ruiz Manero, 2012, p. 250. Atienza y Ruiz Manero, 2009, pp. 112-14.

[771] Celano, 2017, p. 68, pie de pág. 17

[772] Como bien anota Ruiz Manero «Celano tiene razón en que el paso de un principio A, en concurrencia con otro B, a la regla que expresa que A prevalece o, por el contrario, cede frente a B, en relación con un determinado conjunto de propiedades, es el paso de una norma derrotable a otra norma también derrotable». Ruis Manero, 2015b, p. 132. Ruiz Manero, 2009, p. 107. Atienza, 2017b, pp. 427, 438, 443. Sobre este punto ver Núñez Vaquero, 2017c, pp. 271-72.

[773] Ruiz Manero adopta una estrategia similar a la Juan Carlos Bayón para dar cuenta de este punto: los agentes con competencia para identificar normas jurídicas no pueden identificar tesis de relevancia últimas, pues no poseen cualidades epistémicas que les permitan determinar todas las propiedades que deban ser consideradas normativamente relevantes ni todas las posibles combinaciones de propiedades relevantes que se puedan presentar en el futuro. En atención a ello, todas las normas deben ser tratadas como si tuvieran un antecedente compuesto por propiedades que no son suficientes para el consecuente. Ruiz Manero, 2015b, p. 131. Como hemos visto en Cap. II.3,3.3., esta premisa no compromete, necesariamente, con una tesis sobre la estructura de normas sino sobre el modelo de toma de decisiones, es decir, como directivas interpretativas que regulan qué debe tener en cuenta el aplicador del derecho al momento de identificar una norma.

presente un caso individual respecto del cual la regla o bien resulte supra o infra incluyente respecto de la ponderación entre principios que la justificó, o bien la regla no especifica un principio que debió haber sido tomando en cuenta en la ponderación para su creación.

Este punto supone un cambio sustantivo: dejan de lado una distinción fuerte entre reglas y principios y asumen, de esta forma, una distinción débil. Este punto se muestra de manera clara si tomamos en cuenta el criterio estructural de la distinción entre ambas. Como habíamos visto, la diferencia entre reglas y principios recae en la composición del caso genérico contenido en el antecedente de la norma prescriptiva. Bajo esta nueva propuesta de los autores, tanto las reglas como principios poseen un caso genérico que no contiene condiciones suficientes para el consecuente, es decir, en ambos casos es *abierto*[774].

Lo que diferencia las reglas de los principios, bajo esta nueva formulación, es (usando la expresión de los autores) su «vocación a ser derrotadas». Las reglas son excepcionalmente derrotables (son tan resistentes a la derrota como lo sean los principios institucionales), y los principios son «esencialmente» derrotables (cada uso de principios para regular una conducta implica su ponderación con otro principio y que este haya sido derrotado)[775]. Como vemos, la diferencia entre ambas nociones depende de la activación de los principios institucionales. Sobre este punto profundizaré en el siguiente subapartado.

En atención a estas consideraciones, Atienza ha sostenido que la distinción entre reglas y principios debe ser entendida de manera «funcional y dinámica»[776]. Considero que la

[774] Como bien ha sostenido Atienza, el antecedente de las reglas debe contener una clausula «a no ser que…» que mantenga *abierto* el antecedente. Atienza, libertad de información y ponderación, p. 3. Atienza, 2013, pp. 192, 326. Atienza, 2012, p. 33. Sobre este mismo punto, Atienza ha sostenido que su propuesta sobre las reglas no es muy distinta a la que propuso Alchourron en «Sobre derecho y lógica» (al respecto ver Cap. II.3,3.2. Para Alchourrón las normas son derrotables en tanto se puede incluir una excepción implícita a partir de un juicio contrafáctico del legislador, en Atienza la operación es similar solo que justificada en los principios sustantivos jurídicos que incorporan los juicios de valor de una autoridad normativa. Atienza, 2012, pp. 97-98. De manera similar en Atienza, 2017a, p. 29. Esto permite aclarar más el tipo de estructura que tienen en mente al momento de hablar de reglas: son normas con un antecedente expresado de manera entimemática, pues no ha explicitado todas las propiedades que se deberían haber explicitado al momento de especificar los propósitos de una regulación.
[775] Atienza, 2012, p. 98.
[776] Atienza, 2017c, p. 149, 152.

mejor forma de entender esta expresión es que la tipología de enunciados normativos es una caja de herramientas conceptuales que permite diferenciar cómo los intérpretes tratan a las normas prescriptivas en relación con los valores que las justifican. No es una clasificación de tipos de normas prescriptivas, sino de formas de tratar a las normas (de manera más precisa, de actitudes de los intérpretes respecto de cómo interpretar el material jurídico). En este sentido, dependiendo de las circunstancias del caso individual, los intérpretes tratarán las normas prescriptivas identificadas del material jurídico sea como reglas o como principios, a efectos de determinar en qué situaciones han de ponderar y en cuáles no.

De esta manera, una norma prescriptiva puede ser tratada como regla o como principio, dependiendo del tipo de operación que se requiere realizar para alcanzar una respuesta conforme a los valores últimos y/o utilitarios previstos en el derecho. Un aplicador del derecho decidirá tratar a las normas como principios si pretende deliberar sobre cuál es la justificación jurídica «correcta» para resolver un problema normativo de una determinada manera. De igual forma, decidirá tratar a las normas como reglas con el antecedente *cerrado* es una manera de expresar que la norma prescriptiva debe ser empleada como premisa normativa de la justificación interna de una decisión. Para que ello pueda ser así, es decir, para poder hacer juicios prácticos a partir de normas, es necesario tratar al antecedente de manera que se le apliquen el refuerzo del antecedente y el *modus ponens*.

Si los aplicadores del derecho deben tratar las normas como reglas o principios depende de directivas interpretativas dirigidas a los aplicadores del derecho sobre cómo tratar los casos individuales. Este punto es clarificado de mejor manera tomando en cuenta en qué casos se debe o puede ponderar.

ii. Tipos de casos sujetos a ponderación

De acuerdo con Atienza y Ruiz Manero, los principios operan de manera diferente en función de si estamos frente a un caso fácil o a un caso difícil. Veamos este punto.

Atienza sostiene que los casos individuales pueden ser clasificados como casos fáciles, casos difíciles, casos intermedios y en casos trágicos[777]. Por caso fácil se entienden todos aquellos casos individuales sobre los cuales se considera que la mayoría de aplicadores del derecho no tendrían dudas sobre cómo deben ser resueltos. Esto quiere decir que la calificación de los hechos (en qué categoría jurídica se subsumen) y la forma de resolverlos (su calificación deóntica) suelen ser determinados de una manera por la comunidad jurídica y no se admite que ello pueda ser problematizado o cuestionado. En contraste, por caso difícil se entienden todos aquellos casos individuales sobre los cuales se considera que los juristas a menudo discutirían sobre cómo calificar los hechos y/o sobre cómo deberían ser resueltos[778].

Por casos intermedios engloba a todos aquellos casos individuales en los que, en el aplicador del derecho, en un primer momento, generaban dudas (no podría ser considerado caso fácil), pero luego de un estudio, se da cuenta de que la mayoría de aplicadores del derecho suelen resolverlos de una determinada manera (se da cuenta de que eran casos fáciles)[779].

Finalmente, por casos trágicos engloba a todos aquellos casos individuales cuya resolución supone, de manera inevitable, «un daño para algún bien considerado

[777] Atienza, 2017a, pp. 18-19, 23, 426. Para una clasificación diferente ver Chiassoni, 2017b, pp. 111-13. Asimismo, ver Navarro, 1993.

[778] De manera más precisa, Atienza (tomando en consideración la propuesta de Neil MacCormick) ha identificado las siguientes posibles circunstancias que hacen a un caso individual deba ser considerado como un caso difícil: i) cuestiones procesales (problemas de determinación de la norma procedimental que permite regular el caso); ii) cuestiones de prueba (problemas de determinación de si una determinada proposición sobre hechos ha sido probada); iii) cuestiones de calificación (problemas de determinación de la mejor descripción jurídica de un hecho); iv) cuestiones de aplicabilidad (problemas de determinación de la norma externamente aplicable todo considerado para resolver el caso individual); v) cuestiones de validez (problemas de determinación si la disposición objeto de interpretación fue correcta o incorrectamente creada, esto es, si satisface los requisitos formales de creación); vi) cuestiones de interpretación (problemas de determinación sobre qué significado elegir entre los muchos posibles); vii) cuestiones de discrecionalidad (problemas de determinación de qué medio elegir para poder actuar de manera conforme a una regla de fin); y viii) cuestiones de ponderación (problemas de determinación de qué principio debe prevalecer en la regulación de una conducta). Atienza, 2013, pp. 432-39.

[779] Si bien Atienza los presenta como opción alternativa a la noción de caso fácil o difícil (y trágico), la noción de casos intermedios no está en el mismo plano. Calificar un caso fácil o difícil es una conclusión final que conlleva, como veremos, a que el aplicador realice ulteriores actos de justificación sobre cómo resolver un problema normativo. Un caso intermedio es una descripción de una conclusión intermedia, es decir, de una primera hipótesis sobre la calificación correcta de un caso individual. En este sentido, un caso intermedio podría funcionar de dos maneras: i) un caso individual que a primera vista es un caso difícil, pero todo considerado debe ser tratado como caso fácil; y ii) un caso individual que a primera vista es un caso fácil, pero todo considerado debe ser tratado como caso difícil.

esencial»[780]. Una manera alternativa de presentar estos supuestos es como aquellos en los que en los que el aplicador del derecho considera que todas calificaciones normativas posibles de la conducta ofrecen resultados que considera axiológicamente insoportables[781].

Para los efectos del presente subapartado solo me voy concentrar en la distinción entre casos fáciles y difíciles, y cómo operan los principios en cada uno de estos. Si estamos frente a un caso fácil, según la definición propuesta, no será necesario iniciar una deliberación, es decir, para resolver el problema normativo será suficiente identificar la regla aplicable al caso individual. Caso contrario, si estamos frente a un caso difícil será necesario iniciar una deliberación, es decir, para resolver el problema normativo se deberá emplear los principios aplicables al caso[782]. En este sentido, los casos difíciles son una invitación a que el aplicador del derecho realice una ponderación[783].

Ahora bien, ¿cómo identificamos que un caso individual sea fácil o difícil? Según los autores la clasificación de un caso individual bajo una de las categorías anteriores depende de las circunstancias concretas del caso individual[784]. En este sentido, un caso individual que habitualmente es considerado como un caso fácil puede ser considerado como un caso difícil si varían las circunstancias socio económicas, políticas o de cualquier otra índole, en las que ocurre y un caso difícil, con el tiempo, se puede convertir en fácil.

---

[780] Con detalle en Atienza, 1997b, pp. 252-254. Este tipo de circunstancias han sido discutidas bajo otra terminología en Zucca et all, 2011.

[781] Cabe precisar que clasificar un caso como trágico no supone la indecibilidad del mismo por parte del aplicador del derecho, sino que este inevitablemente debe decir de mala manera. Sobre este punto Atienza precisa que «el hecho de que no exista una respuesta que pueda calificarse como correcta o de buena, no quiere decir que todas las posibles alternativas sean equiparables. O, dicho de otra manera, el que no haya una respuesta buena no significa que no podamos decir que unas son peores que otras, de manera que lo que debemos –lo que un juez debe- hacer en tales situaciones es, sencillamente, optar por el mal menor». Atienza, 1997b, p. 263. En un sentido similar Álvarez, 2008, p. 39.

[782] Atienza, 2017c, p. 150, pie de pág. 2. Ruiz Manero, 2015b, pp. 133-34. Atienza, 2017a, p. 18.

[783] Cabe precisar, en atención a los escenarios distinguidos por Atienza que producen casos difíciles, que tendremos una invitación a ponderar cada vez que el aplicador del derecho tenga problemas con la premisa normativa. Ello en los supuestos que el propio aplicador del derecho haya creado una laguna normativa, o en caso que él considere que la regla identificada produce resultados axiológicamente insoportables.

[784] Atienza, 2017a, p. 18. Cabe anotar que, si la diferencia entre tipos de casos es contextual, una posible consecuencia teórica de este punto es considerar que el razonamiento jurídico es no monótono, esto es, nuestras conclusiones varían a medida que agregamos nueva información (en Atienza esta caracterización es expresa en Atienza, 2010). Cabe anotar que ello los llevaría a una concepción de la racionalidad que dejaría de lado la justificación entendida como deducción, pero no profundizaré sobre este punto en este momento (sobre la nocion de monotónia ver Cap. III.4).

Este punto es problemático pues si la distinción depende del contexto (que es una manera de señalar que depende de cómo describamos las propiedades del caso individual), entonces no es posible sostener que los principios sean irrelevantes para guiar la conducta en los casos fáciles. En primer lugar, la relación entre caso fácil y corrección valorativa es compleja de precisar. Si entendemos que en los casos fáciles no hay necesidad de emplear principios, desde esta aproximación, ello sería una forma de expresar que no se evaluará si la regla produce o no situaciones de anomalía valorativa. En este sentido, habría espacio para renunciar a la posibilidad de detectar lagunas axiológicas, lo cual resulta contrario a la orientación de esta aproximación.

En cambio, si entendemos que la noción de caso fácil como un supuesto en el que se ha verificado que no hay problemas valorativos[785], ello supone haber previamente realizado una valoración conforme a los principios. Esto nos devuelve al problema del colapso de reglas en principios: para saber si hemos de ponderar o no, será necesario realizar una meta ponderación[786].

En segundo lugar, resultaría contraintuitivo entender que la noción de caso fácil como resultado de una observación sobre cómo la práctica suele resolver un caso sin tener que evaluar las particularidades del caso individual. Esto supondría que para tener un caso fácil es suficiente que un caso individual pueda ser descrito de manera tal que sea acorde a lo que la comunidad considera un caso fácil, sin importar si genera anomalías valorativas o no.

De igual manera, para que un caso sea difícil es suficiente que el aplicador del derecho considere que una propiedad normativamente irrelevante del caso individual deba ser valorada conforme a los principios sustantivos jurídicos (a efectos de determinar si debe

[785] Esta parecería ser la lectura más caritativa de la propuesta de Atienza y Ruiz Manero. En sus propios términos: «[u]n caso es fácil precisamente cuando la subvención de unos determinados hechos bajo una determinada regla no resulta controvertible a la luz del sistema de principios que dotan de sentido a la institución o sector normativo de que se trate». Atienza y Ruiz Manero, 1996, p. 22.

[786] Núñez Vaquero, 2017c, p. 253. Celano, 2017, p. 68, pie de pág. 17. Si entendemos que la dependencia al contexto puede ser entendida como la variabilidad de propiedades relevantes o como la variabilidad del conjunto de normas aplicables, pierde sentido diferenciar casos fáciles de difíciles a tomando como criterio el método de solución del problema normativo («si caso fácil, entonces solo cabe subsunción» en contraste con «si caso difícil, entonces solo cabe ponderación»). Ello, pues toda variación supondrá, primero una valoración conforme a los principios (ponderación) y tras ello una aplicación de reglas (subsunción) con pretensión de universalidad (todos los aplicadores del derecho deberían resolver de esta manera). En este mismo sentido, Moniz, 2017, p. 475.

permanecer irrelevante o si debe ser considerado relevante). Si esto es así, entonces bastará una descripción de los hechos de manera tal que permita la aplicabilidad de ciertos principios que le permitan justificar que se inicie una deliberación y, con ella, crear una excepción para el caso.

Este último punto nos lleva a precisar ¿cuándo ponderar? Según Atienza, esta pregunta no puede ser respondida en abstracto. Sin perjuicio de ello, ofrece sobre este punto algunas directivas prescriptivas de supuestos en los que se debe ponderar y en los que está prohibido ponderar, así como de supuestos en los que la racionalidad de si ponderar o no depende del caso[787].

Siempre se debe ponderar en casos de:

1. Lagunas normativas a nivel de reglas. En estos supuestos el aplicador debe determinar qué principio prevalece y crear una regla que establezca sus condiciones de aplicación y con ella podrá resolver el problema normativo.
2. Desajuste entre la regla y la ponderación entre principios que la justificó. En estos casos el aplicador del derecho siempre debe recurrir la ponderación y podrá resultar en crear una nueva regla que especifique de mejor manera el propósito para el cual se regula[788].

Nunca se debe ponderar en caso de:

1. Desajuste entre la regla y principios sustantivos no jurídicos. En estos casos el aplicador del derecho siempre debe rechazar recurrir a la ponderación, pues de hacerlo sería una forma de incorporar a nivel de reglas especificaciones de valores no tomados en cuenta por la autoridad normativa.

La racionalidad de la decisión de si ponderar o no depende del caso en supuestos de:

[787] Atienza, 2017a, pp. 32-33. Atienza, 2017c, p. 157. Atienza, 2012 pp. 28-29, Atienza, 2017b, 103-06. Ver, además, Chiassoni, 2018b, pp. 217-18.
[788] Este punto, como vemos, da razones a favor de considerar que la calificación de un caso individual como un caso fácil necesariamente requiere evaluar la conformidad de la regla con la ponderación de principios que la justifican. En efecto, sólo podrá ser un caso fácil siempre que el contenido de la regla sea coherente con dicha ponderación, si no es coherente, entonces por definición no puede ser fácil. Esto supone que los casos fáciles no son inmunes a los principios, todo lo contrario, dependen de ellos.

1. Desajuste entre la regla y principios sustantivos que no la justifican, pero que forman parte del derecho. En estos casos, estará justificado ponderar en algunos casos y en otros no. Los supuestos de abuso de derecho, fraude a la ley y desvío de poder son escenarios claros en los que el aplicador del derecho debe ponderar y podrá crear una nueva regla.

En cuanto al desajuste entre la regla y las ponderaciones entre tipos de principios, cabe reiterar una precisión vista en apartados anteriores. Detectar una laguna axiológica y resolver una laguna axiológica son dos pasos diferentes, de manera que verificar un desajuste es solo preguntarse si debemos o no resolverlo. Los intérpretes pueden decidir que la regla puede ser invariable frente a los problemas valorativos que pueda generar o sea sensible a ellos. De esta manera, Atienza al hablar de desajustes y de formas de resolverlos, es una muestra de que tratar a las reglas como derrotables o inderrotables frente a los principios sustantivos jurídicos aplicables es producto de una decisión[789].

Estas últimas ideas requieren de mayores precisiones. ¿Qué quiere decir que una regla o un principio es derrotado? Analicemos dicho punto.

3.6.3. Derrotabilidad de reglas y principios

Por «derrota de normas prescriptivas», en la propuesta de Atienza y Ruiz Manero, se engloba a todas aquellas operaciones y resultados por los cuales el aplicador del derecho no utiliza una norma prescriptiva por no ser valorativamente correcta. En este sentido, el resultado de toda ponderación es la derrota de un tipo de norma prescriptiva[790]. Para un adecuado análisis me concentraré en los siguientes puntos: i) los distintos tipos de normas prescriptivas dan lugar a diferentes formas de entender su derrota; ii) la derrota de reglas

[789] En la literatura especializada sobre la ponderación este punto fue advertido por Aleinikoff quien sostuvo que «las nuevas situaciones presentan nuevos intereses y pesos diferentes para viejos intereses. Si éstas permiten que se reabra el proceso de *ponderación,* entonces cada caso se convierte en una ponderación "*ad hoc*" en la que se establece una regla sólo para ese caso. A fin de cuentas, los equilibrios son "definitorios" sólo si la Corte quiere dejar de analizar la cuestión». Aleinikoff, 2010, pp. 87-88. Cursiva es de origen.
[790] En este mismo sentido Cabra Apalategui, 2016, p. 59.

resulta de un proceso reinterpretativo; y iii) los casos de ilícitos y lícitos atípicos dan cuenta de la misma idea que la de experiencia recalcitrante supra incluyente y laguna axiológica descriptiva.

i. Tipos de derrota

De acuerdo con lo visto, bajo la propuesta de Atienza y Ruiz Manero la ponderación necesariamente tiene como resultado la derrota de una norma prescriptiva. Ello en dos supuestos: i) necesariamente un principio derrota a otro principio; y ii) contingentemente, un principio derrota a una regla (en ciertos casos de laguna axiológica a nivel de reglas). Sin embargo, considero que los autores hacen un uso ambiguo del término «derrotabilidad» que requiere de ulteriores precisiones.

En primer lugar, los casos de ponderación entre principios tienen como resultado que el principio que prevalece sea especificado mediante una regla. Esto supone que el principio que no ha prevalecido es derrotado. Ahora bien, ¿qué quiere decir esto?

El principio derrotado no deja de pertenecer al sistema normativo. El resultado de la ponderación no implica la eliminación de principios del sistema normativo; lo que sí implica es que el principio no determinará el contenido de la regla (resultante de la ponderación) que guiará la conducta del aplicador del derecho. Esta es una manera de decir que las ponderaciones no determinan la pertenencia de las normas de principio, sino su aplicabilidad.

De esta forma, la ponderación puede ser entendida como una estructura argumentativa para crear (y justificar) una relación de preferencia entre dos principios. Esto supone que los principios ponderados son internamente aplicables a un caso individual[791], y una vez creada esta relación de preferencia, solo uno de ellos será, además, externamente aplicable. El aplicador del derecho, al derrotar un principio lo que hace es eliminar el deber de tener que emplear dicho principio en la justificación de su decisión[792].

[791] Cabe precisar que para determinar que un principio es aplicable a un caso necesariamente hemos de especificarlo en una regla. Ver las críticas de Celano y Ratti analizadas en subapartados anteriores. Sobre este punto ver Ballestrero y Guastini, 2017, p. 135-37.
[792] Sobre los vínculos conceptuales entre derrotabilidad y relación de preferencia profundizaré en Cap. IV.4.

Como podemos ver, aquí los autores entienden el carácter derrotable de los principios como la posibilidad de que pierdan su aplicabilidad externa en relación con un caso individual. ¿Este mismo sentido es empleado para la derrota de reglas? Como veremos de inmediato, considero que hay razones para considerar que no.

En segundo lugar, en los casos de ponderación entre reglas y principios (lagunas axiológicas a nivel de reglas) el aplicador del derecho puede decidir crear una nueva regla que contenga las distinciones que debería haber introducido la regla ponderada conforme a los principios sustantivos aplicables. Esto supone que la regla ponderada ha sido derrotada. Ahora bien, ¿qué quiere decir esto?

Considero que es posible reconstruir esta operación, por lo menos, de dos maneras. Por un lado, es posible sostener que la regla derrotada no ha dejado (necesariamente) de pertenecer al sistema normativo, sino que ha perdido su aplicabilidad externa frente a otra regla más específica. En términos formales, esto sería señalar que tenemos una regla R1 (p->Oq) y otra regla R2 (p.r->O¬q). Entre R1 y R2, como podemos ver, hay un conflicto normativo[793]. Al respecto, el aplicador del derecho, a efectos de resolverlo, introduce un criterio de preferencia a favor de R2 (justificado, por ejemplo, en la *lex specialis*[794]). Dicha relación de preferencia tiene como efecto necesario la pérdida de aplicabilidad externa de R1 y, contingentemente (dependiendo de las competencias normativas del aplicador del derecho) la pérdida de su pertenencia al sistema normativo.

De inmediato debemos descartar esta opción, pues no refleja adecuadamente las posturas de Atienza y Ruiz Manero: no muestra a las reglas como transparentes a los principios ni da cuenta del carácter derrotable de los resultados de la ponderación. Los autores no están pensando en una reconstrucción del derecho en la que se multipliquen los conflictos normativos, sino en una operación por la cual se identifique de mejor manera el contenido

[793] La regla R1 regula el caso (p.r) por refuerzo del antecedente. Esto supone que la propiedad r, en este micro sistema de normas aplicables, tiene dos reglas que lo regulan de forma antinómica:

1. R1: ((p.r)->Oq).
2. R2: ((p.r)->O¬q)

Como podemos ver, de ambas se produce que (p.r)->(Oq.O¬q).

[794] Sobre la noción de *lex specialis* ver Cap. IV.4,4.2.

de las reglas: que sean lo más conforme posible a los juicios de valor incorporados en el derecho (mediante principios).

Por otro lado, considerando que el nivel de los principios es completo (todo caso genérico está regulado por uno o más principios) y que las reglas son especificaciones del nivel de los principios (establecen sus condiciones de aplicación), esto nos puede llevar a entender que el antecedente de las reglas está compuesto por condiciones explícitas y presupuestos implícitos. El aplicador del derecho, al crear una regla a partir de los principios aplicables, lo que está tratando es precisar es cómo se regula una acción en determinadas circunstancias. Pero dicho enunciado normativo es entimemático, pues no contiene de manera expresa todas las especificaciones del resto de principios (valores últimos o utilitarios) que se podrían formular desde el nivel de principios para todas las circunstancias en las que se pueda realizar la acción. Ello debido, como hemos visto, a que los aplicadores del derecho no pueden imaginarse todas las circunstancias habidas y por haber en las que se realizará una acción[795].

Esto supone que al identificar una circunstancia normativamente irrelevante a nivel reglas, pero sí normativamente relevante a nivel de principios (su presencia o ausencia debería modificar la calificación normativa de la acción), esta operación puede ser entendida como una mejor especificación del nivel de los principios. Lo que estaríamos haciendo, de esta forma, es presentar de mejor manera cómo el conjunto de valores (últimos y utilitarios) prescribe que debería regularse una determinada acción en una determinada circunstancia. En otros términos, al momento de derrotar una regla por un principio se explicita una distinción entre circunstancias en las que se realiza la acción que no había sido especificada en el antecedente de la regla. Si esto es así, entonces la noción de regla en Atienza y Ruiz Manero es mejor entendida como una norma con un antecedente compuesto por condiciones contribuyentes, esto es, por condiciones necesarias de condiciones suficientes[796].

[795] Atienza y Ruiz Manero, 2009, p. 107. Atienza y Ruiz Manero, 2012, p. 243. Ruiz Manero, 2009, p. 115.
[796] El antecedente de las reglas es mejor entendido como un caso genérico acompañado por un operador de revisión que permita poner de relieve que el contenido conceptual del antecedente podrá ser expandido. En términos formales (*f*p->Oq). Sobre este punto profundizaré en Cap. III.2. Además, ver García Yzaguirre, 2020b.

Ahora bien, esta es una forma de entender la derrotabilidad de manera diferente a la derrota de principios. Derrotar un principio quiere decir que pierde su aplicabilidad externa para regular el caso individual. En cambio, derrotar una regla quiere decir que se descartar una primera interpretación por ser defectuosa en relación con los principios[797]. Esta segunda operación no supone una pérdida de aplicabilidad externa, sino una reinterpretación del material jurídico.

Una manera de poner de relieve la diferencia entra las nociones de derrotabilidad que están empleando es con la desambiguación del término *prima facie*[798]. Atienza y Ruiz Manero entienden que los principios son tipos de normas *prima facie* entendido como normas superables (o que expresan razones *pro tanto*). En cambio, las reglas son normas *prima facie* entendido como normas con relevancia aparente o falible (esto es, una norma que, en una primera aproximación, parece pertinente para resolver un caso, pero luego, tras revisar el resto de elementos relevantes, se descubre que no lo era)[799].

Sobre la noción de derrotabilidad como superabilidad me ocuparé en extenso en el Capítulo IV. Para los efectos del presente subapartado es pertinente analizar la noción de derrotabilidad de reglas de la manera en que ha sido presentada en líneas anteriores.

---

[797] En pasos más específicos, esta idea puede ser expresada de la siguiente forma: i) las normas deben ser identificadas a partir de los valores (finales y utilitarios) incorporados en el sistema normativo; ii) para guiar la conducta se formula una universalización, es decir, se identifica una especificación de los valores mediante una norma condicional; iii) cada caso individual es valorado conforme a los principios del sistema (tanto los sustantivos como los institucionales) a efectos de confirmar o cuestionar la universalización; iv) si el desajuste valorativo entre la universalización y los principios es insoportable, entonces el aplicador del derecho debe (asumiendo que pretende dar una respuesta correcta) reformular la universalización a efectos de presentar las distinciones que, conforme a los principios, deben introducirse; y v) la nueva universalización, que posee un antecedente más fino que la universalización anterior, guía la conducta del aplicador del derecho y del resto de aplicadores del derecho para futuros casos.

[798] Sobre esta distinción ver Cap. I.3,3.1.

[799] García Amado sobre la derrota de reglas en Atienza y Ruiz Manero ha sostenido lo siguiente: «[c]uando es el juez el que, a base de ponderar, excepciona R y R', excepciona la regla y excepciona la regla que marca la excepción a la regla, se producen dos consecuencias: las excepciones posibles son infinitas y las excepciones posibles no son conocidas de antemano. Y no vale aducir que sí son conocidas porque los principios ya estaban ahí y cualquiera que para el caso los pondere podrá conocer de antemano los resultados de toda ponderación posible, porque eso en modo alguno es así». García Amado, 2017, p. 72. Es claro y preciso al señalar que no podemos detemrinar la tesis de relevancia final y este punto creo que los autores cuestionados no tendrían problema en aceptarlo. Me parece problemático considerar que Atienza y Ruiz Manero puedan considerar que la identificación de principios suponga que se pueda «conocer de antemano» todas las posibles excepciones. Me parece que los autores al considerar que los productos de la ponderación son reglas derrotables es una manera de sostener que la identificación del antecedente tiene una presentación entimemática (de las condiciones de aplicación del nivel de los principios) respecto de la cual se pueden adoptar nuevas valoraciones que supongan incorporar (o explicitar, dependiendo del tipo de ideología de la interpretación que se adopte) una propiedad adicional que reduzca el alcance de la norma. No es un problema epistémico sino valorativo.

ii. Ilícitos y lícitos atípicos como problema interpretativo

Los trabajos de Atienza y Ruiz Manero pueden ser entendidos como una labor teórica abocada a analizar qué tipo de normas emplean los aplicadores del derecho para resolver problemas normativos (determinar la calificación normativa de una acción). Las piezas del derecho que han identificado permiten construir una imagen del derecho como un conjunto de instrumentos útiles y capaces para producir reglas que sean valorativamente satisfactorias.

De toda su propuesta me voy a concentrar en analizar qué tipo de operación sostienen que se realiza al momento de resolver una anomalía valorativa de una regla conforme a esta aproximación a la noción de derrotabilidad. Al respecto, me parece que la mejor manera de entender su propuesta es como un acto reinterpretativo orientado a ofrecer resultados axiológicamente aceptables. Veamos este punto.

Atienza y Ruiz Manero toman como punto de partida normas identificadas, pero no nos clarifican los actos llevados a cabo para identificarlas (por lo menos, no en todos los supuestos)[800]. ¿Cómo atribuir significado al material jurídico? Como hemos visto a inicios del presente capítulo, los intérpretes poseen (descriptivamente) un abanico de posibilidades sobre cómo atribuir significado(s) a disposiciones, de manera que el proceso de identificación de normas es producto de un conjunto de toma de decisiones guiadas por preferencias[801]. Los autores sobre este punto solo señalan cómo deben ser los resultados interpretados: todo producto interpretativo que regule una acción debe especificar, satisfactoriamente, los valores últimos y/o utilitarios jurídicos. Esto nos lleva a una pregunta más precisa ¿qué método debemos emplear para identificar dichos valores a partir del material jurídico?

[800] Comanducci, 2017, pp. 111 y ss.
[801] Descriptivamente, los intérpretes poseen discrecionalidad entendida, siguiendo a Chiassoni, como la capacidad de los intépretes para elegir un significado de entre todos los posibles. Esta se manifiesta como discrecionalidad selectiva (los intérpretes pueden elegir entre dos o más códigos interpretativos) y/o discrecionalidad aplicativa (los intérpretes pueden elegir un significado de todos los posibles que produce el código interpretativo elegido). Ver Cap. II.2,2.3.

La respuesta no es autoevidente ni sencilla de responder. Si la identificación de estos valores últimos y/o utilitarios supone el mismo ejercicio que identificar la razón subyacente en la propuesta de Schauer (ver Cap. II.3,3.5), entonces la identificación de los principios se realiza mediante un ejercicio de inferencia a la mejor explicación posible o por abducción sobre por qué el legislador introdujo una determinada disposición. En este sentido, la identificación de los principios del sistema normativo no es una actividad de descubrimiento, sino de atribución. Son los propios intérpretes quienes, a partir de tesis dogmáticas sobre cómo debe ser entendido un fragmento del material jurídico disponible, quienes identificarán uno u otro principio de una misma fuente normativa.

Aún más compleja es la distinción entre principios sustantivos jurídicos de principios sustantivos no jurídicos. Como hemos visto, el propósito de dicha distinción fue crear una premisa sobre la cual han formulado la tesis prescriptiva interpretativa de que no se debe derrotar normas prescriptivas con base en consideraciones morales que no tengan sustento en un acto de legislador. El problema aún no resuelto es qué criterio se debe emplear que nos permita diferenciar entre valores jurídicos y valores no jurídicos.

Sin perjuicio de dichas dificultades, vuelvo al punto que me interesa analizar: cómo entender la derrota de una regla. Como ya hemos visto, el resultado de derrotar una regla es la creación de una nueva regla que es, en comparación con la regla derrotada, más fina (posee un caso genérico que incluye una o más propiedades en relación conjuntiva con el resto).

¿Cómo identificamos reglas a partir de las disposiciones? Esto no ha sido explicitado por los autores. Sin perjuicio de ello, considero que no resulta descaracterizante considerar que ellos asumen que las regla son identificadas o bien a partir de una interpretación literal de una (o unas) disposición(es) o bien a partir de un significado que la cultura jurídica le suele atribuir a los enunciados objeto de interpretación. Tras dicha identificación, como hemos visto, este producto interpretativo puede producir desajustes valorativos: en relación con la ponderación de principios que la justifican; o en relación con otros principios que forman parte del derecho.

En caso de desajuste entre la regla y la ponderación entre principios que la justificó, los autores sostienen que la regla debe ser ponderada y que posiblemente la regla sea

derrotada. Ahora bien, si entendemos esta afirmación como parte de un problema interpretativo, lo que están sosteniendo estos autores es que se debe someter la disposición (de la cual se identificó la regla ponderada) a un proceso reinterpretativo.

Atienza entiende la ponderación como un tipo específico de interpretación, es decir, como una estructura argumentativa que permite justificar a los intérpretes la atribución de significado a una disposición[802]. El uso de este método interpretativo está justificado a partir de entender que las normas prescriptivas operan como principios, dado que es la forma (bajo esta aproximación) de poder determinar qué principio es aplicable a un caso. Bajo sus propias premisas ponderar es una manera de decir que debemos volver a deliberar sobre el balance entre principios, lo que quiere decir que debemos realizar un proceso reinterpretativo. En este proceso, como hemos visto al inicio del presente capítulo, tenemos un significado *prima facie* que es evaluado a efectos de o bien confirmarlo, o bien someterlo a una reinterpretación correctora restrictiva o extensiva, tras valorar un conjunto de razones.

De acuerdo con la propuesta analizada, el aplicador del derecho deberá derrotar la regla cada vez que decida que el peso de un principio sustantivo jurídico es mayor al peso de un principio institucional (crea una relación de preferencia entre ambos a favor del principio sustantivo). Esto quiere decir que un aplicador del derecho, en un proceso reinterpretativo, dispone de dos opciones: por un lado, mantener la regla sin derrotar (dejar el significado *prima facie* intacto); por el otro lado, elegir un significado con un alcance más restringido (tiene un caso genérico, en comparación con el significado *prima facie*, más fino). A efectos de decidir cuál de estos dos elegir creará un criterio de preferencia interpretativa de tipo criterial: se preferirá el significado que sea el más coherente con un determinado valor ético-político (que el aplicador del derecho ha decidido que forma parte del derecho). Para construir estos criterios de preferencia interpretativos, como vemos, el aplicador del derecho debe emplear los valores últimos y utilitarios contenidos en los principios.

[802] Atienza, 2012, p. 100. De manera más expresa: «la expresión "interpretación" parece resultar más fácilmente aceptable para muchos que la de "ponderación". Pero, como digo, creo que es una mera cuestión de palabras y, por lo demás, considero que, en un sentido suficientemente amplio de la expresión, la ponderación sigue siendo un procedimiento interpretativo». Atienza, 2017c p. 161.

En el caso de que aplicador del derecho decida preferir el significado con un alcance más restringido, entonces habrá realizado una reinterpretación correctora restrictiva: evaluó y descartó el significado *prima facie* y prefirió otro significado, que es restrictivo en comparación con el primero, el cual es empleado para identificar la norma (regla) que será usada para resolver el problema normativo. En este sentido, derrotar una regla, bajo esta lectura, puede ser entendido como un producto de un proceso reinterpretativo[803].

En relación con este supuesto, Atienza sostiene una tesis que no muy distinta a la que sostuvo Bulygin al momento de afirmar que debemos interpretar las disposiciones normativas de manera tal que reflejen de forma satisfactoria su propósito[804]. Identificar una norma que no sea conforme con su propósito es una identificación inadecuada (es un caso de no haber entendido la prescripción aplicable)[805]. Ambos están sosteniendo una tesis prescriptiva interpretativa dirigida a los aplicadores del derecho, según la cual siempre deben tomar en cuenta el método interpretativo teleológico al momento de realizar un proceso interpretativo y, en determinados casos, elegir como producto interpretativo su resultado.

En casos de desajuste de la regla con otros principios que forman parte del derecho, la operación es la misma que la descrita, pero empleando un conjunto de premisas diferentes. Lo que se está señalando es que una regla identificada, al momento de ser creada, no tomó en cuenta (y por lo tanto no especificó) un principio que forma parte del derecho.

Esto quiere decir que la identificación del significado *prima facie* fue realizada a partir de un conjunto finito de disposiciones normativas, digamos un conjunto D1. Acto seguido hemos ampliado dicho conjunto (D1+), desde el cual se identifican nuevas normas. El

[803] Dicho de manera resumida: al sostener que un aplicador del derecho ha derrotado una regla, ello se reconstruye sosteniendo que él consideró que el significado *prima facie* es inadecuado, pues debería incluir más distinciones en su antecedente. En ese sentido, para identificar de manera satisfactoria una regla (bajo la propuesta de Atienza y Ruiz Manero: conforme a los valores últimos y/o finales), el aplicador del derecho debe realizar una reinterpretación correctora restrictiva.

[804] Ver Cap. II.3,3.4.

[805] Como vemos, Atienza adopta una versión atenuada del modelo transparencia de la relevancia, esto es, entiende que los aplicadores del derecho deben identificar las propiedades relevantes (contenidas en el antecedente de la norma) tomando en cuenta los propósitos o justificaciones de cada norma que forma parte del sistema normativo (Cap.II.3,3.4). Es atenuada, pues su tesis sobre la resistencia de las reglas por medio de la aplicabilidad de los principios institucionales permite inferir que habrá casos en los que la regla sea derrotada (reinterpretada) y casos en los que no sea derrotada (no reinterpretada).

aplicador del derecho detecta que, de las interpretaciones posibles de D1+, el significado *prima facie* produce inconsistencias con otras normas respecto de las cuales no debería producir inconsistencia (los principios)[806]. En atención a ello, a efectos de evitar el problema normativo se realiza un proceso reinterpretativo por el cual se descarta el significado *prima facie* y se elige otro significado (uno, en comparación, más restrictivo).

Como podemos ver, la derrota de reglas en este tipo de supuestos da cuenta de la sustitución de una regla por otra que especifique de mejor manera el nivel de los principios contenidos en el derecho. Esto quiere decir que el aplicador del derecho reinterpreta una disposición a efectos de identificar el alcance de la norma tomando en cuenta el resto del sistema normativo a efectos de evitar un conflicto normativo. En este sentido, no es una labor muy diferente a la de realizar una reinterpretación sistemática[807].

De esta forma, el carácter derrotable de las reglas en Atienza y Ruiz Manero da cuenta de la posibilidad de reinterpretar una disposición a efectos de atribuirle el significado que sea más coherente con los valores últimos y utilitarios del derecho. La derrota de una regla como resultado de una ponderación, en este sentido, es una forma de expresar un significado valorado y no elegido por el aplicador del derecho al momento de interpretar una disposición.

iii. Ilícitos y lícitos atípicos como experiencias recalcitrantes o como lagunas axiológicas

Como se podrá notar, esta forma de entender la noción de derrotabilidad está expresando una idea similar a las aproximaciones antes vistas. Si esto es así, ¿qué nos permite clarificar la noción de ilícitos y lícitos atípicos sobre derrota de reglas? Para ello, partiré por verificar algunas similitudes entre esta propuesta teórica, y la de experiencia recalcitrante (Schauer), y laguna axiológica (Alchourrón y Bulygin).

En primer lugar, la relación entre reglas y principios en la propuesta de Atienza y Ruiz Manero es la misma que entre norma y razón subyacente en Schauer. Ello genera que las

[806] Para ser más preciso, entra en conflicto con normas prescriptivas que poseen una jerarquía material superior. Sobre este punto ver Cap. IV.3.
[807] Ver Cap. II.3,3.3. y Cap.II.3,3.4.

lagunas axiológicas a nivel de reglas den cuenta de la misma idea que expresamos con los casos de experiencia recalcitrante supra incluyente. En términos de Schauer, son supuestos en los que el predicado fáctico identificado no especifica de manera satisfactoria su razón subyacente debido a que tiene un alcance que cubre más tipos de casos de los que debería (para una adecuada especificación, se debe introducir una nueva distinción entre circunstancias en el predicado fáctico).

Como hemos visto, las lagunas axiológicas a nivel de reglas pueden darse debido a un desajuste entre la regla y los principios que la justifican, o entre la regla y otro principio que forma parte del derecho. En Schauer, los primeros supuestos se denominan casos de derrotabilidad interna y los segundo son llamados casos de derrotabilidad externa.

Ahora bien, para Atienza y Ruiz Manero, las reglas sólo pueden ser derrotadas por principios sustantivos jurídicos y nunca por principios sustantivos no jurídicos. Bajo la propuesta de Schauer esta idea es mostrada a través de la distinción entre derrotabilidad interna y externa entendidas como predicados de sistemas normativos[808]. En este sentido, para los autores españoles se admiten supuestos de derrotabilidad interna (o derrotabilidad intrasistémica) y se incluye una directiva interpretativa que prohíbe a los aplicadores del derecho de producir supuestos de derrotabilidad externa (o derrotabilidad extrasistémica)[809].

La propuesta de resistencia de las reglas frente a los principios mediante la aplicación y ponderación de principios institucionales permite mostrar, en los términos de Schauer, el modelo de toma de decisiones que adoptan los autores españoles (esto es, parte de sus tesis prescriptivas sobre cómo identificar normas). Como hemos visto, el aplicador del derecho al tener que tomar en cuenta los principios institucionales expresa que la preferencia por un principio sustantivo jurídico debe ser tan fuerte como para preferirla por sobre las razones para crear reglas.

[808] Como hemos visto, entendida de esta forma la derrotabilidad interna da cuenta de la derrota de una norma jurídica por otra norma jurídica. En cambio, por derrotabilidad externa da cuenta de la derrota de una norma jurídica por una norma no jurídica (por ejemplo, una norma perteneciente al sistema axiológico del aplicador del derecho).
[809] De manera expresa en Atienza, 2012, p. 106.

Esto es una manera de sostener que las reglas no son atrincheradas ni transparentes a los principios. No son atrincheradas, pues admiten supuestos de adecuación al contenido de los principios[810]. No son transparentes, pues los autores sostienen que las reglas ofrecen resistencia frente a los principios. Estamos frente a un modelo transparente sensible a reglas: el aplicador del derecho que identifique un ilícito o lícito atípico, debe considerar si el peso del principio sustantivo (que prevaleció en la ponderación entre principios sustantivos aplicables) es mayor o menor al peso del principio institucional que justifica la regla (en términos de Schauer, «a las razones para la generación de reglas»). Si considera que el principio sustantivo jurídico tiene mayor peso, entonces se debe derrotar la regla (debe realizar una reinterpretación correctora restrictiva). En cambio, si se considera que el principio sustantivo no tiene el peso suficiente para considerarse que debe prevalecer sobre el principio institucional, entonces el intérprete debe aplicar la regla a pesar de que esta genere un resultado sub óptimo.

En segundo lugar, las lagunas axiológicas a nivel de reglas en Atienza y Ruiz Manero operan de la misma manera que los supuestos de laguna axiológica descriptivas en Alchourrón y Bulygin. Cada regla identificada puede ser entendida como una tesis de relevancia identificada a partir de los materiales jurídicos. Como hemos visto, mediante dicha tesis de relevancia se formula una proposición sobre cuáles son las propiedades (descriptivamente) relevantes.

Frente a ello, el aplicador del derecho formula una crítica: sostiene que determinadas propiedades normativamente irrelevantes deberían ser consideradas relevantes. Esta crítica no es formulada (bajo esta propuesta) a partir del sistema axiológico del aplicador del derecho, sino de una interpretación conjunta de todo el material jurídico disponible. En atención a ello, formula, lo que considera, una mejor especificación de los principios que forman parte del derecho. Esta es una manera de decir que el aplicador del derecho está sosteniendo que una propiedad descriptivamente irrelevante en la regla es implícitamente relevante, conforme a los principios del derecho. En este sentido, formula una hipótesis de relevancia descriptiva.

[810] Cabe precisar que resulta correcto decir que en la propuesta de Atienza y Ruiz Manero las reglas deben ser tratadas como atrincheradas respecto a principios sustantivos no jurídicos.

Si lo anterior es correcto, entonces estamos dando cuenta de un caso de laguna axiológica descriptiva: supuesto en el que el aplicador del derecho critica una tesis de relevancia mediante una hipótesis de relevancia descriptiva. Esta es una manera de dar cuenta de una inconsistencia normativa entre dos normas que forman parte del sistema normativo y de una manera de solucionarla: variando la identificación de una de las normas a efectos de que esta contenga un caso genérico más fino.

Como podemos ver, entre estas aproximaciones a la noción de derrotabilidad hay un conjunto de ideas compartidas, variando principalmente, los presupuestos teóricos y la terminología empleada. Ahora bien, ¿qué nos permite poner de relieve la aproximación de Atienza y Ruiz Manero? Considero que esta manera de presenta la noción de derrotabilidad es útil si se pretende mostrar y entender la labor de los juristas como una tarea abocada a identificar normas que sean conformes con un conjunto de valores considerados correctos[811]. Considerar que dentro del sistema normativo operan principios que positivizan valores últimos y utilitarios permite poner de relieve un discurso prescriptivo-moralista: señalar que las reglas deben especificar satisfactoriamente los principios es una manera de expresar que la regulación de la conducta debe ser correcta en un sentido axiológico. Si no lo es, entonces debemos adecuar nuestras reglas a nuestras consideraciones de lo que es moralmente correcto.

4. Derrotabilidad y vaguedad: conexiones y diferencias conceptuales

Para finalizar el presente capítulo es pertinente analizar si la derrotabilidad, entendida desde la teoría de la interpretación, es solo un problema de interpretación en abstracto o si tiene rendimiento explicativo para aclarar nuestras operaciones y los resultados la interpretación en concreto. Para ello dividiré mi análisis sobre este punto en dos partes. En primer lugar, partiré por realizar algunas breves aclaraciones sobre el tipo de problema

[811] Atienza considera que no es posible comprender la justificación de decisiones jurisdiccionales sin adoptar, por lo menos, un objetivismo moral mínimo bajo el cual una decisión correcta es una decisión que cualquier persona razonable tendría que estar de acuerdo. Atienza, 2017c, pp. 195-96. En este sentido, la identificación de reglas es una operación moralmente direccionada a efectos de que estas reflejen, de la mejor manera, los valores finales que (según el propio aplicador del derecho) están incluidos en el sistema normativo.

de vaguedad que analizaré en esta investigación y qué tipo de problemas de vaguedad pueden surgir en la interpretación en concreto. Incluiré en dicha presentación un análisis acerca de si las soluciones a estos problemas son o no casos de derrota de normas (como ha sido entendida en los subapartados anteriores). En segundo lugar, analizaré los vínculos y distinciones conceptuales entre las nociones de vaguedad potencial (*open texture*) y derrotabilidad.

4.1. Vaguedad actual

Parte de los problemas de indeterminación del derecho son generados por la ambigüedad y la vaguedad. La ambigüedad alude a que un término o enunciado lingüístico se le pueden atribuir múltiples significados[812]. En cambio, la vaguedad da cuenta de que un significado no tiene límites determinados respecto de a qué objetos hace referencia[813]. En este sentido, en términos normativos, la ambigüedad afecta a las disposiciones normativas; en cambio, la vaguedad es un problema del contenido conceptual de las normas. En este subapartado solo me voy a ocupar de este este segundo problema (para ser más preciso, de los problemas de vaguedad del contenido conceptual de los antecedentes de las normas).

[812] La ambigüedad puede ser de tres tipos: i) ambigüedad sintáctica (podemos atribuir diversos significados a un texto debido a la estructura sintáctica del enunciado); ii) ambigüedad semántica (podemos atribuir diversos significados a un texto debido a la multiplicidad de convenciones lingüísticas disponibles sobre los términos interpretados); y iii) ambigüedad pragmática (podemos atribuir diversos significados a un texto debido a la multiplicidad de métodos interpretativos y de preferencias ideológicos para elegir una de estas). Chiassoni, 2019b, pp. 225-26. Ver, además, Ródenas, 2001, pp. 66-67. Sobre este punto ver lo señalado al inicio del presente capítulo respecto a las relaciones entre disposición y norma. Para un análisis de la noción ambigüedad y una tipología de problemas que puede generar desde una aproximación formalista ver Pinkal, 1985, pp. 77 y ss.

[813] Von Wright al realizar sus estudios sobre el predicado «bueno» aclaró la distinción en estos términos: «[e]s importante distinguir entre vaguedad y ambigüedad. La primera es una característica de algunos *conceptos* o -podríamos decir- *significados*. La segunda es una característica de algunas *palabras* (y frases). Por esta razón, referirse a algo como "vago y ambiguo" es más bien una manera de hablar equivocada. Pero las dos sugerencias, que el significado de "bueno" es vago y que la palabra "bueno" es ambigua, merecen seria consideración». Von Wright, 2010, p. 46 (cursiva es de origen). En un mismo sentido Alchourrón, 2010 [1996c], p. 171.

La vaguedad ha sido analizada desde distintas aproximaciones[814]. Para los fines de la presente investigación, asumiré que la vaguedad es un problema de indeterminación del lenguaje natural que da cuenta de la duda que posee un hablante nativo o experto respecto a si un concepto es aplicable o no a un determinado objeto[815]. En este sentido, son problemas de las reglas de uso del significado (no dependientes de la información sobre el mundo exterior) que conllevan a dudar, en ciertos casos, sobre si un concepto se aplica o no[816].

Los problemas de vaguedad son detectados, de esta forma, cada vez que al emplear un significado encontramos un caso límite, esto es, un caso en el que el intérprete tiene una duda (que no se debe la ignorancia de hechos o del lenguaje) respecto a si es una

[814] El tratamiento teórico de la noción de vaguedad ha sido abordado por filósofos y por juristas. En este subapartado solo analizaré y emplearé este segundo enfoque. Para un análisis metateóricos de algunas de las principales posturas filosóficas sobre la vaguedad ver: Sorensen, 2018, Williamson, 1994 y, principalmente, Keefe, 2003. Ver, además, Poscher 2012b para una reconstrucción de los enfoques lógico, ontológico, epistemológico y semántico de la vaguedad.

[815] Siguiendo a Gizbert-Studnicki, al entender que la vaguedad es un problema del lenguaje se rechaza la idea de que esta pueda ser producto de un problema de conocimiento (esta forma de entender la vaguedad es llamada vaguedad epistémica). Bajo dicha aproximación, en extrema síntesis, la indeterminación lingüística de los conceptos es entendida como la imposibilidad de conocer la delimitación de la extensión de un concepto generada por la discrepancia entre hablantes de un lenguaje. En este sentido, los autores que siguen esta concepción entienden que la duda respecto a la aplicabilidad de un concepto a un objeto es causada por no compartir el mismo conocimiento sobre el mundo y/o de las reglas de uso del lenguaje. Ver Gizbert-Studnicki, 2000, pp. 136-37. Esta forma de entender la vaguedad es problemática, pues sería confundir la falta de conocimiento empírico y/o teórico con un problema de determinación de la delimitación de los conceptos. Sería como por ejemplo, tratar la duda de si una ballena es un pez o no debido a que no he estudiado biología (para un curioso caso en la jurisprudencia estadounidense con estas variables ver Maurice vs. Judd) como si fuese la misma duda que se posee respecto a si Mijaíl Gorbachov es calvo o no, o tratar como equivalente las dudas respecto a qué significa la palabra «razonabilidad» con la duda de si una pistola de juguete califica o no como arma al ser utilizada en un robo. Como vemos, los problemas de conocimiento refieren a situaciones donde el intérprete carece de suficiencia en el manejo del lenguaje, en cambio, la vaguedad semántica (entendida como un como un problema del lenguaje) designa a un aspecto particular de la relación entre los conceptos y los objetos designados con ellos (la duda respecto a si tal relación se da o no en un determinado caso). Marmor, 2000, p. 85. Para un análisis más exhaustivo del enfoque epistémico (vaguedad como un problema de ignorancia) y del enfoque semántico (vaguedad como problema objetivo del lenguaje) ver Redondo, 1997 y Navarro, 2006, pp. 211 y ss.).
Debo precisar que para los efectos de este subapartado tampoco analizaré la vaguedad pragmática, esto es, los problemas de delimitación de un concepto en función al contexto en el que fue emitido. Al respecto ver Endicott, 2006, pp. 89 y ss.

[816] Luzzati, 1999, p. 117. Luzzati, 1990, p 3. Siguiendo a Guastini, la vaguedad es una propiedad objetiva del lenguaje, de manera que su surgimiento no depende de las técnicas interpretativas, sino que está presente (o, por lo menos, siempre puede estarlo) al emplear un predicado. Guastini, 2018a, p. 71. Cabe resaltar que los problemas de vaguedad son relevantes, además, por poner de relieve lo siguiente: i) no podemos establecer, de manera completa, el alcance de la normas (tendremos duda respecto a su aplicabilidad en los casos límite, sin que ello implique, de antemano, su descarte); ii) las normas pueden guiar a los operadores jurídicos en la mayoría de casos, pero no en absolutamente todos los casos; y iii) el razonamiento deductivo no es apto para solucionar todo problema de aplicabilidad. Al respecto, Susskind, 1987, p. 187. Sobre estos puntos no profundizaré en este subapartado.

instanciación o ejemplificación del concepto, es decir, padecemos de indeterminación[817]. En el caso de las normas jurídicas, ellas padecen de vaguedad debido a que están formuladas con expresiones lingüísticas de manera que los conceptos contenidos en el antecedente y en el consecuente padecen y podrán padecer de casos límite. En el presente subapartado me concentraré, dados los propósitos de la investigación, en los problemas de vaguedad del antecedente.

A efectos de mayor claridad, si un intérprete identifica un caso genérico F contenido en una norma N1 (asumamos, solo a efectos de una adecuada presentación, que es una norma expresa atribuida a una disposición D1), entonces en este se pueden presentar tres tipos diferentes de situaciones de aplicación[818]:

1. Situaciones en las que no hay duda de que F es internamente aplicable (es un caso F);
2. Situaciones en las que no hay duda de que F no es internamente aplicable (es un caso ¬F); y
3. Situaciones en las que no podemos determinar si F es internamente aplicable, es decir, hay dudas no atribuibles a la falta de conocimiento teórico o empírico respecto de si la norma N regula dicha acción o hecho (es un caso que no podemos clasificar como F ni como ¬F, es decir, un caso límite).

Como podemos ver, este tipo de problemas refieren a la imposibilidad de establecer, con absoluta precisión, una delimitación entre si un caso es una instanciación de una noción

[817] En términos de Guibourg, Ghigliani y Guarinoni, «una palabra es vaga en la medida en que hay casos (reales o imaginarios, poco importa) en los que su aplicabilidad es dudosa; o, por decirlo en términos lógico-matemáticos, *no es decidible* sobre la base de los datos preexistentes, y sólo puede resolverse a partir de una decisión lingüística adicional». Ghigliani, Guibourg y Guarinoni, 2003, p. 48 (cursiva es de origen). En un sentido similar Moreso propone la siguiente definición «[u]na expresión lingüística E expresa un concepto vago si y sólo si en algunos casos nos plantea el problema de si un determinado objeto pertenece o no a la referencia de E». Moreso, 1997, p. 108. Como vemos, estoy asumiendo que la identificación de un caso de vaguedad es generada por la presencia de casos límite. Para una interesante crítica a esta perspectiva ver Escher, 2019.

[818] Rodríguez, 2002, p. 365, Nino, 2003, p. 264. Peczenik y Wroblewski, 1985, pp. 26, 32. Dicciotti, 2014, p. 64. Gizbert-Studnicki, 2000, p. 137. Luzzati, 1990, p. 70. Cabe anotar, siguiendo a Diccioti, que en caso una disposición sea ambigua (en la interpretación cognitiva identifiquemos múltiples posibles significados a ser atribuidos), esto implica que cada significado atribuible mediante una interpretación decisoria padece o puede padecer de vaguedad, lo cual implicará, además, una toma de decisión respecto a la especificación de su alcance. Sobre este punto volveré luego.

o si no la es[819]. Los problemas de vaguedad, en este sentido, nos llevan a poner en duda la viabilidad del uso de valores de verdad bivalentes para describir el derecho debido a que los casos límite no serían ni verdaderos ni falsos (para ser más preciso, carecemos de criterios para determinar su valor veritativo)[820]. Ello nos llevaría a la pregunta respecto de si es necesario adoptar una lógica especial para analizar los sistemas jurídicos (una lógica borrosa o *fuzzy,* por ejemplo) debido a que las normas son identificadas mediante un lenguaje que, necesariamente, padece de este tipo de indeterminación. Sobre este punto no profundizaré en esta investigación[821].

Entendida de esta forma la vaguedad (como indeterminación semántica), ello nos lleva a preguntarnos, ¿siempre podemos distinguir entre un caso claro de aplicación de un predicado de un caso límite? La frontera entre los casos claros y los casos límite también pueden padecer de vaguedad, es decir, puede ocurrir que tengamos duda respecto de la clasificación de un caso como un caso límite (en otros términos, tampoco no hay una frontera precisa entre estas nociones). En este tipo de casos hablamos de vaguedad de segundo orden (y de tercer orden y así sucesivamente en cada supuesto que trate de establecerse una demarcación entre predicados)[822]. Sobre este punto, cabe anotar que la

[819] Cabe precisar que los problemas de vaguedad, además, podrán ser de mayor grado (nociones muy vagas) o de menos grado (nociones poco vagas). Como bien lo precisa Bayón «en el límite todos los términos son (al menos potencialmente) vagos no equivale en modo alguno a decir que todos son igualmente vagos. Dicho de otro modo: si llamamos "zona de penumbra" al conjunto –a su vez borroso– de objetos de los que no sabríamos decir con certeza si están incluidos o excluidos de la denotación de un término, éste será tanto más vago cuanto mayor sea su zona de penumbra». Bayón, 1996b, p. 44.

[820] A efectos de aclarar este punto veamos el ejemplo que Alchourrón y Bulygin proponen a partir de una antigua regulación del Código de Comercio alemán. En dicho cuerpo normativo se diferenciaba entre contratos celebrados entre presentes, y contratos celebrados entre ausentes. Tiempo después se inventó y popularizó el teléfono, ante lo cual surgió el problema normativo ¿qué tipo de contrato son aquellos celebrados mediante el teléfono? ¿son entre presentes o ausentes? Alchourrón y Bulygin, 2012, p. 163. Este sería (para aquel momento) un caso límite en el cual la proposición «el contrato celebrado entre Víctor y Patricio telefónicamente es un contrato entre presentes» no sería ni verdadera ni falsa.
Como vemos, de esto se sigue que una proposición puede ser verdadera, falsa o ni verdadera ni falsa. Si aceptamos esto, entonces que una proposición no sea verdad no podría ser tomada como equivalente como falsa. Para ver un análisis más exhaustivo de este punto ver Moreso, Navarro, Redondo, 2003.

[821] Para un análisis sobre las razones para emplear y no emplear las lógicas borrosas en el derecho ver Mazzareze, 1996. Asimismo, Luzzati, 1999, pp. 122-24. Palladino y Palladino, 2007, pp. 155-62.

[822] Adaptando una propuesta de Rodríguez, se puede ilustrar la vaguedad de segundo grado con el siguiente cuadro:

<table>
<tr><td rowspan="2">Caso claro de p</td><td rowspan="2">Caso claro de p</td><td>Caso claro de p</td></tr>
<tr><td>Caso limite de segundo orden: duda si es un caso claro de p o un caso límite</td></tr>
<tr><td rowspan="2">Caso claro de ¬p</td><td rowspan="2">Caso límite: duda si es un caso de p o de ¬p</td><td rowspan="2">Caso límite: duda si es un caso de p o de ¬p</td></tr>
</table>

forma de solucionar una vaguedad de segundo grado será la misma que adoptemos para solucionar una de primer grado, por lo que al dar cuenta de los métodos de solución de problemas de vaguedad estaré señalando, a la vez, cómo resolver este tipo de problema.

Ahora bien, ¿en qué supuestos tenemos un caso límite? Este tipo de problema se manifiesta de diferentes formas. Al respecto, podemos diferenciar los distintos casos de vaguedad en función de la fuente de la indeterminación y del carácter actual o potencial del problema. Cabe precisar que por vaguedad potencial (casos de textura abierta u *open texture)* se entiende la característica de los significados según la cual siempre podrán presentar casos límite, es decir, es un problema de indeterminación reducible, pero no eliminable. Como bien señala Isabel Lifante[823], la *open texture* y la vaguedad actual no son términos homogéneos: hacen referencia a distintos tipos de un mismo problema de indeterminación conceptual. Sobre ellos volveré líneas más adelante. Paso ahora a dar cuenta de los diferentes tipos de problema de vaguedad actual.

4.1.1. Tipos de vaguedad según la fuente del problema[824]

Retomemos un punto visto líneas atrás. Los conceptos están compuestos por una intensión y una extensión. La intensión da cuenta de las propiedades que determinan la regla de uso de un concepto (nos permiten identificar un individuo o un atributo). La extensión, en cambio, alude al conjunto de objetos a los que es aplicable el concepto (se

	Caso claro de ¬p	
		Caso límite de segundo grado: duda si es un caso claro de ¬p o un caso límite
		Caso claro de ¬p

La segunda columna ejemplifica un caso de vaguedad y la tercera columna un caso de vaguedad de segundo orden. Rodríguez, 2002, p. 370. Como vemos, también será posible que entre un caso límite de segundo grado y un caso límite tengamos dudas respecto qué tipo de caso sea. En este escenario tendríamos un caso de vaguedad de tercer grado y así sucesivamente.

[823] Lifante, 1999, p. 199.

[824] Cabe resaltar que en la literatura jurídica especializada no son muchos los estudios sobre los diferentes tipos de casos de vaguedad. En este subapartado seguiré las propuestas de Lifante, 1999, pp. 203-206, Poscher, 2012b, pp. 131-133, Kiel y Posher, 2017, pp. 3-4, y Gizbert-Studnicki, 2000, pp. 138-142 Para una clasificación distinta ver Marmor, 2000. Ver, además, Hospers, 1997, pp. 22-24 y Waldron, 1994, pp. 516 y ss. Para un estudio metateórico de las distintas formas de clasificar la vaguedad desde una aproximación lingüística ver Hyde, 2007, pp. 16 y ss.

clasifican bajo un determinado concepto debido a que presentan determinadas propiedades). La extensión de un concepto, de esta forma, está determinada por la intensión, es decir, si modificamos las propiedades, ello incidirá en el conjunto objetos que poseen este nuevo conjunto de propiedades: cuantas más propiedades contenga la intensión menor será su extensión, y cuantas menos propiedades contenga la intensión será mayor su extensión.

La vaguedad, como problema de indeterminación semántica, puede afectar a estos componentes. En este sentido, cabe diferenciar entre vaguedad intensional o extensional. La vaguedad intensional es una noción que da cuenta de los casos en los que carecemos de certidumbre respecto a cuáles son las propiedades que forman parte de la intensión. Esto es, no podemos determinar de manera exhaustiva el conjunto de propiedades con los que formamos una clase. La vaguedad extensional, en cambio, da cuenta de los casos en los que carecemos de certidumbre respecto de cuáles son los objetos a los que es aplicable el concepto[825]. Siguiendo el punto del párrafo anterior, la vaguedad extensional es dependiente de la vaguedad intensional en el sentido de que si un concepto es intensionalmente vago, también lo será extensionalmente. Sin embargo, si un concepto es extensionalmente vago, no necesariamente lo será intensionalmente (pero, como veremos más adelante, reducir este tipo de vaguedad requiere modificar la intensión del concepto)[826].

A efectos de entender qué tipo de situaciones generan los problemas de vaguedad (y, con ello, entender cómo solucionarla), hemos de identificar cuáles son las causas de los casos límites. Es decir, hemos de analizar las fuentes de la vaguedad intensional. ¿Cómo se

[825] Ángeles Ródenas presenta con claridad esta distinción: «[h]ablamos de vaguedad extensional cuando no está claro el campo de aplicación de un concepto y de vaguedad intensional cuando no está claro el conjunto de rasgos que lo caracterizan». Ródenas, 2012, p. 29.

[826] Atienza, 1985, pp. 18-20. Guastini, 2010a, p.89, pie de pag. 21. Este punto es, además, bien ilustrado por Fine quien señala que, si de la intensión se genera la posibilidad de extensión (de tener criterios de identificación se sigue que tenemos objetos a ser identificados con ellos), entonces de la vaguedad intensional se sigue la posibilidad de vaguedad extensional. Una manera de presentar esto es a partir del mundo actual y mundos posibles: la vaguedad extensional da cuenta de un caso límite en el mundo actual y la vaguedad intensional de todas las posibilidades de tener casos límite, esto es, en todos los mundos posibles (por ejemplo, tendremos casos límite de «calvo» incluso si viviéramos en un mundo de personas que son claramente peludas o claramente carentes de pelo). Fine, 1975, p. 266. En este mismo sentido, Hyde, 2007, pp. 24, 39. Como bien señala Lifante, la vaguedad intensional y extensional no son problemas independientes, sino que uno es consecuencia del otro. En este sentido, ella apunta (considero con acierto) que es pertinente entender esta distinción como diferentes perspectivas desde las que se puede dar cuenta de un mismo problema de indeterminación semántica de los conceptos. Lifante, 1999, p. 210.

presenta este tipo de supuestos? Un caso límite puede presentarse como un problema de individualización o como un problema de clasificación de un determinado objeto[827].

Los problemas de individualización se presentan en casos en que tenemos dudas respecto de la precisa delimitación de un concepto, esto es, sobre cuáles son sus precisas fronteras. Por ejemplo, tendremos dudas respecto de en qué parte de la tierra empieza una montaña o en qué parte del cielo comienza una nube. A nivel jurídico, por ejemplo, podemos tener dudas respecto en qué fragmento específico de tierra empieza un bosque (y, con ello, el régimen jurídico aplicable a este).

En este tipo de situaciones, la indeterminación es reducida introduciendo nuevas propiedades en la intensión del concepto a efectos de delimitar, con mayor precisión, el límite entre un caso subsumible y uno no subsumible. Siguiendo el ejemplo del bosque, introducimos una propiedad que nos permita afirmar a partir de qué fragmento de la tierra empieza la calificación de bosque.

Los problemas de clasificación se presentan en casos en que tenemos dudas respecto de si un determinado objeto es o no una instanciación o ejemplificación de una propiedad contenida en el antecedente. Este tipo de problema se puede presentar como un problema de clasificación gradual o como un problema de clasificación combinatorio. Veamos cada uno de ellos y cómo se manifiestan en normas jurídicas:

i. Los problemas de clasificación gradual (o cuantitativos)

Este tipo de problema da cuenta de la duda sobre el grado de presencia que debe poseer una propiedad en un caso individual para calificarlo como una instanciación o ejemplificación de la norma (esto es, como subsumible). En este sentido, este tipo de dificultad refiere a un caso límite producido por la falta de precisión (una línea clara y divisoria) entre casos que son instanciaciones o ejemplificaciones y casos que no lo son.

Este tipo de problema de clasificación es usualmente ilustrado con la paradoja de sorites o del montón. Imaginemos que nos entregan una cantidad de granos de algún tipo y

[827] Poscher, 2012b, p. 131.

decidimos organizarla en grupos de distinta cantidad. El primer grupo, asumamos, estaríamos dispuestos a calificarlo como un montón de granos. El siguiente grupo tiene un grano menos, el subsiguiente otro menos y así sucesivamente hasta que el último grupo solo contiene un gramo, el que claramente no es un montón de granos. El problema aquí está en la duda respecto de cuántos granos agrupados son necesarios para calificarlos como «montón» y cuántos son necesarios para calificarlo de «no montón». La falta de una línea divisoria entre estos dos escenarios nos deja con casos límite en los cuales tendremos duda respecto de si un conjunto con una determinada cantidad de granos es un montón o no[828].

Ahora bien, ¿qué es lo que hace un intérprete al momento de solucionar un problema de vaguedad gradual? Llevará a cabo un proceso reinterpretativo en el cual realizará, por lo menos, las siguientes acciones: i) una decisión valorativa respecto de si incluir el objeto dentro del alcance del caso genérico, excluirlo, o crear una nueva noción para calificarlo; y ii) tomar una decisión justificada[829] de elegir y emplear esta nueva norma[830].

---

[828] Sobre este tipo de vaguedad Guastini explica que un concepto «es vago siempre que la pregunta ¿a qué cosa se refiere? Admita una respuesta dudosa. Es obviamente vago, por ejemplo, un predicado como joven (¿Cuántos años deben tenerse para no seguir siendo joven?) o como calvo (¿Cuántos cabellos necesitan perderse para ser calvo?). Pero, para ofrecer un ejemplo más pertinente, es igualmente vago un predicado como "compraventa". Por compraventa se entiende, grosso modo, el intercambio de mercancías por dinero. Supongamos que el precio medio de una mercancía X en el mercado sea 100. El intercambio de X por 10 constituye seguramente de X por 99 o 101, 98 o 102, y quizás también 95 o 105. Pero el intercambio de X por 1 ya no es de una compraventa: es una donación (de X) disimulada. Y el intercambio de X por 1000, igualmente, no es una compraventa: es una donación (de dinero), disimulada. Pero, ¿hasta qué punto puede subirse o bajarse el precio para que exista una verdadera compraventa? Si 95 y 105 son precios razonables, lo serán también 93 y 107, 92 y 108, y así por el estilo. ¿en qué punto debemos detenernos?, ¿en qué momento la compraventa pasa a ser una donación disimulada?». Guastini, 2010c, p. 62. Cabe anotar, siguiendo a Moreso, que este tipo de razonamiento, además, dependen de su grado de tolerancia a que pequeños cambios no afecten la aplicabilidad del concepto, pero no está determinado a partir de que momento dicha aplicabilidad se pierde. Moreso, 1997, p. 110.

[829] Un punto de discusión relevante sobre este punto es si la decisión del juez es discrecional o no y, en caso de serlo, que tan discrecional. Al respecto, usualmente se considera que el argumento de la equidad o parecido entre casos es una forma o bien de eliminar la discrecionalidad o considerar que esta es una discrecionalidad débil. Considero que este argumento es problemático. Siguiendo a Keil y Poscher, los jueces al momento de resolver un problema de vaguedad se guían (entre otras razones), por la equidad, esto es, tratar a casos similares de la misma manera, pero esta es solo una manera de trasladar el problema a otro nivel. En efecto, el problema de indeterminación es el mismo, pues «similares» es un predicado que padece de vaguedad gradual. En este sentido, los discursos sobre la equidad no son suficientes para descartar que las soluciones que ofrezcan los jueces para resolver este tipo de criterios son discrecionales. Keil y Poscher, 2012, p. 12.

[830] Sobre cómo reconstruir y analizar un proceso reinterpretativo ver lo señalado en Cap. II.2. En términos formales, como bien nos esclarece Ratti, los casos límite pueden solucionados mediante la extensión o reducción del alcance de la norma. Si fuese el caso que tenemos una norma N1 (p->Oq), esta puede ser refinada (como resultado de una reinterpretación) de dos maneras: i) vía extensión del antecedente, esto es, generar ((p.s)->Oq); o ii) vía reducción del antecedente, esto es, generar ((p.s)->¬Oq). Con la extensión se llega al mismo resultado que una norma derivada de N1, ergo, no sería relevante, pues su presencia o

Este proceso reinterpretativo puede resultar, por lo menos, en uno de estos dos productos: en una modificación del antecedente o en la creación de una nueva noción con la que se clasifique este conjunto de casos límite que conlleve emplear otro término para clasificar el objeto. En relación con la primera opción, el intérprete incluye o excluye un caso individual del alcance de un caso genérico a través de un proceso de especificación en el antecedente a efectos de determinar, ahora con mayor precisión, la extensión del caso genérico. En este sentido, podemos solucionar un caso límite incorporando una nueva propiedad en el caso genérico (que permitirá determinar que el caso individual es un caso dentro del alcance o fuera de este). En otros términos, este tipo de indeterminación se resuelve mediante el refinamiento.

Por ejemplo, si tenemos una norma que establece un derecho solo para las personas con discapacidad intelectual, será necesario establecer un criterio que delimite qué personas califican como personas con discapacidad intelectual (PcDI) y personas que no tienen discapacidad intelectual (¬PcDI). Para ello, usualmente los países emplean criterios médicos, en específico, la métrica del coeficiente intelectual (CI) de manera que a partir de un determinado CI califican de un tipo o no. En este sentido, para resolver un caso límite incluiremos una nueva propiedad en el caso genérico a efectos de incluir o excluir del alcance al conjunto de personas que califican dentro de un caso límite[831]. Cabe precisar que esta vía es una manera de reducir la vaguedad, pero no podemos eliminarla (o, mejor dicho, no podemos erradicar su potencialidad)[832]. Sobre este punto en particular volveré en el próximo subapartado.

---

ausencia no es determinante para la calificación jurídica. Con la reducción la propiedad s introducida es relevante, pues su presencia conlleva una variación de la calificación jurídica. Ratti, 2013a, p 184.

[831] Cabe poner de relieve que resolver un problema de vaguedad gradual solo se sigue que habremos determinado si a un individuo se le aplica o no un predicado, pero únicamente eso. Los resultados de tal operación pueden ser aceptables o inaceptables desde algún criterio de corrección. Por ejemplo, en el caso Atkins vs. Virginia de la Corte Suprema de los Estados Unidos se determinó que las personas con discapacidad intelectual no podrían ser condenadas a la pena de muerte. El predicado «persona con discapacidad mental» se aplica a toda persona que posee un CI de 70 o menos, lo que conlleva que toda persona con un CI de 71 puede ser enviada la pena de muerte. La delimitación del predicado, de esta forma, no implica que las razones para excluir a las personas con discapacidad intelectual no sean aplicables a personas con CI de 71, pero sobre este tipo de casos y de discusiones volveré en otro capítulo.

[832] En términos de Alchourrón y Bulygin, la vaguedad «puede ser reducida considerablemente gracias al uso de conceptos técnicos, introducidos por medio de definiciones explícitas, que estipulan expresamente sus reglas de aplicación, pero no desaparece nunca del todo. Siempre cabe la posibilidad de que se presente un objeto atípico e insólito que escape a las reglas de aplicación del concepto, por más minuciosas y numerosas que ellas sean» Alchourrón y Bulygin, 2012, pp. 48-49.

Los casos límite respecto a si una persona es una persona con discapacidad intelectual o no, como vemos, se resuelven a través de la especificación o refinamiento del antecedente (incorporando una propiedad que establezca que lo son si tienen un CI con menos de X puntos)[833]. Esto permite poner de relieve un aspecto relevante: la solución de un caso de subsunción individual en situaciones de vaguedad gradual se realiza, como bien apunta Lifante, introduciendo razones universalizables que van más allá del caso particular[834].

Este aspecto nos lleva a un punto interesante: los problemas de subsunción individual pueden ser generalizados como problemas de subsunción genérica. En efecto, la fundamentación por incluir o no a una persona que está en un caso límite de persona de discapacidad intelectual como PcDI o como ¬PcDI requiere refinar uno los casos genéricos. En este sentido, si tenemos que (p->PcDI) se resolverán los casos límite que de ella se generen refinando su antecedente de esta forma (p.r->PcDI) a efectos de tener una delimitación más precisa del caso genérico. De esta forma, al introducir una especificación en el antecedente se generará una especificación en la extensión (delimitándose aun más los objetos a los cuales hace referencia)[835].

La fundamentación para incluir o no a una persona en la norma que otorga derechos específicos a las PcDI llevará a verificar si las propiedades que tal sujeto posee forman parte de la extensión o no dicha norma. En este sentido, como bien anota Ruiz Manero, una subsunción individual siempre se justifica en una subsunción genérica[836].

---

[833] Dentro de la categoría persona con discapacidad intelectual podemos introducir nuevas propiedades a efectos de distinguir entre grados (leve, moderada y profunda). Entre los distintos grados, sin duda, podemos tener casos límite que se solucionaran especificando aún más el antecedente del caso genérico.

[834] Lifante, 2018b, pp. 114-115. Como bien anota Ratti, resolver problemas de vaguedad siempre requiere de reinterpretación: demanda la reformulación de una norma en otra norma. Ratti, 2013a, p. 186.

[835] Si optamos por excluir, como bien señala Diccioti, esto implica reemplazar una norma N1 con una norma N2 con un alcance más reducido. Este punto nos lleva a considerar a que cuantos más casos límites sean identificados entonces más serán las posibles normas entre las cuales elegir para solucionar esta indeterminación. En este sentido, el autor nos propone considerar a manera de ejemplo, un supuesto en el que se hayan identificado tres casos límite (C1, C2, y C3) ante lo cual tendremos las siguientes posibles interpretaciones-producto entre las cuales podrá elegir el intérprete: i) norma N1 aplicable a C1, C2, y C3; ii) norma N2 aplicable a C1 y C3, pero no a C3; iii) norma N3 aplicable a C1, pero no a C2 ni a C3; iv) norma N4 aplicable a C2, pero no a C1 ni a C3; v) norma N5 aplicable a C3, pero no a C1 ni a C2; vi) norma N6 aplicable a C2 y C3, pero no a C1; vii) norma N7 que excluye todos los casos límite (no se aplica a C1, C2, ni a C3). Diciotti, 2014, p. 64.

[836] Dicho autor sigue el clásico ejemplo de la norma «si vehículo, entonces prohibido estacionarse en el parque». Si tenemos un sujeto con una bicicleta y tenemos dudas respecto a si dicho medio de transporte es un vehículo (estamos frente a un caso límite), entonces tendremos que refinar la noción de vehículo (para excluirlo o incluirlo) y, tras ello, podremos saber si una bicicleta es un vehículo a través de una subsunción genérica. Ruiz Manero, 2018a, p. 259. En un sentido similar Rodríguez, 2002, p. 366, Atienza, 2005, pp. 133-34, Lifante, 1999, p. 215. Rodríguez y Sucar, 2003, p. 130.

La segunda opción para resolver este problema de indeterminación semántica es que el intérprete introduzca una nueva categoría a efectos de clasificar el conjunto de casos límites. Isabel Lifante, en este sentido, recoge la propuesta de Mario Bunge de solucionar los problemas de vaguedad gradual mediante la incorporación de categorías de transición, esto es, incluir nuevos predicados que sirvan para clasificar un nuevo tipo de caso se sitúa entre la presencia y ausencia de un determinado predicado. En este sentido, por ejemplo, entre «examen aceptable» y «examen inaceptable» se puede crear la categoría de transición de «examen mediocre»[837] para resolver un caso límite.

ii. Problemas de clasificación combinatorios (o cualitativo)

Los problemas de clasificación combinatorios (o cualitativos) dan cuenta de los problemas de duda sobre cuál es el conjunto de propiedades necesarias que un determinado objeto debe poseer para poder ser calificado como una instanciación o ejemplificación de un concepto contenido en el antecedente de una norma. En otros términos, da cuenta de los casos límite generados en los que un objeto posee unas propiedades y no otras, y tenemos dudas (no atribuibles a nuestro conocimiento empírico ni teórico) sobre si, de su verificación, se sigue la aplicabilidad de un concepto[838].

En estos casos estamos ante nociones complejas que se construyen a partir de la concurrencia de la aplicabilidad de diversos predicados[839]. Siguiendo a Hospers, los casos límites son producidos por las múltiples combinaciones de propiedades a las cuales todos

[837] Lifante, 1999, p. 207. Cabe agregar, siguiendo a esta autora, que al momento de crear una categoría de transición lo que hacemos, además de clarificar cómo clasificar un determinado conjunto de objetos, es multiplicar los problemas de vaguedad (tendremos nuevos casos límite que surjan entre esta nueva categoría y las viejas categorías).
[838] Poscher, 2012b, p. 132. En términos de Nino: «no siempre la designación de una palabra está constituida por propiedades que sean, cada una de ellas, aisladamente considerada, necesarias para el uso del término. A veces algunas de las propiedades relevantes para el uso de cierta palabra pueden estar ausentes y, sin embargo, usarse lo mismo tal término (sic), dada la presencia de otras propiedades relevantes». Nino, 2003, p. 265. Como podemos ver, a diferencia de la vaguedad gradual (falta de límites precisos entre la aplicación y la no aplicación de un predicado), la vaguedad combinatoria da cuenta de la indeterminación semántica generada por la existencia de condiciones de aplicación lógicamente independientes, pero respecto de las cuales no podemos hacer distinciones lo suficientemente aguadas para determinar cuáles combinaciones de estas son necesarias y/o suficientes para aplicación del predicado y cuales no. Hyde, 2007, pp. 16-17.
[839] Waldron, 1994, p. 519. Conforme a este autor, el problema recae respecto en la falta de acuerdo respecto a qué combinación de predicados es necesaria para determinar el alcance de la noción. En otros términos, la duda es producto de que entre todas las posibles combinaciones no hay (dependiendo del caso) propiedad o conjunto de propiedades que todos los objetos compartan; sin embargo, dicha noción se aplica todos estos objetos por poseer alguno de estos.

estaríamos dispuestos a considerar como instanciaciones de un mismo concepto. En este sentido, podríamos tener un caso en el que se ha identificado la intensión de un concepto como el conjunto de propiedades necesarias (pero no conjuntamente suficientes) A, B, C, D y E. Al respecto, tenemos dos objetos: el primero posee las propiedades A, B y C, pero no las propiedades D y E; y el segundo posee las propiedades B, C, D y E, pero no la propiedad A[840]. En ambos podemos tener la duda si es aplicable el concepto debido a que carecemos de un único criterio de aplicabilidad[841].

Ahora bien, ¿qué es lo que hace un intérprete al momento de solucionar un problema de vaguedad combinatoria? Estipulará una definición, es decir, determinará el contenido del caso genérico. En este sentido, de todas las posibles combinaciones de propiedades establecerá cuál (o cuáles) de estas serán empleadas para determinar el alcance de la norma.

Pensemos por ejemplo en que tenemos una norma que prescribe «prohibido los castigos crueles». Tenemos un problema de vaguedad combinatoria respecto a qué objetos hacen referencia los castigos crueles dado que tenemos dudas respecto a cuáles son las propiedades del caso genérico. Un ejemplo jurisprudencial de cómo resolver estos casos límite de vaguedad es la sentencia Luisiana ex rel. Francis vs. Resweber de la Corte Suprema de Estados Unidos. En la década de los años 40 del siglo XX un menor de edad

[840] En un mismo sentido Diciotti, 1999, p. 369. Bayles explica con claridad este punto empleando como ejemplo un concepto *cluster*. Imaginemos que hay una regla que dice que, si una persona se encuentra en la situación S, entonces ella debe realizar la acción A. Supongamos que S tiene cinco características definitorias, de las cuales ninguna es necesaria. S se aplica si cuatro o cinco de estas características están presentes, pero no si solo una o dos están presentes. Si hay tres características presentes, entonces es incierto que una situación sea del tipo S. Bayles, 1992, p. 86.
Sobre este punto, Poscher considera que la vaguedad combinatoria pueda ser entendida como un caso de especial de ambigüedad. Ello debido a que las diferentes combinaciones de propiedades necesarias pueden ser presentadas como diferentes sentidos o significados de un mismo texto, de manera que sería un problema del término y no de la noción. Sería especial dado que los diferentes sentidos compartirían algunos casos en su extensión, pero no la misma combinación de propiedades en su intensión. Poscher, 2012b, p. 132. Sobre este punto no profundizaré en esta investigación.

[841] Como vemos, este tipo de problema da cuenta de la duda que posee un intérprete respecto a qué propiedades debe verificar en un objeto a efectos de poder subsumirlo en un concepto. Un ejemplo interesante citado por Isabel Lifante, (2018b, p. 115, pie de pág. 5), es el caso del proceso a Rita Maestre. Sucedió en el año 2011 que Rita Maestre, junto a un gripo de personas, ingresó a una capilla a efectos de realizar una protesta pacífica en la que se quitó la camisa quedándose en sujetador. Por dicho acto se le pretendió aplicar el artículo 524 del código penal español el cual señala que «en templo, lugar destinado al culto o en ceremonias religiosas ejecutare actos de profanación en ofensa de los sentimientos religiosos legalmente tutelados». En atención a este punto tenemos un problema de vaguedad combinatoria respecto a cuáles son las propiedades necesarias a verificar para estar ante un caso de profanación (y, tras ello, si es el caso que andar con un torso descubierto sin que ello implique interrumpir ningún rito religioso es un acto de profanación).

afroamericano fue condenado a muerte por medio de la silla eléctrica. Durante su ejecución ocurrió que la silla eléctrica no descargó la electricidad suficiente, de manera que se frustró el acto en aquel momento y se ordenó al verdugo que lo intente por segunda vez en otra fecha. En este escenario la Corte tuvo que analizar la constitucionalidad del acto (considerando la prohibición de castigos crueles[842]) que una persona pueda ser sometida dos veces a la silla eléctrica, concluyendo, por la mínima mayoría, que sí. Se argumentó, entre otros puntos, que la crueldad que prohíbe la constitución es respecto a la metodología del castigo (hay métodos que están prohibidos y otros permitidos), y que el sufrimiento que padezca una persona al momento de matarla no era una propiedad relevante. Entre la diversidad de posibles combinaciones de propiedades para entender crueldad, como vemos, para esta Corte no resultó relevante el dolor generado por la angustia de tener que esperar la muerte por segunda vez ni enviar a la pena de muerte a un menor de edad[843].

Como podemos ver, para resolver un problema de vaguedad combinatoria se toma una decisión respecto a cuál es la intensión del concepto, esto es, en términos normativos, cuáles son las propiedades contenidas en el caso genérico. Dicho de otra forma, resolvemos los problemas de duda respecto a cuál es la extensión mediante la determinación de la intensión.

Sobre este punto cabe hacer una precisión en relación con cómo se resuelve la vaguedad intensional (tanto la generada por problemas de clasificación gradual como la combinatoria) con la identificación normas[844]. Para resolver esta indeterminación será necesario modificar el conjunto de propiedades contenido en el antecedente, es decir, identificar una nueva norma. Si esto es correcto, entonces los problemas de vaguedad y los de indeterminación normativa están vinculados[845].

---

[842] Contenida en la Enmienda VIII a su Constitución: «[n]o se exigirán fianzas excesivas, ni se impondrán multas excesivas, ni se infligirán castigos crueles e inusuales».

[843] Para un análisis de este caso empleando una concepción constructivista de la interpretación ver García Yzaguirre, 2016.

[844] Núñez Vaquero, 2017a, pp. 200 y ss.

[845] Sobre este punto, Ratti ha señalado con precisión la vaguedad es fuente de incompletitud por cuanto: i) no es posible determinar con precisión el alcance de las normas, en tanto, hay casos que tendremos dudas respecto a si son subsumibles o no; y ii) todas las normas están afectadas por la vaguedad, de manera que todas tendrán que ser definidas con un predicado más preciso cada vez que se trate de solucionar este problema. Ratti, 2013a, p. 302. Para clarificar el punto i) pensemos en un ejemplo famoso: si tenemos la norma «si vehículo, entonces prohibido ingresar en el parque» y una persona ingresa con unos patines (y consideramos que patines es un caso límite de vehículo), entonces este caso individual no estará regulado

Conforme con lo señalado hasta el momento, los problemas de indeterminación semántica son solucionados modificando las propiedades contenidas en el antecedente. En efecto, los problemas de calificación de casos individuales son una forma menos generalizada de presentar un problema de indeterminación del caso genérico. Cabe anotar, en este sentido, que esta indeterminación no es la misma que la generada por una laguna normativa (caso genérico que carece de solución normativa). En este tipo de supuestos la indeterminación depende de la relación entre el mundo y el lenguaje empleado para comunicar normas.

Los casos límite o conjunto de casos individuales no normativamente calificados pueden ser incluidos o excluidos de una clasificación jurídica, mediane un acto de determinación. Para ser más preciso, el intérprete será quien introduzca una nueva norma (una que contiene un antecedente más fino que una norma ya contenida en el sistema normativo o una que prevé un nuevo predicado) con el propósito de: i) incluirla dentro de un predicado y que se le aplique una consecuencia normativa ya prevista en el sistema normativo; ii) excluirla de un predicado; o iii) crear un nuevo caso genérico sin solución[846].

4.1.2. Vaguedad actual y derrotabilidad

La indeterminación semántica producida por la vaguedad intensional (la cual es producto de problemas de identificación o problemas de clasificación gradual o combinatorio[847]) y

(no está prohibido que ingrese) ni no regulado (no está permitido ni obligado). Para determinar qué calificación normativa posee el ingreso con patines, será necesario resolver previamente el problema de indeterminación semántica a través de la formulación de una nueva norma que defina los límites de la noción vehículo.

[846] En el supuesto de la introducción de una categoría de transición este punto se muestra con mayor claridad. En el ejemplo señalado de creación de la categoría «examen mediocre», formulada para clasificar los casos límite que se generan entre «exámenes aceptables» y «exámenes inaceptables» lo que estaría haciendo el intérprete es crear una laguna normativa y solucionarla mediante una norma implícita. Se estaría creando un caso genérico sin solución, de manera que, si bien solucionamos el problema de indeterminación semántica, de esta forma el intérprete crea un problema de incompletitud en el sistema jurídico. Con relación a cómo la solución de problemas de vaguedad puede generar lagunas normativas ver Moreso, Navarro y Redondo, 2002, pp. 62

[847] Debo anotar que es posible que tengamos problemas de clasificación complejos, esto es, casos genéricos compuestos por propiedades que padecen de más de un problema de indeterminación. Por ejemplo, dos o más propiedades contenidas en el caso genérico padezcan de vaguedad gradual, o tengamos duda respecto

la extensional se refieren a problemas de aplicabilidad interna de una norma a un determinado caso individual. Dicha indeterminación es reducida modificando la intensión del concepto o, en términos normativos, modificando el alcance del caso genérico (de manera más precisa, cambiando de caso genérico como resultado de una reinterpretación). ¿Hay algún vínculo conceptual entre esta noción y la derrotabilidad de las normas?

Entre la noción de vaguedad y derrotabilidad solo podemos identificar vínculos aparentes, pues ambas son nociones que dan cuenta de problemas diferentes. Se puede sostener que ambos conceptos, en cierto punto, dan cuenta de la imposibilidad de determinar un conjunto de propiedades necesarias y suficientes del antecedente de una norma condicional. Pero esta es una afirmación imprecisa y poco clara.

Como hemos visto líneas atrás, la noción de derrotabilidad (desde la teoría de la interpretación) da cuenta de un tipo de actos y de resultados interpretativos que varían el alcance de un caso genérico[848]. Desde este punto de partida, podemos ver que, de haber algún vínculo con la noción de vaguedad, esta tendría que ser con la vaguedad intensional, pero no con la vaguedad extensional.

La vaguedad extensional se refiere a la indeterminación del conjunto de casos individuales sobre cuáles son los casos individuales que forman parte de la referencia del caso genérico contenido en la norma. Los casos de derrotabilidad, como vemos, no son un problema de la extensión del caso genérico contenido en el antecedente, sino de una modificación de la calificación normativa de una acción o estado de cosas (una variación del caso genérico). Como podemos ver, versan sobre problemas distintos[849].

---

a qué propiedades deben presentarse y, las que elijamos, padezcan de vaguedad gradual. En estos casos tomaremos soluciones complejas, pero sin variar el elenco de posibilidades de solución antes señalado.

[848] Conforme veremos a lo largo de la presente investigación, esta misma idea es presentada desde distintas aproximaciones y empleando diferentes lenguajes teóricos. Como bien señalé en el primer capítulo, la noción de derrotabilidad da cuenta o bien de una variación del alcance o bien de una pérdida de fuerza de una norma. En este momento solo me enfocaré en verificar los vínculos y diferencias entre la vaguedad y la derrotabilidad desde una aproximación interpretativista. No obstante, como veremos en cada apartado, las conclusiones a sostener en este momento se siguen para el resto de formas de entender la derrotabilidad.

[849] Un camino para sostener que hay vinculación entre la vaguedad extensional y la derrotabilidad está en sostener que para reducir la vaguedad extensional es necesario modificar la intensión. Esto solo sería una manera de reconducirnos a la vaguedad intensional. A efectos de mayor precisión, como he señalado anteriormente siguiendo a Lifante, si entendemos la vaguedad extensional y la intensional como aproximaciones distintas a un mismo problema de indeterminación semántica, entonces la aproximación extensional es irrelevante a los problemas de la derrotabilidad, salvo en las formas en que es reducida.

En relación con la vaguedad intensional, la vinculación es aparente. Las similitudes radican en los métodos de solución de las problemáticas a las que se enfrentan, esto es, modificar el caso genérico de una norma. Si entendemos la derrota de una norma como la exclusión de un tipo de caso del alcance de la norma, entonces ello implica que el caso previamente estaba regulado por la norma. En cambio, en un supuesto de vaguedad intensional el problema radica en la duda respecto de la subsumibilidad del caso individual en un caso genérico. En este sentido, si sostenemos que estamos frente a un problema de vaguedad de la norma, ello quiere decir que no estaba claro que el caso individual fuese subsumible.

La noción de derrotabilidad da cuenta de la variación de la calificación normativa de un determinado tipo de caso individual que se subsume en un caso genérico. En cambio, la noción de vaguedad se refiere a los problemas de clasificación e individualización de un caso límite en un caso genérico (lo que conduce a problemas de indeterminación de en qué norma será subsumido).

Los problemas de vaguedad son problemas de delimitación precisa de un caso genérico, es decir, de duda respecto de si un conjunto de casos individuales (los casos límite) si son o no subsumibles en este. En otros términos, resolver un caso de vaguedad implica poder calificar un caso límite dentro de un determinado predicado. En cambio, los actos de derrota implican disociar propiedades contenidas en caso genérico a efectos de excluir una determinada propiedad (o subconjunto de propiedades) del alcance de la norma[850]. Como bien lo explica Ratti, los presupuestos de ambos problemas son distintos: la derrotabilidad puede ocurrir en casos de aplicabilidad clara y precisa de una norma; en cambio, la vaguedad es un problema de indeterminación semántica[851].

[850] Como bien señala Velluzzi, preguntarse acerca de la posibilidad de derrotar una norma significa haber determinado el significado de la declaración regulatoria y luego posiblemente reducir su alcance. Velluzzi, 2008, pp. 506-07. En este sentido, siguiendo el ejemplo de Hart de la norma que prohíbe vehículos en el parque y queremos excluir de dicha prohibición a las ambulancias, entonces la derrotabilidad da cuenta de que una ambulancia es un vehículo, pero está exenta de la prohibición, no que la ambulancia no sea un vehículo.

[851] Ratti, 2013a, pp. 122, 303. En un mismo sentido Rodríguez y Sucar, 2003, pp. 133. Núñez Vaquero, 2017a, p. 263, pie de pág. 37.

Veamos con mayor precisión este punto diferenciando los métodos de reducción de la vaguedad con la forma en que se realiza un acto de derrota. Consideremos los tres métodos vistos para reducir un problema de vaguedad actual: refinamiento, introducción de un nuevo predicado y definición estipulativa.

El refinamiento del antecedente (producto de una reinterpretación restrictiva) como método de solución problemas de vaguedad intensional (empleado para reducir la indeterminación generada por problemas de identificación y de clasificación gradual) pareciera señalar una concurrencia con el tipo de operaciones que realizan los intérpretes al momento de derrotar una norma, pero esta sería una vinculación meramente aparente. Los métodos de solución de vaguedad nos permiten resolver si un caso límite será subsumible o no dentro de un determinado caso genérico[852]. En cambio, los actos de derrota parten de la premisa de que un conjunto de casos individuales es regulado por un caso genérico, pero estos han de ser excluidos de su alcance. En este sentido, la derrota conlleva excluir un determinado conjunto de casos de la regulación de un caso genérico.

Este punto, además de diferenciar ambas nociones, nos permite introducir una precisión relevante: no todo caso de refinamiento de un antecedente es un caso de derrotabilidad[853]. El refinamiento puede ser empleado a efectos de lograr dos tipos de resultados diferentes: i) se refina a efectos de excluir un determinado caso individual que, previo a esta operación, era subsumible en el caso genérico; y ii) se refina a efectos de poder resolver un problema de vaguedad, de manera que con la incorporación de la nueva propiedad en el caso genérico podremos deducir si el caso individual (el caso límite) está dentro o fuera del alcance de la norma. Si bien la operación es la misma, el problema y resultado para su empleo son diferentes. En otros términos, el refinamiento puede ser empleado a efectos de delimitar casos genéricos (resolver un problema de vaguedad) o para excluir casos de la regulación de un caso genérico (realizar un acto de derrota)[854].

---

[852] Como bien anotó Luzzati, la reducción de la vaguedad es equivalente a aumentar la precisión de una expresión lingüística, es decir, a restringir las delimitaciones conceptuales a efectos de disminuir el número de casos límite. Luzzati, 1990, p. 83.

[853] Quiero agradecer a Álvaro Núñez Vaquero por ayudarme a aclarar este punto.

[854] Como ya había señalado previamente, podemos diferenciar entre interpretación restrictiva como resultado de reducir el alcance de una norma o como resultado de excluir de la referencia a un determinado objeto para solucionar un caso de vaguedad (convertir un caso límite de ni F ni ¬F en un caso claro de ¬F). Esto se corresponde con los sentidos de refinamiento que diferencio en el texto principal y permite poner de relieve que no toda interpretación restrictiva (ni todo refinamiento) puede ser entendido como un caso de derrota de norma. Sobre este punto ver Guastini, 2018a, pp. 277-278. Guastini, 2018b, p. 284.

En cuanto a la introducción de un nuevo predicado y a la estipulación (empleadas para reducir la indeterminación generada por problemas de clasificación gradual y clasificación combinatoria respectivamente), estas tampoco inciden en la exclusión de un objeto de un caso genérico. Al crear un nuevo predicado y al definir estipulativamente lo que hacemos es dejar fuera del ámbito de aplicación al objeto de un predicado que, hasta ese momento, considerábamos vago en relación con dicho objeto. Hemos resuelto el problema definiendo que ese predicado era irrelevante para describir el objeto y que era necesario introducir un nuevo predicado para poder dar cuenta de este. Esta forma de reducir la vaguedad de los predicados es una forma de excluir un caso individual del ámbito de aplicación de la norma. Esto pone de relieve la diferencia con la noción de derrotabilidad, dado que, conforme con lo visto a lo largo del presente capítulo, los casos de derrota son formas de reducir el alcance de la norma, no de lidiar con objetos irrelevantes para la norma.

Para finalizar este subapartado, es menester reiterar que, a efectos de poder derrotar una norma, será necesario que en el caso genérico no padezca de indeterminación semántica en relación con el caso individual que se pretende excluir (o, de manera más precisa, de variar su calificación normativa). Es decir, para derrotar debemos tener certeza respecto de la aplicabilidad (interna) del caso genérico analizado. Sin embargo, lo impredecible o lo inimaginable nos puede llevar a que, en un determinado momento, lo que considerábamos que era un caso de aplicabilidad (interna), pase a ser un caso límite. En relación con este problema pasaré a analizar la noción de vaguedad potencial (*open texture*) y cómo se vincula con la noción de derrotabilidad.

4.2. Open texture

En las siguientes líneas voy a abordar, de forma breve, la noción de *open texture* a efectos de analizar sus vínculos conceptuales con la noción de derrotabilidad. Al respecto, cabe precisar que, en la literatura especializada, esta noción ha sido empleada de manera ambigua. Para un adecuado análisis, partiré por precisar su contenido conceptual

propuesto, inicialmente, por Frederick Waismann y luego por H.L.A. Hart, dada la relevancia teórica que ambos autores han tenido en la materia. No pretendo ser exhaustivo respecto al debate sostenido sobre la viabilidad de la tesis hartiana de *open texture*, sino que mi propósito es más austero: analizar si hay o no vínculos entre la noción de *open texture* y la de derrotabilidad.

4.2.1. Aproximaciones a la noción de *open texture*

i. *Open texture* de Frederick Waismann

Frederick Waismann acuñó el término *open texture* en su artículo «*Verifiability*»[855] para dar cuenta de los problemas de vaguedad potencial de las palabras. Este autor fue un cercano colaborador de Wittgenstein, enfocándose en la discusión propuesta sobre este último (con relación al punto que nos interesa) sobre la conexión entre significado y circunstancias inusuales: de manera más precisa, aborda la pregunta sobre cómo las circunstancias inusuales pueden alterar el significado y su comprensión[856]. Es en este contexto en que las ideas de Waismann forman parte de una discusión sobre el método de verificación y las dificultades que este puede generar.

El método de la verificación, como lo propone Waismann, consiste en establecer una conexión entre dos enunciados de manera que de un enunciado se siga otro enunciado que lo describe (crea una regla de inferencia entre ellos). Para ilustrar, el punto el autor nos propone que imaginemos una bola de metal y la tarea de averiguar si está o no cargada de electricidad. Para hacerlo, tendríamos que emplear un electroscopio, y si vemos que las hojas de oro se mueven, emitiremos el enunciado «las hojas de oro del instrumento se separan». Al hacer esta descripción, se hace una verificación del enunciando «la bola está electrificada», es decir, hemos creado una regla de inferencia que me permite pasar del enunciado «la bola está electrificada» a otro que describe la situación observable. Esta

[855] Waismann, 1968, p. 41.
[856] Bix 2012, p. 194. Para una reconstrucción de la discusión filosófica de fondo entre Wittgenstein y Waissmann sobre este punto ver Narvaez, 2002-2003, pp. 220-28.

propuesta pretendería dar cuenta de la manera en que son usados los conceptos empíricos[857].

Uno de los principales problemas del método de la verificación es la imposibilidad de tener definiciones totalmente completas con las que podamos describir el mundo[858]. Como bien señala Carrió[859], es iluso pensar que los criterios de uso de las palabras sean suficientes para describir toda situación habida y por haber, pues solo pueden considerarse como propiedades excluidas de un término aquellas propiedades o características posibles que fueron consideradas, pero no podemos decir ello de las que no fueron valoradas. Aquellas propiedades no consideradas no están excluidas y cuando estas se presenten lo que hacen es generar dudas respecto de la forma en que hemos construido el concepto.

Waismann nos pone el siguiente ejemplo: imaginemos que se nos pide verificar el enunciado «hay un gato al lado». Para satisfacer tal requerimiento vamos al cuarto de al lado, lugar en el que nos encontramos un ser al que estaríamos dispuestos a llamar gato por su apariencia física. Además de ello, lo tocamos y oímos maullar, todo lo cual parece confirmar que estamos frente a un gato. ¿Qué pasaría si la criatura empieza a crecer a un tamaño gigantesco o si notamos que tiene la capacidad de revivir de entre los muertos? ¿Estaríamos dispuestos a seguir describiéndolo como «gato»?[860]

El problema consiste en que no podemos delimitar los conceptos por completo para todos los supuestos habidos y por haber. Como vemos, estamos frente a un problema de la limitación de las personas para construir un lenguaje que le permita dar cuenta de toda situación posible en el mundo. Siempre cabe la posibilidad inevitable de que exista una situación imprevista que motive a modificar nuestra definición. En otros términos, no hay definición precisa que evite que en algún momento dudemos, pues no podemos prever todas las posibles situaciones del mundo existentes y por existir. Este es el punto: con la

[857] Waismann, 1968, p. 39-40.
[858] Lifante, 1997, p. 290.
[859] Carrió, 2006, p. 35.
[860] Waismann, 1968, p. 41. Cabe anotar que las situaciones de *open texture* también fueron detectadas por Austin, pero él no profundizó sobre esta. Señaló «"[e]star seguro de que es real" no es una prueba contra los milagros o los fenómenos de la naturaleza más que cualquier otra cosa lo es o, *sub specie humanitatis*, lo pueda ser. Si nos hemos asegurado de que es un jilguero, y un jilguero real, y luego en el futuro hace algo asombroso (explota, cita a la señora Woolf, o cosas por el estilo), no decimos que estábamos equivocados al decir que era un jilguero, *no sabemos qué decir*». Austin, 1975, p. 96. Cursiva agregada.

noción de *open texture* se pretende dar cuenta de la imposibilidad de tener conceptos absolutamente precisados[861].

De esta forma se introduce una distinción conceptual entre la *open texture* y la vaguedad. La primera es un problema relativo a la indeterminación potencial de los conceptos[862]. En cambio, la vaguedad alude a la indeterminación semántica actual, es decir, a dudas respecto de si un determinado hecho es subsumible o no en el concepto[863].

ii. *Open texture* de H.L.A. Hart

Hart emplea el término *open texture* por primera vez en el capítulo VII de El Concepto de Derecho, publicado en 1961[864], con una referencia explícita, pero equívoca a Waismann[865]. En dicho texto propone, dicho en extrema síntesis, distinguir entre un núcleo claro de significado semántico de los conceptos de una zona de penumbra (problemas de indeterminación semántica o vaguedad actual). Posteriormente, en 1970

---

[861] Waismann, 1968, p. 41. El término *open texture*, señala el autor, es una traducción propuesta por William Kneale del término en alemán «*Porosität der Begriffe*» cuya traducción directa al español sería «porosidad de los términos».

[862] Jorge Rodríguez y German Sucar clarifican este punto: «sucede como consecuencia de que a veces no hay reglas que puedan prever todas las situaciones imaginables que, de acaecer, nos harían incluir o excluir las propiedades que delimitan la intensión del concepto en cuestión. Esto es, no se puede prever que no surja una propiedad relevante que modifique el dominio de aplicación del concepto, lo cual equivale a decir que el concepto no tiene un dominio definido». Rodríguez y Sucar, 2003, p. 128. Ver, además, Endicott, 2006, pp. 73 y ss.

[863] Lifante, 1999, p. 290. En un mismo sentido Schauer, 2004, pp. 94-95. En términos de Waismann, la *open texture* refiere a que nunca podemos eliminar la duda o la indeterminación semántica, esto es, todas las nociones son posiblemente vagas (vaguedad potencial). A diferencia de ello, la vaguedad alude a indeterminación de aplicación o no de un concepto a un caso, pero ambos son fenómenos conocidos y previsibles. La primera no tiene cómo ser remediada (un concepto siempre es corregible). En cambio, la segunda puede ser solucionada, como hemos visto, refinando o creando nuevas categorías. Waismann, 1968, p. 42.

En términos de Waldron, la vaguedad actual da cuenta de la pregunta ¿cuáles son los casos límite del predicado P? y la vaguedad potencial de la duda ¿siempre podemos imaginarnos casos límite para el predicado P? Waldron, 1994, p. 523. La diferencia entre vaguedad actual y la *open texture*, de esta forma, es que la primera refiere a una perspectiva estática del problema de la vaguedad y la segunda a una perspectiva dinámica. Iturralde, 2014, p. 110.

[864] Cabe precisar que la idea fue expuesta inicialmente en 1958 en su artículo *Positivism and the Separation of Law and Morals,* pero sin emplear el término «*open texture»*. En este artículo introduce el famoso ejemplo de la regla que prohíbe llevar un vehículo a un parque público para ilustrar el punto de que debe haber un núcleo estable de significado y, a la vez, una zona de penumbra para englobar a los casos dudosos a mérito de que las palabras contenidas en las reglas no son obviamente aplicable o inaplicables. Para decir que estos casos son cobijados o no por la regla, ello será producto de una toma de decisión del aplicador del derecho. En este punto sigo la traducción contenida en Hart, 2016, pp. 45-46.

[865] En su nota Hart parte indicando que «[la] textura abierta de las reglas formuladas verbalmente». Esta parece una afirmación problemática, pues el punto de Waismann no era sobre formulaciones verbales, sino sobre problemas del método de verificación a conceptos empíricos.

con la publicación del artículo *Jhering's heaven of concepts and modern analytical jurisprudence*[866], termina de explicar los diversos sentidos que se pretende expresar con este término, texto en el cual, además, adopta por completo las ideas de Waismann. Veamos estos puntos.

En «El concepto de Derecho», Hart parte de la premisa de que el derecho emplea reglas generales contenidas en la legislación y los precedentes como medios para regular la conducta de las personas. Las normas contenidas en el texto provisto tanto por las leyes como por las sentencias son identificadas a partir de su significado semántico. Tras dicha identificación, las normas serán empleadas para resolver todo caso que se le presente al aplicador del derecho. En este punto, Hart propuso que la argumentación deductiva no sirve, en todas las instancias, para resolver casos particulares con este tipo de reglas debido a que padecen de problemas de indeterminación semántica[867]. En efecto, la identificación de normas se realiza empleando un lenguaje natural en el que se usan términos que no son precisos en todo escenario, y que existen casos en los cuales su aplicación es dubitativa (lo que aquí se ha llamado casos límite).

Tenemos, por un lado, casos claros en los cuales la aplicación del concepto para clasificar un objeto no genera incertidumbre, pues existe un acuerdo generalizado de que dicho objeto es un ejemplo de aplicación del concepto o de no aplicación. Por el otro lado, existen casos límite en los que hay indeterminación respecto de si es un caso de aplicación o de no aplicación de la norma. Estos últimos son supuestos en los cuales el lenguaje contenido en la legislación genera que el aplicador del derecho deba elegir entre si se

[866] Emplearé la versión traducida en Hart, 1994.
[867] Hart, 1994, p. 155. Hart abordó principalmente los problemas que ocurren en la legislación y no se ocupó con profundidad de los problemas en materia de precedentes. Sobre este punto Bayles identifica tres rasgos del uso de precedentes que se pueden adecuar a su teoría hartiana sobre la indeterminación: i) no existe método para determinar reglas sobre la base de un precedente, aunque las sumillas en los *law reports* suelen ser suficientes para precisar la guía de conducta; ii) no hay elaboración formal de la regla jurisprudencialmente creada, pero una formulación es generalmente aceptada a ser adecuada para cierto tipo de casos; y iii) a pesar de que una regla pueda ser apoyada por precedentes, las Cortes pueden apartarse de ella mediante el *distinguishing* del caso (implica que una característica que previamente era ignorada es agregada a las condiciones de aplicación del término) o llevando a cabo una restricción y precisión de la aplicación de la regla (característica previamente requerida en las condiciones de aplicación es dejada de lado). Bayles, 1992, p. 87. Sobre el punto iii) profundizaré más adelante.

aplica o no el concepto, esto es, realice un acto de creación normativa[868]. Los primeros serán los casos claros y los segundos están en una zona de penumbra o de *open texture*[869].

Para ilustrar el punto, Hart propone pensar en una regla que prohíba vehículos en un parque. El significado de «vehículo» es aplicado de manera clara (lo que quiere decir que está dentro del espacio semánticamente determinado) a un automóvil. En cambio, será dubitativo pensar si el concepto se aplica al uso de patines en el parque, pues este es un caso límite de vehículo. Si este se aplica será decisión discrecional del aplicador del derecho[870].

Según Hart, los conceptos padecen de una zona de penumbra (*open texture*) que es generada, según este autor, por dos fuentes: i) ignorancia de los hechos, esto es, imposibilidad de conocer el número de propiedades existentes y sus posibles combinaciones; y ii) ignorancia de cómo regularíamos un hecho impensado, esto es, imposibilidad de conocer nuestros propósitos, como producto de nuestro desconocimiento de las circunstancias posibles de aplicación[871].

Hasta el momento, la *open texture* hartiana está dando cuenta de dos ideas. En primer lugar, que los conceptos tienen zonas de penumbra, es decir, casos en los cuales un hablante experto del lenguaje tiene dudas respecto de si es correcto aplicar o no un determinado concepto a un objeto (vaguedad actual). En segundo lugar, estas zonas de penumbra son resueltas por los aplicadores del derecho, quienes deben tomar la decisión respecto de si aplican o no el concepto (creación discrecional del derecho para solucionar casos de vaguedad actual).

---

[868] Hart, 1994, p. 156.

[869] Si las normas son identificadas a través del contenido semántico de las palabras empleadas para formular las disposiciones, entonces el intérprete debe realizar para ello un acto de descubirmiento. En casos de vaguedad actual (o zona de penumbra o de *open texture* en la terminología hartiana), el aplicador del derecho puede crear nuevas normas de manera discrecional. De esta forma, como hemos visto anteriormente, Hart es el proponente de una versión modera de cognitivismo intepretativo: la tesis de la vigilia.

[870] En este punto la noción de *open texture* y la de vaguedad actual, como podemos ver, colapsan complementante. Como bien señala el propio Hart, en este tipo de situaciones estamos en casos de vaguedad gradual («A veces la diferencia entre el caso típico claro, o paradigma, del uso de una expresión, y los casos discutibles, es sólo una cuestión de grado»), o de vaguedad combinatoria («A veces la desviación respecto del caso típico no es una mera cuestión de grado, sino que surge cuando el caso típico es de hecho un complejo de elementos normalmente concomitantes pero distintos, alguno o algunos de los cuales pueden faltar en los casos debatibles. ¿Es un bote volador un "buque"?» Hart, 1994, p. 4).

[871] Lifante, 1999, pp. 281-282. Hart, 1994, p. 160. Harašta y Šavelka, 2015, pp. 164 y ss.

Esta forma de entender la *open texture* es diferente del sentido empleado por Waismann. La primera da cuenta de la vaguedad actual; en cambio, el segundo refiere a problemas de vaguedad potencial. La diferencia entre el ejemplo de los patines en el parque de Hart y de la criatura que revive de los muertos con apariencia de gato de Waismann está en que podemos imaginarnos los patines, mientras que ello no puede ser realizado con la criatura (es impensable que me voy a topar en la calle con un zombi)[872].

Para eliminar la indeterminación de la regla sobre vehículos, el intérprete puede emplear alguno de los métodos vistos en el subapartado anterior. De esta forma, Hart tenía en mente (en «El concepto de Derecho») un problema distinto al de Waismann, pero no totalmente alejado[873].

De acuerdo con lo expuesto hasta el momento, se ha criticado la tesis de que los conceptos jurídicos sean precisos y cerrados, en el sentido de que puedan ser reconstruidos mediante condiciones necesarias y suficientes. En este sentido, no se podrá señalar con certeza, ante todo caso individual (real o ficticio, presente o futuro), si son un ejemplo o no de un concepto jurídico[874]. Esto solo podría hacerse por un ser que tenga conocimiento de un mundo en el que las propiedades son y serán siempre finitas y cognoscibles, un espacio en el que todo es conocido y especificado en una regulación. Pero, como bien señala Hart, las personas no somos dioses ni tenemos este conocimiento de todas las posibles combinaciones de propiedades que en el futuro pueden presentarse. De nuestro desconocimiento se sigue que los conceptos son abiertos (el conjunto de propiedades que

[872] En este punto incurro en una imprecisión solo por intentar presentar de manera simple la diferencia entre ambos conceptos. El ejemplo del gato no es un caso impensable, justamente por estar indicado en el texto (lo que presupone, obviamente, pensarlo). La diferencia entre los problemas de vaguedad actual y la potencial está en que la potencial nos permite describir uno de los posibles problemas que tendremos los usuarios del lenguaje al intentar describir una circunstancia inédita e inimaginable. En este punto sigo a Schauer, 2013b, p. 202. Schauer, 2004, pp. 92-96.

[873] Con esta tesis de *open texture* del derecho Hart pretende cuestionar las tesis del realismo jurídico americano. Entre los diversos puntos que aborda, tomemos atención al punto que este autor le atribuye a dicha teoría de negar la existencia de reglas al momento de considerar que no existe tal cosa como un área que circunscriba la *open texture*, pues toda decisión jurisdiccional no está sometida a ningún supuesto claro o indubitable. Hart les imputa a los realistas la idea de que del hecho que no podamos anticipar todos los escenarios posibles de aplicación (una regla sin *open texture*), entonces no hay tal cosa como reglas. Esta tesis es rechazada, pues del hecho de que las reglas tengan excepciones no posibles de ser enunciadas de manera previa y exhaustiva (en el supuesto en el que el resultado de la decisión ante un caso de indeterminación sea la no aplicación del concepto) no se sigue que no haya supuestos claros de aplicación. Una regla que concluye con la expresión «a menos que» sigue siendo una regla. Hart, 1994, pp. 139. Sobre este punto ver Narvaez, 2002-2003, p, 230-31.

[874] Hart, 1994, p. 113.

componen el antecedente de la regla de uso del concepto no está clausurado) y que cuando surja un caso límite hemos de tomar una decisión nueva, lo cual nos puede llevar a reelaborar nuestro concepto jurídico[875].

Volvamos al problema de la indeterminación de propósitos, entendida como la incertidumbre sobre qué postura regulativa hubieran tenido los legisladores ante un hecho futuro imprevisible o impensado. Frente a este problema, sostiene Hart[876], podríamos adoptar una actitud de «congelamiento» del significado, esto es, asumir como determinadas y ciertas algunas condiciones y que cada vez que estas se presenten ello sea suficiente para que el caso individual sea una ejemplificación del concepto, con independencia de cualquier otra propiedad que el caso pueda tener. En otros términos, asumir ciegamente el significado que se posee y tratar como irrelevante cualquier circunstancia que pueda presentarse en el futuro (es decir, renunciar a cualquier ampliación del alcance del antecedente de la regla de uso del concepto)[877].

Finalmente cabe precisar que Hart empleó un nuevo sentido de *open texture* en *Jhering's heaven of concepts and modern analytical jurisprudence,* ampliando el abanico de posibles sentidos atribuibles a dicho término. En este artículo, el autor retoma la crítica a quienes postulan la idea de conceptos compuestos por condiciones necesarias y suficientes, ahora enfocándose tanto en el realismo jurídico americano como en la tesis de la jurisprudencia de conceptos. En este contexto Hart señala, con relación al punto que nos interesa en este momento, que no es posible eliminar el problema de no poder construir reglas lingüísticas adecuadas para todas las posibilidades, pues no hay manera de delimitar los conceptos en todas las direcciones habidas y por haber. Esta idea, señala expresamente el autor, fue propuesta por Waismann bajo los términos *Porosität der Begriffe,* traducidos al inglés como *open texture*[878]. En otras palabras, además de reiterar la idea de vaguedad semántica y de la distinción entre núcleo y zona de penumbra de los

[875] Hart, 1994, p. 114.
[876] Hart, 1994, pp. 114-115.
[877] Sobre tal renuncia Hart advierte «*[w]e shall be forced by this. technique to include in the scope of a rule cases which we would wish to exclude in order to give effect to reasonable social aims, and which the open-textured terms of our language would have allowed us to exclude, had we left them less rigidly defined. The rigidity ofour classifications will thus war with our aims in having or maintaining the rule*». Hart. 1994, p. 130.
[878] Hart en este punto cita un ejemplo propuesto por el propio Waismann para ilustrar el contenido del concepto creado, lo cual pone de manifiesto el estar adoptando dicho sentido como contenido del término *open texture*. Hart, 1994, pp. 118-119.

conceptos, el término *open texture* también incluye (ahora adecuadamente citado) la noción construida por el autor vienés.

De esta forma, la expresión «*open texture*» en Hart es sumamente ambigua: i) refiere a problemas de vaguedad actual; ii) es una metáfora para dar cuenta del poder de creación del derecho por parte de los aplicadores del derecho en casos de zona de penumbra (introducir o eliminar propiedades a efectos de reducir o ampliar el alcance del concepto); y iii) refiere a problemas de vaguedad potencial. Tanto el sentido i) y iii) refiere a problemas del lenguaje natural, mientras que el sentido ii) se refieren a situaciones en las que un juez puede actuar discrecionalmente para resolver los problemas de indeterminación semántica.

4.2.2. Distinción entre *open texture* y derrotabilidad

Los problemas de *open texture* o de vaguedad potencial no generan retos adicionales a los de vaguedad actual[879]. Están dando cuenta del mismo problema de indeterminación: la imposibilidad de establecer una delimitación precisa respecto de a qué objetos se hace referencia con un determinado concepto (la *open texture*, en este sentido, es una forma de presentar los problemas de vaguedad intensional[880]). En términos normativos, ambos aluden a que no podemos delimitar todos los casos subsumibles a un caso genérico. Dicho en extrema síntesis: el problema de la vaguedad da cuenta de que no podemos determinar todos los casos individuales que se subsumen en un caso general; y el problema de la vaguedad potencial da cuenta de que no podemos determinar todos los casos límites que pueden presentarse.

Retomando el punto visto en el subapartado anterior, entre la noción de derrotabilidad y *open texture* puede considerarse una vinculación por ser ambos conceptos empleados para

[879] Como bien señala Ratti, «la textura abierta demanda la reformulación de una norma en otra norma, por medio del rechazo o de la aceptación de la relevancia de una propiedad "marginal" cualquiera, y de la consiguiente decisión acerca de las consecuencias lógicas de la norma originaria». Ratti, 2013a, p. 186.
[880] Sobre este punto ver Capentier, 2014, pp. 521 y ss.

criticar la idea de que es posible conceptos con condiciones necesarias y suficientes[881]. Sin embargo, ambas nociones ponen de relieve dicho punto por razones diferentes y con métodos de solución diferente. Al respecto, paso a señalar cada diferencia en función al sentido de *open texture* identificado.

La *open texture* entendida como vaguedad potencial es un problema del lenguaje, por lo tanto, es un rasgo necesario de los conceptos jurídicos. Esta noción está vinculada con la idea de derrotabilidad, según Brian Bix, porque los criterios para justificar una conclusión con respecto a la aplicación de un término empírico pueden ser derrotados por evidencia adicional que manifieste casos extremadamente raros, pero no colapsan entre sí[882]. Esta conexión conceptual, como hemos visto, no es del todo correcta. El primer concepto está basado en la idea de incertidumbre (o posible indeterminación para ser más precisos), mientras que el segundo se basa en cómo reducir el alcance de un caso genérico a efectos de variar la calificación normativa de un determinado conjunto de casos individuales.

Si entendemos *open texture* como problema de vaguedad actual volvemos a la discusión del subapartado anterior, de manera que no insistiré en dichos puntos. En cuanto a la *open texture* entendida como una metáfora para dar cuenta de los actos de creación del derecho por parte de los jueces como medio para reducir la indeterminación semántica, cabe hacer una precisión: ello daría cuenta de los actos de delimitación del caso genérico, pero no de exclusión de casos[883].

---

[881] Sobre este punto, Luzzati aclara que la derrotabilidad y la noción de *open texture* (entendida como vaguedad potencial), si bien son nociones diferentes, ponen de relieve un mismo punto: el lenguaje del derecho está abierto a las variaciones de la experiencia. Les diferencia está en que la derrotabilidad daría cuenta la no aplicación de una norma a un caso aplicable y la *open texture* de la incertidumbre respecto a casos límite que no puede ser solucionada con indagación empírica. Luzzati, 2018, pp. 333-34. En este mismo sentido, Schauer recurre a la expresión «open texture del derecho» a efectos de dar cuenta de de los poderes y facultades de los jueces para variar el conjunto de propiedades contenidos en el caso genérico de una norma. Schauer, 2013b. Este sería cambiar de sentido al término *open texture* a efectos de hacerlo colapsar con la noción de derrotabilidad que nos interesa, pero no estaría hablando de un problema de vaguedad.

[882] Sobre este punto cabe precisar que Hart propuso una aproximación propia respecto a cómo entender el carácter derrotable de las normas. Este punto será profundizado en Cap. III.3,3.1., pero cabe precisar en este momento que para dicho autor podemos diferenciar en el antecedente de las normas entre condiciones de aplicación y condiciones derrotantes, siendo estas últimas condiciones que, de ser verificadas, entonces se excluye la aplicación de la norma. Bajo esta aproximación a la derrotabilidad, tampoco hay una vinculación entre esta y la *open texture*. En efecto, la *open texture*, entendida como una metáfora respecto a la discrecionalidad de los jueces para crear derecho, daría cuenta del acto de introducción de nuevas propiedades en el antecedente y la derrotabilidad, desde esta aproximación, daría cuente cómo operan las condiciones derrotantes o negativas. Sobre este punto, Bix, 2012, p. 200.

[883] Para una opinión en contrario ver Booning, 1966, p. 375.

Cabe volver a resaltar que la *open texture* (entendida como vaguedad actual y vaguedad potencial) es un problema de los lenguajes naturales. Por el contrario, con la noción de derrotabilidad se pretende dar cuenta de cómo los intérpretes modifican el alcance de las normas. Cada noción de cuenta de problemas y de soluciones diferentes.

CAPÍTULO III
DERROTABILIDAD Y ESTRUCTURA DE NORMAS

1. Introducción

En el presente capítulo analizaré y criticaré las propuestas teóricas que emplean la noción de derrotabilidad como parte de discusiones sobre cuál es la mejor manera de presentar la estructura de las normas[884]. Ello en dos sentidos: como noción que nos permite aclarar un tipo de condición en el antecedente (condición derrotante o excepción) y como noción que nos permite especificar un tipo de norma condicional (norma con un antecedente o con una conectiva debilitada).

Para tales efectos, dividiré el análisis en tres apartados. En la sección 2 presentaré algunas clarificaciones y precisiones con dos propósitos: i) identificar, brevemente, a qué aluden las discusiones sobre la estructura de normas, y ii) aclarar cuáles son los elementos estructurales de las normas relevantes al momento de discutir sobre derrotabilidad. Para alcanzar este segundo objetivo, formularé precisiones para aclarar algunas propuestas de distinción entre excepciones y sobre excepciones implícitas[885].

En la sección 3 analizaré las aproximaciones a la noción de derrotabilidad que la entienden como un concepto que nos permite identificar un tipo de condición dentro del antecedente de las normas. De manera más precisa, analizaré dos aproximaciones diferentes, pero vinculadas entre sí: por un lado, las propuestas que entienden la derrotabilidad como una forma de señalar que el antecedente de las normas está compuesto por conceptos jurídicos sujetos a excepciones que no pueden ser determinadas *ex ante* a la aplicación del caso. Por el otro lado, analizaré las propuestas que entienden la derrotabilidad como una noción que clarifica el efecto que poseen determinados actos procesales y probatorios del demandado sobre la pretensión del demandante.

[884] Debo precisar que el análisis del presente capítulo estará centrado, principalmente, en normas prescriptivas, esto es, normas empleadas para guiar la conducta de sus destinatarios.
[885] Debo precisar que volveré sobre estos puntos en el Cap. IV.2 y 3.

Por último, en la sección 4 analizaré la aproximación a la noción de derrotabilidad que la entiende como un concepto que nos permite aclarar un tipo de norma condicional: normas que poseen un antecedente compuesto por condiciones contribuyentes para el consecuente. Para ello me concentraré en analizar, dada su trascendencia en la literatura especializada, la propuesta de Carlos Alchourrón.

Como veremos, el punto compartido por todas estas aproximaciones a la noción de derrotabilidad es teorizar sobre cómo están estructuradas las normas. Dentro de esta discusión, como veremos, la noción de derrotabilidad, desde la teoría de la estructura de las normas, ha sido empleada para: i) diferenciar entre tipos de propiedades contenidas en el antecedente; y ii) caracterizar formas de entender las normas condicionales.

2. Estructura de las normas: nociones y distinciones relevantes

Como hemos visto en los capítulos anteriores, para los efectos de la presente investigación entiendo por norma al significado atribuido a una disposición (norma expresa) o una construcción jurídica (norma implícita), por la cual se correlaciona un caso genérico a una consecuencia normativa. De esta forma, entiendo que las normas como estructuras condicionales que se componen (en términos generales) de tres elementos: un antecedente, una conectiva que de cuente de la relación de implicación y un consecuente normativo. El antecedente está compuesto por el caso genérico que incluye una propiedad o conjunto de propiedades relevantes combinadas[886]. La conectiva que da cuenta de la relación de implicación se refiere al tipo de conexión que se pretende expresar entre el antecedente y el consecuente[887]. Finalmente, el consecuente da cuenta de una acción o actividad deónticamente modalizada que ha de ejecutarse tras verificarse (en un caso individual) las propiedades contenidas en el antecedente.

[886] Sobre esta noción ver lo señalado en Cap. II.3,3.4. Como ya se ha advertido anteriormente, la terminología a emplear para denominar a cada componente estructural de la norma varía conforme al autor. Por ejemplo, Schauer llama al antecedente «predicado fáctico» (Schauer, 2004, p. 82), MacCormick utiliza la etiqueta «hechos operativos» (MacCormick, 1978, p. 43), Shlag opta por «disparador» (Shlag 1985, p. 381) y Gottlieb le llama «prótasis» (Gottlieb, 2020, p. 48, de igual forma Twining y Miers, 2010, p. 90). Para los propósitos de esta investigación utilizaré «antecedente» para dar cuenta al conjunto de propiedades que determinan el alcance de una norma.
[887] Sobre esta profundizaré en Cap. III.4.

Cabe precisar que el orden de estos elementos es determinante respecto al tipo de norma condicional que se pretende dar cuenta. De manera breve, el debate sobre representar la estructura de las normas condicionales jurídicas se ha caracterizado por dos posturas en competición: la concepción puente y la concepción insular de normas[888]. Sobre estas profundizaré un apartado posterior[889].

Para los fines de este capítulo, en el presente subapartado presentaré algunas nociones y distinciones sobre cómo están estructuradas las normas. Ello con el propósito de clarificar algunos puntos relevantes sobre la discusión sobre la estructura de normas y, posteriormente, emplear estas nociones para esclarecer las aproximaciones a la noción de derrotabilidad que han incidido sobre la identificación de elementos estructurales de las normas. En este sentido, no pretendo hacer una reconstrucción exhaustiva de las discusiones sobre cómo han sido entendidas las normas condicionales en la literatura especializada[890], únicamente pretendo aclarar algunas herramientas conceptuales que me permitirán esclarecer aún más las discusiones sobre este tipo de aproximaciones a la noción de derrotabilidad.

Asimismo, dentro de las discusiones sobre la estructura de normas la literatura especializada en derrotabilidad se suele presentar esta noción de manera vinculada a la noción de excepciones. Esto es, como un concepto teórico que nos permite o bien identificar excepciones, o bien clarificar las operaciones por las que creamos excepciones. Ahora bien, previo a profundizar sobre este punto es menester preguntarse qué quiere decir «excepciones».

Para estos propósitos pasaré a presentar breves respuestas a dos preguntas de clarificación: i) qué pretenden aclarar las teorías sobre la estructura de normas; y ii) qué quiere decir que un elemento del antecedente opera como excepción.

---

[888] Rodríguez, 2005.

[889] Ver Cap. III.4.1,4.1.1.1. Para los efectos de este apartado general asumiré la concepción puente de las normas. De acuerdo con esta, las normas condicionales son representadas de la siguiente forma: (p->Oq). De esta forma el operador deóntico sólo afecta el consecuente. Esto quiere decir que el compromiso deóntico asumido bajo esta propuesta es que las normas condicionales son un puente que vincula lo que es (o podría ser) un caso con lo que debe ser.

[890] Para una presentación breve de cómo las estructuras condicionales son empleadas para expresar diferentes tipos de conexiones (o conectivas) y dependencias entre elementos (relaciones conceptuales, de causalidad y epistémicas entre dos objetos) ver Cantwall, 2018.

2.1. Discusiones sobre la estructura de normas

En relación con la primera pregunta, cabe señalar que dentro de las diversas discusiones teóricas sobre las normas jurídicas podemos diferenciar entre discusiones sobre cómo individualizar normas y discusiones sobre cómo están estructuradas las normas. Las primeras son discusiones teóricas sobre cómo descomponer el material jurídico a efectos de presentar el derecho en unidades que sean calificables de normas jurídicas[891]. Las segundas, en cambio, son discusiones teóricas sobre qué elementos conforman las normas identificadas, cómo están articulados estos elementos, y qué implican estos elementos. Como podemos ver, son problemas distintos, pero interdependientes entre sí.

Parto por asumir que no existe una forma teórica de exponer la estructura, identidad o individualidad de las normas que sea correcta, en abstracto, por sobre las demás. De lo que disponemos son de nociones empleadas para analizar el derecho desde un plano teórico con distintos propósitos. Suponer lo contrario es, como bien señala Honoré, convertirse en víctima de una extraña forma de metafísica analítica[892].

La identificación y la estructuración de las normas forman parte de preguntas teóricas diferentes, pero vinculadas estrechamente, pues las respuestas que demos a la segunda esclarecen de los elementos de la primera. Las discusiones sobre la identificación de normas parten por preguntarse cómo interpretar el material jurídico para formular prescripciones a partir de este. En otros términos, engloba las propuestas y debates sobre

[891] Bayón, 2003, p. 290.
[892] Honore, 1977, p. 100. Dicho autor ha resaltado el problema de la individualización a partir de cómo los dogmáticos (anglosajones) entienden el término «norma». En efecto, no se realiza una equivalencia entre un acto de promulgación y una norma, no es lo mismo, necesariamente, una regla que un artículo de una ley. Tampoco lo es una regla jurisprudencialmente creada y una sentencia. Lo que hacemos es extraer reglas, no mediante actos de reproducción, sino por actos de individualización empleando material jurídico que puede ser diverso. Honore, 1977, pp. 100-101. Como hemos visto en el Cap. II, identificamos normas como resultado de un proceso interpretativo.

qué criterios se deben emplear para determinar la identidad de las normas (qué es una norma, qué es un fragmento de norma, entre otras)[893].

Las discusiones sobre la estructura de normas, si bien dependen[894] de la respuesta que se dé a la pregunta sobre cómo identificar una norma[895], poseen temáticas propias. Engloban las propuestas sobre cómo representar una norma, en el sentido de determinar cuáles son sus componentes y cómo se articulan entre sí.

Siguiendo a Richard Susskind, la pregunta sobre la estructura busca respuestas de tipo sintáctico, es decir, son discusiones abocadas a determinar qué elementos componen una norma con independencia de su contenido. En cambio, las discusiones sobre la individualización tienen como objetivo establecer el contenido semántico de los elementos constitutivos de las normas. Se refiere, en este sentido, a los criterios que empleamos para dividir el material jurídico en normas, de manera coherente con una teoría sobre qué son las normas[896].

Para cumplir con sus propósitos las discusiones sobre la estructura de las normas suelen emplear una representación formalizada de las normas y de las reglas de inferencia[897]. Sobre este punto cabe precisar que, dependiendo del elemento conceptual que

[893] Raz, 1986, p. 97, Hart, 1982, p. 107. Las preguntas sobre cómo identificar normas, conforme los presupuestos teóricos asumidos en esta investigación, es entendida como una pregunta sobre cómo interpretar el material jurídico. Al respecto ver lo señalado en el Cap. II de la presente investigación

[894] Depende de dos formas: i) se discutirá sobre la estructura siempre que tengamos normas identificadas; y ii) la discusión sobre cómo están estructuradas las normas está condicionada a los criterios de identificación de normas, por cuanto ello determinará qué tipo de información (y cuanta información) se va presentar de forma estructurada.

[895] Siguiendo el ejemplo de Raz, podemos tener tres normas con una composición idéntica, cada una de estas regula a un tipo de sujeto diferente, pero comparten todas la misma acción y la misma consecuencia normativa. Ahora supongamos una cuarta norma que contiene la misma acción y consecuencia normativa, pero que da cuenta de los todos los destinatarios previstos en las tres normas previas. Todas poseen la misma estructura, pero solo la cuarta es la que describe por completo la norma que pertenece al sistema normativo. Raz, 1986, p. 99.

[896] Susskind, 1987, p. 119. Cabe precisar que el contenido de las discusiones tanto sobre la individualización como de la estructuración de una norma está determinado por el tipo de análisis que hagamos del derecho. En efecto, la elección de criterios a emplear para identificar normas o para representarlas depende de qué se considere relevante de esclarecer.

[897] Por formalizar entiendo aislar un determinado rasgo de un concepto y traducirlo a un lenguaje formal. La formalización es un medio para generar claridad y precisión en las discusiones sobre normas, en tanto, es una manera de representar, en un lenguaje técnico, nuestros conceptos sobre cómo entender las normas y las relaciones lógicas entre normas. La formalización, de esta manera, lo que pretende es identificar y aislar un determinado rasgo de las normas y ponerlo de relieve, sin tomar en cuenta el resto de rasgos, para un adecuado análisis de este y sus conexiones conceptuales. Sobre este punto ver Hansson, 2018, pp. 11-15. Asimismo, ver Lacona, 2018, pp. 22 y ss.

pretendamos representar (qué tipo de elemento estructural pretendamos dar cuenta y qué reglas de inferencia pretendemos emplear), emplearemos un tipo de formalización u otro. En el presente capítulo, como veremos con profundidad en el subapartado 4.1, analizaré como las discusiones sobre la noción de derrotabilidad han incidido sobre si la lógica deóntica deductiva es un aparato conceptual adecuado para poder describir a las normas derrotables y sus relaciones con otras normas. Discusión que ha producido, además, una polémica respecto a cuál es la mejor forma de representar las normas inderrotables y derrotables.

Esto nos lleva a preguntarnos sobre qué discuten las aproximaciones a la noción de derrotabilidad desde las teorías sobre la estructura de normas. Cada una de estas aproximaciones no han teorizado sobre la modificación del contenido del consecuente, sino que se han enfocado en el contenido del antecedente y el tipo de conectiva. En este sentido, la representación formal del consecuente, tanto para las normas inderrotables como derrotables es la misma: una acción o actividad deónticamente calificada[898]. De esta manera, el centro de análisis está en cómo están compuestos los antecedentes y cómo pueden ser modificados.

Para dar cuenta de cómo incide la derrotabilidad en la estructura de las normas ello puede ser representado como un rasgo del antecedente (antecedente debilitado) o de la conectiva (conectiva debilitada). Cada una de estas opciones, como veremos en el presente capítulo[899], tiene consecuencias respecto a cómo entendamos las relaciones entre normas y el tipo de inferencias que podamos hacer con cada tipo de formalización.

Asimismo, gran parte de las aproximaciones a la noción de derrotabilidad emplean este concepto dentro de clarificaciones teóricas sobre qué es una excepción y cómo identificarlas. A efectos de tener una presentación más clara y precisa sobre el análisis estructural de los antecedentes (y qué podemos clarificar con las distintas aproximaciones a la noción de derrotabilidad con relación a estos) en el siguiente subapartado daré cuenta

[898] El consecuente puede estar compuesto o bien de una prescripción de realizar una acción (por ejemplo, «obligatorio p», donde p es una acción), o bien alcanzar un estado de cosas (por ejemplo, «obligatorio que q», donde q es un estado de cosas). Sobre este punto no profundizaré por no estar dentro de los objetivos de esta investigación, de manera que asumiré una noción simplificada de consecuente normativo como acción deónticamente calificada. Para profundizar sobre dicho aspecto, es muy clarificador González Lagier, 2007.
[899] Sobre este punto Cap. III.4.

de nociones y distinciones relevantes para analizar los antecedentes de las normas. Tras ello, presentaré, brevemente, cómo las diferentes aproximaciones a la noción de derrotabilidad han sido empleadas para dar cuenta de la identificación de excepciones en las normas.

2.2. Composición del antecedente de las normas

Para el análisis de la estructura de las normas, Von Wright propuso la noción de núcleo normativo o estructura lógica común entre los diferentes tipos de normas[900]. El núcleo normativo de las normas está compuesto por lo que él llamó carácter, contenido y condición de aplicación. El carácter y el contenido son los elementos que componen los consecuentes normativos y la condición de aplicación compone el antecedente de la norma. Veamos cada uno de estos conceptos[901].

Por carácter de la norma llama al tipo de guía de conducta que prescribe a los destinatarios. En este sentido, si es una norma es formulada para obligar tendrá carácter de obligación (utiliza el operador deóntico O). Si la norma es formulada para impedir, entonces tendrá carácter de prohibición (utiliza el operador deóntico Ph). Si la norma es formulada para permitir, entonces tendrá carácter de permisiva (utiliza el operador deóntico P). Por último, si la norma es formulada para facultar (permitir hacer y permitir no hacer), entonces tendrá carácter de facultativa (utiliza el operador deóntico F).

Por contenido de la norma llama a la acción que es obligatoria, está prohibida, está permitida o está facultada. Esto es, da cuenta del conjunto de acciones sobre las que recae el carácter. Por ejemplo, si identificamos la norma «prohibido fumar en espacios

[900] Cabe precisar que Von Wright identifica un núcleo normativo dentro de los diferentes tipos de normas que él identifica, esto es, entre normas prescriptivas (órdenes a realizar una determinada acción o actividad), técnicas (estructura condicional que da cuenta de una relación de medios a fines), costumbre (hábito institucionalizado de manera colectiva), morales e ideales (condicionales ideales para alcanzar la mejor versión de un determinado estado de cosas). Von Wright, 1970, Cap. I.5-9. Para una terminología diferente de este punto ver Ross, 1971, pp. 107 y ss.

[901] Von Wright, 1970, pp. 87-91. Para un análisis con mayor profundidad sobre este punto en la teoría de Von Wright ver González Lagier, 2001, pp. 57 y ss. Asimismo, Barberis, 2015, pp. 105 y ss.

públicos», esta es una norma con carácter prohibitivo (utiliza el operador Ph) y tiene como contenido la acción «fumar en espacios públicos».

Cabe precisar que el contenido puede ser o bien positivo, o bien negativo. Un contenido positivo quiere decir la representación de una acción. Por ejemplo: «fumar». En cambio, contenido negativo quiere decir la representación de una omisión. Por ejemplo: «no fumar». La diferencia entre contenido positivo y negativo es una manera de expresar la diferencia entre un caso y su caso complementario.

Como podemos ver, la consecuencia normativa de una norma es un enunciado complejo compuesto por el carácter (deóntico) y el contenido (acción sobre la que recae el operador deóntico). Analicemos ahora la estructura del antecedente.

Siguiendo a Von Wright los antecedentes están compuestos por condiciones de aplicación. Con esta noción se da cuenta de las circunstancias que deben verificarse para que se siga el consecuente de la norma. En otros términos, da cuenta de aquellas circunstancias que, de verificarse, se sigue el contenido y su carácter.

Las condiciones de aplicación pueden ser identificadas de manera expresa o por implicación. Las normas con condiciones de aplicación expresas son aquellas en las que de manera explícita se han identificado qué circunstancias deben verificarse para que se dé el contenido de la norma. Las normas con este tipo de estructura son denominadas normas hipotéticas. Por ejemplo: «si una persona es mayor de edad y realización de comicios electorales nacionales, entonces obligatorio ir a votar». Como podemos ver, el contenido y el carácter de la norma («obligatorio ir a votar»), se sigue cada vez que se verifique que estamos frente a una persona mayor de edad y en un contexto de realización de comicios electorales nacionales.

En cambio, las normas con condiciones de aplicación que se identifican por implicación son aquellas en las que no se ha señalado ninguna condición expresa, pero podemos inferir cuáles son a partir del contenido de la norma. Las normas con este tipo de estructura son denominadas normas categóricas. Por ejemplo, supongamos que estamos frente a la norma «obligatorio pagar impuestos». Las condiciones de aplicación de esta norma pueden ser identificadas a partir del contenido: cada vez que una persona tenga

oportunidad de pagar sus impuestos, debe pagarlos. Si no tiene oportunidad de pagarlos (imaginemos que no tiene deuda tributaria), entonces no es aplicable esta norma.

Los antecedentes entendidos como condiciones de aplicación hipotéticas o categóricas nos presentan una primera distinción relevante, pero que requiere de mayor precisión[902]. Por un lado, cabe anotar que la presentación de una norma categórica puede ser traducida en hipotética o condicional. Ello supondrá presentar como condición de aplicación una tautología con el contenido[903].

Al respecto cabe señalar, únicamente para efectos de claridad, que no es correcto confundir una norma hipotética o condicional compuesta por un antecedente *abierto*, con una norma categórica. Como hemos visto anteriormente[904], por norma con antecedente abierto se caracteriza a las normas cuyo antecedente está compuesto por propiedades que no son suficientes para el consecuente. Esto supone que el intérprete considera que el conjunto de condiciones de aplicación no ha sido completamente determinado. En cambio, una norma categórica posee un antecedente que es tautológico con el contenido de la norma (con la acción deónticamente modalizada), lo que es decir que la norma es aplicable cada vez que haya oportunidad de realizar la acción contenida en el consecuente normativo[905].

Por el otro lado, las condiciones de aplicación de las normas condicionales no operan de la misma manera. Dentro de estas podemos distinguir entre tipos de condiciones que reflejan diferentes formas de entender (o presentar) una norma jurídica. Veamos este punto.

---

[902] A manera de resumen, empleando el núcleo normativo de Von Wright la estructura de las normas condicionales puede ser analizada de la siguiente manera:

<table>
<tr><td>«Si una persona es mayor de edad y realización de comisión electorales nacionales</td><td>entonces</td><td>obligatorio</td><td>ir a votar»</td></tr>
<tr><td>Condición de aplicación (explícita)</td><td rowspan="2">Conectiva</td><td>Carácter</td><td>Contenido</td></tr>
<tr><td>Antecedente</td><td colspan="2">Consecuente normativo</td></tr>
</table>

[903] En términos formales ello se representa con una condición de aplicación que es una condición tautológica con el consecuente. Sería (T->Oq) donde T es una forma de representar una tautología (expresa lo mismo) que el consecuente.

[904] Ver Cap. II,3,3.3 y 3.6.

[905] Ver Cap. II.3,3.6,3.6.1.

Como ya hemos visto líneas atrás[906], el antecedente de una norma está compuesto por un caso genérico o clase de propiedades. Este caso genérico puede incluir una propiedad relevante o una combinación de propiedades normativamente relevantes. Por propiedad se hace referencia a un predicado aplicado a un sujeto, acción o estado de cosas. El caso complementario de una propiedad, como hemos visto, es una manera de expresar la negación de dicha propiedad.

Las propiedades de un caso genérico no necesariamente operan de la misma manera. Dentro de un caso genérico podemos subdividir sus propiedades en condiciones[907], esto es, unidades estructurales dentro del antecedente cuya verificación incide de una determinada manera (u otra) en la inferencia del consecuente.

Para efectos de claridad y adecuado análisis, daré cuenta de algunas maneras de analizar las condiciones contenidas en el antecedente[908]: i) condiciones elementales y complejas; ii) condiciones básicas y subordinadas; iii) condiciones positivas y condiciones negativas; y iv) condición principal, alternativa, conjuntiva; y de excepción[909]. Cada una de estas distinciones, como veremos, pone de relieve aspectos diferentes sobre los elementos contenidos en el antecedente (por lo tanto, responden a preguntas teóricas diferentes). Veamos cada una de ellas:

i. Condiciones elementales y condiciones complejas

Al analizar el sistema de normas aplicables a un caso individual podemos identificar, como hemos visto líneas atrás[910], el conjunto de propiedades normativamente relevantes. Supongamos que tenemos dos propiedades relevantes: p y q[911]. A partir de esta

[906] Ver. Cap. I.4,4.1,4.1.2. y Cap. II.3,3.4.
[907] En relación con la nomenclatura utilizada, Richard Susskind propone analizar los antecedentes empleando el término «*tolken*». A falta de una propuesta más precisa y elegante, empleo la etiqueta «condición» para dar cuenta de esta misma idea. Susskind, 1987, p. 130.
[908] Para una presentación alternativa de este punto ver Moniz, 2019, pp. 260 y ss.
[909] Esta lista no es ni pretende ser exhaustiva de todas las posibles formas de analizar la estructura de los antecedentes. Únicamente he listado estas por ser de utilidad para los propósitos de la presente investigación.
[910] Ver Cap. I.4,4.1,4.1.2. y Cap. II.3,3.4. Sobre este punto volveré con profundidad en Cap. IV.5.
[911] Con dos propiedades podemos identificar el siguiente universo de casos: p.q, p.¬q, ¬p.q y ¬p.¬q.

identificación de propiedades relevantes, siguiendo a Alchourrón y Bulygin[912], el antecedente de las normas puede estar compuesto por condiciones elementales o condiciones complejas.

Un antecedente está compuesto por condiciones elementales si incluye todas las propiedades relevantes o sus negaciones. Si empleamos el ejemplo propuesto por los autores ello puede ser verificado en caso tengamos un antecedente compuesto por p.q o ¬p.¬q. Estos son casos genéricos mínimos o no subdivisibles[913].

En cambio, un antecedente está compuesto por condiciones complejas si no menciona todas las propiedades relevantes, sino solo alguna de estas. Siguiendo el ejemplo, este puede ser el caso de que se mencione solo p o solo q.

Los casos complejos pueden ser presentados como la disyunción de casos elementales. Si tenemos, siguiendo el ejemplo, un antecedente compuesto por la propiedad p, este equivale (por refuerzo del antecedente[914]) a la disyunción [(p.q)v(p.¬q)]. Esto nos permite mostrar que las condiciones complejas son divisibles y analizables en términos de condiciones elementales y que al solucionar una norma con un antecedente compuesto por condiciones complejas se solucionan todos los casos elementales incluidos en ese caso complejo a través de sus normas derivadas (en el ejemplo, se ha solucionado el caso elemental p.q).

ii. Condiciones básicas y subordinadas

A efectos de un adecuado análisis de las normas condicionales, Von Wright propuso una distinción de tipos de condiciones en función a si su presencia garantiza o no el consecuente. Bajo esta propuesta, en una norma «si A, entonces B», el antecedente A puede ser entendido de la siguiente manera[915]:

[912] Alchourrón y Bulygin, 2012, p. 17. Asumamos, para efectos explicativos del presente apartado, que estamos en casos de normas completas, esto es, que correlacionan un caso a una consecuencia normativa (dejo de lado, por ende, un supuesto de laguna normativa).
[913] Alchourrón y Bulygin, 2012, p. 60.
[914] Sobre esta noción ver Cap.III.4.
[915] Von Wright, 1951a, pp. 66-74.

1. La propiedad denotada por A sea una condición suficiente de la propiedad denotada por B quiere decir que cuando A esté presente entonces B también estará presente.
2. La propiedad denotada por A es una condición necesaria de la propiedad denotada por B quiere decir que cada vez que esté presente B entonces A también estará presente, pero no (necesariamente) a la inversa.
3. La propiedad denotada por A es una condición necesaria y suficiente de la propiedad denotada por B quiere decir que siempre y solo cuando A está presente entonces B también está presente.
4. La propiedad denotada por A es una condición contribuyente de la propiedad denotada por B quiere decir que A es una condición necesaria de por lo menos una condición suficiente de B.
5. La propiedad denotada por A es una condición sustitutiva de la propiedad denotada por B quiere decir que A es una condición suficiente de por lo menos una condición necesaria de B.

Podemos agrupar dichas condiciones en dos tipos de condiciones: son básicas, esto es, condiciones que no dependen de otras condiciones; o son subordinadas, es decir, condiciones que dependen de otras condiciones[916]. En este sentido, son condiciones básicas las propiedades suficientes, las propiedades necesarias y las propiedades necesarias y suficientes. En cambio, serán condiciones subordinadas, las condiciones sustitutivas y las condiciones contribuyentes.

La identificación de una condición básica o subordinada dependerá del tipo de conexión y dependencia que quiera representarse entre el consecuente y el antecedente. Un antecedente compuesto únicamente por condiciones subordinadas es una manera de expresar que de este no se puede inferir el consecuente. En cambio, un antecedente compuesto por condiciones básicas es una manera de expresar diferentes tipos de inferencias en función al tipo de condición que se emplea: i) si se emplean condiciones suficientes o necesarias y suficientes, esta es una manera de expresar que del consecuente también podemos inferir el antecedente; o ii) si se emplean condiciones necesarias, esta es una manera de expresar que el consecuente puede ser inferido por dichas condiciones

[916] Alchourrón 2010 [1996a], p. 129. Moreso y Rodríguez, 2010, p. 18.

y por otras condiciones no señaladas (por estar previstas de manera implícita o por estar contenidas en otras normas).

La distinción entre condiciones básicas y subordinadas nos permite, además, presentar una diferencia entre dos tipos de presentaciones de normas: i) normas con un antecedente debilitado o *abierto*; y ii) normas con un antecedente fuerte o *cerrado*. Las normas con un antecedente debilitado son aquellas compuestas por un antecedente del cual no se infiere, necesariamente, el consecuente. Por ejemplo, da cuenta de normas con un antecedente compuesto por condiciones contribuyentes[917]. En cambio, las normas con un antecedente fuerte son aquellas compuestas por un antecedente del cual necesariamente se infiere el consecuente. Por ejemplo, da cuenta de normas con un antecedente compuesto por condiciones suficientes.

iii. Condiciones positivas y condiciones negativas

Las propiedades y las propiedades complementarias (se de manera unitaria o combinaciones entre estas) contenidas en el antecedente de una norma pueden ser diferenciadas entre condiciones positivas y negativas. Por condiciones positivas se hace referencia a todas aquellas propiedades que, de ser verificadas, permiten clasificar una determinada acción o estado de cosas bajo una categoría conceptual y, a mérito de ello, le sea aplicable una consecuencia jurídica específica.

Por condiciones negativas, en cambio, refiere a todas aquellas propiedades que, si en caso fueran verificadas, entonces la acción o estado de cosas no podría clasificarse bajo una determinada categoría conceptual[918].

[917] Al respecto ver Cap. II.3,3.3.

[918] En este sentido, el efecto de verificar en un caso una condición negativa conlleva calificar el caso individual dentro de un caso genérico que, o bien no está correlacionado con una consecuencia normativa (laguna normativa), o bien está correlacionado con una consecuencia normativa que invierte el carácter del consecuente. Por invertir el carácter del consecuente me refiero a alguna de las siguientes posibles variaciones de la calificación normativa de la acción:

1. El contenido (acción deónticamente calificada) pase de estar obligado a estar prohibido o estar facultado;
2. El contenido pase de estar prohibido a estar obligado o estar facultado; o
3. El contenido pase de estar facultado a estar obligado o estar prohibido.

Esta distinción fue propuesta por Hohfeld quien, para ejemplificar su punto, nos propone pensar en las propiedades que deben verificarse a efectos de señalar que estamos frente a un contrato entre A y B. Las condiciones positivas podrían ser, por ejemplo, las propiedades que describen que cada parte sea humana, tenga por lo menos una determinada edad, que una parte haya formulado una oferta, que la otra parte haya aceptado la oferta, entre otros. Las condiciones negativas podrían ser las propiedades que describen que A haya inducido dolosamente a error a B o que A no haya revocado su oferta[919].

Cabe precisar que predicar que estamos frente a una condición «positiva» y «negativa» no se correlaciona necesariamente con la identificación de propiedades (una acción o estado de cosas) o de propiedades complementarias (una omisión o inexistencia de un estado de cosas). En efecto, tanto las condiciones positivas y negativas pueden estar compuestas por propiedades y/o propiedades complementarias[920].

iv. Condición principal, alternativa, conjuntiva; y de excepción

Richard Susskind ha propuesto analizar los antecedentes diferenciando cuatro tipos de condiciones: i) condición principal, ii) condición alternativa, iii) condición conjuntiva; y iv) condición de excepción[921]. Cada una de estas condiciones puede referir a actos, acciones, eventos o situaciones, es decir, a hechos brutos o institucionales. Esta referencia puede ser, o bien positiva (se realizó una acción u ocurrió un hecho), o bien negativa (no se realizó una acción o no ocurrió un hecho).

Las nociones de condición principal, alternativa y la conjuntiva de aplicación dan cuenta de todos los hechos o acciones que, de ser verificados en un caso individual, hacen que sea aplicable una norma jurídica. En este sentido, estos tres tipos de condiciones son diferentes formas de presentar requisitos de aplicación.

[919] Hohfeld, 1991, p. 43.
[920] Para una distinción similar, pero enfocada en el plano de la estructura de la argumentación, ver Toulmin, 2003, pp. 136-38.
[921] Susskind, 1987, p. 133.

Con mayor detalle, un antecedente compuesto por una condición principal de aplicación refiere a que se sigue el consecuente de verificarse un hecho o acción (p); una condición alternativa de aplicación refiere a que se sigue el consecuente de verificarse dos hechos o acciones, se den conjuntamente o por lo menos uno de estos (pvq); una condición conjuntiva de aplicación refiere a que se sigue el consecuente de verificarse dos hechos o acciones conjuntamente (p.q).

En cambio, una condición de excepción de aplicación refiere a todos los hechos o acciones que, de ser verificados en un caso individual, hace que no sea aplicable la norma, en tanto, estarían fuera de su alcance (p.¬q)[922]. Como podemos ver, esta presentación de Susskind replica la distinción entre condiciones positivas y condiciones negativas de Hohfeld, siendo más preciso con el tipo de condiciones positivas y variando de etiqueta a las condiciones negativas por condición de excepción.

Ahora bien, ¿qué quiere decir que estamos frente a una excepción? ¿cómo podemos diferenciar una excepción explícita de una implícita (si es que ello es posible)? En los siguientes apartados formularé algunas primeras nociones y distinciones relevantes que servirán para presentar de manera más clara y precisa las diferentes aproximaciones a la noción de derrotabilidad en el presente capítulo.

2.2.1. Identificando excepciones

En el Capítulo II he analizado diferentes formas de aproximarse a la noción de derrotabilidad como una operación de reinterpretación restrictiva. Esto supone que, mediante un proceso reinterpretativo, hemos dejado de lado una norma a efectos de elegir

[922] Como hemos visto en Cap. I.4,4.1,4.1.2, el término «aplicabilidad» es ambiguo, pues puede ser entendido como aplicabilidad interna (o alcance), o como aplicabilidad externa (o fuerza), conforme a la propuesta de Moreso y Navarro. En este sentido, una norma es internamente aplicable a un caso particular siempre que este sea una instanciación o ejemplificación del caso genérico contenido en el antecedente de la norma. En cambio, una norma es externamente aplicable a un caso individual siempre se satisfagan conjuntamente las siguientes condiciones: i) sea internamente aplicable; y ii) otra norma N2, perteneciente al sistema jurídico, ordene al aplicador del derecho a emplear N1 en la justificación de sus decisiones cada vez que estén frente a una ejemplificación del caso genérico C. En el texto principal estoy haciendo uso de aplicabilidad en el sentido de aplicabilidad interna.

otra que, comparativamente, posee un menor alcance por haber incorporado una nueva propiedad en el caso genérico contenido en el antecedente.

Aquí se presenta un aspecto interesante: al momento de derrotar una norma[923] introducimos una propiedad que opera de manera conjuntiva con el resto de propiedades del caso genérico. Una forma usual de explicar este resultado es señalar que se ha incorporado (o explicitado, dependiendo la aproximación a la noción de derrotabilidad que se emplee) una excepción[924]. Esto nos lleva a la distinción propuesta por Susskind entre condiciones que expresan un requisito (principal, alternativa, y conjuntiva) y condiciones de excepción ¿es posible diferenciar entre ambos elementos estructurales de la norma?[925]

Imaginemos que estamos caminando por un parque y nos topamos con una señal municipal que dice «todo vehículo, salvo las ambulancias, tiene prohibido aparcarse aquí». En ese momento nuestro acompañante, quien es un teórico del derecho, nos dice «"ambulancia" es la excepción a la norma», ¿qué nos está diciendo con ello?

[923] Derrotar una norma conforme cualquier de las aproximaciones vistas en el Capítulo II, esto es, como resultado de emplear el argumento de la disociación, emplear la voluntad contrafáctica del legislador, resolver una laguna axiológica, resolver una experiencia recalcitrante supra incluyente o resolver un lícito o ilícito atípicos.

[924] Esto ha supuesto que diversas formas de entender la derrotabilidad de las normas sea expresada como norma cuyas excepciones no pueden ser completamente identificadas o norma que puede ser exceptuada. Como podrá notarse con esta investigación se pretende clarificar qué se está tratando de señalar con estas expresiones.

[925] En este punto cabe diferenciar entre discusiones sobre cómo identificar una excepción dentro de la estructura de una norma, por un lado, de discusiones sobre cuáles son las razones (y las mejores razones) para justificar la introducción de esa excepción, por el otro lado. Sobre este segundo punto no profundizaré en este momento. Al respecto, Arosemena Hage y Waltermann resumen que la justificación para incorporar una excepción a una norma puede ser por: i) crear una división en la carga de la prueba (se entiende por excepción todo aquello que debe ser probado por el demandado); o ii) evitar efectos indeseables para ciertos casos, a pesar de que sea aplicable (evitar un conflicto con el propósito de la norma, evitar un conflicto normativo, o evitar la afectación de otras finalidades o fines que el legislador pretende alcanzar). Aroseman, Hage y Walterman, 2020, pp. 19 y ss. Siguiéndolos de cerca Lorand Bartels y Federica Paddeu, 2020, p. 2. Además, es interesante visitar el trabajo de Alfred Aman quien ha realizado un estudio descriptivo de cómo la administración pública norteamericana ha introducido excepciones en normas de carácter general, habiendo identificado tres grandes grupos de razones que justifican la introducción de una excepción: i) excepciones de privación, esto es, la administración pública toma en cuenta las características individuales del administrado de manera que se concede la excepción en atención a dichos rasgos específicos; ii) excepciones de justicia, esto es, la administración pública toma en cuenta un rasgo del peticionante evalúa como esta se vincula con una determinada finalidad regulativa y el impacto que tendría si varía la regulación del destinatario; y iii) excepciones de política, esto es, la administración pública introduce excepciones para implementar una nueva política o refinar una política ya existente. Ver Aman, 1982.

Parto por señalar que dentro de la literatura especializada sobre teoría de las normas se discute sobre si tiene algún propósito predicar que una condición del antecedente opera como excepción. En este sentido, por ejemplo, Julius Stone sostuvo que el concepto de excepción es una categoría con referencia ilusoria por carecer de significado. Ello, debido a que quienes hacen una diferencia entre un requisito de aplicabilidad (conjuntivo) y una excepción a una norma están realizando una distinción entre objetos que no son diferenciables. No habría, según él, ninguna diferencia entre señalar «si algo es X y no Y, entonces es Z» de «si algo es X, entonces es Z, a menos que Y». Predicar que una norma está exceptuada, en este escenario, solo daría cuenta de un uso retórico sobre cómo describimos el antecedente de una norma[926].

Para mostrar este punto veamos la formalización de la norma identificada tras leer la señal municipal indicada. La norma identificada es (empleando una interpretación literal), «si vehículo y no ambulancia, entonces prohibido aparcar» la cual se formaliza como ((p.¬r)→Phq)). En esta representación formal no es posible diferenciar la condición de excepción del resto de condiciones, pues tanto la p como la ¬r operan en conjunción. En el lenguaje natural una excepción podría ser presentada empleando un «pero» o un «a menos que» a efectos de introducir una conjunción adversativa entre dos elementos oracionales. Ello no puede ser capturado por la conjunción lógica la cual, en el lenguaje natural, da cuenta en su versión incluyente de la «y» (como conjunción copulativa) y en su versión excluyente de la «o» (como conjunción disyuntiva). En un antecedente, de esta forma, empleando un lenguaje formalizado un «pero» es tratado de la misma forma en

[926] Lo mismo sucede en los casos que los aplicadores del derecho separan entre normas que incluyen una excepción de normas que exceptúan a otras. Stone argumentó que esta distinción, creada a partir de la idea de identificación, era solo una manera de encubrir la creación de reglas en materia de inversión de la carga de la prueba sin confesarlo o ser transparente en ello. Stone, 1985, pp. 68-71. Cabe anotar que Bentham ya había formulado una advertencia similar. Él propuso contrastar entre «nadie puede exportar trigo si el precio de mercado excede los 44 chelines por libra» con «se puede exportar trigo, a menos que el precio de mercado exceda los 44 chelines por libra». La diferencia entre un requisito y una excepción solo sería una formalidad. Bentham, 1970, p. 114. Sobre este punto, además, Raz, 1986, pp. 78 y ss.

que se trata una «y»[927]. En este sentido, la distinción entre una excepción y el resto de condiciones es algo de lo que no podemos dar cuenta desde una aproximación lógica[928].

Este ejemplo nos pone de relieve otro aspecto a clarificar: la ¬r (asumamos, por el momento, que esta es una excepción), no tiene el efecto de negar las otras propiedades. La diferencia entre negar una propiedad de exceptuar una norma es la misma que hay entre «yo no lo hice» con «lo hice, pero…», la primera implica negar un hecho, mientras que la segunda, en cambio, refiere a aceptar el hecho, pero que este es concurrente con otros hechos que le exoneran de responsabilidad (o, en términos más abstractos, hacen inaplicable la consecuencia normativa)[929].

En atención a lo señalado, entonces, ¿qué estamos predicando al momento de señalar que estamos frente a una excepción? No pretendo en este subapartado hacer un análisis exhaustivo de la noción de excepción, pues ello excedería los propósitos de la investigación[930]. Solo para efectos de clarificación paso a exponer, de manera breve, tres maneras de entender la noción de excepción: i) como una forma de expresar el resultado

[927] MacCormick, 2016: 407. Brozek, 2008, p. 144. Este punto es bien aclarado por David Duarte en los siguientes términos: «*antecedent addressees form the circle of persons whose performance of the action foreseen can trigger the norm consequence. If there is no reference to them in the norm formulation, this means that antecedent addressees are all persons under the norm's common conditions of applicability. Naturally, antecedent addressees can be defined in narrow circles of persons. Additionally, antecedents addressees can be foreseen disjunctively or conjunctively: in the first case, any member of the circle triggers the consequence, in the second the consequence is subordinated to an action performed by all members of the circle*». Duarte, 2011, pp. 43-44. Sobre este punto volveré en Cap. III.3,3.2.

[928] Cabe resaltar que otra forma de enfrentar esta situación es cambiando de lógica, pero sobre este punto no profundizaré. A efectos de un ejemplo véase Prakken, 1997, pp. 33 y ss.

[929] En relación con este efecto exclusorio es pertinente poner de relieve, a efectos de precisión, la diferencia entre justificación y excusa de la acción. Por justificación de la acción, siguiendo a Austin, entiendo los actos de aceptación responsabilidad por un acto, pero negamos que esta sea contraria al sistema normativo. En cambio, excusa refiere a la aceptación de que se cometió una acción contraria al sistema normativo, pero que esta es concurrente con otras acciones o eventos que exoneran de responsabilidad. Austin, 1975, p. 172. Esta distinción se aclara si consideramos el rol del afectado: si un acto está excusado, entonces la víctima tuvo todo el derecho de resistirse al daño. En cambio, si un acto está justificado, entonces no hay víctima, pues la persona afectada no tuvo derecho a resistirse al acto. Hablar del efecto exclusorio de las excepciones, conforme a estas nociones, es hablar de excusas. Cabe indicar que la distinción entre justificación y excusa no ha estado libre de discusión, por ejemplo: Greenawalt, 1986.

[930] Sobre la noción de excepción y diferentes formas de entenderla he profundizado en García Yzaguirre, 2020a. Cabe insistir en que el análisis de la noción de excepción depende tanto del modelo teórico que se adopte como del objeto de estudio. En el texto principal analizo la noción de excepción considerando su relación con la noción de norma entendida como la correlación de un caso genérico con una consecuencia normativa. Si analizamos la noción de norma como una razón para la acción, el elenco de posibilidades sobre cómo entender una excepción estaría enfocado a tipos de razones morales que permiten la variabilidad de la importancia moral de cada norma. Para un estudio de este tipo enfocado en (tipos de) principios morales (desde un enfoque particularista) ver Strahovnil, 2012. Para un estudio de razones y excepciones (o *defeaters*), ver Sinnot-Armstrong, 2006, pp. 68-69, 215, y Sinnot-Armstrong 1999, pp. 5-6.

de resolver una antinomia entre normas; ii) como uso retórico del lenguaje; y iii) como una forma de expresar un tipo de condición del antecedente.

i. Excepción como resultado de un conjunto de operaciones

Una manera usual de identificar qué condiciones operan como excepciones dentro del antecedente de una norma es tratar como tales a todas aquellas nuevas propiedades identificadas como resultado de haber resuelto un conflicto entre normas o un conflicto entre niveles de legalidad[931].

En primer lugar, por conflicto entre normas refiero a los casos en los cuales dos normas - pertenecientes a un mismo sistema normativo o dos sistemas normativos diferentes (uno jurídico y el otro extrajurídico), pero ambos aplicables y normativamente relevantes a un caso- ofrecen, bien estados de cosas incompatibles entre sí, bien guías de conducta irrealizables de manera simultánea por el mismo destinatario.

Sigo el ejemplo propuesto por Rodríguez: imaginemos un sistema normativo en el que una norma N1 prescribe que, si alguien comete un homicidio, entonces es obligatorio sancionarlo ($p \rightarrow Oq$). Pero además de esta tenemos otra norma N2 que ordena que si alguien es menor de edad entonces es obligatorio no sancionarlo ($r \rightarrow O\neg q$). En caso que tengamos una menor de edad que comete homicidio ($p.r$) tendríamos una contradicción. En este supuesto los operadores jurídicos, para poder resolver dicho caso, debieran introducir una regla de preferencia entre ambas a efectos de que, por ejemplo, prevalezca la solución de N2. En este supuesto, la norma aplicable al caso sería «quien cometa homicidio y no sea menor de edad, entonces debe ser sancionado» ($p.\neg r \rightarrow Oq$)[932]. En este

[931] Cabe anotar que en ambos casos el punto a aclarar es el mismo: una de las formas de solucionar un conflicto es reduciendo el ámbito de aplicación de una norma mediante la incorporación de una nueva propiedad, esto es, haciendo el antecedente más fino.

[932] «[P]ara que pueda hablarse de que una regla hace excepción a otra se requiere: a. Que las soluciones normativas de ambas resulten lógicamente incompatibles para cierto caso genérico; b. Que se estipule una preferencia de la solución normativa de una de ellas sobre la otra para evitar la contradicción». Rodríguez, 2003, p. 86. En este mismo sentido Mendonca, 2012, p. 204 y Alonso, 2012, pp. 281-83. Una manera diferente de presentar este punto es mediante los estudios de la *lex specialis*. Siguiendo a Silvia Zorzetto, el carácter especial y general de una norma son rasgos lógico-conceptuales relacionales de los conceptos contenidos tanto en el antecedente como en el consecuente de la norma. En este sentido, una norma es especial respecto de otra a mérito de una relación de implicación lógica de los conceptos empleados por cada una de estas. En casos de antinomia la *lex specialis* puede ser entendida como un criterio interpretativo de manera a que siempre que sea identificada una relación entre dos interpretaciones inconsistentes entre sí (una con carácter general y otra con carácter especial entre sí), ello supone que debemos realizar una

caso, la propiedad ¬r, a mérito de esta operación, es considerada como la excepción contenida en la norma[933].

En segundo lugar, por conflictos entre niveles de legalidad doy cuenta de la incompatibilidad entre la prescripción y la justificación de una misma norma. Como hemos visto en el capítulo anterior, si adoptamos una noción de norma a dos niveles y un modelo de toma de decisiones que considera relevantes las razones subyacentes de la norma, a efectos de solucionar una experiencia recalcitrante supraincluyente será necesario reducir el alcance de la prescripción mediante la introducción de una nueva propiedad (en relación conjuntiva con el resto de propiedades del antecedente). A esta nueva propiedad le llamaremos excepción.

Cabe precisar que esta reconstrucción nos aclara que quienes sostienen que hay normas que exceptúan a otras (se identifican normas de excepción), solo están dando cuenta de un conflicto normativo y de su solución, pero no proponen criterios de identificación de normas[934]. Esta sería, bajo esta propuesta, solo una forma de explicar cómo se ha creado la excepción.

ii. Excepción como uso retórico del lenguaje

De acuerdo con este segundo conjunto de propuestas, las excepciones son reducibles a elementos en el antecedente que especifican las propiedades que deben verificarse para aplicar la norma. En este sentido, aquí se agrupan a todos aquellos que sostienen que el término «excepción» es sólo un recurso retórico explicativo para dar cuenta de los antecedentes, pero sin contenido conceptual propio.

---

reinterpretación de las disposiciones normativas cuyo producto sea un microsistema de normas consistente. Al respecto ver Zorzetto, 2011a, pp. 84-85, Zorzetto, 2013b, p. 87. Sobre este último punto profundizaré en Cap. IV.4,4.2.

[933] Profundizaré en el análisis sobre derrotabilidad y conflictos normativos en el Capítulo IV de la presente investigación. Cabe anotar que esta operación puede ser presentada de diversas formas, para un ejemplo de ello en materia de derecho internacional ver Viñuales, 2020.

[934] Este punto permite poner de relieve la diferencia entre exceptuar y vulnerar una norma. Estamos frente a una vulneración de una norma en el supuesto en el que un agente que está en una circunstancia subsumible en el caso genérico de una norma realiza una acción o genera un estado de cosas que es normativamente incompatible con el consecuente de la dicha norma (en otros términos, si la norma prescribía Phq será una vulneración si el destinatario realiza q). En cambio, estaremos ante una excepción si la acción del agente está normativamente justificada. Como bien señala Gert, justificar una excepción a un deber es una forma de presentar la justificación de un deber en sí mismo. Gert, 2005, pp. 221-22. En un sentido similar Pkkeva Vavrynem, 2009, p. 96, y Holton, 2010, pp. 374 y ss.

Quien mejor ha presentado esta tesis es Glanville Williams. A efectos de ilustrar su punto propone contrastar dos casos[935]. Para el primero pensemos en el caso de una persona que tiene acceso carnal con otra sin su consentimiento, por lo que la fiscalía exige la aplicación de la norma que prevé el delito de violación sexual. Para el segundo imaginemos a una persona que agrede físicamente a otra, ante lo cual la agredida requiere la aplicación de la norma que prevé el delito de lesiones. En el primer caso la fiscalía debe demostrar la ausencia de consentimiento. En el segundo, la pretensión se sostiene, explícita o implícitamente, sobre la premisa de que la agresión sucedió sin la concurrencia de una causa de justificación, como podría ser la legítima defensa. ¿Estos casos son normativamente diferentes?

En el segundo caso, una de las maneras del acusado para no padecer las consecuencias jurídicas del delito de lesiones es demostrar la aplicabilidad de la legítima defensa, pues su efecto conllevaría la no aplicación del consecuente (sanción penal). De esta forma, la legítima defensa, señala Williams, parecería una excepción. Ahora bien, ¿acaso esta no opera como un elemento negativo de la norma, como lo es la ausencia de consentimiento en el caso de violación?[936] Una lesión, de esta forma, no es otra cosa que una agresión física a otra persona no motivada por la legítima defensa.

La acusación por violación es por sexo sin consentimiento; la acusación por lesión se basa en una agresión física. Pero esta última no es cualquier acción agresiva, sino que cuenta aquella efectuada de manera ilegal. De esta forma, el elemento «ilegal» es una propiedad integrante de la definición de lesión, es decir, implica que la persona acusada no actuó conforme a ninguna causal eximente de responsabilidad. La legítima defensa, entonces, se explica como una condición necesaria (y negativa, es decir no ocurrió un hecho o acción) del antecedente de la norma (en este caso, de la norma que prevé un delito)[937]. Dicho en breve, a partir de esta aproximación de Williams, las excepciones no son otra cosa que delimitadores (o especificaciones) del ámbito de aplicación de las normas[938].

[935] Williams, 1988, pp. 276-77.
[936] Williams, 1988, p. 279.
[937] Williams, 1988, p. 279.
[938] Williams, 1988, p. 278.

Williams sostuvo que buscar la línea que divide la excepción del resto de condicionales es como buscar en un cuarto oscuro un gato negro que no está ahí, pues las excepciones no poseen ningún rasgo característico: son meras construcciones lingüísticas. Las excepciones son solo condiciones negativas del antecedente de una norma. Si no es posible separar las excepciones del resto de condicionales, entonces las excepciones no tienen identidad propia[939]. De esta forma, una excepción es solo recurso retórico al momento de delimitar el ámbito de aplicación de una norma. Son, en este sentido, fragmentos del antecedente, sin características diferenciables.

Esta propuesta logra poner de relieve el reduccionismo conceptual al que conlleva considerar que una excepción es equivalente a una propiedad complementaria en el antecedente. Este reduccionismo conduce a respuestas contraintuitivas: si presentar un requisito como excepción es dependiente de nuestras necesidades argumentativo-pragmáticas, ello supondría que cualquier excepción podría ser presentada como un requisito dependiendo del operador jurídico. Esto es problemático, pues no estaríamos dispuestos a considerar que la etiqueta «excepción» es equivalente a la de «requisito». En efecto, aun asumiendo que las excepciones se limitan a ser un uso retórico del lenguaje pareciera que no estamos dispuestos a describir de esa manera a cualquier propiedad del antecedente.

Una posible respuesta es que elegir una de estas dos etiquetas depende de cómo elaboremos nuestra argumentación pragmática para sostener una postura en cada caso, lo cual llevaría a que optemos por una u otra dependiendo del operador jurídico, la pretensión a sostener y el problema normativo a resolver. Este camino nos llevaría a considerar que las excepciones no son elementos estructurales de las normas, sino propias de la retórica. Otra posible respuesta es considerar que llamaremos excepción a toda nueva propiedad que resulte de modificar el alcance de la norma por especificación, lo cual nos devuelve al punto anterior y limita el aspecto retórico en una presentación de los resultados de haber resuelto un conflicto normativo.

iii. Excepción como tipo de condición del antecedente

[939] Desde esta aproximación, entonces, en la estructura de las normas no cabría diferenciar entre condiciones conjuntivas y condiciones de excepción (en clave de Susskind), pues solo tendríamos los primeros. Sobre este punto volveré líneas más adelante.

De acuerdo con este conjunto de propuestas la noción de excepción posee un contenido conceptual propio que las diferencia de otros condicionantes del antecedente. Este tipo de teorías dejan de lado el análisis únicamente formalizado de las normas y emplean esta noción a efectos de poner de relieve que hay propiedades que han sido incorporadas por razones diferentes al propósito de la norma.

Un ejemplo reciente es la propuesta psicodeóntica de Bruno Celano[940]. Dicho autor ha formulado una tesis para diferenciar entre lo que él considera usos adecuados del término «excepción», de usos no adecuados. Un uso inadecuado de excepción es aquel empleado para dar cuenta de un proceso de especificación del antecedente o bien como resultado de presentar de mejor manera la razón subyacente de la norma, o bien como resultado de haber modificado el alcance de una norma para evitar un conflicto normativo entre dos normas que forman parte del sistema de normas aplicables a un caso individual. En estos supuestos, la relevancia normativa de la propiedad puede ser reconstruida a partir de un mejor entendimiento del sistema del que forman parte, por lo que es solo una forma de presentar, de mejor manera, las prescripciones contenidas en este.

[940] En el Cap. II.3,3.5., hemos visto con mayor detalle otro ejemplo de este punto. Siguiendo la propuesta de Schauer y de Claire Oaks Finkelstein podemos diferenciar un requisito de una excepción al momento de analizar cómo se ha resuelto un caso de derrotabilidad externa, es decir, considerando un conflicto entre una regla con otro elemento normativo diferente de las razones subyacentes de la regla. Las excepciones, desde esta aproximación, son resultados de un conflicto entre razones subyacentes incompatibles. De esta manera, en caso de una derrotabilidad externa de la norma, el aplicador del derecho modifica el alcance a efectos de incorporar propiedades que se justifican en razones subyacentes ajenas a la norma. En este sentido, habría que diferenciar entre: i) requisitos, esto es, condiciones limitantes del ámbito de aplicación de una norma cuya incorporación se justifica en la razón subyacente de la misma norma; y ii) excepciones, esto es, condiciones limitantes del ámbito de aplicación de la prescripción cuya incorporación se justifica en razones subyacentes de otras normas. Siguiendo esta propuesta sobre las excepciones como un tipo de condicional podemos ver que la representación de Williams de las excepciones como delimitadores de la norma (esto es, como condiciones negativas del antecedente) tiene aun más debilidades que la señalada. Retomo los casos indicados líneas atrás: cómo diferenciar el no consentimiento en un caso de violación sexual de agresión no legal en un caso de lesiones. Desde esta aproximación conceptualista basada en la justificación de cada propiedad no podrían ser equiparables las condiciones negativas en un caso de violación con las de lesiones, desde el plano de justificación de la norma. En efecto, cada una de estas representaría la generación de razones subyacentes distintas (más preciso, del resultado de conflicto entre razones subyacentes). Desde esta aproximación, las normas penales (por señalar un ejemplo) se construyen de manera que reflejen adecuadamente finalidades legislativas (regulación de la conducta, protección de bienes jurídicos, entre otros). Lo mismo sucedería con las excepciones, las cuales serían fragmentos de la norma que incorporan el cumplimiento simultáneo de otras finalidades legislativas al momento de aplicación de la norma. La distinción entre una excepción y el resto de condiciones, en este sentido, está en el plano de qué razón subyacente justificó su incorporación en el antecedente de la prescripción.

En cambio, un uso adecuado del término «excepción» es aquel empleado para dar cuenta de la no aplicación de la norma en vista a que tenemos razones para considerar que no es razonable aplicar al caso individual el consecuente normativo. Para aclarar este punto, propone diferenciar entre supuestos normales[941] y anormales de aplicación de la norma. Celano propone entender como «normal» al conjunto de expectativas cómo debiera ser un hecho o un comportamiento. Es en este contexto (es decir, bajo la presuposición de determinadas condiciones de normalidad), podemos afirmar que las normas controlan nuestra conducta vinculando soluciones normativas con tipos de casos posibles[942].

De esta forma, los casos normales son todos aquellos supuestos en los cuales es razonable seguir la norma. Los casos anormales, en cambio, se refieren a que es razonable preguntarse si la consecuencia normativa prevista por la norma es, dadas las circunstancias, el curso de acción que debiera seguirse o que es correcto (desde algún criterio de corrección axiológico)[943]. El criterio de razonabilidad para diferenciar efectos razonables y no razonables de una norma, para Celano, es psicológico[944]. Señala que todos poseemos un mecanismo inconsciente, denominado «el guardián», cuyas funciones son: i) verificar si el veredicto prescrito por las reglas coincide con algún parámetro inconsciente (intuiciones y expectativas de lo que entendemos por normal); y ii) si no es el caso, inhibir la aplicación de la regla, lo que activa la reconsideración.

En este sentido, un caso anormal es una situación en la que se debe modificar el estatus normativo del caso individual debido a que nuestro guardián interno nos advierte que este no coincide con nuestras expectativas de cómo deberían ser reguladas dichas acciones[945]. La calificación de no razonable conlleva que el decisor (que se asume es una persona racional e informada) concluya que debemos actuar diferente a lo prescrito por la norma.

---

[941] Sobre la noción de normalidad volveré en Cap. III.4,4.1,4.1.2.
[942] Celano, 2012, p. 287.
[943] Celano, 2017, p. 98. Las reglas, de esta manera, se aplican (directamente dictan el veredicto correcto a ser adoptado por el juzgador pues es lo que la regla prescribe) solo en casos normales. En casos anormales el juzgador, si es razonable, no sigue la regla, la reconsidera. Celano y Brigaglia, 2017, p. 135.
[944] Esto requiere precisión. Celano y Brigaglia distinguen entre estados mentales y procesos mentales a los que se accede de manera consciente o inconsciente (no accesibles mediante un estado consciente). Los conscientes son los que experimentamos y somos capaces de reportar dicha experiencia. Los inconscientes aluden a los estados y procesos mentales que no podemos experimentar directamente, pero que pueden ser descritos. Los estados mentales y los procesos mentales se desarrollan gracias a mecanismos inconscientes. Por ejemplo, las intuiciones son resultados conscientes de procesos inconscientes. Celano y Brigaglia, 2017, pp. 136-37.
[945] Celano, 2017, p. 99. En un sentido similar, pero empleando la etiqueta «caso absurdo» ver Manning, 2001, pp. 115-19.

De esta forma, a efectos de regular adecuadamente un caso anormal el aplicador del derecho debe introducir una nueva propiedad a efectos de que la consecuencia jurídica a aplicar sea lo más aceptable posible[946]. Para saber en qué casos debe ser introducida esta nueva propiedad un signo confiable es la sorpresa y la duda que despierta el caso individual en el aplicador del derecho. Si decide resolver esta sorpresa y duda introduciendo una nueva propiedad relevante en el antecedente de la norma, entonces habrá creado una excepción (y, en este tipo de escenarios, tendremos un uso adecuado de «excepción»)[947].

En relación con el contenido de la propuesta Celano, está dando cuenta de una forma de construcción jurídica acompañada de una posible explicación psicologísta de las motivaciones del aplicador del derecho para llevar a cabo esta operación[948]. Su propuesta puede ser analizada como una forma de presentar la creación de una laguna axiológica creada a partir de lo que el aplicador del derecho consideró una identificación no razonable de la norma para el caso individual que debe resolver.

Ahora bien, para los efectos de este subapartado hay un punto interesante en la propuesta de Celano. Este autor nos está señalando que introducir una propiedad a partir de una reinterpretación del sistema normativo (mediante, por ejemplo, una interpretación sistemática), y predicar que esta nueva propiedad es una excepción, es una manera de

[946] La dicotomía excepción explícita-implícita, para esta tesis, no es clarificadora. Para responder a la pregunta de si las excepciones implícitas son o no verdaderas excepciones, siguiendo a Celano y a Brigaglia, tenemos dos posibilidades: i) lo son siempre que por estas entendamos el uso de cláusulas vacías («a menos que existan razones concluyentes en contra» por ejemplo), que mantengan reflectores sobre la posibilidad de anormalidad; ii) si se emplea para referir a una propiedad de la norma, en una versión mejor entendida de esta, entonces: o bien la regla no ha sido aplicable en su primera versión (de esto no se sigue una excepción); o bien estamos creando una nueva regla, diferente de la original, que es más específica. Celano y Brigaglia, 2017, pp. 134-35. Celano, 2017, p. 100.

[947] En otros términos, la noción de excepción verdadera refiere a la situación de tener un caso que posee la propiedad C, la cual está prevista en el antecedente de una norma, pero la consecuencia normativa no se sigue porque esta solo se aplica en circunstancias normales o *ceteris paribus* y las circunstancias en las que se ha dado C no son normales. A mérito de esta característica es razonable que el juzgador se pregunte si el veredicto prescrito por la regla es el correcto y que tenga como respuesta que debe resolver el caso de manera incompatible a lo prescrito por la norma. Celano y Brigaglia, 2017, pp. 138-39.

[948] Un punto relevante no esclarecido por Celano es quién justifica la no razonabilidad de una consecuencia normativa. Una posibilidad es que sea el propio aplicador del derecho quien, con independencia de lo que aleguen las partes procesales, decida por sus propias convicciones considerar inaplicable la norma. Otra posibilidad es que recaiga en el demandado la responsabilidad de ofrecer al aplicador del derecho de las razones por las cuales no es razonable que se siga la consecuencia normativa. Esta última posibilidad resulta de interés, pues permite poner de relieve un rasgo compartido entre todas las concepciones de la aproximación conceptualista: aclaran cuáles son las posibilidades de actuación del demandado en un proceso judicial.

vaciar de contenido conceptual dicha noción. Este sería, como hemos visto, un uso retórico dado que con ella se estaría describiendo una propiedad que estaba contenida en el sistema, solo que ahora es presentada de mejor manera en una estructura condicional.

Retomando la distinción entre laguna axiológica descriptiva y prescriptiva[949], esta es una manera de señalar que resolver una laguna axiológica descriptiva no produce genuinas excepciones, sino meras reformulaciones de la norma a partir de una mejor comprensión del sistema normativo al cual pertenecen. En cambio, resolver una laguna axiológica prescriptiva supone introducir una propiedad normativa nueva en el sistema normativo, lo cual puede ser identificada, para efectos de precisión y diferenciación de una reinterpretación sistemática, como excepción.

Como hemos podido ver, este tipo de enfoque[950] (así como el enfoque retórico) es reconducible a la primera propuesta de cómo entender las excepciones, esto es, como un tipo de resultado de haber resuelto un conflicto normativo. En este caso, se está proponiendo entender las excepciones a un tipo específico de conflicto: la incompatibilidad de la calificación de una acción por el sistema normativo jurídico con la calificación de la acción por el sistema normativo axiológico del intérprete.

2.2.2. Excepciones explícitas y excepciones implícitas

Como hemos podido ver, no es una tarea fácil identificar cuáles son las excepciones dentro del antecedente de una norma, ni esta es una noción que haya estado libre de disputas teóricas. Dicho problema se replica (o empeora) al momento de distinguir entre excepciones explícitas y excepciones implícitas. Al respecto, daré cuenta de algunos

[949] Una laguna axiológica descriptiva da cuenta de la crítica que formula un intérprete a una tesis de relevancia por no haber considerado una distinción que, conforme al sistema normativo al que pertenece la norma, debió haberse considerado. En cambio, una laguna axiológica prescriptiva da cuenta de la crítica que formula un intérprete a una tesis de relevancia por no haber considerado una distinción que, conforme a un sistema normativo al que no pertenece la norma y que es empleado como criterio de corrección, debió haberse considerado. Al respecto ver Cap. II.3, 3.4.

[950] Además de estas posibilidades, como veremos en el subpartado 3.2. del presente capítulo, el análisis de las excepciones puede ser realizado desde un enfoque procedimental. Desde esta aproximación, por excepciones se entiende todas aquellas propiedades cuya prueba depende del demandado. En este sentido, se tiene por excepción toda aquella propiedad que, de ser probada por el demandado conforme a la carga de la prueba que recae sobre este, conlleva que no se siga el consecuente normativo.

posibles sentidos a efectos de mostrar la ambigüedad de la expresión «excepción implícita», y poner de relieve que no resulta demasiado clarificador vincular la noción de derrotabilidad con la de excepción implícita sin ulteriores precisiones conceptuales[951].

a. Excepción implícita como elemento de una norma implícita

Por excepción implícita se puede hacer referencia a un elemento estructural de una norma implícita. En este sentido, la distinción entre excepciones explícitas e implícitas recae únicamente en el tipo de norma que se está analizando: i) si es producto de la interpretación jurídica, esto es, una norma expresa, ella tendrá excepciones explícitas; o ii) si es producto de un acto de construcción jurídica, esto es, norma implícita, ella tendrá excepciones implícitas.

b. Excepción implícita como presupuesto implícito contenido en el antecedente

Por excepción implícita se puede hacer referencia a los presupuestos implícitos que están contenidos en el antecedente de una norma. Al identificar una norma solemos hacer presentaciones entimemáticas del antecedente, pues asumimos ciertas propiedades que dejamos sin expresar. Cuando estos presupuestos son explicitados ellos operan como limitantes del ámbito de aplicación, es decir, como excepciones (implícitas).

Por ejemplo, si identificamos la norma «si persona asistente a la clase, entonces prohibido comer en el aula», esta presupone (asumamos ello solo para efectos explicativos) que el destinatario de la norma no posee problemas de salud que requieran deba ingerir, en caso de emergencia, cierto tipo de alimentos (supongamos azúcares) dentro del aula. Si estamos ante un alumno en este tipo de condiciones, se presupone que tiene permitido comer, pues con esta prohibición se pretende garantizar un adecuado ambiente de estudios sin perjudicar la salud de ninguno de los asistentes. Si explicitamos dicha propiedad, entonces podemos reformular la norma ahora de manera más completa: «si persona asistente a la clase y sin problemas de salud, entonces prohibido comer en el aula». Esta noción de excepción implícita puede expresar diferentes elementos conceptuales en

[951] Cabe anotar que en el Cap. IV.3., analizaré con mayor profundidad este punto.

función a la aproximación teórica empleada. Veamos, a efectos de clarificación, dos posibilidades de presentar este sentido.

Una primera forma de explicitar presupuestos implícitos es como resultado de una revisión de nuestras creencias sobre las relaciones entre normas de un sistema normativo. Ello se puede producir en dos supuestos: o bien consideramos que una adecuada interpretación de las normas implica asumir una relación de preferencia entre estas[952], o bien ampliamos el microsistema normativo de manera que las nuevas normas incorporadas introducen excepciones que, en un sentido amplio, ya formaban parte de un adecuado entendimiento del sistema jurídico (reinterpretación sistemática)[953].

Una segunda forma de explicitar presupuestos implícitos es mediante la incorporación de una nueva propiedad en el antecedente de la norma como resultado de una «mejor» especificación de la justificación de la norma. Para algunos juristas las normas son medios para concretizar propósitos, por lo que la labor del jurista debe ser identificar de manera correcta las prescripciones (conforme al propósito) en cada aplicación. En atención a ello, asumen que el alcance prescripciones de las normas puede (y debe) ser variado a efectos de reducirlo si, de esta manera, especificamos de mejor manera el propósito de la norma[954]. En este sentido, los propósitos son fuente de excepciones implícitas a las prescripciones.

---

[952] Hago referencia a todos aquellos casos en los cuales, al momento de describir las normas aplicables a un caso y la relación entre estas, no se explicita que una de las normas está en una relación de especialidad respecto de otra, sino que se asume o presupone. Al respecto profundizaré en Cap. IV.4,4.2.

[953] Por ejemplo «decir que una norma se encuentra sujeta a excepciones implícitas significaría en realidad que la interpretación que corresponde atribuir a una cierta formulación podría resultar revisada en virtud de lo que dispongan las restantes normas del sistema. No se trata de un problema que se vincule directamente con las normas sino más bien con nuestras creencias acerca de las normas que conforman un cierto sistema». Rodríguez, 2003a, p. 98. En un sentido similar (explicitación de excepciones a partir de principios jurídicos), ver Alonso, 2010, p. 292.

[954] Otras formas de presentar este sentido son sustituyendo la idea de «propósito» por «intención del legislador» o «interpretación correcta de la prescripción». Veamos:

1. En relación con la intención del legislador, conforme hemos visto en Cap. II.3,3.2, se entiende por excepción implícita a la distinción que el legislador hubiera realizado de haber tenido oportunidad de hacerla. Con este sentido se hace referencia a que, si realizamos un juicio contrafáctico de la voluntad del legislador, ello nos informaría de que este hubiera introducido una propiedad adicional en el antecedente a efectos de excluir un determinado tipo de caso genérico del ámbito de aplicación de la norma.
2. En relación con la interpretación correcta de la prescripción, se entiende por excepción implícita a la distinción introducida por el intérprete a efectos de que la norma sea moralmente aceptable. Con este sentido se hace referencia a que el aplicador del derecho introduce una nueva excepción no prevista en la norma identificada (ver Cap. II.3,3.4.).

c. Excepción implícita como resultado de un conflicto entre una norma explícita y una norma implícita

Por excepción implícita se puede hacer referencia al resultado de resolver un conflicto entre una norma implícita y una norma explícita que conlleva preferir la aplicabilidad de la norma implícita. Este sentido puede ser entendido como una modificación del alcance de la norma explícita o como la creación de una norma de preferencia por la cual se despoja de aplicabilidad externa a la norma explícita y mantiene la aplicabilidad externa de la norma implícita[955].

Como podemos ver, el uso de la expresión «excepción implícita» es dependiente tanto del modelo teórico adoptado como del tipo de elemento estructural que pretende ser analizado (y precisado)[956]. En este sentido, emplear dicha noción dentro de la definición de derrotabilidad no es del todo clarificador, sino que invita a cambiar de pregunta investigativa: pasar de una pregunta conceptual sobre qué es la derrotabilidad a una pregunta conceptual sobre qué es una excepción implícita.

[955] En otros términos: o bien que la norma que exceptúa a otra norma es una norma implícita, es decir, es una norma que no puede ser inferida de ninguna norma aplicable al caso, o bien que la norma que genera la preferencia de una norma por sobre otra, es una norma implícita. Sobre este punto ver Pino, 2014, pp. 72-73. Este sentido ha sido analizado con claridad y precisión por Dolcetti y Ratti, 2017, 2020, propuesta que analizaré en Cap. IV.3.

[956] Para un estudio sobre cómo la Corte Suprema estadounidense ha introducido excepciones implícitas (enfocado en casos en materia de propiedad intelectual sobre ADN), ver: Markham, 2014. En dicho texto se hace un elenco de los argumentos empleados para dicho fin. A efectos de una breve presentación, pongo de relieve solo dos de ellos los cuales me permitirán insistir en algunas precisiones. Markan señala que se crean excepciones implícitas en los siguientes casos: i) la vaguedad y ambigüedad de los términos genera márgenes de decisión para que los aplicadores del derecho puedan excluir casos genéricos del alcance de las normas; y ii) las normas no deben ser aplicadas en caso el resultado de su aplicación sea absurdo. Sobre i), conforme a lo señalado en Cap.II.4, los problemas de indeterminación lingüística no son supuestos de exclusión de un caso del alcance sino de determinación de cuáles son las propiedades que están previstas en el caso genérico del antecedente. Determinar no es equivalente a exceptuar (exceptuar refiere a remover un caso sobre el que tenemos certeza está dentro del alcance de una norma). En relación con ii), cabe anotar que «aplicación absurda» es una expresión equívoca. Por un lado, ser entendida como una aplicación concreta absurda (considera solo los efectos en un caso individual) o que siempre tiene aplicaciones absurdas (considera los efectos que posee al ser aplicada en cualquier caso individual, esto es, que es una interpretación incorrecta de la disposición). Por el otro lado, el calificativo de absurdo es una manera oscura de dar cuenta de una antinomia (entre normas jurídicas o entre la norma jurídica analizada y una norma que nuestro sistema normativo axiológico) o como una manera de ocultar argumentos interpretativos empleados para reducir el alcance de una norma. En este sentido, es una expresión retórica que solo esconde nuestra pretensión interpretativa y la operación que queremos realizar. Sobre el argumento *ab absurdo* o apagógico ver Tarello, 2013, pp. 331-32. Para un análisis sobre cómo este argumento ha sido empleado en la doctrina constitucionalista norteamericana ver Manning, 2003. Ver, además, Schauer, 2013a, p. 173.

Ahora bien, la noción de derrotabilidad ha sido empleada a efectos de clarificar tanto elementos estructurales de la norma como tipos de normas condicionales. En el presente capítulo analizaré ambas aproximaciones a esta noción. Veamos cada una de estas.

3. El antecedente compuesto por condiciones derrotantes

En este apartado voy a analizar cómo los teóricos del derecho se han aproximado a la noción de derrotabilidad como un concepto empleado para esclarecer los tipos de propiedades dentro de un antecedente. En extrema síntesis, voy a dar cuenta de autores que consideran que las normas son derrotables debido a que dentro del antecedente podemos identificar condiciones derrotantes, esto es, propiedades que, de ser verificadas en un caso individual, conllevan que la norma sea (internamente) inaplicable.

Sobre este punto, en la literatura especializada sobre la noción de derrotabilidad podemos identificar dos formas de presentar esta aproximación. Por un lado, dando cuenta de que los conceptos contienen propiedades negativas que, de ser verificadas, conllevan que el antecedente que contiene dicho concepto devenga en irrelevante para calificar un caso individual.

Esta es la aproximación propuesta por H.L.A. Hart[957], quien sostuvo, en extrema síntesis, que podemos diferenciar dentro de las reglas de aplicación de los conceptos entre condiciones positivas y negativas (o condiciones derrotantes). La verificación de una condición derrotante de un concepto contenido en el antecedente de una norma tiene como efecto generar la inaplicabilidad (interna) de toda la norma. Asimismo, sostuvo que dicho rasgo también es compartido por los juicios de atribución o imputación de responsabilidad, en tanto, estos son enunciados que identifican acciones las cuales son, desde una concepción adscriptivista, derrotables (su aplicabilidad está condicionada a la no verificación de una o unas condiciones derrotables). Esta aproximación será analizada en el subapartado 3.1.

[957] Denominada, por diversos autores, como derrotabilidad conceptual. Ver Cap.I.2.

Por el otro lado, hay autores que han formulado una aproximación a la noción de derrotabilidad para dar cuenta de cómo las reglas procedimentales de los procesos de toma de decisiones permiten diferenciar entre tipos de propiedades dentro del antecedente. En este sentido diferencian entre requisitos (propiedades cuya carga de la prueba recae en el demandante), y excepciones o condiciones derrotantes (propiedades cuya prueba recae en el demandado).

Esta aproximación ha sido esgrimida por un conjunto de autores que podemos agrupar bajo la etiqueta de «derrotabilidad procedimental». De todos ellos concentraré mi análisis en las tesis de Giovanni Sartor, Luis Duarte d'Almeida y Neil MacCormick. En extrema síntesis, sostienen que el carácter derrotable de las normas es producto de haber implementado un proceso de toma de decisiones adversarial por cual determinadas metanormas de aplicación (en específico, normas sobre carga de la prueba y la carga de argumentación), permiten identificar propiedades negativas dentro del antecedente que tienen como efecto producir la inaplicabilidad de la norma. Esta aproximación será analizada en el subapartado 3.2.

Todas estas aproximaciones a la noción de derrotabilidad están tratando de ofrecer una distinción conceptual entre diferentes elementos del antecedente de las normas. Lo que las diferencia entre sí, es cómo sustentan dicha diferencia y los presupuestos teóricos adoptados para construir sus criterios de distinción entre condiciones. Veamos cada una de estas.

3.1. Conceptos y acciones derrotables

En este subapartado voy a analizar el contenido de la aproximación a la noción de derrotabilidad formulada por H.L.A. Hart en el artículo *The Ascription of Responsibility and Rights*[958] de 1948. En dicha publicación el autor introdujo el término «*defeasibility*» (derrotabilidad en español) al lenguaje de los teóricos del derecho a efectos de dar mejores

[958] Hart, 1948-1949.

explicaciones sobre los rasgos y usos de los conceptos jurídicos y de la noción de acción[959].

Hart entendió la derrotabilidad, en breve, como un rasgo estructural de los conceptos y acciones. Entendió que los conceptos se estructuran como normas condicionales en las cuales el antecedente establece las condiciones que deben verificarse para clasificar a un objeto bajo un determinado concepto. Dentro de esta idea, sostuvo que los antecedentes están compuestos por condiciones positivas y derrotantes. Las primeras establecen todas aquellas propiedades que, de verificarse, hacen aplicable el concepto.

En cambio, las segundas dan cuenta de todas aquellas propiedades que, de verificarse, hacen inaplicable el concepto (y, por tanto, a la norma que lo contiene). En este mismo sentido, sostuvo una propuesta sobre cómo identificar acciones a partir de una concepción adscriptivista (una acción es identificiada a partir de cómo una determinada comunidad suele entender y calificar un movimiento o conjunto de movimientos). De esta forma, consideró que podemos señalar que un determinado movimiento se clasifica como una determinada acción mediante una norma condicional compuesta, al igual que los conceptos jurídicos, por un consecuente está correlacionado por un antecedente compuesto por condiciones positivas y derrotantes.

Si bien con este artículo se da inicio al giro derrotabilista del derecho, Hart formuló una renuncia expresa a dicha publicación, pues señaló que no podía defenderlas de las críticas que se le formularon[960]. Asimismo, en sus trabajos posteriores no retomó con profundidad la discusión sobre la noción de derrotabilidad en el derecho[961]. Sin perjuicio de ello,

[959] Propuso un nuevo concepto teórico en el sentido empleado por Carrio, 2004, p. 9.

[960] La renuncia fue manifestada en su rechazo a republicar *The Ascription of Responsibility and Rights* en su libro recopilatorio *Punishment and responsibility*. Expresamente señaló que «[*m*]*y main reason for excluding it is simply that its main contentions no longer seem to me defensible, and that the main criticisms of it made in recent years are justified*». Hart, 2008, p. v. En relación con las críticas específicamente se refiere a las formuladas por Geach, 1960, y Pitcher, 1960. En una entrevista con David Sugarman, Hart relató que este artículo se inspiró a partir de un seminario que realizó con John Lagshaw Austin y que, a pesar del arrepentimiento, tuvo cosas muy útiles y ciertas. Identificó explícitamente lo que consideró fue su error: su propuesta adscriptivista de la acción. Sin perjuicio de ello, el autor relata que este texto fue relevante para obtener un puesto en Oxford. Sugarman y Hart, 2005, p. 276.

[961] Si bien no volvió a profundizar sobre esta, ello no implicó un rechazo o total abandono. En efecto, la noción de derrotabilidad puede ser rastreada en el capítulo VII del «El concepto de Derecho» al momento de presentar las reglas compuestas por un antecedente que contiene una cláusula «a menos que...» (la cual sería una forma de presenta una forma de antecedente abierto, en los términos visto en el Cap.II.3,3.3.). Sobre este punto ver Ferrer y Ratti, 2912b, p. 22, Gavião y Prevedello, 2019, p. 15, Graeff, 2015, pp. 23 y ss. Sobre este punto ver lo señalado Cap. II.4.

considero que estas tesis siguen siendo relevantes teóricamente, pues las discusiones que generó esta primera aproximación a la noción de derrotabilidad permitió (y me permitirán) poner de relieve problemas y aspectos teóricamente relevantes para analizar el resto de aproximaciones a la noción de derrotabilidad desde la teoría de la estructura de las normas.

A efectos de presentar adecuadamente las tesis contenidas en el citado artículo de Hart, analizaré y criticaré sus dos principales tesis: i) su propuesta sobre cómo están compuestos los conceptos jurídicos, y ii) su propuesta sobre cómo identificar acciones (qué hace a un movimiento físico una acción). Dentro de cada una de estas el autor introduce el término «derrotabilidad» para denominar a un concepto que permita esclarecer ambos fenómenos. En este sentido, profundizaré sobre ambos puntos a efectos de identificar el contenido de este concepto y qué se pretende explicar con él.

3.1.1. Composición de los conceptos jurídicos

La propuesta hartiana contenida en *The Ascription of Responsibility and Rights* sobre cómo se usan y cómo están estructurados los conceptos jurídicos está elaborada partir de dos tesis: i) los conceptos son usados principalmente de manera adscriptiva; y ii) los conceptos son irreductiblemente derrotables, debido a que están compuestos por condiciones derrotantes. Veamos cada una de estas.

i. Uso adscriptivo de los conceptos

Hart señaló que el lenguaje puede ser utilizado por sus usuarios o bien para describir, o bien para adscribir (sin que uno implique la exclusión del otro). Un enunciado usado para describir presenta o expresa cómo es un determinado objeto, es decir, identifica y da cuenta de un conjunto de propiedades con las que definimos algo. De esta manera, dichos enunciados tienen valores de verdad (pueden ser verdaderos o falsos) en función de si representan o no adecuadamente el mundo.

Los enunciados usados para adscribir, en cambio, presentan o expresan juicios de imputación o de atribución. Enunciados del tipo «él lo hizo», por ejemplo, imputan responsabilidad y los de tipo «esto es de él» atribuyen derechos[962]. Este es un uso diferente del lenguaje que no puede ser evaluado empleando valores de verdad, pues no están describiendo, sino que están haciendo algo diferente[963]. Entre estos dos, Hart propuso que el uso principal de los conceptos jurídicos y los enunciados de acción son de tipo adscriptivo. A efectos de presentar esta tesis propuso la pregunta ¿qué es lo que hace un juez al momento de tomar una decisión dentro de un proceso? Para esta propuesta, cuando un juez resuelve, por ejemplo, que «Víctor golpeó a Juan», no se está describiendo lo que ocurrió, lo que se está haciendo es adscribir responsabilidad por una acción a Víctor. Este tipo de enunciados formulados en una decisión no tienen valores de verdadero o falso, solo pueden ser afirmados o revocados. Veamos este punto con mayor precisión.

En un proceso de toma de decisiones jurídicas, según Hart, un demandante, entre otras cosas, presenta una pretensión de aplicación de un determinado concepto para calificar ciertos hechos del mundo[964]. Frente a ello, el demandado puede ofrecer respuesta. El aplicador del derecho, en este punto, lo que hace es determinar que a los eventos ocurridos (los probados) se les aplica una norma que contiene un concepto jurídico. Para mostrar mejor este punto veamos el ejemplo de Hart de un juez que declara «esto es un contrato».

El enunciado «esto es un contrato» puede ser empleado para satisfacer uno de los siguientes dos usos: i) descriptivo de los hechos que tiene presente; o ii) adscriptivo, es decir, decide que hay un contrato. La mejor manera de explicar qué es lo que están haciendo los jueces al momento de decidir, señala Hart, es emplear este segundo camino[965]: el juez al emplearlos no está dando cuenta de hechos, sino expresando decisiones operativas[966].

---

[962] Hart, 1948-1949, p. 171.
[963] En este sentido Arena, 2008, p. 207.
[964] Con la pretensión de la demanda se hacen diversos requerimientos dependiendo del tipo de proceso. Para los fines del presente subapartado solo me voy a concentrar en la aplicación de un concepto jurídico.
[965] Cualquier enunciado puede ser empleado de manera adscriptiva o descriptiva, la diferencia está en la pragmática. Feinberg a esto agrega que también cambia la pregunta a contestar, en el caso de la pregunta es «¿qué hizo Víctor?» se ofrecerá un enunciado descriptivo que diga «Víctor hizo X». En cambio, si pregunto «¿quién hizo X?» se ofrecerá un enunciado adscriptivo que diga «Víctor hizo X». Feinberg, 1970, pp. 137 y 140.
[966] Nino, 1987, p. 16.

Siguiendo a este autor, no es que esos hechos sean, en su conjunto, un contrato o que se hagan inferencias inductivas o deductivas a partir de los enunciados sobre esos hechos para concluir que hay contrato. Lo que está haciendo es decidir sobre los hechos que le han presentado, con acierto o desacierto, que existe un contrato[967]. De esta forma, al hablar de adscripción no está pretendiendo reconstruir un uso semántico de los conceptos, sino un uso pragmático[968].

Este punto Hart muestra la influencia que recibió (al momento de escribir el artículo bajo análisis) por parte de J.L. Austin. El punto central es que con este tipo de enunciados estamos haciendo algo[969]: las palabras no solo tienen un contenido semántico, también pueden ser empleadas para la ejecución de un acto.

De esta forma, la decisión de los jueces «esto es un contrato» no es verdadera o falsa, sino correcta o incorrecta. En caso de que la resolución sea apelada ante una Corte superior, y esta decida revocar la decisión, la resolución de la segunda instancia (o de cualquier otra superior) no se basa en la falsedad del enunciado, sino en si la aplicación del concepto fue adecuada o no en función a sus criterios de corrección[970]. Volveré sobre este punto al tratar la adscripción de acciones líneas más adelante.

En breve, para Hart los conceptos jurídicos, en contextos de toma de decisiones jurídicas, son empleados, principalmente, para declarar derechos, reconocer derechos de alguien, asignar derechos reclamados, transferir derechos o atribuir responsabilidad sobre la realización de una acción, es decir, adscribir. Es posible describir con ellos, pero esta no sería la explicación adecuada de lo que hacemos al momento de decidir.

ii. Derrotabilidad conceptual

[967] Hart, 1948-1949, p. 182.
[968] Duarte, 2007, p. 172. Arena, 2008, p. 210. Si bien «uso» ya evoca a la pragmática del lenguaje, asumo la redundancia a efectos de claridad.
[969] Años previos a la publicación de *The Ascription of Responsibility and Rights* de Hart, Austin ejemplificó un punto análogo con los enunciados «yo sé» y «yo prometo». Al expresarlos, no estamos describiéndonos ante otros, lo que estamos haciendo es garantizando algo. Austin, 1975, p. 104-109.
[970] Sneddon, 2006, p. 22.

La propuesta de derrotabilidad de los conceptos jurídicos está compuesta por dos ideas: i) los conceptos jurídicos están sujetos a excepciones que no pueden ser determinadas *ex ante* a la aplicación al caso[971]; y ii) el uso de los conceptos jurídicos está condicionado por la estructura de la toma de decisiones jurídicas.

En cuanto a la primera idea, Hart parte por considerar que, dadas las características de los conceptos jurídicos, es absurda su aproximación mediante el uso de condiciones necesarias y suficientes[972]. Una persona puede formular un concepto de esta manera a efectos de enseñarle a otra cómo este ha sido entendido en el pasado (para empezar a aprender sobre su contenido), pero ello no es suficiente. Para explicar un concepto, siguiendo los ejemplos propuestos por el autor, un allanamiento o un contrato, hemos de dar cuenta de cómo han sido entendidos en anteriores oportunidades y acompañar ello con una mención a las excepciones de aplicación, precisando que no pueden ser enumeradas de manera *ex ante* a un caso ni de forma irrevisable. Paso a precisar estas dos ideas.

Veamos el ejemplo de Hart: el concepto contrato[973]. Las condiciones para que un acuerdo entre dos personas califique como un contrato, entre otras, son: i) hubo una oferta; ii) aceptación de la oferta; y iii) se realizó un documento escrito que satisface ciertas exigencias formales para consignar la oferta y su aceptación.

Hart denomina a este tipo de condiciones como «condiciones positivas», es decir, son condiciones requeridas para poder señalar a qué situaciones se aplica el concepto. El significado puede variar de manera que la selección de propiedades para la aplicación de un concepto puede ser ampliada conforme aparezcan nuevos casos de aplicación[974]. Al

[971] «*[I]t is usually not possible to define a legal concept such as " trespass" or " contract" by specifying the necessary and sufficient conditions for its application. For any set of conditions may be adequate in some cases but not in others and such concepts can only be explained with the aid of a list of exceptions or negative examples showing where the concept may not be applied or may only be applied in a weakened form*». Hart, 1948-1949, p. 174.

[972] Como hemos visto en Cap. III.2, si decimos que A es una condición necesaria y suficiente para B, ello quiere decir que siempre y solo cuando A está presente entonces B también está presente. Presentado en otros términos, esta es una manera de expresar que del consecuente también podemos inferir el antecedente.

[973] Este ejemplo podría generar confusiones si es analizado a partir de las distinciones conceptuales propias de la dogmática civilista. Al respecto, anoto que este ejemplo tiene el único propósito de describir y hacer más clara la explicación ofrecida por Hart sobre cómo opera la derrotabilidad conceptual.

[974] «*[A]nswers to the questions "What is trespass?", "What is contract?" if they are not to mislead, must take the forms of references to the leading cases on the subject, coupled with the use of the word "etcetera"*». Hart, 1948-1949, pp. 173-174.

respecto, Pierluigi Chiassoni esclarece el punto señalando que cada propiedad positiva es un punto de partida para posibles extensiones analógicas, es decir, nos sirven para identificar propiedades definitorias ulteriores similares a las primeras. Pero esta ampliación es contingente, pues dependerá de la elección interpretativa que realice el aplicador del derecho. De esta forma, luego de haber identificado las propiedades del concepto podemos elegir una de estas dos opciones: el contenido del significado está clausurado en ciertas propiedades o que toda identificación de propiedades es *prima facie*, de manera que puedan incorporarse nuevas propiedades relevantes[975]. Para esta segunda opción se sigue que se debe agregar al final de la selección de propiedades una cláusula de extensión de tipo «u otras cosas similares a esta»[976].

Conocer estas condiciones positivas no es suficiente para explicar de manera adecuada lo que quiere decir «contrato». Se debe considerar que, aunque dichas condiciones justifiquen la pretensión de que hubo un contrato, dicha pretensión puede ser atacada a efectos de ser descartada o, por lo menos, limitada[977]. Los ataques se deben a las defensas que puede presentar la contraparte en un proceso, las cuales en el caso de un contrato son, por lo menos: i) coacción; ii) error; y iii) demencia de una de las partes.

Las pretensiones sobre las cuales deciden los jueces pueden ser desafiadas de dos maneras: i) negando los hechos sobre los cuales se ha basado la pretensión (señalar que «hubo un contrato» resultaría ser una adscripción incorrecta)[978]; o ii) aceptar que se han dado todas las circunstancias alegadas por la parte, pero sosteniendo que junto a estas han ocurrido otras que hacen que el caso individual sea una ejemplificación de supuestos de inaplicación, las cuales pueden tener uno de los siguientes efectos: ii.1) hacer inaplicable el concepto en todos sus extremos; o ii.2) debilitar el impacto de la pretensión de manera que ahora ejerce una presión con consecuencias jurídicas menos intensas.

---

[975] Agradezco a Jorge Rodríguez por haberme ayudado a aclarar este punto.
[976] Chiassoni, 2012b, pp.282. Esta cláusula se refiere a otras análogas a cada una de las propiedades, es decir, si indicamos que el concepto está compuesto por las propiedades A, B y C, entonces, hemos de considerar análogas de A, análogas de B y análogas de C. En este mismo sentido Sneddon, 2006, p. 20.
[977] Nino, 1987, p. 16.
[978] Señalando, por ejemplo, que no hubo tal cosa como una oferta, pues en ningún momento el demandante realizó actos que califiquen como tal. Cabe precisar que, en este punto, Hart señala expresamente que sería una descripción falsa de los hechos y, por lo tanto, un enunciado descriptivo falso. Esto genera problemas si tomamos en cuenta la premisa inicial de caracterizar el uso de conceptos jurídicos como, principalmente, adscriptivo. A efectos de una reconstrucción caritativa he preferido en este apartado señalar «adscripción incorrecta».

Tanto ii.1) como ii.2) son sentidos del término «defensa» empleados por Hart. Las condiciones descritas por ii.1) son las excepciones o condiciones negativas (aquellas que, de comprobarse ocurridas, entonces hacen no aplicable al concepto). Las condiciones descritas por ii.2) son las defensas en sentido estricto (aquellas que, de comprobarse, hacen aplicable el concepto, pero de manera debilitada)[979].

Las condiciones negativas se presentan incorporando una cláusula «a menos que»[980] que represente a las excepciones de aplicación y la imposibilidad de determinar todas de manera exhaustiva. Hart se enfoca en este punto para sostener que los conceptos no pueden ser explicados como conjuntos de condiciones necesarias y suficientes de aplicación. Ello, pues, para dar una buena explicación de los conceptos hemos de emplear una lista de condiciones negativas o ejemplos negativos que, de manifestarse, conlleven a la no aplicación del concepto. Es decir, puede que se hayan satisfecho las condiciones necesarias de aplicación, pero, aun así, el concepto no se aplique debido a la identificación de una de estas excepciones[981].

Dicho en otros términos, lo que está señalando es que las condiciones positivas operan como condiciones necesarias, pero no suficientes para el consecuente. Ello debido a que la verificación de, por lo menos una condición negativa, conlleva desestimar la pretensión, a pesar de haberse satisfecho las condiciones positivas. Para identificar este punto, sostuvo Hart, los juristas carecían de un término y concepto específico.

A efectos de poder identificar con precisión esta característica de los conceptos, el autor tomó el término «derrotabilidad» del derecho civil inglés[982] y lo incorporó al lenguaje de la teoría del derecho para referir que un concepto está sujeto a *derrota* en diversas

[979] Hart,1948-1949, p. 174. Para ejemplificar el punto ii.2) Hart propone pensar en un caso de imputación de homicidio doloso, frente a la cual se alega y prueba que hubo provocación por parte de la víctima, lo cual tiene el efecto de debilitar lo alegado: el cargo pasa a ser de homicidio culposo.
[980] Hart,1948-1949, p. 173.
[981] Debo precisar que la operatividad e identificación de condiciones negativas no es un problema del lenguaje natural (como lo es la vaguedad y la vaguedad potencial, por ejemplo, de las que daré cuenta más adelante), sino que son resultados de cómo cada intérprete entiende la composición de los conceptos jurídicos.
[982] Hart se inspiró en el derecho de propiedad inglés en el cual se prevé la figura «*defeasible state*». Esta se emplea para referir a un tipo de contrato de transferencia de propiedad sujeto a condición resolutoria, esto es, revocable a mérito de la ocurrencia de una determinada condición establecida contractualmente.

situaciones[983], pero permanece aplicable si ninguna de ellas se manifiesta[984]. En otros términos, refiere a que la aplicación de un concepto es tentativa o se da siempre que ninguna situación de excepción se manifieste. De esta forma, al señalar que un concepto jurídico es irreductiblemente derrotable, Hart alude a que este no debe ser definido mediante un conjunto de condiciones necesarias y suficientes, pues requiere considerar excepciones no numerables[985]. Explicar un concepto jurídico sin aludir a este rasgo sería, para Hart, una mala explicación.

A este punto es pertinente precisar ¿qué efectos produce verificar una condición derrotante? Siguiendo el ejemplo de Hart, la ocurrencia de que se ejecute la aceptación de la oferta es una condición positiva de «contrato». Al respecto, ¿qué se está diciendo al decir «no hubo consentimiento»? Una lectura equivocada, para dicho autor, es pensar que refiere a la inexistencia, es decir, a la ausencia de la condición positiva (que el enunciado sea empleado para afirmar que no existió el hecho representado por la condición positiva «aceptación de la oferta»). Lo que se está realizando es afirmar que han ocurrido hechos que califican como condiciones negativas, como, por ejemplo, actuar bajo coerción[986]. En otros términos, una condición negativa o derrotante lo que hace es señalar la existencia de un hecho ocurrido de manera conjunta con la condición positiva y que esta vence, es decir, conlleva la no aplicación del concepto.

Para clarificar este punto Nino[987] vinculó la noción de condiciones negativas que generan la derrota de un concepto con la noción de palabras excluidoras de Roland Hall[988] (quien a su vez desarrolla la idea de «palabras con pantalones» de J. L. Austin[989]). Hall sostuvo

[983] Esto quiere decir que, de ocurrir ciertas situaciones (no determinables de forma exhaustiva), entonces el concepto deja de ser aplicable.
[984] Hart,1948-1949, p. 175. Schauer lo explica señalando que las normas son tentativas, continuamente abiertas a su derrota en un caso particular o a modificaciones en la medida que aparezcan nuevas situaciones. Schauer, 2013a, p. 118. Por su parte Chiassoni explica esta idea señalando que la noción de concepto jurídico derrotable refiere a las condiciones negativas de aplicación las cuales, en caso de concomitancia con las positivas, prevalecen sobre las segundas. Chiassoni, 2012b, p. 284.
[985] Hart,1948-1949, p. 189. Bayles, 1992, p. 12. En otros términos, referiría a la imposibilidad de reducir las excepciones a condiciones necesarias y suficientes debido a que existe una lista abierta de excepciones. González Lagier, 2013, pp. 53 y 54. En un mismo sentido, Horovitz, 1972, p. 149-50.
[986] Hart,1948-1949, p. 178.
[987] Nino, 1987, pp. 19-20.
[988] Hall señala que son palabras caracterizadas por: i) atribuir opuestos; ii) descartar algo sin agregar ellas mismas información adicional sobre el objetivo; y iii) reducir el grado de ambigüedad contextual (descartan contextos de uso del término). Hall, 1959, p. 1.
[989] La expresión «palabra con pantalones» es una metáfora para decir que el uso negativo de la palabra (exclusorio en términos de Hall) es el principal: «es el uso *negativo* el que lleva los pantalones» (cursiva es

que los usuarios del lenguaje usan ciertas palabras para informar, principalmente, el descarte de sentidos posibles. Por ejemplo, las palabras «real», «civil» o «bárbaro». Estas son usadas, principalmente, de manera negativa, es decir, para excluir caracterizaciones, modos o manifestaciones ajenos a los que se pretende aludir. Estas no niegan la existencia de algo, sino que se usan para excluir propiedades en determinados contextos. Conforme a los ejemplos, «civil» se emplearía para excluir a eclesiástico o militar, «real» para excluir algo imaginario o figurativo («tigre real», por ejemplo, informa que no estamos ante un tigre de juguete o el dibujo de un tigre) y «bárbaro» era empleado en tiempos clásicos para hablar de no romanos. En breve, por palabra excluidora se da cuenta de una palabra que no es usada para denotar una propiedad positiva, sino para excluir propiedades y contextos de uso.

Las condiciones negativas operan de manera análoga a este uso exclusorio de las palabras: su uso no niega la existencia de la ocurrencia de algo, sino que se opone a que se aplique un determinado predicado. No dan cuenta de la ausencia de hechos, sino que refieren a que algo sucedió y a un fenómeno adicional el cual se opone a aplicar un determinado concepto jurídico. De manera más precisa, si se dan las condiciones negativas entonces se excluye el predicado aplicable conforme a las condiciones positivas[990]. La parte demandada puede negar la ocurrencia de hechos alegados por el demandante (nunca ocurrió una oferta, por ejemplo), pero esta no sería una condición derrotante, sino que sería un desafío por negación, conforme lo expuesto líneas atrás.

De esta forma, si los condicionantes derrotantes se comportan de manera similar a como lo hacen los términos exclusores, entonces podemos clarificar de mejor manera una idea ya señalada: en todos aquellos casos en los cuales se verifique una condición derrotante se sigue la exclusión de los efectos de las propiedades positivas (no se podrá aplicar el concepto jurídico). En cambio, en todos aquellos casos en los cuales no se verifiquen condiciones derrotantes, entonces las condiciones positivas tendrán efecto (se aplicará el concepto jurídico).

---

de origen). Austin,1981, p. 98. Esta idea fue empleada, además, en la distinción entre palabras usadas para negar y usadas para oponer en Austin, 1975, p. 181.

[990] Cabe insistir que estamos en el plano de usos del lenguaje. Una palabra exclusoria refiere a su uso, no a su contenido semántico. Sin embargo, como bien señala Hall, podemos emplearla como definición o explicación de un objeto, pero esa aproximación no capturaría eso que pretendemos hacer cuando la usamos. Hall, 1959, p. 5.

El punto anterior pone de manifiesto que, para el uso de un concepto por parte del juez, no se requiere la demostración de la ausencia o inexistencia de una condición negativa. Lo que está haciendo el juez al momento de decidir es usar un concepto (decidir que hay un contrato, siguiendo el ejemplo) en vista a que no se han presentado condiciones derrotantes. La verificación de, por lo menos, una condición derrotante en el caso individual puede ser ofrecida por la parte demandada. De esta forma se vincula la idea de condición derrotante con la estructura de la toma de decisiones jurídicas.

Siguiendo esta forma de reconstruir a Hart, lo que se derrota es la aplicación del concepto «contrato» como predicado de unos hechos en el marco de un proceso de toma de decisiones jurídicas (que el juez decida que hay un contrato). De esta forma, la derrota es producida si la contraparte del proceso (el demandado) puede demostrar la verificación de una condición derrotante en el caso individual.

De manera más precisa, lo que está sosteniendo Hart es que la aplicación de un concepto y su derrotada están conceptualmente vinculada con los procesos de toma de decisiones (adversariales) de dos maneras. En primer lugar, la parte demandante inicia el proceso de toma de decisiones mediante una pretensión, la cual es un pedido de aplicación de una determinada norma a partir de la verificación de las condiciones positivas de los conceptos contenidas en dicha norma. En segundo lugar, los procesos de toma de decisiones están compuestos por etapas y actos que ordenan la participación de cada parte y lo que deben probar. Dichas etapas ofrecen oportunidad al demadado de contraargumentar. si el demandante prueba las condiciones positivas y el demandado ninguna negativa, entonces se aplicará la norma y los conceptos en ella implicados. En cambio, si la demandada prueba por lo menos una condición negativa, entonces no debería aplicarse.

En este contexto, la derrotabilidad da cuenta de la posibilidad del demandado de poder ofrecer, en una etapa del proceso de toma de decisión, la verificación de una condición negativa en contra de la aplicación del concepto. Si el demandado efectivamente la ofrece (y el aplicador del derecho considera que tal ofrecimiento es correcto), entonces esta supera a las condiciones positivas dadas por el demandante y conlleva que no se aplique el concepto (a pesar de que se han satisfecho las condiciones positivas de aplicación).

Este punto pone de manifiesto la manera en que la noción de derrotabilidad está vinculada a la estructura del proceso de toma de decisiones jurisdiccionales, en tanto, es un posible resultado de la oportunidad del demandado a contraargumentar un caso (sin contradictorio, no es posible derrota). En este sentido, todo sistema adversarial que aplica conceptos jurídicos conlleva la posibilidad de derrotar la aplicación conceptos.

Baker, con acierto, sintetiza las consecuencias de tener conceptos derrotables en tres puntos[991]:

1. La carga de probar la excepción recae en aquel que quiera desafiar la aplicación del concepto jurídico sobre la base de que ha ocurrido una condición negativa. Cabe precisar, nuevamente, que no es el caso de que para la aplicación del concepto se demuestre la ausencia de una condición negativa. La carga de la prueba para los conceptos derrotables está típicamente reflejada en la colocación de la carga de la prueba de los procedimientos.
2. La aplicación de conceptos está justificada en instancias bajo la suposición de evidencia total, esto es, asumir que la evidencia relevante ofrecida dentro del proceso es la única evidencia disponible. Ello dado que nueva evidencia podría calificar hechos como condiciones negativas lo que generaría la derrota. En otros términos: se aplica un concepto en el escenario que no haya evidencia que revisar.
3. Los conceptos no pueden ser definidos usando un esquema *per genus et differentiam*[992] en vista de que un concepto solo puede ser explicado empleando condiciones necesarias, pero no suficientes.

Resumiendo lo visto hasta el momento, la derrotabilidad de los conceptos, para Hart, es una característica que se predica de determinado tipo de condiciones de los conceptos jurídicos, más preciso, de cómo funcionan las condiciones negativas. En otros términos, refiere a que la aplicación de un concepto está supeditada a la no concurrencia de condiciones negativas. Este rasgo engloba tres elementos: i) los conceptos jurídicos están sujetos a excepciones; ii) la aplicación de los conceptos jurídicos está condicionado a la

[991] Baker, 1977, p. 32.
[992] Este esquema alude a tomar un conjunto de cosas que comparten un mismo rasgo y señalar sus diferentes subclases o especies (explicación por relación entre género-especie).

estructura de la toma de decisiones jurídicas; y iii) el principal uso de los conceptos jurídicos es adscriptivo y este es derrotable.

El punto i) está compuesto, a su vez, por: i.1) una excepción es una condición negativa; i.2) una condición negativa tiene como efecto la exclusión de propiedades (las condiciones positivas); y i.3) no es posible definir un concepto empleando condiciones necesarias y suficientes, pues no se puede determinar de manera previa a un caso el conjunto irrevisable de condiciones de aplicación (lo cual conlleva que las condiciones positivas por sí solas no puedan garantizar la aplicación del concepto)[993]. Por su parte, el punto ii) está compuesto por: ii.1) los casos de derrotabilidad se producen en contextos de procesos de toma de decisiones; y ii.2) la derrota se genera cuando hay un hecho probado que así lo justifica. Finalmente, el punto iii) refiere a: iii.1) la derrotabilidad conceptual se da para usos descriptivos y adscriptivos de los enunciados, pero Hart solo analizó el segundo caso; y iii.2) la derrotabilidad se da a nivel pragmático, es decir, derrotar un uso de las palabras conlleva deshacer lo que hizo (o intentó hacer) con ellas (ya no se adscribe, por ejemplo).

En este punto cabe precisar que la noción de derrotabilidad hartiana tiene dos posibles lecturas. Duarte[994] resaltó que Hart empleó el término de manera ambigua y que su propuesta se puede descomponer en dos tesis sobre la derrotabilidad: i) derrotabilidad como juicios no definitivos; y ii) derrotabilidad en sentido estricto.

La derrotabilidad como juicios no definitivos refiere a que nuestra comprensión sobre un evento (discutido en un proceso judicial) puede ser desafiada, lo cual incide en los conceptos que usemos para entenderlo. Ejemplifico a efectos de claridad: un demandante requiere la aplicación del concepto de robo señalando «Víctor robó» en un determinado momento que entenderemos es el tiempo T1. Luego de ese momento recopilamos información y ello nos lleva a entender de mejor manera lo sucedido. Sucede que Víctor proviene de una comunidad que no contempla la idea de propiedad privada y que al ver objetos de primera necesidad consideró que estaba en plena facultad para tomarlos, lo cual nos lleva a rechazar la idea de que robó dado que hubo un error cultural (este sería

[993] Esta idea se sigue únicamente de i), sino de esta tesis junto con la idea de que los conceptos no son exhaustivamente especificables.
[994] Duarte, 2015, pp. 24-32.

el momento T2). Finalmente, esto nos lleva a derrotar el requerimiento existente en T1 dando una nueva decisión: «Víctor tomó algo que no es suyo por error cultural» (este sería el momento T3)[995].

De esta forma, la adición de información en el momento T2 hace inviable la aplicación del concepto «robo» por averiguarse un hecho que opera como condición derrotante. Cabe precisar que esta condición derrotante o bien ya había sido identificada como tal, o bien fue creada por el aplicador del derecho en un acto de creación judicial del derecho. De esta forma, este sentido de derrotabilidad refiere a la posibilidad de ir revocando, dentro de un mismo contexto de toma de decisiones, los juicios no definitivos sobre la aplicación de un concepto jurídico[996].

Cabe resaltar que podríamos seguir distinguiendo tanto como instancias de discusión ofrezca la institución a la que hemos llevado nuestra pretensión. Por un lado, tendríamos la derrotabilidad conceptual generada por el sistema adversarial y por otro lado la derrotabilidad conceptual dada por la revisión de las decisiones. La primera se generaría por las reglas de distribución de la carga de la prueba, en cambio, la segunda se da por efecto de la posibilidad de apelar las decisiones y que una instancia superior revoque la corrección de la aplicación de un sentido.

El segundo sentido de derrotabilidad identificado por Duarte, la derrotabilidad en sentido estricto, refiere a la relación entre las circunstancias que generan una derrota y las decisiones de aplicación de conceptos, sean estas finales o no. De esta forma, desde esta forma de conceptualizar la derrotabilidad, de lo que se está dando cuenta es de los efectos que posee una condición negativa para la aplicación de un concepto (lo que líneas atrás se denominó el efecto excluidor).

En breve, para el primer sentido la derrotabilidad da cuenta del impacto de incorporar nueva información dentro de una estructura de toma de decisiones (lo que pensábamos era X, en verdad era Y tras la información ofrecida por la contraparte). En cambio, el

[995] Sobre este punto volveré en Cap. III.3,3.2.
[996] Sobre este punto, como ya habíamos indicado, la derrotabilidad operaría como *prima facie* (entendida como cancelabilidad epistémica o pérdida de relevancia por obtención de nueva información) sujeta a que la conclusión contenida en la parte resolutiva sea *all things considered* por agotamiento de la información relevante o por clausura del debate.

segundo sentido la derrotabilidad refiere a la relación de las circunstancias derrotantes y la toma de decisiones, es decir, al rasgo excluidor que poseen las condiciones negativas de los conceptos. Hart emplea ambos sentidos, pero la noción de condición derrotante es mejor capturada por el segundo sentido, pues lo característico no son las reglas procedimentales de la toma de decisiones, sino su operatividad al ser identificada en un caso concreto. Además, este sentido de derrotabilidad es apto para explicar la derrota de conceptos en contextos no institucionalizados (o, como veremos más adelante, para explicar su empleo dentro de la propuesta adscriptivista de los enunciados de acción).

Finalizo este apartado con la crítica más clara y directa que se le ha formulado a esta propuesta de Hart: ¿es imposible analizar los conceptos jurídicos empleando condiciones necesarias y suficientes? Si empleáramos este tipo de estructura lo señalado hasta el momento podría ser representado de la manera «Si P, a menos que E, entonces C». Hart no está tratando de negar esta posibilidad, ni está señalando que de esta forma no podamos analizar un concepto. Lo que está señalando es que esta estructura de definición es profundamente engañosa[997], pues no permitiría explicar el uso típico de un concepto: la adscripción. Como señalábamos líneas atrás, el juez al indicar «esto es un contrato» está tomando una decisión y atribuye, no describe hechos. La especificación de condiciones no es adecuada para capturar este uso[998]. Profundicemos esta arista.

John Leslie Mackie consideró que la propuesta de Hart, a pesar de sus esfuerzos por rechazarla, está pensada a partir de un conjunto de condiciones necesarias y suficientes para la aplicación de conceptos jurídicos. Considera que hay rasgos positivos, A y B, por ejemplo, que son necesarios y en caso de ausencia de una excepción, suficientes para que se dé un contrato. Las posibles excepciones serían K, L, M, N. De ello se sigue que el término complejo A.B.¬K.¬L.¬M.¬N sería una condición necesaria y suficiente para un contrato[999]. En otros términos, la negación de una excepción sería una condición positiva para la aplicación del concepto.

---

[997] *«But to insist on this as the "real" explanation of the actual procedure of the courts in applying the defeasible concept of a contract would merely be to express obstinate loyalty to the persuasive but misleading logical ideal that all concepts must be capable of definition through a set of necessary and sufficient conditions».* Hart, 1948-1949, p. 178.

[998] Cabe reiterar que un enunciado puede tener un uso adscriptivo o descriptivo, no ambos a la vez, pero usar uno no implica la imposibilidad del uso del otro. Hart expresa: «*sentences like "This is mine", "This is yours", "This is his" can be used simply as descriptive statements to describe things by reference to their owners*». Hart, 1948-1949, p. 186.

[999] Mackie, 1955, p. 146.

En un sendero similar, Baker considera que las condiciones a ser incluidas en la cláusula «a menos que…» pueden ser reemplazadas por una condición positiva (por ejemplo, consentimiento verdadero, completo y libre como condiciones positivas para aplicar el concepto «contrato»), de manera que podamos presentar un antecedente sin excepciones. En breve, sostiene que no es claro cómo distinguir entre condiciones positivas y negativas[1000].

La distinción entre condiciones positivas y negativas son solo opciones de cómo presentar una misma propiedad. Es decir, depende de nuestras preferencias retóricas elegir caracterizar una propiedad como condición positiva o negativa, esta no es una diferencia conceptual u ontológica de cada propiedad [1001]. A efectos de introducir un criterio de distinción entre tipos de propiedades podríamos optar, como veremos en el próximo apartado de este Capítulo, emplear una metanorma de aplicación de normas (la carga de la prueba), pero esto, como veremos, supone una discusión y problemas diferentes.

Ahora bien, retomo la precisión Baker de que para Hart la ausencia de condiciones derrotantes no puede ser condición necesaria para la aplicación de un concepto. Sobre esto, Duarte propone la pregunta ¿si la presencia de cualquier excepción previene de la decisión pretendida por el demandante, no es el caso que la ausencia de una excepción sea una condición necesaria de la corrección de la decisión a favor del demandante, y la presencia de una excepción es precisamente la ausencia de una condición necesaria?[1002]

En otros términos, siguiendo a Duarte, para Hart podemos identificar las condiciones necesarias, pero no todas las condiciones son suficientes. Una decisión a favor del demandante es aquella tomada en ausencia de excepciones y la presencia de una excepción es condición suficiente para una decisión a favor del demandado. Pero de esta forma, la ausencia de una excepción es condición necesaria para la decisión a favor del demandante. En cuanto al concepto «contrato», por ejemplo, la ausencia de coacción sería

[1000] Baker, 1977, p. 33.
[1001] Una posibilidad teórica que contradice este punto es adoptar una ontologización de los hechos descritos por cada propiedad. Esto implica adoptar alguna postura teórica por la cual se considere ciertos hechos «son» condiciones positivas y otros hechos «son» condiciones negativas. Descarto esta posibilidad, pues supone un compromiso que no es necesario para aclarar la noción de derrotabilidad en el derecho, no fue afirmado por Hart y no resulta indispensable para dar cuenta de la práctica jurídica.
[1002] Duarte, 2015, p. 18.

una condición necesaria para decidir favorablemente a favor del demandante de la aplicación de este concepto. Esto quiere decir que la negación de cada excepción puede ser incorporada en las condiciones positivas[1003].

El punto es crítico, pues de esta forma la propuesta hartiana colapsa en el propio punto que pretende negar: señalar que las condiciones derrotantes son elementos suficientes para no aplicar un concepto se traduce en que la ausencia de ellas es condición necesaria para la aplicación[1004]. Lo que es decir que se pueden formular condiciones necesarias y suficientes para la aplicación de los conceptos, incluso en un plano adscriptivo.

Como hemos podido ver a lo largo de este subapartado, la propuesta hartiana sobre la derrotabilidad conceptual es una teorización sobre uno de los posibles efectos de incorporar nueva información en el proceso: demostrar la inaplicabilidad del caso individual por no subsumirse en el caso genérico de la norma. En efecto, de lo que se está dando cuenta es de la incidencia que tiene las caracterizaciones del demandado sobre la composición de un caso individual a efectos de su calificación jurídica.

3.1.2. Identificación de acciones

Hart una vez abordado el uso adscriptivo de los conceptos jurídicos y su carácter derrotable paso a abordar lo que realmente le interesó explicar en este artículo: qué es una acción y cómo operan los enunciados de acción. Para los propósitos de esta investigación este punto solo es relevante al caracterizar que las acciones son derrotables[1005]. En

[1003] Duarte, 2015, pp. 49-50. Cabe resaltar que Duarte formula una tesis propia sobre las excepciones a partir de estas críticas a Hart que no será explorada en el presente documento por escapar de nuestro objetivo.

[1004] Chiassoni, en este mismo sentido, sostiene que las propiedades positivas establecen condiciones necesarias las cuales para que funcionen, todas las cosas consideradas, como condiciones suficientes para la aplicación de un concepto, se requiere que estén acompañadas por la ausencia de negativas. Una condición negativa, de esta forma, de estar presente, prevalecerá sobre las condiciones necesarias (las derrotarían) haciendo del concepto inaplicable al caso. Chiassoni, 2012b, p. 283.

[1005] Debo precisar que este subapartado tiene propósitos clarificadores respecto a cómo Hart entendió la derrotabilidad conceptual, pero no constituye una aproximación que haya caracterizado las discusiones actuales sobre la derrotabilidad. En este sentido, este es un apartado con pretensiones de precisión y análisis exhaustivo de la teoría hartiana de la derrotabilidad.

atención a ello, mi propósito será identificar de manera clara y precisa qué quiere decir ello y qué problemas conceptuales posee.

Parto por señalar que, para Hart, los enunciados de acción al igual que los conceptos jurídicos tienen un uso principal adscriptivo y son derrotables. Para su adecuado análisis y crítica partiré por esclarecer su propuesta adscriptivista de las acciones y luego su carácter derrotable. Veamos estos puntos.

i. Adscriptivismo[1006]

La pregunta general a resolver por Hart fue ¿qué hace a un movimiento físico una acción? De acuerdo con el adscriptivismo hartiano, las acciones no están en el mundo físico, sino que las identificamos a partir de nuestras interpretaciones del mundo[1007]. Las acciones, desde esta propuesta, no son hechos naturales: son resultados de un determinado uso de las palabras. De manera más precisa, una acción, para Hart, alude a todo aquello que alguien atribuye como acción mediante un uso atributivo de las palabras. En otros términos, individualizar acciones es un acto de imputación de ellas realizado con enunciados lingüísticos empleados de manera adscriptiva (yo atribuyéndole a otro una acción), uso que, además, puede ser derrotado.

La diferencia entre el mero movimiento y el acto, siguiendo esta propuesta, es similar a la que hay entre un pedazo de tierra y la propiedad: depende de las reglas que hemos creado socialmente[1008]. De esta forma los eventos del mundo son acciones siempre que las personas así lo califiquen[1009].

A efectos de resaltar este punto, Hart contrastó su propuesta con lo que consideró el análisis filosófico tradicional de la acción. Señaló que, para algunos, la distinción entre un movimiento físico y una acción puede ser identificado a nivel psicológico, esto es, en la intención de un agente para llevar a cabo un tipo de movimiento en específico

[1006] Término acuñado por Geach, 1960.
[1007] González Lagier, 2013, p. 35.
[1008] «*[O]ur concept of an action, like our concept of property, is a social concept and logically dependent on accepted rules of conduct*». Hart, 1948-1949, p. 189.
[1009] Loui señala, con acierto, que el adscriptivismo buscar vincular las imputaciones de responsabilidad a las acciones de la misma manera en que las consecuencias jurídicas están vinculadas a las decisiones jurisdiccionales. Luoi, 1995, p. 22.

(identificamos acciones a partir de la intención para hacerlas). Otros, en cambio, señalan que para identificar que alguien realizó una acción, se debe formular una proposición categórica sobre el movimiento físico y una proposición hipotética general de que la persona se habría movido de otra manera si hubiera elegido otra acción (identificación de acciones empleando juicios contrafácticos).

A estas teorías el autor las acusa de adoptar una misma premisa que las lleva al mismo error. Todas parten de asumir la posibilidad de analizar adecuadamente el concepto de «acción humana» en cualquier combinación de enunciados descriptivos, categóricos o hipotéticos, o en cualquier enunciado relacionado por completo con solo un individuo[1010]. El error, señala Hart, de las propuestas filosóficas de la acción basadas en la intención y en juicios contrafácticos está en identificar el significado de una expresión que adscribe responsabilidad («Víctor lo hizo», por ejemplo) en las circunstancias fácticas que justifican tal adscripción. Para este autor, en cambio, el concepto de acción depende de las interpretaciones y calificaciones que se hagan sobre mis movimientos físicos[1011].

Hart consideró que la individualización de acciones se realiza por un acto de imputación. En este sentido, bajo su tesis adscriptivista la «acción» es un concepto social, es decir, la identificación de una acción depende de convenciones y reglas (sociales, morales, jurídicas, entre otras)[1012]. Dicho en breve, decir que se realizó una acción es producto de lo que otros han convenido que ello es así.

En la propuesta hartiana se identifican acciones a partir de la idea de responsabilidad (atribuir una acción se da por atribuir responsabilidad). A su vez, la idea de responsabilidad reposa en reglas sociales, es decir, si un movimiento es entendido como una determinada acción o no recae en cómo el resto entienda si la hay o no (es una imputación que otros hacen al premiar o reprochar un movimiento físico). Los enunciados «Víctor mató a Juan» o «esto es de Víctor», tienen un uso primario adscriptivo, esto es, atribuyen o reconocen algo e imputan responsabilidad. En este sentido, al momento de decidir, un juez lo que lleva a cabo es un análisis de hechos (probados) y a partir de estos imputa responsabilidad (esto es, identifica acciones).

[1010] Hart, 1948-1949, pp. 188-89.
[1011] Hart, 1949-1949, p. 189.
[1012] González Lagier, 2013, p. 56. De manera expresa en Hart 1948-1949, p. 189.

De esta forma, para el autor el concepto «acción» y los conceptos jurídicos tienen propiedades en común: i) su principal uso es adscriptivo; y ii) es derrotable. Loui retrata la conexión entre adscripción de la acción, implicación de la responsabilidad y derrotabilidad en un ejemplo que creo persuasivo: en un juego de fútbol de menores compiten dos equipos de niños de nueve años y se rigen, en otras, por la regla de que quien golpee a otro debe abandonar la partida por cinco minutos. Durante el juego un niño alega que otro lo golpeó, exigiéndole al árbitro que lo sancione. Ante ello el árbitro decide que el otro niño no lo golpeó, sino que se chocó contra él, por lo que no aplica la sanción. En este caso hubo una pretensión de acción por imputación de responsabilidad («él me golpeó») que fue derrotada por probarse una condición negativa (hubo tal golpe, pero se hizo sin ánimo de golpear, lo que excluye la aplicación del concepto golpe al caso)[1013].

En este punto la propuesta hartiana tiene sus primeros problemas: la identificación de acciones por imputación de responsabilidad depende de juicios morales o jurídicos (condenatorios o de premio), y no es claro el sentido del término «responsabilidad».

Además de lo indicado, Geach[1014] y Pitcher[1015] anotaron que este uso de la noción de «acción» es parcial, pues no toda vez que hablamos de acciones estamos atribuyendo responsabilidad. Por ejemplo, decir «Víctor ha bebido cerveza» o «Víctor salió de la facultad» no atribuyen responsabilidad cargada de reproche o premio. Dichos autores acusan a Hart de haber elegido un caso de estudio y generalizar a partir de este, dejando de lado el resto de supuestos en los que un movimiento físico puede ser identificado como acción sin atribuir responsabilidad.

Por otra parte, desde una aproximación pragmática del lenguaje, Juan Pablo Mañalich sostiene que Hart cometió una falacia del acto de habla. Este es un tipo de dificultad que pueden padecer los modelos de análisis de los usos del habla. Esta alude a quienes consideran que el uso de un término, en situaciones habituales, debe ser vinculado

[1013] Loui, 1995, p. 22.
[1014] Geach, 1960, p. 221.
[1015] Con acierto este autor señaló: «*If I say "He played the piano" or "He sat down to dinner", can I be said to be ascribing responsibility to someone? Surely not. One feels that except in rather unusual circumstances, there is nothing in such cases for anyone to be responsible for*». Pitcher, 1960 p. 226.

necesariamente con un tipo de acto ilocutivo, por ejemplo, la palabra «bueno» debe ir conectado con un uso de recomendar o alabar. El error está en asumir que la contribución de cada palabra se reduce a la realización de ese tipo de acto de habla, pues es una falacia considerar que el significado de una palabra se explica señalando que se usa solo de una determinada manera. Ello debido a que cada palabra puede ser emitida con realizaciones de actos de habla diversas[1016]. En breve, un uso habitual de una palabra no es una explicación suficiente de la misma, ni podemos prejuzgar que se está empleando dicho uso. En relación con Hart, el analiza el uso lingüístico que se realiza por la emisión de un enunciado «A hizo X». Del hecho que se diga que «Víctor golpeó» no podemos inferir, con carácter necesario, que estemos realizando un acto de habla adscriptivo por oposición a un uso descriptivo, prescriptivo o evaluativo[1017].

Con relación a este último punto es menester señalar que Hart afirma que el uso adscriptivo es primario, en el sentido de que su uso principal es atribuir, pero no implica que no pueda ser usado para describir. No resulta tan evidente que incurra en una falacia del uso del habla, pues no da el salto de asumir que ese uso es suficiente para explicar el enunciado, por el contrario; es expreso en señalar la posibilidad de otros usos (aunque considera que estos no son los principales o sus usos más característicos)[1018].

La propuesta adscriptiva hartiana, como ya había señalado, fue abandonada por el propio Hart. En las líneas siguientes doy cuenta de algunas de las objeciones más significativas[1019]:

[1016] Cabe precisar que la falacia reposa en un modelo de análisis filosófico que asume que encontrar un uso estándar de la palabra es lo mismo que un análisis de ella (que ese uso es ya la explicación del término analizado) y no un punto de partida. Searle, 1994, p. 145.

[1017] Mañalich, 2012, p. 669-670.

[1018] De manera expresa Hart señala que los enunciados pueden funcionar de manera descriptiva o adscriptiva. De esta forma hay una escala móvil de puramente adscriptivo a puramente descriptivo con el resultado de que hay enunciados que son difíciles de clasificar, sin que uno excluya al otro. Hart, 1948-1949, p. 185. En todo caso, Hart pudo ser más preciso y no hablar de enunciados adscriptivos, sino de uso adscriptivo de los enunciados.

[1019] Sneddon anota como objeción relevante que la atribución de responsabilidad no recae siempre en el agente que ejecutó la acción. Se sostiene que hay escenarios en el que corresponde distinguir entre la adscripción de acciones y la adscripción de responsabilidad, como el supuesto en el que un niño ejecuta movimientos físicos que tienen la consecuencia de romper algo y son los padres los responsables de ello (la imputación de responsabilidad no identificaría a quien ejecutó el movimiento físico). Sneddon, 2006, p. 33-34. No considero que este punto sea muy sólido, pues el hecho de que se haga responsable a los padres, no implica que el niño no sea responsable, lo que ocurre es que no se puede ejecutar su responsabilidad. Asimismo, porque este es un caso de responsabilidad compartida entre los actos del menor y los de sus padres, los segundos adquiriéndola por su deber de cuidado y de supervisión incumplidos, es decir, son responsables no de la ejecución de la acción sino del incumplimiento de un deber.

a. Objeción 1: confundir predicado y fuerza asertiva

Geach critica al adscriptivismo hartiano de haber confundido las nociones de predicado y fuerza asertiva. Predicar refiere a un elemento estructural de las oraciones mediante el cual se nombra a un objeto, en cambio, aseverar refiere a una manera de realizar el acto de habla mediante la cual se informa que el hablante cree en lo que está diciendo[1020]. Bajo estas premisas, el autor cuestiona que se ha ignorado la distinción entre llamar a algo «p» y aseverar «p». Para ilustrar el punto seguiremos el ejemplo que este autor propone: si decimos «si apostar es malo, invitar a hacer apuestas es malo» no es llamar a todas las invitaciones a apostar malas. Una cosa es predicar que algo es malo y la otra muy distinta aseverarlo. La función del predicado es caracterizar un objeto bajo un término («malo» en este caso), lo cual no compromete a quien lo dice al modo de hablar aseverativo (no dice que yo piense que sea «malo»)[1021].

Predicar que las apuestas son malas, en este sentido, no me compromete (solo por ello) a estar diciendo que son malas o que invitar a apuestas es malo. En virtud a ello, no se puede explicar «malo» en términos de condena no descriptiva, es decir, mediante enunciados de imputación. Ello se traslada a la teoría de Hart, para quien el enunciado «A hizo X» es un predicado, pero por sí mismo no es suficiente para identificar qué tipo de fuerza pragmática estamos empleando[1022].

b. Objeción 2: indeterminación del término «responsabilidad»

Cuando decimos «Víctor le robó a Juan», siguiendo a Hart, estaríamos adscribiendo responsabilidad a Víctor, pero ¿en qué sentido? Pitcher desambiguó el término a efectos de analizar qué se está diciendo. El autor identificó dos posibles sentidos: i) responsable

[1020] Geach está siguiendo a Frege en este punto. En su explicación de la distinción entre estos dos conceptos señala que predicar «p», por ejemplo, es un acto de llamar a un objeto «p». Este acto de llamar puede ser realizado de forma aseverativa (creyendo que ello es así) o no aseverativa (sin afirmar que cree que es así). De esta forma, llamar a algo «malo» se ha de explicar cómo predicar que algo es malo, lo cual puede hacerse sin condena. Geach, 1960, p. 223-24.

[1021] El ataque de Geach es dirigido a Hart, pero afectaría a toda postura que proponga abordar palabras únicamente a partir de un determinado uso pragmático. Sobre este punto, cabe volver a señalar que Hart es expreso y reiterativo en afirmar que las palabras pueden ser usadas para describir, lo que es decir que se puede predicar como aseverar algo sin confundirlo. Sobre este punto no profundizaremos.

[1022] Geach, 1960, p. 223-24. Mañalich, 2012, p. 666.

como estar obligado a una determinada tarea o resultado; y ii) responsable como resultado de algo que uno ha hecho y, en caso de que sea desafortunado, debe padecer, bajo condiciones, censura o castigo (si es afortunado, merecerá alabanza). El primer sentido no nos interesa, pues no se está diciendo que Víctor está obligado a robarle a Juan. El segundo sentido también es problemático dado que uno no produce, causa o provoca sus acciones; en cambio uno las realiza (siguiendo nuestro ejemplo, robar no es consecuencia o resultado de lo que hizo Víctor, es lo que Víctor ha hecho)[1023]. ¿Qué sentido tiene entonces?[1024]

Si primero decimos «Víctor le robó a Juan» y luego «Víctor le quitó sus cosas a Juan bajo coacción», la adscripción de responsabilidad ha sido derrotada (no se sigue que haya ocurrido el acto robar). Entre un enunciado y otro lo que ha variado, siguiendo a Pitcher, es la responsabilidad entendida como el merecimiento de censura o castigo (o premio en caso nuestro ejemplo hubiese sido un caso de virtud). De esta forma, para Pitcher «responsable» se refiere a merecer castigo o alabanza y «adscribir responsabilidad» es la pretensión de que alguien sea castigado o alabado. De esta forma deviene en incorrecta la idea de caracterizar a la acción como adscripción (imputación de responsabilidad, esto es, pretender que un movimiento físico sea castigado o alabado y llamar a eso acción)[1025].

Sobre este punto, Joel Feinberg contribuyó al análisis de la expresión «atribuir responsabilidad» dando como propuesta cinco posibles sentidos[1026]: i) atribución como resultado de una relación causal (resultado de una relación de causalidad); ii) atribución como cualidad del agente causal (decir que alguien fue el elemento causal de un fenómeno); iii) atribución como cualidad del agente simple (atribuir a un agente una

[1023] Pitcher, 1960, pp. 227-228. El autor pone un ejemplo: en una escuela para niños se ha roto un vaso. La maestra pregunta ¿quién lo hizo? Ante ello una niña adscribe responsabilidad a un compañero suyo: «Juanito lo hizo». Pero esto es problemático. Cuando la niña delató a Juanito le adscribió responsabilidad, pero no por su acción. Con la pregunta la profesora quiere saber de quién fue el acto que resultó en romper el vaso, ella no estaba pidiendo responsabilidad por el mismo. Lo que hizo la niña fue imputar «romper algo» (lo que no ha hecho es señalar que se ha realizado un movimiento que llevó a que un vaso se quebrara). Este «Juanito lo hizo», como vemos, es solo una manifestación del segundo sentido de responsabilidad, demostrando lo oscuro que es el término «responsabilidad» en Hart. Pitcher, 1960, p. 229.
[1024] Stoecker critica con acierto que el adscriptivismo da por seguro que la responsabilidad es una relación unitaria, lo cual es equivocado pues hay diferentes tipos de responsabilidad que ni siquiera son coextensionales (moral, legal o causal, por decir algunas). Uno puede ser moralmente responsable por algo, pero no legalmente y viceversa, por ejemplo. Stoecker, 2007, p. 37.
[1025] Pitcher, 1960, p. 229-231.
[1026] Feinberg, 1970, pp. 130-37. En este punto sigo la traducción realizada por González Lagier, 2013, p. 55. Cabe resaltar que Feinberg solo identificó supuestos de verbos condenatorios dejando de lado, sin razón para ello, verbos de alabanza.

acción que no puede ser realizada por medio de otra acción, por ejemplo, sonreír); iv) atribución como acción defectuosa (atribuir una acción cargada con reprimenda); y v) atribución como imputar responsabilidad en sentido estricto (señalar que la persona debe ser castigada o alabada, en inglés: *liability*).

En este sentido, algunas veces «responsabilidad» quiere decir calificar a algo como causalidad; otras veces atribuir autoridad (de una relación causal o de una acción simple), otras imputabilidad o responsabilidad en sentido estricto (*liability*). De estas podemos anotar lo siguiente: las primeras tres (i, ii y iii de la lista del párrafo anterior) son adscripciones de responsabilidad a casos de una acción que no atribuye condena o censura, solo las dos últimas (iv y v) implican de alguna manera merecer un castigo. La relevancia de esta clasificación es mostrar que «adscribir responsabilidad» puede significar diversas cosas y puede ser empleada en diversos contextos de identificación del autor de una acción, pero también pone en evidencia que no todos los usos posibles son los identificados por Hart[1027].

c. Objeción 3: imposibilidad de dar cuenta de las acciones intencionales

El adscriptivismo no puede dar cuenta de las acciones intencionales. González Lagier[1028] apunta que esta propuesta hace depender las acciones en lo que otros tienen que decir sobre lo que he hecho. Hace falta que un observador atribuya una acción a un agente, pero no tiene sentido que yo mismo me atribuya o adscriba a mí mismo una acción (y si así lo hiciese, lo haría asumiendo el rol de observador de los movimientos que he realizado).

Esto imposibilita la atribución de acciones intencionales. Para determinar la intención de un agente tendríamos que realizar un ejercicio de empatía para imaginarnos qué intención tuvo al realizar un movimiento físico. Pero este ejercicio no sería adscriptivo, sino descriptivo de la intención del otro a tal punto que, ante una declaración sincera del agente (o de autosinceramiento) lo que haríamos es corregir nuestro enunciado por falso.

[1027] Estas críticas, al parecer, tuvieron incidencia en Hart, pues posteriormente en *Postscript: responsibility and retribution* distinguió cuatro sentidos de la palabra «responsabilidad» y subclasificaciones. Hart, 2008, cap. IX.
[1028] González Lagier, 2013, p. 56.

ii. Derrotabilidad de las adscripciones de acción

Hart postuló que los enunciados que adscriben acciones, al igual que los conceptos jurídicos, son derrotables dado que a pesar de cumplir con las condiciones para que una persona realice un tipo de acción, pueden surgir excepciones que derroten la pretensión de que ello se ha realizado[1029]. Por ejemplo, «Víctor asesinó a Juan» y luego Víctor demuestra que el golpe fue en defensa propia. De ello se sigue que el movimiento físico ya no es censurable (no es imputable esta responsabilidad), de manera que la adscripción de acción se ha derrotado (ya no se aplica). El punto de Hart, como habíamos señalado líneas atrás, es que las acciones se identifican con verbos condenatorios, esto es, poseen una carga implícita que lleva la pretensión de castigo. Si se probara un supuesto de excepción (defensa propia en este caso), entonces no podríamos usar más ese verbo condenatorio «asesinar»[1030].

Uno de los problemas de la derrotabilidad de la acción hartiana, retomando la crítica de Pitcher, es el uso de verbos condenatorios. En caso de que queramos dar cuenta de acciones que no los emplean, por ejemplo «Víctor levantó su brazo», no tenemos como derrotarlos (en el sentido hartiano). De ello se sigue, según este autor, que la derrotabilidad no es una propiedad necesaria de la noción de «acción», pues no tendría lugar al momento de emplear enunciados que quieran identificar acciones sin empleo de verbos condenatorios[1031].

La crítica de Pitcher está en el marco de un cuestionamiento general a la crítica adscriptivista de Hart. En efecto, el problema no está en la idea de derrotabilidad, sino en

---

[1029] El enunciado «Víctor le pegó a Juan» puede ser desafiado de la misma forma en que desafiamos conceptos jurídicos:

1. Negar los hechos físicos (no fue Víctor, fue Álvaro);
2. Aceptar los hechos físicos, pero sostener que junto a estos han ocurrido otras que hacen que el caso individual sea una ejemplificación de defensas, las cuales pueden tener uno de los siguientes efectos: ii.1) derrotar la pretensión en todos sus extremos (cuando decimos que fue de manera inadvertida o bajo coacción, por ejemplo); o ii.2) debilitar el impacto de la pretensión de manera que ahora ejercer una presión más débil (cuando decimos «Víctor está loco y merece nuestra compasión», por ejemplo).

[1030] Hart ofrece como ejemplo «él le pegó», lo cual tiene como condiciones negativas: accidentalmente, de manera inadvertida, por error, en defensa propia, bajo gran provocación, por coacción y por locura. Hart, 1948-1949, pp. 190-91.

[1031] Pitcher, 1960, pp. 233-235. Esta crítica se sostiene siempre que asumamos (como para ser el caso) que hay acciones no identificables con verbos condenatorios, lo cual a su vez lleva a abandonar la tesis adscriptivsta hartiana por no poder dar cuenta de ello.

la construcción del concepto «acción» a partir de un uso del lenguaje (al cual se le critica, en extremo resumen, de ser insuficiente para dar cuenta de todas las posibilidades).

En cuanto a la imputación: ¿toda adscripción de responsabilidad es derrotable? Siguiendo a Feinberg, no. Se pueden dividir las atribuciones de acción entre derrotables y no derrotables. Las derrotables serían todas aquellas que atribuyen de manera que se imputa haber hecho algo y culparlo por ello[1032]. Es derrotable por cuanto el agente puede esgrimir razones por las cuales la responsabilidad no se aplica (estaba exceptuado de ella). En cambio, las no derrotables serían todas aquellas que solamente imputan la realización de un acto, sin que este sea evaluado. Para mayor clararidad paso a ejemplificar el punto. Podemos mostrar un uso no derrotable con estas dos atribuciones: «Víctor rompió una copa» y «Víctor rompió una copa accidentalmente». El uso de la excusa accidentalmente no derrota la imputación de que Víctor rompió una copa, pues efectivamente rompió una copa. En cambio, un uso derrotable sería «Víctor asesinó a Juan», lo cual de mostrarse que un acto en legítima defensa dejaría de ser un asesinato[1033]. De esta forma, la propuesta adscriptiva de acción hartiana tiene un vínculo necesario con la noción de derrotabilidad (dado que depende de verbos condenatorios); sin embargo, la adscripción de responsabilidad (entendida en el resto de sentidos identificados) no la tiene.

Esta crítica también es elaborada por Duarte[1034] quien considera que la derrotabilidad no es un rasgo necesario del concepto de acción en Hart. Los enunciados de acción tienen la estructura «Si A hizo X, entonces A es responsable por X». La condición negativa, conforme lo hemos señalado en líneas anteriores, no es la negación de «A hizo X», sino una propiedad en concomitancia con este hecho que quiebra la asociación del hecho con la responsabilidad (en otros términos, no exceptuamos el «A hizo X», sino el «es responsable por X»). En este sentido, lo derrotable no es un rasgo del concepto de acción, sino de una inferencia de responsabilidad, (la condición negativa derrota el condicional que asocia el acto con la responsabilidad y no una negación de la realización del acto).

[1032] Feinberg usa la metáfora de prontuario moral. Serían derrotables todas aquellas acciones que por su comisión se genera como un antecedente moral negativo. Feinberg, 1970, p. 123.
[1033] Feinberg, 1970, p. 124. Sobre este mismo punto, Gizbert-Studnicki precisa que la derrota de un enunciado de acción no implica que la persona no cometió una acción. No es que no haya hecho una determinada cosa. Lo que se ha perdido es la justificación es una imputación de acto normativamente relevante, es decir, no se está rechazando la imputación de una acción, lo que se está rechazado es imputar que esa acción forma parte del conjunto de acciones normativamente relevantes. Gizbert-Studnicki, 1976, p. 138.
[1034] Duarte, 2007, p. 180.

Precisemos este punto. La expresión «A hizo X» tiene dos usos: i) descripción de un movimiento corporal; o ii) un atajo verbal para adscribir responsabilidad como *liability* (en clave de Feinberg). En ii) se vinculan el movimiento físico con una imputación mediante un juicio de inferencia (cada vez que se haga X ello implica, siempre que no haya excepciones, que se es responsable de X). De esta forma, como atajo implica la conjunción de «A hizo X» con «A es responsable de X por haber realizado X», estando la excepción en el segundo enunciado. Esto nos lleva a reformular el segundo elemento: «A es responsable de X por haber realizado X y no existir excepciones»).

Que digamos «Víctor mató a Juan» y «Víctor mató a Juan por legítima defensa» no serían incompatibles, sino que ambos son elementos diferentes de una inferencia. De esta forma «mató» en el primer enunciado se mantiene aplicable a pesar de que no se pueda afirmar que hay responsabilidad por ello. En este sentido, la derrotabilidad y la acción solo estarían vinculadas en aquellos enunciados de acción que atribuyan responsabilidad.

Al señalar «A hizo X», como se ha señalado antes, podemos estar describiendo un hecho del mundo, pero también podemos estar atribuyendo responsabilidad a alguien por un hecho. En esta segunda posibilidad estamos imputando algo a alguien empleando un condicional derrotable (aplicable siempre que no se den las condiciones negativas). De ocurrir una derrota ello incide en el uso adscriptivo del enunciado «A hizo X» (lo que quiere decir que no se imputa una acción), pero no en el uso descriptivo.

Conforme lo expuesto en líneas anteriores, la propuesta de Hart puede ser reconstruida como una tesis de atribución de responsabilidad. Al respecto, tendríamos dos sentidos de responsabilidad sobre el que construyen dos tipos de condiciones derrotantes.

De acuerdo a un primer sentido, la responsabilidad refiere a las características internas de la persona, en el sentido de si esta es capaz o no de responder por sus actos, es decir, respecto a elementos que hacen que una persona sea capaz de ser responsabilizado (que sea adulto y que tenga pleno uso de sus capacidades intelectuales, por ejemplo). De acuerdo con un segundo sentido, refiere a los hechos que son reprochables al agente (aquello que le imputamos que se haga responsable).

Cada sentido de responsabilidad ofrece condiciones de derrota diferentes. Conforme al primer sentido, la responsabilidad no es aplicable en aquellos casos en los que el agente tenga un rasgo adicional que se oponga a esta responsabilidad (que sea interdicto, por ejemplo). En cambio, para el segundo, estas se darán por hechos externos al agente que se opongan a imputar reproche (que aquello ejecutado se haya realizado por coacción, por ejemplo).

Estas distinciones nos sirven para retomar la crítica ya formulada: incluso asumiendo que tenemos una lista abierta y heterogénea de condiciones derrotantes, estas colapsan en convertirse en condiciones necesarias para la atribución de responsabilidad. Esto es, podemos presentar las condiciones derrotantes como condiciones de aplicación, es solo un problema de cómo presentar la información. Por ejemplo, una persona adulta podrá ser responsable siempre que no viva con discapacidad mental y que no haya sido coaccionada.

Las condiciones derrotantes, por variadas que sean, tienen algo en común: atacan uno o ambos sentidos de imputar responsabilidad. Esto quiere decir que una vez que hemos especificado los elementos de las condiciones derrotantes, habremos establecido lo que debe estar presente y que no para la aplicación. Esto es lo mismo que decir que el concepto posee condiciones necesarias y suficientes, lo que conlleva que la tesis hartiana colapsa en aquello que pretendía negar.

3.2. Derrotabilidad procedimental

En el apartado anterior concluí que es problemático diferenciar entre una condición positiva y una condición derrotante en el antecedente de una estructura condicional. Junto a ello, como hemos visto anteriormente[1035], en la literatura especializada se ha criticado que podamos diferenciar, en el antecedente de una norma, entre propiedades que operan

[1035] Sobre este punto ver Cap. III.2.

como requisitos de aplicación y propiedades que operan como excepciones, pues ambas son limitantes del ámbito de aplicación de una norma.

En este subapartado voy a analizar y criticar las aproximaciones a la noción de derrotabilidad que sostienen que las normas son derrotables como resultado de cómo las reglas procedimentales organizan los procesos de toma de jurisdiccionales[1036]. Esta idea ha tenido un amplio desarrollo teórico en las últimas décadas por diversos autores quienes, si bien desde diferentes formas de entender el derecho, comparten algunas tesis que forman, en su conjunto, una aproximación procedimental a la noción de la derrotabilidad. Estos autores sostienen por lo menos una las siguientes tres tesis[1037]:

1. La distribución de la carga de la prueba entre las partes permite identificar, dentro del antecedente de una norma, qué propiedades operan como excepciones o condiciones derrotantes;
2. La distribución de la carga de la prueba permite clarificar el rol del demandado en la creación de nuevas excepciones o condiciones derrotantes en el antecedente de una norma; y
3. Las normas secundarias o del sistema del juez (en específico, las normas que prevén criterios de aplicabilidad), pueden ser utilizadas por los aplicadores del derecho para tomar decisiones justificadas usando normas cuyo antecedente no está compuesto por condiciones suficientes (sea por ausencia de regla de clausura

[1036] Como ya he anotado en el apartado anterior, el interés teórico por como las reglas procedimentales afectan la estructura de los antecedentes de las normas (dentro del giro derrotabilista del derecho) fue propuesto, inicialmente, en Hart, 1948-1949, p. 179. Ver Cap. III. 3,3.1,3.1.1.

[1037] Cabe anotar que dentro de la literatura especializada sobre la noción de derrotabilidad desde tipo de aproximación es posible identificar una tercera idea: los procesos de toma de decisiones jurisdiccionales (por lo menos los adversariales), están estructurados de tal forma que la incorporación de información se da en diversos momentos procesales, lo cual es mejor analizado y representado formalmente mediante el empleo de lógicas no monotónicas. En este sentido, agrupa a tesis abocadas a esclarecer cómo deberíamos entender y representar el razonamiento jurídico (por lo menos el judicial) en vista a que los procesos de toma de decisiones (por lo menos los adversariales) están caracterizados por incorporar diversos *inputs* de información en diferentes etapas procesales (por lo menos hay la posibilidad de hacerlo).
A manera de ejemplo: el proceso es iniciado con la demanda la cual es el primer acto de incorporación de información a la discusión. Tras ello, el demandado mediante la contestación introduce nueva información. Luego, el demandado podrá responder a la contestación incorporando información nueva y así sucesivamente en función a cuanta información nueva sea posible incorporar y a las oportunidades que ofrezca el sistema procedimental aplicable para hacerlo. Atendiendo a este modelo básico, consideran que debemos emplear lógicas y reglas de inferencia que permitan representar cómo se formula una conclusión en contextos de conocimiento incompleto (esto es, asumen que debemos emplear lógicas no monotónicas). Conforme lo señalado en la Introducción de esta investigación, no profundizaré sobre este tipo de aproximación a la noción de derrotabilidad. Para un análisis metateórico de estas ver Brożek, 2004.

de las propiedades del antecedente[1038] o debido a que revisamos nuestras creencias sobre el contenido del antecedente[1039]);

En los siguientes tres subapartados me voy a ocupar de analizar y criticar cada una de estas tres tesis. Cabe precisar que en relación con la tesis iii), solo analizaré el problema de la justificación de la aplicación de normas, pues respecto a la tesis de la ausencia de regla de clausura de propiedades en los antecedentes me he ocupado en el Capítulo II, y de la revisión de creencias me ocuparé en apartados específicos posteriores[1040]. Cabe agregar que estas tres tesis están vinculadas entre sí, pues pretenden analizar diferentes aspectos de los efectos de determinadas reglas procedimentales en la aplicación de reglas que asignan derechos y deberes (normas del sistema del súbdito).

En términos generales todos los autores que adoptan esta aproximación a la noción de derrotabilidad comparten la idea que la distribución de la carga de la prueba tiene como efecto que nuestras pretensiones sean derrotables. Parten de asumir que toda pretensión presentada por una parte ante un juez, fundada en normas generales de un sistema normativo, puede ser descartada si la contraparte prueba que en el caso individual sometido a proceso está presente una acción o hecho que es una ejemplificación o instanciación de una excepción. En otros términos, las pretensiones pueden ser derrotadas en el sentido de que, si la contraparte prueba que el caso es subsumible en un supuesto de excepción, entonces no estará justificado decidir a favor del demandante[1041].

Cabe advertir que los teóricos del derecho que han adoptado esta aproximación procedimental de la derrotabilidad no han discutido desde la teoría de la prueba. En

[1038] Por regla de clausura de propiedades del antecedente, como hemos visto, se da cuenta de una directiva interpretativa dirigida al juez de tratar como irrelevante toda propiedad adicional que no haya sido considerada como relevante por la norma, de manera tal que este no puede otorgar relevancia normativa a ninguna otra propiedad. Sobre este punto ver Cap. II.3.3.3.

[1039] Refiero en este punto a los supuestos en los cuales el intérprete incorpora una nueva propiedad en el antecedente como resultado de revisar nuestras creencias sobre el contenido del antecedente, de manera que explicitamos todas aquellas condiciones que se encontraban presupuestas o asumidas. Sobre este punto ver lo señalado por en Cap. II.3.3.3.2 y lo que veremos en Cap. III.4,4.1.

[1040] Ver Cap. II.3.3.3.2 y lo que veremos en Cap. III.4,4.1, respectivamente.

[1041] Rodríguez, 2017, p. 253. Esta forma de presentar la noción de derrotabilidad puede ser entendida por lo menos de dos formas. Se puede entender el enunciado «una norma N es derrotable» como sinónimo de «la norma no se aplica debido a que los argumentos a favor de su aplicación han sido refutados o debilitados»; o como sinónimo de «se ha probado un hecho que califica como excepción». En este subapartado solo me voy a encargar del segundo sentido (la vinculación entre condición derrotante y carga de la prueba).

efecto, en sus investigaciones no pretenden aclarar ni desarrollan con profundidad el contenido conceptual de la noción de la carga de la prueba ni participan de las discusiones abiertas sobre esta. Esto ha supuesto que nociones y distinciones relevantes formuladas por diversos teóricos de la prueba no hayan sido tomadas en cuenta. A efectos de realizar una reconstrucción caritativa de lo que pretenden teorizar los teóricos del derecho del giro derrotabilista, me parece afortunado diferenciar entre una la noción de la carga de la prueba propuesto por los teóricos de la prueba[1042] y la noción de la carga de la prueba que emplean los autores que adoptan una aproximación procedimental de la derrotabilidad.

Tomando en cuenta esta advertencia, en este subapartado emplearé la noción de carga de la prueba como la suelen entender este conjunto de teóricos del derecho. De manera más precisa, seguiré de cerca la propuesta formulada por Henry Prakken y Giovanni Sartor sobre cómo entender la noción de carga de la prueba. Ello por dos razones: i) son dos autores centrales de esta aproximación procedimental a la noción de derrotabilidad, de manera que sus sentidos han caracterizado gran parte de este tipo de discusiones[1043]; y ii) han formulado distinciones esclarecedoras que permitirán introducir precisiones cada vez que sea necesario.

Prakken y Sartor señalan que el sintagma «carga de la prueba» es empleado de manera ambigua. Ellos han desambiguado la carga de la prueba en tres sentidos: carga de la persuasión, carga de la producción y carga táctica[1044]. Veamos cada una de estas.

[1042] Si aceptamos esta distinción, se sigue que tendremos discusiones teóricas que no necesariamente están hablando de lo mismo. En la literatura especializada en materia de prueba la discusión sobre la carga de la prueba es de larga data y engloba un conjunto de precisiones y aclaraciones que no puedo dar cuenta, con la suficiencia del caso, en esta investigación, pues escapa del objetivo perseguido. Al respecto, para profundizar sobre este punto es recomendable visitar algunos de los recientes estudios teóricos y metateóricos sobre el punto: Nieva, Ferrer, Giannini, 2019, Taruffo, 2008, p. 145 y ss., Taruffo, 2018, Fernández, 2005, pp. 134-36. En relación con la denominación «carga» como lenguaje emotivo negativo ver Schauer, 2013a, p. 227. Para un análisis de la concepción racionalista de la prueba ver Accatino, 2019.

[1043] Cabe precisar que no todos los autores que serán analizados en este subcapítulo emplean su propuesta de conceptualización de la carga de la prueba. Sin perjuicio de ello, emplearé sus sentidos al momento de reconstruir y criticar a cada uno de ellos e introduciré precisiones sobre el punto de ser requeridas.

[1044] Prakken y Sartor, 2006, pp. 24-25. Prakken y Sartor, 2009 pp. 227 y 243-245. Brewer, a efectos de clarificar este punto, ha señalado que cada parte procesal en un litigio tiene que satisfacer tres cargas diferentes: la carga de alegar (*burden of pleading*), carga de la producción y carga de la persuasión. Al respecto:

1. Carga de alegar: deber de una parte procesal (sea demandante o demandado) de afirmar, dentro del proceso, ciertos elementos de la pretensión, contestación de demanda o de cualquier afirmación que estas hagan a favor de sus intereses que necesariamente se debe probar. Refiere, en breve, a toda la información, legalmente requerida, que debe incluir una pretensión y su respuesta para que esta sea admitida por el aplicador del derecho. Por ejemplo, una pretensión sobre incumplimiento

Con la expresión «carga de persuasión» se da cuenta del deber técnico[1045] que tiene cada parte procesal dentro de un proceso de dar razones suficientes[1046] para considerar que una proposición sobre hechos está probada. Dicho de otro modo, mediante la distribución de esta carga se identifica a quién le corresponde probar que un hecho relevante ocurrió (para ser más preciso, que una proposición sobre hechos esté probada). La verificación de su cumplimiento se da en la decisión del aplicador del derecho. En efecto, se habrá satisfecho esta carga si el juez emplea la descripción de los hechos alegados por la parte como premisa fáctica probada (si no se cumple, entonces el aplicador del derecho decidirá, de manera justificada, que la proposición sobre hechos formulada por la parte no logró ser probada)[1047].

Con la expresión «carga de la producción» se da cuenta del deber técnico que tiene cada parte de ofrecer elementos probatorios sobre un determinado hecho. Dicho de otro modo, mediante la distribución de esta carga se identifica a quién le corresponde incorporar ciertos medios de prueba al proceso. La verificación del cumplimiento de tal obligación se da tan pronto como haya sido incorporado el medio de prueba al proceso. Cabe precisar que tanto la carga de producción como la de persuasión son establecidas normativamente, esto es, mediante reglas procedimentales que regulan cómo llevar a cabo un proceso de toma de decisiones jurídicas.

---

contractual tiene como carga de alegar que esta incluya que hubo un contrato, sobre qué era el contrato, entre quienes se contrató y que hubo incumplimiento.

2. Carga de la producción: deber de una parte procesal (sea demandante o demandado) de entregar, dentro de un proceso, la evidencia suficiente para probar los elementos incluidos en la carga de alegar. Conforme al ejemplo anterior, parte de la carga de la producción podría ser satisfecha entregando copia del contrato.
3. Carga de la persuasión: deber de una parte procesal (sea demandante o demandado) de persuadir, dentro de un proceso, al aplicador del derecho de que una proposición sobre hechos es verdadera. Conforme al ejemplo inicial, la carga de la persuasión se satisface señalando que la evidencia otorgada supera el estándar de prueba requerido para el caso.

Brewer, 2011, pp. 191-193. En las líneas siguientes no emplearé la noción de carga de alegar, sino que referiré a este punto directamente como pretensión o respuesta a la pretensión.

[1045] De manera más precisa, no da cuenta de un mandato deóntico sino de todos aquellos actos que debe realizar a efectos de alcanzar un estado de cosas deseado. En este sentido, por carga de la persuasión no se expresa una norma prescriptiva sino una norma técnica.

[1046] Esta suficiencia, señalan Prakken y Sartor, se genera mediante la satisfacción de estándares de prueba. Sobre la determinación de cada estándar de prueba y cómo superarlo no profundizaré por escapar de los objetivos de la presente investigación. Prakken y Sartor, 2009, p. 243.

[1047] Prakken y Sartor, 2009, p. 243.

Mediante la expresión «carga táctica» se da cuenta de las decisiones estratégicas que adopta cada parte de introducir nuevos medios de prueba a efectos de reducir el riesgo de perder frente al adversario, sea para atacar las premisas o la conclusión del argumento de la contraparte. La colocación de esta carga no depende de las reglas procedimentales, sino de la estrategia de litigio que tiene cada parte[1048].

La distribución de la carga de persuasión y de producción de la prueba determina cómo cada parte actúa (en materia probatoria) dentro de un proceso[1049]. Cabe precisar que la carga de la persuasión y de la producción no recaen, necesariamente, en una misma parte al mismo tiempo. Cada una de estas cargas puede estar repartida de manera diferente a cada actor, pero esto es contingente de cada sistema normativo (para ser más preciso, de cada tipo de proceso). A efectos de aclarar este punto pondré un ejemplo de una parte que asume la carga de la persuasión y de la producción a la vez, y de otro caso en la que estén diferenciadas entre ambas partes.

Imaginemos un sistema normativo que contiene una norma que establece que el cumplimiento efectivo del objeto de un contrato puede ser exigido judicialmente. En estos supuestos, el demandante asume la carga de probar las obligaciones contenidas en el contrato. En este escenario, el demandante soporta la carga de producción y de la persuasión, en tanto, debe ofrecer los medios de prueba para señalar que hubo un contrato y ofrecer razones suficientes para considerar que la proposición sobre hechos está probada[1050].

Ahora imaginemos que ese mismo sistema normativo ordena que en casos penales a la parte denunciada le corresponde probar la legítima defensa. En estos supuestos el

[1048] Conforme a esta definición, esta carga no se distribuye normativamente, sino que cada parte la asume conforme a su estrategia procesal. En este sentido, no da cuenta de una obligación jurídica, sino de una decisión de una parte dentro del proceso en relación con cómo se podría probar, de mejor manera, una proposición sobre hechos dada la información disponible en el proceso.

[1049] Debo precisar que la carga táctica se genera como parte de las decisiones de defensa técnica de los abogados de las partes en un proceso respecto a cómo representar, de mejor manera, los intereses de sus clientes. En este sentido, la carga tácita no es un elemento determinante de la actuación probatoria de las partes, sino que da cuenta de una posibilidad de actuación conforme a cómo el abogado entiende la pretensión o defensa que tiene a su cargo.

[1050] Lo mismo con el demandado, como bien lo aclara Schauer: «en los casos de contratos lo que se busca es su cumplimiento, es común que el demandado tenga la carga de proporcionar la prueba suficiente para poner en duda la posibilidad de error mutuo, o de imposibilidad de cumplimiento o una condonación». Schauer, 2013a, p. 227.

denunciado asume la carga de la producción y de la persuasión en relación con dicha proposición sobre hechos, pero la fiscalía solo asume la carga de la persuasión en contra de ello (dar razones para considerar que la proposición de la defensa no está lo suficientemente probada). Ello en el sentido de que deberá sostener que los medios de prueba otorgados por la defensa no son suficientes para considerar que el hecho alegado haya ocurrido (en otros términos, debe sustentar que estos enunciados descriptivos no superan el estándar de prueba aplicable al caso).

La carga táctica, por su parte, es contingente en el sentido de que dependerá, entre otras cosas, de la calidad de los medios probatorios existentes en cada proceso y de la estrategia que posee cada litigante. Prakken y Sartor ejemplifican este punto con el siguiente supuesto[1051]: en un caso de homicidio, la fiscalía ofrece medios probatorios para justificar su pretensión; frente a ello, la defensa presenta medios probatorios para sustentar que el homicidio ocurrió junto con otros hechos que califican como legítima defensa. En este escenario (asumamos), la fiscalía tiene riesgos de perder el caso; si estos son muy altos, entonces es conveniente que presente medios probatorios adicionales que desvirtúen los presentados por la defensa. En este caso, la fiscalía asume una carga táctica (hay razones estratégicas para presentar más medios de prueba para con ello satisfacer su carga de la persuasión).

En las líneas siguientes cuando haga mención a la «carga de la prueba», para efectos de una presentación simplificada, estaré haciendo referencia a supuestos en los cuales hay coincidencia entre la carga de persuasión y carga de producción. En los escenarios en los cuales sea necesario introducir alguna distinción realizaré tal precisión.

Por último, debo señalar que precisaré al momento de analizar cada propuesta sobre la carga de la prueba, qué tipo de aproximación se hace de esta. Al respecto, como bien esclarece Mercedes Fernández, podemos entender la carga de la prueba desde un punto de vista formal o material: i) la aproximación formal se refiere a quienes estudian la carga de la prueba como reglas de distribución de los hechos que cada parte tiene que probar; y ii) la aproximación material (también denominada regla de juicio) se refiere a quienes

[1051] Prakken y Sartor, 2009, p. 227.

estudian la carga de la prueba como reglas de calificación de veracidad de enunciados descriptivos de hechos[1052].

Hechas estas precisiones seguiré de inmediato con el análisis de las tesis que, conjuntamente, conforman la aproximación procedimental a la noción de derrotabilidad: identificación de condiciones derrotantes mediante la distribución de la carga de la prueba; clarificación del rol del demandado en la incorporación de nuevas propiedades en el antecedente de las normas; y esclarecer cómo la carga de la prueba nos permite tomar decisiones justificadas con normas cuyo antecedente está compuesto por condiciones necesarias, pero no suficientes para garantizar el consecuente.

3.2.1. Identificación de condiciones derrotantes

La conexión entre la noción de derrotabilidad y la de carga de la prueba ha sido analizada por numerosos autores: Hart, Baker, Finkelstein, Rodríguez, MacCormick, Loui, Sartor, Prakken y Duarte d'Almeida, por señalar algunos[1053]. El punto en común de todos ellos es la aproximación a la noción de derrotabilidad como concepto teórico que esclarece cómo las pretensiones son dejadas de lado. Ello quiere decir, dicho en breve, que las pretensiones que están fundadas en normas jurídicas esgrimidas dentro de un proceso de toma de decisiones jurisdiccionales, pueden ser desestimadas por el juez en caso la contraparte haya probado una condición derrotante[1054].

[1052] Fernández, 2005, pp. 134-36.
[1053] Hart, 1948-1949, Baker, 1977, Finkelstein, 2000, Rodríguez 2017a, MacCormick, 2016, Loui, 1995, Sartor, 1995, Prakken y Sartor, 2006, 2009 y Duarte, 2015. Moreso y Rodríguez, además, señalan que Alchourrón también estudió esta idea en un manuscrito no publicado. Según estos autores, Alchourrón analizó esta aproximación a la noción de derrotabilidad como un concepto teórico que da cuenta de que «el reclamo de cualquier derecho puede ser derrotado por la contraparte en un juicio si ella demuestra la concurrencia de una excepción. Esto obliga a tomar en consideración el juego recíproco entre las normas primarias y secundarias de un sistema jurídico, porque son estas últimas las que se ocupan, entre otras cuestiones, de distribuir la carga de la prueba entre las partes en un proceso». Moreso y Rodriguez, 2010, p. 25.
[1054] Rodríguez, 2017a, p. 253. Rodríguez, 2002, p. 392. Cabe reiterar, conforme lo visto en el Cap. III.3,3.1, que Hart, a partir de esta idea, sostuvo que el carácter derrotable del derecho es generado por el uso de un sistema de litigación adversarial para resolver controversias. Hart, 1948-1949.

Estos autores parten por analizar las reglas que permiten construir procesos de toma de decisiones, con especial atención a las reglas que construyen su carácter adversarial, esto es, reglas que organizan procesos en los cuales dos partes conflictúan entre sí. De esta forma, todas las personas que empleen este tipo de procesos (a efectos de simplificar, los llamaré procesos jurisdiccionales[1055]) parten por formular una pretensión ante un juez que contiene una solicitud de aplicación de una determinada norma (se ordene la ejecución de una consecuencia jurídica dada la ocurrencia de su supuesto de hecho). Cada parte ofrecerá argumentos y medios de prueba a efectos de sostener que está justificado que se decida a su favor: el demandante justificará que el caso que se discute se subsume en una norma; en cambio el demandado justificará que el caso, o bien no se subsume en una norma, o bien se subsume en una excepción. El aplicador del derecho (por ejemplo, un juez) será quien decida si se aplica o no la norma (mediante una decisión justificada)[1056].

Supongamos, a efectos de presentar el problema, que un demandante presenta una pretensión de que se regla sobre un determinado derecho d. A efectos de sustentar su pretensión, y de que el juez sentencie a su favor, el demandante debe probar que en el caso individual ocurrieron ciertas condiciones (c1, c2 y c3). La pretensión será concedida siempre que el demandado no pruebe una proposición de hechos que caracterizan al caso individual que califican como una excepción (e1)[1057]. En caso de que la excepción sea probada, entonces el demandado habrá derrotado la pretensión del demandante pues, a pesar de que este cumplió con probar las condiciones de aplicación de la regla, la consecuencia normativa no se sigue (está justificado que no se decida a favor del demandante)[1058].

[1055] Debo precisar que abordaré los supuestos de litigio contencioso debido a que es el caso central que esta aproximación a la noción de derrotabilidad pretende esclarecer. Además de ello emplearé la expresión procesos jurisdiccionales con un sentido amplísimo, pues la teorización a analizar pretende dar cuenta de todo proceso de aplicación del derecho por parte de una autoridad con competencia para ello y conforme a las reglas procedimentales.

[1056] Como bien precisa Jorge Rodríguez, resolver controversias jurídicas mediante la jurisdicción es obligatorio en dos sentidos: i) demandado no puede evitar a ir a proceso ni es necesario que se tenga su consentimiento para que se dé un proceso; y ii) las consecuencias ordenadas por el juez se garantizan coercitivamente (la fuerza pública puede ejercer coerción contra el ordenado en caso este no cumpla con lo que el juez le ordenó). Rodríguez, 2002, p. 392.

[1057] Para ser más precisos, en caso el demandante pruebe las condiciones c1, c2 y c3 y el demandado no haya probado la excepción e1, entonces el juez debería sentenciar a favor del demandante. Preciso, además, que no estoy tratando de describir lo que ocurre (o lo que suele ocurrir en una determinada jurisdicción), sino lo que debería ocurrir.

[1058] Como bien resume MacCormick, el demandante realiza afirmaciones sobre su pretensión sobre la base de las condiciones requeridas por la regla para la aplicación (c1, c2 y c3), pero dicha pretensión es derrotable y será derrotada por el demandado si este puede probar la excepción e1. MacCormick, 2016, p. 399. MacCormick, 1995, p. 100. El ejemplo se representa formalmente como ((c1.c2.c3)->Od). Las condiciones

Esto nos lleva a un primer tema de discusión: ¿cómo podemos determinar, dentro del antecedente, qué propiedades operan como condición derrotante (o excepción) de las pretensiones? Como hemos visto anteriormente[1059], distinguir entre una condición de aplicación y una condición derrotante no es una tarea fácil de lograr, pues ambas operan, desde el plano formal, como limitantes del ámbito de aplicación de una norma que se construyen mediante una conjunción copulativa entre propiedades.

Para ilustrar el problema MacCormick ofrece el siguiente ejemplo[1060]: una persona contrata un barco para el transporte de mercancías, y en su travesía la embarcación se hunde, de lo que se sigue que no puede entregar las mercancías conforme a lo pactado en el contrato. Al respecto, cabe anotar que la regulación vigente para el caso establece que en supuestos de incumplimiento sin culpa (o frustración no autoinducida) del contrato, no se genera responsabilidad civil.

¿Cómo podríamos representar la norma que regula la responsabilidad civil de contratos incumplidos? Consideremos la siguiente proposición: «el contratista que incumple su contrato tiene la obligación de pagar una indemnización». Formalmente esto se representa así: (p->Oi)

La p representa formalmente a toda persona que contrató con otra e incumplió con sus deberes contractuales[1061]. La Oi representa la obligación de pagar la indemnización. Esta representación, como vemos, está incompleta. Para que se siga el consecuente tiene que

---

c1, c2 y c3 operan como condiciones en disyunción incluyente, es decir, se deben dar todas en el mismo caso para que se siga el consecuente (representado por Od, que quiere decir obligatorio otorgar d). En este caso para que esté justificado sentenciar a favor del demandante en el caso tendría que ocurrir que no se probó una excepción. Esto se representa como ¬e1. De esta forma tanto c1, c2, c3 como ¬e1 son condiciones suficientes para el consecuente. En este sentido, la norma que regula el caso se representa como ((c1.c2.c3.¬e1)->Od).

[1059] Sobre este punto ver Cap. III.2,2.2,2.2.1.

[1060] MacCormick, 2016, p. 405, MacCormick, 1995, p. 104. Se inspiró en el caso Joseph Constantine Steamship Line Ltd. v. Imperial Smelting resuelto por la House of Lords Appeal Committee del Reino Unido.

[1061] Otra forma de representar esta proposición es (¬p->Oi) donde p representa el hecho de que una persona que contrató con otra cumplió con sus deberes contractuales, de manera que al negar esto con el operador (¬) estamos diciendo que la persona no cumplió con sus deberes contractuales. Dado que el punto a esclarecer en este momento es cómo representar una propiedad que opera como excepción, genera mayor claridad que no todas las propiedades del antecedente se representen como propiedades negativas.

ser el caso que no se haya dado una frustración autoinducida[1062]. Esto nos lleva a la siguiente representación: ((p.¬r)->Oi))

La r representa la frustración autoinducida del contrato. La (¬) representa la negación, por lo que ¬r representa la no frustración autoinducida del contrato. En este punto cabe resaltar que las propiedades del antecedente (p.¬r) operan de forma conjuntiva, es decir, se deben dar ambas en el caso para que se siga el consecuente. Como podemos ver, desde esta aproximación formal no podemos identificar dentro del caso genérico (p.¬r) cuál de estas propiedades opera como condición derrotante o excepción[1063].

A efectos de resolver este problema, un grupo de autores ha propuesto que podemos identificar condiciones derrotantes en los antecedentes de las estructuras condicionales a partir de qué debe probar el demandado (o denunciado en materia penal) para descartar la pretensión de la parte demandante (o denunciante)[1064]. A efectos de profundizar en esta materia, analizaré dos propuestas relevantes en la literatura especializada sobre la noción de derrotabilidad: la distinción entre *probanda* y *non refutanda* de Giovanni Sartor y la distinción entre *p-facts* y *d-facts* de Luís Duarte d'Almeida.

Ambos sostienen (empleando terminologías y premisas teóricas diferentes), que la diferencia entre una condición de aplicación, por un lado, y de una condición derrotante en el antecedente, por el otro, es identificable mediante la forma en que se ha distribuido la carga de la prueba.

[1062] Otra forma de representar «no se haya dado una frustración autoinducida» es señalar «culpa», pero esto no me permitiría hacer más clara la idea a explicitar mediante la formalización.
[1063] En la representación ((p.¬r)->Oi)) no es posible identificar una diferencia entre un requisito y una condición derrotante, tanto la p como la ¬r operan en conjunción. MacComick, 2016, p. 407.
[1064] Es pertinente volver anotar una de las conclusiones del apartado anterior: una condición derrotante no es lo mismo que negar una condición positiva, sino que refiere a un hecho o acción que, de ocurrir de manera concurrente con la condición positiva, entonces no está justificado que se siga la consecuencia jurídica. Por ejemplo, Brozek señala, en relación con esta aproximación a la noción de derrotabilidad, que si una de las partes prueba P, la carga de la prueba se mueve a la otra parte, la cual a su vez puede probar ¬P a pesar del hecho de que las premisas usadas por la otra parte para derivar P sigan siendo verdad. Bròzek, 2004, p. 28. Esta descripción es problemática, pues probar ¬P no es probar una condición derrotante, sino demostrar que la premisa fáctica sobre la que estaba fundada la pretensión no fue probada. Asimismo, afirmar que si de unas premisas se sigue P, pero se demuestra que no ¬P, entonces bien es incorrecto decir que las premisas para P son verdaderas, o bien el conjunto de premisas estaba incompleto faltando alguna por la que se seguiría ¬P (pero esto generaría que no es correcto decir que en algún momento se siguió P, pues no se tenía la información suficiente para ello).

De esta forma, una pretensión puede ser derrotada siempre que el demandado pueda probar un hecho que haga injustificado decidir a favor del demandante. No hay pretensión derrotable en caso de que el demandado no pueda alegar la ocurrencia de una condición derrotante. A efectos de aclarar la diferencia, retomo el ejemplo e introduzco dos escenarios diferentes: i) un primer escenario en el que, conforme a las reglas de distribución de la carga de la prueba, el propietario del barco (quien es el demandante) debe probar que no ocurrió una frustración autoinducida; y ii) un segundo escenario en el que le corresponde demostrar al fletador (quien es el demandado) que no hubo frustración autoinducida[1065].

En el primer supuesto las condiciones p y ¬r funcionan como requisitos para la pretensión, por lo que ¬r no es una condición derrotante. En cambio, en el segundo caso, si el demandado prueba la ocurrencia de una navegación negligente, entonces habrá derrotado la pretensión[1066]. A partir de esta diferencia, quienes adoptan una aproximación procedimental a la noción de derrotabilidad ofrecen el siguiente criterio de distinción: que una propiedad sea una condición de aplicación o una condición derrotante es una proposición que se construye tomando en cuenta la carga de la prueba en cada caso[1067].

A efectos de clarificar esta tesis analizaré y criticaré dos formulaciones de esta aproximación a la noción de la derrotabilidad que han pretendido identificar condiciones derrotantes a partir de cómo se distribuye la carga de la prueba. La primera de estas es la de Giovanni Sartor, quien trata de dar cuenta de este punto tomando en cuenta qué proposiciones sobre hechos deben ser probadas y cuales son presumidas dentro de un proceso. La segunda es la propuesta de Luís Duarte d'Almeida, quien aborda la discusión

[1065] MacCormick, 2016, p. 406, MacCormick, 1995, p. 104. Cabe precisar que en estos escenarios están construidos bajo la premisa de que la norma opera con una regla de clausura del antecedente (esto es, que el antecedente está compuesto por una condición suficiente para el consecuente).

[1066] Otra forma de esclarecer esta aproximación a la noción de derrotabilidad es mediante su explicación como casos *prima facie*. Un demandante que formula una pretensión satisfaciendo la carga de la producción tiene un caso *prima facie* a favor suyo. Frente a esto, el demandado puede ofrecer información mediante la cual, *all things considered*, nos damos cuenta que no está justificado que se aplique la norma. Para esta manera de aclarar el punto, se emplea *prima facie* como cancelabilidad epistémica, conforme a lo visto en Cap. I 3.3.1. de esta investigación. Esta explicación es empleada por Feinberg, 1970, pp. 120 y ss. y Baker, 1977, p. 33.

[1067] «La práctica de la diferente asignación de cargas de la prueba no puede estar exigida lógicamente por la supuesta diferencia en los tipos diferentes de condición jurídica. Pues no difieren lógicamente». MacCormick, 2016, p. 406.

a partir de qué proposiciones de hechos deben ser probadas por el demandante y cuáles por el demandado.

i. La distinción de Giovanni Sartor entre *probanda* y *non refutanda*

Giovanni Sartor ha formulado una propuesta de clasificación de los elementos estructurales en el antecedente a partir de la manera en que está distribuida la carga de la prueba y de cómo ello incide en procesos de toma de decisiones[1068]. Este autor propuso que el carácter derrotable de las normas da cuenta de que las inferencias que podamos formular a partir de un conjunto de premisas (normativas y fácticas) pueden ser descartadas por la incorporación de nueva información: aquella que justifique la aplicación de una condición derrotante al caso[1069].

Este autor parte por señalar que las normas jurídicas son mejor entendidas como normas condicionales, es decir, poseen una consecuencia jurídica que está subordinada a la comprobación de un antecedente[1070]. A partir de ello, el autor centró su análisis en dos preguntas: cuáles son los componentes estructurales del antecedente; y cómo a partir de los diferentes elementos del antecedente se justifica que es correcto inferir el consecuente normativo[1071].

Al respecto, Sartor propuso que, si tomamos en cuenta las reglas de distribución de la carga de la prueba, podemos distinguir dos tipos de propiedades que componen los antecedentes de las normas[1072]: i) propiedades que operan como *probanda*, esto es, propiedades cuya prueba recae en el demandante; y ii) propiedades que operan como *non refutanda,* esto es, propiedades que no requieren ser probadas por el demandante, sino

[1068] Para estos propósitos me voy a concentrar en analizar su trabajo Sartor, 1995, el cual es una reimpresión de Sartor, 1993 y una versión mejorada de Sartor, 1991. Cabe precisar que en Sartor, 2018 este autor ha cambiado el enfoque de su línea de investigación, sin perjuicio a que su trabajo del año 1995 siga siendo referente en materia de derrotabilidad procedimental.
[1069] Sartor, 1995, p. 119. Es necesario precisar que Sartor ha formulado diversas aproximaciones a la noción de derrotabilidad a partir de la idea de que el razonamiento jurídico es mejor comprendido analizándolo desde el punto de vista de un tipo de lógica no monotónica. En este apartado me voy a concentrar en su propuesta de estructura de normas jurídicas, dado su impacto en las discusiones sobre la aproximación procedimental de la noción de derrotabilidad. Al respecto, Sartor, 2018.
[1070] Sartor, 1995, p. 120.
[1071] Sartor, 1995, pp. 120-21.
[1072] Sartor, 1995, p. 120-21.

que se presume su verificación en el caso individual[1073]. Si el aplicador del derecho verifica la prueba de las propiedades *probada* y verifica que no se ha refutado ninguna *non refutanda*, entonces está justificado que use la norma para justificar su decisión, esto es que se siga la consecuencia jurídica de la norma[1074].

Es pertinente hacer algunas precisiones en relación con la noción de *non refutanda.* Con esta noción se da cuenta de «de suposiciones por defecto que no han de ser desvirtuadas por prueba en contrario»[1075]. Esto es, de todas aquellas propiedades contenidas el antecedente de una norma que el demandante no requiere probar para justificar que un caso individual se subsume en un caso genérico, sino que son propiedades que se presumen[1076]. En otros términos, si un demandante prueba las *probanda*, el resto de propiedades del antecedente son operan como *non refuntanda*, esto es, como propiedades que se presumen verificadas.

Para clarificar el punto, imaginemos un sistema normativo en el que, para determinar la aplicabilidad interna de la norma que prevé el delito de lesiones graves, el denunciante debe probar que el denunciado lo golpeó con cierto grado de intensidad. Asimismo, prevé que la prueba de la legítima defensa le corresponde al denunciado. En este contexto, en un caso de lesiones graves se calificaría de *probanda* la propiedad que categoriza el hecho de que una persona agredió a otra con cierto grado de intensidad. En este tipo de supuesto, se asumirá que la lesión grave ocurrió de forma ilegítima, de manera que se presume que ella se produjo (salvo prueba en contrario) sin ejercicio de la legítima defensa. En este sentido, se entenderá como *non refutanda* la propiedad que categoriza el hecho de que los golpes fueron dados sin incurrir en legítima defensa (esto es, se presume que dicha propiedad está presente en el caso individual). Esta presunción puede ser refutada en caso de que el denunciado pruebe que golpeó al demandante en legítima defensa. En caso de

[1073] En otros términos, un antecedente, para Sartor, está compuesto por un caso genérico cuyas propiedades se diferencian en: i) condiciones que deben ser probadas para que esté justificado que se siga el consecuente, las cuales son llamadas *probanda*; y ii) casos complementarios (negaciones) del resto de condiciones (que no son las *probanda*) las cuales no deben ser refutadas, pues de serlo tienen el efecto de impedir que se siga el consecuente, las cuales son llamadas *non refutanda*.
[1074] Sartor, 1995, p. 137.
[1075] Bayón, 2003b, p. 271.
[1076] Sartor lo explica de la siguiente manera: «*the derivation of a legal effect can be considered justified, in a certain justification context, if the effect is the consequent of a norm (accepted in that context), whose antecedent is satisfied. And a norm condition must be considered satisfied if every* probandum *contained in that norm antecedent has been derived in the accepted justification context, and no* non-refutandum *included in that antecedent has been refuted*». Sartor, 1995, p. 121.

que no pueda probar esta negación, entonces el aplicador del derecho debe aplicar el *non refutanda* por *default*.

Como podemos ver, para Sartor los antecedentes de las normas, bajo esta propuesta, están compuestos por propiedades que operan bien como *probanda* o bien como *non refutanda*. La distinción está basada en el efecto que tiene la prueba de cada uno de estos en la justificación de la aplicación de la norma a un caso individual. De esta forma, la estructura de una norma jurídica se expresa de la siguiente forma: si han sido probadas las *probanda* y no han sido refutadas las *non refutanda*, entonces se sigue la consecuencia jurídica.

A efectos de precisión, Sartor propuso un nuevo símbolo formal para representar adecuadamente esta distinción. Consideró que para dar cuenta formalmente de las propiedades que operan como *non refutanda* es mejor presentarlas entre 〈 〉. De esta forma, la estructura de una norma es presentada en los siguientes términos: si A1, A2..An (*probanda*) y 〈Aj〉, 〈Am〉 … 〈An〉 (*non refutanda),* entonces C (consecuencia) [1077].

La prueba de un caso complementario de un *non refutanda* (dicho de otro modo, probar una proposición sobre hechos que se subsume en la negación de una propiedad presumida) da cuenta de cómo el demandado incorpora nueva información al proceso. En caso esta nueva información sea suficiente para probar la verificación de una propiedad (esto es, un conjunto de hechos normativamente relevantes que niegan el *non refutanda*), tendrá como efecto que no pueda estar justificada la aplicación de la norma sobre la cual el demandante fundamentó su pretensión.

La distinción entre *probanda* y *non refutanda*, según Sartor, no ha sido adecuadamente identificada en el lenguaje jurídico, pero está inmersa en diversas teorizaciones procesales, en especial al diferenciar entre hechos constitutivos y hechos impeditivos, hechos presuntos y no presuntos, hechos que deben ser probados por el demandante y hechos que deben ser probados por el demandado, y hechos positivos y hechos negativos[1078]. Veamos brevemente cada una de estas:

[1077] Sartor, 1995, p. 121.
[1078] Sartor, 1995, pp. 124-30. En este elenco Sartor incluye la distinción entre hechos probados y hechos sobre los que no debe haber prueba en contrario, pero he decidido omitirla dado que es no es claro cómo diferenciarla de lo señalado respecto de los hechos presuntos y hechos no presuntos y sobre los hechos a ser probados por el demandante y hechos a ser probados por el demandado.

1. Hechos constitutivos y hechos impeditivos: con la expresión «hecho constitutivo» se refiere a todos los hechos sobre los cuales se construye la justificación de la aplicación de una consecuencia jurídica. En cambio, «hecho impeditivo» refiere a los hechos que impiden, a pesar de haberse satisfecho los hechos constitutivos, que esté justificada la aplicación de la consecuencia jurídica prevista en la norma jurídica. Bajo esta distinción, los *probanda* operan de forma similar que los hechos constitutivos y un *non refutanda* como el caso complementario de un hecho impeditivo (dicho de otro modo, sería como señalar «no debe quedar refutado que no hubo un hecho impeditivo»[1079]).
2. Hechos presuntos y hechos no presuntos: con la expresión «hecho presunto» se hace referencia a todas aquellas premisas fácticas que no requieren ser probadas para que en un caso individual se asuman como probadas[1080]. En cambio, «hecho no presunto» refiere a las premisas fácticas que requieren ser probadas. Establecer una presunción sobre un hecho quiere decir que este hecho no requiere que sea probado para que esté justificada la aplicación de la norma. En ese sentido, la identificación de un *probanda* y un *non refutanda* dependerá de cómo se distribuye el riesgo probatorio en materia de presunciones de premisas fácticas.
3. Hechos que deben ser probados por el demandante y hechos que deben ser probados por el demandando: con esta distinción se da cuenta de la forma en que está distribuida la carga de la prueba. El demandante debe ofrecer hechos calificables como *probanda* y el demandado los calificables como negaciones de las *non refutanda* (por ejemplo, en un caso de responsabilidad civil el demandante debe probar el daño y el demandado debe refutar que se asuma el daño haya sido producido sin concurrir una causal de exclusión de responsabilidad). Sin embargo, debe anotarse que no hay una conexión necesaria entre ciertos hechos con la noción de *probanda* o *non refutanda*, sino que ello dependerá de las reglas probatorias generales o especiales previstas para cada supuesto[1081].

[1079] En este punto Sartor estaba pensando en la dogmática procesalista italiana, pero esta propuesta también podría aplicarse a la distinción entre hechos operativos afirmativos y negativos de Wesley Newcomb Hohfeld. Hohfeld, 1991, p. 43.
[1080] Aquí se incluyen tanto las presunciones *iuris tantum* o refutables por prueba en contrario como la presunción *iure et de iure* o no refutables por prueba en contrario (por prueba en contrario quiero decir haber averiguado y probado que ocurrió el caso complementario de lo presumido, es decir, la negación del hecho presumido).
[1081] Que un determinado hecho sea *probanda* o *non refutanda* depende de una calificación jurídica, no de una conexión ontológica (o por lo menos, no es el enfoque que pretendo asumir ni el que asumió Sartor).

4. Hechos positivos y hechos negativos: con la expresión «hechos positivos» se hace referencia de la ocurrencia de un determinado evento, en cambio, por «hechos negativos» se hace referencia a la no ocurrencia de un determinado hecho (de forma más precisa, a la proposición que sostiene que un determinado hecho el cual resulta incompatible con otro hecho, de forma tal que podamos inferir que este último no ocurrió en el pasado). La noción de *probanda*, dado que implica la acción de probar un hecho, suele ser vinculada con hechos positivos y la de *non refutanda* con la de hechos negativos, pero esto es contingente, pues dependerá de cómo se presente la información[1082].

El punto compartido en todas estas distinciones y la diferencia entre *probanda* y *non refutanda* es que los procesos jurisdiccionales son procesos en los que se toman decisiones con información incompleta. Ante este escenario, la propuesta de Sartor pretende aclarar el efecto jurídico asignado a situaciones de indeterminación sobre los hechos (normativamente relevantes) en un caso individual. En otros términos, esclarece qué debe hacer el juez en caso de no disponer de información completa sobre los hechos del caso.

De acuerdo con la propuesta de Sartor, si un demandante requiere la aplicación de la norma N1 cuyo antecedente contiene la propiedad A1, y estamos en un escenario que el caso individual analizado dicha propiedad A1 no está determinada, esto es, no se ha logrado probar A1 ni su caso complementario (¬A1), entonces hay dos opciones: i) Si A1 es *probanda*, entonces el antecedente de la norma no se ha satisfecho, de lo que se sigue que no está justificado que N1 sea internamente aplicable al caso; o ii) si A1 es *non refutanda*, entonces se presume que caso individual se subsume en el antecedente de la norma, de lo que se sigue que está justificada (presuntivamente, cabe reiterar) la aplicabilidad interna de la norma[1083].

Identificar una propiedad como *probanda* o *non refutanda* nos permite saber qué propiedades sobre hechos deben ser probados por cada parte procesal y le ofrece al juez

[1082] Sobre este punto volveré al tratar la distinción entre condiciones positivas y negativas de Duarte. El punto relevante es que la acción u omisión de una acción (u ocurrencia de un hecho), son dos maneras alternativas de presentar propiedades.
[1083] Sartor, 1995, p. 130.

reglas sobre cómo tratar hechos no probados[1084]. Esto depende de la manera en que cada sistema jurídico prevea la información que necesariamente debe estar probada y qué información vamos a asumir en casos de indeterminación[1085].

a. *Non refutanda* y las excepciones (o condiciones derrotantes)

Para Sartor, la noción de *non refutanda* es útil para entender, identificar y representar las excepciones o condiciones derrotantes de las normas. A efectos de ilustrar el punto explicitaré cómo un *non refutanda* esclarece qué es una excepción (como pregunta conceptual) y lo que hacemos al exceptuar una norma[1086].

De acuerdo con esta propuesta, hay una conexión entre la distinción entre propiedades que califican como *non refutanda* en el antecedente con la identificación de excepciones. Como hemos visto, cada combinación de propiedades contenidas en un antecedente puede ser presentada como en el conjunto de *probandas* y *non refutanda* de una norma. Ambos elementos dan cuenta de las condiciones de aplicación de la norma, esto es, si se dan ambos en un caso individual estará justificado que el aplicador del derecho use la norma para la calificar normativamente la acción discutida. Ahora bien ¿qué es y cómo identificamos una excepción? Desde esta propuesta, se llama excepción a los casos complementados de las propiedades descritas como *non refutanda*[1087]. Dicho de otro modo, por excepción se llama a todas aquellas propiedades que niegan a las propiedades contenidas en antecedente de la norma que operan como *non refutanda*: si en el antecedente una propiedad r opera como *non refutanda*, entonces se denomina excepción a la propiedad ¬r. Veamos esto con mayor precisión.

[1084] Visto desde el punto de vista las partes sería un ejemplo de aproximación formal de la carga de la prueba y desde el punto de vista del aplicador del derecho sería un ejemplo de aproximación material de la carga de la prueba.

[1085] Si la distinción es abordada desde la forma en que está distribuida la carga de la prueba, esto lleva la discusión de la distinción entre *probanda* y *non refutanda* a los criterios de distribución de la carga de la prueba (las razones por las cuales la parte demandante debe probar un determinado hecho y no otros, o porqué no todos los hechos normativamente relevantes, por ejemplo). Sobre esto no voy a profundizar. Además, nos lleva a la discusión sobre si un *non refutanda* implica asumir como probado un hecho o si es solo un criterio de decisión judicial (sin que implique asumir la prueba de un hecho). Sobre esto tampoco voy a profundizar.

[1086] Cabe precisar que, conforme a esta aproximación a la noción de derrotabilidad, la expresión «condiciones derrotantes» es una forma alternativa de señalar «excepciones». En el presente subapartado mantendré el uso del término «excepciones» en este subapartado a efectos de una reconstrucción caritativa de las tesis de Sartor.

[1087] Sartor, 1995, p. 133.

Probar la negación de un *probanda* implica sostener que el demandante se está basando en premisas fácticas no probadas (el demandante sostiene que ocurrió el hecho p, pero está probado que ¬p). En cambio, probar la negación de un *non refutanda* es lo mismo que sostener que estábamos presuponiendo la verificación de una propiedad en el caso individual de forma incorrecta. Las excepciones, de acuerdo con esta distinción, no dan cuenta de sostener la falsedad de una proposición descriptiva o señalar que esta no fue probada, sino que introducen información adicional que nos hace ver que al caso individual parecía que le eran aplicables las consecuencias normativas de una norma, pero *all things considered*, no lo es.

Veamos el ejemplo propuesto por Sartor para mayor claridad. Asumamos que tenemos la siguiente regla y un limitante del ámbito de aplicación:

> **Regla**: X es responsable del daño D si
> -X generó el hecho H
> -H tiene como consecuencia el daño D
> -X realizó H culpablemente
> **Limitante del ámbito de aplicación**: X no es responsable del daño D derivado del hecho H si
> -X realizó H como resultado del ejercicio de la legítima defensa

Dicho de otra manera, el sistema normativo prevé la siguiente norma: «si X realizó H culpablemente, H generó un daño injusto y X no realizó H en legítima defensa, entonces X es responsable del daño D derivado del hecho H».

El problema de esta forma de presentar la norma es que no nos ofrece información sobre cuál de las propiedades contenidas en el antecedente opera como una excepción (si es que hubiese alguna). Para una adecuada representación de las excepciones debemos tomar en cuenta el efecto de la comprobación del caso complementario de las propiedades en cada caso. Es decir, verificar cómo está distribuida la carga de la prueba de una determinada norma y cuáles son los efectos de comprobar la no ocurrencia de cada una de esas.

Volvamos a ver la formulación de esta regla considerando la limitante del ámbito de aplicación como *non refutanda*[1088]:

> **Regla**: X es responsable del daño D derivado del hecho H si
> -X generó el hecho H
> -H tiene como consecuencia el daño D
> -〈X no ha realizado H en legítima defensa〉
>
> X no es responsable del daño D derivado del hecho H si
> -X ha realizado H como resultado del ejercicio de la legítima defensa.

Dicho de otra manera, el sistema normativo prevé la siguiente norma: «si X realizó H culpablemente, H generó un daño injusto y 〈X no realizó H en legítima defensa〉, entonces X es responsable del daño D derivado del hecho H»

Como ya hemos visto, con el uso de los 〈〉 se representa que una (o unas) propiedad (es) opera(n) como un *non refutanda*, es decir, como propiedad (es) que no debe (n) quedar refutada (s) (dicho de otro modo, si su caso complementario es probado, entonces se ha demostrado que la norma alegada por el demandante no es internamente aplicable). De esta forma, al introducir los símbolos 〈〉 en la formulación de una norma se representa información sobre la composición del antecedente de la norma y sobre cómo opera cada propiedad del antecedente.

Cabe insistir en resaltar la diferencia entre no emplear y emplear dicha simbología para dar cuenta del ejemplo: al presentar las normas sin los operadores 〈〉 no estamos dando cuenta de cómo determinar la aplicabilidad interna de una norma en escenarios en los que carecemos de información respecto a si hubo o no hubo legítima defensa. En cambio, si usamos los operadores 〈〉 lo que estamos señalando es que se asume la aplicabilidad interna de la norma siempre que, de acuerdo con la información disponible, podamos

[1088] Sartor, 1995, p. 133. Esto implica asumir que en el sistema normativo de referencia para el caso hay reglas de distribución de la carga de la prueba que establecen presunciones a favor del demandante, en tanto, a este no le corresponde demostrar la ausencia de legítima defensa, sino al demandado.

señalar que no está probada una proposición sobre hechos que den cuenta que la acción es subsumible bajo la propiedad legítima defensa[1089].

En este sentido, de acuerdo con esta propuesta, para determinar qué propiedades del antecedente operan como excepciones es necesario verificar la forma en que está distribuida la carga de la prueba para el caso concreto. Dicho en breve, siguiendo la propuesta de Sartor las excepciones son todos los casos complementarios del *non refutanda* (sus negaciones) y el *non refutanda* se determina por aquello que le correspondería refutar a la parte demandada.

Si el demandado prueba en un proceso el caso complementario de un *non refutanda* (dicho de otro modo, prueba la condición de excepción), entonces lo que se produce, según Sartor, es la derrota de la pretensión. En este contexto, derrotar es entendido como impedir realizar una inferencia basada en la norma jurídica que contenía el *non refutanda*, mediante la incorporación de nueva información que refuta tal presunción[1090].

Reformulando este punto, como hemos visto, a partir de la información que obtenemos de la *probanda* y de la *non refutanda* podemos formular una inferencia justificada que la norma es aplicable. La noción de derrotabilidad, desde esta aproximación, da cuenta de que una inferencia puede, tras incorporación de nueva información, perder su carácter de justificada[1091].

Hasta este punto se ha analizado la propuesta de Sartor bajo el presupuesto de que las normas están compuestas por un antecedente compuesto por una condición suficiente para el consecuente. Sartor adoptó un criterio de racionalidad por el cual para determinar la condición suficiente para el consecuente es necesario valorar normativamente todas las

---

[1089] Sartor, 1995, p. 134.

[1090] En términos de Sartor: «[*t*]*o discredit a legal conclusion, it is not always necessary to attack the premises of the argument grounding that conclusion, but it can be sufficient to adduce further facts: if the complement of a non-refutandum (or the condition of an exception) is ascertained, then the inference based on a norm containing the non-refutandum (or on the rule contradicted by the exception) is defeated, and the conclusions already derived must be retracted*». Sartor, 1995, p. 136.

[1091] Sartor define expresamente derrotabilidad: al adicionar nueva información al conjunto de premisas $\pi 1$, se obtiene un nuevo conjunto de premisas $\pi 2$ del cual algunas de las consecuencias del conjunto $\pi 1$ ya no son derivables. Sartor, 1995, p. 140, 142. Esto está vinculado al uso de la lógica no monotónica para representar el razonamiento jurídico. Sobre este punto muestra, como bien señala Bayón, que la derrotabilidad procedimental está pensada para el razonamiento judicial y no necesariamente para toda manifestación de razonamiento jurídico. Bayón, 2003b, p. 276.

circunstancias posibles y por haber en las que se realiza (y realizará) la acción regulada. Si adoptamos tal criterio, señala el autor (y como hemos visto en el Cap. II), se sigue que no es posible determinar una lista exhaustiva de todos los hechos que podrían ser subsumibles dentro de una propiedad de la que se predique su carácter *non refutanda*[1092].

El punto señalado por Sartor se puede entender de dos maneras (que se complementan mutuamente). Por un lado, no podemos conocer todos los eventos o acciones que son y serán calificables como instanciaciones o ejemplificaciones de una propiedad (o del conjunto de estas, es decir, del antecedente). En efecto, la referencia de cada propiedad es variable conforme el aplicador del derecho vaya identificando nuevos supuestos subsumibles como negaciones de una *non refutanda* (por ejemplo, nuevas formas de ejercer la legítima defensa). Por el otro lado, puede ser el caso que se incorporen nuevas propiedades en el antecedente que operen como *non refutanda*[1093].

A partir de lo señalado es pertinente formular dos precisiones: i) podemos ampliar la extensión de una propiedad que opera como excepción, esto es, cuando calificamos un evento como una instanciación de esta; y ii) podemos incorporar nuevas propiedades en el antecedente de la norma. Esta última tiene, a su vez, tiene dos lecturas: o bien la norma carecía de regla de clausura del antecedente, lo cual nos permite seguir hablando de la misma norma; o bien la norma posee una regla de clausura del antecedente, lo cual implica que, para incorporar una nueva propiedad, tenemos que cambiar de norma o hemos revisado nuestras creencias sobre el contenido del antecedente de la norma[1094]. En relación con este punto ii) profundicé en el Capítulo II de esta investigación.

[1092] Sartor, 1995, p. 143.

[1093] En este punto, como bien apunta Bayón, es necesario diferenciar dos afirmaciones: i) señalar que la distribución de la carga de la prueba tiene como resultado que algunos componentes del antecedente operen como *probanda* y otros como *non refutanda*; de ii) postular que no es posible identificar todos los *non refutanda* de una norma. La primera da cuenta de los efectos de normas procesales sobre las normas que otorgan derecho y deberes, en cambio, la segunda es una tesis sobre cómo están estructuradas las normas, en específico, sobre que estas carecen de regla de clausura del antecedente. Bayón, 2003b, p. 274. Sartor en este punto también nos formula la misma advertencia: de acuerdo con esta aproximación a la noción de derrotabilidad, el punto a aclarar no consiste en la adición de condiciones negativas a la regla que establece el resultado, sino al impacto de la carga de la prueba que reposa sobre estas condiciones. Sartor, 2008, p. 9. Esto permite resaltar, además, que para una adecuada reconstrucción de la noción de derrotabilidad en el derecho debemos tomar en cuenta este aspecto procedimental (como bien resalta Tohmé y Loui, 1996, p. 12). Sobre esta forma de entender la composición *abierta* de los antecedentes ver Cap. II.3,3.3.

[1094] En un sentido similar Bayón, 2003b, p. 276.

Como hemos podido ver, las tesis de Sartor pretenden mostrar la diferencia entre tipos de propiedades contenidas en el antecedente y lo que se predica de estas (proposiciones sobre propiedades). Sobre este punto, si bien las nociones de *probanda* y *non refutanda* son elementos conceptuales de una proposición, cabe precisar exactamente de qué proposición. Una primera posibilidad es entenderlas como parte de proposiciones sobre normas a ser aplicadas por el aplicador del derecho. Una segunda posibilidad es como parte de proposiciones sobre las metanormas de aplicación de esa misma norma. Preciso este punto.

Bajo la primera posibilidad las nociones de *probanda* y *non refutanda* formar parte de una proposición sobre una norma que pone de relieve qué propiedades operan como excepciones y cuáles como requisitos. Considero que esta es una forma poco adecuada de entender estas propuestas.

Como hemos visto, las discusiones sobre la estructura de normas son sobre cómo dar cuenta, de la mejor manera, de cada uno de los elementos de una norma identificada. De acuerdo con la propuesta de Sartor, una excepción o condición derrotante es una manera de describir la información que debe ofrecer el demandado en caso éste quiera que esté injustificado inferir el consecuente normativo. No se está dando cuenta de tipos de propiedades contenidas en el antecedente, sino de los efectos que posee la carga de la prueba respecto de lo que debe y no debe presuponer un aplicador del derecho respecto del antecedente de una norma que se pretende aplicar.

En cambio, bajo la segunda posibilidad, ello quiere decir que las nociones de *probanda* y *non refutanda* forman parte de una proposición sobre las metanormas de aplicación de la norma. De esta forma, con estas nociones se pueden formular proposiciones sobre tres reglas de juicio:

1. Si están probados los *probanda* y no se ha refutado ningún *non refutanda*, entonces está justificado decidir a favor del demandante.
2. Si están probados los *probanda* y se ha refutado algún *non refutanda*, entonces está justificado decidir a favor del demandado.

3. Si no están probados los *probanda* se sigue que ninguna del resto de propiedades opera como *non refutanda*, de manera que está justificado decidir a favor del demandado.

Bajo esta forma de presentar las tesis de Sartor, las excepciones o condiciones derrotantes son resultados de la creación y distribución de la carga de la prueba[1095], de manera que forman parte de proposiciones sobre los efectos que poseen determinadas reglas del sistema del juez o normas secundarias. Como podemos ver, esta es una propuesta que pretende explicar qué debe verificar el juez y qué deben ofrecer las partes en un caso individual para que esté justificado aplicar el consecuente normativo. Sobre este punto volveré en el subapartado 3.2.3 de esta sección.

Lo expuesto permite formular dos clarificaciones teóricas relevantes y, por lo menos, tres problemas. En relación con las clarificaciones: en primer lugar, se sigue de las tesis de Sartor que podemos variar la identificación de excepciones o condiciones derrotantes a partir de una variación de la colocación del riesgo probatorio. Es decir, podemos variar la información necesaria que debe ofrecer cada parte en un proceso (dependiendo de cuantas propiedades del antecedente puedan ser descritas como *non refutanda*) para determinar la aplicabilidad interna de una norma. Como hemos visto en este subapartado, la aplicabilidad interna de una norma puede estar fundada sobre presunciones, lo que esta aproximación a la derrotabilidad nos permite clarificar es cuánto se presume de un antecedente y el efecto de refutar una presunción: pérdida de aplicabilidad interna de la norma.

En segundo lugar, la propuesta de Sartor nos permite reformular la distinción entre condiciones positivas y negativas de Hart. Ellas son mejor entendidas si son utilizadas para mostrar diferencias probatorias: una condición positiva es una propiedad que requiere ser probada, en cambio, una condición negativa es una propiedad que no requiere ser probada (se presume), pero que si se prueba su caso complementario entonces se genera la inaplicabilidad de la norma. Así presentada la distinción, entonces el efecto

[1095] Para un análisis de la identificación de condiciones derrotantes en el derecho internacional público empleando este criterio de identificación ver Pauwelyn, 2020.
Conforme al elenco previsto en Cap. III.2,2.2.1., esta sería una forma de creación de excepciones como resultado de una operación: resolver un conflicto entre posibles formas de distribuir el riesgo probatorio.

excluyente de las condiciones derrotantes[1096] permite dar cuenta de los efectos de haber probado que la norma es inaplicable al caso individual.

Ahora bien, esta aproximación a la noción de derrotabilidad, si bien ofrece una propuesta interesante sobre cómo entender e identificar excepciones o condiciones derrotantes, considero que esta genera más problemas que soluciones. En primer lugar, a partir de la distinción entre niveles del discurso (diferenciar entre propiedades y aquello que predicamos de estas propiedades), sería incorrecto sostener que un *probanda* o un *non refutanda* operan como condiciones necesarias y/o suficientes de la consecuencia jurídica (con estas nociones no se está tratando de dar cuenta de aquello que garantiza la consecuencia jurídica)[1097]. Entonces, ¿qué nos está ofreciendo esta aproximación a la noción de derrotabilidad?

Me parece esta aproximación a la noción de derrotabilidad ofrece dos puntos: i) está clarificando qué información se requiere presentar (y cuál se presupone) a efectos de que una norma sea internamente aplicable al caso individual; y ii) está dando cuenta de que nuestras presuposiciones sobre la verificación de ciertas propiedades pueden ser canceladas si incorporamos nueva información.

En este sentido, al hablar de derrota generada por la prueba de un caso complementario de un *non refutanda* está dando cuenta, a la vez, de dos maneras de entender la noción de derrotabilidad en el derecho:

1. Derrotabilidad como concepto teórico que da cuenta de la desestimación de una pretensión de calificar un caso individual como subsumible en una norma debido a que se probó como injustificada. Ello debido a que el caso individual, en virtud a la información ofrecida por el demandado, está compuesto por propiedades que lo caracterizan de tal manera que no está dentro del alcance de la norma.

[1096] Ver Cap. III. 3,3.1,3.1.3.

[1097] Este tipo de confusiones se generan al momento en que Sartor como si estuviera dando cuenta de la sintáctica de las normas, lo cual, como he señalado, no es correcto. Por ejemplo: «*the distinction here proposed between probanda and non-refutanda concerns, on the other hand, the logical-normative structure of total antecedents, i.e. the linguistic structure upon which the derivation of the legal effect depends: probanda must be ascertained and non-refutanda must not be refuted for the conditioned effect to be derived*». Sartor, 1995, p. 137.

2. Derrotabilidad como concepto teórico que da cuenta de la pérdida de justificación de una inferencia. Ello debido a esta inferencia fue formulada a partir de un conjunto de premisas que, en virtud de la información ofrecida por el demandado, se ha demostrado que algunas de ellas eran falsas (se probó que algunas premisas presumidas no eran veraces en su descripción del caso genérico)[1098].

Como vemos la propuesta de Sartor padece de ambigüedad, pero no solo eso. Estas maneras de entender la derrotabilidad en el derecho, además de redundar con viejos conceptos para los cuales tenemos términos precisos (al rechazar una pretensión o una inferencia podríamos estar hablando de falsabilidad de hipótesis, por ejemplo), conlleva comprender esta problemática bajo un conjunto más amplio de preguntas en materia probatoria que no han sido respondidas. Solo por señalar algunas: cómo determinar la carga de la prueba del demandado; cómo determinar que un enunciado descriptivo de hechos está probado o no; y qué quiere decir que una la verificación de una propiedad en un caso individual es presumida[1099]. Como vemos, Sartor nos ofrece dos propuestas de conceptualización que presuponen un conjunto de preguntas y respuestas que sería necesario explicitar a efectos de una adecuada comprensión de lo que pretende esclarecer.

En segundo lugar, si bien Sartor presenta su aproximación de la noción de derrotabilidad como un concepto que le permite dar cuenta de componentes del antecedente de la norma, este autor asume (sin profundizar) tesis fuertes sobre la identificación de normas. Como hemos visto, este autor parte por diferenciar la identificación de excepciones o condiciones derrotantes de normas cuyos antecedentes están compuestos por condiciones suficientes para el consecuente, y normas cuyo antecedente no está compuesto por condiciones suficientes para el consecuente (antecedentes *abiertos*).

Esto permite diferenciar entre dos formas de aproximarse a la noción de derrotabilidad y que implican maneras de entender la derrota de una norma de manera diferente. Por un lado, como un concepto teórico que permite identificar excepciones o condiciones derrotantes a partir de las reglas de distribución de la carga de la prueba. En este contexto, señalar que se ha derrotado una norma es una expresión imprecisa para dar cuenta de

[1098] Sobre esta forma de aproximarse a la noción de derrotabilidad profundizaré en Cap. III.4,4.1.3.
[1099] Para un análisis sobre las diversas formas de entender las presunciones en el derecho ver Gama Leyva, 2019, Mendonca, Ullmann-Margalit y Aguiló Regla, 2019, y Dei Vecchi, 2019.

pérdida de justificación (como hemos visto líneas atrás), o bien de una pretensión de aplicación de una norma, o bien de una inferencia justificada en información falsa.

Por el otro lado, como un concepto teórico que permite clarificar una manera de identificar normas jurídicas, esto es, como una forma de dar cuenta que los intérpretes que prefieren identificar antecedentes compuestos por condiciones necesarias y no suficientes. En este contexto, señalar que se ha derrotado una norma es una expresión imprecisa para dar cuenta del cambio de haber entendido que el antecedente estaba clausurado (compuesto por una condición suficiente para el consecuente) a entender que no está clausurado (compuesto por condiciones necesarias, pero no suficientes para el consecuente). Ello supone, como vemos, un segundo problema de ambigüedad y de seguir adoptando presupuestos fuertes no esclarecidos.

En tercer lugar, esta propuesta tiene como tesis implícita que solo podemos identificar excepciones en contextos institucionalizados de toma de decisiones. Lo que nos está señalando Sartor es que sin reglas de distribución de la carga de la prueba no es posible identificar excepciones o condiciones derrotantes, lo cual parece ser una premisa fuerte sin justificar.

Lo que está proponiendo, en relación con las discusiones teóricas sobre la estructura de normas, es que la pregunta sobre cómo está compuesto el antecedente es mejor entendida como una duda sobre cómo está distribuido el riesgo probatorio en determinado tipo de controversias. Esto si bien puede ofrecernos respuestas para un determinado conjunto de preguntas teóricas y prácticas, nos deja sin resolver todas aquellas situaciones en las que analizamos normas sin tomar en cuenta su uso dentro de un proceso de toma de decisiones[1100].

Este tipo de aproximación a la noción de derrotabilidad ha sido reformulada por Luís Duarte d'Almeida de manera reciente. Pasaré ahora a analizar y criticar su propuesta.

ii. La distinción de Luis Duarte d'Almeida entre *p-facts* y *d-facts*

[1100] Por ejemplo, no podríamos analizar la identificación de excepciones dentro del antecedente de normas morales, por señalar un ejemplo de normas que carecen de procesos institucionalizados de aplicación.

Luís Duarte d'Almeida ha realizado una propuesta sobre la conceptuación e identificación de excepciones o condiciones derrotantes en el antecedente de las normas desde una aproximación probatoria[1101]. En breve, este autor está proponiendo que, si tomamos en cuenta los efectos de la distribución de la carga de la prueba, podemos diferenciar identificar tanto excepciones explícitas como implícitas en las normas.

A efectos de un adecuado análisis de esta segunda aproximación a la noción de derrotabilidad formulada desde discusiones sobre la estructura de las normas, dividiré este subapartado en dos partes: i) propuesta de identificación de excepciones desde el enfoque probatorio; y ii) uso de la carga de la prueba para clarificar la creación de nuevas excepciones. Veamos cada uno de ellos.

a. Identificación de excepciones o condiciones derrotantes

La propuesta de Duarte parte de la tesis de que debemos distinguir entre excepción y elemento negativo. A efectos de analizar esta idea contrastemos dos escenarios: i) una condena por violación está justificada si no hubo consentimiento por parte de la víctima; y ii) una condena por homicidio está justificada si no hubo, entre otras cosas, una legítima defensa. El elemento «si no hubo» no es equivalente en ambos supuestos, en efecto tienen efectos diferentes: no es lo mismo la falta de consentimiento que la falta de una legítima defensa[1102]. La diferencia que entre estas es la misma que hay entre «yo no lo hice» con «lo hice, pero…»: la primera implica negar un hecho («no soy un agresor sexual»), la segunda, en cambio, alude a aceptar el hecho, pero que este es concurrente con otros hechos que le exoneran de la consecuencia normativa («le quité la vida, pero lo hice

[1101] Sus tesis fueron formuladas a efectos de discutir con autores que pretenden dar cuenta cómo exceptuar una regla, a los cuales él clasifica como incorporacionistas y como no deductivistas. Por «incorporacionistas» entiende el conjunto de aquellos autores que sostienen que las excepciones son reducibles a elementos negativos en el antecedente de una regla, esto es, a la negación de una propiedad (o a un caso complementario). En cambio, por «no deductivistas», entiende el grupo de autores que consideran que el razonamiento jurídico se explica mejor desde una aproximación no monotónica: una consecuencia se sigue de un conjunto de creencias, siempre que este no sea expandido, pues en caso sea expandido, puede ser el caso que la consecuencia no se siga de este nuevo conjunto de creencias[1101]. La postura de Duarte es que ninguna de estas dos posiciones es satisfactoria. Aquí no me concentraré en explorar las razones en contra de cada una de estas tesis, sino en la justificación que construye Duarte para proponer una tercera opción: la identificación de excepciones se hace a partir de aquello que debe ser probado por la parte demandada. Duarte, 2015, pp. 4-6, 51

[1102] Duarte, 2015, p. 6. En relación con la misma problemática, pero con aproximaciones diferentes: Williams, 1988, Finkelstein, 2000. Ver Cap. III.2,2.2,2.2.1.

defendiéndome»). El punto problemático está en que ambas se presentan como elementos negativos del antecedente, pero cada una expresa una idea diferente.

A partir de este punto Duarte propone dos distinciones para presentar, de mejor manera, la estructura de los antecedentes. En primer lugar, diferencia entre circunstancias positivas y negativas: «circunstancia positiva» se refiere a la descripción de la ocurrencia de ciertos eventos; en cambio «circunstancia negativa» se refiere a la descripción de la no ocurrencia de ciertos eventos.

En segundo lugar, diferenciar entre P-*Facts* y D-*Facts*: «P-*Facts*» da cuenta de las proposiciones sobre hechos (conjunción de circunstancias positivas y/o negativas) que, en caso sean probadas en un proceso, conllevan a que la decisión a favor del demandante esté justificada. «D-*Facts*» refiere a las proposiciones sobre hechos (sean estas circunstancias positivas o negativas) que, en caso sean probadas en un proceso, conllevan a que la decisión a favor del demandado esté justificada[1103]. En este sentido, lo que necesita el demandante para que se decida, justificadamente, a favor suyo es ofrecer la prueba de todos los P-*Facts* (en adelante P), sean estas circunstancias de tipo positivo o negativo. Pero si el demandado logra probar un D-*Fact* (en adelante D), entonces no se sigue la conclusión a favor del demandante.

Como podemos ver, un D y una circunstancia negativa no son equivalentes. El D da cuenta de cómo está distribuida la carga de la prueba del demandado en un determinado caso y la circunstancia negativa del tipo de proposición que debe ser probada. La D puede implicar la prueba o bien de una circunstancia positiva (como sería el caso, siguiendo el ejemplo, de tener que probar la legítima defensa) o bien de una negativa[1104].

[1103] Duarte, 2015, p. 17. Duarte, 2020, p. 180. Dicho de otro modo, que la decisión a favor del demandado esté justificada.

[1104] Probar circunstancias negativas es lo mismo que decir que hemos de probar una proposición que de cuenta de que un hecho no ocurrió. Esta es una forma elíptica de expresar que se debe probar proposiciones sobre hechos incompatibles a efectos de que se infiera que fue imposible que un hecho haya ocurrido. Asimismo, cabe anotar que la prueba de un D no implica la negación de una P. En efecto, la prueba de una excepción no equivale a la negación de una propiedad del antecedente, sino de un hecho concurrente que, de ver verificado, conlleva que no esté justificado decidir a favor del demandante (lo que quiere decir que la pretensión de aplicación de una norma no está justificada debido a que el caso individual no es subsumible en el antecedente de la norma).

Con estas distinciones lo que pretende Duarte es formular una clasificación de los componentes del antecedente de las normas a efectos de conceptualizar qué es una excepción o condición derrotante. Propone que podemos entender e identificar las excepciones en las normas como las D, es decir, como aquellas propiedades que, de ser verificadas en un caso individual, hace injustificado que se decida a favor del demandante (dicho al revés, hace que esté justificado decidir a favor del demandado). El punto es presentado por Duarte usando dos enunciados a demostrar: i) «si está probado P y no está probado ningún D, entonces está justificado decidir a favor del demandante»; y ii) «si está probado P y está probado D, entonces está justificado decidir a favor del demandado»[1105]. Precisemos este punto.

Una proposición sobre circunstancias positivas o negativas puede ser considerada por un aplicador del derecho como probada o no probada, y lo mismo puede decirse de su negación[1106]. Esto nos lleva formular una nueva precisión: no es lo mismo señalar que una proposición sobre hechos «no está probada» a firmar que «se ha probado que algo no ocurrió»[1107]. La primera es una negación externa (no se ha probado D) y la segunda una negación interna (se ha probado ¬D), respectivamente. Esto nos lleva a la pregunta respecto a qué debe estar probado o debe no ser probado para que esté justificado decidir a favor del demandante o demandado.

Para Duarte, la noción de excepción da cuenta de que la prueba de D hace inviable decidir a favor del demandante de manera justificada[1108]. En efecto, para que se decida justificadamente a favor del demandante, además de haber probado P, tiene que ser el caso que ninguna D haya sido probada[1109]. En caso inverso, la decisión a favor del

[1105] Duarte, 2015, p. 52.
[1106] Duarte, 2020, p. 182.
[1107] Nuestras posibilidades de prueba respecto de una circunstancia x son: x está probado; ¬x está probado; x no está probado; o ¬x no está probado. Duarte, 2015, p. 53.
[1108] Duarte, 2015, p. 54.
[1109] En este punto Duarte precisa que predicar que no está probado P a efectos de que esté justificado decidir a favor del demandante (asumiendo que ha probado P) tiene dos implicaciones considerando la negación externa e interna de D:

1. Decir que si D está probado entonces el juez no puede decidir a favor del demandante, es decir, no puede ser el caso que simultáneamente se haya probado P y D y esté justificado decidir a favor del demandante. Este fraseo captura la negación externa de D: el juez deberá decidir a favor del demandante si es el caso que este probó P y no está probada ninguna D.
2. Decir que el demandante tendrá éxito si este puede probar que no ocurrió una D. Este fraseo captura la negación interna de D: el juez deberá decidir a favor del demandante si es el caso que este probó P y probó que no ocurrió D.

Duarte, 2015, p. 54.

demandante se explica adecuadamente empleando «no está probado ningún D», es decir, entendiéndola como una negación externa (no se ha probado D). Como bien ejemplifica el autor, un aplicador del derecho no puede conceder una compensación por incumplimiento contractual en caso un D sea probado.

En cuanto a esta última idea, el demandante requiere de la disyunción incluyente de tanto P como de la no prueba de D. En otros términos, «Si P está probado y no está probado D, entonces está justificado decidir a favor del demandante»[1110].

Pero también puede ser el caso que el demandante haya podido probar ¬D. En estos supuestos la prueba de ¬D forma parte del conjunto de circunstancias (positivas o negativas) que generan que esté justificado decidir a favor del demandante (esta sería una forma encubierta de tratar a la propiedad como una P).

A partir de estos puntos, Duarte formula su propuesta: los D identifican las propiedades que operan como excepciones. Para que una propiedad opere como D debe ser el caso que: i) de ser probado un enunciado descriptivo de hechos (sea esta una circunstancia negativa o positiva) subsumible en una propiedad X, entonces estará justificado decidir a favor del demandado; y ii) la prueba de un enunciado descriptivo de hechos que permita inferir ¬X no sea necesaria para que la decisión esté justificada a favor del demandante. Dicho de otro modo: los P son propiedades cuya prueba (esto es, probar proposiciones sobre hechos que se subsumen en la propiedad P) es necesaria para que una decisión esté justificada para el demandante, mientras que los D son propiedades: i) cuya prueba (esto es, probar proposiciones sobre hechos que se subsumen en la propiedad D) impide que la decisión a favor del demandante esté justificada; y ii) no son casos complementarios de P[1111].

[1110] Duarte, 2015, p. 55.

[1111] Duarte, 2015, p. 77. El punto ii) insiste en que probar D no es lo mismo que probar ¬P. Como ya hemos líneas atrás, una excepción da cuenta de un hecho correlativo a la ocurrencia de los P, pero que excluye las consecuencias jurídicas vinculadas a estos.
Dicho en breve, la identificación de las D (esto es, de las excepciones) se realizará mediante la determinación de que propiedades que, de ser probadas en un caso individual por el demandado, generan que esté justificado que se decida a favor de este. En relación con lo visto hasta el momento, paso a dar cuenta, conforme a la propuesta de Duarte, en qué momento está justificado decidir a favor de cada parte:

1. Decisión justificada a favor del demandante: que la proposición sobre hechos subsumible en la propiedad P esté probada y ninguna proposición sobre hechos subsumible en la propiedad D esté probada (opera como disyunción incluyente).

Desde esta aproximación, como podemos ver, la identificación de las excepciones está vinculada con la forma en que está distribuida la carga de la prueba en procesos de toma de decisiones jurídicas. No es un problema del tipo de propiedades, sino de cómo están diseñadas las reglas que generan cargas de la prueba.

En vista de dicho punto, la carga de la prueba depende de lo que necesite cada parte para tener éxito procesal (esto es, que esté justificado que se decida a favor suyo), lo cual puede incluir que ciertas proposiciones sobre hechos estén probadas, como que ciertas proposiciones sobre hechos no estén probadas[1112].

Esto incide en la forma de entender que una parte procesal ha satisfecho su carga de la prueba. Cómo cada parte decida actuar probatoriamente está condicionado a la estrategia procesal que decida adoptar en un caso. Puede haber casos donde no tengamos que realizar una acción para satisfacer nuestra carga de la prueba como, por ejemplo, cuando el demandante no logra probar P y se da por satisfecha la condición de éxito del demandado. La situación del demandante para satisfacer su carga es más compleja, solo por anotar algunos escenarios: i) probó P y el demandado no probó D (por no haber realizado actos probatorios suficientes o por aportar descripciones del mundo falsas, por ejemplo) o aceptó expresamente P; ii) que el sistema normativo califique las omisiones del demandado como prueba la ocurrencia de P; entre otras[1113].

Como hemos podido ver, Duarte ha propuesto una terminología para dar cuenta de una forma de describir los antecedentes de la norma tomando en cuenta la distribución de la carga de la prueba. De esta forma, lo que está haciendo es reformular y variar las claves de esta forma de aproximarse a la noción de derrotabilidad iniciada por Sartor.

---

2. Decisión justificada a favor del demandado: que la proposición sobre hechos subsumible en la propiedad D esté probada o que ninguna proposición sobre hechos subsumible en la propiedad P esté probada (opera como disyunción excluyente).

Duarte, 2015, p. 92. Duarte, en este sentido, tendría una comprensión material de la carga de la prueba, pues él pretende dar cuenta del tipo de clasificación que se debe dar ante determinados hechos probados y/o no probados.

[1112] Duarte, 2015, pp. 91-92. Debo precisar que, conforme a la postura de Duarte, el demandado no tiene el deber técnico de probar ninguna proposición. Al demandado no le corresponde probar ¬P (si lo hace es por razones tácticas) y solo tendrá la carga de probar D en caso el demandante haya podido probar P. En este contexto que el demandado tenga como condición de éxito que ciertas proposiciones no estén probadas refiere a que este pueda o bien se tenga por probado ¬P o bien consiga probar una D.

[1113] Duarte, 2015, p. 93.

Al respecto, este autor incurre en algunas de las mismas dificultades identificadas respecto a Sartor. En primer lugar, si un demandante prueba un P y el demandado no prueba ningún D, esta es solo una manera de presentar que se presupone que el caso individual puede ser descrito usando la propiedad ¬D. Si esto es así, entonces se siguen, al igual que con Sartor, dos tipos de problemas.

Por un lado, al sostener que estará justificado decidir a favor del demandado si prueba una D es una manera de señalar que era incorrecto subsumir el caso individual dentro del caso genérico contenido en el antecedente de la norma. Esto supone dos formas de entender la derrotabilidad: i) derrotabilidad como concepto teórico que da cuenta de la desestimación de una pretensión de calificar un caso individual como subsumible en una norma debido a que se probó como injustificada; y ii) derrotabilidad como concepto teórico que da cuenta de la pérdida de justificación de una inferencia (en un primer momento, a partir de un conjunto de premisas, se infería que el caso individual era una instanciación del caso genérico, en un segundo momento, a partir de un segundo conjunto de premisas, se infiere que el caso individual no es una instanciación del caso genérico).

Por el otro lado, al igual que con Sartor, conlleva comprender esta problemática bajo un conjunto más amplio de preguntas en materia probatoria que no han sido respondidas, por ejemplo, cómo determinar la carga de la prueba del demandado; cómo determinar que un enunciado descriptivo de hechos está probado o no; y qué quiere decir que una la verificación de una propiedad en un caso individual es presumida.

En segundo lugar, esta propuesta también comparte la tesis implícita que solo podemos identificar excepciones en contextos institucionalizados de toma de decisiones. Este reduccionismo no permite analizar normas en contextos en los cuales no son utilizadas en procesos de toma de decisiones o no son aplicadas en procesos institucionalizados de toma de decisiones.

Sin perjuicio de estos problemas, la propuesta de Duarte en relación con conceptualización e identificación de excepciones nos ofrece, al igual que la de Sartor, una forma de presentar la información necesaria que debe ofrecer cada parte dentro de un proceso para determinar la aplicabilidad (interna) e inaplicabilidad de una norma. En este

sentido, ofrece un aparataje conceptual que puede ser utilizado para explicitar aquello que se debe ser probado y aquello que se asume o es presumido al momento de calificar un caso individual. Dicho en breve, tanto Sartor como Duarte han teorizado sobre los efectos que posee la incorporación de nueva información dentro de un proceso.

b. Creación de excepciones implícitas

Reformulado el punto anterior: ¿cómo identificar una excepción implícita? Volvamos a anotar algunos puntos relevantes sobre la noción de excepción en Duarte. Las excepciones son todas aquellas circunstancias que el demandado debe probar para impedir el éxito de la demanda (un D es una excepción[1114]). Asumiendo esta definición, un D no es lo mismo que una circunstancia negativa, pues puede que el demandante deba probar una circunstancia negativa para probar P (por ejemplo, hechos que califiquen como ausencia de consentimiento en el caso de violación)[1115]. En este sentido no es correcto hablar de excepciones de manera previa a la forma en que está distribuida la carga de probar.

Ahora bien, ¿esta noción de excepciones nos permite clarificar la creación de nuevas excepciones por parte del juez, esto es, excepciones implícitas? La diferencia entre una excepción explícita de una implícita, sostiene Duarte, recae en aquello que debemos hacer para conocerlas, es decir, esta una distinción epistémica. Las excepciones explícitas serían aquellas circunstancias clasificadas como D por una norma expresa (en otros términos, hechos que pueden ser identificados como excepciones como parte del proceso de identificación hechos a probar por parte del demandado conforme a una norma ya

[1114] Duarte sostiene expresamente que es un error asumir que «*we are able to identify exceptions independently of and previously to any allocation of burdens of proof*». Su punto, el cual he tratado de esclarecer, es que «*in order to discern which facts are exceptions relative to some decision-type, we need to look at what facts must and must not be ascertained for the decision to be correct*». Duarte, 2015, p. 122.

[1115] Duarte expone este punto mientras argumenta contra quienes podrían alegar que su reconstrucción es parcial. Sostiene que podría ser el caso que alguien estime que también son posibles los casos en los cuales se exija al demandante probar ciertas proposiciones de hecho que entenderíamos son exceptuantes de responsabilidad (por ejemplo, probar que hubo un homicidio y probar que el acusado no está bajo ninguna causal de justificación). De esto se seguiría que las excepciones no son producto de la distribución de la carga de la prueba, sino resultados de opciones de política criminal. Duarte, 2015, p. 84. Como vemos, aquí el problema está en que quienes alegarían este punto estarían asimilando, *a priori*, cierto tipo de hechos a la noción de excepción (como podría ser, por ejemplo, aquellos hechos que demostrarían una legítima defensa), pero este sería un sentido diferente de excepción al que usa Duarte y, para este autor, poco ventajoso por su bajo rendimiento explicativo.

identificada)[1116]. Las implícitas, en cambio, dan cuenta de circunstancias clasificadas por un juez (o cualquier aplicador del derecho) como excepciones (D), a partir de una valoración realizada sobre hechos normativamente irrelevantes presentes en casos particulares. Precisemos esta idea.

Una excepción implícita, desde esta aproximación, se diferencia de las explícitas en la forma en que identificamos esos hechos (positivos o negativos) que previenen el éxito de una demanda en caso sean probados. La idea de que el juez puede realizar esta identificación de excepciones implícitas parte de asumir algunas premisas que requiero precisar. A efectos de una mejor explicación tenemos que retomar el punto respecto a cuándo, conforme a las tesis de Duarte, está justificado decidir a favor del demandante. ¿Es suficiente que se haya probado P para que esté justificado decidir a favor del demandante?

El autor nos propone considerar que, al probar P, puede ser el caso que tengamos un falso positivo, es decir, una proposición sobre un hecho que esté probada, pero es el caso que no es una proposición verdadera. También puede ser el caso que tengamos un falso negativo, esto es, una proposición sobre un hecho verdadero que no pudo ser probada. Esto supone que estamos dispuestos a afirmar que está justificado decidir a favor del demandante cada vez que P, si solo conocemos P dentro de un proceso (esto es, está probado que P)[1117].

A efectos de representar este desconocimiento de cualquier hecho adicional a la información disponible en un determinado espacio-tiempo (dentro de un proceso de toma de decisiones), Duarte propone la cláusula *ceteris ignotis*: todo lo demás es desconocido o no está probado[1118].

Asumiendo que se ha probado las P y ninguna D, opera la cláusula *cetereis ignotis* si: i) el juez considera que no es posible que puedan verificar más hechos relevantes en un caso individual de manera que concluye que no está justificado decidir a favor del demandante; o ii) juez considera que debe considerar que está justificado, considerando todas las cosas,

[1116] Duarte, 2015, p. 135.
[1117] Duarte, 2015, p. 171.
[1118] Duarte, 2015, p. 171.

descartar, de antemano, cualquier hecho relevante adicional posible que pueda ocurrir en el caso particular[1119]. A la conjunción de los expuesto en i) y ii) llamémosle conjunto A.

Ahora bien, puede suceder que en un caso se prueben diversas proposiciones, incluidas proposiciones ajenas a P. Siguiendo la nomenclatura de Duarte, pensemos en un caso en el que se prueba un conjunto de proposiciones P+, esto es, las proposiciones P y proposiciones adicionales. Si el juez decide convertir esas otras proposiciones en circunstancias de excepción, es decir, quiere considerarlas D, ello lo compromete a realizar ciertas acciones.

La creación de excepciones implica un análisis evaluativo del aplicador del derecho de circunstancias que no fueron consideradas normativamente relevantes (pero que están presentes en el caso). Esto quiere decir que el aplicador del derecho valora si decidir a favor del demandante estará justificado o no, en vista de todas las proposiciones probadas dentro del caso (esto es, P+ o el conjunto de proposiciones probadas en un caso que son P y ajenas a P) tomando en cuenta un criterio evaluativo extrasistémico (derivado de un sistema normativo axiológico, por ejemplo). Este criterio evaluativo es llamado por Duarte como estándar S para efectos de representación[1120].

En este sentido, que un juez pueda crear o no excepciones implícitas supone negar el conjunto A o asumirlo[1121]. La negación conlleva que los aplicadores del derecho puedan clasificar hechos como excepciones, siempre que tenga ello justificación de una evaluación de estos en vista del criterio evaluativo. La creación de una excepción implícita se traduce en que, a partir del conjunto de propiedades probadas, el juez aplica un criterio evaluativo que tiene como resultado que una determinada propiedad (irrelevante) sea calificada como D. Lo que conlleva que, a pesar de haberse comprobado P, no será correcto decidir a favor del demandante[1122].

[1119] Duarte, 2015, pp. 171 y ss.
[1120] Duarte, 2015, p. 173.
[1121] Duarte, 2015, p. 174. Al decir que se debe asumir el conjunto A quiero señalar que se está de acuerdo con por lo menos uno de sus elementos, no necesariamente con ambas ideas.
[1122] A efectos de precisión la negación del conjunto A supone sostener: si P está probado, entonces está justificado decidir a favor del demandante, a menos que: i) el aplicador del derecho considere que decidir a favor del demandante en el supuesto de que P+ contraviene el standard S; y ii) esta evaluación pueda ser consistentemente aceptada por alguien que crea que decidir a favor del demandante si P fuera el caso, ello no contravendría el estándar S. Tanto i) como ii) refieren a cómo identificar excepciones implícitas en la teoría de Duarte. Ambos se dan en el caso que el conjunto de proposiciones P+ incluya un hecho adicional

Creo que en este punto la propuesta de Duarte es problemática. Como hemos visto, Duarte propone entender que los jueces crean nuevas excepciones como una operación de mejor entendimiento de las circunstancias del caso. Al respecto, una de las principales debilidades de esta propuesta es no haber clarificado lo suficiente qué quiere decir que un hecho debe ser entendido como jurídicamente relevante. Partiré por ofrecer una reconstrucción posible que nos permita mostrar, con mayor claridad, el tipo de operaciones y resultados que realiza un juez al momento de introducir una excepción.

Como ya hemos visto en el Capítulo II, que una propiedad sea normativamente relevante quiere decir que su presencia o ausencia implica consecuencias normativas diferentes. Que una propiedad sea normativamente irrelevante quiere decir que su presencia o ausencia en un caso individual no varía la consecuencia normativa aplicable.

La relevancia normativa de una propiedad es producto de un juicio de valor realizado por la autoridad con competencia para identificar normas en el sistema jurídico. Esto es, de todas las posibles formas de describir una clase de circunstancias se ha considerado que una o unas en específico son descripciones que han de tener consecuencias normativas. Señalar que estamos ante propiedades irrelevantes sería una forma de expresar que son circunstancias que no le interesan al derecho o que el derecho no pretende regular.

Sostener que una propiedad es relevante puede ser entendido de manera descriptiva o prescriptiva. Para evitar esta ambigüedad, como hemos visto anteriormente, Alchourrón y Bulygin propusieron diferenciar entre tesis de relevancia e hipótesis de relevancia[1123]. Por tesis de relevancia se nombra a la proposición con la que identificamos todas las propiedades relevantes en el sistema normativo. En cambio, por hipótesis de relevancia, bajo esta propuesta, se nombra a la proposición con la que identificamos a las propiedades que deberían preverse (o dejar de preverse) en el sistema normativo para que este sea axiológicamente adecuado. Si la hipótesis de relevancia posee más propiedades que la tesis de relevancia, entonces tendremos un caso de laguna axiológica, es decir, un sistema en el que no se han introducido todas las distinciones que se deberían haber introducido.

---

a P que sea considerado relevante por el aplicador del derecho para hacer una diferencia. Este hecho, como habíamos señalado antes, será el que sea calificado como D. Duarte, 2015, p. 176.

[1123] Alchourrón y Bulygin, 2012, p. 152. Navarro y Rodríguez, 2014, p. 168. Ver Cap. II.3,3.4.

Con estas precisiones y distinciones podemos entender, de mejor manera, qué quiere decir Duarte con estándar S y creación de excepciones explícitas. El estándar S da cuenta del conjunto de propiedades que el aplicador del derecho considera que deberían estar previstas en el sistema jurídico para que este sea valorativamente satisfactorio. En caso no estén previstas (para ser más preciso, si el sistema no ha introducido las distinciones que, conforme al estándar S, deberían haberse realizado), entonces es necesario adecuar el sistema jurídico a efectos de que las prevea. Como podemos ver, el estándar S es una forma de expresar una hipótesis de relevancia.

Si esto es correcto, entonces tenemos un problema sobre cómo entender el estándar S. Por un lado, el estándar S puede ser entendido como una proposición que da cuenta de normas del propio sistema normativo que deben ser empleadas para evaluar la corrección de una interpretación (en términos de Jorge Rodríguez, como hipótesis de relevancia descriptiva[1124]). En este sentido, lo que está sosteniendo es que no se ha incluido en la norma una distinción que debería ser introducida conforme a otra norma que forma parte del sistema de normas aplicables al caso. De esta forma, lo que estaríamos señalando es que dentro del antecedente hay propiedades normativamente relevantes implícitas que, a efectos de lograr una adecuada identificación de la norma, deben ser explicitados. Bajo esta forma de presentar el estándar S, la introducción de una excepción implícita en una norma sería una manera de presentar un ejercicio de interpretación sistemática[1125] a efectos de evitar un conflicto normativo dentro del sistema normativo[1126].

Por el otro lado, el estándar S puede ser entendido como una proposición que da cuenta de normas del sistema axiológico del juez, es decir, de normas extra jurídicas (en términos de Jorge Rodríguez, como hipótesis de relevancia prescriptiva). En este sentido, lo que está sosteniendo es que no se ha incluido en la norma una distinción que debería ser

[1124] Rodríguez, 2002, p. 75. Ver Cap. II.3,3.4.
[1125] Cabe reiterar la precisión que «interpretación sistemática» es un método interpretativo problemático dado que el término «sistema» es ambiguo. Este argumento puede ser entendido de múltiples maneras, pero el sentido que empleo es como argumento de la coherencia, interpretación adaptativa y de las construcciones dogmáticas: las disposiciones deben ser interpretadas de manera que no generen un conflicto con normas previamente identificadas. En otros términos, tras haber adoptado una norma, cualquier otra norma a ser identificada posteriormente tiene que tener un contenido que no produzca una antinomia. Sobre este punto ver Vito Velluzi, 1998, p. 77.
[1126] ¿Cómo identificar con qué otras normas realizar la interpretación sistemática a efectos de averiguar si la excepción implícita ha sido explicitada en otra norma? Ello es una decisión valorativa. Dependerá de cada intérprete determinar qué normas son relevantes para dicha operación y cuáles no

introducida conforme a un determinado sistema axiológico. Lo que estamos señalando aquí es que una propiedad descriptivamente irrelevante debería ser relevante, a efectos de obtener una norma «justa».

La manera de resolver la no coextensividad entre una tesis de relevancia y una hipótesis de relevancia es sustituyendo la norma elegida, esto es, dejando de lado la tesis de relevancia y adoptar la interpretación de la disposición contenida en la hipótesis de relevancia. En otros términos, para resolver una laguna axiológica debemos tratar a la hipótesis de relevancia como la nueva tesis de relevancia.

Así entendida la solución de las lagunas axiológicas, como podemos ver, se está dando cuenta de un proceso y resultado de identificación de normas, esto es, de determinación de la aplicabilidad interna axiológicamente adecuada. En términos más precisos, al sustituir una tesis de relevancia por una hipótesis de relevancia de lo que estamos dando cuenta es de un proceso de reinterpretación restrictivo por el cual descartamos por una interpretación por otra con un alcance más restringido por ser más específica (en otros términos, sustituimos un caso genérico por otro caso genérico más fino, esto es, que contiene una o más propiedades adicionales).

Como podemos ver, la creación de excepciones implícitas mediante la identificación y aplicación de un criterio valorativo (el estándar S), nos da cuenta de un proceso valorativo por el cual consideramos una interpretación mejor que otra. Este no es un problema epistémico ni está vinculado con cómo la carga de la prueba ha sido distribuida.

A lo señalado, cabe indicar que la idea de estándar S, además de ambigua, resulta incompleta al deja de lado un aspecto relevante: el problema actitudinal de los jueces al momento de crear excepciones. Afirmar que una norma carece de excepciones implícitas puede ser entendido de manera descriptiva o prescriptiva. Si es entendido de forma descriptiva ello da cuenta de que no sea ha realizado ninguna operación (interpretativa) para exceptuar dicha norma. Si es entendido de forma prescriptiva ello refiere a que el juez posee una directriz interpretativa que le obliga a considerar como irrelevante toda propiedad que no está prevista en el antecedente de la norma. La posibilidad de introducir excepciones implícitas requiere, en este sentido, considerar que el juez carece de una prescripción interpretativa de este tipo.

Esto supone que, al hablar de estándar S, además, se está afirmando una directriz interpretativa que toda discordancia entre una norma y el estándar S (todo caso de laguna axiológica) debe ser resuelto a favor del estándar S. Esta posición está lejos de ser obvia y pacífica, estando por lo pronto injustificada.

Como podemos ver, este no es un problema epistémico o en el que incide la carga de la prueba. La manera en que se está tratando de clarificar la creación de excepciones implícitas es mejor entendida como un problema interpretativo, que supone reinterpretaciones llevadas a cabo utilizando valoraciones (sobre cómo entender de mejor manera el sistema normativo) y actitudes de los jueces respecto a cómo tratar a las normas.

3.2.2. El rol del demandado en la incorporación de condiciones derrotantes

En el subapartado anterior analice dos propuestas sobre cómo entender e identificar excepciones o condiciones derrotantes desde un enfoque probatorio. En este subapartado me voy a ocupar de analizar las tesis que sostienen que la distribución de la carga de la prueba es una noción que aclara rol el demandado en la propuesta de incorporación de nuevas excepciones.

Veamos este punto a partir de dos escenarios: un primer escenario en el que tenemos una norma en cuyo antecedente se ha determinado una ¬r a ser probada por el demandado; y un segundo escenario en el que dicha propiedad ¬r no ha sido prevista expresamente. En este último escenario, el demandado podría dar razones para justificar porqué se debería incorporar una propiedad en el antecedente y que opere como excepción (que el juez cree la propiedad ¬r)[1127].

[1127] Esto en caso la norma carezca de regla de clausura de propiedades o se considere que ¬r se encontraba implícita en la generalización prevista en el antecedente (caso de derrotabilidad epistémica). Esto nos lleva a la discusión respecto a si es posible incorporar nuevas propiedades en el antecedente de una estructura condicional o no (en caso no, entonces lo que haríamos es reemplazar la estructura condicional por otra), sobre ver lo señalado en el Cap. II.3,3.3 y en el Cap. III.4.1.

A efectos de aclarar las implicancias de los dos escenarios señalados anteriormente MacCormick[1128] ha propuesto diferenciar entre derrotabilidad expresa y derrotabilidad implícita. Por «derrotabilidad expresa» se refiere al efecto excluyente que posee haber probado una condición derrotante en contra de la pretensión del demandante. Dicho de otro modo, da cuenta del efecto generado por el demandado sobre la pretensión cuando este ha satisfecho su carga de la prueba[1129]. Como vemos, lo señalado hasta el momento sobre la relación entre la noción de derrotabilidad y carga de la prueba encaja bajo esta categoría.

Por «derrotabilidad implícita», en cambio, da cuenta de los casos en los cuales los aplicadores del derecho introducen nuevas propiedades en el antecedente a efectos de que operen como condiciones derrotantes[1130]. Con esta etiqueta agrupa a[1131]: i) las propuestas que prescriben tratar a las normas como si estuvieran compuestas por un antecedente sin regla de clausura de propiedades; y ii) las propuestas que describen procesos reinterpretativos restrictivos de las disposiciones normativas tras consideradas otras disposiciones o consideraciones dogmáticas (esto es, a casos de lagunas axiológicas descriptivas y prescriptivas)[1132].

Conforme a MacCormick, la distribución de la carga de la prueba permite identificar qué propiedades contenidas en el antecedente de una norma operan como condiciones derrotantes o excepciones. Pero, además, permite aclarar una de las formas en que se propone la creación de nuevas condiciones derrotantes o excepciones.

[1128] MacCormick, 2016, pp. 399-400.

[1129] Como podemos ver, entender una condición derrotante como la negación de *non refutanda* da cuenta de la misma idea que MacCormick trató de esclarecer al hablar de derrotabilidad expresa. Sobre este punto, Godden y Walton, 2008, p. 8.

[1130] En términos del autor: «el Derecho tiene que ser enunciado en términos generales, pero las condiciones formuladas en general siempre pueden omitir la referencia a algún elemento que pueda resultar ser el hecho operativo clave en un caso dado. La dificultad se refiere a la multiplicidad de las posibles condiciones que pueden surgir a partir de la interacción de diferentes partes del Derecho entre ellas y la interacción de las reglas promulgadas explícitamente, o las reformulaciones doctrinales de las reglas, con los principios y los valores de la manera indicada». MacCormick, 2016, p. 403.

[1131] Sobre estas formas de aproximarse a la noción de derrotabilidad ver Cap. II.3 de la presente investigación.

[1132] Cabe resaltar que la derrotabilidad explícita e implícita no son mutuamente excluyentes, sino que se emplean para referir a objetos diferentes. De hecho, como precisaré luego, puede ser el caso de que se den situaciones de derrotabilidad expresa e implícita simultáneamente.

Dicha aclaración que se puede dar en, por lo menos, dos supuestos: i) el demandante debe probar todas las propiedades del antecedente, de manera que la norma carece de condiciones derrotantes, ante ello el demandado puede proponer la incorporación de una nueva propiedad en el antecedente que opere como condición derrotante; o ii) el demandado considera que en el antecedente de la norma no está prevista una condición derrotante que debería estar prevista, por lo que propone su incorporación. Veamos estos supuestos[1133]:

1. Ausencia de carga de la prueba por parte del demandado[1134]: en el momento que el demandante ha satisfecho su carga de la prueba, el demandado está facultado para contraargumentar. En su contraargumentación puede esgrimir razones suficientes para que el aplicador del derecho considere que se debe atribuir de relevancia normativa a una propiedad irrelevante (la cual corresponde ser probada a la parte demandada). En caso de tener éxito, el juez incorporará dicha propiedad en el antecedente (convierte una pretensión inderrotable en una derrotable).
2. No previsión de la condición derrotante deseada: la norma puede contener una serie de condiciones derrotantes a ser probadas por el demandado, pero es el caso que este considera que se debe adicionar una nueva. En este supuesto el demandado puede esgrimir razones suficientes para que el aplicador del derecho considere que se debe atribuir relevancia normativa a una determinada propiedad que no había sido considerada relevante. En este supuesto, se propone agregar al elenco de condiciones derrotantes una nueva, de manera que se cree un nuevo supuesto por el cual el demandado puede derrotar la pretensión del demandante.

Ambos casos permiten ilustrar que esta aproximación a la noción de derrotabilidad, además de identificar qué propiedades del antecedente operan como condiciones derrotantes, aclara el rol del demandado en la incorporación de excepciones no previstas

[1133] Estos supuestos tienen el objetivo de poner de relieve puntos teóricos relevantes para aclarar la tesis analizada. Estos no pretenden describir prácticas jurisdiccionales de algún país en específico ni mucho menos afirmar que estos sean los únicos posibles.

[1134] Cabe precisar que la ausencia de carga de la prueba por parte del demandado sería un caso en el que la norma carece de condiciones derrotantes o excepciones. Si asumimos una norma con una regla de clausura de propiedades del antecedente, bajo la aproximación a la noción de derrotabilidad analizada, estaríamos frente a una norma a partir de la cual se pueden formular pretensiones inderrotables. En este supuesto, para derrotar la pretensión lo que tendríamos que hacer es formular una nueva norma que incluya la condición derrotante.

en una norma[1135]. En efecto, le corresponde al demandado ofrecer razones para que el juez considere que una determinada propiedad irrelevante debió ser normativamente relevante y que, a mérito de ello, la incorpore como condición derrotante[1136].

La propuesta de MacCormick tiene un punto interesante, pero equivocado: no es correcto sostener que uno de los posibles efectos de la distribución de la carga de la prueba es la generación de este rol propositivo de condiciones derrotantes. Para que el demandado sea proponente de nuevas condiciones derrotantes estaríamos frente a actos adicionales a la sola satisfacción de la carga de persuasión y de la producción de la prueba. En este sentido, en aras de realizar una reconstrucción caritativa de lo que está tratando de explicar el autor con la noción de derrotabilidad expresa, es el caso que esta noción refiere a conceptos adicionales al de carga de la prueba. Está dando cuenta, además, del rol dialéctico que tiene el demandado como parte de un proceso adversativo.

Esto nos lleva a una distinción relevante: las partes procesales tienen tanto un rol procesal como un rol dialéctico. Para abordar este punto me voy a concentrar en dar cuenta de la distinción entre tener la carga de la prueba de una proposición sobre hechos respecto de tener un rol procesal y un rol dialéctico dentro del proceso. Para tales efectos voy a reconstruir la idea de roles dialécticos propuesta, principalmente, por Henry Prakken.

Prakken ha hecho notables esfuerzos por esclarecer, lo que denomina, el carácter pragmático de la noción de la derrotabilidad. El término «pragmático» es entendido por este autor en el sentido de que trata de dar cuenta de su incidencia en la práctica jurídica; dicho con mayor precisión, emplear la noción de derrotabilidad para aclarar cómo los litigantes argumentan entre ellos y cómo actúan conforme a las reglas procedimentales

[1135] En este punto sigo a MacCormick: «[t]iene que residir en alguna otra parte interesada, o algún funcionario público, la carga de plantear una dificultad pertinente y eficaz. De nuevo la rebatibilidad [derrotabilidad] encuentra explicación en la pragmática de los procesos jurídicos. Cuando se hace una reclamación con una justificación *prima facie* en el Derecho y fundamentada en hechos que se ha demostrado o se asume que se dan, corresponde a quien discuta la reclamación mostrar por qué es incorrecta en ese contexto. Debe mostrarse que existen suficientes rasgos adversos para que sea rebatida cuando son considerados y se les da una importancia proporcional a los principios y los valores que influyen en ellos». MacCormick, 2016, p. 405.

[1136] Debo señalar que también puede ser el caso que el demandado no ofrezca razón alguna y sea el aplicador del derecho quien, en su proceso deliberativo, considere que debió ser normativamente relevante una determinada propiedad. Este supuesto no es relevante en este momento, pues no es abordado por esta aproximación a la noción de derrotabilidad.

aplicables[1137]. Su aproximación a la noción de derrotabilidad, dicho en extrema síntesis, pretende sustentar que la distinción de la carga de la prueba entre demandante y demandado en un caso conlleva considerar que las conclusiones ofrecidas por el demandante, bien justificadas y probadas, no sean necesariamente deductivamente válidas. Precisa que el demandado, al ejercer su contraargumentación, pueda demostrar que no deba inferirse la conclusión propuesta por el demandante[1138]. Este punto, sostiene el autor, nos lleva, necesariamente, a que el razonamiento jurídico opera de forma no monotónica[1139]. En este subapartado solo me voy a ocupar de la vinculación entre carga de la prueba y derrotabilidad, y como este aparataje conceptual nos permite presentar de mejor manera la propuesta de MacCormick.

La distribución de la carga de la prueba en una parte (sea demandante o demandada) tiene incidencia tanto dialéctica como procedimental en un proceso de toma de decisiones jurídicas[1140]. Por «dialéctico» da cuenta de la situación conflictiva entre dos argumentos (justifican conclusiones contradictorias entre sí), para lo cual se pone atención a cómo una contraargumentación puede vencer a una argumentación. Por «procedimental» refiere a las reglas procedimentales que regulan los momentos y medios a través de los cuales se introduce o confronta información y argumentos en un caso compuesto por dos partes contrapuestas[1141].

[1137] Prakken, 1997, p. 273.

[1138] Prakken, 1997, pp. 272-73.

[1139] Prakken es uno de los principales autores que ha tratado de explicar la estructura del razonamiento jurídico empleando lógicas no monotónicas. El punto de Prakken (junto con Sartor) es que la carga de la prueba puede ser analizada con un análisis lógico, pero asumiendo un sistema de lógicas no monotónicas. Prakken y Sartor, 2009, p. 223.

[1140] Prakken 2001, p. 255. Este autor analiza la argumentación jurídica en base a un modelo que diferencia cuatro niveles:

1. Nivel lógico: estudio de los argumentos a partir de su estructura lógica.
2. Nivel dialéctico: estudio de los argumentos a partir de cómo entran en conflicto entre sí.
3. Nivel procedimental: estudio de los argumentos a partir de cómo está regulado el proceso de toma de decisiones en el que se desarrolla la disputa, es específico, aborda cómo las partes pueden introducir información y confrontarla.
4. Nivel estratégico: estudio de los argumentos a partir de cómo llevar a cabo una argumentación exitosa, conforme a las reglas procedimentales que rigen el proceso de toma de decisiones.

En este contexto, el estudio de la carga de la prueba corresponde tanto al nivel dialéctico como procedimental. Prakken, 1999, pp. 86-87.

[1141] Cabe precisar que Prakken y Sartor han diferenciado tres aspectos sobre la noción de derrotabilidad: basada en inferencias, en procedimientos y en teorías.

1. La derrotabilidad de las inferencias está dentro de las discusiones sobre cómo estructurar un razonamiento jurídico. El punto relevante, para los indicados autores, es que el modelo de razonamiento debe dar cuenta de que el agente toma decisiones sobre la base del conocimiento que dispone en un determinado momento, pero que, posteriormente, puede corregir (cambiar) estas conclusiones tan pronto como tome conocimiento de información relevante que descarte o despoje de justificación a sus primeras conclusiones. Para este tipo de análisis las normas jurídicas son

En este punto la aproximación de Prakken a la conexión entre carga de la prueba y derrotabilidad es a partir del estudio de la argumentación. A efectos de claridad y precisión voy a dar cuenta, brevemente, del instrumental teórico que este autor propone para analizar los argumentos y la interacción entre argumentos. Al respecto, ha propuesto diferenciar entre ataque a un argumento, derrota de un argumento y derrota en sentido estricto de un argumento[1142]. Veamos:

1. Ataque a un argumento: un argumento confronta a otro argumento desafiando su conclusión, presupuestos o inferencias internas[1143].
2. Derrota de un argumento: un argumento es atacado y resulta que no es más débil que el argumento que lo ataca (es susceptible de contraargumentación). El criterio de fuerza depende del contexto en el que empleamos el argumento.
3. Derrota en sentido estricto de un argumento: un argumento ataca a otro y resulta que es más fuerte que el argumento atacado (no es susceptible de una

---

comprendidas como garantías de razonamientos: siempre que se encuentre satisfecho el antecedente, entonces, hay soporte para inferir la conclusión de que se debe aplicar el consecuente de la norma. De esta manera el razonamiento está compuesto por una serie de inferencias legales que compiten entre sí para resolver el caso concreto. Desde esta aproximación, toda inferencia que sea más débil que la de sus competidores es derrotada, lo que conlleva que conclusiones sean descartadas. En cambio, las conclusiones de las inferencias más fuertes son aplicadas, hasta que sean derrotadas. En otros términos, la derrotabilidad alude al descarte de una afirmación en el contexto de una disputa argumentativa.

2. La derrotabilidad procesal pretende dar cuenta de los aspectos dinámicos del razonamiento jurídico derrotable. El punto central es dar cuenta de la carga de la prueba de cada agente involucrado en un caso, entendida en un sentido amplio. Lo que pretenden los autores es dar cuenta del intercambio de roles dialécticos que tienen las partes dentro de un proceso. En efecto, la parte demandante inicia el proceso presentando un argumento, lo cual es contraargumentado por la parte demandada. Frente a este contraargumento la parte demandante presenta argumentos en contra y así sucesivamente (tantas veces como las reglas del proceso lo permitan). Esta dimensión del razonamiento, señalan los autores, no puede ser capturada por la lógica.
3. La derrotabilidad teórica refiere a la evaluación y elección de teorías que explican y sistematizan las inferencias realizadas a partir de la información disponible. En este sentido, da cuenta de la competencia entre distintas reconstrucciones y de cómo unas son preferidas a otras. Las partes enfrentadas en un caso lo hacen a partir de un trasfondo común, pero esgrimiendo versiones distintas entre sí para calificar los hechos. Cada parte desarrolla una teoría del caso, es decir, una propuesta de descripción de lo sucedido a efectos de que se aplique (o evitar que se aplique si es demandando), una determinada norma jurídica. Es en este sentido, los debates legales son entendidos como un intercambio dialéctico de teorías competitivas, cada una de estas apoyando conclusiones opuestas entre sí para el caso. La teoría más débil es derrotada por la más fuerte.

En este apartado estoy describiendo, en parte, la derrotabilidad basada en procesos. Prakken y Sartor, 2003, pp. 125-130.

[1142] Prakken, 2001, p. 255. Prakken, 1999, p. 87.

[1143] En relación con las inferencias internas Prakken no es muy claro, pero entiendo que con ello da cuenta de los casos de argumentos complejos, es decir, construidos a partir de más de un concepto vinculado con otro, de manera que a partir de cada uno de los conceptos que forman parte del argumento se pueden identificar inferencias susceptibles de ataque.

contraargumentación). El criterio de fuerza depende del contexto en el que empleamos el argumento.

Los ataques y derrotas de argumentos pueden generar uno de los siguientes tres estatus[1144]:

1. Argumento justificado: argumento que gana la disputa, pues se consideró que tuvo más fuerza que sus contraargumentaciones (si es que la hubo).
2. Argumento superado (*overruled*): argumento que perdió la disputa.
3. Argumento defendible: argumentos que dejan la disputa sin resolver (no son suficientes para ganarla ni han sido superados).

Prakken analiza la argumentación judicial como un intercambio dialéctico entre argumentos ofrecidos por actores contrapuestos. En este sentido una disputa entre dos partes se explica de esta forma: un proponente da un argumento para justificar una determinada conclusión, es decir, quiere formular un argumento justificado. Frente a este, su oponente introduce argumentos para atacar el argumento inicial a efectos de derrotarlo (en el mejor de los casos, derrotarlo en sentido estricto). En respuesta, el proponente inicial puede atacar la contraargumentación y así sucesivamente. La victoria se concede al participante que consiga que su contraparte no pueda seguir contraargumentado, es decir, que consiga derrotar en sentido estricto la argumentación del otro (lo que tiene como resultado tener un argumento justificado para una conclusión)[1145].

Esta forma de representar el intercambio dialéctico es empleado como punto de partida por Prakken para construir una propuesta procedimental sobre la carga de la prueba y sus vínculos con la noción de derrotabilidad. Veamos el ejemplo que propone este autor[1146]: un demandante pretende exigir el pago de un contrato verbal. El sistema normativo de referencia le asigna al demandante la carga de la prueba de los hechos relevantes por los cuales es posible afirmar que hubo un contrato. En contraposición, al demandado le corresponderá probar que, a pesar de los hechos que pruebe el demandante, ocurrieron

[1144] Prakken 2001, p. 255, Prakken, 1999, p. 87, Prakken y Sartor, 2006, p. 22.
[1145] Prakken, 2001, p. 256 y ss. Todo esto se basa en la premisa de que los argumentos son relevantes para justificar la pretensión, no es cualquier argumento, son argumentos pertinentes y justificantes (dan razones a favor de la pretensión).
[1146] Prakken, 2001, pp. 259 y ss.

circunstancias de excepción que no permiten justificar que el contrato sea exigible[1147]. En este contexto supongamos que el demandante, para probar sus proposiciones sobre hechos (para cumplir con su carga de la prueba), ofrece testigos. Frente a esto, el demandado debe probar la ocurrencia de alguna excepción, como puede ser que se encontraba fuera de su sano juicio cuando aceptó la oferta. En este punto hay una inversión, no necesariamente de la carga de la prueba, pero si del rol dialéctico: el demandado ahora pasa a ser proponente de una argumentación[1148].

Rol dialéctico, de esta forma, da cuenta del carácter de proponente o de oponente de una argumentación. En este sentido, la propuesta bajo análisis nos permite diferenciar entre lo dialéctico de lo procedimental, lo cual es útil para esclarecer dos ideas: i) la carga de la prueba no se corresponde, necesariamente, con el rol dialéctico en un proceso; y ii) la propuesta de incorporación de nuevas condiciones derrotantes en el antecedente no es resultado de la actividad probatoria, sino de una actividad argumentativa formulada a partir de proposiciones de hechos probados.

La primera idea requiere que precisemos tres puntos: la relación demandante-demandado, la relación entre proponente y oponente, y la vinculación de estos dos pares de nociones con la distribución de la carga de la prueba. Parto por aclarar los primeros dos pares de relaciones. La relación demandante-demandado da cuenta de los roles procesales que posee cada parte dentro de un litigio o, dicho de otro modo, de quién es la pretensión y contra quién es presentada (esto es, refiere a los roles procesales que posee cada parte en un proceso). La relación proponente-oponente da cuenta de qué parte en un proceso esgrime un argumento (proponente) y quien debe contraargumentarlo para no perder la discusión sobre ese argumento (oponente). Dicho en breve, se refiere al rol dialéctico que asume cada parte en un litigio. El rol procesal que se posee y del rol dialéctico que se adopta incide en la forma en que se distribuye la carga de la prueba.

El rol procesal determina la asignación de una carga de persuasión y producción de la prueba de un requisito (demandante) o de una excepción (demandado). El rol dialecto

[1147] También podría esgrimir que esos hechos nunca ocurrieron, pero este no es el escenario que se quiere esclarecer.
[1148] Sobre este mismo punto ver, Arosena, Hage y Waltermann, 2020, p. 31

conllevará asumir una carga de la persuasión y, de ser el caso (en función al riesgo de perder el proceso), una carga táctica respecto de un argumento[1149].

Siguiendo el ejemplo del demandante que pretende exigir el pago de un contrato verbal y el demandado que se defiende argumentando no haber estado en sus cabales en el momento del contrato, el demandado tiene la carga de la producción y de la persuasión respecto a su falta de sano juicio. En un plano dialéctico él es proponente de un argumento y el demandante es el oponente, quien tiene, a su vez, la carga de la persuasión y (en función al riesgo) la carga táctica de demostrar que el argumento no tiene fuerza probatoria suficiente (que la proposición sobre hechos no está suficientemente sustentada para ser calificada como probada).

Como vemos, los roles procesales de demandante y demandado son estáticos; en cambio, los roles proponente y contraponente son variables en función a quien esgrime o refuta un argumento, lo cual, a su vez incide en la distribución de la carga de la prueba (varía a quién le corresponde la carga de la persuasión y asumir una carga tácita en función a si se es proponente u oponente de una argumentación y cómo ello va cambiando dependiendo de si se incorpora un nuevo argumento y quién lo hace).

De acuerdo con lo señalado hasta el momento, es posible diferenciar entre participantes en un proceso (demandante y demandado) y roles dialécticos que pueden tener en cada etapa del proceso (proponente u oponente de una argumentación). El demandante siempre empieza el proceso, pero su rol dialéctico puede ir variando. Pasa a ser oponente, por ejemplo, cuando el demandado propone un argumento que sustente que no se le apliquen las consecuencias jurídicas de la norma sobre la que se sustenta la posición del demandante (propone una argumentación que justifica la aplicación de una excepción). El rol dialéctico incide en la forma en que se distribuye la carga de la persuasión y la táctica entre las partes[1150].

[1149] Como bien había anotado al inicio de este apartado, estos autores están entendiendo por carga de la persuasión al deber técnico de realizar actos por los cuales una parte procesal trata de satisfacer el estándar de prueba aplicable al caso. Mientras que carga táctica refiere a los actos por los cuales una parte procesal introduce nuevos medios de prueba en el proceso a efectos de reducir el riesgo de que se considere por no probados sus proposiciones de hecho.

[1150] Prakken, 2001, p. 261. En otra sede Prakken y Sartor precisaron que la incorporación de argumentos, contraargumentos y criterios de prioridad entre argumentos es muestra de la vinculación entre la dimensión dialéctica de los argumentos y el aspecto procedimental de estos (manifestada en la colocación de cargas de la prueba). Prakken y Sartor, 2004, p. 126.

De esta forma, la distribución de la carga de la prueba es una noción procedimental que se determina en función a las reglas procedimentales y a los roles dialécticos. Aquí una primera distinción: las reglas procedimentales tienen incidencia respecto a la carga de la persuasión y de la producción, y los roles dialécticos tienen incidencia respecto de la carga de persuasión y carga táctica[1151].

Resumiendo lo visto hasta el momento se puede afirmar que: i) la posibilidad de derrotar una pretensión en un proceso judicial es un rasgo derivado de la forma en que están estructurados dialéctica y procesalmente los procesos de toma de decisiones, en específico, de la posibilidad de contraargumentar (tener rol de oponente y satisfacer la carga de la prueba de persuasión); y ii) la inversión del rol dialéctico y de asumir cargas tácticas a mérito de ello muestran que la derrota de la pretensión puede ser producto de un intenso intercambio argumentativo (la derrota en sentido estricto es generada por un argumento justificado, en clave de Prakken).

De esto se sigue la segunda idea a esclarecer: la propuesta de incorporación de nuevas condiciones derrotantes en el antecedente no es resultado de la actividad probatoria, sino de una actividad argumentativa. El demandado puede asumir el rol de proponente de una argumentación abocada a que asigne relevancia normativa a una propiedad normativamente irrelevante. En este punto, el demandado será proponente de una argumentación a efectos de que el juez otorgue relevancia normativa a dicha propiedad y el demandante será el oponente, a efectos de señalar que hay mejores argumentos para mantener la irrelevancia normativa de dicha propiedad.

Como vemos, este no es un aspecto directamente vinculado con la carga de la prueba, sino a la forma en que están estructurados los procesos adversariales (al intercambio dialéctico entre proponente y oponente de una argumentación). En este sentido, retomando el punto de MacCormick, en un proceso la incorporación de condiciones derrotantes en una norma se debe a que el demandado formule razones suficientes para crear esta condición y que sea empleada para respaldar su ataque contra los argumentos que sostienen la pretensión.

[1151] Cabe anotar que la lógica deóntica clásica (monotónica) no puede dar cuenta de estas incidencias, en tanto, no admite representación del rol dialéctico ni de la distribución de la carga de la prueba.

Resumiendo lo visto, el rol dialéctico del demandado al esgrimir que se debe incorporar una condición derrotante es la de proponente de una argumentación. Para que esta argumentación tenga éxito debe tener la fuerza suficiente como para superar la contraargumenación a la que se enfrente. De pretender que esa condición derrotante nueva se aplique a su caso, entonces el hecho al que refiere circunstancia debe, además, estar probado.

De esta forma la vinculación entre la incorporación de una nueva propiedad en el antecedente de una estructura condicional (dicho de otro modo, que se asigne relevancia normativa a una propiedad que era irrelevante) y su aplicación resulta de la conjunción de dos actuaciones: i) el demandado, tras haber asumido el rol dialéctico de proponente de una argumentación, tuvo como resultado un argumento justificado (tuvo más fuerza que la contraargumentación del demandante) cuyo contenido era justificar que se debe dotar de relevancia normativa a una propiedad que, al momento del proceso, era normativamente irrelevante; y ii) una vez incorporada la propiedad en el antecedente el juez verifica si en el proceso está lo suficientemente probada como para concluir su verificación en el caso (que el caso sea una instanciación de esta propiedad), lo cual se satisface en caso el demandado haya incorporado medios de prueba para ello.

En relación con este último punto cabe resaltar que no podemos hablar de carga de la prueba de una propiedad normativamente irrelevante. En este sentido, el juez al momento de tomar su decisión realizará dos cosas: dotar de relevancia normativa a una propiedad; y verificar si la carga de la prueba de esta nueva propiedad ha sido satisfecha[1152]. Ambas situaciones están estrechamente vinculadas debido a que la argumentación para asignar relevancia estará fundada en la verificación de esta propiedad en el caso y como ella hace indeseable (bajo algún criterio obtenido del propio sistema normativo o de otro sistema normativo, por ejemplo, uno axiológico) la consecuencia jurídica.

[1152] Cabe indicar que no hay una conexión conceptual en este punto entre la incorporación de una nueva propiedad y la carga de la prueba que recae sobre el demandado. Es posible que este sea usualmente el caso, pero no es teóricamente inviable que la carga recaiga sobre el demandante.

Esta argumentación del demandado a que se incorporen nuevas condiciones derrotantes opera como propuesta al aplicador del derecho a que adopte dicha decisión[1153]. La decisión jurisdiccional, en este contexto, es analizable desde una tesis descriptiva o desde una tesis prescriptiva:

1. Tesis descriptiva: el aplicador del derecho está facultado para incorporar o no incorporar la nueva condición derrotante. Esta, a su vez, puede ser una incorporación justificada o injustificada.
2. Tesis prescriptiva: el aplicador del derecho debe incorporar nuevas condiciones derrotantes en todos aquellos casos en los que una norma no sea coherente con principios o valores objetivos que operan como criterios de corrección del derecho.

Resalto, nuevamente, que a través de esta aproximación a la noción de derrotabilidad solo se esclarece que le corresponde al demandado ofrecer razones para que incorpore una nueva condición derrotante.

3.2.3. Reglas procedimentales y justificación de las decisiones

Esta aproximación a la noción de la derrotabilidad, como hemos visto hasta el momento, ha sido empleada para establecer un criterio de identificación de las condiciones negativas en el antecedente de las estructuras condicionales y para aclarar el rol del demandado en la propuesta de inclusión de condiciones negativas. Además de estos puntos, con esta aproximación se pretende esclarecer cómo podemos justificar decisiones jurisdiccionales en caso que tengamos normas cuyo antecedente no está compuesto por condiciones suficientes.

Como había señalado al inicio de este apartado, la carga de la prueba puede ser entendida como regla de juicio o como reglas dirigidas al juez a efectos de regular su actuación en

[1153] MacCormick, 2016, p. 411.

casos de incertidumbre respecto a ciertos hechos. Desde este punto de análisis, la carga de la prueba opera como reglas que establecen las condiciones por las cuales estaría justificado que los aplicadores del derecho consideran que se ha satisfecho el antecedente de una norma.

Rodríguez explica esta idea a partir de un ejemplo[1154]. Partamos con la siguiente formulación normativa: «el comprador tiene la obligación de pagar el precio acordado por el objeto adquirido». Esto se representa formalmente como (p->Os). Aquí la p representa el hecho de que un contrato se ha celebrado y Os representa la obligación de pagar el precio. Asumamos que en el sistema hay dos condiciones derrotantes que vamos a representar como q y r. En este caso la regla completa sería: ((p.¬q.¬r)->Os).

Nos pide Rodríguez imaginar que el vendedor ha requerido al juez que sentencie ordenándole al comprador que pague el precio pactado por un objeto ya entregado. En este caso, conforme al sistema normativo vigente para el caso, el vendedor lo único que tiene que probar es que hubo un contrato en el que esté consignada la oferta y la aceptación de la oferta. En este escenario hay dos reglas de la carga de la prueba dirigidas al juez:

1. Si el vendedor prueba p y el comprador no ha probado la existencia de ninguna condición derrotante (q o r), entonces el juez debe obligar a que se pague el precio.
2. Si el comprador prueba la existencia de una condición derrotante (q o r), entonces, el juez no puede obligar a que se pague el precio.

Estas son reglas secundarias o del sistema del juez, es decir, reglas que regulan el comportamiento de los aplicadores del derecho. En el presente caso, son reglas que regulan la calificación de hechos conforme a la información disponible sobre estos. Conforme al ejemplo indicado lo que se está diciendo en la regla 1 es que, si no hay información suficiente sobre la ocurrencia de una condición derrotante, entonces el juez debe decidir a favor del vendedor.

[1154] Rodríguez, 2019, p. 75, Rodríguez, 2017a, p. 254, Rodríguez, 2002, p. 393. Rodríguez y Sucar, 2003, p. 146.

Vayamos a la situación compleja: cómo decidir con una norma cuyo antecedente carece de regla de clausura de propiedades. En este caso el antecedente se compone de condiciones que no son suficientes para garantizar el consecuente, por lo que no podríamos aplicar el refuerzo del antecedente y sin este no podemos aplicar el *modus ponens*[1155]. Para estos casos la justificación de las decisiones se daría por reglas de la carga de la prueba.

En estos supuestos las reglas de distribución de la carga de la prueba serían las siguientes[1156]:

1. Si el vendedor probó p y el comprador no ha probado la existencia de ninguna condición derrotante (q o r) u otras excepciones implícitas, entonces debe obligar a que se pague el precio.
2. Si el comprador prueba la existencia de una condición derrotante (q o r) o de cualquier otra excepción implícita, entonces, el juez no puede obligar a que se pague el precio.

Esta excepción implícita está vinculada con lo señalado en el subapartado anterior del rol del demandado de proponer nuevas condiciones derrotantes. Dicho en breve, el demandado tiene la carga de ofrecer razones suficientes al aplicador del derecho para que este incorpore nueva condición derrotante en el antecedente de la norma.

Como vemos, y siguiendo la advertencia de Rodríguez, esta aproximación a la noción de la derrotabilidad basada en los efectos de la carga de la prueba no nos permite hacer inferencias sobre la composición o carácter de las reglas primarias (que otorgan derechos y deberes). De lo que sí da cuenta es de un sistema de reglas probatorias que permiten tomar decisiones justificadas en escenarios de información incompleta sobre lo que ocurrió y sobre las normas que componen el sistema normativo[1157]. Dicho en breve,

[1155] Rodríguez, 2017a, pp. 249-250. Sobre este punto ver Cap. III.4,4.1.
[1156] Rodríguez, 2017a, p. 257.
[1157] Rodríguez, 2002, p. 397. Cabe señalar que en este punto Bayón indica que, si se trata de reglas de adjudicación, entonces esta aproximación a la noción de derrotabilidad lo único que estaría haciendo es aclarar una inferencia ordinaria sobre la aplicación de metareglas. Si esto es así, entonces no está justificado que se sostenga que de la distribución de la carga de la prueba necesariamente se siga que el razonamiento opera con lógicas no monotónicas. Bayón, 2003b, pp. 277-278. En este mismo sentido Martínez Zorrilla, 2007, p. 224.

esclarece cómo operan las metanormas (de tipo procedimental) sobre la aplicación del derecho[1158].

En relación con cómo operan las reglas de la carga de la prueba, dentro de esta aproximación a la noción de derrotabilidad, hay autores que explican estas metanormas como reglas por *default*. Lo que pretenden es dar cuenta del impacto de incorporar nueva información dentro de una estructura de toma de decisiones (lo que pensábamos era x, en verdad era y tras la información ofrecida por la contraparte).

En primer lugar, Raúl Carnota ha presentado esta versión como un ejemplo de cómo, desde el derecho, se ha enfrentado los problemas de tener procesos judiciales epistémicamente limitados (no conocemos ni podemos conocer, completamente, el pasado). Al respecto ha señalado:

«Consideremos el cuerpo total en un momento y país dado. Las premisas para que el juez resuelva el pago de un siniestro por parte de una compañía de seguros están todas estipuladas de un modo u otro. Sin embargo, el juez resuelve el caso verificando algunas de esas premisas y dejando a la parte demandada el trabajo de presentar pruebas para las otras (por ejemplo, una condición de excepcionalidad que invalida el pago). Mientras la compañía no presente pruebas, el juez supone "por defecto" que dichas condiciones de excepcionalidad no existieron, y, si se verifican las premisas principales, concluye que debe pagarse. En este caso, si bien son conocidas todas las posibles excepciones, su verificación completa resulta muy "costosa". Las conclusiones que surgen son

[1158] Hage ha abordado este mismo punto, pero como un problema de inferencias justificadas del juez a partir de la información disponible dentro del proceso. Las reglas procedimentales o reglas secundarias del juez determinan en que casos el juez tiene justificada una creencia sobre la ocurrencia de un determinado hecho y en casos en los que no (por ejemplo, si no se ha probado de manera suficiente un homicidio, entonces el juez no tendrá justificación para señalar que él cree que ocurrió tal delito debido a la presunción de inocencia, lo mismo si ha sido probada de manera suficiente una causa de justificación). De esta forma, la distribución de la carga de la prueba refiere tanto a quien debe probar que (y quien debe persuadir), así como en qué está justificado que crea el aplicador del derecho (esto último Hage hace una conexión con la necesidad de tener un razonamiento derrotable, pero eso lo abordaré en el próximo apartado). Hage, 2003, p. 227.
Asimismo, cabe poner de relieve que las normas sobre la distribución de la carga de la prueba pueden ser empeladas para representar, formalmente, como el juez formula una las sentencias desestimatorias. Al respecto: Chiassoni, 2011, p. 47. MacCormick, 1978, pp. 44. Rodríguez, 2019, pp. 77-78.

derrotables, en el sentido de que la presentación de pruebas que contraríen la "asignación por defecto", significará su retractación»[1159].

Como podemos ver, las lógicas por *default* pueden ser empleadas para dar cuenta de cómo operan las reglas secundarias de aplicación del derecho. Esto, aplicado en específico a las reglas de la carga de la prueba, puede ser entendido de dos formas: i) la propuesta de Carnota bajo la cual la aplicación de un *default* en materia probatoria implica que el juez asuma que un hecho no existió[1160]; o ii) la propuesta de Rodríguez bajo la cual un *default* en materia probatoria implica la obligación de que el juez deba resolver en un determinado sentido, sin que ello conlleve asumir por probado o no probado un hecho[1161].

En segundo lugar, de manera más reciente Claudia Blöser[1162] ha propuesto aclarar el punto mediante la explicación de cómo opera una estructura *default-challenge*. De acuerdo con ella, lo que debe probar (y es probado) por el demandante opera por *default*, en el sentido que de presentarse en un caso concreto y de no ser cuestionadas, entonces se aplican las consecuencias de haber probado ello por defecto (llámese *probanda* o *p-fact*). Puede ocurrir que en un caso particular la aplicación sea cuestionada, esto es, que se den razones para la no aplicación por defecto. Estas serían las condiciones derrotantes o, como ella las llama, las condiciones para *challange*.

Una condición para *challange*, como ya hemos visto, parte de que se han satisfecho las condiciones por *default*, pero a pesar de ello, no se debe seguir la aplicación del concepto. De esta forma, si un demandante satisface las segundas y el demandando no logra demostrar las primeras, entonces se aplica el concepto. La carga de la prueba, de acuerdo a esta propuesta, opera de la siguiente forma: si una persona P respecto al concepto A cumple con las condiciones por *default*, se adscribe P a A, a menos que exista indicación de que una condición para *challenge* se sostiene. Esta reconstrucción que entiende la

[1159] Carnota, 1995, p. 156. Para ser más precisos, este autor estaba tratando de dar cuenta de cómo desde el derecho se detectan y resuelven los efectos negativos de asumir la monotonía en el razonamiento jurídico. Este punto lo he tomado de Rodríguez, 2017a y Rodríguez, 2012.
[1160] En este mismo sentido Sartor, 1995, p. 130.
[1161] Rodríguez y Sucar, 2003, p. 149, Rodríguez, 2002, p. 395. En este mismo sentido Duarte, 2015, pp. 87-88.
[1162] Blöser, 2013, p. 131. Cabe precisar que esta autora está tratando de proponer una forma de entender la propuesta hartiana de vincular el carácter derrotable de los conceptos con la estructura de los procesos. Dicho de otro modo, está explicando la derrotabilidad conceptual generada por el sistema adversarial, es decir, aquella generada por las reglas de distribución de la carga de la prueba.

derrotabilidad como la posibilidad de impedir la aplicación por defecto de una determinada estructura condicional (para nuestro contexto, de una pretensión que contiene el pedido de que se aplique una norma primaria).

4. Normas condicionales derrotables

En este apartado voy a analizar cómo los teóricos del derecho se han aproximado a la noción de derrotabilidad como una forma de explicar un tipo de norma condicional. En extrema síntesis, voy a analizar y criticar las tesis sobre qué es y cómo entender una norma cuyo antecedente está compuesto por condiciones contribuyentes para el consecuente

De manera más específica, me voy a concentrar en la propuesta de Carlos Alchourrón sobre normas condicionales derrotables. Esta fue y sigue siendo uno de los principales aportes a la discusión sobre la noción de derrotabilidad en el derecho. En efecto, la relevancia de la contribución de Alchourrón a este debate es difícil de exagerar, pues sus textos constituyen una referencia obligatoria tanto para entrar en la discusión como para participar en ella. De manera más específica, me dedicaré al estudio de este autor por las siguientes razones: i) su propuesta ha sido y sigue siendo empleada para presentar numerosas discusiones sobre la noción de derrotabilidad y para caracterizar a una norma como derrotable; ii) a partir de sus propuestas podemos formular un conjunto de aclaraciones y precisiones relevantes sobre cómo conceptualizar las aproximaciones a la noción de derrotabilidad vistas en el Capítulo II; y iii) por haber demostrado que no es necesario abandonar las reglas de inferencia deductivas para expresar normas derrotables.

Como ya hemos visto en el Capítulo II, Carlos Alchourrón desarrolló su propuesta de normas condicionales derrotables en cuatro artículos: «Fundamentos filosóficos de la lógica deóntica y la lógica de los condicionales derrotables», «*Defeasible logics: demarcations and affinities*», «Para una lógica de razones *prima facie*» y «Separación y

derrotabilidad en la lógica deóntica». Todos estos serán objeto de análisis y crítica en el presente subapartado[1163].

Para una adecuada presentación de sus propuestas partiré dando cuenta, brevemente, del contexto de discusión en el que participó Alchourrón a efectos de poner de relieve con quiénes y con qué ideas estaba discutiendo este autor. Con este mismo propósito clarificador, describiré las primeras tesis esgrimidas por él que lo llevaron posteriormente a desarrollar su propuesta lógica-filosófica sobre las normas condicionales derrotables. Tras ello reconstruiré los aspectos que he considerado más relevantes de esta propuesta para el debate jurídico. Finalmente, acabaré el presente apartado formulando algunas críticas. Veamos dichos puntos.

4.1. El antecedente de normas compuesto por condiciones contribuyentes

4.1.1. Surgimiento de un nuevo paradigma

El estudio de la estructura y conceptualización de las normas condicionales derrotables ha sido ampliamente desarrollado por los teóricos de la lógica deóntica. Para poder contextualizar este tipo de discusiones, es pertinente hacer una brevísima presentación de cómo surgió el problema de los condicionales derrotables a efectos de clarificar entre quienes y sobre qué se está discutiendo.

i. Surgimiento de la lógica deóntica

Georg Von Wright en 1951 publicó el artículo «*Deontic logic*», dando inicio formal a nueva subdisciplina de la lógica: la lógica deóntica[1164]. En dicho texto, en extrema

[1163] Abordaré, además, el apartado «Normas y Razones» contenido en Alchourrón y Bulygin, 2016, debido a su directa conexión la noción de deber *prima facie* contenida en estos textos.

[1164] Von Wright, 1951b. Cabe anotar que Von Wright precisó que su texto junto con el de Oskar Becker «*Utersuchungen über den Modalkalkül*» de 1952 y el de Jerzy Kalonwski «*Theorie des propositions normatives*» de 1953 fueron, en conjunto, las tres publicaciones con las cuales se crea la lógica deóntica como campo de estudio. Von Wright, 1999, p. 27. Cabe precisar que la propuesta contenida en el texto de

síntesis, propuso una serie de analogías de interdefinibilidad entre conceptos modales aléticos (necesario, imposible, posible) y conceptos deónticos o normativos (obligatorio, prohibido, permitido), así como la existencia de leyes análogas respecto de la distribución de los operadores modales y deónticos. Con dicha publicación se inició una rama de la lógica dedicada al estudio de las inferencias basadas en las relaciones lógicas entre conceptos deónticos[1165].

Sobre lógica deóntica se ha discutido mucho y se sigue discutiendo[1166]. Entre todas estas polémicas, las más relevantes para la presente investigación son aquellas sobre cómo representar una norma condicional y su incidencia en el análisis de los sistemas jurídicos, en especial, para dar cuenta de las normas derrotables. En específico, son pertinentes las discusiones sobre qué son las normas condicionales, qué son las normas derrotables, cómo representar estas nociones y qué nos informa cada representación. Sobre estas preguntas profundizaré en el presente apartado, pero previo a ello es oportuno partir por algunas aclaraciones.

En relación con cómo entender y representar las normas condicionales, Von Wright publicó en 1964 el artículo «*A new system of deontic logic*»[1167], en cual propuso una lógica para normas condicionales, es decir, un lenguaje formal y reglas de inferencia entre sus elementos, ambos empleados para dar cuenta de la obligación de realizar una determinada acción de verificarse una determinada circunstancia[1168]. En dicha

Von Wright es la que se conoce como el sistema clásico de lógica deóntica. Para un análisis breve, pero sumamente interesante de las ideas de Von Wright en lógica deóntica ver: Alchourrón, 2018 [1981]. Para una exploración más detallada sobre los orígenes de la lógica deóntica ver González Lagier, 1994, pp. 483 y ss. Para una reconstrucción histórica de lógica deóntica (antecedentes y posteriores formas de estudiarla) ver McNamara, 2006. Para un análisis de cómo los juristas han entendido la lógica ver Bobbio, 2016.

[1165] Bulygin, 1995, p. 129. Txetxu Ausín señala que la lógica deóntica recoge un doble sentido: i) es un instrumento de análisis, explicación y formalización de la estructura profunda del lenguaje; y ii) constituye una teoría general del razonamiento o de la inferencia deductiva en el ámbito de las normas. Ausín, 2005, p. 25.

[1166] Sobre el rendimiento explicativo de la lógica en el análisis jurídico ver: Alchourrón y Bulygin, 1999 [1989], Haack, 2007 y Bulygin 2008.

[1167] Según Alchourrón el sistema diádico propuesto en este artículo «es un hito en la historia de la teoría general de los condicionales (y no sólo en la teoría de las normas condicionales), considerando su influencia directa o indirecta en los trabajos subsiguientes en este campo. Pero desafortunadamente, este sistema es el punto de partida en un campo engañoso en la teoría de los condicionales». Alchourrón, 2010 [1993], p. 97. En breve, en el texto principal, daré cuenta de la crítica formulada contra Von Wright.

[1168] En términos de Alchourrón y Bulygin: «[u]na norma [jurídica] es condicional cuando la obligación, prohibición o permisión que establece está sujeta a una condición, por ejemplo, la norma que dice "Si A, entonces debe ser B". Si la obligación (prohibición, permisión) prescripta por la norma no está sujeta a ninguna condición, la norma es categórica. La gran mayoría de normas jurídicas son condicionales;

publicación el autor postuló un sistema lógico basado en el uso de operadores deónticos diádicos: O(b/a), representación que puede ser leída como «es obligatorio que b, si se da el caso a»[1169].

Entre las diversas dificultades que tuvo que afrontar esta propuesta de Nuevo Sistema de Lógica Deóntica cabe resaltar la crítica sobre su imposibilidad para representar que dos normas condicionales lógicamente independientes pueden entrar en contradicción entre sí[1170]. Al respecto Soetaman, siguiendo a Lawrence Powers, ofrece el siguiente ejemplo para clarificar el punto[1171]: imaginemos que vivimos en una sociedad que se rige por un sistema normativo al que pertenece la norma «si un hombre embaraza a una mujer, entonces obligatorio que se casen entre ellos». Sucedió que Patricio embarazó a Susana, por lo que tenían el deber de casarse con ella, pero junto a ello también ocurrió que Patricio, al enterarse de la noticia, le disparó a Susana en la cabeza, causando su muerte instantánea. El caso es que, conforme a la norma (entendida como O(a/b)), Patricio tendría que contraer nupcias con una mujer muerta[1172]. Entender las normas condicionales de esa manera, como vemos, da resultados contra intuitivos.

---

ciertamente todas las normas generales lo son». Alchourrón y Bulygin, 2016, p. 140. Sobre el punto ver Cap.III.2.

[1169] Los operadores pueden ser monádicos o diadicos (o binarios). Serán monádicos en todos aquellos supuestos en los cuales solo se afecte una proposición (por ejemplo, el uso del operador de negación «¬» para negar una proposición: «¬p»). Serán diádicos en todos aquellos casos en los cuales se afectan dos proposiciones conjuntamente. Echave, Urquijo y Guibourg, 1986, p. 42. A efectos de esclarecer este punto, es útil considerar como operan estas nociones aplicadas a predicados. Un predicado es una clase de entidades individuales que se vinculan entre sí sea por compartir un determinado atributo, que puede ser o bien una propiedad, o bien una relación. Como bien precisa Guastini, un predicado monádico a los que designan propiedades («peruano», por ejemplo) y un predicado diádico designan relaciones entre dos individuos («x es más alto que y», por ejemplo). Guastini, 2018a, p. 68, pie de pág. 31.

[1170] Sobre esta dificultad y otras en la propuesta de Von Wright: Navarro y Rodríguez, 2014, p. 106 y ss. Rodríguez, 2002, pp. 119 y ss, y 195 y ss., Soeteman, 1989, p. 184-86, Alchourrón, 2010 [1993], p. 100 y ss. Ratti, 2013a, pp. 195-207. Cabe resaltar que este problema generó dos tipos de respuestas dos respuestas por los lógicos: algunos consideraron que los conflictos eran aparentes y otros que eran genuinos. Quienes consideraron que eran genuinos, ello requería modificar algunos principios lógicos. Para una aproximación general a estas soluciones ver: Goble 2013. Sobre este punto volveré en Cap. IV.2.

[1171] Soeteman, 1989, p. 191. Sigue a Powers, 1967.

[1172] Carlos Oller ha formulado una precisión relevante. Una manera de entender el ejemplo indicado es considerar que en un primer momento T1 (después de embarazarla) Patricio tenía la obligación de casarse, pero en un segundo momento T2 (luego de embarazarla y matarla), este deber ya no se sigue. Este, como podrá notarse, da cuenta de la derrota (y del problema de la derrotabilidad). Lo que nos advierte Oller es que este ejemplo no sea mal entendido como una forma de expresar una vinculación conceptual entre derrotabilidad y consideraciones temporales (esto es, que el problema de la derrotabilidad solo surge por los cambios introducidos en diversos espacio-tiempo). En efecto, el problema de la derrotabilidad se puede dar con obligaciones en un mismo tiempo, en dicho supuesto es un problema conocer cuáles son las obligaciones aplicables (es un problema de nuestras descripciones y de la información que disponemos para hacerlas). Sigamos su reformulación del ejemplo: consideremos que ese mismo sistema normativo contiene una norma que prohíbe casarse con personas ya casadas. Es el caso que Patricio embarazó a Susana, pero

Dicho problema motivó el surgimiento de un nuevo paradigma dentro de la lógica deóntica: la teoría de los condicionales derrotables. Beng Hansson publicó en 1969 el artículo «*An analysis of some deontic logics*»[1173] en el cual, siguiendo a Alchourrón, se da cuenta de un nuevo concepto de norma condicional: una norma condicional derrotable. Predicar que una norma condicional es derrotable, bajo esta propuesta, da cuenta del caso de una norma «a es obligatorio en el caso de b» deje de ser relevante (sea cancelada) en el caso de «b y c». Es decir, la presencia de c (de manera copulativa con b) tiene el efecto de cancelar la norma O(a/b).

La propuesta de Hansson, en este sentido, fue postular la noción de derrotabilidad de las normas condicionales como concepto esclarecedor de la cancelabilidad del deber, esto es, que ante ciertas circunstancias no expresadas en la norma no se siga el consecuente (sobre esto profundizaré más adelante). Dicha cancelabilidad presupone dos ideas (vinculadas entre sí): i) rechazo al refuerzo del antecedente; y ii) rechazo a la aplicación de la regla de inferencia del *modus ponens*.

De acuerdo con el refuerzo del antecedente, si una proposición p implica la proposición q, entonces esta implicación se mantiene, aunque se añadan nuevas propiedades al antecedente del condicional. De esta forma, las consecuencias se siguen de las premisas, a pesar de que se incorporen otras premisas al razonamiento[1174].

El *modus ponens* es una metaregla sobre cómo formular inferencias o deducciones a partir de normas. De acuerdo con ella si disponemos de una norma condicional y la afirmación

---

Susana ya estaba casada, por lo que Patricio tiene prohibido casarse con Susana. Aquí, como es notorio, también tendríamos un supuesto para derrotar el deber de casarse. Oller, 2004, p. 151.

[1173] Cabe hacer dos anotaciones. En primer lugar, la propuesta de Hansson se hizo a partir del texto «A Correction to a New System of Deontic Logic» de 1965, texto en el cual Von Wright hizo algunos ajustes a su propuesta de 1964. En segundo lugar, es interesante señalar que, según Äqvist, el primer antecedente de este nuevo paradigma en la teoría de las normas condicionales fue el texto de Sven Danielsson «*Preference and Obligation. Studies in the Logic of Ethics*», publicado en 1968.

[1174] Navarro y Rodríguez, 2000, p. 62. Rodríguez, 2005a, p. 16. La representación formal de la ley del refuerzo del antecedente es (a->b) ->((a.c)->b). Andrei Marmor explica con claridad esta idea: si hay un enunciado x que puede ser inferido de un conjunto de enunciados y, entonces x también se infiere de cualquier conjunto de enunciados que sea una extensión de y. La adición de premisas no puede restar valor a la validez de una inferencia: si de las premisas (a, b, c) se garantiza x, cualquier conjunto de premisas que incluyan (a, b, c) como un subconjunto garantizará que se infiera x. Marmor, 2016, p. 15. Ver, además, Prakken, 1997, pp. 42-43.

de su antecedente entonces se infiere el consecuente. Cabe anotar que el *modus ponens* se deriva de aceptar el refuerzo del antecedente[1175].

Conforme al refuerzo del antecedente si la condición p es suficiente para q, entonces cada vez que tengamos p, se seguirá q, incluso en casos cuando p concurra con otras condiciones (digamos (p.r)). Ahora bien, supongamos que carecemos del refuerzo del antecedente: en estos supuestos, agregar la propiedad r de manera copulativa a p, puede ser apta para impedir la consecuencia que se deriva de la condición.

Resumiendo este punto, si opera el refuerzo del antecedente, entonces la norma O(a/b) se mantendría a pesar de que se de el caso de (b.c). La noción de norma condicional derrotable refiere a aquellos supuestos en los cuales en caso de (b.c) no se sigue a[1176]. En atención a ello, el ataque del paradigma derrotabilista al sistema estándar de la lógica deóntica fue postular que, para poder dar cuenta de un condicional derrotable, nuestro sistema de representación formal no debe tomar en cuenta el refuerzo del antecedente y, por ende, tampoco el *modus ponens*.

En este sentido, Alchourrón sostuvo, con acierto, que Hansson al abordar la noción de normas condicionales derrotables, estaba postulando un concepto diferente al que tenía en mente Von Wright[1177]. La formulación de este nuevo concepto generó una serie de propuestas de sistemas lógicos todos ellos con la pretensión de poder representar su contenido conceptual e implicancias lógicas.

[1175] Para una demostración lógica de ello Navarro y Rodríguez, 2014, p. 112.

[1176] Como bien lo explica Alchourrón: «[l]a idea intuitiva detrás de esta objeción es que muchas normas condicionales son derrotables, en el sentido de que A puede ser obligatorio en el caso *B* pero no en el caso ($B \wedge C$). De manera que podemos tener $O(A \mid B)$ sin ($O(A \mid B \wedge C)$). En tal caso la presencia de *C* cancela el deber: *C* derrota la norma $O(A \mid B)$. Como la ley de refuerzo del antecedente significa que ninguna regla puede ser nunca derrotada por ningún hecho, debe ser dejada de lado a fin de poder representar las normas derrotables». Alchourrón, 2010 [1996b], p. 142.

[1177] Reformulando, esta propuesta da cuenta de un tipo de normas que son, conceptualmente, diferentes a las que dio cuenta Von Wright. En términos de Alchourrón «[e]ste trabajo inaugura [el artículo de Hansson de 1969] un camino nuevo y mucho más transitado en el área de investigación sobre enunciados condicionales deónticos (y también no deónticos): la teoría de los condicionales derrotables. Mi impresión es que el concepto que Hansson pretendía reconstruir es completamente diferente de aquel en el cual estaba interesado Von Wright». Alchourrón, 2010 [1993], p. 104.

A partir de este punto, los estudios sobre la lógica deóntica se dividieron en dos: lógica deóntica monotónica y lógica deóntica no-monotónica. La monotonía da cuenta de una propiedad de la noción de consecuencia lógica que refiere a que las consecuencias obtenidas por un conjunto premisas se mantienen incluso en caso el conjunto de premisas sea aumentado. En este sentido la monotonía expresa, desde un meta lenguaje de las reglas de consecuencia, el uso del refuerzo del antecedente. En este sentido, una lógica monotónica es aquella que emplea una noción de consecuencia lógica que requiere de la monotonía, es decir, exige para poder hacer inferencias el refuerzo del antecedente y el *modus ponens*.

En cambio, una lógica no-monotónica es aquella que emplea una noción de consecuencia lógica no-monótona[1178], es decir, que admite que, en caso que se adicionen nuevas premisas en el conjunto inicial de premisas, ellas son aptas para cancelar las conclusiones que se infieren del conjunto inicial de premisas (abandonan el refuerzo del antecedente y el *modus ponens*)[1179].

El paradigma de las lógicas deónticas no monotónicas parte de la premisa que los agentes que toman decisiones lo hacen a partir de información incompleta, de manera que a efectos de poder realizar inferencias presupone todo aquello que no conoce. En caso el agente reciba nueva información que contradiga lo presupuesto, entonces abandona dicha presuposición y, junto con ella, todas las inferencias que justificó[1180]. El ejemplo que

[1178] Oller, 2011, p. 22. Navarro y Rodríguez esclarecen este punto: «[l]a monotonicidad de la relación de consecuencia seria la versión metalingüística de la ley de refuerzo del antecedente: si cierto enunciado es consecuencia de un conjunto de premisas α, él seguirá siendo consecuencia de cualquier ampliación β del conjunto de premisas originarias o, en otras palabras, aunque aumenten las premisas, las consecuencias que se obtenían del conjunto originario de premisas se mantienen. Y como en este plano existe igualmente una conexión intrínseca entre no-monotonicidad y Modus Ponens como regla de inferencia, el abandono de ambas constituye el rasgo característico de las lógicas no-monotónicas». Navarro y Rodríguez, 2000, p. 62.
[1179] Del uso de lógicas monotónicas y no-monotónicas se siguen razonamientos monotónicos y no-monotónicos respectivamente. Un razonamiento es monotónico cuando todas sus conclusiones se derivan de las premisas, a pesar que el conjunto de premisas sea expandido con más premisas. Un razonamiento es no-monótonico cuando las conclusiones de un conjunto de premisas S1 no se derivan más de un conjunto más grande de premisas S2 (que incluye las premisas de S1). Como podemos ver, la deducción es una forma de razonamiento monotónico: mientas mantengamos las premisas, cualquier información adicional no afecta la conclusión. En cambio, las inferencias derrotables son no-monotónicas: al tener más información puede que rechacemos la conclusión de una inferencia derrotable y mantengamos todas las premisas. Sartor, 2018, p. 317. Sobre este punto también ver Ferrer y Ratti, 2012b, pp. 12-14.
Debo precisar que en este subapartado no profundizaré en extenso sobre las nociones y distinciones formuladas desde las diferentes formas de entender la lógica no monotónica. Mi punto se limita a mostrar la discusión en la que participó Alchourrón.
[1180] Bochman, 2018, pp. 94-96. Stelmach y Brozek, 2006, p. 49 y ss. Sartor, 2018, pp. 316 y ss. Brewka, 1991, pp. 1-10.

suele ser empleado para mostrar este punto es el de «Tweety es un ave», veámoslo brevemente.

Supongamos que una persona asume la siguiente regla[1181]: «Si X es un ave, entonces X puede volar». Es el caso que dicha persona toma conocimiento de una criatura llamada Tweety y le han informado que es un ave (y solo eso). A partir de la regla, esta persona infiere que Tweety tiene la capacidad de volar. Ahora bien, sucede que un segundo momento recibe la información de que Tweety no es cualquier ave, que es un pingüino y sabe, además, que «si X es un pingüino, entonces X no puede volar».

Esto lleva a que la persona tenga dos inferencias contradictorias entre sí. Por un lado, al saber que Tweety es un ave, infiere que puede volar. Por el otro lado, al saber que Tweety es un pingüino, infiere que no puede volar. Es el caso que, de manera conjunta, el agente ha formulado dos inferencias que lo llevan a pensar que Tweety puede y no puede volar. Entre ambas, señala el agente, va optar por inferir que Tweety no puede volar, pues es la más específica, y descarta su primera inferencia.

¿Qué nos muestra este ejemplo? Que los agentes realizan inferencias en escenarios de información completa. Si es el caso que nuestro conjunto de premisas es ampliado, entonces estará justificado descartar conclusiones. En este sentido, todo conjunto de premisas y toda inferencia es derrotable, en el sentido de no admite el refuerzo del antecedente ni el *modus ponens* (caso contrario, incorporar nuevas premisas[1182] es apto para modificar qué conclusión está justificada)[1183].

Las discusiones sobre la noción de derrotabilidad, en la lógica deóntica, se han centrando en determinar si es posible dar cuenta o no de normas derrotables empleando una lógica monotónica[1184]. Dichas discusiones han tenido incidencia, principalmente, respecto a

[1181] Sigo la forma de presentar el ejemplo de Moreso, 2008, p. 92 y Brozek, 2004, p. 32.
[1182] Cabe precisar que la revisión de la premisa es dependiente del tipo de circunstancia a la que nos enfrentemos. Como bien señala Ratti, tendremos revisiones distintas en caso de que Tweety sea un pingüino o un ave con un ala rota. Si es un pingüino, entonces la revisión va de introducir una propiedad por la cual un tipo de ave no puede volar. En cambio, si es un ave con un ala rota, entonces la revisión será introducir una propiedad que de cuenta de temporalidad por la cual el ave no vuelva (y que volará una vez que se cure el ala). Ratti, 2013b, p. 127, pie de pág. 11.
[1183] Sartor, 2018, pp. 317-18. Horty, 2001, pp. 348-50. Alchourrón, 2010 [1993], pp. 107-08.
[1184] Preciso la expresión utilizada: a los lógicos deónticos les interesa estudiar qué sistemas lógicos permiten dar cuenta de las propiedades que se le atribuyen a las normas. Agradezco a José Pedro Úbeda por aclararme este punto.

cómo entender las normas condicionales jurídicas y cómo representarlas formalmente. Al respecto, Alchourrón propuso que, a diferencia de lo que argumentan los lógicos no-monotónicos, la lógica deductiva (monótona) es suficiente y deseable para dar cuenta de las normas condicionales derrotables. La lógica no-monotónica, en este sentido, no es necesaria ni deseable para tales fines[1185]. Previo a explorar las razones para justificar esta postura, es oportuno dar cuenta de algunos antecedentes que permiten esclarecer varias de las ideas empleadas por este autor para elaborar su aproximación a la noción de derrotabilidad.

ii. Primeros aportes de Carlos Alchourrón

a. Cambio de creencias

Carlos Alchourrón, a inicios de la década de los años 80's, estaba dedicado a la investigación de la estructura lógica de la derogación de normas en un sistema normativo jurídico[1186]. Durante su investigación, conoció a David Makinson[1187] con quien profundizó estos estudios, los cuales le llevaron a desarrollar una nueva propuesta teórica: el modelo de cambio (racional) de creencias.

El trabajo de Alchourrón sobre teoría del cambio de creencias se manifestó en cinco artículos[1188] y tuvo una enorme influencia en su propuesta teórica sobre la noción de

---

Cabe precisar que la noción de derrotabilidad no es exclusiva de estas dos formas de entender la lógica deóntica. Los lógicos han formulado una multiplicidad de propuestas de sistemas de representación y de reglas de inferencias a efectos de conceptualizar y representar una norma derrotable. Sobre estas discusiones no profundizaré en esta investigación, pues escapan al ámbito de estudios al que me he limitado. Para un estudio metateórico de las diversas propuestas de lógicas deónticas derrotables Prakken y Vreeswijk, 2002. Nute, 2003. Rubino, 2009.
Dicho en breve, el estudio de la noción de derrotabilidad desde la lógica deóntica puede realizados desde algunas de las siguientes posibilidades: i) desde una lógica no monotónica; ii) desde una lógica montónica (como será el análisis de este subapartado); iii) desde una lógica derrotable; o iv) considerar que la noción no puede ser capturada por la lógica (en este sentido, por ejemplo, Hernández Marín, 2012, p. 148).

[1185] Loui sostiene que para Alchourrón la derrotabilidad abordada desde las lógicas no-monotónicas eran una noción a la cual oponerse, pues era plausible que ocupe los espacios que ya ocupaban sus propios planteamientos lógicos. Loui, 1997, p. 345.

[1186] Como bien apunta Maranhao, las preocupaciones relacionadas con la derogación se mantienen, en parte, en el estudio de la derrotabilidad. En efecto, la derrotabilidad de una norma es una manera de dar cuenta de cómo los operadores jurídicos intervienen en el sistema para resolver una inconsistencia explícita o implícita. Maranhão, 2012, p. 63. Sobre esto profundizaré líneas más adelante.

[1187] Para una breve reseña histórica de cómo Alchourrón se vinculó con David Makinson y Peter Gärdenfors ver Carnota y Rodríguez, 2006, p. 17.

[1188] Alchourrón y Makinson, 1981, Alchourrón y Makinson 1982, Alchourrón y Makinson 1985, Alchourrón, Gärdenfors y Makinson, 1985 y Alchourrón y Makinson 1986.

condicionales derrotables. Su investigación en esta materia partió con publicaciones conjuntas con Makinson, pero fue el trabajo elaborado colectivamente entre Alchourrón, Makinson y Peter Gärdenfors de 1985 donde se formuló una tesis de enorme influencia, tanto para esta área de estudios como para los trabajos en inteligencia artificial. Dicha tesis es conocida como el modelo AGM, a manera de homenaje a sus creadores.

En este apartado no realizaré un análisis del modelo AGM de cambio de creencias, pues ello excedería los objetivos de esta investigación[1189]. Sin perjuicio de ello, esclareceré los puntos relevantes de esta línea de investigación a efectos de poder dar cuenta, posteriormente, de cómo Alchourrón incorporó las tesis del modelo AGM en su propuesta de normas condicionales derrotables.

Las teorías del cambio de creencias tienen por objeto analizar, mediante un modelo idealizado, cómo las creencias de un agente cambian (o, para ser más preciso, deberían cambiar conforme a un criterio de racionalidad deductiva) al momento de aceptar una nueva información que es inconsistente con las creencias previas[1190]. Veamos un ejemplo clásico propuesto por Gärdenfors[1191]:

Oscar quería proponerle matrimonio a su pareja, Victoria, para lo cual fue a comprar dos anillos de compromiso a una joyería en Casablanca. Al encontrar un par de su gusto el vendedor se los ofreció asegurándole que estos estaban hechos con oro de 24 quilates. A efectos de corroborar esta información, Oscar le pidió al joyero de al lado que pudiera dar fe de esa información. Finalmente, tras haber escuchado al vendedor y con la

[1189] Para ello ver Navarro y Rodríguez, 2014, pp. 219 y ss.
[1190] Fermé y Rodríguez, 2016, p. 378.
[1191] Gärdenfors, 1988, p. 4. De manera más reciente Gärdenfors ha empleado otro ejemplo más breve para dar cuenta del tipo de situaciones que le interesan a la teoría de creencias: supongamos que tenemos un conjunto de creencias que contiene las siguientes piezas de información:

a) Todos los cisnes europeos son blancos.
b) Un ave capturada en una trampa es un cisne.
c) El ave capturada viene de Suecia.
d) Suecia es parte de Europa

De estas creencias podemos obtener la siguiente inferencia: el ave capturada es blanca. Sucede que al verificar si efectivamente es blanca nos damos cuenta de que es negra. Esto implica que debemos incorporar una nueva pieza de información en nuestro conjunto de creencias: la negación de «el ave capturada es blanca». El resultado de esto es que tendríamos un conjunto de creencias inconsistente (estaríamos diciendo que creemos que el ave capturada es blanca y que no lo es, lo cual no tiene ningún sentido). Mantener esta nueva pieza de información generaría un conjunto de creencias inconsistente, lo cual es inviable. Por lo tanto, lo que debemos hacer, a efectos de una adecuada representación de nuestras creencias, es realizar una operación de revisión de este conjunto de creencias. Gärdenfors 1992, p. 1.

confirmación de veracidad del joyero vecino, realizó la compra. Algún tiempo después de la boda, Oscar notó que un poco de ácido sulfúrico produjo manchas en su anillo (el mismo que había comprado en Casablanca). Él recordaba de sus clases de química en el colegio que sólo el agua regia podría manchar el oro (diluirlo, para ser más precisos), por lo que verificó si el anillo de Victoria también padecía de daños al exponerlo al ácido sulfúrico. En efecto, también se manchó.

Oscar debía revisar sus creencias debido a que eran inconsistentes: no se podían mantener a la vez las creencias de que había comprado anillos hechos con oro de 24 quilates y que eran anillos que se manchaban con ácido sulfúrico. Dado que él guardaba mayor confianza a sus clases de química que al testimonio de vendedores de joyas, decidió revisar sus creencias y aceptar que no eran anillos de oro.

¿Qué es lo que hizo Oscar? Él modificó su conjunto de creencias como respuesta a haber incorporado una nueva creencia que producía inconsistencias. En otras palabras, aceptó una nueva creencia y, para hacerlo, retiró las creencias previas de su conjunto de creencias que eran contradictorias con esta nueva creencia (conforme al ejemplo: para poder creer, de manera consistente, que no tenía anillos de oro de 24 quilates en vista a que se manchaban con ácido sulfúrico debía dejar de creer que había comprado anillos de oro).

La revisión de creencias da cuenta del tipo de cambios que hacemos de nuestro conjunto de creencias. Al respecto, podemos realizar tres tipos de cambios de creencias[1192]:

1. Expansión: supuesto en el cual se incorpora una creencia al conjunto de creencias junto con todas las consecuencias lógicas que implica esta nueva creencia. En otros términos, refiere al acto de incorporación de nuevas piezas de información (de manera más informal: esto es lo que hacemos cuando aprendemos algo).
2. Contracción: supuesto en el cual retiramos una creencia de nuestro conjunto de creencia, sin agregar nuevas creencias.
3. Revisión: supuesto en el cual, tras haber incorporado una nueva creencia (representada como X) y todas sus consecuencias lógicas al conjunto de creencias, nos damos cuenta que el resultado es un conjunto inconsistente. En estos

[1192] Alchourrón, Gärdenfors y Makinson, 1985, p. 510, Gärdenfors, 1988, p 47, Gärdenfors, 1992, p. 3, Luna, 2001, p. 25, Fermé, 2007, pp. 23 y ss.

> escenarios se procede a eliminar (se realiza una contracción) todos los enunciados del conjunto de creencias que generan inconsistencia con la nueva creencia. En otras palabras, mediante la revisión, se da cuenta de la creación de un nuevo conjunto de creencias consistente (donde ¬X se retiró producto de una contracción y X ha sido incorporada producto de una expansión sin generar inconsistencias). En este sentido, la revisión es producto de una contracción y una expansión[1193].

Como podemos ver, el punto de análisis es la interacción de creencias dentro de un conjunto de creencias. Cabe precisar, siguiendo a Gärdenfors, que, para realizar revisiones, requerimos de ciertos postulados que nos sirvan para calificar si una revisión es apropiada o no, es decir, si es racional[1194]. Sobre este punto, precisamente, trabajaron los autores que nos interesan: el modelo AGM es un modelo de revisión de creencias que adopta una aproximación lógica que tuvo como aporte (entre otros) proponer una serie de criterios de racionalidad para la revisión de creencias[1195].

El modelo AGM adopta, para representar nuestras creencias (cada una de estas y como un conjunto), un lenguaje formal. Esto le permite emplear nociones lógicas para esclarecer las relaciones de consistencia que hay (o debe haber) entre las creencias, y para introducir la noción de consecuencia lógica para cerrar el conjunto (cada conjunto de creencias contiene todas creencias que se derivan lógicamente de él). En este sentido, nuestro conjunto de creencias está compuesto por creencias producidas por información explícita e información implícita (entendida como información que se deduce de la información explícita)[1196].

[1193] A manera de ejemplo, si tenemos un conjunto de creencias A partiremos por hacer una contracción de ¬X y luego una expansión con X. El resultado de ambas operaciones dará un sistema de creencias Z. De esta manera, la revisión de A por X es el conjunto de consecuencias de Z. Agradezco a José Pedro Úbeda por esta precisión.

[1194] Sobre este punto Williams diferencia dos escenarios de creencias conflictivas entre sí: creencias contradictorias entre sí (una creencia sobre X y una creencia sobre ¬X); o creencias que, por razones empíricas, no pueden ser ambas verdaderas. Ver Williams, 1973, pp. 166-67. Como veremos con detalle en Cap. IV.2, esta es una distinción que pretende presentar un mismo fenómeno desde diferentes aproximaciones.

[1195] Gärdenfors, 1992, p. 8. Fermé resume los criterios de racionalidad en (listados en orden de importancia): i) primacía de la nueva información (nueva información siempre es aceptada); ii) consistencia (los nuevos estados epistémicos deben ser consistente); y iii) economía informacional (debemos retener las creencias preexistentes). Fermé, 2007, p. 20. Cabe precisar que uno de los principales aportes del modelo AGM fue clarificar el proceso de contracción de creencias.

[1196] Fermé, 2007, pp. 19 y ss.

Esta propuesta, además de representar sistemas de creencias consistentes, ofrece criterios para preservar la mayor cantidad de información posible. En efecto, se parte por considerar que las creencias son valiosas, en el sentido de que toda información es útil para algo, y que perder información implica dejar de saber algo (así como todos los saberes derivados de esa información). En este sentido, debemos evitar toda pérdida innecesaria de información[1197].

A manera de resumen, la literatura especializada que vengo siguiendo sostiene que la operación de revisión en el modelo AGM está compuesta por los siguientes postulados (los primeros seis son considerados básicos y los últimos dos son considerados suplementarios)[1198]:

1. Clausura: el resultado de revisar un conjunto de creencias (o también llamado teoría K) por un enunciado a, tiene como resultado otro conjunto de creencias (K*a).
2. Éxito: la creación del conjunto de creencias (K*a) debe incluir el enunciado (a).
3. Inclusión: el conjunto de creencias (K*a), generado como resultado de haber revisado K a mérito de (a), está compuesto por el conjunto de creencias original (K) en combinación con la nueva creencia incorporada (a) y nada más que ello.
4. Vacuidad: si el conjunto de creencias K no contiene el enunciado (¬a), entonces la revisión de K por (a) es equivalente a la expansión de K con (a).
5. Consistencia: el resultado de una revisión siempre debe ser un conjunto de creencias sin contradicciones, salvo que el nuevo enunciado a incorporar sea contradictorio a sí mismo.
6. Extensionalidad: en caso dos enunciados (a) y (b) tengan consecuencias lógicas idénticas, entonces la revisión de K por (a) será lógicamente equivalente a la revisión de K por (b).
7. Sobreexpansión: la revisión del conjunto de creencias K por un enunciado conjuntivo (compuesto por a y b), es extensivamente más pequeño o igual al

[1197] Como bien apuntan Carnota y Rodríguez, la preocupación de Alchourrón partía por dar cuenta de este tipo de operaciones racionales en creencias asumiendo una concepción lógica monotónica. Esto le diferenció de Makinson y Gärdenfors quienes en trabajos posteriores analizaron el cambio de creencias empleando modelos de lógicas no-monotónicas. Carnota y Rodríguez, 2006, p. 15.

[1198] Becher et all, 1998, p. 224. Maranhão, 2012, p. 60. Para la nomenclatura de estos postulados estoy siguiendo a Fermé y Rodríguez, 2006, p. 379. Cabe precisar que un sistema de creencias es un conjunto de creencias cerrado con la clausura lógica, esto es, contiene todas las consecuencias lógicas de sus elementos.

conjunto de creencias resultante de la primera revisión del conjunto de creencias K por uno de los elementos (por ejemplo, K*a) y luego expandido por el otro elemento (expandido con el enunciado b, en este sentido (K*a.b) sería igual a (K*a)+b).

8. Subexpansión: si un enunciado (b) no está determinado por la revisión de K por el enunciado (a), entonces la revisión de K por la conjunción de (a) y (b) es la misma que el conjunto de creencias resultante de haber revisado K por (a) y luego expandido por (b).

Estos postulados, como veremos más adelante, fueron empleados por Alchourrón para explicar qué es lo que hacemos los juristas cuando añadimos propiedades en el antecedente de una norma: revisamos nuestro conjunto de creencias sobre cómo estaba compuesto el antecedente de una norma.

b. Condicionalidad de las normas

La primera publicación donde es claro y directo el interés de Carlos Alchourrón en dar cuenta de la noción de norma derrotable es «Condicionalidad y representación de las normas jurídicas»[1199]. Dentro de los diversos temas que aborda en dicho artículo, son relevantes sus primeras ideas y propuestas respecto a cómo resolver obligaciones en conflicto; en particular, de normas condicionales[1200].

Partamos con el ejemplo de Alchourrón. Consideremos que tenemos un sistema normativo A compuesto por dos normas (N1 y N2)[1201]:

[1199] Alchourrón, 1991 [1988a]. Cabe anotar que este texto fue escrito como un intento de aplicación de la teoría del cambio de creencias (en específico de la noción de contracción) en los términos expuestos en Alchourrón y Makinson, 1985, para dar cuenta de problemas jurídicos.
[1200] Con cargo a precisarlo luego, esto refiere tanto a las condiciones explícitas como implícitas. Al respecto, Alchourrón y Bulygin anotaron que «las condiciones que expresamente menciona la norma no son todas las que el orden requiere para que surja la obligación o el derecho en cuestión. En general suelen omitirse aquellas condiciones negativas, cuya presencia impide el nacimiento de un derecho o de una obligación. Uno de los procedimientos en el proceso de reconstrucción racional del material jurídico consiste en reformular cada una de las normas tomando en cuenta la totalidad del material jurídico, con el propósito de agregar a cada una de las normas todas las condiciones y excepciones que figuran en ella, pero que se encuentran dispersas en las otras formulaciones normativas del orden jurídico en cuestión». Alchourrón y Bulygin, 1991, p. XXVIII.
[1201] Alchourrón, 1991 [1988a], p. 267.

N1: obligatorio sancionar a quienes cometen homicidio
N2: no se debe sancionar a los menores de edad.

¿Qué debería resolver un juez en caso que quien cometa un homicidio es un menor de edad? Una posible intuición de los juristas es que no se debería sancionarlo, atendiendo a que N1 es una regla general y N2 es su excepción. Es decir, se puede pensar que el conjunto normativo lo que nos prescribe es «obligatorio sancionar a quienes comenten homicidio, a menos que el homicida sea menor de edad».

La representación formal de esta idea provocó intuiciones que llevó a la discusión sobre la derrotabilidad. La formalización de N1 y N2 son:

N1: p->Oq
N2: r->O¬q

N1 se lee: si alguien comete homicidio (p), entonces es obligatorio sancionarlo (Oq). Por su parte N2 se lee: si alguien es menor de edad (r), entonces es obligatorio no sancionarlo (O¬q). Veamos qué pasaría en ciertas situaciones y qué conflictos se podrían generar:

1. Si tenemos en un caso el enunciado p (alguien comete homicidio), entonces se deberá sancionar, conforme a lo dispuesto por N1.
2. Si tenemos en un caso los enunciados p y ¬r (no es menor de edad), entonces se deberá sancionar, conforme a lo dispuesto por N1 (y aplicando el refuerzo del antecedente).
3. Si tenemos en un caso los enunciados p y r, entonces surgen dos obligaciones: estará obligado a sancionarle (conforme a N1) y estará obligado a no sancionarle (conforme a N2). En el supuesto que tengamos un caso con los enunciados (p.r), esto es, que el homicida sea menor de edad, habría un conflicto normativo[1202].

[1202] Para ser más preciso, el conjunto normativo posee dos normas condicionales que comparten la misma propiedad en el antecedente, pero le asignando obligaciones incompatibles a sus consecuentes. En efecto, el aplicador del derecho tendría dos obligaciones: ((p.r)->Oq) y ((p.r)->¬Oq). Respecto a las razones que justifican que este es un caso de conflicto normativo, ver Cap. IV.2.

Al respecto, Alchourrón nos señala que hay dos alternativas para explicar y solucionar este punto: como un problema de no haber entendido adecuadamente el contexto normativo, o entender que las normas son obligaciones condicionales compuestas por deberes *prima facie*.

En relación con la primera opción, el conflicto normativo entre N1 y N2 se debe a una mala interpretación del conjunto normativo A[1203]. En efecto, lo que se debería hacer es interpretar A considerándolo como un todo, y no de manera fragmentada (en otros términos, deberíamos hacer reinterpretaciones sistemáticas). De esta forma, diríamos que N2 fue introducida en aras de delimitar el ámbito de aplicación de N1[1204].

Este camino de solución estaría compuesto por dos pasos: i) reformular todas las normas del conjunto normativo de manera que el antecedente de cada norma contenga todas las limitaciones en el ámbito de aplicación necesarias para que no se generen conflictos normativos con otras normas; y ii) una vez reformuladas las normas, entonces estamos en disposición de poder formalizar cada una esas.

Este camino, según Alchourrón, tiene el defecto de que deberíamos revisar todas las normas de un conjunto normativo. Ello es particularmente complejo y problemático en caso se incorpore una nueva norma en el conjunto normativo, pues en dicho caso deberíamos revisar todas las normas del conjunto, incluyendo las nuevas[1205]. Dicho de otro modo, de acuerdo con esta forma de entender las normas y la solución al conflicto entre estas solo podemos hacer consistente N1 con N2 si cambiamos de conjunto de normas[1206].

La segunda opción es considerar que las normas están compuestas por deberes *prima facie*. Esta solución representa el punto de inicio del análisis sobre condicionales

[1203] Esta opción ha sido explorada con mayor detalle al dar cuenta del modelo transparente de atribución de relevancia visto en Cap. II.3,3.4.
[1204] El conjunto normativo A, en este sentido, estaría una N1 reformulada y N2. En este sentido tendríamos N1': ((p.¬r)->Oq); y N2: (r->O¬q). Entre estas no habría conflicto normativo.
[1205] Alchourrón, 1991 [1988a], p. 269.
[1206] Maranhão sobre este punto resalta que detrás de esto hay dos ideas que Alchourrón que mantuvo en el resto de sus trabajos: i) no aceptó que un sistema normativo pueda consistentemente solucionar el caso general y el específico si en cada uno hay diferentes soluciones conflictivas entre sí; y ii) no aceptó debilitar o cambiar de axiomas de su sistema de lógica deóntica, pues la solución de un conflicto normativo es un producto de una toma de decisiones valorativas. Maranhão, 2012, p. 58.

derrotables en la obra de Alchourrón. De acuerdo con esta forma de entender las obligaciones condicionales, estas no excluyen que nuevas situaciones (no contempladas por la obligación) puedan cancelar el deber establecido (el consecuente)[1207].

De una obligación condicional del tipo «debemos hacer q cuando se dan las condiciones p», entendida como *prima facie*, de manera que en un caso que se verifique p y r, será posible que no se siga la consecuencia q, pues r es capaz de cancelar la obligación. En este sentido su elemento característico será no satisfacer el refuerzo del antecedente, lo cual implica, como hemos visto, rechazar el *modus ponens*[1208].

En atención a ello, Alchourrón refiere a la propuesta de Hansson para dar cuenta de este tipo de obligaciones, atendiendo a su propuesta de sistema lógico en el que no era válido el refuerzo del antecedente, ni la regla de inferencia del *modus ponens*. Uno de los principales problemas de esta propuesta (así como de cualquier otra que deje de lado la regla de inferencia del *modus ponens*), es que con este sistema no se pueden formular inferencias deductivas[1209], lo que supone perder la posibilidad de hacer juicios racionales justificados. Una representación de las obligaciones condicionales *prima facie*, para ser adecuada, no debería dejar de lado esta regla de inferencia.

Esta última idea es una muestra del compromiso de Alchourrón con una manera de entender la lógica deóntica: comprometida con la noción de deducibilidad. Para este autor, junto con Eugenio Bulygin, una inferencia empleando una lógica no monotónica es una inferencia que se hace empleando premisas ocultas. Una vez que se explicitan estas premisas, el argumento se torna deductivo, de manera que la lógica deductiva puede dar cuenta de las normas derrotables[1210].

[1207] Como puede verse, aquí Alchourrón se acercó a las tesis que abandonan la noción de refuerzo del antecedente y *modus ponens*, es decir, a las lógicas no monotónicas. A mérito de esto renunció con posterioridad a este texto.

[1208] Alchourrón, 1991 [1988a], p. 271. Cabe anotar que Alchourrón empleó la implicancia del *modus ponens* por el refuerzo del antecedente para criticar y descartar la propuesta C.I. Lewis de contrafácticos, pero sobre ese punto no profundizaré.

[1209] Alchourrón, 1991 [1988a], p. 274. Ver también Ausín, 2005, pp. 92-93.

[1210] Alchourrón, 1991 [1989], p. 325. Cabe anotar que en el artículo «Condicionalidad y representación de las normas jurídicas», Alchourrón formuló una propuesta de representación de las obligaciones condicionales que seguía los mismos patrones patrón formal del razonamiento no monótono en inteligencia artificial (información que Alchourrón no conocía en ese momento). Ello motivó a un proceso posterior de autocrítica y de renuncia expresa a este texto: «esta forma de enfocar el problema ya no nos parece satisfactoria y esto se debe a la actitud crítica frente a las lógicas no monotónicas». Alchourrón y Bulygin, 1991, p. XXIX.

4.1.2. Normas condicionales derrotables y deberes *prima facie*

Carlos Alchourrón desarrolló su propuesta de conceptualización y representación de las normas condicionales derrotables en cuatro artículos[1211]. Con estos trabajos, en extrema síntesis, formuló una tesis sobre las obligaciones condicionales derrotables como normas que poseen un contenido conceptual implícito o presupuesto que debe ser explicitado a efectos de poder identificar las condiciones suficientes para el consecuente de la norma[1212].

Los rasgos característicos del concepto de condicional derrotable, según el paradigma de los condicionales derrotables iniciado por Hansson, es el rechazo conjunto del refuerzo del antecedente y de la regla de inferencia del *modus ponens*. En términos de Alchourrón, una obligación condicional «es derrotada por una condición *C* cuando no hay obligación de hacer *A* si *B* se da conjuntamente con la condición derrotante *C*. Esta situación puede también ser descrita diciendo que la presencia de *C* cancela la obligación de hacer *A*, a pesar de la presencia de *B*»[1213].

Esta noción de condicional derrotable es relevante respecto a cómo entendemos las normas y el razonamiento jurídico. Como bien señaló Alchourrón, estaría detrás de la

[1211] Alchourrón presentó su propuesta sobre conceptualización y representación de normas condicionales derrotables en Alchourrón, 2010 [1993], Alchourrón, 1995, Alchourrón, 2010 [1996b]. En Alchourrón, 2010 [1996a], realizó una propuesta conceptual sobre qué son los deberes *prima facie* y como damos cuenta de estos mediante el uso de normas condicionales derrotables.

[1212] El punto de fondo era poder dar cuenta de las mismas intuiciones que el paradigma de las normas condicionales derrotables iniciado por Hansson, pero sin renunciar al uso de una lógica monotónica. Sobre este punto ver Soeteman, 2003.

[1213] Alchourrón, 2010 [1993], p. 105. Conforme lo anotado líneas atrás el rechazo del refuerzo del antecedente y al *modus ponens* conlleva que no pueda garantizarse la derivación de la consecuencia normativa de la norma condicional. Dicho de otro modo, la sola comprobación del antecedente no permitiría señalar que se puede inferir el consecuente. Ello llevaría a tener que modificar nuestro concepto de consecuencia normativa de la lógica deóntica monotónica y emplear otra, propia de una lógica deóntica no-monotónica. En términos de Alchourrón: «[l]a invalidez de la ley del *modus ponens* es un rasgo característico de muchas lógicas condicionales. Como veremos, tal es el caso para cualquier lógica de condicionales derrotables. Como el consecuente no puede obtenerse del antecedente y del condicional, en las lógicas de esta clase resulta imperativo conocer las circunstancias que permiten derivar el consecuente de la verdad del condicional, porque de otro modo el condicional se vuelve completamente inaplicable y casi inútil». Alchourrón, 2010 [1993], pp. 103-104.

postura de David Ross para formular la noción de deberes *prima facie* empleada para criticar la idea de imperativo categórico de Kant[1214], y en la crítica de Dworkin a su forma de entender las reglas según Hart[1215].

El punto a desarrollar por Alchourrón es dar cuenta de la noción de norma condicional derrotable, sin tener que abandonar el refuerzo del antecedente y el *modus ponens*. Para dicha labor realizó un enorme esfuerzo y aporte tanto a nivel filosófico como lógico.

El punto de partida de Alchourrón fue aclarar cómo son empleados los enunciados condicionales en el lenguaje natural: las normas condicionales «si a entonces b» suelen ser empleadas de manera que «a» no es una condición suficiente de «b». En efecto, se suele afirmar «a» junto con una serie de suposiciones comúnmente implícitas y aceptadas en el contexto en el que se ha afirmado esta norma condicional[1216]. Este es el rasgo que genera los escenarios de derrotabilidad de las normas.

Veamos los ejemplos expuestos por Alchourrón de condicional derrotable descriptivo y prescriptivo: i) condicional descriptivo: una persona afirma que si elevamos la temperatura de un gas simple entonces su volumen se incrementará. No lo dice, pero se está presuponiendo que la presión a la que está expuesto este gas se mantiene constante[1217]. ii) Condicional prescriptivo: le he prometido a alguien hacer A, entonces debo hacer A. No es expreso, pero esta obligación de realizar lo prometido se sigue

[1214] La obra de David Ross es un texto de filosofía moral en el que pretendió dar cuenta de que hay deberes morales que son descartados en determinadas circunstancias (a nivel formal: rechazan el refuerzo del antecedente y el *modus ponens*). Debo anotar en este momento que el término *prima facie* padece de ambigüedad, pues puede ser entendido como superabilidad o cancelabilidad, siendo el caso que Alchourrón entendió *prima facie* como cancelabilidad. Sobre el punto ver lo señalado en Cap. I.3,3.1.

[1215] Alchourrón, 2010 [1993], p. 106 y 109. Alchourrón, 2010 [1996a], p. 131. Cabe precisar que esta ha sido empleada para dar cuenta tanto de condicionales normativos como de condicionales descriptivos (por ejemplo, para esclarecer qué son y cómo actuamos ante situaciones de información incompleta), pero sobre esto formularé precisiones más adelante.

[1216] Alchourrón, 1995, p. 67. Palau, 2004, p. 158.

[1217] Alchourrón, 1995, p. 67. Otro ejemplo similar es el alguien que afirme que si calentamos agua a cien grados centígrados entonces se evaporará. Detrás de esta afirmación está presupuesto que no le hemos agregado cloruro de sodio al agua y que esta se encuentra al mismo nivel del mar, entre otras. Rodríguez emplea el ejemplo de una persona que afirma «todas las aves vuelan», quien (si uno toma en serio o hace una reconstrucción caritativa del hablante) no está hablando de «todas» entendida como cuantificador universal, sino para dar cuenta de las aves «normales» o de un subgrupo de aves que a las que, conforme el contexto, estaríamos refiriendo. En este sentido, «todas» no incluye los avestruces, los pingüinos o las aves muertas. Tendríamos, de esta forma, una lista abierta de excepciones a la norma condicional o, dicho de otro modo, una lista de presupuestos a ser explicitados. Rodríguez, 2002, p. 198. Como vemos, esta es una forma alternativa de presentar el ejemplo de «Tweety es un pingüino» empleado los lógicos no monotónicos visto al inicio de este subapartado.

siempre que la promesa no haya sido realizada en un contexto de coerción irresistible[1218]. En ambos supuestos, la intuición que este autor pretende mostrar es que, en los condicionales derrotables, el antecedente no está compuesto por condiciones suficientes, sino por condiciones contribuyentes.

A este punto cabe retomar una aclaración vista líneas atrás. Las nociones de condición suficiente y condición contribuyente fueron elaboradas por Von Wright. De acuerdo con este autor, tenemos las siguientes posibles de condiciones[1219]:

1. La propiedad denotada por A sea una condición suficiente de la propiedad denotada por B quiere decir que cuando A esté presente entonces B también estará presente.
2. La propiedad denotada por A es una condición necesaria de la propiedad denotada por B quiere decir que cada vez que esté presente B entonces A también estará presente, pero no (necesariamente) a la inversa.
3. La propiedad denotada por A es una condición necesaria y suficiente de la propiedad denotada por B quiere decir que siempre y solo cuando A está presente entonces B también está presente.
4. La propiedad denotada por A es una condición contribuyente de la propiedad denotada por B quiere decir que A es una condición necesaria de por lo menos una condición suficiente de B.
5. La propiedad denotada por A es una condición sustitutiva de la propiedad denotada por B quiere decir que A es una condición suficiente de por lo menos una condición necesaria de B[1220].

[1218] Alchourrón, 2010 [1993], p. 105.

[1219] Von Wright, 1951a, pp. 66-74. Ver Cap. III.2.

[1220] Moreso y Rodríguez han resumido, con claridad, estas distinciones. Señalan que la expresión «A es condición para B», puede referir a condiciones básicas o subordinadas.

Las básicas son:

3. Condición suficiente: verificar A garantiza B
4. Condición necesaria: verificar A es requerido para B, pero no lo garantiza.

Las subordinadas son:

3. Condiciones sustitutivas: verificación de A es una condición suficiente de una condición necesaria para que deba hacerse B.
4. Condiciones contribuyentes: verificación de A es una condición necesaria de una condición suficiente para B.

Moreso y Rodríguez, 2010, p. 18. La distinción entre básicas y subordinadas también es usada por Alchourrón en Alchourrón 2010 [1996a], p. 129.

Las normas condicionales suelen ser usadas de manera que sus antecedentes están compuestos por un tipo de condición contribuyente (condiciones necesarias de una o algunas de las condiciones suficientes), ello en tanto el consecuente no se sigue si es que el conjunto de presuposiciones asumidas por el hablante al momento de expresar el condicional no son explicitadas[1221]. Estos son los casos de condicionales derrotables o condicionales que expresan deberes *prima facie*[1222]. Cabe precisar que Alchourrón no está señalando que condicional derrotable sea equivalente a la noción de condición contribuyente, sino que las normas condicionales derrotables están compuestas por un tipo de condición contribuyente[1223].

En este punto merece resaltar el aporte filosófico de Alchourrón a la discusión sobre las normas condicionales: una norma condicional derrotable es una norma compuesta por condiciones contribuyentes, de manera que para poder obtener una o un conjunto de condiciones suficientes para el consecuente, es necesario explicitar todas las condiciones que están implícitas en el antecedente. Siguiendo a Maranhao, podemos inferir el consecuente del antecedente siempre que hayamos identificado los presupuestos implícitos, esto es, hayamos determinado las propiedades explícitas del antecedente junto con sus presupuestos. Solo tras haber hecho esto el antecedente estará compuesto por condiciones suficientes para el consecuente[1224].

[1221] La idea intuitiva detrás de esto es bien esclarecida por Rodríguez: «no parece en modo alguno insensato que una autoridad normativa no imponga una prohibición de p bajo toda circunstancia q ni tampoco permita p bajo toda circunstancia q, sino que sólo califique normativamente p en caso de que se verifique q bajo ciertas circunstancias. Se trataría en tal caso de una norma condicional derrotable». Rodríguez, 2002, p. 207. Asimismo, siguiendo la precisión hecha por Alchourrón, considerar que p es una condición contribuyente de q da cuenta de la existencia de una condición r no explicitada. Esto en el sentido de que (r=>p) y que (r=>q) (si r entonces p; y si r entonces q). Alchourrón, 1995, p. 69. Cabe anotar que Alchourrón empleó la noción de condición contribuyente para expresar su propuesta en Alchourrón, 2010 [1993], Alchourrón, 1995, Alchourrón, 2010 [1996a], pero no en Alchourrón, 2010 [1996b]. En este último artículo él habló de conjunto {*A*1...*A*n} representan el conjunto de presupuestos o contenidos implícitos. Alchourrón, 2010 [1996a], p. 146 (cabe anotar que tampoco lo usó en Alchourrón, 2010 [1996c]). Esto no supuso un abandono de la propuesta ni de sus presupuestos, pero si es una precisión relevante a efectos de una reconstrucción de los términos con los cuales se llevó a cabo la discusión.

[1222] Alchourrón, 1995, p. 68. En un subapartado específico abordaré con más detalle la propuesta conceptual de Alchourrón de deber *prima facie*.

[1223] La aclaración la tomo de Moreso y Rodríguez, 2010, p. 23. Sobre este mismo punto, Maranhão considera que predicar que los condicionales derrotables son una especie de condiciones contribuyentes es un medio heurístico para entender cuál es el rol de las condiciones expresas del antecedente. Maranhão, 2012. La relevancia de está precisión se debe la crítica contenida en Becher et all, 1991, p. 221.

[1224] Este autor, además, apunta con acierto que las discusiones sobre la derrotabilidad y la derogación de normas comparten ciertas preocupaciones. En el supuesto de la derrotabilidad, la intervención del operador jurídico en el sistema normativo no es de eliminación de un enunciado general (como sería el caso de la derogación), sino del refinamiento de una de las normas a efectos de señalar que la norma no es aplicable al caso. Maranhão, 2012, pp. 60 y 63.

En este sentido, del hecho de verificar las propiedades del antecedente de una norma derrotable no se sigue (necesariamente) el consecuente: los condicionales cuyos antecedentes establecen condiciones contribuyentes no pueden garantizar el consecuente, pues cabe la posibilidad de que contengan una propiedad implícita (un presupuesto) que, al ser explicitado, excluya al caso individual del ámbito de aplicación de la norma. Tras hacer esta explicitación, el antecedente estará compuesto por las condiciones contribuyentes y el resto de presupuestos, a los cuales se les podrá aplicar el refuerzo del antecedente y el *modus ponens*[1225]. Dicho en breve: la derrotabilidad de las normas condicionales da cuenta de un problema de formulación incompleta del antecedente de la norma condicional[1226]. Una vez explicitadas todas las condiciones del antecedente tendremos condiciones suficientes para el consecuente. De ser esto así, entonces el uso de lógicas no monotónicas no es necesario, pues mediante el uso de la lógica deóntica monótona podemos dar cuenta tanto del mismo problema como de sus soluciones (una vez explicitadas todas las premisas).

Desde esta propuesta conceptual se formuló uno de los principales aportes lógicos de Alchourrón a la discusión: la explicitación de las condiciones del antecedente a efectos de identificar las condiciones suficientes de la norma condicional es un acto de revisión del antecedente (revisión entendida conforme a la tesis de revisión de creencias contenida en el modelo AGM). El aporte de este autor a la teoría general de las normas condicionales, en este sentido, fue vincular los conceptos de revisión de creencias y condicional derrotable, de lo cual se sigue, además, que no es necesario desarrollar una lógica no monotónica, pues la monotónica sería suficiente y más deseable.

La explicitación de los presupuestos implícitos de las normas condicionales derrotables, desde esta aproximación, se entiende como la revisión del conjunto de creencias que

[1225] Como bien señala Moreso «para Alchourrón el condicional derrotable es sólo un condicional inderrotable *enmascarado*, que en su definición contienen un condiciona universalizado acerca de las circunstancias». Moreso, 2005a, p. 72 (cursiva es de origen). Navarro y Rodríguez para ilustrar este punto describen el condicional derrotable (entendido como condicional compuesto por condiciones contribuyentes) como una expresión mutilada, dado que su contenido conceptual esconde circunstancias implícitas en el antecedente del condicional. Navarro y Rodríguez, 2000, p. 69.

[1226] Alchourrón, 2010 [1996b], p. 141, Moreso y Rodríguez han precisado señalando: «[en] la pretensión de desarrollar lógicas no monótonas se confundiría lo que en verdad constituiría un problema relativo a la formulación incompleta de las premisas de algunos de nuestros razonamientos con la naturaleza de la noción de consecuencia lógica». Moreso y Rodríguez, 2010, p. 16.

tenemos sobre qué condiciones están incluidas en el antecedente de las normas. Esto se traduce en una expansión del contenido conceptual de lo que entendíamos, era hasta el momento, el antecedente. Sobre este punto profundizaré líneas más adelante.

En resumen, de lo visto hasta el momento, la propuesta de Alchourrón para dar cuenta de las normas condicionales derrotables es que estas están compuestas por condiciones contribuyentes, lo que es una manera de decir que el antecedente está conformado por condiciones expresas y por contenido implícito (presupuestos no explicitados). Dicho contenido implícito es explicitado mediante una revisión de nuestras creencias (es decir, realizando una operación de revisión conforme al modelo AGM). Todas estas ideas, en conjunto, se formalizan en un sistema de lógica para condicionales derrotables. Este conjunto de propuestas teóricas nos sirve para esclarecer cómo operan las obligaciones *prima facie* en el derecho.

A efectos de poder analizar de manera más clara la propuesta de normas condicionales derrotables de Alchourrón, voy a dividir los puntos a dar cuenta en: representación de normas condicionales, representación de normas condicionales derrotables y, finalmente, noción de deber *prima facie*. Las tesis de representación formal me permitirán explicitar las ideas implicadas en la noción de derrotabilidad e inderrotabilidad, así como del tipo de compromiso deóntico asumido en cada una de ellas. Dicho de otro modo, permite explicar ideas que, sin la formalización, no podría dar cuenta. Como bien lo decía Alchourrón, «[l]as diferencias entre las obligaciones condicionales derrotables e inderrotables derivarán de la distinta naturaleza de la conectiva que liga al antecedente con el deber del consecuente»[1227].

i. Representación de normas condicionales: visitando islas o tendiendo puentes

¿Cómo podemos representar las normas condicionales y, en especial, las normas condicionales derrotables? Para responder a esta pregunta es conveniente partir por seguir analizando las discusiones sobre representación de normas condicionales a efectos de identificar cuál(es) son aptas para dar cuenta del paradigma de los condicionales derrotables. La relevancia de este punto, además de ser indispensable para tener una

[1227] Alchourrón, 2010 [1996b], p. 144.

adecuada reconstrucción de esta aproximación a la noción de derrotabilidad, está en que la forma en que representamos normas condicionales refleja los compromisos deónticos que estamos asumiendo[1228].

Retomo el punto de partida de las discusiones respecto a la representación de normas condicionales mediante operadores deónticos diádicos O(b/a) para representar el enunciado «a es obligatorio bajo la condición b» (la cual es una forma abreviada de decir O(a->b)[1229], en el sistema estándar de la lógica deóntica. Esta será derrotable, conforme al paradigma de las normas condicionales derrotables, si no son válidos ni el refuerzo del antecedente ni el *modus ponen.* Será inderrotable, en cambio, si es válido el refuerzo del antecedente y el *modus ponens*.

Alchourrón sostuvo que, para poder representar adecuadamente los diferentes tipos de normas condicionales presentes en un mismo contexto normativo (es decir, para contar con sistema lógico apto para dar cuenta tanto de normas condicionales e incondicionales derrotables e inderrotables), es necesario dejar de lado aquellos modelos donde el antecedente y el consecuente estén dentro del alcance del operador deóntico[1230]. En términos formales, debemos abandonar propuestas que sigan el esquema O(b si a), siendo necesario optar por otro sistema de representación.

Al respecto, disponemos dos formas de representar las normas condicionales, las cuales fueron denominadas por Alchourrón como concepción insular y concepción puente[1231]. Partiré por describir la propuesta de este autor respecto a cada una de estas y luego abordaré las críticas que se ha efectuado tanto a la distinción como al contenido de cada una.

Bajo la concepción insular, las normas condicionales son representadas de la siguiente forma: O(p->q) (de manera abreviada se expresa como O(q/p)). Tanto el antecedente como el consecuente están bajo el ámbito de aplicación del operador deóntico. Esto es

[1228] Navarro y Rodríguez, 2014, p. 92.
[1229] Moreso y Rodríguez, 2010, p. 19.
[1230] Alchourrón 1991 [1988a], p. 275. En este texto Alchourrón publicó sus primeros análisis empleando este tipo de representación de los condicionales.
[1231] Rodríguez llama a la concepción puente como condicionales normativos de ámbito estrecho y a la concepción insular como condicionales normativos de ámbito amplio. Rodríguez, 2017c, p. 325. Sobre este punto ver también Ausín, 2005, p. 51 y ss.

decir que el compromiso deóntico asumido bajo esta propuesta es que de la obligatoriedad del antecedente se deriva la obligatoriedad del consecuente.

Si tanto el antecedente como el consecuente están bajo el ámbito del operador deóntico, sucede que de la verdad del antecedente no es posible derivar ninguna conclusión. En términos formales: si tenemos la norma O(p->q) y un enunciado fáctico p, este sistema no permite derivar Oq[1232]. Esto implica que esta representación no valida la regla de inferencia del *modus ponens*.

En este punto debemos recordar las críticas que se le formularon al sistema estándar de Von Wright. Dicho sistema emplea la concepción insular de las normas condicionales, lo cual tiene dos características problemáticas: valida el refuerzo del antecedente y no valida la regla de inferencia del *modus ponens*. Lo primero genera que la propuesta no sea apta para dar cuenta de las normas derrotables y lo segundo impide poder representar normas inderrotables.

A efectos de poder disponer de un sistema lógico (basado en una concepción insular) que pueda dar cuenta de esta característica de las normas condicionales derrotables (en otros términos, de una lógica que no valide el refuerzo del antecedente) fueron propuestos diversos sistemas, los cuales Alchourrón denomina la tradición Hansson-Lewis (denominados de forma abreviada sistemas HL). Estas fueron un paso sustancial para las representaciones de estos conceptos en la lógica deóntica, pero el principal problema de estas es que no validan la regla de inferencia del *modus ponens*, de manera que con ellas no es posible dar cuenta de normas condicionales inderrotables (que validen el refuerzo del antecedente y el *modus ponens*[1233]).

Tanto el sistema estándar como los sistemas HL al ser expresados en la concepción insular carecen de utilidad práctica, pues no podemos representar todos los deberes presentes en un conjunto normativo ni permiten que podamos hacer inferencias normativas con las normas (ello a causa de no validar el *modus ponens*)[1234].

[1232] Para ver este punto con más detalle: Navarro y Rodríguez, 2014, p. 97, Zuleta, 2008, p. 102.
[1233] Alchourrón, 2010 [1996b], p. 142 y 144. Rodríguez, 2005b, p. 100.
[1234] En términos de Alchourrón, la «representación *insular* de las normas condicionales, y acabamos de ver cómo ella valida, dentro del sistema D, demasiado (refuerzo del antecedente) como para representar a las

Debido a lo anterior, Alchourrón asumió, para dar cuenta de sus propuestas, la concepción puente. Bajo la concepción puente las normas condicionales son representadas de la siguiente forma: (p->Oq). De esta forma el operador deóntico sólo afecta el consecuente. Esto quiere decir que el compromiso deóntico asumido bajo esta propuesta es que las normas condicionales son un puente que vincula lo que es (o podría ser) un caso con lo que debe ser[1235]. A diferencia de la concepción insular, representar de esta forma las normas valida tanto el refuerzo del antecedente como la regla del *modus ponens*.

Cabe precisar que Alchourrón está pensando en las normas que imponen la obligación de realizar una acción sobre cierta persona (en atención a que pertenece a una clase de personas) en todas las circunstancias de cierto tipo. En otras palabras, está pensando en una norma que contiene una generalización en relación con las circunstancias[1236]. En atención a ello, a efectos de poder dar cuenta de este tipo de generalización, empleó una conectiva que le permitía explicitar que está dando cuenta de una cuantificación universal en relación con las circunstancias del condicional material (->). Para este propósito él representó esta manera de entender las normas condicionales mediante un condicional estricto (=>)[1237]. Esta concepción permite dar cuenta tanto de las normas condicionales inderrotables como de las derrotables, pero sobre esto volveré más adelante.

El punto de Alchourrón fue abogar por la concepción puente dado que esta puede dar cuenta de las mismas normas que la concepción insular y, además de esas, de otras normas que esta concepción no podría (es decir, es apta para dar cuenta de los conjuntos de normas de mejor manera que la concepción insular)[1238]. En este punto cabe precisar que

---

normas derrotables y demasiado poco (*modus ponens* deóntico) para representar a las normas inderrotables». Alchourrón, 2010 [1996b], p. 144.

[1235] Alchourrón, 2010 [1996b], p. 144. Zuleta, 2008, p. 99.

[1236] La noción de generalidad de una norma puede ser entendida de diferentes maneras:

1. General en relación con los sujetos regulados, es decir, a todos los miembros de una clase de personas (por ejemplo, todos los estudiantes de derecho de la Universidad de Lima, todas las mujeres, todos los peruanos, etc.);
2. General en relación con el tiempo, es decir, a todos los instantes temporales que ocurren dentro de un periodo de tiempo (por ejemplo, todos los días dentro de un determinado plazo);
3. General en relación con las circunstancias, es decir, a todos hechos que pertenezcan a una clase de hechos (por ejemplo, todos los sucesos que son entendidos como el asesinato de alguien o celebrar un contrato).

Alchourrón, 2010 [1993], p. 83. Como vemos, a Alchourrón está pensando en el sentido 3.

[1237] De esta forma p=>Oq se lee «en toda circunstancia p verdadera entonces es obligatorio q».

[1238] En desacuerdo con esto: Zuleta, 2008, p. 139.

Alchourrón consideró que era posible la alternancia entre la concepción puente e insular debido a que asumió que el *modus ponens* implica, únicamente, separación fáctica, es decir, que de ocurridos ciertos hechos se genera una obligación.

Dicha asunción es problemática, pues como bien ha anotado Rodríguez[1239], la concepción puente y de la concepción insular se asumen compromisos deónticos diferentes que, para una adecuada representación de las normas, deben ser diferenciados. En efecto, siguiendo a Greenspan[1240], el *modus ponens* puede ser entendido de dos formas: i) como regla de separación fáctica del consecuente; o ii) como regla de separación deóntica del consecuente[1241]. Además de ello, detrás de cada una de estas concepciones sobre normas hay un presupuesto sobre el grado de control que posee el agente sobre la generación de la obligación. Veamos estas dos diferencias.

El *modus ponens* entendido como regla de separación fáctica refiere a que de la verdad del antecedente se infiere el mandato deóntico contenido en el consecuente[1242]. Este esquema de inferencia no puede ser representado por la concepción insular pues, de acuerdo con esta, tanto el antecedente como el consecuente están dentro de los alcances del operador deóntico (como ya habíamos dicho, de la verdad del antecedente no se deriva ningún deber).

A diferencia de la anterior, de acuerdo con el *modus ponens* entendido como regla de separación deóntica, del deber de llevar a cabo el antecedente se deriva el deber de llevar a cabo el consecuente. El ejemplo típico es: tengo el deber de llamar a mi madre si la voy a visitar, si tengo el deber de visitarla, entonces se infiere que tengo el deber de llamarla[1243]. Este esquema de inferencia no puede ser representado por la concepción puente, pues de acuerdo con esta solo el consecuente está dentro de los alcances del operador deóntico (de la obligatoriedad de una acción no se infiere la obligatoriedad de

[1239] Rodríguez, 2005a, p. 23.
[1240] Greenspan, 1975.
[1241] A nivel formal, se da cuenta de la regla de separación fáctica de esta forma: O(b/a)->(A->Ob). La regla de separación deóntica, en cambio, se representa de esta forma: O(b/a)->(Oa->Ob). Sobre esto esclareceré de inmediato.
[1242] Como bien ejemplifica Rodríguez, si estamos regulados por la norma «si el deudor no paga su deuda en el plazo, entonces debe pagar intereses» y ocurre que no he pagado mi deuda en el plazo, se concluye que debo pagar intereses. Rodríguez, 2017c, p. 326.
[1243] Rodríguez, 2017c, p. 330.

otra, sino que solo se infieren obligaciones a partir de la verificación de ciertas acciones o hechos).

Como podemos ver, los compromisos deónticos que están detrás de la concepción insular y puente son distintos[1244]. La primera está comprometida con dar cuenta de deberes a partir de deberes, es decir, todas las normas representadas están referidas al reino de los deberes[1245]. En cambio, la segunda está comprometida con dar cuenta de deberes a partir de la verificación de ciertos hechos u acciones. En este sentido, mediante la concepción puente no es posible emplear la separación deóntica y a través de la concepción insular no es posible emplear la separación fáctica[1246].

Como bien señalan Moreso y Rodríguez, la diferencia entre el compromiso adoptado por la concepción puente y por la concepción insular se hace evidente a partir de cómo representamos el alcance del operador deóntico. Dependerá de lo que queramos representar que optemos por una opción u otra. Siguiendo el ejemplo de estos autores, si queremos representar la norma «se debe cerrar la ventana si llueve», esta solo tendrá sentido si empleamos la concepción puente. En cambio, la norma «debes visitar a tu abuela, y cuando lo hagas, debes llamarla antes por teléfono para avisarle» solo podrá ser representada mediante la concepción insular.

En relación con la segunda diferencia, siguiendo a Moreso y Rodríguez, la concepción puente y la concepción insular asumen grados diferentes de control que posee el agente sobre la generación de la obligación. En el caso de la concepción insular, dado que el operador deóntico abarca tanto el antecedente como el consecuente, ello permite asumir que el agente puede tener incidencia en que ocurra tanto el antecedente como el consecuente (depende del agente visitar a la abuela y llamar, para seguir el ejemplo). En cambio, en la concepción puente, dado que el operador deóntico solo afecta el

[1244] Siguiendo a Navarro y Rodríguez, hay una conexión fuerte entre la separación fáctica y la concepción puente, así como entre la separación deóntica y la concepción insular. Cada aproximación a las normas condicionales valida un tipo de inferencia, siendo inviable que lo haga respecto del otro tipo de inferencia. En atención a ello no tiene sentido comparar las concepciones de normas condicionales a efectos de ver cuál es mejor que la otra, pues no son diferentes maneras de representar una misma idea, sino representaciones de ideas diferentes. Navarro y Rodríguez, 2014, p. 98.
[1245] Zuleta, 2008, p. 100.
[1246] Esto nos permite ir anotando una precisión relevante: renunciar al refuerzo del antecedente conlleva renunciar a la regla de separación fáctica.

consecuente, ello permite asumir que el agente solo tiene incidencia respecto del consecuente (no depende del agente que llueva, por seguir el ejemplo)[1247].

No es que debamos escoger entre la concepción puente o insular para dar cuenta de las normas condicionales, como parece estar señalando Alchourrón, sino que cada concepción nos permite de dar cuenta de tipos de normas condicionales diferentes[1248]. La elección respecto a qué concepción emplear, dependerá del compromiso deóntico que queremos representar: dar cuenta bien de una norma que se rige por la separación fáctica o por la separación deóntica[1249].

[1247] Moreso y Rodríguez, 2010, pp. 31 y 32. Navarro y Rodríguez, 2014, p. 102. Rodríguez al respecto con acierto ha señalado: «la representación de acuerdo con la concepción puente es particularmente apta para aquellos casos en los que el antecedente de la norma condicional no constituye un estado de cosas que el agente tenga capacidad para modificar a voluntad. Normas como por ejemplo "es obligatorio que los jueces sancionen a quien comete un delito", o "es obligatorio cerrar la ventana si hace frío" tienen estas características, puesto que los jueces, que son destinatarios del primer imperativo, no pueden controlar si se cometen o no delitos, y quien resulte destinatario del segundo imperativo no puede con su conducta incidir sobre la temperatura». Rodríguez, 2005b, p. 110.

[1248] Cabe anotar, siguiendo a Giovanni Battista Ratti, que la concepción insular es preferida por la mayoría de lógicos deónticos, pero la concepción puente se ajusta mejor entre juristas dado que se da cuenta de mejor manera en las nociones de norma jurídica (condicional que conecta algunos hechos operativos con cierta consecuencia normativa). Ratti, 2017a, p. 315, Ratti, 2015a, pp. 142 yss. Esto no sería a causa de una preferencia teórica, sino por una necesidad práctica: las normas jurídicas, como suelen ser entendidas por los juristas, pueden ser representadas por la concepción puente y no por la concepción insular: la concepción puente permite dar cuenta de la derivación de obligaciones a partir de la ocurrencia de ciertos hechos.

[1249] Como bien lo expone Zuleta, la concepción insular expresa el compromiso de que el mundo real no se aparte del mundo deónticamente perfecto, de manera que aquello que nos informa una norma condicional (O(a->b)) es que un mundo deónticamente perfecto es imposible hacer b sin que sea el caso que también debamos hacer a. De esta forma, si estamos frente a un caso a y ello no genera un compromiso con el deber de hacer b, entonces el mundo real no satisface las exigencias del mundo deónticamente ideal. En cambio, la concepción puente expresa el compromiso de que, si en el mundo real se presentan ciertas circunstancias fácticas, se sigue la existencia de una obligación actual. Zuleta, 2008, p. 103.

Otra forma de aclarar la diferencia entre estas dos concepciones de normas condicionales (lo cual a la vez nos permite seguir esclareciendo la diferencia entre las dos reglas de inferencia) es mediante el uso del lenguaje de los mundos posibles (semántica de las lógicas modales). Para Navarro y Rodríguez hay dos cosas diferentes que se dicen con cada una de estas normas condicionales. Por un lado, con la representación de forma (p->Oq) lo que se está diciendo es si el mundo actual p es verdadero (estamos en un mundo p), todos los mundos deónticamente ideales son mundos en los cuales q es también verdadero (mundos q). En este escenario si el mundo q es falso (estamos en un mundo ¬q), en orden de cumplir con la norma p->Oq tenemos que transformar el mundo actual p en un mundo q, esto es, debemos pasar de un mundo (p.¬q) a un mundo (p.q). De igual forma, si ahora mismo estamos en un mundo q, tenemos que prevenir que se vuelva un mundo ¬q. Contrario a lo anterior, si el mundo actual es un mundo ¬p la norma condicional (p->Oq) no nos ordena nada, ninguna obligación es derivable. Por el otro lado, con la representación de forma (O(p->q) lo que se está diciendo es que en el mundo normativamente ideal es un mundo en el que p y q son debidos (si p es debido, entonces q también es debido). En este escenario, los hechos del mundo son irrelevantes, lo que está diciendo es que en el mundo actual (sea este un punto p.q, ¬p.q, p.¬q o ¬p.¬q) la norma sigue manteniendo su prescripción: que es obligatorio (p->q). Navarro y Rodríguez, 2014, p. 99. Algunas precisiones relevantes sobre esta forma de dar cuenta de la diferencia en: Rodríguez, 2017c, pp. 331-33.

Hay diversas razones lógicas por las cuales ninguna de las dos concepciones es enteramente satisfactoria[1250]. Sin embargo, aquí adoptaré la concepción puente dado que es la concepción con la que usualmente operan los juristas[1251] y atendiendo a que con ella se puede esclarecer de mejor manera las intuiciones y operaciones que nos interesa dar cuenta con esta investigación[1252].

Clarificado este punto retomo la idea a analizar de Alchourrón: la concepción puente, a diferencia de la concepción insular[1253], permite dar cuenta tanto de las normas condicionales inderrotables como de las derrotables. Para representar una norma derrotable dentro de la concepción puente podemos adoptar dos caminos: emplear una conectiva más débil que el condicional material o mantener un condicional fuerte, pero introduciendo una función de revisión. Sobre estas posibilidades me ocuparé de inmediato.

ii. Representación de normas condicionales derrotables: el *corner* y el operador de revisión

[1250] Sobre estas ver Ratti, 2017a, pp. 316 y ss., Rodríguez, 2017c, pp. 329 y ss. Bayón, 1991, p. 324, pie de pág. 112. Navarro, 2007.

[1251] Cabe resaltar que Hugo Zuleta ha presentado una serie de críticas a la concepción puente de las normas y al uso de la deducción como regla de inferencia adecuada para dar cuenta del razonamiento práctico. Zuleta, 2008. Daré cuenta y asumiré posición sobre estas ideas en otra instancia.

[1252] Al respecto, siguiendo a Giovanni Battista Ratti, la concepción puente nos permite dar cuenta de mejor manera cómo dos normas pueden entrar en conflicto entre sí. Esta concepción al validar el refuerzo del antecedente permite clarificar las razones por las cuales se genera un conflicto normativo. Veamos el ejemplo que el autor nos propone: tenemos una norma N1 «todos los ciudadanos deben pagar impuestos» y otra norma N2 «todos los ciudadanos desempleados deben no pagar impuestos». El refuerzo del antecedente nos permite entender el conflicto que hay entre estas dos normas. La aplicación del refuerzo del antecedente a la norma N1 nos daría: «todos los ciudadanos desempleados deben pagar impuestos». En cambio, la aplicación del refuerzo del antecedente de la norma N2 señalaría: «todos los ciudadanos desempleados deben no pagar impuestos». En este sentido, decir que entre N1 y N2 hay un conflicto es solo una manera elíptica de referir a la imposibilidad de satisfacer las normas derivadas de estas, en efecto, el conflicto es entre dos normas lógicamente inferidas mediante el refuerzo del antecedente de dos normas originales (N1 y N2). Ratti, 2017a, pp. 319-320. Ver, además, Cap. IV.2.

[1253] Cabe poner de relieve el trabajo de Carlos Oller quien ha formulado una propuesta de clasificación ilustrativa de las concepciones sobre normas condicionales diferenciada en tres variables: si usa operadores monádicos o diádicos (lo cual incide si se representa la obligatoriedad y la condicionalidad como nociones separadas o unidas); si emplea la separación fáctica o deóntica; o si no son derrotables o si son derrotables (si aceptan el refuerzo del antecedente y el *modus ponens* o no). Oller, 2004. Como vemos, a partir de estos criterios, podemos verificar que el carácter derrotable de las normas es una noción independiente del tipo de operador y del tipo de regla de inferencia que se emplea al momento de expresar normas condicionales.

En este apartado daré cuenta de las propuestas de representación formal de los condicionales derrotables y de la propuesta de sistema lógico diseñado para estas[1254].

a. El *corner*

Retomemos el punto central del nuevo paradigma de las normas condicionales derrotables: postular que las normas condicionales no validan el refuerzo del antecedente ni el *modus ponens*. Para dar cuenta de ellos se debió diseñar y emplear una conectiva nueva para representar elementos conceptuales de los condicionales derrotables[1255].

Para ello se introdujo en el lenguaje técnico una nueva conectiva más débil que el condicional material: una que exprese que la norma condicional no valida el refuerzo del antecedente ni el *modus ponens.* Los lógicos propusieron el uso de un nuevo símbolo que represente esta conectiva especial: el *corner* «>»[1256].

El uso de esta conectiva representa la idea de que las propiedades contenidas en el antecedente no son suficientes o, en otros términos, da cuenta de una norma que está sujeta a excepciones implícitas que no pueden ser determinadas taxativamente. En este sentido, como bien nos aclaran Rodríguez y Sucar, la norma condicional derrotable, (p>q) es un enunciado complejo de la forma (p.¬[r v s v…])->q)[1257].

Cabe anotar que la representación de las normas puede ser formulada de una de las dos siguientes formas: O(p>q) bajo una concepción insular; o bien (p>Oq), bajo una concepción puente. El uso de esta conectiva, y lo visto sobre las concepciones sobre normas condicionales nos permite hacer algunas precisiones. Dado que cada concepción de las normas refleja un tipo de norma condicional tendríamos, en este sentido, dos tipos de derrotabilidad (o dos tipos normas condicionales derrotables): i) derrotabilidad fáctica; y ii) una derrotabilidad deóntica.

[1254] Debo precisar que solo me enfocaré en la reconstrucción de estas propuestas de su aspecto sintáctico. No abordaré la interpretación semántica a efectos de mantener una reconstrucción simplificada y directa de los puntos de interés en una discusión jurídica.
[1255] Alchourrón, 2010 [1993], p. 108.
[1256] Alchourrón, 2010 [1993], p. 109,
[1257] Rodríguez y Sucar, 2003, pp. 105-06, pie de pág., 3.

La derrotabilidad fáctica refiere al carácter derrotable de normas formuladas mediante la concepción puente de las normas condicionales. Esta idea se representa de la siguiente forma: (p>Oq). Lo que está diciendo esto es que la inferencia del consecuente (Oq) a partir de la verificación de las propiedades previstas en el antecedente (p) en un caso individual, puede ser frustrada ante la presencia de un hecho subsumible en la propiedad (r). Retomemos el ejemplo de Alchourrón visto líneas atrás: «si alguien mata a otro, entonces obligatorio sancionarle», puede ser derrotado por el hecho de que el homicida sea menor edad o que el homicidio se cometió en defensa propia u otro hecho (que sea subsumible en una propiedad normativamente relevante[1258]).

La derrotabilidad deóntica, en cambio, refiere al carácter derrotable de las normas formuladas mediante la concepción insular de las normas condicionales. Esta idea se representa de la siguiente forma: O(p>q). Lo que está diciendo es que la obligatoriedad del consecuente (Oq) no puede ser inferida a partir de la obligatoriedad del antecedente (Op), dado que puede ser frustrada ante el surgimiento de otro deber (Or). Retomemos el ejemplo de Moreso y Rodríguez visto líneas atrás: «debes visitar a tu abuela, y cuando lo hagas, debes llamarla antes por teléfono para avisarle». El deber de llamar a la abuela se derrota si tengo el deber de visitarla de forma inesperada (deber generado, por ejemplo, a partir de una promesa de hacer algún acto sorpresivo por su cumpleaños o prometer fiscalizar si los servicios contratados a su favor se están cumpliendo diligentemente, lo cual se cumple mediante visitas insospechadas a la abuela).

Conforme a lo visto, la noción de derrotabilidad tiene una aplicación distinta en función a la concepción de norma que empleemos. Si empleamos una concepción puente, será un hecho (un tipo de hecho, para ser más preciso) el que genere la derrota; en cambio, si empleamos la concepción insular será un deber el que produzca la derrota. Sobre este punto volveré en el último apartado.

A este punto ya conocemos los problemas de emplear el *corner* en nuestras representaciones formales de las normas condicionales derrotables. Si dejamos de lado el

[1258] Sobre este punto ver lo señalado en Cap. II. 3,3.4,3.4.1.

refuerzo del antecedente y el *modus ponens* (fáctico o deóntico), no podemos hacer ninguna inferencia práctica con este tipo de normas[1259].

Esto nos pone en una situación dilemática[1260]: o bien representamos las normas condicionales con una conectiva débil (lo cual permitiría dar cuenta de la derrotabilidad, pero ello conlleva que no podamos emplearlas para hacer inferencias prácticas); o bien empleamos una conectiva fuerte (la implicación material (->)) que de cuenta del refuerzo del antecedente y del *modus ponens* (lo cual nos dejaría con el problema sobre cómo dar cuenta de la derrotabilidad).

b. El operador de revisión

La propuesta filosófica de Alchourrón, como ya habíamos visto, es que las normas condicionales derrotables son normas cuya formulación está incompleta (o, de manera más precisa, entimemática), es decir, que están ligadas a una serie de presupuestos que están implícitos, y cuya explicitación se hace mediante una operación de cambio racional de creencias (una revisión)[1261]. A nivel lógico, esta tesis nos permite mantener un sistema

[1259] Rodríguez, 2002, p. 199. Como bien aclara Rodríguez, (p>q) es una forma de expresar que el antecedente no está determinado. Lo que se está sosteniendo que es que, si es verdadero p, bajo ciertas circunstancias (no determinadas), será verdadero q. Si esto es así, entonces entre (p>q) y (p>¬q) no hay forma de determinar si estamos frente a una antinomia o no, puesto que no está determinado si ambas normas regulan la misma acción o no (sobre este punto profundizaré en Cap. VI.2). Ver Rodríguez, 2002, p. 209.

[1260] Soetaman ha presentado este dilema con claridad: «*either we accept (...) that there are exceptions to norms (unconditional as well as conditional) which are not already included in the formulation of the norm, with the consequence that it will no longer be possible to deduce from a norm what we have to do under the concrete circumstance we find ourselves in,* ***or*** *we do not accept this possibility of exceptions (in other words: we only accept exceptions which are already included in the formulation of the norm); the question then is, however, whether we are indeed capable of formulating valid norms*». Soeteman, 1989, p. 196 (negrita es agregada). Sobre este punto, desde la teoría de la interpretación, Francesca Poggi sostiene que es un falso dilema, dado que, sincrónicamente, o bien tenemos una norma N1 identificada con determinadas propiedades, o bien tenemos una norma N2 que contiene las propiedades de N1 y agrega otras que operan como excepciones. Si esto es así, entonces no tenemos que preguntarnos sobre cómo tratar a las normas, sino en qué norma hemos de identificar para resolver el caso. Poggi, 2018, p. 97, pie de pág. 26. Al respecto, creo que el punto de la autora presupone una forma de responder el dilema, no lo evita ni demuestra su apariencia. El punto dilemático está en cómo entender la composición de las normas identificadas, es decir, si consideramos que estas tienen o no un antecedente abierto y qué lógica emplear para representar esta idea. Poggi está asumiendo que las normas identificadas, necesariamente, están compuestas por condiciones suficientes para el consecuente, es decir, está asumiendo una conectiva fuerte y descartando, de antemano, el uso de la conectiva débil. Considero que ella está en lo correcto al preferir el uso de la conectiva fuerte y las razones para ello las ofreceré en las líneas siguientes.

[1261] Resume Alchourrón: «[l]a idea principal deriva de observar que con frecuencia en el lenguaje ordinario las construcciones condicionales (si *A* entonces *B*) se emplean de un modo en el que no se pretende afirmar con ellas que el antecedente *A* es una condición suficiente para el consecuente *B*, sino solo que el antecedente *A*, junto con un conjunto de presupuestos (asumidos por el usuario α del lenguaje) en el contexto de la emisión del condicional, es suficiente para el consecuente *B*». Alchourrón, 2010 [1996b], p. 145.

lógico deductivo (mantener el uso de una conectiva que valida el refuerzo del antecedente y el *modus ponens*), pero incorporando un nuevo símbolo que da cuenta de la operación de revisión en el antecedente (más preciso: de nuestras creencias sobre qué propiedades están contenidas en el antecedente).

En este sentido, para Alchourrón las normas condicionales derrotables pueden ser representadas manteniendo el uso de condicionales fuertes (=> la cual es una implicación material aplicada a una generalización de circunstancias), pero introduciendo un nuevo símbolo formal en el antecedente de la norma condicional: el operador de revisión «*f*».

La introducción del operador de revisión «*f*» es la forma de representar la conexión entre el modelo AGM y los condicionales derrotables. De esta forma «*f*p» de lo que da cuenta es de la afirmación conjunta de la propiedad p y del conjunto de sus presupuestos implícitos consistentes[1262]. En efecto, al expresar *f*p lo que estamos haciendo es afirmar una proposición más fuerte que p: damos cuenta de p y una expansión conceptual de la misma[1263]. Esto, a la vez, es lo mismo que decir que un condicional derrotable suele expresar una proposición no tan fuerte como el condicional inderrotable (en el sentido de que contiene en su antecedente una contracción conceptual del antecedente del condicional inderrotable).

La incorporación de la noción de operador de revisión (así como de su representación formal) a un esquema de lógico deductivo, llevó a Alchourrón a formular el sistema lógico DFT[1264] (DF por *defeasible* y la T por ser una extensión del sistema modal T de

[1262] Alchourrón, 1995, p. 70. Maranhão, 2012, p. 60.
[1263] El operador de revisión «*f*» da cuenta de la actividad de revisión. Esto quiere decir que vamos a revisar el conjunto de enunciados, esto es, vamos a descartar algunos de ellos (operación de contracción) e incorporar otros enunciados (operación de expansión). En otras palabras, *f*p es una proposición la cual, tras ser revisada, tiene como resultado una nueva proposición (el conjunto de p con sus presupuestos implícitos consistentes explicitados). Empleo la terminología conforme a lo reseñado del modelo AGM la cual resumo: una expansión conceptual quiere decir que incorporo un enunciado a un conjunto de enunciados. Una contracción conceptual refiere al retiro de un enunciado de un conjunto de enunciados. En este sentido, el condicional derrotable da cuenta de un condicional general incompleto (le faltan enunciados) y el operador de revisión *f*p da cuenta de la posibilidad de incorporar enunciados a efectos de hacer completo el conjunto de enunciados (incorporar enunciados para llegar al condicional general).
[1264] No entraré a detalle a la composición completa de los postulados del sistema lógico DFT por exceder los objetivos de la presente investigación. Brevemente, este sistema lógico está compuesto por los axiomas lógicos de la representación sintáctica de las normas condicionales derrotables (donde se introduce el operador de revisión «*f*»), los axiomas lógicos de la representación semántica (donde introduce el operador de elección («Ch») como contraparte del operador de revisión, a efectos de que sirva como condición de verdad para los condicionales derrotables) y las propiedades lógicas de la implicación material estricta (=>).

C.I.Lewis)[1265]. De acuerdo con esta propuesta, (p>Oq) es solo una forma de ocultar (en la representación lógica) nuestra operación de revisión (*f*p=>Oq) [1266].

Pero esta no es cualquier expansión conceptual. El operador de revisión «*f*» está regido por los siguientes postulados[1267]:

1. Expansión: la proposición a ser revisada (supongamos «p») es una condición necesaria de la revisión (*f*p), esto es, *f*p implica p. En otros términos, el antecedente *f*p está compuesto tanto a p como a (p1, p2, p3… pn) los cuales son los presupuestos asociados a p.
2. Extensionalidad: los presupuestos de p dependen del contenido proposicional y no de la formulación empleada para representar este contenido. En este sentido, si dos proposiciones son lógicamente equivalentes, entonces cada una de estas proposiciones posee los mismos presupuestos.
3. Expansión límite: las expansiones conceptuales por la operación de revisión no son ilimitadas. Podemos hacer tantas expansiones conceptuales posibles siempre que estas no generen la proposición contradictoria (*f*p no puede ser expandida a ¬p). Hay casos donde la revisión es posible y otros donde la revisión es imposible. En este sentido, podremos hacer una revisión siempre que la proposición a ser revisada sea consistente con los presupuestos asociados a ella. En efecto, si es el caso que p es una proposición consistente, pero inconsistente con sus

[1265] El operador de revisión «*f*» y la propuesta lógico conceptual que representa fueron publicados por primera vez en Alchourrón 2010 [1993]. El sistema lógico DFT (como aparato conceptual sofisticado) fue expuesto inicialmente en un *workshop* llamado *Conditionals in Knowledge Representation* en el *International Joint Conference on Artificial Intelligence* de 1993 con una presentación titulada «*Defeasible Conditionals as General Conditionals plus revision theory*». Posteriormente fue publicado en Alchourrón, 1995 y en Alchourrón, 2010 [1996b]. Cabe resaltar que Raúl Carnota, Ricardo Rodríguez y Eduardo Fermé consideran que la principal contribución de Alchourrón a la teoría de los condicionales derrotables fue haber construido el sistema modal DFT, la cual consiste en una vinculación entre los conceptos de revisión (propio de la teoría AGM de cambio de creencias) y de condicional derrotable. Carnota y Rodríguez, 2006, p. 16. Fermé y Rodríguez, 2006, p. 374. En este mismo sentido Gladys Palau señala el aspecto original de la obra de Alchourrón está en haber presentado «un marco lógico unificado en el cual es posible formalizar tanto los condicionales derrotables como los distintos tipos de obligaciones o normas, ya sean condicionales o absolutas». Palau, 2004, p. 158.

[1266] La representación formal de esta equivalencia es: $(A > B) = \text{def.}\ (fA \Rightarrow B)$. Alchourrón separación, p. 145. Una estrategia de presentación interesante de este punto es empleada por Ratti, quien ha propuesto reconstruir lo que se expresa con la conectiva corner con el uso de la negación de propiedades en el antecedente. Supongamos que tenemos la norma p>Oq y empleamos la propiedad r para representar una excepción o un *defeater*. Este autor señala q que p>Oq es equivalente a la conjunción de (p.r)->¬Oq y (p.¬r)->Oq. Sobre este punto, Ratti, 2015a, pp. 152-53.

[1267] Alchourrón, 2010 [1993], p. 113, Alchourrón, 1995, pp. 70 y ss. Alchourrón, 2010 [1996b], pp. 145 y ss. Para ver otra forma de esclarecer estos axiomas: Rodríguez, 2002, p. 208. Moreso, 2008, pp. 94-98.

presupuestos, será el caso que fp será un conjunto de proposiciones inconsistentes (pues incluye a p y a sus presupuestos). Si la revisión es inevitablemente un resultado inconsistente, entonces no es posible revisar la proposición p[1268].

4. Orden jerárquico: las revisiones se rigen por un criterio de racionalidad epistémica, es decir, solo descartamos aquella información estrictamente necesaria. Asumamos que tenemos dos proposiciones independientes: p y q. Es el caso, además, que q es una suposición asociada a p y que tenemos la norma condicional (fp=>q). Atendiendo a que p es independiente de q, entonces cabe la posibilidad de tener un conjunto p y ¬q en el antecedente (formalmente, p.¬q) [1269], el cual, evidentemente no se deduce q (no podríamos decir que tenemos la norma fp=>q).

Lo que tenemos que hacer es eliminar el presupuesto q. Pero esto es sumamente problemático: para abandonar el presupuesto q tenemos que negar, a la vez, todas aquellas presuposiciones de las cuales se deriva q dentro de los elementos contenidos en fp. Para ello lo que tenemos que hacer es elegir los presupuestos en los cuales fp es compatible con ¬q. Dicho de otra forma, tenemos que llegar a los mejores presupuestos (o presupuestos preferidos). Esto supone que tendremos mecanismos que nos permitan formular criterios de preferencia a efectos de discriminar entre presupuestos. En este sentido, debemos crear una relación jerárquica entre presupuestos a efectos de preservar los más importantes y negar los menos importantes: negaremos los presupuestos de los que se deriva q y que sean menos importantes de conservar.

Los postulados del operador de revisión se corresponden con los postulados del modelo AGM para la revisión racional de creencias[1270]. De esta forma, Alchourrón incluye su propuesta AGM dentro de la teoría de las normas condicionales.

[1268] Se podría decir que una norma condicional derrotable genuina, desde esta aproximación, es aquella cuyas revisiones no generan resultados inconsistentes. De esta forma, (fp) da cuenta de una condición contribuyente explícita y de un conjunto de presupuestos implícitos que son consistentes con dicha condición contribuyente explícita.

[1269] Reitero que se trata de proposiciones lógicamente independientes. De esta manera, aplicando el axioma de expansión límite, es el caso que p y ¬q no son contradictorias entre sí, por lo que satisface esta exigencia (podemos tener (f(p.¬q)). Además, aplicando el axioma de expansión, f(p.¬q) implica que dentro de la expansión conceptual de p está ¬q. Alchourrón, 2010 [1996b], p. 146.

[1270] El problema de fondo sigue siendo cómo incorporar nueva incorporar nueva información en el conjunto de creencias del agente, lo cual lleva a renunciar ciertas creencias a efectos de preservar la consistencia del conjunto de creencias. Siguiendo a Becher et all, si asociamos fp con K*a (conjunto de creencias y postulados de clausura y éxito del modelo AGM) tenemos las siguientes correspondencias:

Para dar cuenta de una norma condicional derrotable disponemos de dos alternativas: el uso del *corner* o del operador de revisión. Con cada una de estas se está dando cuenta de explicaciones diferentes sobre las operaciones que realizamos a efectos de dar cuenta del carácter derrotable de las normas condicionales. En efecto, la combinación de una teoría de normas condicionales con la teoría del cambio racional de creencias (modelo AGM) es capaz de dar cuenta de los mismos problemas y ofrecer las mismas soluciones que pretende ofrecer el paradigma de las normas condicionales derrotables.

Como bien nos resume Alchourrón, en una norma condicional (sea descriptiva (p>q) o prescriptiva (p>Oq)) no es sorprendente que el consecuente no se siga del antecedente ¡porque no es su antecedente real! Representar a una norma condicional utilizando el *corner* es solo una forma abreviada de querer decir (fp=>q)[1271]. El antecedente real de la norma es fp, el cual refiere a la expansión conceptual de p (por ejemplo, el verdadero antecedente era (p.¬a.¬r))[1272]. Pero a este resumen me parece pertinente adicionarle algunas precisiones:

1. El axioma de expansión del operador de revisión se corresponde con el axioma de éxito del modelo AGM.
2. El axioma de extensionalidad del operador de revisión se corresponde con el axioma de extensionalidad del modelo AGM
3. El axioma de expansión límite del operador de revisión se corresponde con el axioma de consistencia del modelo AGM.
4. El axioma de orden jerárquico del operador de revisión se corresponde con los axiomas de inclusión y vacuidad del modelo AGM.

Becher et all, 1998, pp. 225-26.

[1271] Al decir que es una forma abreviada lo que se está diciendo es que al emplear el *corner* se está dando cuenta, de manera simultánea, de una operación de revisión del antecedente y de la averiguación de las consecuencias lógicas de este antecedente revisado. A diferencia de ello, el «f» permite diferenciar entre los actos de revisión de los actos de verificación de consecuencias lógicas (mediante los límites de la expansión y jerarquización). Alchourrón, 2010 [1993], p. 125. Como bien anota Rodríguez: «el antecedente de un condicional derrotable "p>q" consiste en un enunciado complejo que encubre los presupuestos asociados a p (si p es verdadero, y no se dan r, s, u otras excepciones no taxativamente enumerables, entonces será verdadero q), de manera que la verdad del condicional derrotable no es una condición suficiente de la verdad del consecuente, sino solamente una condición contribuyente». Rodríguez, 2002, p. 207.

Para una propuesta de uso de este tipo de normas para representar principios ver Alonso, 2018, y Rodríguez, 2003a, pp. 87-89.

[1272] Cabe precisar que, en este sistema lógico, el *modus ponens* como ha sido definido no se sigue. En efecto, la incorporación del operador de revisión f conlleva la introducción de un *modus ponens derrotable especial* bajo el cual «para obtener el consecuente de un condicional debe pedirse, tal como se había anticipado, que el antecedente juntamente con los supuestos asociados constituya una condición suficiente». Palau, 2004, p. 163.

1. El modelo de representación de norma condicional derrotable expuesta da cuenta tanto de enunciados descriptivos como prescriptivos, por lo que esta teoría es un aporte a una teoría general de las normas condicionales;
2. Entender que la derrota de una norma refiere a que el antecedente de la norma ha sido revisado (hemos explicitado sus condiciones implícitas) es una manera de señalar que el fenómeno de la derrotabilidad incide en la identificación de normas (válidas o genuinamente pertenecientes al sistema normativo). Dicho de otra manera, la derrota es un paso en el proceso de identificación de normas[1273].
3. Una norma derrotable se convierte en inderrotable al incorporar en el antecedente todos sus presupuestos asociados[1274].
4. Dado que la revisión de p es entendida como la expansión conceptual del contenido conceptual de p, podemos entender que p es una condición necesaria de *f*p.
5. En (*f*p=>q), *f*p es una condición suficiente para q (la revisión de p es condición suficiente para q). La condición p es una condición necesaria de una condición suficiente para q, es decir, es una condición contribuyente[1275].
6. Las tesis de Alchourrón sobre la derrotabilidad pueden ser empleadas en la representación puente e insular de las normas condicionales. Tendremos O(*f*p=>q) y (*f*p=>Oq). El operador de revisión en el primer caso dará cuenta de la explicitación de un deber y en el segundo caso de la explicitación de una circunstancia fáctica como elementos derrotantes.

En relación con el punto 2, que la derrotabilidad permite la identificación de normas genuinamente pertenecientes al sistema normativo, es oportuno hacer algunas aclaraciones adicionales. Al momento de realizar una expansión conceptual de una proposición (*f*p), no estamos, desde este punto de vista, modificando la norma, sino revisando nuestras creencias sobre lo que entendíamos, hasta ese momento, componía la

[1273] A este punto cabría precisar que, si adoptamos una ideología bajo la cual solo hay una forma de identificar normas (una tesis cognitivista de la interpretación conforme lo visto en Cap. II.2,2.3.), entonces habría una posibilidad teórica de poder identificar, empleando dicho método, todas las propiedades del antecedente que operen conjuntamente como condición suficiente y ello sea irrevisable. En cambio, si no adoptamos tal tesis prescriptiva, entonces estamos diciendo que hay disponibles múltiples formas de identificar una norma, lo que supone que todo resultado tendrá carácter de revisable.
[1274] En este punto sigo a Zuleta: «una norma derrotable, digamos, "p>Oq", podrá ser reducida -al menos en principio- a una norma condicional inderrotable, al agregar al antecedente p todas sus suposiciones asociadas. De esa manera, una vez efectuada la revisión del antecedente, la norma resultante valida la ley de refuerzo del antecedente y el *modus ponens*». Zuleta, 2008, p. 136.
[1275] Alchourrón, 2010 [1993], p. 125.

norma condicional. De esta forma, no es que la derrotabilidad sea un elemento característico de las normas, sino que es una forma de caracterizar nuestra formulación del contenido proposicional previsto en el antecedente de las normas, es decir, de realizar presentaciones más completas sobre el contenido de las normas.

Este punto es relevante pues, a diferencia del paradigma de los condicionales derrotables, la noción de derrotabilidad, conforme a las tesis de Alchourrón, no se predica de las normas condicionales, sino de nuestras creencias sobre el contenido de las normas. Las normas válidas son, a partir de las operaciones de revisión, mejor entendidas cada vez que hacemos una expansión conceptual de las propiedades en el antecedente (explicitamos o esclarecemos las condiciones que estaban implícitas o presupuestas). En este sentido, la expresión «derrotar una norma» da cuenta del cambio de representación del contenido proposicional de las normas a efectos de que este sea más completa.

Si esto es correcto entonces se siguen algunas consecuencias: La primera de ellas es que decir que hemos derrotado una norma es haber calificado la presentación de la norma como insatisfactoria por ser incompleta, de manera que, para identificar adecuadamente el caso genérico regulado fue necesario expandir conceptualmente el contenido proposicional de la norma. La segunda es que señalar que hay presupuestos implícitos consistentes que son explicitados refiere a que disponemos de un criterio de calificación de presentación de normas como completo o incompleto, lo cual presupone que el intérprete ha formulado dicho criterio. Cabe señalar que esto no supone que las revisiones de los intérpretes sean, bajo sus propios criterios, siempre correctas. Es posible que el intérprete formule revisiones incorrectas debido a que se equivoque en la determinación de los presupuestos implícitos de los antecedentes de las normas.

Las discusiones de la derrotabilidad en la representación formal de las normas condicionales, como hemos visto, pueden ser resueltas usando dos caminos. En relación con esto, Alchourrón lo expresó en una conocida cita: «cuando alguien tiene que encarar la tarea de representar el conocimiento incompleto (…) se enfrenta al siguiente dilema. O utiliza enunciados conceptualmente fuertes (condicionales generales) que poseen muchas consecuencias interesantes y asume los peligros involucrados, disponiéndose por lo tanto a revisar las premisas con tanta frecuencia como sea necesario; o utiliza condicionales derrotables, conceptualmente más débiles, que serán casi completamente

seguros al precio de perder la mayoría de (si no todas) las conclusiones interesantes. Debemos elegir entre la serena oscuridad del Paraíso o las peligrosas luces de la vida cotidiana»[1276]. El camino *alchourroniano* es el de las peligrosas luces de la vida cotidiana. Con esta tesis, Alchourrón esgrimió su ataque a las lógicas no monotónicas a efectos de demostrar que no son necesarias[1277]. Se preserva el poder inferencial de la lógica monotónica[1278] siempre que aceptemos un punto central: damos cuenta de las intuiciones centrales del paradigma de los condicionales derrotables si asumimos que solo necesitamos revisar (racionalmente) nuestras premisas. El uso del *corner* tiene el defecto de ocultarnos un cambio de conocimiento de lo que pensamos es el antecedente de las normas. En este sentido, una norma condicional derrotable no es otra cosa que una norma condicional sujeta a revisión de creencias.

iii. Deberes *prima facie*

Aclarados los puntos anteriores corresponde ahora preguntarnos cuál es la relación entre la noción de norma condicional derrotable y la de deber *prima facie*. Cabe recordar que, según Alchourrón, las normas condicionales derrotables permitían esclarecer el concepto y operatividad de los deberes *prima facie* en los sistemas jurídicos. A efectos de poder

[1276] Alchourrón, 2010 [1993], p. 126.

[1277] Como bien lo aclara Soeteman, los esquemas de la lógica no-monotónica no son alternativas a los esquemas deductivos, pues quienes predican que el razonamiento es derrotable lo que están haciendo es asumir una premisa implícita que es explicitada luego a efectos de poder realizar una deducción. Soeteman, 2003, p. 208. En este mismo sentido, Bulygin: «*such reasoning can be coped with by ordinary deductive logic by means of the process of rendering explict the tacit or supressed premises. Once such hidden premises are explicitly stated, the argument becomes logically valid*». Bulygin, 1994, p. 13. Además de este punto, el uso de las lógicas no-monotónicas no son deseables, pues nos impiden poder hacer inferencias con normas. Esta arista ha sido bien descrita por Rodríguez y Sucar: «la idea de la "derrotabilidad" de las normas jurídicas supone interpretar que ellas no especificarían condiciones suficientes sino meramente contribuyentes para el surgimiento de las soluciones normativas previstas en el sistema. Sin embargo, según lo expresa Alchourrón, tal suposición constituiría, por decirlo de un modo muy general, una confusión entre el carácter modificable de nuestras creencias y las consecuencias lógicas que derivamos de ellas, trasladándose a la noción de consecuencia problemas que en realidad afectan a las premisas de nuestros razonamientos. Y tendría la contraintuitiva consecuencia de que, si todas las normas jurídicas fuesen interpretadas como sujetas a excepciones implícitas, no se podría derivar a partir de ellas ninguna solución concreta respecto de un caso particular, dado que no podría descartarse que en tal caso se verifique justamente alguna de esas excepciones implícitas que frustran el surgimiento de la solución consagrada». Rodríguez y Sucar, 2003, p. 105. En breve, si quienes adoptan una la lógica no monotónica lo hacen a efectos de representar escenarios donde tenemos información incompleta sobre el contenido de los antecedentes, esta es una necesidad que se desvanece con la propuesta de Alchourrón: podemos dar cuenta de ese mismo problema usando el operador de revisión f, pues es una manera de señalar que las propiedades del consecuente, a efectos de determinar la condición suficiente para el consecuente, requiere ser revisada. De esta manera, se da cuenta del mismo problema y no se sacrifica el poder inferencial del *modus ponens*.

[1278] Me parece apropiado resaltar tres elementos vinculados entre sí: las normas condicionales están compuestas de condicionales suficientes, el uso de un condicional estricto y el *modus ponens*.

dar cuenta de este efecto aclarador partiré por reconstruir cómo Alchourrón entendía el concepto de deber *prima facie* y luego analizaré la relación entre ella y la de norma condicional derrotable.

Parto por señalar que deber *prima facie* es una herramienta conceptual propia del análisis de las normas como medios para ofrecer razones, lo cual requiere formular algunas precisiones. La expresión «A es una razón para B» es ambigua por dos razones. En primer lugar, aquella puede ser entendida como una proposición que expresa uno de dos tipos de razones: una razón justificativa o una razón explicativa (también llamadas prácticas y teóricas respectivamente). En segundo lugar, porque puede referir a uno de cuatro tipos de condiciones. Ambas formas de entender esta proposición (como tipo de razón y como tipo de condición) son complementarias entre sí.

En cuanto al tipo de razón, las razones justificativas o prácticas son aquellas que tienen sentido prescriptivo. Con ellas lo que hacemos es dar cuenta de las razones para acción, dicho de otro modo, de aquellas empleadas para guiar la actuación de un destinatario. La forma de representar este tipo de razones es bajo el esquema «A R OB» que se lee: A es una razón para sostener que es Obligatorio B. En este caso OB es un enunciando deónticamente modalizado (está regido por un operador deóntico) que prescribe (en el presente caso) al agente el deber de hacer B[1279].

Las razones explicativas o teóricas, en cambio, tienen un sentido descriptivo. Con ellas lo que hacemos es dar cuenta de lo que ocurre, ocurrió u ocurrirá en el mundo. Dicho de otra forma, siguiendo a Alchourrón, este tipo de razones se identifican con la expresión «ser causa de». La forma de representar este tipo de razones es bajo el esquema «A R B» que se lee: A es una razón para B. En este caso B es un enunciado descriptivo que carece de un operador deóntico, es decir, se está señalando que cada vez que esté A será el caso B[1280].

En cuanto al tipo de condición, que una proposición sea una razón (explicativa o justificativa) para otra proposición puede ser entendida a partir del tipo de condición que

[1279] Alchourrón, 2010 [1996a], p. 129. Alchourrón y Bulygin, 2016, p. 143.
[1280] Alchourrón, 2010 [1996a], p. 130.

ofrecen. Es decir, una razón puede ser: razón suficiente, razón necesaria, razón contribuyente o una razón sustitutiva[1281].

Bajo este esquema, entonces, tenemos una doble clasificación. Una razón puede ser bien explicativa o bien justificativa[1282] y opera como un tipo de condición. Dentro de este abanico de posibilidades cabe preguntarnos ¿qué son los deberes *prima facie*?

Los deberes *prima facie* dan cuenta de los escenarios en los cuales una razón justificativa no es suficiente, sino que pueden surgir nuevas razones que cancelen el consecuente. Veamos el ejemplo de una razón justificativa *prima facie* ofrecida por Alchourrón: hoy es el cumpleaños de mi hijo (A), lo cual es una razón que justifica el deber de que lo lleve al parque de atracciones (B) (representado formalmente como A R OB). Pero sucede, además, que hoy mi hijo tiene hepatitis (D), lo cual es una razón justificativa del deber de que no lo lleve al parque de atracciones (¬B) (representado formalmente como D R O¬B)[1283].

Estamos en un supuesto en el que conjuntamente se dan las propiedades «es el cumpleaños de mi hijo» y «mi hijo tiene hepatitis», es decir (A.D). Esto nos lleva a la discusión respecto a cómo de comportarme: debo llevarle al parque de atracciones (OB) o debo no llevarlo al parque de atracciones (O¬B). La noción de deber *prima facie* nos sirve para dar cuenta de este tipo de escenarios: la razón justificativa será suficiente siempre que no tengamos una razón justificativa contraria y con mayor peso. Solo sabremos qué hacer tras balancear cada una de las razones y determinar cuál tiene mayor fuerza. En términos de Alchourrón: «[p]ara tener información acerca de alguna de estas dos últimas razones se requiere información en cuanto al valor comparativo de las razones simples involucradas. Esto es, hace falta saber si *A* tiene más valor que *D* como para desplazarla (derrotarla en el conflicto de razones) o si, por el contrario, es *D* quien

[1281] Alchourrón, 2010 [1996a], p. 129 y 131. El sentido de cada una de estas condiciones fue aclarado líneas atrás.
[1282] Cabe precisar que en este punto hago referencia que una razón explica o justifica, no son dos usos de una misma razón, sino dos conceptos de razón.
[1283] Alchourrón, 2010 [1996a], pp. 130-31.

desplaza a *A*, o si se da el caso de que ninguna razón tiene más valor que la otra como para poder desplazarla»[1284].

En este caso, un posible escenario es que D (que mi hijo tenga hepatitis) derrote a A (hoy es cumpleaños de mi hijo). Dicho en otras palabras, considero que D es una razón para no llevar a mi hijo al parque de atracciones. En este sentido lo que estoy afirmando es que el cumpleaños de mi hijo no es una razón suficiente para llevar al parque de atracciones, pues puede ser cancelada ante la aparición de otras razones que justifiquen el deber opuesto (como es el caso de que este enfermo de hepatitis).

Este ejemplo permite presentar de manera clara la conexión conceptual entre deber *prima facie* y norma condicional derrotable[1285]: el antecedente de las razones no se rige por el principio de refuerzo del antecedente y, por ende, tampoco por el *modus ponens*. A nivel de tipo de condición, esto se entiende a que el carácter *prima facie* es equivalente a predicar que la razón opera como un tipo de razón contribuyente[1286].

Como podemos ver, una razón puede ser representada mediante una estructura condicional. Sobre este punto cabe hacer dos precisiones: i) Alchourrón describe a las razones como hechos, de manera que cada vez que se verifique una proposición descriptiva de estos, se seguirá que está justificada la descripción o prescripción de otra proposición[1287]; y ii) los enunciados de razones al ser enunciados condicionales tienen en el antecedente una generalización universal sobre hechos, es decir, una universalidad de

[1284] Alchourrón, 2010 [1996a], p. 132. Debo señalar soy consciente que el discurso entre cancelar y balancear no es el mismo, pero a efectos de profundizar sobre ese punto en particular volveré en el siguiente subapartado. Por el momento solo me limitaré a realizar una reconstrucción de las tesis de Alchourrón.
[1285] Si bien el ejemplo ha sido pensado para dar cuenta de una razón justificativa esto no es excluyente. El carácter *prima facie* es independiente de si la razón es teórica o práctica. Si hablamos de deberes refiero a razones prácticas, pero si habláramos de razones *prima facie* podría estar haciendo referencia a una descripción derrotable ante nueva información.
[1286] Reiterando la precisión hecha líneas atrás, la noción de razón contribuyente no igual a razón *prima facie*, una razón *prima facie* es un sentido o tipo de razón contribuyente, hay una relación de predicación, no de equivalencia.
[1287] Alchourrón, 2010 [1996a], p. 133. De acuerdo a esta premisa, tanto en (A R B) como en (A R OB) la proposición A es una proposición descriptiva de un hecho. De ello se sigue, entonces, que debemos emplear la concepción puente para poder dar cuenta de las razones. En efecto, queda descartada la posibilidad de dar cuenta de este tipo de proposiciones (teóricas como prácticas) a partir del uso de una concepción insular, pues no estamos dando cuenta de deberes inferidos de otros deberes, sino de proposiciones (descriptivas o prescriptivas) a partir de una descripción.

las circunstancias consideradas (cada vez que se de A tenemos una razón para B o para OB, dependiendo si es una razón teórica o práctica)[1288].

Desde esta aproximación se puede dar cuenta de la expresión «A es una razón *prima facie* para B» como una estructura condicional derrotable (bajo el paradigma de los condicionales derrotables), es decir, como (A>B). En este sentido, conforme a la caracterización que hemos hecho líneas atrás de las tesis de Alchourrón, la noción de deber *prima facie* es entendida como un enunciado que se expresa empleando condicionales derrotables. Esto es, como un condicional estricto compuesto por un antecedente cuyas condiciones son revisables (en términos formales: (fp=>q)): un conjunto de propiedades y de todos sus presupuestos implícitos[1289].

En este sentido, el carácter *prima facie* de los deberes es entendido como el medio empleado para dar cuenta de que se formulan enunciados de razones a partir de una serie de presupuestos implícitos. Cada vez que sostenemos el carácter *prima facie*, de esta forma, damos cuenta de que no debemos perder de vista una serie de supuestos no explicitados que, de manera conjunta con las propiedades explícitas, conforman la condición suficiente para el consecuente (tanto en el caso de una norma condicional que expresa o bien una explicación o bien una justificación).

Conforme a esta manera de entender la noción *prima facie* es posible formular las siguientes conclusiones. La primera es que la caracterización de *prima facie* de los deberes da cuenta de que son razones (explicativas o justificativas) que operan como un tipo de condición contribuyente. La segunda es que el carácter *prima facie* de una razón se representa formalmente como un condicional derrotable, el cual es entendido como una norma condicional compuesta por un antecedente revisable ((fp=>q) o (fp=>Oq)). La tercera es que un deber *prima facie* es una razón justificativa esgrimida por un agente

[1288] Dicho de manera breve: un enunciado de razón es un condicional generalizado en relación con las circunstancias. Alchourrón, 2010 [1996a], p. 137. A nivel formal esto se vincula con lo señalado anteriormente sobre el uso de la conectiva (=>), es decir, la estructura condicional sobre razones da cuenta de una generalidad sobre hechos.

[1289] A efectos de retomar puntos abordados la idea intuitiva a representar con esta propuesta es: «[s]upongamos que Ticio, en cierto periodo de su vida, en muchas de las oportunidades en las que usa el enunciado *A* presupone, sin mencionarlos, cierto conjunto de otros hechos *A1*...*An*. En tal caso el enunciado de revisión *fA* significa la afirmación conjunta de *A* con todos sus presupuestos (*fA* significa la conjunción (A ∧ *A1* ∧ ... ∧ *An*)) y, en este sentido, representa esa particular manera en que Ticio usa a *A*». Alchourrón, 2010 [1996a], p. 135.

en un determinado contexto, es decir, su contenido está determinado por una serie de asunciones asumidas por el agente que emitió el enunciado de razón. La última es que la noción de deber *prima facie* refiere a la noción de deber derrotable y la noción de deber actual (deber que vamos a emplear como premisa normativa que guiará nuestro comportamiento) refiere a la noción de deber inderrotable.

En relación con la tercera conclusión cabe anotar que los presupuestos implícitos de un enunciado de razón refieren directamente a quién fue el agente que lo esgrimió y el contexto en el que lo hizo[1290]. Dicho de otro modo, el conjunto de presupuestos implícitos de un deber *prima facie* dependen tanto del hablante, como del contexto en el que formuló el enunciado sobre razones.

En resumen: el carácter *prima facie* de una razón justificativa se expresa mediante un tipo de norma condicional empleado para estructurar el enunciado, es decir, da cuenta del uso de una norma condicional derrotable.

Cabe anotar que Alchourrón precisó que se puede dar cuenta, mediante normas condicionales y no condicionales, de cuatro tipos de normas que imponen deberes (derrotables e inderrotables)[1291]. Denominó a este conjunto de posibilidades como el sistema de deberes actuales y derrotables (sistema AD), es decir, de un conjunto de

[1290] Alchourrón pone un ejemplo bastante revelador para el supuesto de una razón explicativa. Nos pide imaginar a un hablante que sostiene «si sale el sol aumentará la temperatura». Este enunciado será verdadero bajo el presupuesto tácito de que se está en la Argentina, lugar en el que el calor proporcionado directamente por el sol es mayor al calor que se pierde en la atmósfera cuando las nubes desaparecen. Pero ese mismo enunciado será falso si cambiamos de presupuesto. Será falso, por ejemplo, si lo dice un agente presuponiendo se está en un país escandinavo, pues en dichos países el calor directamente ofrecido por el sol es menor que el que se pierde por falta de nubes. Alchourrón, 2010 [1996a], p. 137.

[1291] Alchourrón, 2010 [1996b], p. 144 y p. 153. Navarro y Rodríguez, 2014, p. 94. Debo precisar que asumo la diferencia entre normas condicionales e incondicionales como fue presentada en el Cap. III.2, esto es, siguiendo la distinción de Von Wright diferenció entre normas categóricas y normas hipotéticas. Como vimos, por norma incondicional se da cuenta de una norma categórica, es decir, una norma cuya condición de aplicación es la oportunidad para hacer aquello que está prescrito por la norma (la norma que debe aplicarse cada vez que sea posible hacerlo). En este sentido, conociendo el contenido de la norma sabemos, a la vez, la condición de aplicación. Como bien ejemplifica Von Wright una norma de este tipo es «cierra la ventana», el ámbito de aplicación será cada vez que una ventana este abierta. En cambio, por norma condicional se da cuenta de una norma hipotética, esto es, cuya condición de aplicación no se deriva, únicamente, de su contenido, ha de poseer alguna condición adicional. Siguiendo con el ejemplo, una norma condicional sería «si empieza a llover, entonces cierra la ventana». Von Wright, 1951b, p. 91. En cuanto a la formalización usaré la «T» para señalar «bajo cualquier circunstancia» (o dicho de otro modo, «en toda circunstancia»). En este sentido, siguiendo a Galdys Palau, una norma incondicional derrotable, de esta forma, se lee «bajo cualquier circunstancia q es derrotable». Palau, 2004, p. 164.

posibilidades de condicionales derrotables e inderrotables junto con las distintas posibilidades de obligaciones:

1. Deberes incondicionales inderrotables o deberes actuales (representado de forma (T=>Oq)): el deber se aplica cada vez que se tenga oportunidad de hacerlo (en función a su contenido).
2. Deberes condicionales inderrotables (representado de la forma (p=>Oq)): el deber se aplica cada vez que se verifique el antecedente (compuesto por razones suficientes).
3. Deberes condicionales derrotables (representado de la forma (p>Oq) o (*f*p=>Oq)): el deber se aplica cada vez que se verifique el antecedente, salvo se verifique una situación prevista por una condición implícita y sea el caso que esta condición excluya el caso individual del ámbito de aplicación de la norma (antecedente está compuesto por condiciones contribuyentes).
4. Deberes incondicionales derrotables (representado de la forma (T>Oq) o (*f*T=>Oq)): el deber se aplica cada vez que exista una oportunidad para hacerlo, pero deja de aplicarse en ante ciertos casos, es decir en virtud determinadas condiciones implícitas que excluyen el caso individual del ámbito de aplicación de la norma[1292].

Respecto de este elenco de posibilidades cabe anotar que no resulta adecuada la expresión «norma incondicional derrotable». Como hemos podido ver a lo largo de este apartado, el carácter derrotable de una norma supone que el antecedente está compuesto por propiedades explícitas e implícitas y que derrotar supone la explicitación de una propiedad implícita (que conlleva reducir su alcance). Ahora bien, una norma incondicional supone que el antecedente ha sido identificado por implicación del contenido del consecuente (antecedente y el contenido del consecuente son tautológicos). Al predicar que la norma incondicional es derrotable es suponer que su antecedente contiene propiedades implícitas lo que sería una manera de sostener que el antecedente no es identificado únicamente por implicación sino por este y otros criterios. Ello nos

[1292] Esto quiere decir que al momento de derrotar una norma incondicional derrotable lo que estamos haciendo es destautologizarla, es decir, la convertimos en una norma condicional derrotable (en términos de Von Wright, convertimos una norma categórica en una norma hipotética).

lleva, como vemos, a no estar hablando de normas incondicionales sino de normas condicionales.

Si lo anterior es correcto, entonces al hablar de «norma incondicional derrotable» sería una expresión compleja para dar cuenta que: i) para derrotar una norma incondicional, es necesario presentarla como norma condicional; y ii) tratar al antecedente de manera que este no está compuesto por condición suficiente para el consecuente, sino por condiciones contribuyentes.

Ahora bien, este marco de posibilidades nos permite dar cuenta de una precisión relevante: se pueden representar por separado una obligación actual y un condicional inderrotable. Sin embargo, la conexión conceptual entre estas no puede ser escindida: el antecedente de una obligación condicional inderrotable es una condición suficiente del deber actual[1293].

Desde esta aproximación, como podemos ver, los elementos del sistema normativo pueden ser entendidos de dos maneras diferentes: entendiéndolos como obligaciones inderrotables (o que dan lugar a deberes actuales) o como obligaciones derrotables (o *prima facie*). Pero cabe precisar que cada vez que tengamos un deber condicional derrotable y se verifique el antecedente junto con sus presupuestos, entonces se seguirá un deber actual (inderrotable) del consecuente[1294].

De esta última idea, siguiendo a Rodríguez y Navarro, cabe precisar algunas implicaciones: i) una obligación condicional inderrotable implica una derrotable; y ii) una obligación incondicional inderrotable implica una derrotable. Dicho de forma más general, el carácter inderrotable de un deber implica el carácter derrotable de ese mismo deber (en otras palabras, tener condiciones suficientes implica las condiciones contribuyentes explicitas junto con el resto de sus presupuestos implícitos). Pero esto no funciona de la vía opuesta, es decir, del carácter derrotable de un deber no se implica su

[1293] Alchourrón, 2010 [1996b], p. 153.
[1294] Alchourrón, 2010 [1996b], p. 152. Reiterando lo señalado, ese punto es representado mediante el uso del operador de revisión «f».

inderrotabilidad[1295], pues será inderrotable solo una vez que se hayan explicitado los presupuestos implícitos y no antes de ello.

iv. Problemas pendientes de resolver

La propuesta de Alchourrón ha sido muy criticada desde diversas aproximaciones[1296]. Por razones de especialidad solo daré cuenta en este apartado de críticas de autores vinculados a la teoría del derecho y propias que serán formuladas desde esta misma aproximación[1297]. Asimismo, aprovecharé las críticas, además mostrar las debilidades de esta propuesta teórica, para precisar algunos aspectos que puedan haber quedado por profundizar.

Jaap Hage ha criticado que las tesis *alchourronianas* son irrelevantes para el análisis jurídico de la noción de derrotabilidad. Sostiene que la aproximación de la derrotabilidad de los condicionales se enfoca en los sistemas lógicos en los que operan las normas, de manera que este tipo de reconstrucciones dan cuenta de cómo son los sistemas lógicos, lo cual es propio de la teoría de la lógica y no tanto un aspecto relevante en la teoría del derecho[1298].

[1295] Navarro y Rodríguez, 2014, p. 94.

[1296] Bulygin comenta que la formalización de normas condicionales fue uno de los temas entre los cuales Carlos Alchourrón y Von Wright, a pesar de haber discutido mucho, no pudieron ponerse de acuerdo. Bulygin, 2018 [2017], pp. 79-80.

[1297] Estoy dejando fuera críticas de tipo lógico. Entre las más interesantes de este tipo cabe resaltar la formulada por Makinson. Este autor consideró que Alchourrón había aceptado algunos principios de manera «muy fácil», en específico el principio de monotonía (refuerzo del antecedente). De acuerdo con este, cada enunciado que satisface la propiedad (b) se sigue la consecuencia de (b), así sea un caso donde la propiedad concurra con otra (por ejemplo, (b.c)). De esta forma se estaría predicando la inderrotabilidad de la norma cuyo antecedente es (b). Pero esta caracterización no pone atención a las precisiones que surgen a partir de las formas de cómo lidiar con la paradoja de Chisholm. Makinson, 1999, p. 35. En relación con esta paradoja (también llamada de las obligaciones contrarias a deber) refiere a la situación en la que hay obligaciones que son consecuencia de la violación de otra obligación (por ejemplo, las leyes de responsabilidad civil). Veamos el siguiente ejemplo (Alarcón Cabrera, 1990, p. 188):

a) Debe ser el caso que socorramos llevándolo al hospital a todo accidentado grave que encontremos (Op);
b) Debe ser el caso que si cumplimos con (p), ignoremos las señales de tráfico con tal de llegar rápido al hospital (O(p->q);
c) Si no cumplimos con Op debemos no ignorar las señales de tráfico (¬p->O¬q);
d) No cumplimos con p (¬p).

Si seguimos el modelo estándar de lógica de Von Wright (SDL) vemos que de c) (¬p->O¬q) y d) (¬p) se sigue O¬q, pero de a) (Op) y d) (¬p) se sigue Oq. Estos son «imperativos contrarios-a deber», es decir, un agente tiene la obligación de hacer algo debido a que incumplió un deber previo, paradoja que genera problemas de formalización en el SDL. Esto ha llevado a diversas estrategias de solución y ajustes en los sistemas de representación lógica, los cuales, según Makinson, no han sido tomados en cuenta por Alchourrón al momento de comprometerse con el refuerzo del antecedente. Sobre este punto ver también Rodríguez, 2002, p. 210 y Ausín, 2005, p. 66.

[1298] Hage, 2003, p. 226.

Al respecto, Bulygin ha sostenido que, si consideramos que hay argumentos derrotables en el derecho, entonces estos usan (o son representables) mediante condicionales derrotables, es decir, cuyo antecedente no es una condición suficiente para el consecuente[1299]. En este sentido, la relevancia de este tipo de tesis está vinculada a cómo razonamos jurídicamente, lo cual es un aspecto relevante para la teoría del derecho.

Considero que la crítica de Hage está equivocada por dos razones. En primer lugar, el estudio de las normas condicionales derrotables (asumiendo una aproximación como la de Alchourrón), no se reduce al estudio de cómo opera un lenguaje técnico, esta implica, además, un conjunto de tesis filosóficas sobre qué es una norma derrotable y cuál es la mejor manera de entender las normas sin que estas pierdan su poder inferencial. Conforme he tratado de dar cuenta en las líneas anteriores, la derrotabilidad da cuenta de una manera de entender el concepto de norma.

En segundo lugar, para la concepción del derecho como sistema normativo[1300], esto es como un sistema deductivo (conjunto de enunciados que incluye todas sus consecuencias lógicas dentro de las cuales hay normas), la noción de norma condicional derrotable es pertinente por dos razones: i) las ventajas y problemas existentes en el uso de la lógica deóntica monotónica empleada para dar cuenta de las relaciones lógicas entre normas[1301]; y ii) a efectos de verificar la viabilidad de esta concepción, es decir, si esta resulta ser una reconstrucción posible del derecho. Sobre este último punto dedicaré un apartado en específico de esta investigación (ver Cap. IV.5). En todo caso, creo que el ataque de irrelevancia dado por Hage a estas tesis resulta ser, por decir lo menos, injusto.

Tohmé y Loui consideraron que las propuestas de Alchourrón no son del todo satisfactorias, pues deja de lado el aspecto procedimental de la toma de decisiones. Dejar este punto de lado conlleva que esta aproximación no sea una adecuada representación del razonamiento jurídico derrotable[1302].

[1299] Bulygin, 2003, p. 245.
[1300] Alchourrón y Bulygin 2012, Rodríguez, 2002.
[1301] Hago esta afirmación sin perder de vista que dicha viabilidad supone superar o evadir el dilema de Jørgensen.
[1302] En sus propios términos: «*these conditionals hide defeasibility's essential procedural aspects, and relegate them to a mere clerical task of explicitating the consequences of the choices made by an external*

Sobre la aproximación procedimental de la derrotabilidad ya he profundizado en el subapartado anterior (ver Cap. III. 3.3.2), por lo que en este momento solo señalaré lo siguiente: i) «aspecto procedimental de la toma de decisiones» es una expresión ambigua cuyo contenido varía en la literatura especializada, de manera que en este punto a los autores se les puede exigir precisión respecto a qué omisión están denunciado[1303]; ii) Alchourrón está discutiendo respecto a cómo representar una norma condicional derrotable desde la concepción deductivista de la lógica deóntica, no respecto a dar una descripción sobre cómo son nuestros procesos de toma de decisiones jurídicas; y iii) las discusiones sobre cómo son los procesos de toma de decisiones dan cuenta de cómo se incorpora la información que justifica tanto la decisión de revisar un antecedente como la información que disponemos para hacer la revisión, por lo tanto es una tesis complementaria.

Los puntos ii) y iii) están conectados como se puede ver. En efecto, considero que no es adecuado reprocharle a las tesis de Alchourrón (o al cualquier otra que realice este mismo tipo de análisis), no haber dado cuenta de problemas procedimentales, pues ello no forma parte del objeto de estudio de esas tesis ni de sus objetivos. Si bien dichas discusiones contribuyen a esclarecer cómo operamos con normas, creo que ese punto en específico no estaba en el interés de dicho autor ni es necesario para aclarar el punto que él pretendía aclarar: cómo representar normas condicionales derrotables sin tener que emplear lógicas no monotónicas.

En tercer lugar, Ricardo Caracciolo ha señalado que el uso de los condicionales derrotables es dependiente de actos intencionales del uso del lenguaje de forma derrotable. Como ya hemos visto, las normas condicionales son un medio para expresar un objeto con contenido conceptual (una norma, un concepto, una creencia, etc.). Ahora bien, las normas condicionales pueden ser empleadas para representar cómo se está usando el lenguaje.

agent. We aver that defeasible reasoning is more than that: it is a process of deliberation that provides constructive justification counts». Tohmé y Loui, 1996, p. 3.

[1303] En este mismo sentido Moreso y Rodríguez, 2010, p. 25.

Si analizamos el lenguaje desde un nivel pragmático puede haber casos en los que usemos el lenguaje, como bien señala Alchourrón, asumiendo un conjunto de premisas implícitas. A efectos de determinar si dicho uso del lenguaje conlleva o no a representar dicha expresión utilizando un condicional derrotable depende de si el usuario del lenguaje acepta dichos presupuestos implícitos. Solo si el usuario los acepta, es decir, considera que la afirmación empleada está empleando propiedades explícitas y presupuestos implícitos, es que podremos pensar en representar dicha afirmación con un condicional que esté sujeto a excepciones implícitas. De esta forma, Caracciolo sostiene que la derrotabilidad de las normas condicionales (que estructuremos una norma utilizando el *f*), es dependiente de usos intencionales del lenguaje por los usuarios[1304]. Si esto es así, entonces el carácter derrotable de los condicionales normativos es una forma de expresar que el contenido de los antecedentes no está determinado por aquello que dice, sino por aquello que quieren decir[1305].

Me parece que la precisión de Caracciolo es pertinente, pues nos permite mostrar, por lo menos, dos cosas: i) el carácter derrotable de las normas condicionales no es una propiedad objetiva o una característica de las normas, sino un rasgo que los usuarios del lenguaje introducen a efectos de representar, de mejor manera, una forma de usar las normas; y ii) visto dicho punto desde una aproximación interpretativista, la derrotabilidad de las normas es una forma de presentar una discordancia entre la identificación de una norma y la norma correctamente identificada. Sobre esto último volveré en breve.

Por mi parte considero que a esta propuesta se le pueden hacer las siguientes críticas: i) i) carecemos de criterios claros sobre cuándo está justificado revisar el antecedente de una norma; y ii) esta propuesta no es apta para dar cuenta de la noción de *prima facie* entendida como superabilidad. Veamos cada una.

a. Sobre la justificación de la revisión

[1304] Luzzati propone un ejemplo bastante claro: una madre le dice a la niñera «durante la tarde eséñale juegos a mi hijo más pequeño». Considerando que el hijo más pequeño tiene 8 años de edad, el uso pragmático de esta afirmación presuponía que le enseñe a jugar propios de su edad y un rechazo a que le enseñe juegos de azar y cómo realizar buenas apuestas. Luzzati, 2018, p. 331. El punto de Caracciolo es que no toda norma condicional es derrotable, será derrotable en función al tipo de uso del lenguaje que se pretenda representar con la norma condicional.
[1305] Caracciolo, 2006, pp.161-62.

Como ya hemos visto, derrotar una norma (desde esta aproximación) se basa en la propuesta de que las formulaciones de las normas condicionales son entimemáticas (es decir, no tienen explicitas todas las delimitaciones del ámbito de aplicación) de manera que solo necesitamos explicitar un presupuesto implícito (elegido racionalmente mediante los axiomas del operador de revisión) para poder identificar la excepción contenida en la norma para un caso concreto. En otras palabras, debemos pasar de una presentación del contenido proposicional de las normas incompleto a uno más completo (o, de forma menos optimista, menos incompleta). Ello por medio de la revisión de nuestas creencias sobre el contenido del antecedente.

Ello nos lleva a la pregunta, ¿es posible identificar todas las condiciones (explícitas e implícitas) que componen una norma condicional? Tal identificación puede entenderse en, por lo menos, dos sentidos: i) si nuestras revisiones resultantes son correctas; y ii) si es conceptualmente posible arribar a una tesis de relevancia última.

En cuanto a la corrección de nuestras revisiones, Alchourrón fue expreso en considerar que las revisiones no son ajenas a los errores, y puede ser el caso que permanentemente estemos revisando nuestras creencias sobre la composición del antecedente[1306]. Podemos controlar la racionalidad de una revisión, pero no podemos controlar racionalmente su corrección sustantiva, pues eso depende de un criterio de calificación extrasistémico (de otro sistema normativo que empleamos para calificar si algo es correcto o incorrecto). En efecto, la propuesta *alchourroniana* es una reconstrucción lógico-formal que ofrece criterios de corrección formales[1307].

[1306] Sostuvo expresamente: «en cualquier proceso de revisión de un conjunto de premisas se pueden cometer, y habitualmente se cometen, muchos errores. Podemos dejar consecuencias no deseadas, podemos perder consecuencias deseadas o podemos hacer ambas cosas a la vez. Cada proceso de revisión es de hecho una empresa muy complicada, capciosa y arriesgada que debería ser cuidadosamente controlada». Además de ello: «luego de la segunda revisión surge la pregunta: ¿hemos alcanzado el conjunto correcto y deseado de premisas? Por lo general nunca estaremos seguros de haber obtenido el conjunto de premisas deseado (mucho menos el correcto), porque nunca somos enteramente conscientes del infinito conjunto de consecuencias que se sigue de cualquier conjunto de premisas (incluso de uno muy reducido). Por esta razón se deben corroborar permanentemente las cualidades de las premisas y se debe estar listo para realizar tantas revisiones como el análisis y nuestra experiencia lo requieran». Alchourrón, 2010 [1993], p. 120 y p. 122.

[1307] Por ejemplo, no correcto que tengamos un conjunto de creencias inconsistentes ni podemos revisar nuestras creencias sobre el antecedente con una creencia inconsistente con la propiedad explícitamente prevista (si tenemos un antecedente compuesto por *f*p no podemos hacer una revisión que introduzca ¬p).

Pero la idea que nos muestra Alchourrón respecto a la posibilidad de continuamente estar revisando nuestras creencias (incluso las creencias ya revisadas) nos lleva a cuestionar respecto a si la empresa de identificar un conjunto de condicionales suficientes completo (una formulación que de cuenta, por fin, de manera completa de la norma o, dicho de otro modo, lograr una tesis de relevancia final) es conceptualmente posible o no: ¿en algún momento nuestras revisiones tendrán fin dado que habremos llegado a la reconstrucción completa y final del conjunto de condiciones suficientes que compone el antecedente de la norma? Para poder responder esto tenemos que precisar en qué momento, según esta tesis, está justificado realizar una revisión.

Como bien han anotado Navarro y Rodríguez, la expresión «si p entonces q» no está afirmando que la verificación de p sea una condición suficiente de q, sino lo que se está diciendo es que «si p normalmente entonces q»[1308]. Esto quiere decir que tenemos dos tipos de casos: i) casos normales en los cuales no es problemático asumir que la verificación de p se sigue q; y ii) casos anormales en los cuales la verificación de p no sigue necesariamente q. La diferencia entre normalidad y anormalidad es lo que permite activar las acciones de explicitación de presupuestos del antecedente. La anormalidad, en otras palabras, refiere a todos aquellos casos que justifican las acciones de revisión del antecedente.

En vista a que tenemos dos tipos de compromisos deónticos (representados por la regla de separación fáctica y por la regla de separación deóntica), es posible distinguir dos tipos de normalidad y de anormalidad[1309]. Cada sentido de normalidad/anormalidad está vinculado al tipo de *modus ponens* que adoptemos para hacer inferencias con normas condicionales.

Si adoptamos un *modus ponens* como regla de inferencia de separación fáctica tendrá un sentido de normalidad fáctica. De acuerdo con esta, de verificarse el antecedente de la norma N1 (un hecho o una acción), entonces se seguirá el consecuente (*f*p=>Oq). La anormalidad se produce en todos aquellos supuestos en los cuales un hecho o acción (normativamente relevante) no especificado en el antecedente, cancela la inferencia. La

[1308] Navarro y Rodríguez, 2014, p. 94
[1309] En las líneas siguientes sigo, en parte, las ideas de Navarro y Rodríguez, 2014, pp. 112 y ss, y Rodríguez, 2005b, pp. 112-13.

relevancia normativa de este hecho o acción no expresamente previsto por N1 se debe a que una norma N2 ha atribuido una calificación normativa a tales propiedades, de manera que de verificarse las propiedades denotadas por N2, se sigue una consecuencia normativa incompatible con la prevista en N1. Dicho en otras palabras: la anormalidad fáctica puede ser entendida como un supuesto de conflicto normativo que es resuelto mediante la revisión del antecedente de una de las normas[1310].

Si adoptamos un *modus ponens* como regla de inferencia de separación deóntica tendremos un sentido de normalidad deóntico. De acuerdo con esta, de verificarse el antecedente de la norma N1 (un deber), entonces se seguirá el consecuente, esto es, otro deber (O(*f*p=>q)). La anormalidad se produce en todos aquellos supuestos en los cuales otro deber no especificado en el antecedente cancela la inferencia. La relevancia normativa de este deber no explicitado en N1 se debe a que una norma N2 ha previsto que nuestra conducta también está regida por dicho deber. Al igual que en el supuesto anterior, la anormalidad deóntica puede ser entendida como un supuesto de conflicto normativo que es resuelto mediante la revisión del antecedente de una de las normas[1311].

Si bien el término «normalidad» es sumamente ambiguo[1312], creo que a partir de la reconstrucción ofrecida en este subapartado y las tesis analizadas en el Capítulo II de la presente investigación, podemos presentar algunas maneras de entender un caso normal.

[1310] Retomando el ejemplo inicialmente propuesto de Alchourrón, este es el caso donde N1 señala «si homicida entonces obligatorio sancionarlo» y N2 establece «si menor de edad, entonces prohibido sancionarlo» y es el caso que tenemos un menor de edad homicida. En estos supuestos N1 y N2 están en conflicto que es resuelto explicitando el presupuesto implícito de N1': «si homicida y no menor de edad, entonces obligatorio sancionarlo». Sobre este punto profundizaré en Cap. IV.2.

[1311] Siguiendo un ejemplo previsto líneas atrás, si tengo la norma N1 «debes visitar a tu abuela, y cuando lo hagas, debes llamarla antes por teléfono para avisarle», el deber de llamarla se derrota si tengo el deber de visitarla de forma inesperada (deber generado, por ejemplo, a partir de una norma N2 que prevé la promesa de hacer algún acto sorpresivo por su cumpleaños o prometer fiscalizar si los servicios contratados a su favor se están cumpliendo diligentemente, lo cual se cumple mediante visitas insospechadas a la abuela).

[1312] Entre los muchos posibles sentidos que le podemos atribuir a «normalidad» he identificado los siguientes (lista no es exhaustiva, sino únicamente ejemplificadora del problema de ambigüedad):

1. Entendida como expectativa injustificada, es decir, como casos en los cuales se asume que un hecho ocurrirá, a pesar de que no tenemos garantías de que ello pase (por ejemplo, vemos huevos de peces y asumimos que habrá peces, sin conocer la tasa estadística de éxito de cuántos peces es probable que nazcan en las circunstancias en las que se encuentran esos huevos).
2. Entendida como habitualidad, es decir, como una generalización a partir de tener información sobre cierta frecuencia de que un determinado hecho ocurre luego de ciertas circunstancias.
3. Entendida como afirmación no cuestionada. Esto en un sentido prescriptivo y descriptivo. Prescriptivo por cuanto sea una afirmación que, dentro del espacio público, no se admite poner en duda (por ejemplo, está mal devorar niños recién nacidos). Descriptivo por cuanto sea una afirmación que no haya sido, hasta el momento, polemizada en espacios públicos.

Alchourrón presentó sus tesis asumiendo que los actos y resultados de la revisión dan cuenta de la identificación y explicitación de propiedades implícitas que el legislador efectivamente valoró[1313]. En este sentido, los casos normales tienen una referencia directa al agente que emitió la norma condicional y al conjunto de creencias que este poseía al momento de hacerlo. Dicho de otro modo, un caso normal (de norma condicional prescriptiva) sería aquel caso que no despierta asombro o sorpresa, es decir, es el supuesto en el cual estaríamos dispuestos a aceptar que la aplicación de la norma consigue el estado de cosas deseado por el creador de la norma. En cambio, los casos anormales serían aquellos en los cuales el resultado de aplicar la norma condicional tendría consecuencias contraintuitivas: el resultado de la aplicación no sería, precisamente, el mundo que se

4. Entendida como un estado de cosas deseado. En otros términos, como referencia a cómo deben ser ciertos hechos futuros (conforme a algún criterio de corrección axiológica).
5. Entendida como un modelo regulativo. Refiere al tipo de supuesto es empleado para diseñar marcos normativos a todos y todas (por ejemplo, este sentido es empleado por la literatura crítica que sostiene que el derecho de un país ha sido pensado a partir de los problemas de una persona que es hombre, entre 20 y 50 años, heterosexual, sin ningún tipo de discapacidad, caucásico, católico, económicamente autónomo, entre otros).
6. Entendida como estándar de conocimiento. Refiere a aquellos criterios que son empleados para evaluar el tipo de información que una persona debiera poseer, en función a las circunstancias fácticas en la que habitualmente se encuentra (por ejemplo, el estándar de consumidor razonable empleada en protección al consumidor).
7. Entendida como referencia a la ausencia de cambio. Refiere a aquellos casos en los cuales queremos dar cuenta que los elementos contextuales (relevantes) no han variado (por ejemplo, el uso de la cláusula *ceteris paribus*).
8. Entendida como estándar de evaluación. Refiere a todos ellos criterios que son empleados como criterios de corrección de moral social.

[1313] Esto supone una diferencia sustantiva con su propuesta posterior, el enfoque disposicional de la derrotabilidad, la cual estaba basada cómo hubiera valorado el legislador una propiedad que no valoró. Ver Cap. II.3,3.2.

pretendía lograr[1314]. Cabe precisar que serían contraintuitivas no para cualquier operador jurídico, sino contraintuitivas considerando al agente que emitió la norma[1315].

Ahora bien, me parece que esta es una presentación simplificada de una tesis sobre cómo interpretar las disposiciones normativa. La distinción entre casos normales y anormales puede ser entendida como una forma de presentar la diferencia entre casos en los cuales no tenemos desacuerdos valorativos con una interpretación y casos en los cuales tenemos desacuerdos valorativos con una interpretación. Sobre este desacuerdo puede ser presentado de múltiples maneras, entre todas ellas, considero que en este punto Alchourrón estaba pensando en la discrepancia entre el significado literal de una disposición respecto del significado considerado correcto.

De esta forma, al hablar de una norma (*f*p->Oq) estaríamos dando cuenta de un significado *prima facie* sujeto a evaluación. En este sentido, si consideramos que los efectos de aplicar la norma a un caso individual serán valorativamente satisfactorios, entonces sostendremos que es un caso normal y que no requiere de revisión del antecedente. En cambio, si consideramos que los efectos serán valorativamente

[1314] De manera reciente Bruno Celano y Marco Brigaglia han ofrecido una noción de normalidad similar a este sentido. Estos autores consideran que para diferenciar entre casos normales y anormales debemos emplear un criterio psicológico. Sostienen que todos poseemos un mecanismo inconsciente, denominado «el guardián», cuyas funciones son: i) verificar si el veredicto prescrito por las reglas coincide con algún parámetro inconsciente (intuiciones y expectativas de lo que entendemos por normal); y ii) si no es el caso, inhibir la aplicación de la regla, lo que activa la reconsideración (implementación de una excepción). Los escenarios inconscientes, que funcionan como condiciones de normalidad, dan contenido a lo que sería una causal para una excepción verdadera. Desde esta aproximación, un signo confiable de una excepción verdadera es la sorpresa y la duda por parte del que toma las decisiones. Si no hay sorpresa y duda, entonces, no hay caso anormal, por tanto, no hay excepción (lo que el llamaría una verdadera excepción, es decir, una propiedad que no se deriva del propio sistema normativo). Celano y Brigaglia, 2017, 139. En relación con la noción de normalidad y particularismo jurídico débil en Celano ver: Strahovnik, 2016. Si bien hay un punto de conexión entre la noción de normalidad de Alchourrón y la de estos autores, las intuiciones de las que daba cuenta el primero no son enteramente psicológicas, sino basadas en una imagen de un creador de normas condicionales racional (por tanto, idealizado).
Por otra parte, Soeteman ha vinculado la idea de normalidad con la de invariabilidad de la verdad de los enunciados. Este autor ofrece el siguiente ejemplo: imaginemos que he tomado un vuelo de Londres a Ámsterdam y en atención a ello llamé a mi esposa para avisarle. Conforme a sus cálculos ella infirió que estaría en casa a las 10pm. Esta creencia se justifica en circunstancia que no haya información en contrario, es decir, en caso normal. Un caso anormal sería un supuesto donde nueva información genere una variación del contexto fáctico, como podría ser el supuesto que desvíen mi avión a Bruselas, lo cual haría inviable que pueda estar en casa a las 10pm. En este sentido, el sentido de normalidad caracterizado por este autor (y que se asemeja al que esgrime Alchourrón), es que las circunstancias sobre las que discutimos sean verdaderas. Soeteman, 2003, pp. 205-206.

[1315] Loui en este punto fue preciso al considerar que la revisión de una norma condicional depende de un conflicto epistémico que haya sufrido el agente aplicador de la norma. Loui, 1997, p. 346. Bajo las consideraciones esgrimidas, el conflicto se generaría considerando lo que el agente aplicador hubiera sido la decisión del legislador racional.

insatisfactorios, entonces sostendremos que es un caso anormal y que requiere de revisión.

Los actos de revisión, en este sentido, engloban al conjunto de operaciones reinterpretativas por las cuales un primer significado es sujeto a valoración y de confirmación si será derrotado o no. Si nuestros criterios de corrección determinan que es pertinente cambiar de significado, recurriremos para a ello a un conjunto de medios por los cuales incorporar una nueva propiedad en el antecedente a efectos de introducir todas las distinciones necesarias para que sea valorativamente satisfactoria[1316].

En este sentido, derrotar una norma entendido como revisar el antecedente (esto es, explicitar una propiedad implícita), es una manera de presentar la distinción entre significado *prima facie* y significado todo considerado[1317]. En un primer momento, el aplicador del derecho creía que la norma era la identificada mediante el significado *prima facie*. En un segundo momento, tras realizar una operación de revisión de creencias sobre el contenido de la norma, concluimos que la norma identificada es la contenida en el significado todo considerado.

[1316] Otra lectura posible de Alchourrón es que estaba adoptando una concepción fuerte sobre la intención del legislador. En este sentido, por ejemplo, podríamos considerar que los casos normales son todos aquellos los previstos por el alcance de las razones subyacentes de las normas, de manera que la anormalidad da cuenta de un supuesto de no coextensionalidad entre la norma y su propósito. Al respecto, Ratti, 2013a, pp. 181-82. Otra manera de presentar este punto es considerar que, para identificar las normas cada aplicador del derecho debe identificar el significado semántico y el uso pragmático que pretendió el legislador al momento de introducir esa disposición (sobre este punto ver Chiassoni, 2016a, p. 286). Por significado semántico quiero decir una tesis prescriptiva que toda disposición debe ser entendida conforme al sentido semántico de las palabras empleadas en la disposición. En cambio, por uso pragmático quiero dar cuenta de las inferencias que podemos realizar sobre qué mensaje se estaba transmitiendo a partir del contenido semántico, trasfondo contextual (conocimiento común del hablante y el oyente) y máximas de la conversación (reglas que gobiernan las comunicaciones en un determinado contexto cultural). Dicho de otro modo, alude al uso que hacemos de las palabras para transmitir un mensaje, en el caso de normas, para diseñar un estado de cosas deseado (una caracterización de cómo deberían ser, regulativamente, los hechos futuros). Con esta distinción, se puede hablar de que nuestras formulaciones sobre las normas son incompletas, en el sentido de que no capturan (adecuadamente) el uso pragmático del contenido proposicional de las normas. Dicho contenido proposicional estaría fundado en las decisiones del agente creador de la norma condicional como de la información que disponía para tomar tal decisión. De esta forma, entonces, está justificado revisar (derrotar normas) en todos aquellos casos en los cuales consideramos que el contenido pragmático de la norma no ha sido bien presentado (en otros términos, que no estamos entendiendo adecuadamente cuál es el estado de cosas deseado por el creador de la norma).
Al respecto, considero que Alchourrón no pretendió ofrecer una tesis fuerte sobre la interpretación ni la presupuso al momento de formular su propuesta. Como hemos visto, el no pretendió dar cuenta sobre cómo identificar una norma, sino cómo estructurar normas conforme a una lógica deóntica monotónica. Sin perjuicio de ello, me parece que esta lectura posible de Alchourrón nos muestra que su propuesta puede ser empleada incluso por quienes adoptar tesis fuertes sobre la intención del legislador.

[1317] Ver Cap. II.2.

Considero que la vinculación entre la noción de derrotabilidad y la idea de normalidad es fructífera para aclarar las tesis de Alchourrón por dos razones: i) evoca a la idea de que los antecedentes de las normas (o lo que pensamos son los antecedentes de las normas a primera vista) no garantizan en toda circunstancia posible el consecuente, sino que solo lo hará en determinados casos (los normales); y ii) permite poner de relieve que esta aproximación a la noción de derrotabilidad permite dar cuenta que el contenido de las normas condicionales es dependiente de las preferencias interpretativas del aplicador del derecho.

La calificación de un caso como normal o como anormal depende de consideraciones evaluativas respecto a lo que creemos es el contenido pragmático de la norma. Desde este punto, entonces, no es posible señalar que una revisión será la última ni es conceptualmente posible sostener la irrevisabilidad de ninguna creencia, pues cada espacio-tiempo posterior representa una oportunidad para emitir nuevos juicios de valor respecto a la normalidad o anormalidad de un caso[1318].

Que las creencias sean revisables constantemente es una manera de decir que el contenido del antecedente está sujeto a revisiones respecto de las cuales no tenemos un parámetro objetivo que determine en qué casos es correcto o incorrecto revisar: decidiremos qué se debe revisar conforme a nuestras consideraciones subjetivas de corrección material de una norma (que estimemos que es valorativamente satisfactoria). Si esto es así, entonces el operador de revisión es una forma de representar que la identificación de la norma está sujeta a reinterpretación restrictiva: el aplicador del derecho posee competencia para introducir nuevas distinciones en el antecedente de la norma. En breve, el operador de revisión es una forma de representar decisiones valorativas de lo que es normal y de lo que no es normal.

Realizar una revisión del antecedente, bajo esta presentación, es entendido como una explicitación de presupuestos implícitos lo cual permitiría demostrar que no es necesario emplear lógicas no-monotónicas para explicar la incorporación de nueva información. Al respecto, considero que esto genera un problema: reduce las posibilidades de juicios deductivos inválidos. En efecto, esto permite convertir los casos (por lo menos algunos)

[1318] Sobre esto ya he profundizado en Cap. II.3,3.3.

de invalidez de la deducción en supuestos de información incompleta sobre el antecedente de la norma. Es decir, las deducciones inválidas lo serían hasta que incorporamos las premisas ocultas, en tanto, los casos de inferencias deductivamente inválidas son abordados como si fuesen problemas de entimema (son inválidos porque nos falta incorporar las premisas que los hagan válidos). Dicho de otro modo, una inferencia con una norma condicional derrotable es potencialmente válida, en caso podamos incorporar una condición en el antecedente que así lo permita.

b. Sobre la ambigüedad de *prima facie*

Cabe anotar que las tesis propuestas por Alchourrón enfrentan dos problemas vinculados entre sí relacionados con el uso de la noción *prima facie*: i) no da cuenta de todos sus sentidos y al no hacerlo deja de lado algunas operaciones jurídicas relevantes; y ii) en algunos apartados hace referencias equívocas a ambos sentidos de la noción.

La expresión «*prima facie*» es ambigua[1319]: puede ser entendida como una noción que da cuenta de la cancelabilidad de la norma o de su superabilidad. Para dar cuenta de estos dos sentidos del sintagma «*prima facie*» es necesario realizar algunas precisiones conceptuales sobre la noción de razón. Es pertinente distinguir entre relevancia, fuerza y sentido:

1. La relevancia de las razones refiere a si la razón es pertinente o no para guiar la conducta. Decir que una razón no es relevante quiere decir que esta no es una razón para llevar a cabo una determinada acción (no existe para efectos del caso).
2. La fuerza de las razones refiere al mayor o menor peso que puede tener una razón para determinar la acción a realizar. Puede ser absoluta (prevalece sobre cualquier otra razón) o *pro tanto* (si la razón compite con otra, esta puede ser superada siempre que la otra tenga más peso o más fuerza, sin que ello implique perder relevancia).
3. El sentido de las razones refiere a si la razón opera a favor o en contra de una determinada acción.

[1319] Sobre este punto sigo a Shope, 1965, Searle, 1978, Redondo, 2012 y lo señalado en Cap. I.3,3.1.

La noción de *prima facie* como cancelabilidad da cuenta de todas aquellas circunstancias en las cuales calificamos que deberíamos realizar una cierta acción (u omisión), pero al incorporar nueva información a la discusión, nos damos cuenta que, todas las cosas (relevantes) consideradas, este deber no era el aplicable a nuestra acción. En otros términos: da cuenta de la pérdida de relevancia o, que el deber que consideramos aplicable era una mera apariencia (producto de nuestra información incompleta).

La noción de *prima facie* como superabilidad da cuenta, por el contrario, de todas aquellas circunstancias en las cuales calificamos que deberíamos realizar una cierta acción (u omisión), pero esa misma acción posee una calificación distinta por otro deber, el cual posee mayor peso (o, en términos normativos, jerarquizamos sobre el primer deber). En otros términos: da cuenta de la pérdida de fuerza (pero no de relevancia), o que el deber que consideramos aplicable puede no determinar lo que se debe hacer, todo considerado, frente a otro deber jerárquicamente superior (producto de no haber ordenado todos los deberes, sin que la ordenación implique la derogación de un deber).

Las ideas de Alchourrón dan cuenta, adecuadamente, de la noción de *prima facie* entendida como cancelabilidad. En efecto, de acuerdo con esta perspectiva, el deber (representado mediante una norma condicional) deja de ser aplicable, pues nos damos cuenta (tras un mejor análisis descriptivo del contenido del antecedente), que esta no es relevante para resolver el caso. Pero esta aproximación no puede dar cuenta de la noción *prima facie* entendida como superabilidad (el cual no es un problema de relevancia, sino de fuerza).

El problema con ello, además de dejar de lado un tipo de operación que realizamos con normas condicionales, es que en los trabajos de Alchourrón no hay un uso uniforme de la noción de deber *prima facie*. Esto es notorio, en particular, en dos apartados: i) en el texto «Para una lógica de razones *prima facie*» trata de dar cuenta de un problema de superabilidad y no de cancelabilidad; y ii) en la justificación de que la noción de norma puede dar cuenta de los mismos conceptos que la noción de razón para la acción y lo hace de mejor manera.

En relación con i), conforme a la descripción señalada en el apartado «Deberes *prima facie*», la noción *prima facie* es empleada con referencia directa a la idea de comparación

de fuerza. Alchourrón señaló que para determinar el consecuente aplicable a un caso individual es necesario tener «información en cuanto valor comparativo de las razones simples involucradas. Esto es, hace falta saber si *A* tiene más valor que *D* como para desplazarla (derrotarla en el conflicto de razones) o si, por el contrario, es *D* quien desplaza a *A*, o si se da el caso de que ninguna razón tiene más valor que la otra como para poder desplazarla»[1320]. Esta reconstrucción no es compatible con la noción de cancelación, sino con la de superabilidad. En efecto, de lo que está dando cuenta es una jerarquización entre deberes, es decir, de crear reglas de preferencia entre ellos sin que el resultado implique una pérdida de relevancia.

En relación con ii), respecto al uso de la noción de norma en vez de razones para la acción, Alchourrón y Bulygin hacen frente al argumento de que mediante la noción de razón para la acción se puede dar cuenta de cómo las obligaciones pueden ser superadas o desplazadas por otras razones (llamándolas, por ello, *prima facie*). Al respecto, sostienen que, para dar cuenta de tal idea, desde el discurso de las normas, se dispone del carácter derrotable de las normas condicionales[1321]. El punto, en breve, es que el carácter *prima facie* no es un rasgo de las razones, sino de la estructura condicional empleada para representar la razón (una norma condicional derrotable).

El punto i) y ii) comparten un mismo punto de partida problemático: la noción de condicional contribuyente y de operador de revisión no son aptos para dar cuenta de problemas de fuerza insuficiente, sino de pérdida de relevancia generada por solucionar un problema de conocimiento incompleto sobre el contenido de la norma.

[1320] Alchourrón, 2010 [1996a], p. 132.
[1321] En términos de estos autores: «"[s]i A, entonces debe ser B», no es aventurado sostener que en su gran mayoría (especialmente en el campo jurídico), tales condicionales son superables. Esto quiere decir que contienen excepciones implícitas, esto es, circunstancias que desplazan la obligación, aunque no estén formuladas expresamente. Aun una regla tan clara y simple como "Todo conductor debe detenerse en una luz roja", puede contener excepciones que no están expresadas. Alguien que venga de California podría entender que esa regla contiene una excepción implícita "a menos que gire a la derecha", que estaría seguramente excluida en otros países"». Alchourrón y Bulygin, 2016, p. 146.

4.1.3. Antecedentes débiles y derrotabilidad de inferencias

Jaap Hage ha formulado una propuesta similar a la presentada anteriormente sobre la noción de derrotabilidad. Como ya señalado en el Capítulo I[1322], a nivel de metateoría este autor ha identificado una serie de formas de entender la noción de derrotabilidad en el derecho[1323], y a nivel teórico ha propuesto una aproximación a la noción derrotabilidad tomando como objeto de análisis la justificación de inferencias[1324]. Su pretensión fue realizar una propuesta descriptiva que sobre qué es lo que hacemos cuando derrotamos una norma jurídica: dejamos de tener una creencia sobre cómo el derecho regulaba una determinada acción o hecho generada por la incorporación de nueva información a nuestro conjunto de creencias.

Este autor formuló su propuesta a efectos de oponerse a quienes se aproximan a la noción de derrotabilidad como un problema epistémico sobre el contenido de las normas, como es el caso de Alchourrón. Este autor consideró que la derrotabilidad epistémica no es una noción adecuadamente construida por dos razones: i) es una etiqueta nueva para un viejo problema usualmente llamado revisabilidad; y ii) es un fenómeno psicológico que tiene solo incidencia indirecta con el razonamiento o la lógica. Al respecto, sobre el primer punto cabe responder que esto solo da cuenta de un desacuerdo verbal poco relevante. En relación con lo segundo, como ya he ido anotando líneas atrás, creo que la crítica es equivocada, pues la propuesta de derrotabilidad epistémica de Alchourrón, para ser específicos, está lejos de ser una tesis psicológica, es una propuesta lógico-filosófica sobre cómo reconstruir, desde la concepción deductivista de la lógica deóntica, cómo deben ser los cambios racionales de nuestras creencias.

Frente a la propuesta de Alchourrón, Hage propuso que el problema de la derrotabilidad es mejor entendido como un caso de pérdida de deducibilidad de una inferencia. Veamos este punto.

[1322] Ver Cap. I.2,2.1.
[1323] Ver lo expuesto en el Cap.I.2,2.1.
[1324] Hage, 2003, p. 223.

Para Hage al aceptar algunas creencias está justificado que tengamos todas aquellas creencias que se infieren de ellas. Ofrece el siguiente ejemplo[1325]: supongamos que tengo la creencia «Juan debe ser castigado porque creo que posee pornografía y creo, además, que la posesión de pornografía es susceptible de castigo». La creencia de que Juan debe ser castigado se justifica en que creo que la posesión de pornografía es castigable. Si yo perdiera esta última creencia, entonces no estaría más justificado que crea que Juan debe ser castigado. Lo mismo pasaría si descubro que Juan tiene pornografía para propósitos científicos y, a la vez, tengo la creencia de que la investigación científica no debe ser castigada (así sea sobre o con pornografía). Como vemos, estamos ante un supuesto en el que unas nuevas creencias socavan viejas creencias, en el sentido de que las segundas despojan de justificación a las primeras.

Como podemos ver, esta aproximación a la noción de derrotabilidad concentra su análisis en la justificación (entendida como resultado de una inferencia deductiva) de una creencia a partir de un conjunto de creencias que no se encuentra totalmente especificado o, dicho de otro modo, de un conjunto que no es irrevisable[1326]. En este sentido, la noción de derrotabilidad da cuenta de escenarios en los cuales la justificación de una creencia se pierde tras la incorporación de nueva información al conjunto de creencias. En otros términos, esta aproximación a la noción de derrotabilidad da cuenta de las circunstancias en las cuales nuestro conjunto de creencias es expandido de manera tal que los nuevos elementos incorporados, que conforman ahora un nuevo conjunto de creencias, despojan de justificación a las creencias deducidas de nuestro primer conjunto de creencias (en el ejemplo: el caso de Juan y su uso científico de la pornografía que conlleva que esté injustificado creer que Juan debe ser castigado).

Veamos cómo opera esta tesis en el contexto jurídico. Bajo la terminología de Hage, la conjunción de un caso genérico y su consecuencia jurídica correlacionada por un operador deóntico es llamada *case-legal consequence pair*, en adelante CLCP[1327]. La aplicación de los CLPC para resolver un caso es mediante la subsunción, por lo que en este punto

[1325] Hage, 2003, p. 224.
[1326] Hage, 2003, p. 225.
[1327] Hage, 2003, p. 228. Debo resaltar que CLCP da cuenta de la noción de norma condicional, es decir «Si a entonces es obligatorio b». Mantengo la nomenclatura propuesta por Hage a efectos de realizar una reconstrucción caritativa de este autor, aunque considero que no debemos perder de vista que está empleando una nueva etiqueta para una, como él diría, vieja noción.

corresponde preguntarse: ¿en qué momento se da la derrota de la justificación de una creencia sobre un CLCP?

Al respecto, Hage considera que esta aproximación a la noción de derrotabilidad permite esclarecer tres escenarios: los efectos de la carga de la prueba en los procesos de toma de decisiones, la pérdida de justificación de creencias en el contexto de descubrimiento, y que los CLCP están compuestos por excepciones implícitas.

En relación con el primer escenario, los efectos de la carga de la prueba en los procesos de toma de decisiones, Hage sostiene que la parte demandada al incorporar nueva información en el proceso (al satisfacer su carga de la prueba activada como resultado de haberse iniciado un proceso con la demanda) tiene como efecto que las creencias justificadas en la demanda no se encuentren más justificadas (asumiendo una satisfacción de dicha carga).

El autor ofrece el siguiente ejemplo para ilustrar el punto: imaginemos a una señora llamada Violeta que estaba manejando a exceso de velocidad, hecho por el cual fue detenida por la policía y llevada posteriormente a procedimiento para removerle la licencia de conducir. La denuncia presentada por la fiscalía estaba sustentada con prueba de los hechos, da manera que el juez a partir de ellos tenía la creencia justificada que debería castigar a Violeta. Ante estas alegaciones se activó la carga de la prueba de Violeta, quien afirmó (y probó) que su velocidad se debía a que estaba llevando a su hijo enfermo al hospital, de manera que su actuación estaba exceptuada de una sanción. En este momento la creencia del juez que Violeta debía ser castigada dejó de estar justificada[1328].

Sobre este punto ya he profundizado[1329], de manera que no insistiré en este extremo. Sin embargo, pongo de relieve la idea señalada por Hage al respecto: las creencias derivadas (deducidas a partir de un conjunto de creencias) pueden dejar de estar justificadas ante el incremento (o reducción) de creencias en nuestro conjunto de creencias.

[1328] Hage, 2003, p. 227.
[1329] Ver Cap. III.3,3.2.

En cuento al segundo escenario, pérdida de justificación de creencias en el contexto de descubrimiento de las decisiones jurisdiccionales, parto con algunas precisiones. El contexto de descubrimiento da cuenta de los motivos (de diversa índole) que llevan a un aplicador del derecho a tomar cierto tipo de decisiones (refiere a las razones explicativas). Dicho en breve, alude a todas las razones por las cuales consideramos adecuadas las premisas elegidas para realizar un silogismo. En cambio, en el contexto de justificación se da cuenta de las razones que permiten justificar, a partir de una serie de premisas, una decisión (refiere a las razones justificativas)[1330].

Volvamos al ejemplo de Violeta. En el contexto de descubrimiento de la decisión de este caso tendríamos que ofrecer argumentos para: i) considerar cuál es la norma aplicable o, en términos de Hage, el CLCP (la cual sería «si una persona maneja con exceso de velocidad, entonces obligatorio sancionarle, a menos que ocurra durante una emergencia médica»); y ii) que las descripciones de hechos pasados relevantes, conforme al CLCP, están probados.

El punto ii) es dependiente de nuestras creencias sobre el punto i), pues solo sabemos qué descripciones de hechos probados son relevantes a partir de la norma que es aplicable al caso, sin dicha norma solo tenemos descripciones del pasado. En función a nuestra creencia de que una determinada norma es aplicable al caso se sigue que esté justificado creer que la prueba de ciertos hechos es relevante, si cambiamos dicha creencia (ahora creemos que otro CLCP es el aplicable) pierde justificación que creamos que esos hechos son relevantes y estará justificado que creamos que otros hechos son relevantes (a ser probados).

La pérdida de justificación de una creencia también puede ser resultado de haber resuelto antinomias[1331]. En este tipo de escenarios un aplicador del derecho considera, en un primer momento, que un CLCP es aplicable a un caso, pero luego, tras una mejor revisión del sistema normativo, ve que hay otro CLCP aplicable al caso, pero con una solución

[1330] Si bien es posible reconstruir de diversas formas la distinción entre contexto de descubrimiento y de justificación, para este apartado sigo de cerca los criterios empleados por Hage, 2003, p. 227. Hage deja fuera de la discusión la pérdida de justificación de una creencia en el contexto de justificación, puesto que esta es caracterizada como un juicio de deductivo a partir de creencias justificadas. Si incorporo nuevas premisas en el razonamiento ello no es un problema de justificación, sino de descubrimiento.
[1331] Hage, 2003, pp. 229-230.

normativa contraria. Este conflicto bien podría ser solucionado (entre las diversas posibilidades) de dos maneras: usando *lex posterior* o *lex specialis*, por señalar dos opciones. En este sentido, la solución de dicha antinomia tiene como resultado que la creencia de aplicabilidad del primer CLCP deje de estar justificada.

En relación con el tercer escenario, los CLCP están compuestos por excepciones implícitas, Hage considera que hay casos normales y casos excepcionales[1332]. Los casos normales son todos aquellos en los cuales la regulación de los CLCP no genera ningún tipo de conflicto moral o de cualquier otro tipo. En cambio, las excepciones dan cuenta de supuestos en los cuales los CLCP tienen una consecuencia que es considerada axiológicamente inaceptable por parte del aplicador (califica a la consecuencia normativa aplicable como injusta, subóptima, absurda, u otros calificativos de desvaloración).

Ante estos supuestos, Hage considera que deberíamos adoptar un modelo transparente sensible a reglas[1333], es decir, abrir un espacio de deliberación en el que la determinación del contenido de cada CLCP sea determinada por su propósito, pero en el que cada revisión sea determinada sopesando el peso ofrecido por la seguridad jurídica (es decir, por afectar la predictibilidad de la aplicación de una solución, por absurda o terrible que sea esta)[1334].

En relación con estas tesis, me parece que Hage no consigue ofrecer una propuesta que se oponga o muestre con mayor claridad el problema de la derrotabilidad. En cuanto a la pérdida de justificación, Bulygin ha formulado una serie de precisiones bastante relevantes. De acuerdo a la presentación de Hage lo que él está sosteniendo es que una creencia que está justificada en un conjunto de creencias C1 puede que no lo esté más en C2, siendo el caso que C2 es un conjunto de creencias que incluye C1. En este sentido, la relación entre C2 y C1 solo es posible cuando adicionamos información a C1 (de manera

[1332] Hage, 2003, p. 231. Véase que en este punto la preocupación de Hage es muy similar a la de Alchourrón, lo hace aún más débil su crítica sobre la relevancia de la aproximación lógico-formal en la teoría jurídica.
[1333] Sobre este tipo de forma de presentar la identificación de propiedades relevantes ver Cap. II.3,3.2 y 3.6.
[1334] Bulygin en una acertada crítica a este punto sostuvo que Hage está confundiendo dos tipos de problemas: hay una pregunta sobre cómo el derecho regula una cierta acción o hecho y otra pregunta es sobre cómo el juez decide el caso. Un juez puede identificar el CLCP aplicable al caso y, a pesar de ello, no aplicarla (por ejemplo, porque el juez consideró que el juez la consideró injusta o porque fue sobornado para ello), pero esto no hace que el CLCP sea, por si mismo, derrotable. El carácter derrotable es una atribución de rasgo o de propiedad (para Bulygin ello podría ser predicado a partir de la forma en que entendemos de la estructura de la norma condicional), que se diferencia de la mera descripción de si un juez aplicó o no la norma aplicable. Bulygin, 2003, p. 248.

que todos los elementos de C1 pertenezcan a C2 conjuntamente con la nueva información)[1335].

En el ejemplo de Juan visto líneas atrás, la creencia de que Juan debe ser castigado se justifica en la creencia de que; i) Juan tiene pornografía; y ii) la posesión de pornografía debe ser castigada. Tanto i) y ii) conforman el conjunto de creencias C1. Si a este conjunto de creencias le adicionamos iii) la posesión de pornografía no debe ser castigada si tiene como propósito y uso la investigación científica. Pero esto genera un problema: i), ii) y ii) no conforman un conjunto de creencias C2. El efecto de iii) es cambiar nuestra creencia anterior, es decir, ya no creemos que la posesión de pornografía debe ser castigada (la prevista en ii)), sino que ahora creemos que no toda posesión debe ser castigada.

El resultado incorporar la creencia iii) no es un macroconjunto, es decir, no es una mera adición de nueva información, sino que es un cambio de creencia[1336]. En este sentido, el punto de Hage se sigue asumiendo un supuesto de cambio racional de creencias que incluya sus consecuencias lógicas (creencias explícitas e implícitas).

Al respecto, considero que el punto a poner de relieve es ¿la aproximación a la noción de derrotabilidad de Hage es distinta a la ofrecida por Alchourrón? Hage para tratar de diferenciarse de Alchourrón hace esfuerzos por mostrar que su propuesta no se basa en un problema epistémico. En Alchourrón el problema es generado por una representación entimemática de la norma, es decir, una presentación de la norma que mantiene inexpresas ciertas propiedades de los antecedentes. En cambio, Hage sostiene que no está dando cuenta de un problema de información incompleta (no está en el plano epistémico), sino en la pérdida de deducibilidad de una creencia en a partir de un conjunto de creencias, es decir, es un problema sobre conservación y pérdida la deducibilidad de ciertas creencias.

La dificultad entre ambos autores es la misma, solo que abordada desde tipos de análisis diferentes del derecho: a ambos les preocupa la cancelabilidad de una norma generada por la incorporación de nueva información. Alchourrón, atendiendo a la conexión que realiza entre la teoría de las normas condicionales con el modelo AGM (y una tesis

[1335] Bulygin, 2003, p. 248.
[1336] Bulygin, 2003, p. 249.

prescriptiva sobre la interpretación del derecho implícita en ello), considera que esto implica formular con mayor precisión el antecedente de la norma. En cambio, Hage da cuenta de la revisión de un conjunto de creencias y de las creencias deducidas que se pierden con la revisión.

En cuanto al tercer escenario, que los CLCP están compuestos por excepciones implícitas, la propuesta de Hage, como vemos, no resulta muy distinta a las aproximaciones a la noción de derrotabilidad vistas en el Capítulo II. Hage está pensando, considero, en una identificación de un CLCP injusta, subóptima, absurda, u otros calificativos. Esta es solo una manera de presentar, en términos de Alchourrón y Bulygin podría llamarse a esto una laguna axiológica y en clave de Schauer una forma de resolver una experiencia recalcitrante.

Como podemos ver, Hage solo nos está ofreciendo una nueva terminología para presentar los mismos problemas y soluciones que presentó Alchourrón. Terminología que, cabe anotar, no resulta tan precisa ni clara respecto a los problemas que pretende aclarar: cómo realizar cambios racionales de creencias.

CAPÍTULO IV
DERROTABILIDAD Y CONFLICTO ENTRE NORMAS

1. Introducción

En el presente capítulo analizaré y criticaré las propuestas teóricas que emplean la noción de derrotabilidad como parte de las discusiones sobre cómo resolver un conflicto normativo y cómo analizar sus posibles resultados. Ello en dos sentidos: i) como noción que nos permite aclarar un tipo de resultado de un determinado tipo de conflicto normativo (derrota de norma entendida como norma implícita que supera a una norma explícita); y ii) como noción que nos permite clarificar los efectos de la superación de una norma sobre otra.

Para tales efectos, dividiré el análisis en cuatro apartados. En el apartado 2 del presente capítulo presentaré algunas clarificaciones y precisiones sobre qué quiere decir que dos normas están en conflicto entre sí. Ello me permitirá presentar, de manera adecuada, a partir de qué problema se está teorizando. En el apartado 3, analizaré una aproximación a la noción de derrotabilidad bajo la cual esta permite clarificar en qué casos los aplicadores del derecho han creado una excepción implícita.

En apartado 4 daré cuenta de la aproximación a la noción de derrotabilidad como un concepto empleado para esclarecer los efectos de la creación de un criterio de preferencia entre dos normas. Como veremos, bajo dicha propuesta la noción de derrotabilidad es entendida como parte de la forma de resolver cualquier conflicto normativo.

Finalmente, en el apartado 5 analizaré si entender las normas como derrotables impide o limita el desarrollo lógico del sistema normativo del cual forman parte[1337]; y cómo impacta la derrota de una norma en la completitud y consistencia de los sistemas normativos.

Como veremos a lo largo del capítulo, el punto en común de todas estas aproximaciones a la noción de derrotabilidad está en aclarar uno de los rasgos de una relación conflictiva entre normas: qué caracteriza a la norma que «vence» en un conflicto y qué caracteriza a la norma «derrotada» en un conflicto.

2. Conflictos entre normas: nociones y distinciones relevantes

El estudio de los conflictos normativos está compuesto por dos preguntas teóricas que debemos diferenciar: i) qué criterios nos permiten identificar que estamos frente a un conflicto normativo; y ii) qué criterios nos permiten resolver un conflicto normativo identificado[1338]. La noción de derrotabilidad forma parte de las discusiones de la segunda pregunta.

Para poder hacer un análisis claro y preciso de este conjunto de aproximaciones a la noción de derrotabilidad es necesario partir por aclarar algunos puntos que presupone la discusión: qué es (conceptualmente) un conflicto normativo. En este sentido, a efectos de poder entender adecuadamente las discusiones sobre cómo resolver un conflicto normativo (a través de la derrotabilidad), es menester partir por entender sobre qué estamos discutiendo.

[1337] Cabe agregar que aclarar este punto implica, además, señalar la compatibilidad entre una concepción sistemática del derecho (derecho entendido como un sistema normativo deductivo) y la noción de derrotabilidad.

[1338] Bobbio, 1990, p. 339. Lindahl y Reidhav, 2015, p. 50. Cabe agregar que atendiendo a esta distinción podemos analizar que el argumento de quienes sostienen que los conflictos normativos son solo aparentes dado que disponemos de medios para resolverlos. Esta idea es confusa, pues para resolver un conflicto se asume, como premisa, que hay un conflicto identificado, de manera que no tiene sentido negar la posibilidad de conflictos. Sobre este punto ver Ferrer y Rodríguez, 2011, p. 171.

En este subapartado daré cuenta de los principales criterios que nos permiten identificar un conflicto normativo. En otros términos, procederé a describir qué determina que un sistema jurídico sea consistente o inconsistente. Con este propósito, en las líneas siguientes procederé a: i) señalar la necesidad de emplear nociones lógicas para conceptualizar y formular criterios de identificación de los casos de conflicto normativo; ii) dar cuenta de las principales formas de entender la noción de conflicto normativo[1339]; e iii) identificar qué normas pueden entrar en conflicto.

Debo precisar que este apartado pretende ser exploratorio y útil para los propósitos de esta investigación, por lo que no pretendo realizar una profundización sobre el tema. Mi objetivo, en este momento, es poder señalar cuáles son las formas de conceptualizar qué son los conflictos normativos para poder identificar un conjunto de posibilidades teóricas que me permita luego poder analizar, con más precisión, cada aproximación a la noción de derrotabilidad entendida como criterio de solución de un conflicto normativo[1340].

Asimismo, es importante precisar que cabe diferenciar entre «conflictos normativos» como noción descriptiva de una inconsistencia entre el contenido de dos enunciados normativos y «conflictos normativos» como noción descriptiva de las inconsistencias que se presentan ante el aplicador del derecho. Con el primer supuesto, se da cuenta de qué implica, conceptualmente, una inconsistencia lógica. En cambio, con el segundo

[1339] Preciso que reconstruiré los criterios que emplearé en esta investigación para señalar que estamos frente a un conflicto normativo. En atención a ello, este no es un subapartado con pretensiones de ser exhaustivo y completo respecto de toda la literatura especializada.

[1340] La pregunta sobre qué criterios nos permiten identificar que estamos frente a un conflicto normativo agrupa múltiples discusiones. Desde un punto de vista metateórico es posible detectar diversas discusiones abiertas y sumamente interesantes respecto a la conceptualización de un conflicto normativo. No pretendo dar cuenta de todas las discusiones posibles ni mucho menos entrar a detalle en estas, pero me parece oportuno indicar algunas de las más relevantes a efectos de mostrar algunos de los alcances de esta temática y con ello mostrar porqué no es posible, para los objetivos de esta investigación, profundizar en todas estas. He identificado las siguientes: i) diferencias entre conflictos normativos entre normas y entre proposiciones normativas; ii) diferencias entre cómo entender un conflicto normativo por los lógicos deónticos y por los juristas que emplean la lógica deóntica; iii) diferencia entre entender un conflicto normativo como un problema genuino y quienes consideran que este es un problema aparente; iv) diferencias entre las diversas concepciones disponibles de cómo entender un conflicto normativo, las cuales pueden ser agrupadas entre quienes toman el punto de vista del destinatario y quienes toman el punto de vista del legislador; v) diferencias entre las concepciones disponibles de cómo entender qué genera un conflicto normativo; vi) diferencias entre un conflicto normativo generado por normas contradictorias y un conflicto normativo generado por normas contrarias; vii) diferencias de analizar un conflicto normativo como un problema de inconsistencia o un problema de incoherencia; entre otras. A lo largo de este apartado visitaré algunos de estos puntos en aras de realizar una descripción clara y precisa, pero no es el momento para reconstruir y adoptar postura en cada una de estas, pues la discusión que me interesa es analizar que dicen los teóricos del derecho cuando sostienen que un conflicto normativo puede ser resuelto empleando la noción de derrotabilidad.

supuesto, se da cuenta de una inconsistencia lógica que se presentan ante el juez al momento de resolver un caso judicial. En este sentido, refiere a inconsistencias dentro del micro sistema de normas aplicables.

Es importante poner de relieve que las discusiones sobre qué son los conflictos normativos son, en parte, dependientes del uso de la lógica deóntica en el estudio de los sistemas jurídicos. En efecto, la justificación de cómo dos nomas están en conflicto entre sí requiere emplear principios lógicos (en específico, el principio de no contradicción), para analizar las relaciones entre normas[1341].

Sobre este punto, cabe precisar que el análisis lógico de los conflictos normativos ha generado una de las principales discusiones dentro entre los estudiosos de la lógica deóntica. Conforme con lo señalado en el capítulo anterior[1342], uno de los retos conceptuales más interesantes a los que se ha tenido que enfrentar esta disciplina ha sido

[1341] Debo precisar, siguiendo a Ratti y Rodríguez, que sobre la forma de emplear la lógica deóntica para analizar el derecho podemos caer en un dilema. Al respecto, si consideramos que la lógica se aplica a normas jurídicas, entonces tenemos que aceptar los principios fundamentales de la lógica en el sistema jurídico (identidad, no contradicción y tercero excluido) lo cual puede ser entendido que esto implica que los sistemas jurídicos son, conceptualmente, consistentes y completos, lo cual es empíricamente falso. En este sentido, o bien aceptamos que la lógica se aplica a las normas, de lo que se sigue que los sistemas son necesariamente consistentes y completos (posición adoptada por quienes los autores llaman «creyentes»), o bien rechazamos que la lógica se aplica a las normas, lo cual nos lleva a descartar que la lógica sea útil para analizar los sistemas normativos (posición adoptada por quienes ellos llaman «escépticos»). Al respecto, es posible rechazar el dilema empleando dos tipos de estrategias: i) modificando nuestra forma de entender la lógica deóntica; o ii) diferenciando los tipos de análisis que nos permite hacer la lógica respecto del derecho. Quienes adoptan el camino i), consideran que la lógica debe ajustarse a las características del derecho, de forma tal que se deben formular sistemas lógicos *ad hoc* (una lógica que admita lagunas, una lógica borrosa, una lógica paraconsistente, una lógica no monotónica, una lógica derrotable, entre otras posibilidades). En cambio, quienes adoptan el camino ii) (como son Ratti y Rodríguez, con quienes estoy de acuerdo en este punto), sostienen que aceptar la posibilidad de relaciones lógicas ente normas no nos lleva a que los sistemas jurídicas necesariamente sean consistentes y completos, pues los principios lógicos no son informativos respecto de cómo son (conceptualmente) los sistemas normativos, sino que nos permiten identificar características de estos (si son o no consistentes y completos, en un plano descriptivo). Es decir, son nociones que nos permiten hacer descripciones respecto a cómo son las relaciones lógicas entre normas de un determinado sistema normativo. En efecto, aplicar el principio de no contradicción y tercero excluido a las relaciones entre normas no nos lleva a renunciar a la posibilidad de que existan normas inconsistentes ni a que el sistema pueda tener lagunas. Cabe agregar que incluso quienes rechacen la posibilidad de identificar relaciones lógicas entre normas no dejan de emplear estudios de lógica en el derecho, pues las nociones de inconsistencia y completitud son nociones lógicas, lo que es decir que emplean la lógica para dar cuenta de cómo son los sistemas jurídicos. Sobre esta discusión y con otras precisiones relevantes ver Ratti y Rodríguez, 2018 y Rodríguez, 1995, pp. 363 y ss. Guastini, 2019b, pp. 156-61. Cabe anotar que, dentro de la literatura especializada, algunos han sostenido que el derecho posee características específicas que hacen necesario modelar una lógica deóntica especial para el derecho. Para este punto ver Hage, 2001.

[1342] Ver Cap. III.4,4.1.

explicar cómo dos normas pueden entrar en conflicto entre sí[1343]. Para los fines de esta investigación asumiré que la lógica deóntica monotónica es adecuada para poder dar cuenta de los conflictos normativos, esto es, podemos emplearla para describir que un sistema normativo es inconsistente[1344].

De acuerdo con el principio de no contradicción, no puede ser el caso que una cierto enunciado p sea, a la vez, verdadero y falso. Ello, en un análisis normativo (analizamos proposiciones modalizadas con un operador deóntico de forma Op, por ejemplo), refiere a que no puede ser el caso que una cierta norma y su negación sean ambas válidas (entendido como aplicables) en un mismo sistema normativo. Podemos describir la relación entre dos normas como inconsistente cada vez que no se satisfaga el principio de no contradicción[1345], de acuerdo con el cual, no puede ser el caso una norma y su negación sean ambas aplicables a un mismo caso conforme al sistema normativo[1346].

Uno de los principales problemas de la inconsistencia en los sistemas normativos es que genera la frustración de una de las funciones de las normas jurídicas: poder guiar la conducta de sus destinatarios[1347]. En lógica proposicional se da cuenta de las situaciones

[1343] Los estudiosos de la lógica deóntica han discutido mucho respecto a si es posible dar cuenta de los conflictos o no a través del sistema estándar de la lógica deóntica. Al respecto, Ausín ha sistematizado las principales formas de solucionar dicha discusión (sin tener que renunciar a la idea de que los conflictos normativos son posibles y no son solamente aparentes): i) estrategia debilitadora, bajo la cual se rechazan o debilitan principios del sistema estándar de la lógica deóntica; ii) estrategia paraconsistente, bajo la cual se propone un nuevo sistema lógico que admite contradicciones; y iii) estrategia no monotónica, bajo la cual se considera que estamos frente a un problema de conocimiento sobre las normas en conflicto. Ausín 2005, pp. 163 y ss.

[1344] Sobre el punto ver Ratti, 2013b, p. 124, Ratti, 2013a, pp. 196 y ss., y lo señalado en Cap. II.4,4.1.

[1345] Representado formalmente como ¬(p.¬p) para proposiciones y como ¬(Op.¬Op) para normas. El principio de no contradicción puede ser entendido de dos maneras. Si es entendido de forma prescriptiva, entonces lo que estamos diciendo es que el creador del derecho no debe crear normas que entren en conflicto con otras. Si es entendido de forma descriptiva, entonces lo que estamos diciendo es que, conforme al principio lógico de no contradicción, un sistema es o bien consistente (no presenta inconsistencias) o bien no es consistente (presenta consistencias), sin que ello implique un deber ser o excluyendo alguna posibilidad descriptiva. En mi reconstrucción de esta discusión estoy empleando un uso descriptivo del principio de no contradicción.

[1346] Ratti y Rodríguez, 2018, p. 161. Debo precisar que adopto la definición de estos autores, pues también asumo que las normas, al ser entidades prescriptivas, carecen de valores de verdad. A efectos de poder analizar las relaciones lógicas entre normas, se sustituye la noción de verdad por la de validez. Esto nos lleva al problema de cómo entender la validez, pues es un concepto ambiguo, en tanto puede ser entendido como pertenencia, fuerza obligatoria, aplicable, existencia formal o eficacia entendida como norma usada para resolver el caso (al respecto ver Bulygin, 2012). En este punto, he elegido el sentido de aplicabilidad para efectos de precisión con la idea que estoy tratando de expresar. En las líneas siguientes seré explícito en señalar que sentido de validez empleo para dar cuenta de cada concepción de conflicto normativo analizada.

[1347] Giovanni Sartor ofrece un ejemplo claro para ilustrar el punto. Asumamos que tenemos la proposición «Marcos es un hombre y no es un hombre». Como es contradictoria, de ella podemos concluir cualquier cosa. Siguiendo el ejemplo, a partir de esa proposición podemos concluir la disyunción «Marcos es un

de inconsistencia a través del principio *ex falso sequitur quodlibet*, de acuerdo con el cual, ante un caso de contradicción se sigue cualquier conclusión[1348].

En este sentido, un conflicto normativo se refiere a una situación en la que no es posible la aplicación conjunta de dos normas, pues de hacerlo, cualquier resultado normativo sería posible[1349]. En este punto es pertinente precisar que los juristas tenemos una forma diferente de entender los conflictos normativos a cómo la tienen los lógicos (aunque ambos empleamos la lógica deóntica para analizar las relaciones entre normas).

Por un lado, para los juristas un conflicto es entendido como la conjunción de dos normas condicionales: (p->Oq) y (p->O¬q)[1350]. Por otro lado, como bien nos aclara Giovanni Battista Ratti, en la lógica proposicional la conjunción de (p->Oq) y (p->O¬q) equivale a la negación del antecedente, es decir, ¬p, de forma que la relación entre estas dos normas no es inconsistente (contario a lo que pensamos los juristas, este no es un caso de conflicto). La conjunción del condicional con su negación es equivalente a la negación del antecedente común de ambos condicionales[1351]. Por ejemplo, si consideramos el conjunto de normas «Juan es ladrón, entonces obligatorio castigarle» y «Juan es ladrón,

---

hombre y no es un hombre» o «Marco tiene cien años». De esto, sabiendo que no es el caso que «Marcos es un hombre y no es un hombre», entonces podemos concluir que «Marco tiene cien años». En este sentido, las contradicciones (en este campo de estudio) nos llevan a cualquier tipo de conclusión. Sartor, 2005, p. 420.

[1348] Como bien apunta Jorge Rodríguez, en casos de sistemas jurídicos (entendidos como sistemas deductivos) inconsistentes es el caso que cualquier norma arbitrariamente elegida puede ser empleada como consecuencia normativa a aplicar. Rodríguez, 1995, p. 358. Para analizar este mismo problema, pero desde una concepción expresiva de las normas, ver Alchourrón, 1991 [1981], p. 141.

[1349] En filosofía moral se ha discutido una forma de disolver la discusión sobre qué genera inconsistencia normativa cambiando el concepto de consistencia. Ruth Marcus, al respecto, ha propuesto que dos normas serán consistentes si hay algún mundo posible en el que las normas analizadas sean obedecibles en todas las circunstancias de ese mundo. De esta forma, la inconsistencia daría cuenta de aquellos casos en los cuales un conjunto de reglas no sea consistente en ningún mundo posible. Marcus, 1980, pp. 128-129. Creo que esta forma de entender la consistencia no da cuenta de las nociones que tenemos los juristas sobre los sistemas normativos y, además, exige comprometerse con una tesis ontológica fuerte de las normas.

[1350] Debo precisar que, para efectos explicativos, estoy dando cuenta de la noción de conflictos normativos empleando normas condicionales bajo la concepción puente. Sin perjuicio de ello, estas consideraciones también son aplicables a normas categóricas (Op y O¬p, por ejemplo) y a normas condicionales bajo la concepción insular (O(p->q) y O(p->¬q), por ejemplo).

[1351] Ratti, 2015a, p. 143. El caso es el siguiente: tenemos un sistema normativo compuesto por las normas (p->q) y (p->¬p). De esta forma, entonces, tenemos p->(Oq.O¬q). Si a este premisa le agregamos ¬(Oq.O¬q) el resultado es una inferencia válida: ¬p. En atención a ello, este no es un caso de *ex falso sequitur quodlibet,* pues lógicamente si es posible realizar deducciones válidas.

La justificación lógica de este punto es que las normas (p->Oq) y (p->¬Oq) tienen una relación (conforme al cuadro de oposición deóntica) de subcontrariedad, es decir, ambos pueden ser aplicables (o verdaderos si estuviéramos en lógica proposicional), pero no pueden ser ambos no aplicables (o falsos). En caso por lo menos uno de ellos no sea aplicable es el caso que el otro, necesariamente, es aplicable. Pero, a la inversa, si uno de ellos es aplicable, no es necesariamente el caso que el otro lo sea. Ratti y Rodríguez, 2015, p. 135. Ratti, 2017b, pp. 86-88.

entonces obligatorio no castigarle» podemos derivar lógicamente ¬p, es decir, «Juan no es un ladrón»[1352].

Esto supone una diferencia disciplinar entre los lógicos deónticos (monotónicos) y los juristas que emplean la lógica deóntica para analizar los sistemas jurídicos[1353]. Sin embargo, cabe resaltar que ambos emplean el refuerzo del antecedente para analizar casos de conflictos entre normas y asumir que las relaciones entre normas pueden ser analizadas como relaciones lógicas[1354].

Como bien ya he señalado anteriormente, de acuerdo con el refuerzo del antecedente si la condición p es suficiente para q, entonces cada vez que tengamos p, se seguirá q, incluso en casos cuando p concurra con otras condiciones (digamos (p.r)). Esta idea nos permite señalar que cada vez que se verifique una propiedad, entonces se sigue el consecuente normativo. Si esto es así, entonces cada vez que verifiquemos que una propiedad posee dos calificaciones normativas incompatibles entre sí, entonces tendremos un caso de conflicto normativo. En efecto, si dejamos de lado el refuerzo del antecedente, no podemos determinar el contenido de los antecedentes ni mucho menos si dos antecedentes están correlacionados a consecuencias normativas incompatibles entre sí.

El refuerzo del antecedente aplicado a los antecedentes de las normas nos permite explicar cómo dos normas pueden entrar en conflicto entre sí[1355]. En efecto, si tenemos una norma

---

[1352] Sobre este punto, Hage, 2000, p. 371 y Moreso, 2013, p. 50.

[1353] Este punto ha sido señalado por Ratti quien sostiene que los juristas empleamos un aparato lógico precario a comparación al que disponen los lógicos deónticos. Con mayor detalle, la racionalidad lógica (poder hacer deducciones válidas) no es la misma que la racionalidad jurídica, como queda mostrado en el caso de cómo se entienden las inconsistencias. Ratti, 2017b, p. 88.

[1354] Aclarar este último punto nos llevaría a dar cuenta de todas las formas de solucionar el dilema de Jørgensen. Al respecto, en la literatura especializada nos podemos encontrar con, por lo menos, estas propuestas de solución:

1. Considerar que las normas poseen valores de verdad (asumiendo, por ejemplo, una concepción semántica de mundos deónticos posibles), por lo que es posible una lógica de normas.
2. Considerar que las normas carecen de valores de verdad, por lo que no es posible una lógica de normas.
3. Considerar que las normas carecen de valor de verdad, pero podemos analizar las relaciones lógicas entre normas reemplazando la noción de verdad por satisfacción, fuerza obligatoria o pertenencia para formular una lógica de normas.
4. Considerar que las normas carecen de valores de verdad, por lo que debemos formular una lógica de normas que no emplee la noción de verdad (por ejemplo, empleando una noción abstracta de consecuencia).

Sobre estas posibilidades ver Navarro y Rodríguez, 2014, cap. II. González Lagier, 1995, pp. 474 y ss.

[1355] En relación con el refuerzo del antecedente ver Cap. III.4,4.1.

p->Oq, sabemos que se aplica dicha norma a pesar de que concurra con las propiedades r, z, o cualquier otra. Bajo esta premisa si tenemos un conjunto compuesto por p->Oq y r->O¬q, con el refuerzo del antecedente sabemos que hay un conflicto entre ambas, pues en caso de (p.r) serán aplicables dos consecuencias normativas lógicamente incompatibles entre sí: Op y O¬q[1356].

Puestos estos puntos de relieve, es oportuno formular algunas precisiones sobre cómo los juristas entienden un conflicto normativo: como imposibilidad de cumplimiento conjunto de dos normas, como actos irracionales de un legislador racional, o como un caso de incompatibilidad no lógica entre dos normas[1357].

2.1. Conflictos normativos como imposibilidad de cumplimiento conjunto por parte del destinatario

Los conflictos normativos suelen ser entendidos por los juristas como aquellos casos en los cuales el destinatario de las normas no puede cumplir dos o más obligaciones jurídicas aplicables en un mismo tiempo-espacio[1358]. Al respecto, esta imposibilidad de cumplimiento puede ser generada por razones lógicas o por razones empíricas. Veamos cada una de ellas.

[1356] Ratti, 2013b, p. 126. Cabe anotar que desde la lógica deóntica se han formulado propuestas diferentes desde la lógica no monotónica para poder dar cuenta de este punto. Reiterando el punto abordado anteriormente en el Cap. III.4,4.1., la diferencia este una lógica monotónica y no monotónica está en cómo es entendida la incorporación de nueva información. Las lógicas no monotónicas (y de ahí su nombre) se basan en la idea de que el conjunto de posibles consecuencias normativas no es invariable (no es monótono) ante la incorporación de nueva información. En cambio, para las lógicas monotónicas, la incorporación de nueva información no cambia la conclusión normativa. Yo he adoptado una lógica monotónica por dos razones: i) los juristas solemos emplear este tipo de razonamiento en nuestras reconstrucciones teóricas sobre cómo hacer inferencias a partir de normas; ii) esta aproximación puede dar cuenta de las mismas situaciones que pretende clarificar la lógica no monotónica, sin perder el poder inferencial del *modus ponens*. Para un recuento de cómo los no montónicos han entendido los conflictos normativos ver: Ausin, 2000 y Ratti, 2013a, pp. 2000 y ss.

[1357] La presentación de estas tres formas de entender los conflictos normativos es simplificada y únicamente pretende poner de relieve distinciones que me permitan poner de relieve el sentido de conflicto normativo que voy a emplear en el presente capítulo. Para un análisis profundo de las diferentes formas de presentar la aplicación del principio de no contradicción en el derecho ver Martewicz, 2010 y Feis, 2015.

[1358] Debo reiterar que en este apartado solo voy a dar cuenta de conflictos normativos entre normas, dejaré de lado los conflictos normativos entre proposiciones normativas. En efecto, una lógica de normas y una lógica de proposiciones no son intensional ni extensionalmente equivalentes. Para ver este punto Navarro y Rodríguez, 2015, p. 101.

2.1.1. Imposibilidad lógica

Se produce un conflicto normativo entre dos normas cada vez que sus casos genéricos (total o parcialmente idénticos) tengan modalizaciones deónticas inconsistentes[1359]. En otros términos, si dos normas correlacionan el mismo caso genérico con consecuencias normativas diferentes e incompatibles entre sí, producen una situación en la que el destinatario padece de imposibilidad lógica de cumplimiento de todos sus deberes[1360].

Esta definición ha sido sostenida por diversos autores[1361]. Ha sido formulada desde el punto de vista del destinatario de las normas prescriptivas y centra el análisis de consistencia en normas aplicables a un mismo caso individual. En efecto, bajo esta propuesta tenemos un caso de conflicto normativo cada vez que le sea imposible al destinatario cumplir el mandato de dos normas prescriptivas aplicables, pues el cumplimiento de una implica incumplir con la otra[1362].

A efectos de precisión, siguiendo a Chiassoni, estaremos en un caso de conflicto normativo cada vez que un sujeto sea el destinatario de dos normas prescriptivas que

[1359] Martínez Zorrilla, con acierto, hace una distinción interesante a partir de este punto. A partir de la idea de que el derecho tiene como función guiar el comportamiento de sus destinatarios, la noción de conflicto normativo nos permite poner de relieve todos aquellos casos en los cuales esto no se logra por prever pautas de comportamiento incompatibles. Este problema puede ser entendido de dos formas: i) como un defecto formal del sistema normativo; o ii) como un problema de justificación (toda solución es viable, pues todas estarían justificadas). De acuerdo con i) el problema de la justificación de los comportamientos es un efecto derivado de tener un sistema lógicamente defectuoso. Martínez Zorrilla, 2015, pp. 1307-09. En lo que sigue de este apartado asumiré la aproximación i), pues es la que usualmente emplean los juristas (la aproximación ii) suele ser empleada por los teóricos morales para aclarar la noción de dilema moral). Asimismo, dado una justificación solo es racionalmente controlable si esta es inferida de una premisa normativa (de una norma), de forma que la distinción entre defectos lógicos del sistema y problemas de justificación es útil para esclarecer aspectos distintos de una misma dificultad, pero no para dar cuenta de problemas independientes. Para una aclaración más detenida de la aproximación i) ver, Alchourrón, 1991 [1988b].

[1360] Debo precisar que esto presupone que estas normas son aplicables, es decir, hay una tercera norma que establece que estas dos normas en conflicto deben ser empleadas por el aplicador del derecho para resolver el caso individual. Sobre esto profundizaré en el siguiente apartado.

[1361] Ver Ross, 1963, p. 124, Bobbio, 2002, pp. 188 y ss., Gavazzi, 1959, pp. 52-55, Chiassoni, 2011, p. 288, Guastini, 2018a, p. 117, Elhag *et all*, 1999, p. 36, Navarro y Rodríguez, 2015, p. 104. Gascón, 1997, p. 271. Duarte, 2009, pp. 161-64.

[1362] Navarro y Rodríguez, 2014, p. 176. Ausín, 2005, p. 132, Nino, 2003, pp. 272-273, por señalar algunos. En términos de Eugenio Bulygin: «[l]a presencia de soluciones contradictorias lleva necesariamente a la desobediencia al derecho: siendo incompatibles las dos soluciones, al menos una de ellas tendrá que ser dejada de lado y la norma que la establece será desobedecida». Bulygin, 1991 [1981], p. 418.

establecen consecuencias lógicamente incompatibles para un mismo supuesto de hecho. Esto implica una imposibilidad de seguir simultáneamente estas dos normas en relación con la acción o estado de cosas previsto en caso de verificarse el caso genérico[1363].

Esta noción, como podemos ver, presupone tres requisitos formales para la generación de un conflicto normativo: coincidencia en el caso genérico regulado, aplicabilidad del refuerzo del antecedente y soluciones normativas incompatibles entre sí[1364]. Sobre el refuerzo del antecedente me he ocupado en otros apartados, por lo que ahora daré cuenta de los otros dos requisitos.

En relación con la aplicabilidad de las normas a un mismo caso (regulan el mismo caso genérico), me refiero a que las normas deben tener el mismo ámbito de aplicación (se apliquen en un mismo momento, a un mismo lugar, a los mismos sujetos y regule una misma acción o estado de cosas)[1365]. Cabe anotar que dos normas que no regulan el mismo supuesto de hecho, en abstracto, sí pueden entrar en conflicto entre sí como un conflicto de instanciación, pero sobre estos me ocuparé en el siguiente subapartado.

En cuanto a «consecuencias lógicamente incompatibles», debo precisar que ello tiene dos sentidos posibles: que el destinatario tenga que cumplir normas que son contradictorias o contrarias entre sí. Profundizar este punto nos llevaría a especificar todas las posibilidades de cómo entender las relaciones lógicas entre normas. Mi propósito, en este momento, es más modesto: me interesa poder poner de relieve la distinción conceptual entre estos dos

[1363] Chiassoni, 2011, p. 291. En un sentido similar, Silvia Zorzetto aclara que, desde un plano lógico, los conflictos son generados cada vez que dos normas prescriben cosas incompatibles. Situación que no es contingente, no es fáctica (no es una cuestión empírica dependiente de las acciones), no concierne a hechos, sino a los conceptos contenidos en las normas: es un problema de tener modalidades de calificación deónticas incompatibles entre sí aplicables al caso. Zorzetto, 2010, p. 516. En términos de Hage, la inconsistencia depende de: i) la incompatibilidad de los consecuentes; y de ii) la compatibilidad de las condiciones previstas en el antecedente. Hage, 2000, p. 372.

[1364] Siguiendo la terminología (y concepción del derecho como un sistema normativo ordenado) de Alchourrón y Bulygin, podemos entender que un conflicto normativo refiere a que un caso del Universo de Casos está correlacionado con dos o más soluciones incompatibles del Universo de Soluciones. Alchourrón y Bulygin, 2012, pp. 92 y ss., Bulygin, 2018 [2015], p. 55, Alchourrón 2010 [1996c], p. 163. Sobre esta profundizaré en Cap. IV.5.

[1365] Iturralde, 1987, p. 333, Ausin 2005, p. 132 y 144, Elhag *et all*, 1999, pp. 36 y ss., Bobbio, 2002, pp. 188-189. Cabe agregar una precisión. Supongamos que tenemos un sistema normativo compuesto por dos normas: p->Oq y ¬p->Oq. En este sistema podemos inferir que tenemos la norma (p.¬p)->Oq, la cual tiene una condición de aplicación imposible, de forma que no podríamos hablar de contradicción o conflicto normativo en caso dos normas tengan antecedentes que se contradicen entre sí. Sobre el punto general y la precisión agregada, Ratti, 2016, pp. 236-43.

posibles casos de inconsistencia, pues cada uno de estos conllevará a métodos de solución distintos (lo cual será analizado a lo largo del capítulo).

Asumiendo que las normas no tienen valor de verdad y que el valor lógico de las normas (para poder dar cuenta de sus relaciones lógicas entre estas) recae en su validez entendida como eficacia[1366], la diferencia entre normas contradictorias y contrarias es entendida de la siguiente manera:

1. Dos nomas son conjuntamente contrarias si ambas pueden ser inefectivas, pero no pueden ser efectivas a la vez. Por ejemplo, pensemos en un conjunto compuesto por (p->Oq) y (p->O¬q). Usar una norma excluye la posibilidad de usar la otra, sin perjuicio de que una tercera norma (por ejemplo, (p->Pq) también regule el caso genérico.
2. Dos normas son conjuntamente contradictorias en aquellos casos en los cuales, si una norma es eficaz, entonces la otra no lo puede ser. Por ejemplo, pensemos en un conjunto compuesto por (p->Oq) y (p->F¬q). Usar una norma excluye la posibilidad de usar la otra y está excluida la posibilidad de emplear una tercera norma para regular el caso genérico[1367].

[1366] Para este punto sigo a Ratti, 2015a, p. 140. Se emplea la noción de eficacia a efectos de atender la función del derecho de guiar la conducta: solo siendo eficaz, es decir, siendo usada como premisa normativa en un silogismo, se satisface esta finalidad. En caso de normas incompatibles entre sí, una implica la ineficacia de la otra.
En relación con este punto, Boobio sostuvo lo siguiente: «una cosa es saber que dos normas son antinómicas, y que, por tanto, no pueden ser aplicadas ambas al mismo caso, y otra saber cuál de las dos es preferible aplicar en el caso de antinomia por contradicción, o si es preferible no aplicar ni una ni otra en el caso de antinomia por contrariedad». Bobbio, 1990, p. 339. Esta explicación ha sido criticada, con acierto, por Chiassoni quien sostiene la idea de «aplicar» en este punto nos puede llevar a más problemas que soluciones. El punto de Bobbio sería dar cuenta de una imposibilidad deóntica, es decir, de una prohibición (establecida por una meta norma sobre aplicación de normas) de aplicar normas que sean incompatibles entre sí. El problema de esta aproximación es que no nos permite diferenciar, con precisión, la posición del destinatario de la norma (cumplir con la prescripción) con la del aplicador del derecho (aplicar normas). Chiassoni, 2011, pp. 290-291.

[1367] Sobre este punto ver Echave, Urquijo y Guibourg, 1986, pp. 127 y ss. Guarinoni, 2011, p. 548. Chiassoni, 2011, pp. 289-90. Esta diferencia, siguiendo a Ratti, también puede ser explicada a través de la noción de negación interna y externa. Veamos:

i. Incompatibilidad lógica por contradicción: refiere al conflicto entre una norma y su negación externa. En términos formales alude a que Op es contradictoria con ¬Op (que equivale a P¬p). Ala inversa, O¬p (que equivale a Php) es contradictoria con Pp.
ii. Incompatibilidad lógica por contrariedad: refiere al conflicto entre una norma y su negación interna. En términos formales alude a que Op es contraria a O¬p. A la inversa, O¬p (equivalente a Php) es contraria a Op.

Ver Ratti, 2016, p. 233.

En ambos casos, al cumplirse una de las normas por su destinatario generará, necesariamente, el no cumplimiento de la otra. Este punto, además, permite poner de relieve que los conflictos normativos se generan a partir de la modalización deóntica y no (únicamente) por el contenido de la norma. En efecto, consideremos que tenemos la acción p y su caso complementario ¬p. Si bien ambas son incompatibles entre sí, cabe anotar que entrarán en conflicto a partir de cómo estén calificadas deónticamente y no por su contenido: si tuviéramos en el caso de Pp y P¬p, bajo esta forma de entender los conflictos, no habría un conflicto normativo, pues la realización del permiso de una acción no conlleva el no cumplimiento del permiso para no realizar la acción. En este sentido, como bien apuntan Navarro y Rodríguez, la contradicción entre los contenidos normativos es una condición necesaria pero no suficiente para caracterizar las contradicciones normativas[1368].

i. Refuerzo del antecedente y tipos de conflictos normativos por imposibilidad lógica

Aclarada la justificación lógica de la incompatibilidad entre normas, es oportuno presentar mayores precisiones sobre cómo incidente el refuerzo del antecedente en su identificación y justificación. A efectos de ilustrar el asunto, tomaré como punto de análisis las diferentes formas de presentar los conflictos normativos como casos de imposibilidad lógica de cumplimiento de las prescripciones ordenadas entre, por lo menos, dos normas.

Voy a dar cuenta de la propuesta de Alf Ross, quien formuló una de las clasificaciones más claras sobre la diversidad de posibles tipos de conflictos normativos, atendiendo la composición de los casos genéricos que correlacionan a consecuencias normativas incompatibles entre sí[1369]. Tras ello, presentaré la clarificación formulada por Giovanni Battista Ratti según la cual si tomamos el refuerzo del antecedente todos estos tipos de casos pueden ser colapsados en solo uno. Veamos ambos puntos.

[1368] Navarro y Rodríguez, 2014, p. 177.
[1369] Ross, 1963, pp. 124-126. En relación con cómo reconstruir esta clasificación voy a emplear la propuesta original de Ross y partes de las interpretaciones de esta elaboradas por Iturralde, 1987, p. 338, Bobbio, 2002, pp. 189-190, Chiassoni, 2011, pp. 296-300, Martínez Zorrilla, 2015, pp. 1312-1314 y Ratti, 2015a, p. 144. Para ver otro conjunto de propuestas es muy interesante el texto de Mazzarese, 1984.

Alf Ross empleó como criterio de clasificación de los conflictos normativos el grado de coextensividad entre casos genéricos de dos o más normas. En este sentido, los conflictos normativos pueden ser[1370]:

1. Conflictos total-total entre dos normas: el caso genérico de dos normas está compuesto por las mismas propiedades. Esto implica que no es posible aplicar una norma sin evitar que entre en conflicto con la otra. Para ser más precisos, en este tipo de casos cada norma regula al mismo sujeto, la misma acción o estado de cosas, en el mismo momento y para el mismo lugar.

   Formalmente, esto se representa como el conjunto de estas dos normas: (p->Oq) y (p->O¬q). Como podemos ver, ambas normas regulan el mismo caso genérico p, lo cual conlleva una inevitable situación de inconsistencia.

2. Conflictos total-parcial entre dos o más normas: el caso genérico de una norma es equivalente a un fragmento del caso genérico de otra norma. En otros términos, una de las normas tiene un antecedente compuesto por un conjunto de propiedades que está también previsto por completo por el antecedente de otra norma, pero que, además de estas, prevé propiedades adicionales (uno de los antecedentes es más específico o más fino que el otro).

   Esto implica que una norma N1 al ser aplicada necesariamente entrará en conflicto con una norma N2, pero no necesariamente al aplicar N2 ello conllevará a un conflicto con N1. En estos supuestos, N2 tiene un ámbito de aplicación más amplio que N1, pero todo el ámbito de aplicación de N1 está contenido en N2.

   Formalmente, esto se representa como el conjunto de estas dos normas: (p->Oq) y (p.r->O¬q). Como podemos ver, entre ambas normas hay una propiedad compartida y otra que no, de forma que cada vez que se verifique la propiedad compartida y la no compartida (p.r) tendremos un conflicto normativo.

[1370] Solo por razones de presentación asumiré aquí y en el resto de tipos de conflictos normativos que estamos frente a un conflicto entre dos normas, pero esto no implica la imposibilidad de que sea entre más normas.

3. Conflictos parcial-parcial entre dos o más normas: un fragmento del caso genérico de una norma es equivalente a un fragmento del caso genérico de otra norma. En estos casos, cada una de las normas posee ámbitos de aplicación diferentes, pero en caso de que se verifiquen estas propiedades compartidas, entonces se produce un conflicto normativo. En líneas anteriores hemos visto este tipo de conflictos normativos al dar cuenta de los conflictos de instanciación como un problema de imposibilidad lógica.

   Formalmente, esto se representa como el conjunto de estas dos normas: (p->Oq) y (r->O¬q). Como podemos ver, entre ambas normas no hay propiedades compartidas, de forma que cada vez que se verifiquen dichas propiedades no habrá conflicto (serían los supuestos de (p.¬r), (¬p.r) y sin duda (¬p.¬r)). Tendremos un conflicto normativo solo en el caso que se verifiquen ambas propiedades de forma concurrente, es decir, que tengamos un caso (p.r).

En relación con esta clasificación de conflictos, Giovanni Battista Ratti[1371] ha formulado una precisión relevante y que adoptaré en el resto de la investigación. Atendiendo a la operatividad del refuerzo del antecedente todos los conflictos normativos, al momento de ser identificados, operan como un caso de conflicto total-total.

En los tres casos de conflicto normativo tenemos un supuesto de inconsistencia en caso de verificarse una propiedad (sea esta compartida por los dos antecedentes en el supuesto de conflicto total-parcial, o por concurrir en un caso, en el supuesto de conflicto parcial-parcial). Siguiendo la representación empleada previamente, tendremos un conflicto cada vez que se verifique p.

En caso de conflicto total-parcial tenemos un conflicto entre N1 compuesta por (p->Oq) y N2 compuesta por (p.r->O¬q). En estos supuestos, en caso de presentarse la propiedad r, tenemos que hacer dos derivaciones aplicando el refuerzo del antecedente:

N1': p.r->Oq
N2': p.r->O¬q

[1371] Ratti, 2015a, p. 144. También en Dolcetti y Ratti, 2020, p.111.

En caso de conflicto parcial-parcial tenemos una situación similar a la ilustrada anteriormente. En estos casos, tenemos un conflicto entre N3 compuesta por (p->Oq) y N4 compuesta por (r->O¬q). En estos supuestos, en caso de presentarse la propiedad p, tentemos que hacer dos derivaciones aplicando el refuerzo del antecedente:

N3': p.r->Oq
N4': p.r->O¬q

En este sentido, al realizar una inferencia lógica de cada norma, tendremos que los casos de conflicto total-parcial y parcial-parcial son maneras alternativas de dar cuenta de un conflicto total-total[1372].

2.1.2. Imposibilidad empírica

La imposibilidad empírica de cumplir con prescripciones jurídicas es un problema inicialmente planteado por Hilpinen. En adelante llamaré a estos supuestos como conflictos de instanciaciones y se refieren a los casos en los cuales, por razones fácticas, no es posible cumplir con todas las consecuencias lógicas derivables de las normas del sistema aplicables a un destinatario en un determinado momento. En otros términos, da cuenta de los casos en que un destinatario no puede cumplir con todas las instanciaciones de una misma o diferentes normas, pues cumplir con una de ellas implicaría incumplir con otra norma derivada.

[1372] En contraposición a esta conclusión, Navarro y Rodríguez sostienen que los conflictos normativos solo pueden ser parciales. Estos autores, quienes entienden los conflictos normativos como casos de no posible cumplimiento de dos normas aplicables por imposibilidad lógica, sostienen que, si tomamos en cuenta las normas derivadas de cada norma, entonces tendremos fragmentos de la norma que no estará implicada en el conflicto. En este sentido, si inferimos las normas derivadas de cada norma analizada, vemos que solo en algunos casos habrá contradicción, pero habrá otros supuestos (otros casos inferidos) en los que no. Navarro y Rodríguez, 2015, p. 104. Al respecto, considero que si el punto es aclarar qué casos entran en conflicto y porqué, entonces tenemos que analizar los casos que guardan imposibilidad lógica de muto cumplimiento. El resto de casos derivables de una norma genérica solo nos permiten aclarar otras posibilidades de aplicación, pero no dan cuenta de la relación entre estas dos normas en conflicto. Al respecto, ¿qué tipo de conflicto normativo es el caso de dos normas lógicamente incompatibles entre sí? Solo podría haber un conflicto total-total considerando el refuerzo del antecedente.

Por instanciación refiero a los supuestos por los cuales podemos considerar que un determinado objeto (abstracto o empíricamente verificable), es un ejemplo de una propiedad prevista en el antecedente de una norma. Instanciar, en este sentido, se refiere a que un determinado objeto es una instancia o ejemplar de una determinada clase de objetos[1373].

Este tipo de conflictos de instanciación da cuenta de dos tipos de casos: en primer lugar, refiere al supuesto que de una norma podamos inferir dos o más normas derivadas[1374] que pueden generar una situación conflictiva, en tanto, el cumplimiento de una norma derivada una determinada norma conlleva al incumplimiento de otra o del resto de normas derivadas de la misma norma[1375].

Al respecto, Navarro y Rodríguez ofrecen un ejemplo bastante ilustrativo[1376]: imaginemos que en un hospital hay un solo médico, el cual se rige por una norma que prescribe «si médico, entonces obligatorio tratar a los pacientes con paro cardiaco de forma inmediata». Pues ocurrió que a un médico le notificaron, en un mismo momento, de tres pacientes que estaban sufriendo de un paro cardiaco (todos en simultáneo). En un escenario así el médico no puede cumplir con sus obligaciones jurídicas, pues le es físicamente imposible poder dar atención a los tres pacientes a la vez, y es el caso que a atender a un paciente implica dejar de atender a los otros dos.

En segundo lugar, los conflcitos de instnaciación se refieren al supuesto en el que dos normas generales no regulan el mismo caso genérico, pero dadas ciertas circunstancias del caso analizado se produce un supuesto en el que se pueden formular normas derivadas lógicamente incompatibles entre sí. En estos supuestos, la imposibilidad de cumplir por parte del destinatario solo se genera en determinadas circunstancias fácticas (en otros

[1373] Una misma propiedad puede tener, en efecto, diferentes formas de ser instanciada. Por ejemplo, la propiedad «humanidad» tiene diferentes formas de ser instanciada a partir de las diferentes manifestaciones de un humano (puede ser hombre o mujer, por ejemplo). Cada una de estas formas de instanciarse, además, puede presentarse de múltiples maneras. Por ejemplo, tener un caso de varios ejemplos de una misma forma de manifestarse (varias mujeres) o de todas las formas identificadas (varias mujeres y varios hombres).
[1374] Sobre la distinción entre normas explícitas, implícitas y derivadas ver lo señalado en Cap. II.2,2.1.
[1375] Para una presentación de este tipo de inconsistencia en normas morales ver Williams, 1973, pp. 171-72.
[1376] Navarro y Rodríguez, 2014, p. 183. Señalan que el ejemplo fue propuesto originalmente por Hansson y Makinson.

términos, dos normas no entran en conflicto en todas circunstancias posibles, sino solo en algunas).

Al respecto, Rodríguez ha formulado un ejemplo claro[1377]: imaginemos que nos regimos bajo un sistema normativo que contiene dos normas. La primera, N1, señala que «si conductor de auto, entonces obligatorio detenerse cuando el semáforo de luz roja», y la segunda, N2, establece que «si conductor de auto, entonces prohibido detenerse frente a una base militar». Estas dos normas, como se puede ver, no entran en conflicto en abstracto; pero podemos tener circunstancias en las cuales tengamos normas derivadas que sí entren en conflicto: en caso de que hayan puesto un semáforo frente a una base militar y un conductor tenga que enfrentarse a la decisión de si detenerse frente a la luz roja (conforme a N1) o no detenerse frente a la base militar (conforme a N2)[1378].

Como podemos ver, los conflictos de instanciación se refieren a aquellos casos en los cuales dos normas derivadas de una misma norma o de (por lo menos) dos normas, son incompatibles entre sí. Es un tipo de conflicto normativo que es detectado una vez que hemos valorado (normativamente) los hechos de un caso individual[1379].

El punto que me interesa poner de relieve en este momento es si, conceptualmente, los conflictos de instanciación (generados por imposibilidad fáctica) están dando cuenta de un problema diferente a los conflictos normativos (generados por imposibilidad lógica). Al respecto, conforme lo señalado al inicio de este apartado, considero que no, pues son presentación diferente de un mismo problema: incompatibilidad lógica de dos normas. Dado que tenemos dos tipos de casos esto requiere formular dos tipos de precisiones respecto de cada uno.

[1377] Rodríguez, 1995, 376, Rodríguez, 2002, p. 9, Navarro y Rodríguez, 2014, p. 179, Sardo, 2018a, p. 8.
[1378] Sobre este punto cabe precisar que este tipo de conflictos de instanciación son posibles siempre que la propiedad prevista en una norma no implique la negación de la propiedad prevista en otra norma. En este sentido, si tenemos dos normas con antecedentes p y r, respectivamente, no tendremos este tipo de conflictos de instanciación normas derivadas de estas normas si p no implica ¬r o r no implica ¬p. Ratti, 2016, p. 234. Al respecto, considero que este es justamente el problema del primer tipo de conflicto de instanciación, pero sobre este punto precisaré de inmediato.
[1379] En términos de Alchourrón, este tipo de conflicto da cuenta que (en caso de tener normas condicionales): «[u]n conjunto de normas puede ser inconsistente vía determinados hechos y consistente vía otros hechos» Alchourrón 1991 [1988b], p. 300. Sobre este punto también ver Sardo, 2018a, p. 6.

En relación con el supuesto de conflicto entre normas derivadas de diferentes normas generales, retomemos el ejemplo del semáforo en luz roja y la base militar. En este supuesto tendríamos dos normas que no entran en conflicto normativo: N1 está compuesta por (p->Oq) y N2 está compuesta por (r->O¬q). El conflicto de instanciación se genera en caso de que tengamos un caso compuesto por las propiedades (p.r), es decir, un semáforo indicando luz roja frente a una base militar.

Como bien anota Giovanni Battista Ratti, quienes sostienen que este tipo de problemas suponen una forma diferente de entender los conflictos normativos (diferente de la imposibilidad lógica) están confundiendo dos preguntas diferentes. Una cosa es preguntarse qué justifica que dos normas estén en conflicto y otra cosa es preguntarse por las circunstancias empíricas en las que detectamos un conflicto. En este sentido, ¿qué justifica que en el caso de (p.r) tengamos un conflicto normativo? Lo justifica el mismo criterio empleado en el subapartado anterior: estamos frente a un supuesto de imposibilidad lógica entre ((p.r)->Oq) y (r.p)->O¬q).

En efecto, esta presentación de los conflictos normativos solo nos está dando cuenta del carácter contingente de este tipo de situaciones o, dicho con más precisión, de su posibilidad empírica. La justificación de porqué son conflictos normativos sigue siendo que al destinatario de ambas normas derivadas le resulta lógicamente imposible el cumplimiento de dos deberes jurídicos[1380].

Veamos ahora el supuesto de conflicto entre normas derivadas de una misma norma general. Como ya hemos visto, en este tipo de supuestos un destinatario tiene que cumplir con diferentes normas derivadas de una misma norma general las cuales no pueden ser todas cumplidas, pues el cumplimiento de una supone el incumplimiento de las otras. A efectos de ejemplificar, vimos el caso de un médico que tenía la obligación atender a varios pacientes (asumamos que son dos) con paro cardiaco a la vez, de manera que atender a un paciente implicaba desatender al otro (y por ende incumplir con su obligación).

[1380] En un sentido similar Claudina Orunesu ha señalado que «el intérprete podría representarse en forma abstracta la posibilidad de superposición entre dos normas cuyos supuestos fácticos no están vinculados conceptualmente. Es decir, tanto el intérprete como el legislador pueden frente a dos normas representarse en forma abstracta la posibilidad de conflicto». Orunesu, 2012, p. 82.

Esto nos lleva a un punto similar al anterior. ¿Esto nos permite justificar porqué las normas derivadas están en conflicto normativo entre sí? No, solo nos da cuenta de un supuesto de imposibilidad material para satisfacer todas las normas derivadas. Lo que nos permite este caso es mostrar que estamos frente a un supuesto de incompatibilidad conceptual (lo cual excluye la posibilidad de considerar que estamos frente a un conflicto normativo)[1381].

Conforme al ejemplo estamos ante un supuesto de imposibilidad conceptual para cumplir con todas las normas derivadas de la norma general, lo que quiere decir que realizar una determinada acción implica, conceptualmente, no hacer otras acciones. A efectos de representación, demos cuenta de cada paciente mediante un símbolo: el primer paciente como p1 y el segundo paciente como p2. Si no es posible atender a p1 y p2 al mismo tiempo, ello quiere decir que atender a un paciente implica no atender al otro. Esto lo podemos representar como «si p1, entonces ¬p2» y «si p2, entonces ¬p1».

Si esto es correcto, entonces de la norma general tendríamos dos normas derivadas distintas:

Norma derivada 1: si médico, entonces obligatorio atender a p1 (el cual implica ¬p2)
Norma derivada 2: si médico, entonces obligatorio atender a p2 (el cual implica ¬p1)

Como podemos ver, no tenemos consecuencias lógicas incompatibles entre sí, pues cada una de estas supone, conceptualmente, obligaciones diferentes. En este sentido, no habría conflicto normativo.

2.2. Conflictos normativos como actos irracionales o anormales del legislador

Para algunos autores dos normas conflictúan entre sí a causa de la discrepancia entre lo que se pretende prescribir un legislador racional y los términos empleados para ello. Esta

[1381] Agradezco a Giovanni Battista Ratti por ayudarme a esclarecer este punto.

propuesta fue formulada como una manera alternativa para enfrentar el problema de cómo dar cuenta de este tipo de defectos lógicos en el sistema sin renunciar a la idea de que las normas carecen de valores de verdad.

Alchourrón y Bulygin[1382], a diferencia de la concepción anterior, propusieron no enfocarse en el destinatario de las normas, sino en el legislador. De acuerdo con estos autores, si tenemos un conjunto normativo compuesto por Op y O¬p podemos decir que estas son incompatibles entre sí porque son incompatibles con las intenciones de la autoridad normativa. La incompatibilidad se genera debido a que una orden del legislador no podría ser realizada de manera conjunta con otra orden del mismo legislador. La inconsistencia, en este sentido, revela la no coincidencia entre las intenciones del creador de la norma y las expresiones verbales empeladas[1383]. En efecto, normalmente un legislador emite órdenes con la intención de que sean cumplidas, lo cual implica que aquello que ordene no suponga, a la vez, desobedecerle.

Asumiendo un enfoque y preocupación similar, Von Wright (partiendo de la premisa de que las normas carecen de valor de verdad y preocupado por analizar si Op y O¬p son contradictorias[1384]) propuso una conceptualización similar a la de los profesores argentinos. Para este autor, hemos de considerar la racionalidad del legislador que emite las órdenes: un legislador que exige que el mismo estado de cosas sea y no sea el caso no puede tener sus exigencias satisfechas[1385].

[1382] Alchourrón y Bulygin, 1991 [1984a], pp. 160 y ss.

[1383] Alchourrón y Bulygin, 1991 [1984a], p. 161. En un sentido similar Alf Ross señaló: «[l]a contradicción (incompatibilidad) tiene lugar cuando dos directivos reflejan una inconsistencia (irracionalidad) en la voluntad de la autoridad que manda, en el sentido de que este quiere acciones incompatibles». Ross, 1971, p. 158.

[1384] Von Wright, 1991, p. 271. Este autor está pensando en describir la lógica de las normas como una forma de describir la racionalidad del legislador (ver, además, Rodríguez, 2015, p. 17). Debo precisar aquí que este enfoque no renuncia ni descarta entender la consistencia como la posibilidad de que el destinatario pueda conjuntamente satisfacer lo que se le exige mediante dos o más normas aplicables al caso. El punto de atención está puesto en porqué se generan estos escenarios de inconsistencia.

[1385] «Si un legislador prohíbe alguna cosa o la hace obligatoria, tendrá que contar con la posibilidad de que la norma no siempre será cumplida. Pero se puede decir que lo normal es que el legislador quiera o desee, que tenga la voluntad, de que lo que ordena sea el caso sin excepción. Quiere que las normas sean satisfechas. Si por una u otra razón fuera imposible que se dieran siempre (en la historia de la norma) los estados de cosas obligatorios, podría decirse que su deseo (voluntad) no es "racional", ya que no puede ser cumplido. La irracionalidad podría ser particularmente evidente si un estado de cosas obligatorio no pudiera darse nunca y, por consiguiente, un estado de cosas prohibido tuviera que darse siempre. Así sucedería por ejemplo, si el legislador hubiera ordenado una contradicción que p & ¬p fuera el caso». Von Wright, 2001, p. 36.

Como vemos, Von Wright emplea una terminología propia, pero está dando cuenta del mismo concepto que Alchourrón y Bulygin. El autor finlandés considera que los conflictos normativos dan cuenta de actos de irracionalidad del legislador, esto es, de ordenar a un destinatario a realizar y no realizar actos a la vez[1386].

Esta forma de conceptualizar los conflictos normativos tiene como sustento una tesis fuerte sobre el legislador como agente racional. En efecto, estos autores comparten una caracterización ideal de que los creadores de normas son agentes racionales que toman decisiones que producen un sistema normativo consistente y completo desde un punto de vista lógico.

La discusión sobre el legislador racional es amplísima y muy diversa, por lo que no es oportuno profundizar. Sin perjuicio de ello, este punto me permite retomar una distinción introducida anteriormente. Si entendemos la racionalidad del legislador de manera que este se debe guiar por los principios de la lógica (de forma que sus productos legislativos deberían ser consistentes y completos), entonces el conjunto de normas (p->Oq) y (p->O¬p) no nos permite dar cuenta de un conflicto normativo. Esto, como ya lo había señalado al inicio de este apartado, se debe a que de estas normas uno puede inferir, válidamente, ¬p. En este sentido, un legislador que califica una misma acción con dos consecuencias lógicas diferentes y que no pueden ser cumplidas a la vez, no está siendo (en un sentido lógico) irracional, pues podemos hacer inferencias de este conjunto de normas[1387]. Como podemos ver, esta forma de presentar la racionalidad es problemática, pues nos puede llevar a resultados contraintuivos para los juristas.

2.3. Conflictos normativos como incompatibilidad, no lógica, entre dos o más normas

[1386] Como podemos ver, esta forma de entender los conflictos normativos presenta la discusión sobre la consistencia e inconsistencia de los sistemas normativos utilizando las expresiones condiciones normales y anormales, y de racionalidad e irracionalidad. Esto permite esclarecer un sentido adicional de «anormalidad» a los ya vistos (ver Cap. III.4,4.1,4.1.2.) que es coincidente con el de irracionalidad o inconsistencia entre dos normas.
[1387] Esta critica es formulada por Ratti, 2017b, pp. 85 y ss.

Para un conjunto de teóricos del derecho la imposibilidad lógica del cumplimiento conjunto de dos normas no es suficiente para dar cuenta de la noción de conflicto normativo como la entendemos los juristas. En sentido, se han formulado algunas propuestas a partir de la idea de que podemos justificar que dos normas están en conflicto entre sí cada vez que las razones que sustentan a estas normas no puedan ser ejecutadas simultáneamente[1388].

De acuerdo con esta forma de entender los conflictos, cada norma es instrumental a una finalidad, los cuales no necesariamente implican realizar las mismas acciones. Tendremos un caso de conflicto cada vez que la finalidad de una norma conlleva al incumplimiento de la finalidad de otra norma, sin que esto implique que tengamos una contradicción o contrariedad de operadores deónticos.

Bajo esta concepción, estamos ante un supuesto de incompatibilidad funcional, es decir, se refiere a casos en los cuales cumplir con la función (propósito) de una norma conlleva la frustración de la función (propósito) de otra. Al decir frustración, quiero dar cuenta de que conlleva un estado de cosas que opera en detrimento de la función de la otra norma. Empleo en este punto la noción de propósito de forma ambigua, pues la justificación de este incumplimiento mutuo entre normas (por razones no lógicas) ha sido reconstruido de diversas formas[1389].

En lo que sigue del presente Capítulo, concentraré mi análisis sobre casos de conflictos normativos producidos por imposibilidad lógica entre las normas. En atención a ello, no profundizaré más sobre los casos de conflicto normativo como incompatibilidad no lógica.

[1388] En este sentido, por ejemplo, Hammer Hill, 1987, p. 238.
[1389] Sobre este punto ver Chiassoni, 2011, pp. 303-309.

3. Conflictos normativos y creación de excepciones implícitas

La noción de derrotabilidad suele ser entendida como un concepto que da cuenta de la potestad de los aplicadores del derecho de incorporar excepciones implícitas a las normas. Una de las formas de presentar esta idea es dando cuenta de la operación que llevan a cabo los aplicadores del derecho al momento de crear normas implícitas y cómo las usan para introducir excepciones implícitas a otras normas explícitas. Dicho en breve, entender «norma derrotable» como norma a la que le podemos introducir excepciones implícitas (creadas por normas implícitas) que no pueden ser identificadas de forma previa a un caso ni de manera exhaustiva.

A efectos de poder dar cuenta de esta forma de entender la derrotabilidad y, en específico, respecto de cómo se pueden introducir excepciones implícitas en normas explícitas, Andrea Dolcetti y Giovanni Battista Ratti han formulado una propuesta de análisis formal del carácter implícito de la derrotabilidad[1390]. En las líneas siguientes daré cuenta de esta aproximación a la noción de derrotabilidad y, posteriormente, analizaré algunas tesis que se siguen de esta propuesta.

Para estos autores, la derrotabilidad es un concepto teórico que nos permite esclarecer cómo son creadas las excepciones implícitas a partir de la composición y resolución de un tipo específico de conflicto. En sus propios términos: «la derrotabilidad jurídica debe concebirse como una situación sistemática compleja, en la cual una norma derivada de una norma implícita prevalece sobre una norma derivada de una norma explícita»[1391].

Para poder esclarecer la propuesta estos autores es pertinente formular algunas precisiones conceptuales previas[1392]. Voy a partir por presentar una distinción entre dos

[1390] Dolcetti y Ratti, 2016, 2020.
[1391] Dolcetti y Ratti, 2016, p. 37. Posteriormente son más explícitos con la idea que tratan de expresar: «lo que caracteriza a la derrotabilidad es que la norma derivada que prevalece en el conflicto, y sobre la base de la cual se introduce normalmente una excepción en la norma formulada derrotada, se deduce de un estándar normativo implícito». Dolcetti y Ratti, 2016, p. 38.
[1392] Debo resaltar que Dolcetti y Ratti han formulado una conceptualización propia sobre la distinción entre normas expresas y normas implícitas. A efectos de una reconstrucción caritativa paso a presentarla, sin perjuicio a que en el texto principal los sentidos señalados en Cap. II.2. Ellos proponen la siguiente conceptualización:

1. Normas expresas: normas establecidas mediante formulaciones normativas por alguna autoridad normativa.

tipos de conflictos normativos diferenciados a partir de su composición. Tras ello, daré cuenta de las posibles formas en las que se presentan los conflictos normativos que estos autores han identificado. Con estas dos clarificaciones será posible luego apuntar con precisión qué escenarios podemos aclarar con la noción de derrotabilidad y cuáles no con esta propuesta.

a. Conflictos normativos explícitos e implícitos

Dentro de la noción de conflictos normativos podemos diferenciar entre conflictos normativos explícitos y conflictos normativos implícitos. Un conflicto normativo explícito da cuenta de los conflictos entre normas explícitas (y, por ende, entre normas derivadas de norma explícita)[1393]. En este sentido, refiere a los supuestos en los cuales un aplicador del derecho interpreta un conjunto determinado de disposiciones del cuál ha identificado dos normas explícitas que son inconsistentes entre sí en relación con cómo debe resolver problema normativo (esto es, la pregunta sobre cómo está calificada deónticamente una acción).

Un conflicto normativo implícito, en cambio, da cuenta de los conflictos entre normas en los cuales por lo menos una de las normas en conflicto es una norma implícita. En este sentido, engloba dos tipos supuestos: i) un aplicador del derecho ha interpretado, por lo menos, una disposición (ha identificado una norma explícita), ha realizado un acto de construcción jurídica (ha creado una norma implícita) y verifica que entre ambas hay una relación de inconsistencia; y ii) un aplicador del derecho creó dos normas implícitas y, tras ello, verifica que entre ambas hay una relación de inconsistencia.

b. Posibles combinaciones de normas en conflicto

2. Normas implícitas: normas pertenecientes al sistema normativo por razones diferentes a la aprobación formal por parte de un órgano de creación del derecho.
3. Normas derivadas lógicamente: normas que son inferidas de normas expresas y/o implícitas empleando un esquema de razonamiento lógico.
4. Normas derivadas legítimamente: normas que son inferidas de normas expresas y/o implícitas empleando métodos de construcción jurídica.

Dolcetti y Ratti, 2016, p. 37. Dolcetti y Ratti, 2020, p.110. Sin perjuicio de las diferencias de presentación entre esta propuesta y la que he adoptado en el Capítulo II entre ambas no hay oposición, ni mantener la conceptualización que he venido seguido conlleva descaracterizar la aproximación a la noción de derrotabilidad que estos autores proponen.

[1393] Sobre la noción de normas explícitas e implícitas ver Cap. II.2,2.1.

Dolcetti y Ratti han identificado tres posibles combinaciones de normas en conflicto tomando como variables si son normas derivadas de normas explícitas o de normas implícitas. Para estos autores los conflictos normativos pueden estar compuestos por:[1394]

1. Conflicto entre una norma derivada de norma explícita y una norma derivada de norma implícita.
2. Conflicto entre dos normas ambas derivadas de normas implícitas. En este sentido, tendríamos una norma derivada de una norma implícita, por un lado, y una norma derivada de otra norma implícita, por el otro lado.
3. Conflicto entre dos normas ambas derivadas de normas explicitas. En este sentido tendríamos una norma derivada de una norma explícita, por un lado, y una norma derivada de otra norma explícita, por el otro lado

Los conflictos normativos explícitos, como vemos, dan cuenta de un solo supuesto (3) y los conflictos normativos implícitos dan cuenta de dos supuestos (1 y 2). ¿Cuál es la diferencia entre un conflicto normativo explícito de uno implícito (considerando sus posibilidades de supuestos)? Las diferencias que nos interesa analizar en este punto son la composición del conflicto y una forma de solucionarla. En relación con el resultado, las soluciones a cada tipo de conflicto son distintas y deben ser diferenciadas: los conflictos normativos explícitos pueden ser resueltos introduciendo excepciones explícitas y los conflictos normativos implícitos con excepciones implícitas. La noción de derrotabilidad, en este sentido, es un concepto teórico empleado para esclarecer este segundo supuesto.

3.1. Posibles conflictos entre normas

Para un adecuado análisis de la propuesta Dolcetti y Ratti me detendré en cada una de las posibles composiciones de conflictos normativos:

[1394] Dolcetti y Ratti, 2016.

1. Conflicto entre una norma derivada de norma explícita y una norma derivada de norma implícita

De acuerdo con este supuesto, una norma derivada de norma explícita tiene una relación inconsistente (un conflicto normativo) con una norma derivada de norma implícita. Al respecto, tenemos dos posibilidades de solución: i) prevalece la norma derivada de norma expresa; o ii) prevalece la norma derivada de norma implícita. La forma en que se otorga prevalencia no es relevante en este momento[1395], pues el punto a esclarecer por esta aproximación a la noción de derrotabilidad no es un método de solución de conflicto entre normas, sino un tipo de resultado. Veamos cada una de las posibilidades:

a. Conflicto es resuelto dando preferencia a la norma expresa

Si el aplicador del derecho resuelve el conflicto normativo a favor de la norma derivada de norma expresa estaremos ante un caso de lo que denominan «aplicación directa razonada»[1396]. En estos supuestos el aplicador del derecho toma en consideración razones en contra de la aplicación de una norma derivada de norma expresa ofrecidas por una norma derivada de norma implícita y estima que no son suficientes para variar la calificación normativa de un caso individual. Como podemos ver, están dando cuenta de los escenarios en los que el aplicador ha considerado que hay mejores razones para usar la norma expresa[1397].

Veamos un ejemplo[1398]. Consideremos un sistema normativo que contiene una norma expresa que establece que en caso de declaración de ilegalidad de un impuesto, entonces el Estado debe devolver a todos los contribuyentes los pagos realizados en razón de este tributo (llamémosle N1). Es el caso que la autoridad competente declaró la ilegalidad de un determinado impuesto, de manera que el Estado debía devolver todo lo percibido.

[1395] Sobre este punto profundizaré en Cap. IV.4.
[1396] Dolcetti y Ratti, 2016, p. 42.
[1397] Cabe precisar que esta es la forma de tratar la norma expresa como una norma inderrotable en un sentido sincrónico y no diacrónico. Es inderrotable, por cuanto a esta norma no se le pueden introducir excepciones implícitas en relación con el caso que va ser aplicada, pero ello no implica que en futuros casos esta norma se enfrente a un nuevo conflicto normativo implícito en el que sea derrotada por una norma derivada de norma implícita.
[1398] Formulo este ejemplo a partir de una reformulación de los hechos resueltos en el caso Naftalin vs. King de la Corte Suprema del Estado de Minnesota de los Estados Unidos de América. Cabe anotar que en este caso la solución de la controversia tuvo un sentido inverso al que estoy señalando en la ejemplificación.

Asumamos que el Estado lleva a proceso tal obligación con el argumento de que devolver tal importe de dinero conllevaría una crisis económica severa.

En este contexto, asumamos, el aplicador del derecho realizó un acto de construcción jurídica a efectos de crear la norma implícita por la cual está prohibido el pago de deudas públicas si ello conlleva una crisis económica (llamémosle N2). De esta forma, creó un conflicto entre una norma derivada de norma explícita (N1) y una norma derivada de norma implícita (N2) (es imposible que el Estado pueda cumplir con el deber de devolver y no devolver de forma conjunta). Entre N1 y N2, asumamos, el aplicador del derecho dio preferencia a N1 y la usó para resolver el conflicto normativo (ordenando, por tanto, que el Estado devuelva los impuestos cobrados a partir de un tributo ilegal).

Como podemos ver, lo que hizo el aplicador del derecho fue analizar el conflicto normativo entre ambas normas y dar prevalencia a la norma derivada de norma expresa, es decir, a la obligación del Estado de pagar sus deudas. Esta norma fue aplicada de manera directa razonada, pues se consideraron razones en contra y, a pesar de ellas, se decidió aplicarla.

b. Conflicto es resuelto dando preferencia a la norma implícita

Si el aplicador del derecho resuelve el conflicto normativo a favor de la norma derivada de norma implícita, estaremos ante un caso de «derrotabilidad»[1399]. En estos supuestos, el aplicador del derecho construye una preferencia a favor de la norma derivada de norma implícita sobre la norma derivada de norma explícita. Según los autores, esta es la forma de introducir una excepción implícita en una norma expresa.

Veamos un ejemplo[1400]. Consideremos un sistema normativo en el que los miembros de la policía se rigen por la norma N1 «si suboficial, entonces obligatorio rotar de comisaría cada dos años de servicio». Este deber de rotación de comisaría implica la reubicación

[1399] Dolcetti y Ratti, 2016, p. 39. En un sentido similar, Luzzati, 2018, pp. 336-37.
[1400] Cabe precisar que los autores reconstruyeron, bajo este esquema formal, los casos usualmente empleados para dar cuenta de la derrotabilidad: la ley boloñesa que prohibía derramar sangre en las calles, el caso Riggs vs. Palmer y el caso United States vs. Church Holy Trinity. Dolcetti y Ratti, 2016, pp. 39-41. En este punto propongo un nuevo caso de análisis inspirado en los hechos resueltos en la Sentencia Constitucional Plurinacional de Bolivia Nº 0167/2019-S2.

geográfica del centro de labores de los suboficiales, esto es, cambiar de ciudad o pueblo en donde se habita y se presta el servicio policial. Imaginemos el caso en el que una suboficial está a dos semanas de cumplir los dos años de permanencia en una ciudad y, además, tiene siete meses de embarazo. Supongamos que en la ciudad donde viene desempeñando sus funciones es donde vive su pareja y familiares, de manera que los efectos de la norma que prescribe la rotación implicarán que ella deja de vivir en el mismo lugar en que viven ellos durante la última parte del embarazo y en buena parte de los primeros dos años de vida de su hijo.

La obligación de rotación fue llevada a proceso por la suboficial, pues consideró que tales efectos eran insoportables. Bajo este supuesto, asumamos, el aplicador del derecho realizó un acto de construcción jurídica a efectos de crear la norma N2 «si policía embarazada, entonces prohibido reubicar su centro de labores fuera de la ciudad en la que vive», basada en la idea de que una gestación es mejor llevada acompañada de sus redes de apoyo (sean estas familiares, amicales o del tipo que se haya construido). De esta forma creó un conflicto entre una norma derivada de norma explícita (N1) y una norma derivada de norma implícita (N2) (es imposible que la suboficial pueda cumplir con la orden de rotar y con la orden de prohibido rotar de forma conjunta).

Asumamos que el aplicador del derecho decide preferir N2 por sobre N1, de esta forma ha decidido crear una excepción implícita a la norma explícita. La norma que regula el caso individual sería «si suboficial y no embarazada, entonces obligatorio rotar de comisaría cada dos años de servicio»[1401]. Como vemos, con la propiedad «no embarazada» se ha reducido el ámbito de aplicación de la norma expresa.

2. Conflicto entre una norma derivada de una norma implícita y otra norma también derivada de norma implícita

De acuerdo con este supuesto, una norma derivada de norma implícita tiene una relación inconsistente (un conflicto normativo) con una norma derivada de norma implícita. En estos casos, sea cual sea el resultado, resolverá el supuesto una norma derivada de norma implícita.

[1401] Una manera alternativa y equivalente de dar cuenta de esta nueva norma sería «si suboficial, entonces obligatorio rotar de comisaría cada dos años de servicio, a menos que este embarazada».

En este supuesto, Dolcetti y Ratti consideran que, conceptualmente, las normas implícitas están sujetas a excepciones implícitas, en el sentido de que la reducción del ámbito de aplicación de una norma se genera por dar preferencia a una norma derivada de norma implícita.

3. Conflicto entre una norma derivada de una norma explícita y otra norma también derivada de norma explícita

De acuerdo con este supuesto, una norma derivada de norma explícita tiene una relación inconsistente (un conflicto normativo) con otra norma derivada de norma explícita. En estos supuestos tendremos dos posibles formas de solucionarlo: i) que la norma que entró en conflicto con otra se vea superada, lo que implica que no se aplicará en el caso individual, de forma que se crea una excepción explícita; y ii) que la norma que entró en conflicto con otra no se vea superada, lo que implica que se aplicará en el caso individual.

El supuesto ii) es otra forma de presentar un supuesto de «aplicación directa razonada», es decir, de analizar la aplicación de una norma considerando las razones en contra de ello y concluir que debe aplicarse. El supuesto i) refiere al supuesto en el que una norma derivada de norma expresa introduce una excepción en otra norma derivada de norma expresa. Este es un supuesto en el que, tras analizar el microsistema normativo de normas aplicables para resolver el caso compuesto por normas explícitas, se toma una decisión de resolución de una antinomia entre estas. Como se puede ver, la diferencia entre i) y ii) está en qué norma estamos analizando. En ambas la operación y resultado es el mismo, solo descrito poniendo atención a una u otra norma en conflicto.

Veamos un ejemplo. Consideremos lo dispuesto en los artículos 106 y 20.2 del Código Penal peruano[1402]. Del primer artículo se puede interpretar una norma que prescribe la obligación de sancionar a quienes comenten un homicidio, mientra que del segundo

[1402] El artículo 106 señala «El que mata a otro será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de veinte años». Por su parte, el artículo 20.2 establece «Está exento de responsabilidad penal: 2. El menor de 18 años». En mi reconstrucción formal he obviado, solo por razones de claridad con el punto a ejemplificar, las especificaciones de las sanciones aplicables, dando cuenta únicamente de la obligación y de la prohibición que se pueden interpretar de cada una de estas disposiciones. Como puede verse, estoy siguiendo el mismo ejemplo empleado en la reconstrucción de la tesis de Carlos Alchourrón, ver Cap. III.4.

artículo es posible interpretar una norma prescriptiva que prohíbe sancionar a menores de edad. Podemos representar cada una de estas normas del siguiente modo:

N1: obligatorio sancionar a quienes cometen homicidio
N2: no se debe sancionar a los menores de edad.

Es el caso que tenemos a Juan, un menor de 16 años, que ha matado a Patricio. Conforme a N1, se infiere una norma derivada por la cual se debe sancionar a Juan (por haber cometido homicidio). En cambio, por N2 se infiere una la norma derivada por la cual no se debe sancionar a Juan (por ser menor de edad). Conforme a la opción que pretendo esclarecer, es el caso que N2 supera a N1 de manera que N2 opera como una excepción explícita. De esta forma, N1 es reformulada en N1' que contiene la siguiente prescripción: «si persona comete homicidio y no es menor de edad, entonces obligatorio sancionarle».

4. Aplicación de norma derivada sin conflicto normativo

He considerado oportuno incluir, a efectos de una mejor reconstrucción de la propuesta de Dolcetti y Ratti, el escenario de aplicar una norma derivada (sea de norma expresa o implícita) sin mediar un conflicto. Estos supuestos se refieren al caso en los que hemos resuelto un caso sin haber tomado en consideración razones en contra de la aplicabilidad, es decir, sin haber creado un conflicto (aunque hubiera sido posible hacerlo). Los autores llaman a estos supuestos «casos de aplicación directa simple»[1403].

3.2. Resultados y operaciones

Los elementos de esta propuesta formal del carácter implícito de la derrotabilidad ofrecen claridad conceptual respecto a qué quiere decir que las normas están sujetas a excepciones implícitas: las normas expresas pueden entrar en conflicto con una norma implícita y esta última puede ser preferida, de manera que los casos regulados por dicha norma implícita

[1403] Dolcetti y Ratti, 2016, p. 42.

dejan de ser regulados por la norma explícita. De esta propuesta se siguen una serie de tesis relevantes de precisar y criticar.

En primer lugar, tomando la propuesta de Dolcetti y Ratti como una forma de esclarecer tipos de reinterpretaciones restrictivas, se sigue que ellos entienden las excepciones[1404] como el resultado de hacer prevalecer una norma sobre otra en caso de conflicto normativo, de manera que a la norma que no prevalece se le reduce su ámbito de aplicación (a través de la incorporación de una nueva propiedad en el antecedente). La diferencia entre una excepción explícita e implícita, en este sentido, está dada por el tipo de norma que fue empleada para reducir el ámbito de aplicación de otra norma.

De esta forma, una excepción explícita, bajo esta propuesta, es el resultado de hacer prevalecer una norma derivada de norma explícita en un caso de conflicto normativo. En cambio, una excepción implícita se refiere al resultado de hacer prevalecer una norma derivada de norma implícita. A partir de esta distinción, sostienen los autores, la derrotabilidad hace alusión a los supuestos de crear excepciones implícitas en normas expresas[1405].

En segundo lugar, la propuesta parte de la premisa de que la noción de derrotabilidad es un concepto teórico que nos permite esclarecer qué es una excepción implícita. En atención a ello, de acuerdo con esta aproximación, el punto de interés son los conflictos normativos implícitos (casos de inconsistencia entre una norma derivada de norma explícita y una norma derivada de norma implícita) en los que se prefiere aplicar la norma derivada de norma implícita.

A partir de esta idea se sigue que: i) la derrotabilidad da cuenta de un tipo de resultado de un conflicto normativo, pero no de cualquier conflicto, sino solo de un tipo de conflicto (conflicto normativo implícito entre una norma expresa y una norma implícita); ii) la derrotabilidad no da cuenta de métodos específicos sobre cómo resolver conflictos normativos, sino a un tipo de resultado de cualquier método de solución de conflictos. Este segundo punto es interesante, pues para esta aproximación no hay métodos derrotantes, es decir, la derrota de una norma no es el resultado necesario de un

[1404] Sobre el punto ver lo señalado en Cap. III.2,2.2,2.2.1.
[1405] Dolcetti y Ratti, 2020, p. 114.

determinado tipo de forma de resolver conflictos, sino que esclarece un tipo de resultado[1406]. Dicho en breve, hablar de derrotabilidad de normas da cuenta de normas explícitas que pueden o han sido exceptuadas por normas implícitas[1407].

Ahora bien, estos son resultados ¿de operaciones realizadas sobre qué objetos? Considero que las tesis de Dolcetti y Ratti pueden ser empleadas para clarificar resultados de operaciones realizadas sobre dos objetos diferentes. Permiten esclarecer el resultado de un proceso reinterpretativo (operaciones realizadas sobre significados posibles), por un lado, o el resultado de resolver un conflicto entre dos normas (operaciones realizadas sobre normas ya identificadas), por el otro lado. Vamos cada una de ellas.

Partamos por la primera opción, esto es, clarificar resultados reinterpretativos. Los autores están tratando de dar cuenta de cómo entender la noción de derrotabilidad aproximada como una forma de clarificar los resultados de una reinterpretación restrictiva. Nos señalan que no cualquier interpretación restrictiva es un caso de derrotabilidad, sino solo aquellas en las que se prefirió, dentro del proceso interpretativo, una norma derivada de norma implícita por sobre una norma derivada de norma explícita.

Conforme con lo visto en el Capítulo II, en un proceso interpretativo el aplicador del derecho puede disponer de múltiples posibilidades sobre qué significado atribuir a una disposición. Durante dicho procedimiento, el aplicador del derecho puede disponer de significados obtenidos mediante una interpretación cognitiva y hacerlos conflictuar o bien con otros significados de este tipo, o bien con construcciones jurídicas.

[1406] Sobre este punto debo formular dos precisiones: i) al señalar «resolver conflictos» estoy refiriéndome únicamente a aquellos métodos que no implican la derogación de una norma; y ii) esta idea diferencia a la tesis de Dolcetti y Ratti de otras aproximaciones a la noción de derrotabilidad. Sobre la primera precisión me haré cargo en el siguiente subapartado. Sobre la segunda precisión, cabe anotar que dentro de la literatura especializada hay autores que predican la derrotabilidad como el resultado de haber ejecutado una determinada operación jurídica. Por ejemplo, para Carlos Alchourrón la derrotabilidad refiere a un acto de revisión de nuestras creencias sobre el antecedente, o para Frederick Schauer la derrota de una norma da cuenta de solución de un tipo de experiencia recalcitrante (ver Cap. III.4 y Cap. II.3,3.5, respectivamente). Creo que estas diferencias se deben, principalmente, a que Dolcetti y Ratti están preocupados en aclarar un fenómeno particular dentro de las diversas discusiones sobre la derrotabilidad: cómo crear excepciones implícitas.

[1407] En sentido inverso, hablar de inderrotabilidad da cuenta de normas explícitas que han prevalecido sobre normas implícitas en caso de conflicto o de normas explícitas que se han aplicado sin entrar en conflicto con una norma implícita (ambos sentidos, cabe precisar, desde una perspectiva sincrónica, pues diacrónicamente siempre podrán ser derrotadas).

Una manera de presentar los procesos interpretativos en los que el aplicador del derecho crea un conflicto entre significados obtenidos mediante una interpretación cognitiva es como un caso de conflicto entre normas derivadas de norma explícitas. Conforme con lo visto anteriormente, este tipo de conflictos también pueden ser presentados como casos de laguna axiológica descriptiva (en términos de Alchourrón y Bulygin) o de derrotabilidad interna (en términos de Schauer). Si esto es correcto, entonces ello nos permite mostrar que, siguiendo la propuesta de Dolcetti y Ratti, sea cual sea la norma resultante de este conflicto, esta será una norma que ya formaba parte del marco de posibilidades interpretativas del aplicador del derecho: será una norma que fue identificada mediante una operación de interpretación cognitiva. Esto supone que vamos a sustituir una norma por otra norma con menor alcance (es, en comparación, más fina) debido a que incluye una propiedad que ya era normativamente relevante dentro del sistema normativo. En otros términos, este tipo de resultado solo aclara una mejor presentación de las normas que forman parte del sistema normativo.

En cambio, en los procesos interpretativos en los que el aplicador del derecho tiene un conflicto entre un significado obtenido mediante interpretación cognitiva con una construcción jurídica, tendremos un caso de conflicto entre una norma derivada de norma explícita con una norma derivada de norma implícita. Estos pueden ser presentados como casos de laguna axiológica prescriptiva, o de derrotabilidad externa. Como ya hemos visto (y también nos permite mostrar la propuesta de Dolcetti y Ratti), si el aplicador del derecho decide preferir la norma implícita, lo que está haciendo es un acto de creación del derecho por la cual atribuye relevancia normativa a una propiedad normativamente irrelevante. En efecto, de lo que se está dando cuenta es que el aplicador del derecho introduce una distinción entre circunstancias en las que se puede realizar una acción regulada que no estaba en el sistema normativo. Esto supone que vamos a sustituir una norma por otra norma con menor alcance (es, en comparación, más fina) debido a que incluye una propiedad que, previo a tal acto, no era normativamente relevante en el sistema normativo. En otros términos, este tipo de resultado nos aclara un proceso de creación de una propiedad normativamente relevante y cuyo efecto es identificar una norma que posee un alcance más restringido en comparación con el alcance de la norma expresa valorada.

Como podemos ver, la diferencia que tratan de poner de relieve estos autores es que la derrotabilidad da cuenta de procesos reinterpretativos restrictivos en los cuales el aplicador del derecho reduce el alcance de una norma como resultado de atribuir relevancia normativa a una propiedad irrelevante. Este es un caso diferente de presentar el alcance de una norma con todas las propiedades normativamente relevantes del sistema normativo (este sería un caso solo de mejor presentación de la norma). En ambas presentaciones, el punto de interés es analizar los cambios en la aplicabilidad interna de las normas que forman parte del sistema de normas aplicables a un caso.

Veamos ahora la segunda opción: como el resultado de resolver un conflicto entre dos normas (aplicado sobre normas ya identificadas). En estos escenarios no se pretende dar cuenta de un proceso interpretativo sino de una antinomia entre dos normas que forman parte del sistema de normas aplicables al caso. Los autores estarían señalando que, dentro de un sistema de normas aplicables a un caso, podemos diferenciar (en un determinado espacio-tiempo) entre normas explícitas e implícitas y que los resultados de resolver un conflicto entre cada una ellas son diferentes.

Si tenemos un conflicto normativo entre dos normas y este es resuelto dando preferencia a una norma explícita, el resultado será que una norma que ya formaba parte del sistema deberá ser usada por el aplicador del derecho para resolver el caso. Ello es diferente en caso de que se prefiera una norma implícita, pues en dicho escenario el resultado será que una norma creada por el propio aplicador del derecho deberá ser usada por este para resolver el caso.

Ahora bien, en este tipo de escenarios la aplicabilidad interna de las normas no es modificada, es decir, no estamos ante un caso de sustitución de una norma por otra. Lo que estamos determinado es qué norma debe usar el aplicador del derecho para resolver un problema normativo, es decir, es un problema de qué norma internamente aplicable debe conservar su aplicabilidad externa. Estaremos frente a un caso de derrota de normas en todo aquel supuesto en el que una norma implícita es preferida por sobre una norma expresa (lo que quiere decir que la norma expresa, la norma derrotada, es entendida como un caso de pérdida de aplicabilidad externa).

Ahora bien, de la propuesta de Dolcetti y Ratti se sigue que, en los casos de creación de una excepción explícita, no hay un supuesto de derrotabilidad. Bajo los términos de su propuesta ello resulta correcto; sin embargo, esto no nos permite dar cuenta del resto de formas de aproximarse a la noción de derrotabilidad desde la teoría de los conflictos normativos. Es oportuno analizar ahora qué quiere decir que una norma supere a otra y cómo ello ha sido vinculado con la noción de derrotabilidad.

4. Derrotabilidad y preferencia entre normas

Giorgio Pino ha presentado de manera muy clara cómo algunos teóricos del derecho (y los juristas en general) entienden la derrotabilidad: «[c]ada vez que una norma, abstractamente aplicable a un (tipo de) caso, no haya sido luego aplicada, se puede decir que esta norma se ha "derrotado"»[1408]. En otras oportunidades, los juristas suelen señalar que una norma ha derrotado a otra cada vez que esta la «supera». Estas formas de presentar la noción derrotabilidad forman parte una aproximación a este concepto que trata de dar cuenta de un tipo de operación y de uno de sus posibles resultados al momento de no aplicar una norma aplicable.

Este tipo de aproximación a la noción de derrotabilidad implica una noción de «preferencia entre normas». A efectos de identificar y analizar cómo se está entendiendo la derrotabilidad, en el presente subapartado voy a analizar cómo los estudios sobre las preferencias entre normas han sido empleados para explicar que una norma derrota a otra. Para ello, analizaré las nociones de preferencia entre normas y sus efectos en un sistema normativo. Tras ello, daré cuenta sobre cómo dichas nociones han sido empleadas para predicar que una norma es derrotable y que una norma ha sido derrotada. Concluiré que esta forma de analizar las relaciones entre normas permite esclarecer que la derrotabilidad de las normas puede ser entendida como la posibilidad de pérdida de aplicabilidad externa de una norma (dejar de formar parte del sistema de normas aplicables a un caso) como resultado de preferir la aplicación de otra norma

[1408] Pino, 2014, p. 68.

Previo a profundizar sobre estos puntos, es oportuno en este subapartado introductorio formular algunas precisiones sobre el tipo de relaciones entre normas que serán analizadas y qué marco teórico estoy presuponiendo al momento de hablar de preferencias.

a. Tipo de relaciones entre normas a ser analizadas

Como hemos visto al inicio del presente Capítulo, los conflictos normativos pueden presentarse de, por lo menos, dos maneras diferentes: o bien es el caso que dos normas sean (interna y externamente) aplicables a un mismo caso individual[1409] y lógicamente incompatibles entre sí; o bien es el caso que el aplicador del derecho debe satisfacer dos criterios de aplicabilidad diferentes y lógicamente incompatibles entre sí (por ejemplo, uno que ordena usar una norma en la justificación de la decisión institucional y otro que prohíbe el uso de esa misma norma)[1410].

Ambos supuestos son relevantes para esta investigación, pues permiten formular la pregunta ¿cómo se resuelven las inconsistencias en los sistemas de norma aplicables a un caso y qué nos permite aclarar la noción de derrotabilidad al respecto?[1411] En otros términos, corresponde dar cuenta de cómo resolver las situaciones en las cuales más de una norma es aplicable empleando la noción de derrotabilidad. Para estos propósitos procederé a analizar cómo se crean criterios de preferencia entre normas que operan cómo criterios de solución de conflictos normativos, a efectos de identificar la conexión conceptual entre derrotar una norma y preferir una norma[1412].

[1409] En adelante, al hablar de aplicabilidad de una norma lo haré en el sentido de que es interna y externamente aplicable, salvo que haga la precisión de referir a solo una de estos sentidos.

[1410] He precisado que son por lo menos estos casos, pues a nivel teórico podemos tener conflictos normativos entre normas, entre criterios de solución de conflictos, entre meta criterios de solución de conflictos y así sucesivamente. Al respecto, solo me voy a concentrar en los dos niveles indicados en el texto principal.

[1411] Respecto a la noción de aplicabilidad ver lo señalado en Cap. I.4. En relación con este punto, cabe diferenciar entre conflictos normativos como noción descriptiva de una inconsistencia entre el contenido de dos enunciados normativos y conflictos normativos como noción descriptiva de las inconsistencias que se presentan ante el aplicador del derecho. En el primer supuesto, se da cuenta de qué implica, conceptualmente, una inconsistencia lógica. En cambio, por el segundo supuesto, se da cuenta de una inconsistencia lógica que se presentan ante el juez al momento de resolver un caso judicial. Atendiendo a esta distinción, solo me referiré a inconsistencias dentro del sistema de normas aplicables.

[1412] Orunesu, Rodríguez y Sucar señalan que en caso de una contradicción en el sistema jurídico las autoridades del sistema pueden realizar una de las siguientes acciones:

1. Los legisladores pueden, o bien derogar una o las dos disposiciones normativas de las cuales se han formulado las normas que están en conflicto; o bien no actuar a efectos de que sean los aplicadores del derecho quienes resuelvan dicha situación.
2. Los aplicadores del derecho pueden, o bien pueden cambiar de interpretación a efectos de tener normas que no entran en conflicto entre sí (esta es una manera alternativa de decir que

Previo a profundizar sobre este punto cabe partir por precisar que las normas dentro de un sistema jurídico se relacionan de forma que no todas operan en un mismo nivel, pues en los sistemas normativos disponemos de normas que regulan cómo crear otras normas o que determinan cómo debe ser el contenido de otras normas, por señalar algunos supuestos. En efecto, tras identificar las normas que forman parte de los sistemas normativos también identificamos criterios de jerarquía que determinan la importancia relativa de unas normas respecto de otras[1413].

En relación con este punto, siguiendo a Guastini, cabe precisar que «jerarquía» es un término ambiguo, por lo que al hablar de relaciones jerárquicas entre normas podemos estar haciendo referencia a alguno de estos sentidos[1414]:

1. Jerarquías formales o estructurales: dan cuenta de la relación entre una norma de producción normativa (o clase de estas) y una norma (o clase de estas) cuya producción es regulada por la primera norma. En este sentido, la norma de producción jurídica es jerárquicamente superior a la norma producida, por cuanto

---

solucionamos la inconsistencia cambiando de normas); o bien pueden emplear un criterio de preferencia (derivado del propio sistema jurídico o creado por el propio aplicador del derecho) a efectos de aplicar una de las normas en conflicto y hacer inaplicable la otra. En el presente subapartado daré cuenta de las premisas teóricas para entender esta segunda opción.
Orunesu, et all, 2001, pp. 35-36. En relación con esta segunda opción ver también Bulygin, 1994, p. 21. Para una presentación diferente de las posibilidades sobre qué hacer ante un conflicto normativo ver Alonso, 2010, p. 121.

[1413] Alchourrón aclaró que desde las fuentes del derecho podemos identificar, además de normas, criterios de jerarquía que determinan el peso relativo de cada norma respecto de otra. Un caso claro de este punto es el criterio de competencia (nivel de autoridad en los términos del autor o *lex superior* como lo llamaré en líneas más adelante). De acuerdo con este criterio la jerarquía de una norma está determinada por las competencias normativas de su legislador: si es una norma es creada por el constituyente, entonces, esta es jerárquicamente superior a una norma creada por el Parlamento y, a la vez, esta norma creada por el Parlamento es superior a la creada por un alcalde. En este sentido, cada vez que identificamos las normas que forman parte de un sistema normativo debemos, además, verificar las relaciones de ordenación existentes entre estas, pues dichas relaciones determinan qué consecuencias normativas posee cada caso regulado. En este sentido, las relaciones de jerarquía entre normas inciden en las normas, por lo menos, de dos maneras: i) tienen una función selectiva de normas, es decir, regulan para qué casos es aplicable una norma en función a su rango jerárquico; y ii) determinan la superación (derrota) de una norma por otra norma, es decir, establecen el grado de importancia de cada norma en el sentido de que si dos normas concurren entre sí para regular un caso las consecuencias normativas de la norma inferior no se siguen (ha quedado sin efecto el deber de seguir la prescripción contenida en esta norma). Alchourrón, 1982, pp. 57-58. Además, ver Rodríguez, 2002, p. 159. Sobre estas ideas profundizaré en este subapartado.

[1414] Guastini, 1997, pp. 470-472, Guastini, 2016, pp. 209-212, Guastini, 2018a, pp. 175-180, Guastini 2013, pp. 58-61. Guastini, 2011b, pp. 96-97. Asimismo, tomaré en cuenta para la reconstrucción de los sentidos de «jerarquía» lo señalado en Pino, 2014, pp. 85-88, y Pino, 2008, pp. 275-278.

su validez formal (satisfacción del procedimiento de producción normativa) depende de la primera.

2. Jerarquías materiales o sustanciales: dan cuenta de la relación entre dos normas (o clases de normas) en la cual el contenido de la jerárquicamente inferior no puede contradecir el contenido de la otra, jerárquicamente superior. Dicha relación de superioridad es creada por una tercera norma, la cual establece que, en caso de conflicto entre dichas dos normas, prevalece la norma superior.
3. Jerarquías lógicas: dan cuenta de la relación entre dos normas (o clases de normas) en la que una norma, la jerárquicamente superior, opera como metalenguaje de la otra norma, la jerárquicamente inferior. Este tipo de jerarquías se crean cada vez que el contenido de una norma se refiera a otra norma (sería superior, por cuanto, sería una norma que versa sobre otra norma).
4. Jerarquías axiológicas: dan cuenta de la relación entre dos normas en la cual el intérprete considera que una de las normas es superior a la otra por razones valorativas (preferencias ético-políticas). De esta forma, se califica que una norma como más valiosa que otra, por ser más adecuada a nuestros criterios de preferencia valorativos (nos parece más justa, más eficiente, o cualquier otro criterio de valoración)[1415].

Para cumplir con los propósitos de este subapartado analizaré las relaciones jerárquicas materiales y axiológicas entre normas, pues son las únicas que inciden en la aplicabilidad de las normas. En relación con estas, cabe precisar que las jerarquías axiológicas son una forma de crear jerarquías materiales. En efecto, bajo una jerarquía axiológica se crea una tercera norma que nos ofrece una preferencia entre dos normas que pueden o no estar en conflicto. Para que esta preferencia sea normativamente relevante, ello supone, por lo menos, que la norma axiológicamente superior será aplicada y la inferior no será aplicada, lo es una manera de dar cuenta de una relación jerárquica material entre estas[1416]. En

[1415] En este punto Pino ha señalo que este tipo de jerarquía, a diferencia de las otras, solo da cuenta de una relación entre dos normas y no entre clases de normas. Pino, 2014, p. 87. Al respecto considero que no hay razón para sostener que no es posible construir una preferencia valorativa sobre una clase de normas respecto de otra. Si bien podemos discutir la razonabilidad o corrección de esta forma de construir relaciones entre normas, los intérpretes no están impedidos (conceptualmente) de formular una tercera norma a efectos de crear este tipo de jerarquías entre conjuntos. Este es el caso, por ejemplo, de quienes abogan por una jerarquía abstracta entre derechos elaborada a partir de preferencias axiológicas o quienes proponen la noción de contenido esencial absoluto de los derechos fundamentales (sobre este último punto profundizo en García Yzaguirre, 2018).

[1416] Sobre este punto, Ferrer y Rodríguez han criticado la propuesta de Guastini señalando que la jerarquía formal o estructural es un caso de jerarquía lógica, dado que cada vez que se construye dicha relación es

atención a ello, en lo que sigue de este de este apartado, al referirme a jerarquías estaré dando cuenta de jerarquías materiales.

Las jerarquías materiales son un tipo de relación de ordenación entre normas que se construye mediante la formulación de una tercera norma que establece la superioridad de una sobre otra. En este sentido, en caso de conflicto normativo entre ambas normas, este es resuelto aplicando la norma superior e inaplicando la norma inferior (la norma que ha creado la jerarquía tiene el efecto de crear una prevalencia de una norma sobre otra). Pero esto requiere de precisiones, para las cuales voy a seguir las tesis propuestas por Jordi Ferrer y Jorge Rodríguez respecto de cómo entender la relación de superioridad de una norma sobre otra, entendida como una relación jerárquica.

La ordenación jerárquica material, entendida como relación de superioridad, se refiere a la preferencia de una norma sobre otra creada mediante criterios para resolver conflictos entre normas, esto es, por criterios de preferencia entre normas. En este sentido, sostener que una norma es superior a otra puede ser entendido como que una norma es preferida sobre otra.

Dicha propuesta es una forma de emplear la lógica de preferencias para analizar las relaciones entre normas. Previo a profundizar sobre este punto, es pertinente poder clarificar, brevemente, algunos aspectos teóricos relevantes de dicha teoría. En este sentido, partiré por señalar qué quiere decir «preferencia» para los lógicos deónticos y, tras ello, cómo han sido adoptadas dichas nociones para analizar los sistemas jurídicos.

b. Tipo de lógica de preferencias

Las relaciones de prevalencia entre normas han sido analizadas desde la lógica deóntica empleando para ello una lógica de preferencias. Cabe precisar que los estudios sobre lógica de preferencia son diversos y con distintos propósitos. De todas estas adoptaré,

necesario que la superior tenga por objeto o verse sobre la inferior. Asimismo, sostienen que las jerarquías axiológicas son una forma de crear una jerarquía material entre dos normas, pues la relación de preferencia valorativa de una norma sobre otra supone, por lo menos, una manera de determinar qué norma se aplica y cual se desaplica para un caso particular en caso de conflicto normativo. Ferrer y Rodríguez, 2011, pp. 141-42. Asimismo, en cuanto a la vinculación entre las nociones de jerarquía material y axiológica, ver Pino, 2014, p. 91.

para los efectos de la presente investigación, la propuesta estándar de lógica de preferencias formulada por Von Wright. Sobre ella debo precisar que, en esta investigación, no presentaré una reconstrucción completa de esta propuesta, sino que presentaré los aspectos más relevantes para entender la noción de preferencia[1417].

Von Wright analizó la noción de preferencia como un concepto binario[1418] valorativo (propio de la axiología). De dicha propuesta me voy a concentrar en dar cuenta de los siguientes rasgos[1419]: preferencia es un juicio comparativo «es mejor que» (*betterness*); preferencia un acto de elección (ambas relativas a un sujeto en un determinado espacio-tiempo); y la relación entre las nociones de preferencia y cambio. Asimismo, daré cuenta de la distinción formulada por dicho autor entre preferencias absolutas, incondicionales o condicionales. Veamos brevemente estos puntos.

En primer lugar, las preferencias son relaciones entre dos estados de cosas, las cuales han sido construidas por un sujeto en un determinado lugar y momento (esto implica que cada persona tendrá sus propias preferencias y que ella puede cambiar de preferencia en

[1417] Se suele denominar como propuesta estándar de la lógica de preferencias ha sido formulada por Von Wright (Von Wright, 1963 y en Von Wright, 1972) y Sen, 2008. Dentro de la literatura sobre lógica de preferencias podemos identificar otras propuestas como, por ejemplo, la lógica de lo preferido intrínsecamente de Chisholm y Sosa (Chisholm y Sosa, 1966), y la lógica de lo «bueno» de Gustafsson (Gustafsson, 2014). Asimismo, su desarrollo y aplicación ha tenido y sigue teniendo en una diversidad de campos de estudio (su empleo ha tenido grandes aportes principalmente en la teoría de la elección social o sistemas de análisis de decisiones colectivas). Para los efectos de la presente investigación me concentraré en cómo ha sido empleada para analizar las relaciones entre normas. Para ello seguiré, principalmente, la propuesta de Von Wright y la forma en que ha sido entendida en Ferrer y Rodríguez, 2011, Cap. III, y en Rodríguez, 2002, Cap. II.16 al II.18. Cabe poner de relieve que Rodríguez ha formulado un aporte proponiendo una lógica de las proposiciones sobre preferencias en Rodríguez, 2002, pp. 219 y ss., sobre esta no profundizaré en la presente investigación, pues solo analizaré preferencias entre normas.

[1418] La noción de preferencia es una noción binaria en el sentido que da cuenta de una relación entre dos alternativas excluyentes entre sí. Así un agente tenga que tomar una decisión a partir de un conjunto de tres o más alternativas, dicho conjunto puede ser descompuesto a efectos de crear relaciones de preferencia entre pares de alternativas hasta tener una relación de preferencia compleja entre todos estos. Sobre el punto ver Zuleta, 2005, p. 103. Asimismo, ver Alonso, 2010, pp. 204-08.

[1419] Sobre la lógica de preferencias Von Wright presentó cinco postulados aplicables (los primeros dos dan cuenta de las propiedades formales de las preferencias y los otros tres son principios que nos permiten presentan enunciados en expresiones formalizadas y, con ello, evaluar su verdad). No pretendo en esta investigación desarrollar cada uno de ellos, pero a efectos de una adecuada reconstrucción de estas tesis paso a enunciados: i) las preferencias son asimétricas (si un agente prefiere A sobre B, no puede ser el caso que prefiera B sobre A); ii) las preferencias son transitivas (si un agente prefiere p sobre q y es el caso que también prefiere q sobre r, es el caso que prefiere p sobre r); iii) las preferencias y cambio del mundo (si tenemos una preferencia de p sobre q, ello quiere decir que se prefiere cualquier estado de cosas en el que esté p, así sea el caso que se mantenga o se pierda q); iv) principio de distribución (las preferencias disyuntivas, esto es preferir p o q sobre r, son conjuntivamente distributivas); y v) preferencias holísticas (los tipos de preferencias cambian dependiendo de si es relevante como esta cambia el resto de aspectos del mundo). En el texto principal, me concentraré en los principios iii) y iv), pues sobre estos concentraré mi análisis sobre la conexión entre preferir una norma y derrotar una norma.

función de cada espacio-tiempo). Este tipo de relación supone un rasgo comparativo de acuerdo con el cual una preferencia es entendida como una relación «es mejor que». Dicha relación puede ser de dos tipos: i) intrínseca, en tanto preferimos una cosa sobre otra por sus propias cualidades (la preferencia en este punto es constitutiva de lo que consideramos bueno; tomando el ejemplo del autor, preferimos un vino blanco sobre un vino tinto porque consideramos que el vino blanco es mejor que el tinto de acuerdo con nuestros gustos); o ii) extrínsecas, en tanto preferimos un objeto sobre otro, debido a que sobre dicho objeto se basa en una preferencia intrínseca previa, es decir, es una preferencia que se justifica en preferencias previas (siguiendo el ejemplo de este autor, preferimos el vino blanco sobre el vino tinto porque creemos que el vino blanco es mejor para salud y tenemos una preferencia por estar sanos por sobre estar enfermos).

En segundo lugar, preferencia como acto de elección da cuenta de elegir una opción que se prefiere. En este sentido, alude que algunas de nuestras elecciones son elecciones de preferencia, es decir, que hemos elegido aquello que se corresponde con nuestra preferencia (esto permite precisar, además, que hay una diferencia conceptual entre tener una preferencia por un objeto y elegir dicho objeto).

En tercer lugar, al momento de tomar una elección de preferencia se toman en cuenta los cambios que producirían en el mundo. Para aclarar este punto Von Wright introdujo la noción de Universo del Discurso (UD) para dar cuenta del conjunto de descripciones de casos genéricos. Asumamos que tenemos un UD compuesto por dos posibles estados, p y q, de modo que nuestro mundo puede ser un mundo p.q, un mundo p.¬q, un mundo, un mundo ¬p.q o un mundo ¬p.¬q. Si un sujeto prefiere p sobre q, ello impacta en estos mundos posibles de la siguiente forma:

1. Si estamos en un mundo p.q, entonces tener una preferencia por p quiere decir que nos gustaría perder q y mantener p que perder p y mantener q;
2. Si estamos en un mundo p.¬q, entonces tener una preferencia por p quiere decir que nos gustaría que el mundo sea el mismo a obtener q y perder p;
3. Si estamos en un mundo ¬p.q, entonces tener una preferencia por p quiere decir que nos gustaría cambiar de ¬p a p, sin importar si ello implica el paso de q a ¬q o que se mantenga q;

4. Si estamos es un mundo ¬p.¬q, entonces tener una preferencia por p quiere decir que nos gustaría obtener p y continuar sin q, en vez de obtener q y continuar sin p;

Considerando estos tres rasgos, las preferencias pueden ser construidas como absolutas, incondicionales o condicionales, en función de cómo impactarán los efectos de la preferencia en el resto de las propiedades del mundo en el que vivimos. Una preferencia absoluta de p sobre q implica que no es relevante como impactará dicha preferencia en el resto de propiedades del mundo. En este sentido, preferiremos siempre un mundo que contenga p y no contenga q, en cualquier escenario. Zuleta ejemplifica este punto de manera clara: si un sujeto prefiere absolutamente el chocolate sobre la fresa, es un sujeto que prefiere un mundo en el que come helado de chocolate y contrae cáncer a un mundo en el que come helado de fresa y conserva su salud[1420]. Cabe precisar sobre este punto que, conceptualmente, solo es posible que un sujeto solo tenga una preferencia absoluta, pues de tener dos o más se generarían inconsistencias. Asumamos que tenemos dos preferencias absolutas: una de p sobre q; y otra de r sobre s. Bajo la primera preferencia, el sujeto preferirá el mundo (p.¬q.¬r.s) sobre el mundo (¬p.q.r.¬s). En cambio, bajo la segunda preferencia el sujeto preferirá el mundo (¬p.q.r.¬s) sobre el mundo (p.¬q.¬r.s). Cada preferencia, como vemos, contradice a la otra, por lo que no podemos tener ambas preferencias absolutas (o más) de forma simultánea.

Una preferencia incondicional se refiere a preferir p sobre q asumiendo que no generará un cambio en el resto de cosas del mundo (es una preferencia que opera con la cláusula *ceteris paribus*)[1421]. En cambio, una preferencia condicional refiere a preferir p sobre q de acuerdo con específicas condiciones, pero no mantendrá la preferencia ante diferentes

[1420] Zuleta, 2015, p. 4. Zuleta, 2005, p. 31. En este mismo sentido Feinberg ha ofrecido una definición bastante clara de una preferencia absoluta en caso sea predicada de un derecho: «*[i]f my right to X is absolute, then there are no circumstances in which it is "subject to legitimate limitation" or in which the correlated duties of others to me in respect to X are suspended. If the right is absolute, then I possess it, and others are bound to me in the appropriate ways in all circumstances with- out exception. This unqualified and exceptionless character of an absolute right implies (among other things) that it can never be in unresolved conflict with the absolute rights of other persons, whether those rights are of the same type (for example, rights to life) or of another type (say, rights to liberty or to property)*». Feinberg, 1980, p. 227-28.

[1421] Como bien señala Zuleta «[q]ue un individuo prefiere incondicionalmente p a q significa que favorece más un cambia hacia p.¬q que un cambio hacia ¬p.q sin considerar cuál sea el estado de cosas actual del mundo, pero asumiendo que éste no cambiará en otros rasgos fuera de p y q». Zuleta, 2005, p. 34.

condiciones (Von Wright lo ejemplifica con el caso de una persona que prefiriere perder su camiseta a perder sus zapatos, siempre que mantenga los pantalones[1422]).

Cabe resaltar que el carácter incondicional o condicional de una preferencia es una característica independiente de si es una preferencia inderrotable o derrotable. Como bien anota Rodríguez y, conforme lo expuesto, una preferencia de p sobre q está circunscrita a un determinado UD, de manera que si variamos el UD entonces no necesariamente es el caso de preferir p sobre q. En este sentido, una preferencia inderrotable es aquella determinada considerado los casos de un determinado UD; pero si el UD cambia, entonces la preferencia pasa a ser derrotable, pues puede verificarse que, bajo las nuevas condiciones, tengamos un supuesto de excepción a dicha preferencia[1423].

Formuladas estas aclaraciones y precisiones, procederé a analizar cómo este lenguaje teórico de las preferencias ha sido empleado para dar cuenta de relaciones entre normas. El objetivo será esclarecer qué tipo de aproximación a la noción de derrotabilidad está implicada al predicar que una norma supera a otra.

4.1. Preferencias entre normas

Un sistema jerarquizado da cuenta de conjunto en el que hemos creado subconjuntos conjuntamente exhaustivos y mutuamente excluyentes (creación de particiones) de sus elementos relacionados entre sí en una cadena de importancia[1424]. Dicha relación de importancia entre estos subconjuntos puede presentarse en una de las siguientes

[1422] Von Wright, 1963, pp. 9-32.
[1423] Rodríguez, 2002, pp. 230-239.
[1424] Rodríguez ejemplifica este punto con los grados militares. Si observamos a un par de militares podremos identificar una de estas situaciones: i) el primero es de rango superior, esto en el sentido de que el primero tiene, al menos, el mismo grado militar que el segundo y el segundo no tiene, al menos, el mismo grado militar que el primero. En este caso el primero, por ejemplo, es sargento y el segundo cabo; ii) el segundo es de rango superior, en el sentido de que el segundo tiene, al menos, el mismo rango que el primero y el primero no tiene, al menos, el mismo rango que el segundo. En este caso el segundo, por ejemplo, es teniente y el primero es sargento; o iii) ambos son del mismo rango, en el sentido de que el primero tiene, al menos, el mismo grado que el segundo y el segundo tiene, al menos, el mismo rango que el primero. En este caso tanto el primero y el segundo son capitanes. Como podemos ver, en la jerarquía se crean conjuntos exhaustivos y excluyentes ordenados por una relación lineal de importancia. Ver Rodríguez, 2002, p. 165.

posibilidades: i) un subconjunto C1 es preferido sobre un subconjunto C2; ii) el subconjunto C2 es preferido sobre el subconjunto C1; o iii) el subconjunto C1 es tan bueno como el subconjunto C2 y el subconjunto C2 es tan bueno como el subconjunto C1. Los sistemas normativos, como hemos visto, pueden estar compuestos por normas que se relacionan entre sí de forma jerarquizada. En relación con ello, como bien apunta Ferrer, Orunesu y Rodríguez[1425], debemos diferenciar entre una jerarquía entre normas de las relaciones de preferencia entre normas que crean dicha jerarquía.

Para un adecuado análisis parto por precisar qué es una relación de preferencia entre normas y cuáles son sus efectos. Una relación de preferencia entre normas da cuenta de los criterios por los cuales una norma es privilegiada respecto de otra en caso de que ambas sean aplicables a un mismo caso. Dichos criterios pueden tener uno de los siguientes efectos: i) incidan en la pertenencia de una norma (se emplean estos criterios para rechazar el ingreso de una nueva norma en el sistema normativo debido a que estas, de ingresar, producirían una situación de inconsistencia normativa); ii) incidan en la aplicabilidad externa de una norma (si dos normas son externamente aplicables a un mismo caso y ambas poseen consecuencias normativas inconsistentes entre sí, entonces estos criterios determinan qué norma mantendrá su aplicabilidad externa y qué norma la perderá); o iii) incidan en la pertenencia y en la aplicabilidad externa de una norma.

Entre las normas que forman parte del sistema de normas aplicables podemos identificar criterios de preferencia. Dichos criterios pueden ser identificados, por lo menos, de las siguientes formas[1426]:

1. Identificadas de una disposición normativa empleando una interpretación literal[1427]. Este es el caso de que se hayan regulado expresamente en el sistema

[1425] Rodríguez, 2012, p. 120, Rodríguez, 2004, p. 91, pie de pág., 6. Orunesu y Rodríguez, 2017, pp. 251-252, Ferrer y Rodríguez, 2011, pp. 151-154.
[1426] Alchourrón y Bulygin, 1991 [1981], p. 144, Ferrer y Rodríguez, 2011, p. 150, Rodríguez, 2002, p. 159, Bobbio, 1990, pp. 342-351, y Ratti, 2013a, p. 190
[1427] Alchourrón, Bulygin, Ferrer y Rodríguez han presentado esta idea señalando que es el legislador quien ha creado una relación de preferencia. He preferido variar los términos de la presentación a efectos de evitar confusiones que puedan producirse a partir de cómo entendamos la interpretación jurídica. En efecto, si asumimos una concepción escéptica entonces el legislador solo introduce textos a ser interpretados y no normas, de manera que no es el legislador, finalmente, quien construye el criterio de preferencia, sino el intérprete. Caso contrario, desde una concepción no escéptica, se puede atribuir al legislador haber introducido una norma en el sentido de que ha incorporado un enunciado lingüístico a mérito de los significados de las palabras empleadas. En otros términos, se asume una interpretación literal de la

jurídico normas que prescriben relaciones de preferencia entre otros enunciados que también forman parte del sistema jurídico;

2. Identificadas empleando métodos interpretativos no literalistas o mediante construcción jurídica. Este es el caso que el aplicador del derecho identifica una norma (sea esta una norma expresa o implícita) que introduce una ordenación jerárquica entre dos normas que guardan una relación mediante criterios de preferencia. Estos criterios toman como relevante algún rasgo de la relación entre estas dos normas, por ejemplo: la fecha de promulgación de las disposiciones a las cuales se les atribuyen las normas jerarquizadas (*lex posterior*)[1428]; la competencia que posee las autoridades que crearon la disposición interpretada (*lex superior*); la relación de especialidad entre las dos normas (*lex specialis*); o preferencias construidas a partir de criterios valorativos.

En este sentido, los criterios de preferencia pueden ser producto de la interpretación de disposiciones (normas expresas) o el aplicador del derecho puede crear uno mediante un acto de construcción jurídica (norma implícita)[1429]. Los criterios de preferencia nos permiten resolver conflictos normativos entre normas, de manera que la calificación jurídica de un tipo de acción depende tanto del contenido de la norma como de su

---

disposición introducida, de manera que resulta un sistema normativo conformado por normas identificadas por ser casos claros (en un sentido semántico). Sobre este punto no es oportuno profundizar en este momento, pero a efectos de precisión entenderé la expresión «el legislador ha creado esta preferencia» en el sentido de que el intérprete ha elegido una interpretación literal de la disposición creada legislativamente (o, incluso, judicialmente si entendemos que la preferencia ha sido introducida mediante un precedente con efecto vinculante para toda la judicatura).

[1428] Cabe precisar que la noción de criterio de preferencia puede ser usada en discurso teóricos (descriptivos) o prácticos (prescriptivos). Veamos cada uno: i) uso teórico en el sentido de que los empleamos como criterio para clasificar el tipo de relación entre dos normas; y ii) uso práctico en el sentido de los empleamos para determinar qué norma se debe aplicar al caso concreto (convierte una situación inconsistente en consistente). Por ejemplo, por un lado, con el uso teórico de *lex posterior* podemos identificar una relación entre dos normas a efectos de clasificar que una norma es anterior y la otra norma es posterior una de la otra, en función a su fecha de incorporación al sistema jurídico. Con su uso práctico, en caso una norma anterior y una norma posterior establecieran soluciones incompatibles para un caso al cual ambas son aplicables, entonces se prefiere la norma posterior.

Por el otro lado, con el uso teórico de la *lex superior* podemos clasificar una relación entre dos normas por las cuales una es norma superior y la otra norma es inferior, en función a la competencia que posee cada autoridad que creó la disposición desde la que se formuló la norma. Con su uso práctico, en caso una norma superior y una norma inferior establecieran soluciones incompatibles para un caso al cual son ambas aplicables, entonces se prefiere la norma superior.

En relación con la *lex specialis* profundizaré en el siguiente subapartado de la investigación a efectos de analizar sus conexiones conceptuales con la noción de derrotabilidad.

[1429] En términos de Bulygin: «la creación judicial del derecho se produce tanto en los casos de lagunas normativas como en los de conflictos normativos (…) cuando hay normas generales que correlacionan un caso genérico con dos o más soluciones incompatibles, el caso individual no puede ser resuelto, sin modificar las normas existentes. La técnica usada por los jueces consiste en establecer un orden jerárquico entre las normas en conflicto y no aplicar en el caso la norma menos importante». Bulygin, 2005, p. 43.

ordenación (si cambiamos de criterio de preferencia, entonces, cambia la calificación jurídica del caso genérico)[1430]. Ello de dos maneras: i) ante dos normas aplicables a un caso que prescriben consecuencias jurídicas lógicamente incompatibles entre sí, será una tercera norma la que determine cuál de estas debe el juez emplear en la justificación contenida en la decisión que resuelva el caso[1431]; o ii) puede ser que tengamos un conflicto entre criterios de preferencia, es decir, entre dos normas que han establecido relaciones de preferencia entre normas estén en conflicto entre sí[1432], el cual es resuelto introduciendo un meta criterio de preferencia (una preferencia por criterios de preferencia).

Para ser más preciso, los criterios de preferencia tienen como resultado (necesario) determinar qué normas forman parte del sistema de normas aplicables al caso. Es decir, qué normas debe el juez emplear en la decisión que resuelve el caso judicial para el cual es competente dictar sentencia. Como hemos podido ver, los criterios de preferencia entre normas (y las jerarquías entre conjuntos de normas que estos generan) nos permiten resolver conflictos normativos, pero no son relevantes en caso de concurrencia de normas aplicables compatibles entre sí, por ejemplo, en el caso de que los criterios de aplicabilidad determinen una serie de permisos o facultades dirigidos al juez a emplear diversas normas. En estos supuestos, dado que los permisos no generan contradicción entre sí, no se generan supuestos de conflicto, por lo que no es necesario emplear un criterio de preferencia. De generarse esta situación el juez puede, discrecionalmente, elegir cualquier de las normas permitidas sin incurrir en una vulneración en caso de no emplearla[1433].

[1430] Bulygin, 2014, pp. 76-77.

[1431] Alchourrón y Bulygin, 1991 [1981], p. 136. Otra forma de presentar esta idea es considerar que tenemos, *prima facie*, una norma aplicable a un caso, pero tras analizadas todos los elementos normativamente relevantes (*all things considered*, es decir, tras identificar o crear criterios de preferencia en el sistema de normas aplicable), consideramos que esta es solo aparentemente aplicable al caso.

[1432] Guiboug y Mendonca, 2004, p. 130. Para un análisis de este punto ver Guarinoni, 2001 y Gascón, 1997, pp. 281-282. Es pertinente reiterar los posibles efectos de un criterio de preferencia. Que una norma se prefiera sobre otra norma entendiendo la norma no preferida como norma inaplicable no implica, necesariamente, que dicha norma deje de pertenecer al sistema de normas pertenecientes al sistema normativo. O, viceversa, si entendemos la norma no preferida como norma que no pertenece ello suponga que la norma no forme parte del sistema de normas aplicables al caso. En otros términos, que una norma deje de formar parte del sistema de normas aplicables al caso, no quiere decir que ella deje de formar parte del sistema de normas que pertenecen al sistema jurídico, ni viceversa. Sobre esto volveré líneas más adelante.

[1433] Los criterios de aplicación y de preferencia entre normas concurrentes no siempre generan un conflicto normativo. Un supuesto usual de ello es el caso en el que un juez está facultado para emplear una determinada norma (en el sentido de que pueden o no emplearla en la justificación de sus decisiones judiciales). Veamos un ejemplo bastante famoso de este punto. Imaginemos que un juez está facultado para

Las relaciones de preferencia entre normas pueden ser construidas de dos maneras: como preferencias incondicionales o como preferencias condicionales[1434]. Las relaciones de preferencia incondicionales entre una norma y otra se refieren a que cada vez que estas dos normas entren en conflicto entre sí, se preferirá una sobre la otra en todos los supuestos posibles[1435]. En otros términos, cada vez que N1 entre en conflicto con N2, la relación de preferencia introducida mediante una norma N3 establece que siempre, por ejemplo, N1 superará a N2. Este tipo de preferencia es creada, por ejemplo, por quienes sostienen que el derecho a la autonomía privada la mujer prevalece, en cualquier supuesto de conflicto, sobre la existencia del no nacido, o por quienes sostienen la preferencia inversa.

Si tuviéramos un conflicto entre criterios de preferencia, es posible identificar o crear (dependiendo de cada sistema normativo) un metacriterio de preferencia, por ejemplo, por quienes sostienen que en caso de que el criterio *lex superior* entre en conflicto con el criterio de *lex posterior* debemos, siempre, preferir el criterio de *lex superior* (sustentado, por ejemplo, como una manera de garantizar la supremacía constitucional sobre cualquier otra norma del sistema).

---

emplear la norma «nadie se puede beneficiar de su propio ilícito» (llamémosle N1) de manera que puede o no emplearla en la justificación de sus decisiones judiciales. No emplearla no implica una vulneración a una norma, pues su no empleo está permitido. En caso de emplearla puede ser el caso que la calificación de la individual acción analizada varíe o no. Al respecto, pensemos en el caso Riggs vs. Palmer, en el cual decidir la aplicación de N1 generó una inconsistencia que se resolvió creando una excepción a la regla prevista en el código civil en materia de herencias (como resultado de haber creado un criterio de preferencia a favor de N1 sobre el resto de normas aplicables). Otros ejemplos son Youssoupoff vs. Columbia Broadcasting (en este caso el autor mediato de la muerte de Rasputín pretendió judicialmente un pago por la transmisión de una serie televisada sobre dicho evento, ante ello, la corte decidió aplicar N1 para denegar dicho pago), y R vs. National Insurance Commissioner ex p. Connor (en este caso una mujer mató a su marido y, tras ello, reclamó judicialmente recibir la pensión de viudez, a lo cual la corte decidió aplicar N1 para denegar dicho pago).

[1434] Ver Ferrer y Rodríguez, 2011, pp. 156 y ss., Rodríguez y Sucar, 2003, pp. 126 y Rodríguez, 2003b, p. 234. Bayón, 2003a, p. 193.

[1435] Esto supone, como podrá notarse, que el aplicador del derecho ha podido identificar todos los supuestos posibles de conflicto, lo cual es una posibilidad teórica muy discutible. Como ya hemos visto en el Cap. II.3,3.3. hay buenas razones por las cuales es correcto asumir que no podemos determinar el conjunto de posibilidades habidas y por haber de aplicación de una norma y, por ende, de conflicto. Como bien apunta Rodríguez, ninguna preferencia entre normas podría ser incondicional. Rodríguez, 2003a, p. 81. Sin perjuicio de ello, la noción de preferencia incondicional puede ser empleada si asumimos universos de discurso restringidos, esto es, limitados a una serie de casos elementales ya identificados. Sobre el punto, Zuleta, 2005, p. 35.

En cambio, las relaciones de preferencia condicionales entre una norma y otra norma se refieren a que una norma supera a la otra bajo determinas circunstancias, pero no necesariamente será el mismo caso ante otro tipo de circunstancias (la preferencia puede ser invertida). En términos de Rodríguez, «queda preestablecida la prioridad de una de las normas sobre la otra para todos los casos individuales subsumibles en una cierta subclase de los supuestos de colisión»[1436]. Un ejemplo de esta idea es considerar un caso de conflicto entre derechos en el cual, a la luz de los hechos de la controversia, en algunos supuestos se preferirá un derecho sobre otro, pero ante diferentes premisas fácticas se resolverá de manera inversa. Un ejemplo usual de esta forma de resolver conflicto es el uso de la ley de la ponderación de Alexy, la cual prescribe «cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la satisfacción de otro»[1437].

La diferencia entre una preferencia incondicional y una condicional, en este sentido, es respecto del conjunto de casos particulares en las que son aplicables. Las preferencias incondicionales son construidas para todo supuesto de conflicto entre una determinada norma con otra. En cambio, las preferencias condicionales son construidas para todas las veces que se presente un tipo de conflicto, pero no para el resto de las posibilidades. No son diferencias cualitativas, sino que son diferencias respecto del alcance de cada relación de preferencia[1438].

Veamos un conflicto normativo a efectos de ilustrar ambas formas de presentar una relación de preferencia. Imaginemos el caso que una persona quiere donar un órgano, pero es menor de edad. Al respecto, disponemos de dos normas relevantes:

N1: si discernimiento (d), entonces permitido donar órganos (Po)
N2: si menor de edad (m), entonces prohibido donar órganos (Pho)

[1436] Rodríguez, 2003b, p. 234, Rodríguez y Sucar, 2003, pp. 127.
[1437] Alexy, 1993, p. 161. De acuerdo con este autor, ante la colisión de dos principios hemos de realizar una ponderación entre estos. El resultado de esta operación será crear una relación de preferencia justificada en el «peso» de los principios contrarios, considerando sus efectos en base a los hechos de caso. Este escenario es definido por Alexy bajo la ley de la colisión: «las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente». Alexy, 1993, p. 94. Si empleamos el lenguaje de las preferencias, la ponderación es una forma de justificar la creación o modificación de la preferencia condiciona de una norma sobre otra, como método de solución de un conflicto entre ambas.
[1438] Otra forma de presentar este punto es considerar los criterios de preferencia incondicionales actúan como normas categóricas, y que los criterios de preferencia condicionales actúan como normas hipotéticas.

Dentro de este microsistema de normas aplicables al caso tendríamos un conflicto normativo cada vez que la persona tenga discernimiento y sea menor de edad, pues en dichos casos estará permitida y prohibida la acción de donar[1439]. Conforme con lo señalado, el aplicador del derecho para resolver este conflicto puede crear una relación de preferencia entre ambas normas que puede ser incondicional o condicional.

Si se construye una preferencia incondicional, entonces cada vez que tengamos este supuesto de conflicto se resolverá de manera que una norma superará la otra. En otros términos, el juez debe siempre emplear la norma preferida en la justificación de su decisión que resuelva el caso y debe no emplear la norma no preferida. Asumamos, para efectos del ejemplo, que se construye una preferencia incondicional de N2 sobre N1, de manera que cada vez que concurran las propiedades d y m se aplicará la consecuencia normativa de la norma N2 (prohibido donar). Bajo este supuesto, la norma derivada (d.m->Po) ha dejado de pertenecer al sistema de normas aplicables del caso[1440].

Si se construye una preferencia condicional, entonces preferiremos una norma sobre la otra siempre que se verifiquen ciertos hechos, pero dicha preferencia puede ser invertida ante la ocurrencia de otros hechos. Para seguir con el ejemplo, consideremos que se trata de una persona menor de edad, con discernimiento y que quiere donar un órgano a su hijo (propiedad h)[1441]. Asumamos que, para el aplicador del derecho, en este tipo de casos, debe prevalecer la norma N1 (permisiva) sobre la norma N2 (prohibitiva), de manera que cada vez que se verifique (h) se aplicará N1. En este sentido, se crea una relación de

[1439] Ello lo podemos comprobar con la siguiente matriz:

UC		N1 d->Po	N2 m->Php
d	m	Po	Pho
d	¬m	Po	
¬d	m		Pho
¬d	¬m		

[1440] Cabe reiterar que al señalar que una norma ha perdido su aplicabilidad externa, como es este caso, implica dejar de formar parte del sistema de normas aplicable, pero no necesariamente del sistema de normas que pertenecen al sistema jurídico.

[1441] En relación con este punto Bayón ha puesto de relieve que, en algunos casos, se formulan preferencias condicionadas aparentes. Ello en el sentido de que las circunstancias que operan como condiciones no están definidas, en tanto, se ha introducido una condición indeterminada o sujeta a discrecionalidad del intérprete. Por ejemplo, establecer una preferencia empleando términos valorativos, como puede ser se prefiera una norma sobre otra siempre se verifiquen efectos «razonables» o «respetuosos de la dignidad humana». Sería una preferencia condicionada aparente, pues esta sería una decisión caso a caso y no una preferencia predeterminada. Sobre este punto Bayón, 2003a, pp. 161, pie de pág. 5, y 191, pie de pág. 47.

preferencia de la norma de permiso sobre la norma prohibición en casos de donación de órganos de menores de edad, siempre que la donación sea en beneficio del hijo/a del donante.

Bajo este supuesto, la norma derivada (d.m.h->Pho) ha dejado de pertenecer al sistema de normas aplicables del caso. Esto deja a salvo que N1 y N2 puedan tener relaciones de preferencia inversas, por ejemplo, en el caso que el donante no sea progenitor del beneficiario. Al considerar relevante la propiedad h lo que estamos haciendo es bloquear la aplicabilidad externa de ciertas normas derivadas de N2[1442]. Como vemos, las preferencias incondicionales y las condicionales dan cuenta de la misma operación y resultado, solo las diferencia la especificación de las condiciones que activa la relación de preferencia[1443].

[1442] En relación con los efectos de la creación de una preferencia (sea incondicional o condicional), Alchourrón y Bulygin precisaron que el orden jerárquico del sistema permite a los aplicadores del derecho dar preferencia a ciertos contenidos normativos sobre otros, de manera que se dejan de lado los contenidos normativos jerárquicamente inferiores. Si uno modifica el orden jerárquico, es decir, cambiamos las relaciones de preferencia, ello implica que los contenidos normativos dejados de lado ahora son los aplicados (y, por ende, el contenido normativo anteriormente preferido ahora pasa a ser inaplicable). En este sentido, sostienen dichos autores, que una modificación en las relaciones ordenadoras es sustantivamente equivalente a la derogación. Alchourrón y Bulygin, 1991 [1981], p. 145 y Alchourrón, 1982. Esto permite poner de relieve que las respuestas a los problemas normativos (la pregunta sobre cómo está calificada una acción o estado de cosas), se responde a partir del contenido normativo de la norma relevante y de la relación de preferencia que determina que esta es (externamente) aplicable para el caso. Sobre este punto, Ferrer y Rodríguez han precisado algunas diferencias entre jerarquizar y derogar:

1. La jerarquización entre normas solo es equivalente a elegir entre distintos sistemas normativos alternativos que se producen como resultado de una derogación tácita;
2. En caso se jerarquicen normas no incompatibles entre sí dicha operación no tiene ninguna incidencia en la composición del sistema ni en las soluciones a los casos regulados por normas del sistema. A diferencia de ello, la derogación incide en la composición y en la solución de casos regulados.
3. La jerarquización tiene como función lógica resolver inconsistencias normativas. La derogación no tiene dicha función, sino la de expulsar elementos del sistema normativo.
4. La jerarquización no tiene, necesariamente, el efecto de expulsar una norma del sistema de normas pertenecientes en el sistema jurídico. Puede limitarse únicamente a que la norma pierda aplicabilidad al caso. En cambio, la derogación solo tiene como efecto la expulsión de las normas perteneciente al sistema jurídico.
5. La derogación se realiza considerando las normas que forman parte del sistema jurídico. La jerarquización, en cambio, opera sobre normas derivadas de normas jurídicas aplicables (el microsistema).

Ferrer y Rodríguez, 2011, p. 163. En un sentido similar Guibourg y Mendonca, 2004, p. 134.

[1443] Como bien anota Navarro y Rodríguez, la dimensión del peso de Robert Alexy es una forma metafórica de dar cuenta de construir criterios de preferencia condicionales que, además, permitiría conciliar la idea de ponderación a la luz de las circunstancias del caso con la pretensión de universalidad argumentativa. Navarro y Rodríguez, 2014, p. 158. Sobre este punto en particular y para ver una forma de crear este tipo de preferencias ver la estrategia especificacionista descrita en Cap. II.3,3.3.,3.3.2.

Como ya he señalado líneas atrás, los criterios de preferencia pueden ser aplicados sobre normas o sobre los criterios de preferencia (pueden operar como metacriterios de preferencia que prescriben la ordenación entre criterios de preferencia incompatibles entre sí)[1444]. Como bien lo precisan Ferrer y Rodríguez, los criterios de preferencia tienen como efecto necesario que la norma no preferida pierda su fuerza (o aplicabilidad externa) sobre el caso y tiene como efecto contingente la pérdida de su membresía con respecto del sistema jurídico[1445]. Dicha contingencia puede ser entendida a partir del análisis de las competencias que posea el juez que ha creado una preferencia, conforme con cada derecho positivo, o por la forma en que reconstruimos la dinámica de los sistemas jurídicos.

En relación con el primer punto, los efectos de una preferencia entre normas (condicional o incondicional) dependen de las competencias de que el juez en el sistema normativo. Sobre este punto, partamos por diferenciar entre supuestos de identificación de criterios de preferencia de los supuestos de creación de criterios de preferencia. Al respecto, es oportuno retomar la precisión formulada líneas atrás: es pertinente diferenciar entre supuestos de identificación de criterios de preferencia mediante interpretación de aquellos creados mediante construcción jurídica. Si el juez ha identificado un criterio de preferencia mediante una norma expresa, lo que ha hecho es haber elegido un significado del marco de posibilidades interpretativas disponible para una disposición. En este

[1444] Retomemos los supuestos señalados anteriormente en los que pueden presentarse una situación de conflicto normativo: o bien es el caso que dos normas sean aplicables a un mismo caso particular y lógicamente incompatibles entre sí; o bien es el caso que el aplicador del derecho debe satisfacer dos criterios de aplicabilidad diferentes y lógicamente incompatibles entre sí (por ejemplo, uno que ordena usar una norma en la justificación de la decisión institucional y otro que prohíbe el uso de esa misma norma). Ambos supuestos son resueltos introduciendo un criterio de preferencia entre las normas que prescriben la aplicabilidad (externa) de las normas. Puede ser el caso que el sistema disponga de más de un criterio de preferencia, por lo que en este caso debemos crear un metacriterio de preferencia entre los criterios de preferencia (por ejemplo, este es el caso de un supuesto en el que una norma es preferida por aplicación del *lex superior*, pero otra norma es preferida por el *lex posterior*, de manera que tenemos que crear un criterio de preferencia entre el *lex superior* y el *lex posterior*). En relación con este último punto, asumamos solo por este momento que solo disponemos de tres criterios de preferencia (*lex posterior, lex superior y lex specialis*). Bajo estos supuestos tres posibilidades: i) solo es aplicable un criterio de preferencia; ii) son aplicables dos criterios, de manera que tendríamos seis posibles combinaciones (dos posibles combinaciones por cada criterio); y iii) son aplicables tres criterios, de manera que tendríamos cuatro posibles combinaciones. Sobre estas posibles combinaciones ver Guarinoni, 2011, pp. 555 y ss., y Guibourg y Mendonca, 2004, pp. 130 y ss. Ferrer y Rodríguez, 2011, pp. 186 y ss.

[1445] «[D]esde el punto de vista de los efectos de la ordenación jerárquica de las normas, parecería que la norma que se reputa superior es siempre aplicable (aunque no necesariamente válida) y la norma inferior, es siempre inaplicable (aunque no necesariamente inválida). La vinculación, pues, entre ordenación jerárquica y aplicabilidad parece ser necesaria, mientras que la vinculación entre ordenación jerárquica y validez parece ser contingente. La invalidez de la norma preterida (sic) en la ordenación sería en tal caso un efecto añadido, en algunos casos, a su inaplicabilidad». Ferrer y Rodríguez, 2011, p. 182.

escenario, una forma de entender estos supuestos es que el aplicador del derecho identifica directamente de las fuentes normativas el criterio de preferencia.

En cambio, si el juez crea un criterio de preferencia (mediante una norma implícita que resulta de un acto de construcción jurídica) se generan diversas posibilidades. Este escenario supone que para poder crear una preferencia entre normas, es menester que la autoridad posea competencia para ello, lo cual depende de los derechos positivos y las prácticas jurídicas de cada lugar. El contenido de esa competencia determina si el efecto del criterio de preferencia se limita a determinar la aplicabilidad externa de la norma al caso particular, si incide en su expulsión del sistema de normas aplicables al caso, o si incide (además de los efectos previos) en expulsar la norma del sistema de normas que pertenecen al sistema jurídico.

Si estamos en un supuesto en el que dos normas contradictorias entre sí y sobre las cuales se carece de un criterio de preferencia y el juez, para resolver el caso, crea un criterio de preferencia, este puede tener diversos efectos dependiendo de sus competencias. Si su creación no genera un deber jurídico en otros jueces de emplearla, entonces el conflicto normativo subsiste para el resto de aplicadores del derecho (los jueces tendrán margen de discrecionalidad para crear preferencias que les afecte únicamente a ellos mismos). En estos casos, el efecto del criterio de preferencia será únicamente en relación con el caso particular[1446].

En cambio, si la creación de un criterio de preferencia genera un deber jurídico a otros jueces de emplearlo, entonces habrá creado una preferencia condicionada o

[1446] En caso que un juez no disponga de criterios de preferencia que puedan ser identificados mediante normas expresas y este carezca de competencia para imponer sus propias preferencias a otros jueces, entonces él crea derecho para sí mismo. En este punto, siguiendo a Hart, el juez posee un poder de creación del derecho para resolver un caso particular y no para introducir una modificación en el sistema. Sobre este punto, Hart señaló lo siguiente: *«[i]t is important that the law-creating powers which I ascribe to the judges to regulate cases left partly unregulated by the law are different from those of a legislature: not only are the judge's powers subject to many constraints narrowing his choice from which a legislature may be quite free, but since the Judge's powers are exercised only to dispose of particular instant cases he cannot use these to introduce large-scale reforms or new codes. So his powers are interstitial as well as subject to many substantive constraints. None the less there will be points where the existing law fails to dictate any decision as the correct one, and to decide cases where this is so the judge must exercise his law-making powers. But he must not do this arbitrarily: that is he must always have some general reasons justifying his decision and he must act as a conscientious legislator would by deciding according to his own beliefs and values. But if he satisfies these conditions he is entitled to follow standards or reasons for decision which are not dictated by the law and may differ from those followed by other judges faced with similar hard cases*». Hart, 1994, p. 273.

incondicionada que resuelve el conflicto en el sistema de normas aplicables al caso[1447]. En efecto, si la autoridad jerárquicamente inferior carece de competencia para alterar las decisiones tomadas por una autoridad superior (por ejemplo, mediante un *distinguish* o apartándose del precedente), ello implica que dicha autoridad no puede variar el criterio de preferencia[1448]. En estos casos, el efecto del criterio de preferencia será expulsar una norma del sistema de normas aplicables al caso. Al respecto, también incidirá en la pertenencia de la norma al sistema de normas pertenecientes al sistema jurídico si el juez que ha creado la preferencia posee, además, competencias de control normativo, es decir, que sus decisiones incidan respecto a la pertenencia de normas.

Veamos ahora la segunda forma, esto es, como entender los efectos derogatorios las preferencias (predicados sobre normas no preferidas) a partir de cómo reconstruyamos los teóricamente los sistemas normativos. Al respecto, Claudina Orunesu, Jorge Rodríguez y Germán Sucar[1449] han formulado una propuesta de reconstrucción sobre cómo suele ser entendida la operatividad los criterios de preferencia desde una aproximación estática o dinámica de los sistemas jurídicos. Dichos autores diferencian entre una reconstrucción del sistema jurídico como un orden depurado y como un orden no depurado.

Por un lado, entender un sistema jurídico como un orden jurídico depurado se refiere a considerarlo como un conjunto de normas (desde una aproximación estática o sincrónica) cuyas relaciones de preferencia operan como criterios de pertenencia. En este sentido, para que una norma pueda ser incorporada al conjunto de normas pertenecientes al sistema esta no debe ser incompatible con las normas superiores. De este modo, todo caso de conflicto normativo es resuelto y, solo tras ello, se identifica el sistema normativo. Así,

[1447] Este punto, como podemos ver, está estrechamente vinculado con la forma en que entendamos los criterios de aplicabilidad de los precedentes (también llamado, regla de precedentes o *stare decisis*). Para un análisis de este punto ver Núñez Vaquero, 2017b.

[1448] Un punto similar fue expuesto por Alchourrón y Bulygin al momento de analizar la incidencia práctica de identificar las normas de permiso. Conforme a dichos autores, una norma de permiso opera sobre una autoridad inferior (carente de competencia para alternar dicha norma) como un marco de posibilidades, en el sentido de que esta no podrá regular una norma que contradiga el permiso (por ejemplo, una prohibición o un permiso de no hacer). En este sentido, de su análisis es relevante para el punto que pretendo precisar que es necesario para una autoridad tener competencia para poder apartarse de las decisiones u órdenes establecidas por autoridades superiores, sea ello en sede de creación como de aplicación de normas. Alchourrón y Bulygin, 1991 [1984b], pp. 235-36

[1449] Orunesu et all, 2001, pp. 36 y ss. También ver Ferrer y Rodríguez, 2011, pp. 169 y ss. En contra de esta distinción Ratti, 2013c, pp. 61 y ss., Ratti, 2014, pp. 262 y ss.

las relaciones de preferencia entre normas son entendidas como definitorias del sistema (en otros términos, la resolución de conflictos es un paso previo a la determinación de qué normas pertenecen al sistema jurídico)[1450]. Como podemos ver, así entendidos los criterios de preferencia, ellos operan de manera *ex ante*, es decir, estos impiden la incorporación de una norma al sistema que genere inconsistencias normativas.

Por otro lado, entender los sistemas normativos como un orden jurídico no depurado refiere considerarlos como secuencias de conjuntos de normas (desde una aproximación dinámica o diacrónica) cuyas relaciones de preferencia operan como criterios de aplicabilidad. En efecto, bajo esta forma de entender los sistemas normativos, para que una norma pueda ser incorporada al conjunto de normas pertenecientes al sistema es suficiente satisfacer las exigencias formales de producción de normas. La discusión respecto a si el contenido incompatible permanece o no dentro del sistema se resuelve con posterioridad. Dos normas incompatibles pueden pertenecer a un mismo sistema, pero ambas no pueden ser aplicadas para resolver un caso, de forma que los criterios de preferencia inciden en dicho aspecto. Como podemos ver, así entendidos los criterios de preferencia, ellos operan de manera *ex post*, es decir, son empleados para resolver situaciones de inconsistencias normativas generadas por normas que han creado un nuevo sistema jurídico dentro del orden jurídico[1451].

De esta forma, un criterio de preferencia puede ser entendido como: i) un criterio de membresía de una norma al sistema de normas que pertenecen al sistema jurídico (la preferencia tiene como resultado rechazar la inclusión de una nueva norma en el sistema

[1450] Como podemos ver, bajo esta forma de entender los sistemas jurídicos ello supone que cualquier norma que pueda generar inconsistencia al ser incorporada es bloqueada, de manera que solo pueden pertenecer aquellas normas que sean consistentes con las normas superiores (el criterio *lex superior*, en este sentido, opera *ex ante* a la incorporación de normas al sistema). Este modelo depurado es empleado, por ejemplo, por quienes asumen que los conflictos normativos son solo aparentes. Alchourrón y Bulygin, 1991 [1981], p. 144, Ferrer y Rodríguez, 2011, p. 170.

[1451] Cabe indicar la precisión formulada por Orunesu y Rodríguez que el propósito de estos modelos de análisis de los sistemas normativos «fue alertar sobre una ambigüedad frecuente entre los intérpretes y teóricos del derecho, quienes a veces estiman que una norma inconstitucional es una norma que fracasó en integrarse al orden jurídico por resultar incompatible con normas de rango superior, esto es, que las normas inconstitucionales no pertenecen al orden jurídico precisamente en virtud de su inconstitucionalidad, y a veces estiman en cambio que una norma inconstitucional es una norma que forma parte del sistema pese a contradecir normas de rango superior, y debe ser declarada inaplicable o excluida del sistema debido a su inconstitucionalidad». Orunesu y Rodríguez, 2017, pp. 243-244. Sin perjuicio de dicho propósito, esta distinción es clarificadora para los fines de este subapartado para mostrar que los criterios de preferencia, si bien siempre tienen como efecto la no aplicación de una norma, pueden tener efectos sobre la pertenencia (además de por razones de derecho positivo) a causa de cómo estamos reconstruyendo teóricamente el sistema normativo.

debido a las inconsistencias que ello generaría); o ii) un criterio de aplicabilidad (la preferencia determina qué norma debe emplear el juez en la justificación de su decisión que resuelve el caso). Con cada una de estas posibilidades se crea, conforme con lo indicado al inicio de este subapartado, una relación jerárquica entre normas.

Retomando esta idea, una jerarquía da cuenta de haber introducido particiones dentro de un conjunto, de manera que un conjunto jerarquizado es un conjunto de subconjuntos, los cuales son conjuntamente exhaustivos y mutuamente excluyentes. En este sentido, una jerarquía es una relación entre subconjuntos. En el caso del derecho, un sistema normativo jerarquizado es un conjunto de normas compuesto por subconjuntos de normas ordenados. Esta ordenación es producto de haber introducido criterios de preferencia entre normas, las cuales operan como criterios para determinar qué norma es preferida sobre otra en caso de conflicto entre ambas. Dicha preferencia, como hemos visto, puede ser entendida como un criterio de pertenencia o de aplicabilidad, los cuales generan dos formas diferentes de entender la jerarquía que producen.

Si los criterios de preferencia operan como criterios de pertenencia, entonces se genera una jerarquía fuerte entre normas. Ello en el sentido de que dichos criterios operan como normas que forman parte del sistema con la función de preservar la superioridad de las normas superiores (imposibilitando la inclusión de normas contradictorias con estas).

En cambio, si los criterios de preferencia operan como criterios de aplicabilidad, entonces se genera una jerarquía débil entre normas. Ello en el sentido de que dichos criterios operan de manera externa al sistema, pues son directivas dirigidas a los jueces a efectos de determinar qué norma deben emplear (no tendría el efecto de generar una partición dentro del conjunto de normas)[1452].

4.1.1. La norma derrotada como norma no preferida

[1452] En relación con estos puntos ver Rodríguez, 2011, pp. 120-122.

Bajo esta reconstrucción teórica, la derrota de una norma da cuenta de que una norma ha perdido su aplicabilidad externa como resultado de haber creado o modificado un criterio de preferencia entre normas. Conforme con lo señalado en el Capítulo I, una norma es externamente aplicable debido a que otra norma prescribe que los jueces deben emplear dicha norma en la justificación de sus decisiones judiciales.

En este sentido, bajo este marco teórico una norma N1 es externamente inaplicable por tres razones[1453]: i) no hay una norma que prescriba el deber de aplicar N1 a un caso; ii) hay una norma que prohíbe la aplicación de N1 al caso; iii) un criterio de aplicabilidad prescribe la aplicación de una norma N1 a un caso, pero a la vez otro criterio de aplicabilidad prohíbe la aplicación de la norma N1 a ese mismo caso; o iv) un criterio de aplicación prescribe la aplicación de una norma N1, pero a la vez otro criterio de aplicación prescribe la aplicación de una norma N2 para ese mismo caso, siendo N1 y N2 conflictivas entre sí. En este subapartado es relevante analizar los supuestos iii) y iv)[1454].

Los sistemas de normas aplicables, como podemos ver, pueden padecer de problemas de inconsistencia, los cuales (conforme a esta reconstrucción teórica) se resuelven introduciendo una relación de preferencia entre las normas en conflicto. En este sentido, ante dos criterios de aplicabilidad que generan soluciones inconsistentes entre sí, el aplicador del derecho debe introducir una preferencia (condicional o incondicional). El resultado de dicha preferencia, como hemos visto, será que la norma no preferida pierda su aplicabilidad externa.

Para clarificar este punto, es útil emplear la distinción propuesta por Orunesu, Navarro, Rodríguez y Sucar entre normas aplicables *simpliciter* y normas estrictamente aplicables. Ambas son normas que forman parte del sistema de normas aplicables, pero con cada una de estas se da cuenta de una operatividad diferente. Si una norma es aplicable a un caso entonces será una norma aplicable *simpliciter*. En el supuesto de que el juez tenga (por lo menos) dos normas aplicables incompatibles entre sí, él debe preferir una de las normas por sobre la otra. En estos casos la norma preferida es entendida como la norma

[1453] Navarro et all, 2004, p. 15.
[1454] Como vemos, esta reconstrucción engloba a todos aquellos que consideran que exceptuar una norma no es equivalente a cambiar de norma: exceptuar/derrotar da cuenta de un caso de inaplicación (o pérdida de fuerza) de una norma. Sobre este punto profundizaré en este subapartado.

estrictamente aplicable, es decir, una norma que se aplica tras haber considerado todas las razones para aplicarla y no aplicarla, y haber decido preferir su aplicación[1455]. Dicho en breve, una norma estrictamente aplicable a un caso es aquella norma preferida sobre todas las normas externamente aplicables tras haber identificado, creado o modificado un criterio de preferencia[1456].

Todas las normas que forman parte del sistema de normas aplicables poseen fuerza institucional para ser usadas en la justificación de las decisiones de los jueces. Cuando dos normas son externamente aplicables a un caso y son contradictorias entre sí, el juez debe preferir una de estas, esto es, debe determinar cuál posee la fuerza suficiente en función del criterio de preferencia. En este sentido, el juez decide qué norma aplicar y cuál inaplicar[1457].

Como podemos ver, bajo esta aproximación a la noción de derrotabilidad, la derrota de una norma es una manera de explicar el resultado de haber ordenado de los criterios de

[1455] Como bien han apuntado estos autores, «norma aplicable» es un término ambiguo, pues puede estar etiquetando o bien a todas las normas que pertenecen al sistema de normas aplicables a un caso (normas *simpliciter*), o bien a la norma que tiene mayor fuerza respecto de otras también aplicables al caso (normas estrictamente aplicables). Para identificar la norma estrictamente aplicable a un caso debemos: i) identificar el criterio de aplicabilidad de las normas; y ii) ordenar los diferentes criterios de aplicabilidad. Ver Navarro et all, 2004, pp. 16-19. Además, Navarro y Rodríguez, 2014, pp. 136-37. Al respecto, resulta relevante precisar las similitudes y diferencias entre este par de conceptos y las nociones propuestas por Dolcetti y Ratti de «casos de aplicación directa simple» y «aplicación directamente razonada» analizadas en Cap. IV.3. Un caso de aplicación directa simple, como hemos visto, es el de una norma aplicable para cuya aplicación no se han considerado ninguna razón en contra de su aplicabilidad. En cambio, la aplicación directa razonada refiere a la norma que es aplicada tras haber resuelto una contradicción normativa (ver Dolcetti y Ratti, 2016, p. 42 y lo señalado en Cap. IV.3). Como vemos, no son dos pares de conceptos equivalentes entre sí. Una norma estrictamente aplicable y un caso de aplicación directa razonada están dando cuenta del mismo concepto, solo que con diferentes etiquetas. La noción de aplicación directa simple, en cambio, no es enteramente equivalente a la de norma *simpliciter*. Si bien toda norma aplicable se aplica directamente en caso no haya que considerar una razón en contra de su aplicación, la noción de norma *simpliciter* da cuenta del deber de usar una norma en una justificación, no del resultado de haberla aplicado. En atención a ello, considero que la noción de norma *simpliciter* es manera de expresar, en el lenguaje de las normas, lo que en el lenguaje de las razones se expresa como razón *prima facie* en su sentido de razón *pro tanto* (ver Cap. I.3,3.1,3.1.1.).

[1456] Identificar una preferencia en el sentido de identificar una norma expresa a partir de una disposición normativa creada por el legislador cuya interpretación literal permite identificar un criterio de preferencia. Crear una preferencia en el sentido de que el criterio de preferencia sea una norma implícita, es decir, una construcción jurídica del aplicador del derecho. Modificar una preferencia en el sentido de que se ha identificado un criterio de preferencia y esta es derogada y reemplazada por otra por parte del aplicador del derecho.

[1457] En este sentido Rodríguez, 2003a, p. 86. En efecto, como bien sostiene este autor, para derrotar o exceptuar una norma (conforme a esta reconstrucción teórica) hace falta: i) estar frente a un caso de conflicto normativo; y ii) resolver el conflicto creando una preferencia de una norma sobre la otra.

aplicabilidad[1458]. El resultado de esta ordenación es la identificación de cuál es la norma estrictamente aplicable y cuál es la norma inaplicada (esto es, la norma derrotada). En otros términos, bajo esta reconstrucción el carácter derrotable de las normas se refiere a que a sus criterios de aplicabilidad puede ser ordenados de manera tal que no sean aplicables a un tipo de caso; mientras que una norma derrotada da cuenta de que una norma (o criterio de aplicabilidad) ha perdido su aplicabilidad externa en función de un determinado criterio de preferencia entre normas (o entre criterios de aplicabilidad).

En este sentido, si una norma N1 es preferida sobre una norma N2, diremos que N1 ha derrotado a N2[1459]. Asimismo, al señalar que las normas N1 y N2 son derrotables lo podemos estar haciendo en dos posibles sentidos: i) para referir a la posibilidad de que el aplicador del derecho construya una preferencia entre dos normas conflictivas entre sí y que carecen de preferencia una sobre la otra; o ii) para referir a que el criterio de preferencia puede ser modificado, es decir, que el aplicador del derecho puede variar la preferencia establecida (la puede, por ejemplo, invertir). Sobre estos supuestos caben hacer algunas precisiones.

Conforme con lo indicado al inicio de este subapartado, los supuestos de normas derrotables (bajo esta reconstrucción) pueden ser, por lo menos, de dos tipos: normas contradictorias entre sí y para los cuales no tengamos un criterio de preferencia que determine qué norma el juez debe aplicar; o criterios de preferencia contrarios entre sí y para los cuales no tengamos un metacriterio de preferencia que determine cuál debe emplear el juez[1460].

Como bien han precisado Jorge Rodríguez y German Sucar[1461], si para un caso el aplicador del derecho dispone de dos normas conflictivas entre sí y para las cuales se carece de criterio de preferencia de ello no se sigue, necesariamente, que sean normas

[1458] En los casos en los cuales el juez ha identificado un criterio de preferencia preexistente al caso y lo aplica no estará, bajo esta reconstrucción, derrotando la norma. En efecto, lo habrá hecho es determinar cuál era la norma aplicable al caso conforme al sistema normativo. En cambio, el juez al realizar un acto de derrota interviene introduciendo o modificando un criterio de preferencia, lo que es decir que habrá él determinado cuál es la norma aplicable.
[1459] Dependiendo del tipo de preferencia la derrota de N2 será cada vez que N1 sea aplicable (preferencia incondicional de N1 sobre N2) o cada vez que se verifique la propiedad p y N1 sea aplicable (preferencia condicional de N1 sobre N2).
[1460] Para una representación formal de conflictos entre criterios de preferencia ver Prakken, 1997, pp. 204 y ss.
[1461] Rodríguez y Sucar, 2003, pp. 123 y ss. Tambien en Navarro y Rodríguez, 2000, p. 75.

derrotables. Este es un presupuesto para la derrotabilidad, pero no es un caso de derrotabilidad (confundir este aspecto conllevaría considerar la derrotabilidad y la inconsistencia normativa como equivalentes, lo cual reduciría el problema de la derrotabilidad a un problema terminológico)[1462]. El argumento de estos autores me permitirá hacer algunas precisiones a efectos clarificar el contenido conceptual de la noción de derrotabilidad (desde esta aproximación).

Estos autores nos proponen pensar en un sistema normativo (como suele ser el caso en los sistemas normativos en los que vivimos) en los que hay normas ordenadas y normas no ordenadas. Pensemos que tenemos tres normas: N1 que prevé (a->Od); N2 que prevé (b->Phd); y N3 que prevé (c->Fd). Entre estas normas se pueden identificar las siguientes relaciones: i) si N1 y N3 entran en conflicto, entonces se prefiere N1 sobre N3; ii) si N2 y N3 entran en conflicto, entonces se prefiere N2 sobre N3; y iii) si N1 y N2 entran en conflicto carecemos de una relación de preferencia preestablecida.

Como podemos ver, tanto N1 como N2 generan la inaplicación de N3[1463]. La ausencia de una relación de preferencia entre N1 y N2, ¿qué implica? Como bien señalan Rodríguez y Sucar, entre N1 y N2 solo hay una contradicción en caso de concurrencia de los casos genéricos a y b[1464]. En este sentido, si estamos frente un caso (a.b) y, a partir de este, se señala que N1 y N2 son derrotables, no estamos diciendo nada diferente a señalar que

[1462] Esta forma de entender la noción de derrotabilidad generó un intenso debate entre Juan Carlos Bayón con Jorge Rodríguez. Aprovecharé parte de sus discusiones para aclarar y profundizar algunos aspectos, así como las preguntas que se hacen mutuamente para sentar posición respecto a si esta es una forma clara o confusa de entender la creación de excepciones a normas (derrota de normas). En específico, la discusión sobre este punto está compilada en Bayón y Rodríguez, 2003. Para una reconstrucción de las claves de dicho debate como parte de una discusión más grande sobre el positivismo jurídico ver Barberis, 2016.

[1463] Si entendiéramos la derrota de una norma como variación del alcance, esto nos llevaría a reformular la norma N3 en una N3' cuyo antecedente sería (C.¬A.¬B)->Fd. La reconstrucción que estoy analizando no está proponiendo realizar esta operación, lo que está señalando es que disponemos de dos criterios de preferencia bajo los cuales, si se verifica N1 o N2, entonces no se aplica N3 (en términos formales se presenta como N1PN3 y N2PN3), sin que ello implique variar el alcance de la norma N3 (solo pierde su fuerza).

[1464] Al respecto, proponen la siguiente matriz que así lo demuestra:

UC			N1: a->Od	N2: b->Phd	N3: c->Fd
A	B	C	Od	Phd	
¬A	B	C		Phd	
A	¬B	C	Od		
¬A	¬B	C			Fd
A	B	¬C	Od	Phd	
¬A	B	¬C		Phd	
A	¬B	¬C	Od		
¬A	¬B	¬C			

Rodríguez y Sucar, 2003, p. 124

están en contradicción normativa. En otros términos, la sola falta de ordenación entre normas en conflicto no es una razón para señalar que las normas jurídicas son derrotables, pues únicamente ofrece una razón para decir que hay una contradicción normativa.

Considero que la situación es diferente si entendemos el carácter derrotable de las normas como la posibilidad de pérdida de aplicabilidad externa de una norma, esto es, que pueda dejar de formar parte del sistema de normas aplicables como resultado de preferir la aplicación de otra norma (la norma estrictamente aplicable). Ello presupone una situación de conflicto entre normas, pero no es equivalente a ella. En efecto, de lo que se está dando cuenta con el carácter derrotable de las normas es describir o bien la posibilidad de ordenar normas con el efecto de generar la inaplicabilidad externa de una norma a un caso, o bien de la reordenación (modificación de los criterios de preferencia) entre normas en conflicto entre sí, que conllevaría que una norma externamente aplicable a un caso deje de serlo. Asimismo, al señalar que una norma ha sido derrotada, lo que decimos es que esta norma, a pesar de pertenecer al sistema de normas aplicables al caso, no ha sido aplicada debido a que hemos empleado un determinado criterio de preferencia a partir del cual se ha decidido su inaplicación.

Reformulando, al calificar una norma como derrotable se está señalando que entre ella y otra norma hay un conflicto normativo y que el aplicador del derecho puede resolver dicho conflicto dando preferencia a una norma sobre la otra a través de una relación de preferencia[1465]. De esta manera, el carácter derrotable de las normas se refiere a que una norma pueda ser preferida sobre otra, y una norma derrotada se refiere a una norma no aplicada por no haber sido preferida[1466].

[1465] Como se ha visto, he empleado para esta reconstrucción una forma de entender la lógica de preferencias basada en una lógica deóntica monotónica. Para una presentación de este punto empleando una lógica deóntica no monotónica ver Governatori, Olivieri, Cristani y Scannapieco, 2019.

[1466] Esto ha sido bien precisado por Rodríguez: «intentamos dar sentido a la introducción de la idea de la derrotabilidad de una norma con fundamento en la existencia de otra norma en el sistema que establezca una solución normativa incompatible. Pero ese solo hecho no nos parece suficiente para calificar como derrotable a la primera norma puesto que parece sensato pensar que hablar de la derrota de una parte implica necesariamente una correlativa victoria de otro. De modo que, si no existen razones para considerar preferible la solución normativa de la segunda norma frente a los casos de conflicto con la primera, si cabe decir que el derecho se encuentra en lo que a este aspecto concierne "indeterminado", esa indeterminación no es sino el resultado de la falta de criterios para resolver un conflicto». Rodríguez, 2003b, p. 241, Navarro y Rodríguez, 2014, p. 192. Dicho en breve, Rodríguez lo que está sostenido es que la derrotabilidad, bajo esta reconstrucción, refiere a un supuesto de conflicto entre normas en la que una sea preferida sobre la otra. Sin tal preferencia, solo cabe hablar de normas contradictorias.

Esta aproximación a la noción de derrotabilidad, como podemos ver, es diferente a la propuesta por Dolcetti y Ratti. Como vimos en el apartado anterior, dichos autores propusieron entender los casos de derrotabilidad como resultados de un conflicto entre una norma explícita con una norma implícita en la que se da preferencia a una norma implícita. Bajo las tesis analizadas en este apartado, el carácter derrotable no depende del tipo de elementos que componen un conflicto normativo, sino a un tipo de operación: creación de un criterio de preferencia por el cual una norma es preferida por sobre otra[1467].

Me parece que entre ambas no hay una oposición, pues están analizando problemas distintos. Dolcetti y Ratti están tratando de clarificar y precisar qué quieren decir los juristas cuando predican que se ha creado una excepción implícita. Quienes adoptan la aproximación de las preferencias, en cambio, están tratando de clarificar y precisar qué quiere decir que una norma derrota a otra. En este sentido, pueden ser entendidas como tesis complementarias: la propuesta analizada en este subapartado explica una forma de generar los resultados que Dolcetti y Ratti analizan.

Por otra parte, cabe aclarar que la ordenación entre normas no es una razón para pensar en que estas dejan de ser derrotables (para otros casos)[1468], ya que ello dependerá de las competencias del juez que derrotó la norma y los efectos de su decisión en relación con otros jueces[1469]. Por ejemplo, si estamos frente a un juez que tiene la posibilidad de

[1467] Alonso, a efectos de diferenciar entre tipos de resultados de conflictos normativos, denomina «derrotabilidad explícita» a los casos de conflicto entre normas expresas y en los cuales, claramente, una norma expresa es preferida por sobre otra norma expresa. Alonso, 2010, p. 112.

[1468] Esto nos podría llevar a pensar en el supuesto teórico de establecer una ordenación completa y consistente de todos los criterios de aplicabilidad. Este sería un escenario en el que todo supuesto de conflicto normativo ya estaría determinado qué norma es la estrictamente aplicable (norma derrotante) y cuál es la norma inaplicada (norma derrotada). Al respecto, ¿si ordenamos todas las normas tiene sentido hablar del carácter derrotable de las normas? Si ordenamos todas las normas ello supondría que para todo caso de conflicto tendríamos un criterio de preferencia que nos determine qué norma se aplica y cuál no. Sobre ello considero dos puntos: i) la noción de derrotabilidad, entendida de forma sincrónica, esclarecería demasiado poco, pues al tener identificadas qué normas son estrictamente aplicables y cuáles inaplicables, hablar de normas derrotadas daría cuenta de una cualidad prevista en todas las normas (en el escenario de que no exista una norma preferida absolutamente, es decir, preferida en todas las posibles relaciones de esa norma con otras normas); y ii) la noción de derrotabilidad, entendida de forma diacrónica, esclarecería que los criterios de preferencia entre normas pueden ser modificados, sea por cambio de sistema jurídico (a causa de la promulgación y/o derogación de una norma), por decisión de la autoridad competente (un aplicador del derecho decide reordenar las normas debido a que sus consideraciones ético-morales han cambiado, por ejemplo), entre otras.

[1469] Como había señalado líneas atrás, los efectos de los criterios de preferencia dependen de las competencias que poseen los jueces que las crean. No todas las preferencias, en este sentido, operan de la misma forma (lo que todas comparten es tener como resultado la pérdida de aplicabilidad externa de una norma para un caso particular).

apartarse de las decisiones judiciales previas, entonces la preferencia de N1 sobre sobre N3 no supone que N1 deje de ser derrotable en el sentido de que no pueda perder la fuerza que posee sobre N3, pues el aplicador del derecho puede cambiar el criterio de preferencia. La derrotabilidad, entendida de esta forma, no es una descripción de un atributo de las normas ni de una relación entre normas, sino que da cuenta de una las posibles operaciones que los aplicadores del derecho pueden realizar a efectos de inaplicar una norma (a través de la identificación, creación o modificación de una relación de preferencia).

Si la derrotabilidad es entendida de esta forma, entonces cabe preguntarse qué se está predicando de una norma al sostenerse que es inderrotable. Desde esta forma de aproximarse a la noción de derrotabilidad, considero que se puede estar sostenido alguna de estas tres afirmaciones:

En primer lugar, inderrotabilidad como una noción descriptiva relacional para dar cuenta de que una norma debe ser preferida sobre otra norma. En este sentido, se da cuenta de que el aplicador del derecho asume una tesis prescriptiva respecto de cómo deben resolverse los conflictos normativos. En otros términos, se entiende que una norma es inderrotable en relación con otra conforme con cierta concepción ideológica que prescribe que es una norma es jerárquicamente superior (en un sentido material) a la otra.

En segundo lugar, en caso de ausencia de un criterio de preferencia entre dos normas aplicables a un mismo caso y conflictivas entre sí, opera como una noción que nos permite dar cuenta de un posible resultado de haber determinado la norma estrictamente aplicable. En tercer lugar, inderrotabilidad puede ser entendida como una preferencia absoluta de una norma respecto del resto de normas que forman parte del sistema de normas aplicables. En este escenario, esta noción nos permite describir que una norma, en todos los casos posibles cuya aplicabilidad concurra con cualquier otra norma, siempre será preferida esta norma[1470]. En este sentido, dependiendo del tipo de criterio de preferencia

[1470] Conforme a lo expuesto, siguiendo a Von Wright solo es teóricamente posible que tengamos una preferencia absoluta a la vez, pues de tener más de una ello nos llevaría a situaciones de inconsistencia. De haber inconsistencia, entonces necesitaríamos un criterio de preferencia que nos permita resolver el conflicto, de lo que se sigue que no teníamos una preferencia absoluta (pues no era preferida en todos los casos posibles y por haber).

(si ha sido identificado o si ha sido creado) podremos entender, adecuadamente, qué se está sosteniendo al predicarse que una norma es inderrotable.

Hasta el momento en este subapartado me he concentrado en el análisis de preferencias entre normas. Otra manera de entender esta propuesta teórica es considerar que las preferencias no son entre normas que forman parte del sistema de normas aplicables, sino entre posibles significados atribuibles a una disposición normativa[1471]. A efectos de diferenciar esta reconstrucción de la anterior, denominaré al objeto de análisis como interpretaciones derrotables[1472].

i. Preferencias e interpretaciones derrotables

El lenguaje teórico nos permite explicar qué es lo que hacen los aplicadores del derecho al momento de realizar una reinterpretación correctora restrictiva. En efecto, el punto a esclarecer por esta reconstrucción es señalar que en el proceso interpretativo hay interpretaciones que son elegidas como resultado de haber descartado otras posibles interpretaciones. Al respecto, esta forma de entender la derrotabilidad de cuenta de la posibilidad de preferir una interpretación sobre otra, de manera que una interpretación derrotada se refiere a una interpretación no preferida[1473].

[1471] Hasta el momento había considerado el carácter derrotable de las normas (bajo esta reconstrucción) en la fase de aplicación del derecho. El punto que paso a analizar es emplear esta reconstrucción en la fase de identificación de las normas. Como veremos, esto solo conducirá a hacer colapsar esta forma de entender la derrotabilidad con la derrotabilidad como reinterpretación correctora restrictiva (esto es, como un cambio de norma).

[1472] En este punto estoy siguiendo la terminología empleada por Chiassoni para esclarecer este punto (Chiassoni, 2019b, p. 237). Una alternativa terminológica es hablar de normas en sentido lato o impropio (Bayón, 2003a, p. 191, pie de pág. 46). A efectos de emplear etiquetas que permitan resaltar la diferencia entre ambas reconstrucciones teóricas (la primera da cuenta de la preferencia entre una norma sobre otra norma y la segunda de preferir atribuir un significado sobre otro para identificar la norma), es que empleo la primera propuesta terminológica sobre la segunda.

[1473] Para efectos de clarificar este punto es útil retomar la diferencia entre interpretación cognitiva, creativa e interpretación decisoria. La interpretación cognitiva refiere a identificar los significados que se han atribuido a un texto normativo (habiéndose aplicado las reglas lingüísticas sintácticas, semánticas y pragmáticas compartidas, las distintas técnicas interpretativas en uso, y las tesis dogmáticas difundidas en doctrina), sin decir entre ellos cuál será atribuido al texto que se está interpretando. Es una labor de descripción sincrónica de las opciones interpretativas que posee el intérprete. La interpretación creativa refiere a la atribución de un significado nuevo a un texto (es un acto de construcción jurídica, es decir, de creación de normas implícitas). La interpretación decisoria da cuenta de la acción del intérprete de elegir uno de los significados identificados mediante la interpretación cognitiva. Es una acción de elección en base a una preferencia interpretativa. Al respecto ver Guastini, 2018a, pp. 45 y ss. Guastini, 2012, p. 31. Guastini, 2019, p. 16. Esta reconstrucción de noción de derrotabilidad como interpretaciones derrotables está ofreciendo una manera de presentar la preferencia del aplicador del derecho por un determinado significado. En este sentido, las interpretaciones derrotadas son todos aquellos significados (producto de la interpretación cognitiva o creativa) que quedaron descartados. Al respecto, he analizado este tipo de

A efecto de claridad y precisión, es oportuno recapitular, con extrema síntesis, la propuesta de Chiassoni sobre el proceso interpretativo vista en el Capítulo II. Como hemos visto, Chiassoni ha empleado el lenguaje de las preferencias para clarificar cómo los interpretes y los aplicadores de los derechos descartan (en este sentido, derrotan) interpretaciones. Este autor para analizar cómo los juristas interpretamos textos normativos presenta este fenómeno como un juego interpretativo, esto es, como un juego lingüístico regulado en el cual realizamos una serie de operaciones abocadas a determinar el significado de un enunciado, sea por propósitos cognoscitivos o prácticos[1474].

Este juego interpretativo está regido por una serie de reglas[1475], entre las cuales son relevantes para este punto las reglas metodológicas, esto es, las reglas sobre qué medios podemos (y debemos, en caso asumir una aproximación prescriptiva de la interpretación), emplear para atribuir significado a enunciados normativos. Bajo esta forma de presentar la actividad interpretativa, los intérpretes y aplicadores del derecho pueden disponer de una serie de métodos o directivas interpretativas (por ejemplo, atribuir significado conforme con el significado semántico de las palabras contenidas en el enunciado o atribuir significado de acuerdo con el propósito que pretendía alcanzar el legislador al promulgar texto), pero que, por razones ideológicas, no operan en un mismo nivel.

Los intérpretes emplean reglas de preferencia, es decir, criterios que establecen prioridad entre los diferentes resultados obtenidos mediante los métodos o directivas

aproximación a la noción de derrotabilidad en el Cap. II. En este momento, realizaré una reconstrucción muy breve sobre cómo el lenguaje de las preferencias puede aclarar el proceso y resultado reinterpretativo.

[1474] Chiassoni, 2019a, p. 88.

[1475] De acuerdo con Chiassoni, el juego interpretativo puede ser analizado a través de las siguientes reglas concernientes al lenguaje natural:

1. Reglas gramaticales: conjunto de reglas sobre la gramática y sintaxis de un lenguaje natural que han de ser consideradas al momento de identificar el significado de las palabras empleadas en el enunciado.
2. Reglas metodológicas: conjunto de reglas referidas al propósito y medios a emplear para atribuir significado.
3. Reglas de traducción: conjunto de directivas interpretativas, cánones, técnicas o métodos que los intérpretes deben emplear para determinar el significado de los enunciados.
4. Reglas para la producción de reglas: conjunto de reglas que establecen quienes son los agentes competentes para producir reglas gramaticales, metodológicas y de traducción aplicables a los intérpretes.

Al respecto ver Chiassoni, 2019b, Cap. 3, y Chiassoni, 2019a, Cap. II. 2,2.2,2.2.1.

interpretativas[1476]. Dicho de otra manera, usan un criterio que determina qué significado debe ser preferido sobre el resto significados posibles. Este criterio de preferencia puede ser construido como[1477]: i) preferencia absoluta, es decir, que en cualquier actividad interpretativa siempre se optará un determinado tipo atribución de significado (por ejemplo, siempre se preferirá un significado teleológico sobre cualquier otro posible significado); ii) preferencia criterial, es decir, se debe preferir un significado posible sobre otro en función si se dan ciertas condiciones (por ejemplo, se debe preferir el significado que sea el más coherente con un determinado valor ético-político); o iii) preferencia discrecional, es decir, el intérprete debe elegir el significado que considere, para el caso, el más adecuado, en función del propósito de la actividad interpretativa (el para qué está interpretando), y en función del tipo de método interpretativo que ha decidido emplear (esto es, emplear adecuadamente dicho método)[1478].

Como podemos ver, la idea de reglas de preferencia interpretativas es una aplicación de la idea de criterios de preferencia, solo que aplicados a significados, con el objeto de determinar cuál debe ser elegido a efectos de identificar una norma.

Uno de los teóricos del derecho que con mayor claridad ha presentado esta vinculación entre el lenguaje de preferencias e interpretaciones derrotables es Juan Carlos Bayón. Dicho autor ha sostenido que al momento de interpretar una disposición normativa e identificadar las posibilidades de atribución de significados, los aplicadores del derecho pueden poseer convenciones interpretativas que establezcan criterios de preferencia interpretativos (condicionales o incondicionales) a efectos de determinar qué interpretación han de emplear los aplicadores del derecho. En este sentido, puede ser el caso de que no poseamos tales convenciones, es decir, que no tengamos un criterio predeterminado que nos permita preferir una interpretación por sobre la otra. En atención

[1476] En términos de Chiassoni: «reglas de preferencia contribuyen a la justificación de una interpretación-producto como (considerado todo) "correcta", indicando el orden de prioridad correcto entre los productos de las diferentes reglas de traducción que en hipótesis debían ser usadas». Chiassoni, 2019a, p. 168.
[1477] Chiassoni, 2019a, pp. 93-94, Chiassoni, 2019b, p. 62.
[1478] Debo señalar que, entendida de esta forma la preferencia discrecional (como una preferencia que debe ser justificada), entonces no es cualitativamente diferente de una preferencia criterial. Ambas son resultados de haber construido preferencias condicionales, lo que las diferencia (de manera gradual) sería que las criteriales construyen una preferencia aplicable a todos los casos y, en cambio, la discrecional se construye en cada caso. Sin perjuicio de ello, he preferido mantener la distinción entre criterial y discrecional en el texto principal a efectos de una reconstrucción caritativa del autor.

a ello, las interpretaciones son derrotables cada vez que no se posea un criterio de preferencia[1479].

Para ser más preciso, Bayón está tratando de sostener que las interpretaciones son derrotables cada vez que no sea posible ordenarlas empleando convenciones interpretativas jurídicas. Esto lleva a que el aplicador del derecho para poder identificar la norma a partir de una fuente, deba recurrir a razones extrajurídicas[1480].

En relación con emplear estas dos formas de presentar la aproximación a la noción de derrotabilidad para analizar la preferencia entre posibles interpretaciones a ser atribuidas a disposiciones, considero que esta es una forma de hacer colapsar esta reconstrucción (derrotabilidad como pérdida de aplicabilidad externa) con la derrotabilidad como

[1479] Bayón, 2003a, pp. 192-194. Este punto generó un interesante intercambio entre Bayón y Jorge Rodríguez. El desacuerdo fue sobre cómo entender las interpretaciones en conflicto. Bayón sostuvo que dos interpretaciones sobre las cuales carecemos de un criterio de preferencia que resuelva un conflicto entre estas son derrotables, pues cualquiera de estas podría desplazar a la otra. Sobre este punto, Rodríguez apunta de que dos interpretaciones incompatibles entre sí solo nos informan de que tenemos interpretaciones contradictorias y un problema de indeterminación, pero de ello no se infiere ni puede predicarse únicamente con ello que las interpretaciones sean derrotables. En efecto, para hablar de derrotabilidad (creación de una excepción), tendría que ser el caso que una interpretación es priorizada sobre otra, es decir, para sostener que estamos frente a un caso de derrotabilidad hace falta que efectivamente una interpretación haya sido derrotada (no haya sido preferida). Pero ello, conforme a esta reconstrucción, requeriría precisamente de crear un criterio de preferencia entre ambas interpretaciones. Ver Rodríguez, 2003b, p. 241.
Bayón frente esta crítica considera que las interpretaciones contradictorias entre sí y que carecen de criterios de preferencias han de ser entendidas como deberes *prima facie*, es decir, como estructuras condicionales cuyo antecedente no está compuesto por condiciones suficientes, pues para que una interpretación esté compuesta por condiciones suficientes es necesario (además de establecer el caso genérico) realizar una valoración a partir de los intereses o valores en conflicto (que la interpretación sea valorativamente aceptable). En otros términos, se entiende que las interpretaciones posibles son interpretaciones compuestas por condicionales derrotables, entendido como compuestas por condiciones necesarias y no suficientes (en términos formales: (p.r…)->Oq, por ejemplo). Serán suficientes una vez determinada la preferencia de esta sobre otra (construida a partir de valoraciones). De manera que la reconstrucción de Rodríguez no es apta para poder dar cuenta de este escenario, pues solo podría dar cuenta de interpretaciones que se rigen por el refuerzo del antecedente. Bayón, 2003a, pp. 193 y ss.
Frente a ello, Rodríguez sostuvo que Bayón incurre en el mismo problema: su reconstrucción no podría dar cuenta de los conflictos entre deberes concluyentes (estructuras condicionales que antecedentes compuestos por condiciones suficientes para el consecuente). Lo que estaría diciendo el autor español es que de haber un conflicto entre normas para el cual se posee un criterio de preferencia, entonces no habría realmente un conflicto. En cambio, si no hay un criterio de preferencia, entonces sería un conflicto entre deberes prima facie, lo cual deja el modelo en la misma situación que criticaba Bayón a Rodríguez, esto es, no puede dar cuenta de los conflictos entre deberes concluyentes. Rodríguez, 2003b, p. 243 y ss.

[1480] Este punto es presentado por Bayón en otros términos. Al respecto, el propone diferenciar entre dos tipos de casos: i) casos donde las convenciones interpretativas permiten identificar una ordenación entre las posibles interpretaciones a una disposición; y ii) casos donde las convenciones interpretativas no permiten identificar una ordenación entre posibles interpretaciones a una disposición, de manera que es necesario recurrir a convenciones extrasistémicas para poder crear los criterios de preferencia entre posibles interpretaciones. En este sentido, para dicho autor una norma «genuinamente derrotable» es un caso en el que las convenciones interpretativas no determinan qué interpretación posible preferir, sino que dependemos de convenciones interpretativas extrajurídicas. Al respecto, Bayón, 2003a, p. 200, pie de pág. 50.

variación de la aplicabilidad interna o cambio de norma. Es decir, nos lleva a confundir dos problemas que son diferentes y que deben ser diferenciados por razones de claridad.

Si bien podemos usar el lenguaje teórico de las preferencias para dar cuenta de cómo un aplicador del derecho prefiere una interpretación sobre otra (en breve, están tratando de dar cuenta de un proceso reinterpretativo empleando el lenguaje de las preferencias)[1481], esto no supone que toda preferencia conlleve una variación del alcance. En efecto, esta propuesta lo que hace es trasladar un problema de aplicabilidad de las normas a uno de identificación, lo que conlleva que derrotar una norma se refiera a cambiar de caso genérico por un caso genérico más fino.

En este punto cabe formular una precisión relevante: los procesos de reinterpretación restrictiva son producto de haber elegido por un significado por sobre otro, lo cual es producto de haber establecido un criterio de preferencia entre posibles significados. Todos los aplicadores del derecho que derrotan una norma, entiendo derrotar como reinterpretar restrictivamente (bajo cualquiera de las aproximaciones vistas en el Capítulo II), están necesariamente creando un criterio de preferencia.

4.2. Especialidad y derrotabilidad

Dentro de las posibles formas de resolver un conflicto entre dos normas es pertinente hacer algunas precisiones respecto al criterio *lex specialis* y su relación con la noción de derrotabilidad. Ello a efectos de poder analizar: i) si están dando cuenta de la misma operación y resultado, solo que con distintos lenguajes[1482]; y ii) si toda derrota de una norma implica (o no) una relación de especialidad entre la norma derrotante y la norma derrotada.

[1481] Sobre este punto ver lo señalado en Cap. II.2.
[1482] En otros términos, en caso el sistema normativo contenga una norma que prescriba que los aplicadores del derecho prefieran una norma especial sobre una norma general, ¿ello implica que la norma más general es derrotada por la norma más específica?

En este subapartado analizaré ambos puntos, para lo cual aclararé qué es una relación de especialidad entre dos normas y, tras ello, verificaré si esta noción nos permite aclarar o no la derrota de normas. Para alcanzar este objetivo, partiré por analizar la noción de relación de especialidad y qué implica su uso como criterio de solución de controversias (*lex specialis*).

4.2.1. La relación de especialidad

La especialidad es entendida como un tipo de relación entre dos objetos con contenido proposicional, bajo la cual una proposición A es más especial que otra, digamos B, si la proposición A implica la proposición B, pero la proposición B no implica la proposición A. Dicho en términos normativos, una norma es más especial que otra si esta posee un antecedente que es igual a un fragmento del antecedente de otra norma[1483]. En este escenario, una de las normas tiene un antecedente compuesto por un conjunto de propiedades que está también previsto por completo por el antecedente de otra norma, pero que, además de estas, prevé propiedades adicionales (uno de los antecedentes es más específico o más fino que el otro). Esta idea requiere de mayor precisión.

Siguiendo a Silvia Zorzetto, el carácter especial y general entre dos normas son rasgos lógico-conceptuales relacionales de los conceptos contenidos en cada una de las normas (sean ellos en el antecedente o en el consecuente de la norma). En este sentido, una norma es especial respecto de otra a mérito de una relación de implicación lógica de los conceptos empleados por cada una de estas[1484]. Desde esta aproximación, la relación de

[1483] Como vemos, entender de esta forma la especialidad permite señalar la diferencia entre un criterio de preferencia a favor de la norma específica sobre la norma general de una relación de especialidad entre dos normas en conflicto. Dicho en términos formales, si tenemos dos normas (p->Oq) y (r->O¬q) e identificamos que una es más especial que la otra, lo que estamos diciendo es que r es una propiedad más específica que p (en el sentido de que r implica, entre otras propiedades, a p). Tras dicha identificación y si estamos frente a un caso (p.r), podemos señalar que el juez debe decidir O¬q si hay una regla de preferencia a favor de la norma más específica. Sobre este punto profundizaré en este subapartado. Además, ver Goble, 2013, p. 283-285.

[1484] Para efectos de claridad voy a resaltar la diferencia entre una implicación material y una implicación lógica. La implicación material da cuenta de una relación entre los valores de verdad de las proposiciones. En este sentido, como bien lo expone Echave, Urquijo y Guibourg, con este tipo de implicación lo que hacemos es afirmar que «no es el caso de que el antecedente sea verdadero y el consecuente falso; que si el antecedente es verdadero también lo es el consecuente; y que, por lo tanto, si es falso el consecuente también lo es el antecedente». Echave, Urquijo y Guibourg, 1986, p. 59. Este tipo de implicación, como vemos, depende de hechos en el sentido de que toma en cuenta la verdad o falsedad de cada una de las proposiciones

especialidad es una forma de explicar que una de las normas está presupuesta por la segunda en un sentido lógico o, dicho de otro modo, que una se deduce de la otra[1485]. En este sentido, la relación entre ambas normas es de género-especie, esto es, una de las normas está lógicamente incluida en la otra de la misma forma que una especie pertenece a un género (la especie posee las propiedades del género, pero se diferencia de otras especies en tanto posee propiedades que no están en el género ni en otras propiedades)[1486].

Para construir una relación de especialidad (lógico-conceptual) entre dos normas, debemos partir por identificar el contenido de cada una de estas normas. Tras dicha identificación (asumamos que son normas condicionales compuestas por un antecedente y un consecuente que contiene un operador deóntico y una acción deónticamente calificada), hemos de seleccionar, siguiendo la terminología de Zorzetto, los «términos determinantes» en cada una de estas[1487]. Por términos determinantes se refiere a aquellos conceptos contenidos en la norma (sea en el antecedente, el operador deóntico, la acción deónticamente calificada e incluso en los efectos jurídicos que produce cada norma[1488]) que serán considerados relevantes para construir una relación de especialidad entre dos normas.

Tendremos una relación de especialidad cada vez que los términos determinantes (o conceptos contenidos en la norma) elegidos estén en una relación de implicación lógica, es decir, cada vez que uno de los conceptos se implique deductivamente de otro concepto. El punto de la elección es relevante, pues nos permite poner de relieve que las relaciones

---

relacionadas. En cambio, la implicación lógica es una relación entre los significados de las proposiciones. Con esta noción se da cuenta de que una proposición ya está contenida en otra proposición (por ejemplo, el tipo de relación que hay entre la conclusión y las premisas de un razonamiento). No es un problema de una relación de valores de verdad entre proposiciones, sino de deducibilidad entre ellas.
Como podemos ver, la propuesta de entender la relación de especialidad entre dos normas como una relación lógico-conceptual está señalando que esta relación da cuenta de una implicación lógica entre dos normas, es decir, que una norma está contenida en otra norma (de manera más precisa: se infiere deductivamente).

[1485] Zorzetto, 2013a, p. 390. Zorzetto, 2011b, pp. 70 y 76

[1486] La autora ejemplifica este punto de la siguiente manera: tomemos como premisa que es verdad que «todos los mamíferos son animales», por tanto, el concepto de mamífero está lógicamente incluido en el de animal. En este contexto la proposición «el puercoespín es un mamífero» presupone (en un sentido lógico o lógicamente se desprende) de la proposición «el puercoespín es un animal». La relación entre estas dos proposiciones es de consecuencia lógica, dado que «puercoespín es un animal» es condición necesaria de «ser mamífero», y a la inversa «puercoespín es un mamífero» es condición suficiente para «ser un animal». Zorzetto, 2011a, pp. 84-85. Asimismo, ver, Zorzetto 2011b, p. 392.

[1487] Zorzetto, 2013a, p. 390, Zorzetto, 2011b, p. 72, Zorzetto 2012, pp. 67 y ss.

[1488] Zorzetto, 2011a, p. 507. Para ver una clasificación de las diversas posibilidades de relación especial entre diversos elementos estructurales de las normas ver Zorzetto, 2011b, pp. 73-75.

de especialidad entre normas pueden ser construidas de múltiples formas (o evitadas) dependiendo de qué conceptos se consideren relevantes.

Veamos el ejemplo de Zorzetto sobre este punto. Supongamos que tenemos dos normas: N1 que señala «prohibido andar en bicicleta por senderos de los parques de la ciudad», y N2 que señala «prohibido ingresar con vehículos en zonas verdes de la ciudad». Entre N1 y N2 se puede predicar que hay una relación de especialidad con base en cuatro elementos conceptuales[1489]:

1. Bicicletas entendidas como una especie del género vehículo;
2. Parques de la ciudad entendidas como especie del género zonas verdes de la ciudad;
3. Senderos del parque de la ciudad entendidos como especie del género zonas verdes de la ciudad; o
4. Andar es entendido como una forma de ingresar, por lo que andar en bicicleta es entendido como una especie del género ingresar con vehículos.

La relación de implicación lógica de los términos determinantes se sustenta a partir de un determinado concepto contenido en cada una de las normas. Como podemos ver, para poder crear esta relación de especialidad debemos haber identificado el género relevante y, tras ello, podremos verificar las diferentes especies relevantes de dicho género[1490]. Ahora bien, ¿cómo identificar los qué conceptos se han de emplear para construir estas relaciones de especialidad? Esta es una operación discrecional regida por las preferencias del intérprete[1491].

[1489] Zozetto, 2013a, p. 389

[1490] Zorzetto, 2011b, p. 73. Esto, a la vez, nos dice dos cosas: i) que el concepto que no ha sido elegido como un término determinante es un concepto irrelevante respecto a la relación de especialidad entre dos normas; y ii) la relación de especialidad entre normas no se genera a partir de las normas en sí, sino de los conceptos jurídicos que componen cada norma. Sobre este último punto ver Zorzetto, 2012, p. 67.

[1491] Sobre este punto Zorzetto anota tres precisiones: i) dependiendo de qué conceptos se elijan (y descarten) para que estos operen como términos determinantes la relación de especialidad podrá variar. En otros términos, una norma es especial o general en función a qué conceptos se tomen relevantes (la cual, como vemos, es una elección valorativa); ii) la noción de términos determinantes da cuenta de los conceptos como clases lógicas (entendidas, además, con un contenido conceptual preciso y definido) que se ordenan entre sí en relación con su inclusión lógica; y iii) a partir de esta reconstrucción la relación de especialidad tiene una triple dimensión, en tanto es lógica (da cuenta de una relación de inclusión lógica entre clases), semántica (el fundamento sobre el que se construye la relación es de tipo semántico, es decir, se elabora a partir de los significados otorgados a los términos empleados en las normas), y de justicia (la selección de los significados relevantes se realiza en base a criterios de preferencia valorativos). Zorzetto, 2013a, pp. 391.

En este sentido, la relación de especialidad refiere a una relación lógico-semántica entre los conceptos contenidos en cada norma identificados a partir de preferencias[1492]. De esta forma de entender la especialidad de una norma se sigue la relación entre norma especial y norma general no presupone un conflicto. En efecto, entre las normas especiales y las normas generales, tomando como relevantes las modalidades deónticas, es posible que tengamos dos tipos de situaciones: compatibilidad entre normas especiales y generales o inconsistencia entre normas especiales y generales[1493].

En primer lugar, los casos de relación de especialidad entre normas compatibles se manifiestan como casos de redundancia normativa. En estos supuestos el caso genérico es el mismo y la calificación deóntica es la misma o diferente, pero sin generar un conflicto normativo[1494]. Por ejemplo, tenemos una norma N1 que prescribe «si vehículo, entonces prohibido estacionarse» y una norma N2 que prescribe «si bicicleta, entonces prohibido estacionarse». Si tomamos como términos determinantes «vehículo» y «bicicleta» se muestra que N1 es una norma general respecto de N2 que es especial.

[1492] Sobre este punto, la autora que vengo siguiendo formula tres precisiones sobre esta relación entre conceptos:

1. La especialidad y la generalidad de una norma no son atributos de las normas, estas son características atribuidas a partir de las presuposiciones de los intérpretes. En efecto, la identificación de cuáles son los términos determinantes depende directamente de cuáles son las posturas asumidas respecto a lo moralmente deseable, cómo entender el derecho, cuál debe ser la función de la norma en el contexto en el que fue creada, entre otras. En otros términos, depende de categorizaciones y conexiones conceptuales implícitas construidas a partir de las teorías e ideologías que asume el intérprete;
2. Los desacuerdos sobre el carácter especial-general de las reglas son producto de partir de diferentes presuposiciones de los interpretes; y
3. Una norma puede ser especial o general respecto de un determinado tipo de clase. Ello en el sentido que la relación puede variar a partir de qué concepto estemos considerando como término determinante. En efecto una norma puede ser especial en cuanto a su antecedente y puede ser general respecto a su consecuencia.

Zorzetto, 2012, p. 69-71. Para ver un ejemplo de cómo operan los presupuestos implícitos en la determinación de la relación de especialidad es interesante ver la reconstrucción que propone Joost Pauwlyn de cómo es entendida la especialidad en el derecho internacional público. Dicho autor sostiene que en dicha área la especialidad suele ser establecida por la materia y/o por ubicación del texto. Materia en el sentido del tipo de regulación de una actuación de los Estados de manera que una norma es especial cuando regula un aspecto más específico de esa actividad. Ubicación del texto en el sentido de que algunas partes del tratado son consideras más específicas que el resto. Al respecto Pauwelyn, 2003, pp. 385-390.

[1493] Zorzetto, 2011a, p. 505. Cabe anotar que la autora incorpora un tercer supuesto: los casos de relación de especialidad entre normas lógicamente irrelevantes o no relacionadas por sus operadores deónticos. Estos son casos en los cuales las consecuencias jurídicas no establecen soluciones que se vinculen entre sí lógicamente. Por ejemplo, una norma general que establece una obligación y una norma especial que establece una competencia. He decidido no incluir esta posibilidad dado que no será empleada. Sobre este punto ver Zorzetto, 2011b, pp. 77 y ss.

[1494] Por ejemplo, una norma general que prevé el permiso para realizar una acción y una norma especial que prevé la obligación de realizar dicha acción. Sobre este punto ver Zorzetto, 2012, p. 72.

Asimismo, ambas son compatibles, pero no necesariamente por ello inútiles, pues con la incorporación de N2 ello puede ser empleado para impedir la distinción entre vehículo y bicicleta a efectos de exceptuar a las bicicletas de la regulación prevista por N1.

En segundo lugar, los casos de relación de especialidad entre normas inconsistentes se refieren a los supuestos de conflictos normativos. En estos supuestos, cada norma regula el mismo caso particular, pero con consecuencias normativas diferentes y lógicamente incompatibles entre sí[1495]. Por ejemplo, tenemos una norma N1 que prescribe «si menor de edad, entonces prohibido trabajar» y una norma N2 que prescribe «si mayor de dieciséis años, entonces permitido trabajar hasta cuatro horas». Tomando como términos determinantes «menor de edad» y «tener dieciséis años» vemos que N1 es una norma general y N2 una especial (en relación con N1). Asimismo, ambas son incompatibles, pues establecen consecuencias normativas para un mismo caso: un menor de edad de dieciséis años tiene, a la vez, prohibido y permitido trabajar cuatro horas. Al respecto, la especialidad puede ser empleada como un criterio que nos permita resolver inconsistencias normativas. Veamos este punto.

4.2.2. La especialidad como criterio de preferencia

Si empleamos el criterio de especialidad como un criterio de preferencia, entonces, en las situaciones de normas inconsistentes se considerará relevante si entre estar es posible identificar una relación de especialidad para resolver conflicto[1496]. En este sentido, conforme con el ejemplo expuesto en el párrafo anterior, si empleamos la especialidad de una norma respecto de otra norma como criterio de preferencia, entonces prevalece N2 sobre N1. En este sentido, diremos que tener dieciséis años es un supuesto para el cual no será externamente aplicable la norma N1, sino la norma N2[1497].

[1495] Ver lo señalado en Cap. IV.2.

[1496] Es relevante precisar que los derechos positivos pueden crear dos tipos de preferencia: i) la norma especial prevalece sobre la norma general; o ii) la norma general prevalece sobre la norma especial. En este apartado voy a dar cuenta del primer tipo de preferencia, sin perjuicio a que el análisis que voy a ofrecer puede ser empleado para reconstruir el segundo tipo de preferencia.

[1497] Sobre este punto Guastini ha señalado «[u]na norma especial plantea una excepción a una norma general siempre que disponga -para uno o más casos incluidos en el campo de aplicación de la norma general- una consecuencia jurídica incompatible con aquella dispuesta por la norma general. Para ser más precisos, en esos casos no se debería hablar de normas especiales, sino más bien de normas excepcionales». Guastini,

Cabe anotar, siguiendo a Zorzetto, que el criterio de preferencia de una norma especial sobre una norma general, por sí misma, no determina la pérdida de pertenencia de una norma (sea esta de la general o de la especial), pues ello es un problema de derecho positivo (de cómo lo haya regulado cada sistema jurídico)[1498]. En efecto, la determinación de dichos efectos es dependiente de lo que establezca una tercera norma, esto es, la norma que determine la relación de preferencia entre la norma general y la especial. La preferencia de una norma sobre otra supone (como ya señalamos anteriormente) en todos los casos un supuesto de pérdida de aplicabilidad externa[1499], pero la pérdida o no de su pertenencia es contingente. En relación con este último punto, el derecho positivo puede prever, por lo menos, alguna de estas opciones: i) las normas especiales derogan a las normas generales en todos los casos; ii) las normas especiales derogan a las normas generales solo en algunas materias específicas; iii) las normas generales derogan algunas normas especiales; iv) las normas generales siempre derogan a las normas especiales en todos los casos; y v) normas especiales y normas generales no se derogan entre sí.

Como hemos podido ver, la especialidad es una noción diferente a la de criterio de preferencia que emplea la especialidad para resolver conflictos normativos. En este sentido, no hay una conexión conceptual entre especialidad y el efecto inaplicador o derogatorio que resulta de resolver un supuesto de conflicto normativo, sino que esta vinculación es producto de haber creado un criterio de preferencia.

En efecto, la noción de especialidad y la de criterio de preferencia son nociones diferentes. La primera refiere una relación de implicación lógica entre determinados conceptos contenidos en las normas. La segunda, en cambio, es producto de otra norma del sistema jurídico que determina una forma de resolver conflictos normativos que tiene como consecuencia (si emplea la especialidad como fundamento de la preferencia) la pérdida

2018a, p. 130. Si bien resulta preciso variar la etiqueta norma especial por norma excepcional para dar cuenta de estos supuestos, mantendré el uso de norma especial solo a efectos de poner de relieve, más adelante, la vinculación conceptual entre las nociones de derrotabilidad y especialidad.

[1498] Zorzetto, 2011b, pp. 83-87. Zorzetto, 2013a, pp. 396 y 399.

[1499] Cabe anotar que esto puede ser entendido de dos formas: o bien la norma general no pierde aplicabilidad ante una norma especial (y su relación viceversa), o bien la norma general pierde aplicabilidad ante una norma especial (y su relación viceversa).

de aplicabilidad al caso particular y, contingentemente, la pérdida de pertenencia de la norma al sistema jurídico[1500].

Hasta el momento he presentado la *lex specialis* como un criterio de preferencia, pero esta es solo una posibilidad. Cabe precisar que la especialidad como criterio de solución de inconsistencias normativas puede ser entendida, por lo menos, de dos maneras: como criterio interpretativo o como norma que establece una preferencia[1501].

La *lex specialis* como un criterio interpretativo se refiere a que siempre que sea identificada una relación entre dos interpretaciones inconsistentes entre sí (una con carácter general y otra con carácter especial entre sí, conforme a los términos determinantes considerados relevantes por el intérprete), ello supone que debemos realizar una reinterpretación de las disposiciones normativas cuyo producto sea un microsistema de normas consistente. Esta idea puede ser presentada de dos formas.

Para ilustrar la primera posibilidad, imaginemos a un aplicador del derecho que está interpretando dos disposiciones normativas. Con ellas, en un primer momento, identifica dos interpretaciones inconsistentes entre sí [1502], una de las cuales es más general que la otra. En un segundo momento, reconsidera una de las interpretaciones a efectos de evitar la inconsistencia normativa, de manera que identifica y adscribe a un texto una norma

[1500] Para los sistemas jurídicos en los cuales la especialidad opera como criterio de preferencia que debe emplear el aplicador del derecho, para su empleo tendrían que darse, considero, las siguientes condiciones: i) identificación de las normas aplicables al caso judicial; ii) las normas aplicables al caso identificadas son inconsistentes entre sí; iii) se identifica una relación de especialidad entre las normas inconsistentes; y iv) el aplicador del derecho debe emplear como criterio de preferencia la norma especial. Si esto es así, entonces, norma especial no es equivalente con la de norma que exceptúa a otra, pues ello depende de que la especialidad sea considerada como criterio de solución de conflictos.

[1501] Si bien empleo esta doble distinción a efectos de aclarar cómo se resuelve un conflicto normativo entre una norma general y una norma especial, debo precisar que estas mismas formas de entender la *lex specialis* son predicables respecto a cómo entender la aplicabilidad de una norma en caso de normas compatibles. Pensemos en dos normas consistentes entre sí y aplicables a un mismo caso, por ejemplo: N1 «si alguien mata a otro, entonces obligatorio sancionarle con 10 años de cárcel», y N2 «si alguien mata a otro y ese otro es su padre, entonces obligatorio sancionarle con 20 años de cárcel». N1 es un tipo penal base y N2 es un tipo penal agravado. En caso una persona mate a su padre tanto N1 como N2 serán aplicables. En estos casos la relación de especialidad puede ser empleada para determinar qué norma es la estrictamente aplicable: sea entendida como un criterio interpretativo (reformular N1, de manera que se bloquee la norma derivada que permitiría su aplicabilidad en caso de matar al padre y, con ello, generar que solo N2 sea la norma aplicable) o como una norma que establece una preferencia entre N1 y N2.

[1502] A efectos de precisión, aquí me estoy refiriendo a la interpretación entendida o bien como interpretación cognitiva o interpretación creativa. El punto es la identificación de los significados disponibles sobre los cuales el intérprete o aplicador del derecho decidirá cuál atribuirá a un texto normativo.

cuyo antecedente esté compuesto por el caso genérico de la que era la norma general, pero excluyendo los casos previstos por la norma especial[1503].

En este sentido, la *lex specialis* es empleada en las operaciones de identificación de normas (y no en la determinación de qué normas deben ser aplicadas en el caso judicial), de manera que se considera que se debe tomar en cuenta las relaciones de especialidad (lógico-conceptual) en la determinación del alcance o aplicabilidad interna de las normas. En otros términos, esta forma de entender la *lex specialis* alude a cómo deberían los aplicadores del derecho interpretar textos jurídicos. Ello en el sentido de que un primer momento son identificadas dos normas (ambas inconsistentes entre sí y en una relación de género y especie) a partir de una o más disposiciones normativas y, tras considerar ello, se reinterpretan las mismas fuentes a efectos de identificar una sola norma cuyo alcance excluye lo previsto por la norma especial[1504]. Dicho en breve, para esta forma de presentar el *lex specialis*, los conflictos normativos son evitados a través de la determinación de un alcance más restringido de la norma.

Veamos un ejemplo bastante usual. Supongamos a un aplicador del derecho que ha identificado las siguientes posibles normas a ser adscritas a textos normativos: N1 que señala «si vehículo, entonces prohibido estacionarse en el parque»; y N2 que establece «si ambulancia atendiendo una emergencia, entonces facultativo estacionarse en el parque». Si tomamos como términos determinantes «vehículo» y «ambulancia» podemos crear una relación de especialidad entre N1 y N2. Entre estas se generaría una inconsistencia normativa de manera que, conforme a esta forma de entender la *lex*

[1503] Ferrer y Rodríguez esgrimen esta postura en estos términos: «la aplicación de *lex specialis* requiere tomar en consideración el significado que se atribuye a ciertas formulaciones normativas en aparente conflicto: si la interpretación que *prima facie* se asigna a cada una de ellas es tal que una expresaría una norma más general en conflicto con otra más específica, ha de revisarse tal interpretación estimando que la más general no cubre en realidad los supuestos en los que la más específicas resulta aplicable. De modo que, en este caso, no estamos ante dos normas ya identificadas, sino ante textos difíciles de conciliar, y el mecanismo que se utiliza para solucionar el problema consiste en interpretar la norma expresada por uno de los textos no regula, en realidad, todos los casos que parece regular: ha de entenderse que la más específica introduce una excepción en aquella, congeniándose así los dos textos en juego. Por consiguiente, más que un criterio para la solución de conflictos entre formulaciones normativas ya interpretadas, *lex specialis* constituye un *criterio de interpretación*, que permite asignar a dos formulaciones normativas que en apariencia expresan normas contradictorias significados conciliables entre sí» Ferrer y Rodríguez, 2011, p. 190.

[1504] En términos de Ferrer y Rodríguez, «si la interpretación que se asigna *prima facie* a dos formulaciones normativas es tal que una de ellas expresaría una norma más general en conflicto con otra más específica, ha de revisarse esa lectura estimando que la más general no cubre en verdad los supuestos a los que la más específica resulta aplicable». Ferrer y Rodríguez, 2013, p. 126. En un sentido similar, Ratti, 2015b, p. 173.

specialis, lo que se debe hacer el aplicador del derecho es reconsiderar el contenido de las normas identificadas de manera que se formule una más fina y decida atribuir dicho significado al texto normativo. Esta norma sería N1' que regularía «si vehículo y no ambulancia atendiendo una emergencia, entonces prohibido estacionarse en el parque»[1505].

En segundo lugar, la *lex specialis* como criterio interpretativo puede ser presentada como una forma de componer normas complejas, en el sentido de que al identificar una norma general y una norma especial lo que hemos hecho es identificar fragmentos de una única norma[1506]. De acuerdo con esta presentación, por ejemplo, si tenemos una norma N1 «si alguien causa un daño a otro, entonces obligatorio resarcirlo» y una norma N2 «si daño es causado en ejercicio de una legítima defensa, entonces permitido no resarcirle» serían fragmentos de una N3: «Si alguien ocasiona un daño sin legitima defensa, entonces está obligado a resarcirlo»[1507]. Como podemos ver, esta es solo una forma alternativa de presentar la misma operación que la *lex specialis* como fue expuesta en párrafos anteriores, pues ambas están dando cuenta de cómo identificar normas jurídicas[1508].

[1505] Guastini ofrece el siguiente ejemplo: imaginemos que nos regimos por un sistema normativo compuesto por la norma N1 que prescribe «prohibido el comercio de estupefacientes en general», y la norma N2 que señala «permitido el comercio de cáñamo». Considerando que el cáñamo es una especie del género estupefacientes, ello implica entre N1 y N2 hay una relación de especialidad entre normas incompatibles entre sí. De acuerdo con esta forma de entender la *lex specialis*, hemos de reinterpretar la fuente de N1 de manera que esta ya no prohíba más el comercio de la especie cáñamo. En este sentido, N1 es reformulada a efectos de incorporar en ella a N2, es decir, formular N1' de la siguiente manera: «prohibido el comercio de estupefacientes, salvo el de cáñamo». Guastini, 2016, p. 263, pie de pág. 37, Guastini, 2018a, p. 132, pie de pág., 43.

[1506] Este sería un ejemplo (siguiendo la terminología de Guastini) de una interpretación sistemática en sentido amplio a manera de *combinato disposto*. En este sentido, sería un caso que se atribuye significado a una disposición (o más de una) considerando el contexto en el que se ubica, en específico para este caso, de combinar distintos fragmentos de disposición a efectos de extraer una norma completa. Ver Guastini, 2018a, pp. 132-133, 290-291, Guastini, 2018b, pp. 290-294, y Guastini, 1999, p. 228.

[1507] Zorzetto, 2011a, p. 532. Así por ejemplo Ross: «[l]a relación entre una regla general y una regla particular dentro de la misma ley rara vez origina dudas. A menudo, como ocurre en el lenguaje hablado normal, la regla particular está conectada con la regla general mediante un nexo sintáctico ("sin embargo" "a menos que", "con excepción de", etc.), que indica que la regla general solo deberá aplicarse con la limitación impuesta por la particular. Aquí no hay una genuina inconsistencia, sino una forma de expresión lingüística que puede ser parafraseada en una regla». Ross, 1963, p. 126.

[1508] En relación con la forma de presentar estas dos versiones de la *lex specialis* como criterios de interpretación cabe anotar que Silvia Zorzetto ha sostenido que la primera versión y segunda versión son operaciones diferentes, de manera que, para ella, no son dos presentaciones diferentes de una misma idea. Ha sostenido que en el caso de la primera versión (como un acto de reinterpretación) lo que tenemos es un supuesto de descarte de una norma junto con la identificación de una nueva norma a efectos de excluir un tipo de caso genérico. En cambio, en el caso de la segunda versión (como construcción de una norma compleja) lo que tenemos es una combinación de fragmentos de dos normas (una general y otra especial) en una única norma. Ver Zorzetto, 2013b, p. 87. Al respecto, considero que en ambos casos estamos frente a procesos de identificación de normas empleando estrategias de exposición diferente, pero ambas referidas

La segunda manera de entender la *lex specialis* es como un criterio de preferencia de una norma especial respecto de una general. De acuerdo con este sentido, en caso de que tengamos dos normas inconsistentes entre sí y en una relación de especialidad, el conflicto normativo es solucionado mediante una tercera norma, la cual determina que una debe ser aplicada (la especial) y la otra no (la general). Dicho en breve, para esta forma de presentar la *lex specialis*, la solución de un conflicto normativo se ejecuta mediante la determinación de cuál de las dos normas es la norma estrictamente aplicable (en otros términos, determinando qué norma posee, todo considerado, aplicabilidad externa).

Resumiendo, la *lex specialis* entendida como criterio de interpretación no es una forma de crear una tercera norma que opere como criterio de preferencia (no es una forma de crear una relación de preferencia entre dos normas). En vez de ello, lo que tenemos es una operación de identificación de normas. En cambio, la *lex specialis* entendida como un criterio de preferencia entre normas supone la creación de una nueva norma que opera como metanorma que incide en la fuerza de las normas ya identificadas. Cabe precisar que es relevante diferenciar entre estos dos sentidos dado que con cada uno de ellos se está haciendo referencia a dos operaciones distintas[1509], pero el resultado de las dos es, para efectos prácticos, el mismo[1510]. Esto último en el sentido de que ambas

a aclarar un mismo acto. No hay independencia conceptual entre ambas, pues las dos son actos de identificación de normas mediante interpretación de textos.

[1509] Cada una, además, implica reconstrucciones teóricas diferentes. Como bien indican Ferrer y Rodríguez, «[s]ostener que la operación es una reinterpretación de las normas de forma que se restringe el ámbito de aplicación interna de la norma más general o privilegiar la aplicabilidad externa de la norma más específica sobre la general respecto de un caso, es algo que depende pura y exclusivamente de la reconstrucción teórica que se efectúe desde la teoría general del derecho de la actividad que cumplen los juristas». Ferrer y Rodríguez, 2013, p. 126. En efecto, la *lex specialis* entendida como criterio de interpretación, por ejemplo, implica asumir que la *lex specialis* no opera en el mismo nivel que lo hacen el *lex posterior* y el *lex superior* (las cuales operan con normas ya identificadas), por lo que no sería posible que tengamos un conflicto entre estas. Sobre este punto no profundizaré por escapar al objeto del presente apartado.

[1510] Cabe anotar, siguiendo a Silvia Zorzetto, que dar cuenta de un sistema normativo compuesto por dos normas (una norma general N1 y una norma especial N2) o por una sola (una norma N3 como es el caso de lo predicado por la presentación de la *lex specialis* como criterio de interpretación) son representaciones similares en cuanto a la prescripción contenida en el sistema. Sin embargo, ambas representaciones no son enteramente equivalentes por tres razones: i) si se asume como regla probatoria que la parte demandante debe robar los hechos constitutivos positivos y la demandada los hechos constitutivos impeditivos, entonces la distribución de la carga de la prueba sería distinta si representamos las normas como N1 y N2 o como solo N3; y ii) si decidimos crear normas complejas que incluyan en sus antecedentes todas las propiedades (con todas sus excepciones), entonces tendríamos normas inmanejables para los operadores jurídicos; y iii) considerar que todas las normas especiales son fragmentos de una norma general presupone la idea de que es posible identificar una norma compuesta por un conjunto de propiedades cerrado y suficiente para todos los casos posibles, ideal que no está justificado y que no parece ser justificable sin que ello implique un costo de racionalidad. Zorzetto, 2011a, pp. 532-536. Estoy de acuerdo con las razones ii) y iii) (en relación con esta última ver lo dicho en Cap.III.4.), pero creo que la i) no es del todo precisa. Conforme a lo visto

presentaciones conducen a determinar cuál es la norma que debe ser aplicada para resolver el caso, de manera que el juez puede optar por una opción o la otra sin que ello incida respecto al producto final: determinar la norma (interna y externamente) aplicable al caso.

4.2.3. Norma especial y norma derrotada

Dicho lo previo cabe preguntarnos ¿cuál es el vínculo conceptual entre derrotar una norma (entendida como una noción que nos permite aclarar o bien la exclusión de un caso genérico del alcance de una norma; o bien la pérdida de fuerza de una norma) y la noción de especialidad? Como hemos visto, la especialidad da cuenta de una relación entre los conceptos contenidos en dos normas relacionadas entre sí (consistentes o inconsistentes) de tipo lógico-conceptual. Dicha noción puede ser empleada para justificar un criterio para evitar/resolver inconsistencias normativas (entendidas como criterio interpretativo o como criterio de preferencia respectivamente). En atención a ello, para responder la pregunta debemos diferenciar tres aspectos diferentes: i) vínculo entre la derrota de una norma y la especialidad entendida como criterio a ser empleado en la identificación de normas (*lex specialis* entendido como criterio interpretativo); ii) vínculo entre la derrota de una norma y la especialidad entendida como criterio de preferencia; y iii) vínculo entre la derrota de una norma y la relación de especialidad (implicación lógica).

Analicemos el punto i), esto es, la relación entre la *lex specialis* entendida como un criterio interpretativo y la noción de derrotabilidad. Bajo este sentido, el resultado de aplicar este criterio nos lleva a descartar posibles interpretaciones a ser atribuidas a un texto, de manera que se descarta un conjunto de posibles significados atribuibles a un texto normativo por haber preferido otro significado más restrictivo. En este sentido, da

en Cap.III.3,3.2., la distribución de la carga de la prueba da cuenta de qué hechos debe probar cada parte en un proceso, hechos que son considerados relevantes conforme lo previsto por una norma probatoria (las cuales operan como normas dirigidas a los jueces que prescriben qué enunciados de hecho debe ser probados para poder aplicar una determinada norma). En atención a ello, no es relevante si presentamos las propiedades relevantes en un antecedente o en dos antecedentes, pues ello no incide en el contenido de la prescripción respecto a qué le corresponde probar a cada parte ni qué debe verificar el juez como probado.

cuenta de cómo los aplicadores del derecho seleccionan un determinado significado a efectos de excluir un determinado tipo de caso del alcance de la norma[1511].

La *lex specialis*, así entendida, es un método empleado para reducir el alcance de normas, en el sentido de que sustituimos una norma por otra norma más fina[1512]. De esta forma, cada vez que el aplicador del derecho ha empleado este método ha realizado un acto de derrota (en un sentido).

En relación con el punto ii), esto es, la relación entre la *lex specialis* entendida como criterio de preferencia y la noción de derrotabilidad, bajo este sentido, el resultado de aplicar este criterio nos lleva a determinar cuál es la norma estrictamente aplicable y qué normas habrán perdido su fuerza en el caso particular. En este sentido, como resultado de aplicar este criterio habremos derrotado una norma (en otro sentido).

La diferencia entre el punto i) y ii) está en el tipo de problema que afronta la noción de derrotabilidad. Las operaciones y reconstrucciones teóricas cambian en cada una de estas aproximaciones, de forma que podríamos hablar de dos conexiones conceptuales diferentes. Por un lado, *lex specialis* como criterio de interpretación es un método derrotante, entendiendo por derrotabilidad como la exclusión de casos genéricos del alcance de las normas. Por el otro lado, *lex specialis* como criterio de preferencia es un método derrotante, entendiendo por derrotabilidad la pérdida de fuerza de una norma aplicable.

Finalmente, el punto iii) nos lleva preguntarnos si entre una norma que derrotó a otra y la norma derrotada (en ambas aproximaciones) podemos identificar, necesariamente, que entre las dos hay una relación de especialidad. Ello es pertinente entre un supuesto de una norma más fina que otra (la cuál es resultado de haber reducido el alcance de una norma a efectos de excluir un caso genérico) y dos normas internamente aplicables, pero entre

[1511] En un sentido similar, Alonso, 2010, pp. 107-09.
[1512] Otra forma de presentar esta misma idea es usando el lenguaje de las preferencias. La *lex specialis* como criterio de interpretación puede ser explicada como un criterio de preferencia entre posibles significados. De esta manera, podríamos hablar de interpretaciones derrotadas como las interpretaciones previas a la aplicación del *lex specialis* (siempre que la interpretación elegida sea acorde a este criterio interpretativo)

las cuales solo una es externamente aplicable (la cual es resultado de haber perdido fuerza).

En relación con el primer supuesto de derrotabilidad (excluir un caso genérico del alcance de una norma) supone identificar dos posibles interpretaciones de un texto entre las cuales una es más específica que la otra. En atención a ello, el intérprete o aplicador del derecho elige la más fina y descarta (derrota) la otra (la menos fina). En estos casos cabe señalar que la interpretación más fina reitera fragmentos del caso genérico de la norma menos fina. Por ejemplo, entre N1 (p.¬r->Oq) y N2 (p->Oq), la primera es más fina que la segunda, lo que supone reiterar la propiedad p, así como la consecuencia jurídica (Oq). Como podemos ver, entre las interpretaciones más finas y las menos finas siempre es posible que el intérprete pueda identificar una relación de especialidad entre ambas, en función de si considera los elementos conceptuales contenidos en el antecedente de la norma, pues entre ambas hay una relación de implicación lógica.

En relación con el segundo supuesto de derrotabilidad (pérdida de fuerza de una norma), supone que hemos determinado la norma estrictamente aplicable entre dos normas internamente aplicables. Que dos normas sean internamente aplicables supone que regulan el mismo caso genérico, sea ello porque ambas prevén la acción o estado de cosas como una propiedad relevante contenida en el antecedente, sea porque ambas lo regulan por aplicación del refuerzo del antecedente (normas deducidas)[1513]. En atención a ello, es posible que el intérprete identifique una relación de implicación lógica entre ambas normas en función al término determinante que elija para construir la relación.

Conforme a lo visto, la derrotabilidad implica una relación de especialidad entre la norma derrotante y la norma derrota. Ahora bien, la identificación de dicha relación de especialidad depende de los términos determinantes elegidos por el aplicador del derecho, lo cual es una elección enteramente valorativa.

[1513] Este sería el supuesto de un conflicto de instanciación. En este sentido, si tenemos una norma (r->Oq) y otra norma (p->O¬q) ambas entran en conflicto en caso se verifiquen en un caso individual las propiedades (p.r), en cuyo caso tendríamos un conflicto normativo (se sigue tanto Oq como O¬q). Al respecto ver Cap. IV.2.

5. Derrotabilidad y sistematización

¿Cómo identificar conflictos normativos en un sistema de normas aplicables a un caso individual? Una forma es mediante su sistematización, es decir, identificando las consecuencias lógicas del conjunto de normas que hemos identificado. Al respecto, es pertinente precisar cómo la noción de derrotabilidad incide en este tipo de operación.

La labor de los juristas, bajo la propuesta de Bulygin, puede ser dividida en tres grandes categorías[1514]: i) identificación de normas; ii) desarrollo lógico; y iii) ordenación. Con identificación se da cuenta del conjunto de procesos y resultados por los cuales se atribuye significado a una disposición normativa (norma expresa) o se crea jurisprudencialmente una norma mediante un acto de construcción jurídica (norma implícita). Con desarrollo lógico se da cuenta del proceso de identificar el conjunto de consecuencias lógicas de cada una de estas, esto es, establecer cuáles son las normas derivadas de una norma explícita y/o implícita. El resultado de esta labor será identificar el alcance de cada una de ellas y verificar si el sistema que conforman es completo (carece de lagunas normativas), consistente (carece de antinomias en sentido lógico), e independiente (no hay dos normas que regulen el mismo caso individual). Si alguna de estas propiedades no se verifica, es decir, el sistema padece de uno o más defectos lógicos (es incompleto, inconsistente y/o redundante), entonces los juristas realizan una labor de ordenación. Con ordenación se da cuenta del conjunto de operaciones por las cuales incorporamos una nueva norma para colmar la laguna, creamos un criterio de prioridad para resolver una antinomia o eliminamos una de las normas redundantes.

En relación con este conjunto de labores, la identificación de una norma ha sido analizada en el Capítulo II y la ordenación, en relación con cómo resolver inconsistencias, en los apartados anteriores del presente Capítulo IV. Los problemas de redundancia y de

[1514] Como hemos visto en Cap. II.3,3.2., en la teoría de Alchourrón y Bulygin hablar de «sistematización» padece de ambigüedad, pues con dicho termino se hace referencia a dos operaciones distintas: identificar el conjunto de normas derivadas y actos de integración del derecho, esto es, resolver antinomias y colmar lagunas normativas. A efectos de evitar dicho problema, en este punto estoy empleando la terminología expuesta en Ferrer y Ratti, 2012b, p. 21 (dichos autores están presentando con otros términos la propuesta contenida en Bulgyin, 2014). Para un análisis profundo de esta forma de realizar una ciencia jurídica descriptivista ver Nuñez Vaquero, 2017a, Cap. 2.

incompletitud, si bien son teóricamente relevantes, no son objeto de la presente investigación. A este punto está pendiente analizar cómo realizar el desarrollo lógico de las normas identificadas y sus vínculos con la noción de derrotabilidad.

Sobre dicho aspecto, en este apartado me concentraré en los siguientes dos puntos: i) diferenciar los efectos de la derrota de normas entendida como una operación que forma parte de la identificación de normas, desarrollo lógico y ordenación del sistema normativo, y si entender las normas como derrotables impide o limita el desarrollo lógico del sistema normativo del cual forma parte[1515]; y ii) determinar cómo impacta la derrota de una norma en la completitud y consistencia de los sistemas normativos.

Para estos efectos, partiré por presentar, brevemente, el modelo de análisis de los sistemas normativos propuesto por Alchourrón y Bulygin en *Normative Systems*. Ello, debido a que esta es una de las propuestas con mayor relevancia teórica en la literatura especializada (posiblemente sea el aporte más importante de las últimas décadas) para el análisis de los sistemas de normas aplicables a un caso individual. Ellos formularon un modelo de análisis de los sistemas jurídicos a efectos de verificar si estos satisfacen o no los ideales de completitud, consistencia e independencia[1516]. Su propuesta, en este sentido, nos ofrece una forma de estructurar el desarrollo lógico de las normas que permite verificar si el sistema que se genera entre ellas posee o no defectos lógicos[1517].

[1515] Cabe agregar que aclarar este punto implica, además, señalar la compatibilidad entre una concepción sistemática del derecho (derecho entendido como un sistema normativo deductivo) y la noción de derrotabilidad.

[1516] Ellos no pretenden dar cuenta de qué es lo que hacemos los juristas ni mucho menos que es lo que deberíamos hacer. Como ellos bien aclaran: «[s]ería un error interpretar nuestra caracterización del proceso de sistematización (y nuestra afirmación de que ésta es la tarea central de la ciencia jurídica) como un intento de describir lo que los juristas efectivamente hacen; se trata más bien de una reconstrucción de algunos ideales de la ciencia jurídica. Estos ideales son fundamentales para un estudio científico, es decir, racional del derecho, y como son independientes de toda ideología política, pueden caracterizarse como ideales puramente racionales». Alchourrón y Bulygin, 2012, p. 7. Sobre este punto y críticas desde una perspectiva lógica ver Úbeda, 2006.

[1517] Paolo Comanducci precisa, con acierto, que el proyecto de Alchourrón y Bulygin era realizar una propuesta teórica que sometiera al derecho a la razón. Este racionalismo fue entendido de tres maneras diferentes en función a si hablamos del legislador, del juez o de la dogmática:

1. Racionalidad respecto del legislador. Postularon que el legislador debía perseguir, con medios idóneos, alcanzar en el mayor grado posible un estado de cosas caracterizado por la seguridad jurídica y la equidad.
2. Racionalidad respecto del juez. Postularon que las decisiones racionales son solo aquellas que se deducen de una o más normas generales válidas y de la descripción de los hechos (relevantes) del caso.
3. Racionalidad respecto de la dogmática. Postularon que los estudiosos del derecho debían interpretar el material jurídico (identificar normas), sistematizar los resultados y modificar el sistema. La identificación y la sistematización se rigen por una racionalidad lógica y la

Debo señalar que no me haré cargo de una reconstrucción completa del modelo teórico propuesto en *Normative Systems* ni de todas las críticas que se le ha formulado. Ello supondría una investigación dedicada solo a ello. En cambio, en el presente subapartado voy a ofrecer una presentación abreviada de las ideas más relevantes sobre cómo sistematizar un conjunto de normas.

Tras realizar dicha labor, emplearé las consecuencias de dicho modelo para desarrollar el primer objetivo: i.1) diferenciar los efectos de la derrota de normas entendida como una operación que forma parte de la identificación de normas, desarrollo lógico y ordenación del sistema normativo; y i.2) y si entender las normas como derrotables impide o limita el desarrollo lógico del sistema normativo del cual forma parte. Finalmente acabaré el presente subapartado analizando brevemente cómo la derrota de una norma incide en la completitud y consistencia de los sistemas normativos.

5.1. Sistematización como desarrollo lógico

El modelo reconstructivo de *Normative Systems* nos ofrece un instrumental analítico claro y preciso para resolver problemas normativos conforme a un determinado sistema normativo. Ahora bien, la pregunta ¿qué se entiende por problema normativo? Corresponder a inquirir sobre cuál es la calificación jurídica de un conjunto de acciones o de una acción, es decir, es una pregunta sobre si una acción, conforme con un sistema jurídico de referencia, es obligatoria, prohibida, permitida o es facultativa (esto es, una pregunta sobre su estatus deóntico). A efectos de ofrecer una respuesta, este modelo emplea cinco criterios de análisis vinculados entre sí: universo del discurso, universo de acciones, universo de propiedades, universo de casos y universo de soluciones. Estos criterios clarifican lo siguiente: i) el universo del discurso y el universo de acciones nos permiten delimitar el problema normativo; ii) el universo de propiedades y el universo de

---

modificación por una racionalidad similar a la que es predicada a los legisladores (la modificación de los sistemas normativos es un acto político y discrecional que puede contribuir a la generar sistemas completos y coherentes).
Comanducci, 2010, pp. 227-230.

casos esclarece el ámbito fáctico del problema normativo; y iii) el universo de soluciones esclarece el ámbito normativo del problema normativo. A efectos de poder hacer una reconstrucción clara de estas tesis las utilizaré para analizar un ejemplo[1518].

Imaginemos a una mujer, menor de edad (de 17 años) que es madre de una niña de 2 años de edad, quienes se rigen por el sistema normativo del país X. Sucede que la hija padece de una enfermedad que requiere de un trasplante de órganos con cierto grado de urgencia. Frente a este supuesto corresponde preguntarse: ¿En qué circunstancias puede una persona menor de edad realizar una donación de órganos a otra?

Esta problemática constituye nuestro Universo del Discurso (UD). Con la noción de UD se da cuenta de todas situaciones en las que puede darse la acción o acciones sobre cuya calificación jurídica nos preguntamos y sabemos cuáles son debido a que comparten una determinada propiedad. En el ejemplo, nuestro UD está compuesto por todas aquellas situaciones en las cuales una persona dona uno de sus órganos a otra. Quedan fuera del UD, claramente, todas aquellas situaciones que no tienen nada que ver con la donación de órganos.

El Universo de Acciones (UA) da cuenta del conjunto de acciones respecto de las cuales nos hacemos la pregunta sobre su estatus deóntico. En el ejemplo, el UA está compuesto por la acción de donar órganos. Cabe precisar, siguiendo de cerca a Alchourrón y Bulygin, que algunas de estas acciones son básicas, mientras que el resto de acciones serán compuestos veritativo-funcionales de ellas (esto es, pueden descomponerse en conjuntos de acciones básicas)[1519]. En este sentido, el UA está compuesto por el conjunto finito de acciones básicas.

Tanto el UD como el UA determinan el problema normativo. En efecto, si variamos el UD o el UA, entonces estamos cambiando la pregunta que nos estamos haciendo[1520]. En el ejemplo, nuestro UD está compuesto por todas las situaciones en las que una persona

[1518] Para otras reconstrucciones de este modelo ver: Núñez Vaquero, 2017a, pp. 243 y ss., Bulygin, 2018 [2015], Guibourg y Mendonca, 2004, pp. 122 y ss., Redondo, 2006, pp. 307 y ss., Navarro y Rodríguez, 2014, pp. 150, ss. Navarro y Rodríguez, 2000, pp. 63 y ss, y Rodríguez y Sucar, 2003, pp 112 y ss. Navarro, 1993, pp. 250 y ss. Aarnio, 1995, pp. 103-07. Aarnio, 2011, pp. 179-84. Alonso 1995, Alonso, 2010, Rodríguez, 2002.
[1519] Alchourrón y Bulgyin, 2012, p. 15.
[1520] Alchourrón y Bulgyin, 2012, p. 15.

dona a otra un órgano dentro del país X y el UA está compuesto por la acción donar órganos. En este sentido, estaríamos cambiando de problema normativo si para nuestro UD consideramos situaciones de venta de órganos en el país X y en el país Y; o si en nuestro UA consideramos la venta de órganos.

Por otra parte, el ámbito fáctico del problema normativo, como ya había mencionado, se aclara mediante el uso de las nociones de Universo de Propiedades (UP) y Universo de casos (UC).

El UP da cuenta del conjunto de propiedades normativamente relevantes que deben ser verificadas a efectos de determinar la calificación jurídica de la acción. Conforme con lo señalado anteriormente[1521], por propiedad se hace referencia a la descripción de un cierto estado de cosas o situación. Las propiedades pueden ser relevantes o irrelevantes para un problema normativo. Una propiedad es relevante si su presencia o ausencia conlleva un tipo diferente de calificación normativa; en cambio, una propiedad es irrelevante si su presencia o ausencia no incide en la calificación normativa. En este sentido, el UP refiere al conjunto de propiedades normativamente relevantes, esto es, el conjunto de situaciones dentro de un UD que son normativamente relevantes. Una propiedad o un conjunto de propiedades combinadas constituyen un caso genérico.

En el ejemplo determinaremos qué propiedades son relevantes a partir de cómo las normas del país X regulan la presencia o ausencia de una determinada circunstancia. Asumamos que, en dicho país, las normas facultan la donación de órganos (permitido hacerlo y permitido no hacerlo) si el donante es mayor de edad y tiene pleno ejercicio de sus facultades cognitivas. Además, prohíben hacerlo si el donante es menor de edad o si no tiene pleno ejercicio de sus capacidades cognitivas. En este sentido, tendremos dos propiedades relevantes: ser mayor de edad y ejercicio de facultades cognitivas.

Siguiendo a Alchourrón y Bulygin, cabe anotar que cada propiedad que forma parte del UP divide el UD en dos clases: la clase de elementos donde la propiedad está presente y la clase de elementos donde la propiedad está ausente[1522]. En efecto, la presencia o

[1521] Sobre este punto ver Cap. II.3,3.4.
[1522] La ausencia de una propiedad equivale a la negación de esa propiedad y las negaciones de las propiedades son denominadas propiedades complementarias. En este sentido, una propiedad p tiene como

ausencia de estas propiedades definen el UD en casos mutuamente exclusivos y conjuntamente excluyentes.

Con las propiedades que forman parte del UP podemos crear el conjunto de casos mínimos posibles o UC, esto es, el conjunto de combinaciones posibles entre la presencia y ausencia de las propiedades relevantes. Es mínimo en tanto es un conjunto de combinaciones que no puede ser subdivido.

El total de casos es calculado sin mayor dificultad: es 2 elevado al número de propiedades del UP. En el ejemplo indicado tenemos dos propiedades relevantes (mayor de edad y pleno ejercicio de las facultades cognitivas), por lo que el UC estará compuesto de 2^2, esto es, de cuatro casos[1523]. De esta forma, el UC cubre todas las posibilidades fácticas (que esté presente una propiedad o su caso complementario)[1524]. Como podemos ver, cada UP determina el UC. Si variamos el conjunto de propiedades de un UP ello conlleva crear diferentes UC.

Al número de propiedades finitas que compone un UP Alchourrón y Bulygin lo denominan amplitud del UP[1525]. Conforme a lo señalado, si variamos la amplitud del UP ello conlleva identificar nuevos UC: a más propiedades, más casos posibles; a menos propiedades, menos casos posibles. Esto supone que podemos diferenciar, a partir del grado de amplitud del UP, diferentes niveles de casos.

---

complemento ¬*p*. En efecto, *p* y ¬*p* son propiedades complementarias, por ejemplo: *x*: amigo de Juan, ¬*x*: no es amigo de Juan, el ser amigo y no amigo de Juan son propiedades complementarias.

[1523] De manera esquematizada:

Caso 1	Mayor de edad	Pleno ejercicio de facultades cognitivas
Caso 2	Mayor de edad	¬Pleno ejercicio de facultades cognitivas
Caso 3	¬Mayor de edad	Pleno ejercicio de facultades cognitivas
Caso 4	¬Mayor de edad	¬Pleno ejercicio de facultades cognitivas

[1524] Sobre este punto Bulygin ha hecho una precisión relevante: «las propiedades de UP usualmente no son numerosas (rara vez son más de cuatro o cinco) el número de casos elementales será, en la práctica, más bien limitado: muy raramente más de dieciséis o treinta y dos. Esto muestra que es relativamente fácil determinar cuáles son todas las posibles circunstancias fácticas (casos). Por ello, las preocupaciones de los juristas acerca de que el legislador no puede prever todas las posibles circunstancias futuras es absolutamente injustificada: no hay necesidad de que el legislador prevea nada ya que su tarea no es prever, sino decidir. Él decide (sobre la base de valoraciones) qué propiedades sin relevantes para el problema y así clasifica a todos los elementos de UD. Todas las otras propiedades son simplemente irrelevantes confirme a su decisión». Bulygin, 2018 [2015], pp. 51-52.

[1525] Alchourrón y Bulgyin, 2012, p. 143.

La amplitud del UP determina el nivel del UC. Para clarificar esto imaginemos que tenemos un primer UP (llamémosle UP1), compuesto por dos propiedades (2^2), y en un segundo momento un segundo UP (UP2), compuesto por tres propiedades (2^3). Que un UP incluya más propiedades, como ya hemos visto en esta investigación, supone que hay más distinciones entre circunstancias que han sido consideradas normativamente relevantes. En este sentido, que un UP2 tenga más propiedades que un UP1 es una manera de expresar que UP2 es más preciso o hace más diferenciaciones que en UP1. En términos más precisos: UP2 establece distinciones más finas que UP1[1526].

El número de propiedades relevantes determina la amplitud del UP como el nivel de un UC. Que UP2 sea más fino que UP1 conlleva que tengamos dos UC en distintos niveles: el UC formado por UP2 está en un nivel diferente (UC2) que el UC formado por UP1 (UC1). Este punto es relevante, pues permite explicitar los diferentes efectos que posee solucionar un UC2 respecto de los casos contenidos en UC1 y viceversa[1527]. Sobre esto volveré luego.

Conforme con lo expuesto, el ámbito fáctico del problema normativo está compuesto por los casos contenidos en el UC y cada caso es identificado a partir de las propiedades relevantes (y sabemos qué propiedades son relevantes conforme con una norma jurídica), previstas en el UP. Siguiendo a Alchourrón y Bulygin, con ello «ya hemos identificado los casos posibles en relación con los cuales procede la pregunta»[1528] sobre cuál es la calificación jurídica de una determinada acción.

Pasemos ahora a ver el ámbito normativo, es decir, las posibles respuestas a la interrogante que nos hemos planteado. Este punto es esclarecido mediante el universo de soluciones (US). Una respuesta al problema normativo es una solución. En términos técnicos, las acciones que forman parte de UA se denominan contenido deóntico. Las

[1526] Como bien aclaran Navarro y Rodríguez, si comparamos dos UC diferentes, un UC1 será más fino que UC2 si y solo si cada elemento de UC1 implica lógicamente algún elemento de UC2, y al menos un elemento de UC1 no está implicado por ningún elemento de UC2. Navarro y ródiguez, deontic logic, p. 156. Navarro y Rodríguez, 2000, p. 64. De igual forma en Navarro, 1993, p. 261. Alchourrón y Bulgyin, 2012, p. 144.

[1527] Cabe precisar que la relación de «más fino que» supone una relación de implicación entre UC. Si tenemos dos UC que no se implican entre sí, esto es, que se han construido por propiedades diferentes, entonces tendremos UC incomparables. Por ejemplo, un UC construido a partir de las propiedades p y q, es incomparable a un UC construido a partir de las propiedades r y z.

[1528] Alchourrón y Bulgyin, 2012, p. 18.

soluciones, por su parte, son contenido deóntico precedido por un operador deóntico de obligatorio, prohibido, permitido o facultativo[1529].

El UA está compuesto por la presencia y ausencia de acción, esto es, tanto haber realizado la acción como la de haber omitido la acción. El problema normativo implica preguntarse por ambas, es decir, cómo está calificada normativamente la realización y la omisión de esa acción. Si tenemos solución tanto para la realización como para la omisión diremos que tenemos un US que contiene una Solución Maximal para el caso. En cambio, si solo tenemos solución, por ejemplo, para la realización, pero no para la omisión, entonces tenemos un US compuesto por una Solución Minimal[1530]. Como podrá notarse, el contenido del UP está determinado por el US: sabemos qué propiedades son relevantes si la propiedad y su caso complementario están correlacionadas con soluciones normativas diferentes.

Retomemos las normas del ejemplo. Como vimos, teníamos dos normas:

N1: si una persona es mayor de edad (p) y en pleno ejercicio de sus facultades cognitivas (q), entonces facultativo donar órganos (Fd).
En términos formales: [(p.q)->Fd]

N2: si una persona es menor de edad (¬p) o no tiene pleno ejercicio de sus facultades cognitivas (¬q), entonces prohibido donar órganos (Phd).
Si entendemos que «menor de edad» es una manera de expresar la negación de mayor de edad, entonces podemos reformular N2 de la siguiente manera: «si una persona no es mayor de edad o no tiene pleno ejercicio de sus facultades cognitivas, entonces prohibido donar órganos».
En términos formales: [(¬pv¬q)->Phd]

De esas normas obtenemos la siguiente matriz:

p	q	UC1	N1: [(p.q)->Fd]	N2: [(¬pv¬q)->Phd]

[1529] Alchourrón y Bulgyin, 2012, p. 19. Sobre el punto ver Cap. IV.2,2.2.
[1530] Ver lo señalado en Cap. II.3,3.4.

+	+	Caso 1: p.q	Fd	
+	-	Caso 2: p.¬q	-	Phd
-	+	Caso 3: ¬p.q	-	Phd
-	-	Caso 4: ¬p.¬q	-	Phd

Como podemos ver, lo que hemos hecho es realizar el desarrollo lógico del microsistema de normas aplicable al problema normativo. Este micro sistema normativo carece de defectos lógicos: es completo (todos los casos están correlacionados a una solución normativa), consistente (no hay un caso correlacionado con dos soluciones normativas incompatibles entre sí) e independiente (no hay dos normas que regulen el mismo supuesto)[1531].

El desarrollo lógico indicado permite, además, dar cuenta de relaciones entre diferentes niveles de UC o, en otros términos, de UC con diferentes grados de especificidad. En el ejemplo he considerado un UP compuesto por las propiedades (p.q) (un UP1) del cual se ha generado un determinado UC (un UC1) de determinado nivel. Corresponde determinar cómo afecta la completitud y la consistencia de dicho micro sistema de normas si variamos el nivel del UC, esto es, si se mantiene la completitud y la consistencia en caso que apliquemos las mismas soluciones normativas a UC más finos y menos finos[1532].

Supongamos que variamos el ámbito fáctico mediante la identificación de un UP más fino, esto es, un UP2 compuesto por tres propiedades. En el ejemplo, ello puede ser producto de incorporar como propiedad que la persona sea, por ejemplo, «madre del donatario» (en adelante, la propiedad r). Esto supone un UC2, más fino que UC1, que puede ser representado de la siguiente manera:

p	q	r	UC2	N1: [(p.q)->Fd]	N2: [(¬pv¬q)->Phd]
+	+	+	Caso 1: p.q.r	Fd	-
+	+	-	Caso 2: p.q.¬r	Fd	-

[1531] Navarro y Rodríguez, 2014, p. 154. Para una crítica interesante a Bulygin respecto a cómo determinar el micro sistema de normas (si es el legislador o el intérprete), ver Rábanos, 2018.

[1532] En relación con este punto Ratti ha puesto de relieve que dentro de *Normative Systems* se emplean dos criterios diferentes para analizar la derivación lógica de un UC más finos a UC menos finos. Ratti, tres addendas, pp. 96-98. Sin perjuicio de la relevancia teoríca de este punto, dejaré pendiente profundizar dicho aspecto para futuras investigaciones. Para los efectos del presente subapartado emplearé el criterio propuesto por Alchourrón y Bulygin contenido en el Cap. IV.2 de *Normative Systems*.

+	-	+	Caso 3: p.¬q.r	-	Phd
+	-	-	Caso 4: p.¬q.¬r	-	Phd
-	+	+	Caso 5: ¬p.q.r	-	Phd
-	+	-	Caso 6: ¬p.q.¬r	-	Phd
-	-	+	Caso 7: ¬p.¬q.r	-	Phd
-	-	-	Caso 8: ¬p.¬q.¬r	-	Phd

Esta representación permite poner de relieve dos cosas: por un lado, la propiedad r y su caso complementario al no estar correlacionadas con consecuencias normativas diferentes, nos muestra que estas son normativamente irrelevantes[1533]. En este sentido, que la menor de edad sea madre del donatario y que no lo sea tiene la misma calificación normativa.

Por el otro lado, nos muestra que las soluciones vinculadas a un UC cuando son aplicadas a un UC más fino (en el ejemplo, las normas N1 y N2 aplicadas en un primer momento a UC1 y luego a UC2), no conllevan a una pérdida de completitud. En efecto, todos los casos siguen estando correlacionados con una solución normativa[1534]. Este punto, con una presentación diferente, ha sido analizada al momento de dar cuenta de las consecuencias de haber aceptado el refuerzo del antecedente: la incorporación de cualquier nueva propiedad (creación de UC más finos) no modifica la calificación normativa.

Pero esto no funciona en sentido inverso. En efecto, las soluciones a un UC, en caso de que sean aplicadas a un UC menos fino generan problemas de incompletitud o de lagunas normativas. Imaginemos, por ejemplo, un UC0 compuesto por los casos p y ¬p y el ámbito normativo sigue compuesto por N1 y N2, ¿cuál es la calificación normativa de p? Por las normas N1 y N2 sabemos que está calificada la combinación de p y de ¬p con q o con ¬q, pero no únicamente la propiedad p o ¬p. Por refuerzo del antecedente a la propiedad p podemos agregarle o bien la propiedad q o bien la propiedad ¬q, lo que supone que de verificarse únicamente propiedad p esta está correlacionada con Fd y con Phd (tendríamos p->Fd.Phd), lo que produce una inconsistencia. Pero la propiedad p, por

[1533] Sobre este punto ver lo señalado en Cap. III.3,3.4.

[1534] Alchourrón y Bulygin, al respecto, formularon el siguiente teorema: «Si un sistema normativo α es completo con respecto a un UC_i, entonces será también completo respecto de todos los UC que sean más finos que UC_j». Alchourrón y Bulgyin, 2012, p. 146.

sí sola, no está correlacionada con una solución: es un caso de laguna normativa. De esto, como vemos, se sigue que cuando las soluciones vinculadas a un UC cuando son aplicadas a un UC menos fino conllevan a una pérdida de completitud[1535].

Veamos ahora cómo opera la consistencia. Supongamos que el ámbito normativo es modificado introduciendo una norma N3: «si una persona es madre del donatario, entonces facultativo donar». En términos formales: (r->Fd). Si aplicamos esta norma al UC2 identificado, tendremos la siguiente matriz:

p	q	r	UC2	N1: [(p.q)->Fd]	N2: [(¬pv¬q)->Phd]	N3: (r->Fd)
+	+	+	Caso 1: p.q.r	Fd	-	Fd
+	+	-	Caso 2: p.q.¬r	Fd	-	-
+	-	+	Caso 3: p.¬q.r	-	Phd	Fd
+	-	-	Caso 4: p.¬q.¬r	-	Phd	-
-	+	+	Caso 5: ¬p.q.r	-	Phd	Fd
-	+	-	Caso 6: ¬p.q.¬r	-	Phd	-
-	-	+	Caso 7: ¬p.¬q.r	-	Phd	Fd
-	-	-	Caso 8: ¬p.¬q.¬r	-	Phd	-

Como vemos, en este micro sistema de normas, en los casos 3, 5 y 7 hemos creado inconsistencias y en el caso 1 una redundancia. De este punto podemos ir anotando algunas precisiones: si consideramos las normas N1, N2 y N3 para el UC1, este sería completo y consistente; en cambio, si aplicamos dicho conjunto de normas al UC2, esto es, un UC más fino, la consistencia se pierde.

Cabe precisar que un UC puede ser inconsistente en un universo de casos más fino siempre que la nueva propiedad sea relevante. En cambio, mantendrá su consistencia si la nueva propiedad es irrelevante[1536].

[1535] Alchourrón y Bulgyin, 2012, p. 147. Para una presentación alternativa ver Alonso, 2010, p. 136.
[1536] Alchourrón y Bulygin, al respecto, formularon el siguiente teorema: «Si un sistema normativo α soluciona los casos de un Universo de Casos (UC_i), entonces soluciona de tal manera los casos de todo UC_j más fino que UC_i, que las propiedades que caracterizan a UC_j y no al UC_i son irrelevantes para las soluciones de α cuando a es coherente en UC_j». Alchourrón y Bulgyin, 2012, p. 148.

A partir de este punto Alchourrón y Bulygin mostraron que la consistencia opera de manera inversa a la completitud al momento de analizar relaciones entre normas en diferentes niveles de casos (o aplicación de normas ante diferentes especificaciones de circunstancias relevantes): si un sistema normativo es consistente para un UC, dicha consistencia se mantiene en UC menos finos y se pierde en UC más finos[1537]. Este punto es teóricamente relevante, pues nos muestra uno de los efectos que genera aceptar el refuerzo del antecedente al momento de realizar el desarrollo lógico de un sistema normativo[1538].

5.2. Normas derrotables y sistematización

Habiendo reconstruido, de manera sintética, la propuesta de *Normative Systems* sobre cómo realizar el desarrollo lógico de las normas identificadas, procederé a analizar cada uno de los puntos propuestos al inicio del presente subapartado: i) diferenciar los efectos de la derrota de normas entendida como una operación que forma parte de la identificación de normas, desarrollo lógico y ordenación del sistema normativo, y responder a si entender las normas como derrotables impide o limita el desarrollo lógico del sistema normativo del cual forma parte; y ii) determinar cómo impacta la derrota de una norma en la completitud y consistencia de los sistemas normativos.

Previo a profundizar sobre las preguntas indicadas, es necesario reiterar y precisar algunos rasgos del desarrollo lógico de normas los cuales servirán tanto para clarificar la pregunta como para formular su respuesta.

i. Desarrollo lógico de normas derrotables

[1537] Alchourrón y Bulgyin, 2012, pp. 148-49. Navarro y Rodriguez, 2014, p. 158. Navarro y Rodríguez, 2000, p. 72. Como bien resume Moreso: «mientras la completitud se hereda de abajo hacia arriba, de universos de casos menos finas a más finos, la coherencia se hereda de arriba hacia abajo, de universos de casos más finos a menos finos». Moreso, 1997, p. 175.

[1538] Como bien anota Navarro, este análisis entre niveles de UC muestra que los problemas de inconsistencia no se solucionan agregando nuevas propiedades, pues si un UC tiene soluciones inconsistentes, estas se mantendrán en un UC más fino. En cambio, si intentamos resolver la inconsistencia quitando una propiedad (creamos un UC menos fino), solucionaremos la inconsistencia, pero crearemos un problema de incompletitud (habremos creado una laguna normativa). Navarro, 1993, p. 261.

Como ya hemos visto, conforme con este modelo reconstructivo, los juristas para resolver un problema normativo empleando normas jurídicas proceden a identificar normas y luego a sistematizarlas (desarrollo lógico). Identificar normas supone haber atribuido significado a un texto (identificar normas expresas) y/o haber creado una norma mediante construcción jurídica (identificar normas implícitas). El desarrollo lógico de estas supone determinar sus consecuencias lógicas con el propósito de analizar si entre estas se produce un sistema completo y consistente. Además de ello, mediante esta operación determinamos el alcance de dichas normas (su aplicabilidad interna) mediante la identificación de normas derivadas de cada una de estas (dentro de un UC determinado por las propiedades relevantes contenidas en el UP).

Este último punto es relevante, pues pone de relieve que el desarrollo lógico de las normas presupone haber identificado normas y que con estas normas podamos emplear el refuerzo del antecedente y el *modus ponens*. Lo primero supone que estamos en el plano de las normas y no de las disposiciones. Cabe precisar que esto no quiere decir que el desarrollo lógico esté reservado para la decisión interpretativa que se atribuye al texto (el producto de la interpretación), sino que podemos también hacer el desarrollo lógico de los significados posibles a ser atribuidos a una disposición[1539]. Lo realizaremos, por ejemplo, sobre el significado *prima facie* a efectos de determinar si elegirlo conllevaría o no crear lagunas normativas o antinomias con miras a evitarla o crearla (en función de las preferencias valorativas del intérprete). Como podemos ver, el desarrollo lógico puede ser realizado para evaluar el resultado de nuestras decisiones interpretativas o para formular pronósticos sobre cómo impactaría, en un sistema normativo, una posible decisión interpretativa.

Esto nos lleva a lo segundo: para poder evaluar los efectos de la identificación normativa realizada o hacer pronósticos de posibles decisiones interpretativas, es necesario tratar al antecedente de las normas de manera que esté compuesto por condiciones suficientes para el consecuente. Si el antecedente está compuesto solo por condiciones necesarias o por condiciones contribuyentes, entonces no será posible identificar el alcance de las normas

[1539] Para ser más preciso, podemos hacer el desarrollo lógico de todos los significados identificados mediante una interpretación cognitiva y de las creaciones realizadas mediante interpretación creativa (todas ellas entendidas como opciones de significados sobre los cuales el intérprete puede decidir finalmente). Asimismo, podemos realizar el desarrollo lógico de una norma implícita de manera previa a que el aplicador del derecho decida que sea empleada en su justificación jurídica.

y, por ende, no podemos determinar si se producen lagunas normativas o antinomias. Como ya hemos visto[1540], para poder hacer inferencias prácticas con normas y determinar sus alcances es conceptualmente necesario que estas se rijan por el refuerzo del antecedente y el *modus ponens*.

Esta caracterización del desarrollo lógico es producto de haber asumido una concepción deductivista de la lógica deóntica[1541]. Esto supone, por lo menos, dos cosas: i) el desarrollo lógico de normas derrotables dependerá de si la noción de derrotabilidad es compatible o no con dichos presupuestos; y ii) debemos adoptar una representación lógico formal de las normas derrotables que emplee esta concepción de la lógica deóntica. El punto i) profundizaré en el siguiente subapartado. Sobre el punto ii) he profundizado en el Capítulo III, pero a efectos de claridad paso a presentarlo de manera resumida.

Como hemos visto[1542], para representar formalmente las normas condicionales derrotables podemos optar por: i) debilitar el antecedente, esto es, ((p…)->Or); ii) debilitar la conectiva, esto es, (p>Or); o iii) introducir el operador de revisión, esto es, (*f*(p)->Or). Debilitar el antecedente, así como debilitar la conectiva, implican no emplear el refuerzo del antecedente ni el *modus ponens*, con la consecuencia (entre otras) de que ello impediría poder hacer inferencias prácticas con ellas, determinar su alcance y verificar inconsistencias de esta norma con otras. En este sentido, no son representaciones formales idóneas para realizar el desarrollo lógico de las normas bajo el modelo indicado líneas atrás. Solo la opción iii), introducir el operador de revisión, permite representar la noción de norma derrotable sin generar costos de racionalidad deductiva.

En este sentido, podremos realizar el desarrollo lógico de una norma derrotable si asumimos la representación propuesta por Carlos Alchourrón de incorporar un operador de revisión en el antecedente. Vistos estos puntos, puedo esclarecer cuál es el contenido de la pregunta «¿es posible realizar el desarrollo lógico de normas derrotables?»

ii. Derrotabilidad: identificación, desarrollo lógico u ordenación de normas

[1540] Ver Cap. III.4,4.1. y Cap. IV.2.
[1541] Esto implica que si variamos de aparato lógico (por ejemplo, si adoptaramos una lógica no monotónica), podremos realizar el desarrollo lógico de normas que no satisfacen el refuerzo del antecedente ni el *modus ponens*, lo cual supondría emplear un sentido diferente de «desarrollo lógico».
[1542] Ver Cap. II.3,3.3., Cap. III.2, y 4,4.1, y Cap. IV.2.

¿La derrota de normas incide en la identificación, desarrollo lógico o en la ordenación de normas? ¿la noción de norma derrotable limita o impide el desarrollo lógico? Como el lector podrá notar a estas alturas de la investigación, esta manera de formular las preguntas es muy oscura. A efectos de entender adecuadamente qué se está preguntando, es necesario precisar qué se está entendiendo por «norma derrotable». No pretendo en este subapartado hacer un resumen de todas las aproximaciones a la noción de derrotabilidad vistas hasta el momento, de manera que para aclarar la pregunta formulada y dar las posibles respuestas dependiendo de cada manera de entenderla, voy a sintetizar (en extremo) lo visto hasta el momento:

«Norma derrotable» puede ser entendido: i) como significado que forma parte de un proceso reinterpretativo[1543]; ii) como una manera de dar cuenta de que el antecedente de la norma identificada no está compuesto por condiciones suficientes para el consecuente normativo[1544]; o iii) como una manera de dar cuenta de que el producto interpretativo, la norma identificada, puede perder su aplicabilidad externa[1545].

En relación con i), la noción de derrotabilidad es entendida como una manera de dar cuenta de algunas formas de realizar una interpretación restrictiva por especificación del antecedente. De esta manera, una norma derrotable (*ƒ*p->Or) es una forma de expresar que estamos frente a una norma que forma parte del proceso reinterpretativo que puede no ser elegida por el intérprete como producto interpretativo. Puede ser dejada de lado como resultado de emplear (y preferir el resultado de) el argumento de la disociación, la intención contrafáctica del legislador, crear una laguna axiológica, resolver una experiencia recalcitrante, o resolver un lícito o ilícito atípcio. En otros términos, se derrota la norma al introducir y emplear un criterio de preferencia dentro de nuestro proceso reinterpretativo por el cual elegimos una norma más restrictiva que otras normas consideradas en dicho proceso.

De esta forma, por norma derrotable se da cuenta de un significado posible que el intérprete puede decidir si atribuir o no a una disposición. Si esto es así, el operador de

[1543] Ver Cap. II.2.
[1544] Ver Cap. II.3,3.3. y al cap. III.4.
[1545] Ver Cap IV.4.

revisión nos permite representar que las valoraciones respecto de qué propiedades están contenidas en el antecedente pueden variar conforme a las preferencias interpretativas del intérprete.

En relación con ii), norma derrotable es entendida como una manera de dar cuenta que el antecedente de la norma identificada no está compuesto por condiciones suficientes para el consecuente normativo. Adoptar esta noción no implica necesariamente emplear una representación formal que suponga renunciar al refuerzo del antecedente y al *modus ponens*. Esta forma de entender las normas derrotables puede ser representada, también, con el operador de revisión (*f*p->Or). Así presentada la norma, dicho operador es una forma expresar que la identificación del antecedente tiene una presentación entimemática respecto de la cual se pueden adoptar nuevas valoraciones que supongan incorporar (o explicitar, dependiendo del tipo de ideología de la interpretación que se adopte) una propiedad adicional que reduzca el alcance de la norma.

Tanto i) como ii) inciden en la identificación de la norma. De esta forma, si nos aproximamos a la noción de derrotabilidad en la identificación de normas, como hemos podido ver, puede ser entendida de dos maneras: o bien para dar cuenta de significados dentro de un proceso interpretativo; o bien para dar cuenta de un determinado tipo de producto interpretativo, esto es, una norma presentada de forma entimemática compuesta por propiedades no suficientes para el consecuente. ¿Es posible el desarrollo lógico de esta forma de entender norma derrotable?

Con ambas formas de entender la noción de norma derrotable es conceptualmente viable realizar su desarrollo lógico (siempre que asumamos una representación formal que emplee el operador de revisión) y asumamos que esta tendrá una función pronosticadora de los posibles defectos lógicos que pudiera producir en un sistema normativo[1546].

[1546] Carlos Alchourrón, como hemos visto en el Cap. II.3,3.2., propuso el enfoque disposicional de la derrotabilidad bajo la cual para identificar cómo está regulado un determinado caso tendríamos que averiguar cómo lo hubiese resuelto el legislador. Si esto es así, entonces no es necesario hacer un desarrollo lógico de las normas para determinar el alcance de cada una, sino realizar un juicio contrafáctico de si el legislador pretendió o no incluir un determinado caso individual dentro de la regulación de una norma general. Me parece que considerar esta propuesta como una manera de abandonar el modelo reconstructivo de *Normative Systems* sería una lectura poco caritativa de este autor. En primer lugar, para desarrollar el enfoque disposicional empleó el instrumental analítico desarrollado en dicho modelo, en especial, respecto métodos de identificación y solución de problemas de incompletitud. En segundo lugar, el desarrollo lógico no perdería su utilidad descriptiva bajo dicha propuesta, pues el intérprete, a efectos de identificar una laguna normativa, aun necesitaría emplear esta metodología para identificarla. En tercer lugar, la pregunta

Tendremos, como podrá notarse, dos tipos de pronósticos dependiendo de la aproximación a la noción de norma derrotable en el plano de la identificación de norma. Por un lado, como significados dentro de un proceso interpretativo, se pronosticarán los efectos que generaría en un sistema normativo que la incluya; y por el otro lado, como norma presentada de forma entimemática, se evaluarán los efectos que produce dicha presentación en el sistema normativo y permitirá, además, evaluar el impacto que genere la explicitación de las propiedades implícitas.

En relación con iii), norma identificada que puede perder su aplicabilidad externa, como hemos visto en el presente capítulo, es una manera de dar cuenta del proceso y resultado de crear reglas de preferencia entre normas como método de solución de conflictos normativos. Como podemos ver, el contenido conceptual de esta aproximación a la noción de derrotabilidad colapsa en el de ordenación, pues estarían dando cuenta de lo mismo: que una norma es preferida por encima de otra y que la norma preferida debe ser empleada en la justificación de la decisión del aplicador del derecho.

Como podemos ver, el desarrollo lógico de las normas derrotables es conceptualmente posible siempre que estemos dispuestos a asumir una determinada representación formal de las mismas. Si decidimos optar por debilitar el antecedente o debilitar la conectiva, entonces lo que estamos haciendo es renunciar al modelo reconstructivo del derecho como sistema normativo como medio para hacer evaluaciones o pronósticos de los defectos lógicos que puedan tener nuestras decisiones interpretativas.

Considerar que la derrota de normas puede ser analizada como una operación de desarrollo lógico supone adoptar una forma específica de identificación de normas (un condicional normativo derrotable, esto es, considerar que las normas poseen un antecedente debilitado o una conectiva debilitada) y renunciar a la lógica deóntica

sobre cómo identificar una norma y cuál es su alcance, si bien están vinculadas, son preguntas diferentes y tienen respuestas diferentes. Alchourrón propuso, con el enfoque disposicional, una propuesta sobre cómo identificar una norma (con especial énfasis en cómo identificar si una propiedad formaba parte o no del antecedente), bajo un modelo que asumía la completitud como un presupuesto y no como un ideal, pero la única forma de verificar si el producto interpretativo logra tal resultado es mediante un desarrollo lógico. En cuarto lugar, el enfoque disposicional puede ser entendido como un criterio de pertenencia de normas derivadas. Una vez identificada la norma (sea explícita o implícita), con el desarrollo lógico identificaremos las normas derivadas. A efectos de diferenciar entre cuáles de estas normas derivadas pertenecen al sistema normativo y cuáles no, el enfoque disposicional nos ofrece como criterio la intención (contrafáctica) del legislador, de manera que no hay una oposición entre una propuesta y otra, sino complementariedad.

monotónica como método de análisis de los sistemas jurídicos. Esto implicaría que hemos de emplear, por ejemplo, una lógica no montónica para representar las relaciones entre normas.

iii. Impacto de la derrota de normas en la completitud y consistencia

Como hemos podido ver, el modelo de reconstrucción de *Normative Systems* nos ofrece un instrumental analítico idóneo para analizar las relaciones entre normas ante diferentes niveles de casos. Dichas herramientas nos van a permitir resolver la siguiente pregunta: ¿cuál es el impacto de derrotar una norma en el sistema normativo, esto es, cómo afecta su completitud y su consistencia?

Volvamos al ejemplo indicado líneas atrás. Como ya hemos visto, tenemos un sistema normativo compuesto por tres normas que nos permiten resolver el problema normativo de en qué casos se puede donar y en cuáles no: i) N1 que señala «si una persona es mayor de edad y en pleno ejercicio de sus facultades cognitivas, entonces facultativo donar órganos» ([(p.q)->Fd]); N2 que señala «si una persona no es mayor de edad o no tiene pleno ejercicio de sus facultades cognitivas, entonces prohibido donar órganos» ([(¬pv¬q)->Phd]); y N3 que señala «si una persona es madre del donatario, entonces facultativo donar» ((r->Fd)).

Como ya hemos visto, el desarrollo lógico de estas tres normas produce un micro sistema normativo que es inconsistente por producir antinomias entre la norma N2 y N3[1547]. Tras detectar este problema, el jurista procede a realizar una ordenación del sistema a efectos de remediar dicho defecto lógico.

Supongamos que el aplicador del derecho considera que N3 ha sido introducida en el sistema normativo a efectos de exceptuar el resto de las normas, es decir, asume que las

[1547] Retomemos la matriz para mostrar el punto:

p	q	r	UC2	N1: [(p.q)->Fd]	N2: [(¬pv¬q)->Phd]	N3: (r->Fd)
+	+	+	Caso 1: p.q.r	Fd	-	Fd
+	+	-	Caso 2: p.q.¬r	Fd	-	-
+	-	+	Caso 3: p.¬q.r	-	Phd	Fd
+	-	-	Caso 4: p.¬q.¬r	-	Phd	-
-	+	+	Caso 5: ¬p.q.r	-	Phd	Fd
-	+	-	Caso 6: ¬p.q.¬r	-	Phd	-
-	-	+	Caso 7: ¬p.¬q.r	-	Phd	Fd
-	-	-	Caso 8: ¬p.¬q.¬r	-	Phd	-

El micro sistema de normas es inconsistente en los casos 3, 5 y 7.

menores de edad que sean madres de la donataria deben estar facultadas para donar (y no tenerlo prohibido). Esto, como ya hemos visto, puede ser presentado de dos maneras: formulando una nueva identificación de normas del sistema o creando una relación de preferencia entre normas.

Podemos evitar una inconsistencia mediante un proceso de reinterpretación a efectos de modificar el alcance de una de las normas en conflicto. De esta manera, con las nuevas normas no habrá tal inconsistencia. En el ejemplo, el aplicador del derecho considera que en N2 no se ha introducido una distinción que, conforme al propio sistema normativo (a una hipótesis de relevancia descriptiva), debería haberse introducido: diferenciar entre menores de edad que no son madres del donatario y menores de edad que son madres del donatario, y que solo el caso de las menores de edad que no son madres del donatario debería estar correlacionado con la prohibición de donar órganos.

Esto nos llevará a entender N2 como una norma derrotable (la sometemos a un proceso de reinterpretación) que nos lleva a sustituir N2 por N2': «si una persona no es mayor de edad y no es madre del donatario, o no tiene pleno ejercicio de sus facultades cognitivas, entonces tiene prohibido donar órganos» ([((¬p.¬r)v¬q)->Phd]).

Esto supone, además, reformular la N3 en N3': «si una persona no es mayor de edad y es madre del donatario y tiene pleno ejercicio de sus facultades cognitivas, entonces tiene facultado donar sus órganos» ([(¬p.r.q)->Fd]).

Veamos la matriz de ese nuevo micro sistema de normas aplicables al problema normativo:

p	q	r	UC2	N1: [(p.q)->Fd]	N2: [((¬p.¬r)v¬q)->Phd]	N3: [(¬p.r.q->Fd]
+	+	+	Caso 1: p.q.r	Fd	-	
+	+	-	Caso 2: p.q.¬r	Fd	-	
+	-	+	Caso 3: p.¬q.r	-	Phd	
+	-	-	Caso 4: p.¬q.¬r	-	Phd	
-	+	+	Caso 5: ¬p.q.r	-		Fd

-	+	-	Caso 6: ¬p.q.¬r	-	Phd	
-	-	+	Caso 7: ¬p.¬q.r	-	Phd	
-	-	-	Caso 8: ¬p.¬q.¬r	-	Phd	

Como podemos ver, sustituir una norma por otra con un alcance más restringido (derrota de un significado) tiene como consecuencia crear un sistema normativo consistente (y axiológicamente satisfactorio). Como podemos ver, este es consistente en UC2 y también es consistente en UC1.

La derrota de normas, en este sentido, puede generar sistemas normativos consistentes. Dicha operación es irrelevante en relación con la completitud: si el sistema normativo ya era completo, entonces se mantendrá completo en un UC más fino; en cambio, si el sistema normativo era incompleto, entonces se mantendrá incompleto en un UC más fino.

Ahora bien, si procedemos a presentar la solución de una inconsistencia normativa mediante la introducción de una norma de preferencia, ello supondría mantener la identidad tanto de N2 como de N3, pero modificando el sistema normativo a efecto de introducir una nueva meta norma: N3PN2. Como hemos visto, bajo dicha norma cada vez que concurran N3 con N2 como normas aplicables a un mismo caso individual, el aplicador del derecho tendrá el deber de emplear en su justificación únicamente N3, dejando de lado N2.

CAPÍTULO V
DERROTABILIDAD DE NORMAS: SÍNTESIS Y BALANCE

1. Introducción

En los Capítulos II, III y IV he analizado las principales aproximaciones a la noción de derrotabilidad formuladas desde la teoría del derecho. Culminada esta labor cabe retomar la pregunta formulada en la Introducción: ¿qué es lo que están haciendo los aplicadores del derecho al derrotar una norma?

En este capítulo terminaré de contestar a esta pregunta formulando dos ideas. Por un lado, en el subapartado 2 presentaré una breve síntesis de las diferentes aproximaciones a la noción de derrotabilidad analizadas. Culminada dicha labor, voy a recapitular el análisis realizado sobre todas estas a efectos de poner de relieve cuáles son sus tesis comunes y cuales son las divergentes.

Por el otro lado, en el subapartado 3 voy a realizar dos propuestas. Por un lado, voy a justificar que los teóricos del derecho al momento de conceptualizar la derrotabilidad tratan de esclarecer dos tipos de problemas diferentes. Esta noción es entendida: i) como una forma de presentar un cambio de norma internamente aplicable; o ii) como una forma de presentar la pérdida de aplicabilidad externa de una norma.

Por otro lado, voy sostener que ambas maneras de entender la noción de derrotabilidad presuponen un uso del lenguaje de las preferencias[1548]. En este sentido, voy a mostrar que los teóricos del derecho, al momento de conceptualizar sobre la derrotabilidad, están necesariamente teorizando sobre la construcción de una relación de preferencia. De manera más precisa, al hablar de derrotabilidad están hablando de una relación preferencia entre dos opciones, las cuales pueden ser entendidas como: i) relaciones de

[1548] Sobre este ver Cap. IV.4.

preferencias entre significados posibles dentro de un proceso interpretativo; o ii) relaciones de preferencia entre normas como forma de resolver inconsistencias normativas.

2. Las piezas de la derrotabilidad en la teoría del derecho

2.1. Derrotabilidad desde la interpretación, la estructura de normas y los conflictos normativos

La caja de herramientas conceptual sobre la noción de derrotabilidad en la teoría del derecho, como hemos podido ver en las páginas anteriores de esta investigación, está conformada por diversas teorías formuladas empleando diversos lenguajes teóricos y dentro de tres discusiones diferentes. Como hemos visto, la noción de derrotabilidad ha sido conceptualizada dentro de las discusiones sobre: i) cómo identificar una norma; ii) cómo están estructuradas las normas condicionales y cómo representar dichas estructuras; y iii) cómo resolver conflictos normativos. Para efectos de una adecuada presentación del presente capítulo veamos, en síntesis, cada una de estas propuestas.

i. Aproximaciones a la noción de derrotabilidad desde la teoría de la interpretación

Como hemos visto en el Capítulo II, un grupo de teóricos del derecho (tales como Guastini, Alchourrón, Bulygin, Bayón, Schauer, Atienza, y Ruiz Manero) ha entendido la noción de derrotabilidad como un concepto teórico que permite esclarecer un conjunto de operaciones y resultados interpretativos. En particular, la han conceptualizado como una noción que permite dar cuenta, de mejor manera, de cómo los intérpretes identifican una norma jurídica. No obstante, dentro de este primer grupo existen diferentes formas de aproximarse a esta noción. En síntesis, la noción de derrotabilidad ha sido abordada de las siguientes seis formas: : (i) derrotabilidad como resultado del uso del argumento de la disociación; (ii) derrotabilidad como enfoque disposicional de la derrotabilidad; (iii)

derrotabilidad como imposibilidad de valorar toda propiedad futura; (iv) derrotabilidad como resultado de resolver un caso de laguna axiológica; (v) derrotabilidad como resultado de resolver una experiencia recalcitrante supra incluyente; y (vi) derrotabilidad como resultado de resolver un caso de ilícito o lícito atípico.

(i) En primer lugar, la derrotabilidad ha sido reconstruida, por Riccardo Guastini, como una manera de presentar qué es lo que hacen los intérpretes al emplear el argumento de la disociación. Conforme al análisis y crítica realizada sobre esta propuesta[1549], como proceso (derrotar una norma) consistiría en la labor reinterpretativa de una disposición. Se parte por identificar un posible significado atribuible a un texto normativo mediante el cual se expresa un caso genérico compuesto por una o más propiedades. Una de esas propiedades (seleccionada discrecionalmente) es distinguida en, por lo menos, dos subpropiedades y, tras ello, se decide que cada una de ellas debería tener una calificación normativa diferente. Como resultado (derrota de una norma), la noción de derrotabilidad daría cuenta de haber prescindido de la primera interpretación de la disposición (aquella que no distinguía entre subpropiedades), a efectos de elegir otra con un caso genérico que es, en comparación, más fino (la que distingue entre subpropiedades). Dicho caso genérico más fino está compuesto por una de las subpropiedades, el cual mantiene la calificación normativa prevista en la primera interpretación. La segunda subpropiedad pierde dicha calificación normativa, de manera que el intérprete podrá dejar dicho caso genérico sin correlación (decidir mantener la laguna normativa creada) o correlacionarlo otra consecuencia jurídica (ello a través de una interpretación extensiva de otra norma o creando una norma implícita que la regule).

(ii) En segundo lugar, la derrotabilidad ha sido reconstruida, por Carlos Alchourrón, como una forma de caracterizar el proceso y resultado de evaluar la relevancia normativa de una propiedad normativamente irrelevante, tomando en cuenta para ello la voluntad del legislador (identificada mediante juicios contrafácticos). Conforme al análisis y crítica realizada sobre esta propuesta[1550], la derrota de una norma es entendida como el enriquecimiento del caso genérico (esto es, incorporar una nueva propiedad) como resultado de realizar un juicio contrafáctico sobre cómo el legislador hubiera valorado una circunstancia en la que se realizada la acción regulada y que era, descriptivamente,

[1549] Ver Cap. II.3,3.1.
[1550] Ver Cap. II.3,3.2.

normativamente irrelevante. Como hemos visto, esta es una manera de dar cuenta de cómo los intérpretes presentan sus valoraciones en caso una primera interpretación no sea satisfactoria conforme a sus preferencias valorativas.

(iii) En tercer lugar, la derrotabilidad ha sido reconstruida, por Juan Carlos Bayón, como una forma de presentar la ausencia de una regla de clausura de las propiedades del antecedente de una norma. Conforme al análisis y crítica realizada sobre esta propuesta[1551], la noción de derrotabilidad es entendida como una forma de expresar que los intérpretes han adoptado una tesis prescriptiva sobre cómo tratar los antecedentes. De esta forma, se asume que, antes de la aplicación de la norma a un caso individual, los antecedentes deben ser entendidos de manera que no contengan condiciones suficientes para el consecuente. Como vemos, se está reconstruyendo un conjunto de ideologías sobre cómo los intérpretes deben tratar cada caso individual al momento de determinar su calificación normativa: se deben valorar todas las propiedades presentes en dicho caso y, solo una vez terminada dicha valoración, podemos determinar cómo calificar normativamente la acción en las circunstancias en las que se ha realizado.

(iv) En cuarto lugar, la derrotabilidad ha sido reconstruida, por Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, como una forma de presentar la identificación y resolución de una laguna axiológica. Conforme al análisis y crítica realizada sobre esta propuesta[1552], la noción de derrotabilidad es entendida como el proceso y resultado de haber descartado una primera interpretación de una disposición, y elegir en su lugar otra con un alcance más restringido. De esta manera, se ofrece un modelo de reconstrucción por el cual se pone de relieve que los intérpretes identifican un caso genérico y si este no es conforme a un criterio de corrección (no tienen todas las propiedades que debería contener), entonces debe ser sustituido a efectos de lograr un sistema normativo axiológicamente correcto[1553].

(v) En quinto lugar, la derrotabilidad ha sido reconstruida, por Frederick Schauer, como una forma de presentar la identificación y resolución de una experiencia recalcitrante

[1551] Ver Cap. II.3,3.3.
[1552] Ver Cap. II.3,3.4.
[1553] Dicho de manera más precisa, si un intérprete considera que una primera interpretación no contiene las distinciones que debería contener conforme a otra norma del propio sistema normativo o a una norma de un sistema normativo extrajurídico, entonces se derrota, esto es, elige una segunda interpretación que identifique un antecedente que contenga todas las distinciones que, conforme al criterio de corrección elegido, debería tener.

supra incluyente. Conforme al análisis y crítica realizada sobre esta propuesta[1554], la noción de derrotabilidad es entendida como el proceso y resultado de haber adecuado la aplicabilidad interna de una prescripción al alcance del que se considera es su propósito. De acuerdo con esta aproximación, el carácter derrotable de una norma es una forma de expresar: i) una caracterización del aplicador del derecho, quien es entendido como un agente que adopta un determinado código interpretativo que le permite realizar reinterpretaciones a disposiciones (es alguien no dispuesto a emplear siempre el significado identificado mediante una interpretación literal); y ii) una reinterpretación correctiva restrictiva por la cual el intérprete elige un significado que posee, en comparación a una interpretación previa, un alcance más reducido por poseer más propiedades (en relación conjuntiva) en el antecedente.

(vi) En sexto lugar, la derrotabilidad ha sido reconstruida, por Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, como una forma de presentar la identificación y resolución de un lícito e ilícito atípicos. Conforme a lo expuesto en el subapartado correspondiente[1555], la noción de derrotabilidad es entendida de dos formas: a) como el proceso y resultado de haber adecuado una regla a su justificación; y b) como el proceso y resultado de una ponderación en la cual un principio supera a otro. En el escenario de a), se parte del supuesto en el que una regla tiene un alcance que no especifica satisfactoriamente el resultado de una ponderación entre principios. Esto quiere decir que, dentro del antecedente de una regla, no se ha previsto como normativamente relevante una propiedad que, conforme a la ponderación entre principios que justifica la regla, debería ser calificada de relevante. La derrota de la regla, en este contexto, es entendida como sustitución de una regla por otra cuyo antecedente sí prevea como normativamente relevante dicha propiedad (lo cual implica que posee un caso genérico más fino). En el escenario de b), se da cuenta de los pasos necesarios y resultados para resolver un conflicto entre dos principios, y que tiene como resultado que un principio (el derrotado) no será relevante para determinar cómo calificar normativamente la acción regulada.

ii. Aproximaciones a la noción de derrotabilidad desde la teoría de la estructura de las normas

[1554] Ver Cap. II.3,3.5.
[1555] Ver Cap. II.3,3.6.

Como hemos visto en el Capítulo III, un grupo de teóricos del derecho (tales como Hart, Sartor, Prakken, MacCormick, y Alchourrón) ha entendido la noción de derrotabilidad como un concepto teórico que permite explicar un conjunto de operaciones (y sus resultados) para identificar tipos de condiciones en los antecedentes, o tipos de normas condicionales. Esto es, la han conceptualizado como una noción que reconstruye, de mejor manera, cómo los intérpretes estructuran una norma jurídica. De esta forma, la noción de derrotabilidad ha sido aproximada de las tres siguientes maneras: (i) como una forma de presentar el efecto excluyente de comprobar condiciones negativas (o derrotantes) previstas en el antecedente de una norma; (ii) como una forma de distinguir entre condiciones de aplicación de condiciones derrotantes a partir de las reglas de distribución de la carga de la prueba; y (iii) como una forma de presentar un tipo de norma condicional.

(i) En primer lugar, la derrotabilidad ha sido reconstruida, por H.L.A. Hart, como una forma de explicar que, dentro de los antecedentes, podemos diferenciar entre condiciones positivas y negativas (o condiciones derrotantes). Conforme al análisis y crítica realizada sobre esta aproximación[1556], este autor sostiene que, dentro de los procesos de toma de decisiones, si la parte demandada logra demostrar la verificación de las condiciones derrotantes contenidas en el antecedente de una norma, entonces estas producen un efecto excluidor sobre el resto de propiedades verificadas. Dicho de otro modo: la verificación de determinados hechos, excluye la aplicabilidad interna de la norma.

(ii) En segundo lugar, la derrotabilidad ha sido reconstruida, por Sartor, Duarte d'Almeida y MacCormick, como una forma de presentar que, mediante las reglas de distribución de la carga de la prueba y de la carga argumentativa, podemos respectivamente: a) diferenciar entre condiciones de aplicación y condiciones derrotantes; y b) explicar el rol del demandado como un agente que ofrece razones para que el aplicador del derecho cree una nueva condición derrotante (atribuya relevancia normativa a una propiedad normativamente irrelevante)[1557].

Aunque parecen equivalentes, ambas reconstrucciones difieren. En relación con a), bajo esta aproximación las condiciones derrotantes son identificas a partir de todas aquellas

[1556] Var Cap. III.3,3.1.
[1557] Ver Cap. III.3,3.2.

propiedades del antecedente que corresponden ser probadas por el demandado a efectos de que esté justificado decidir a su favor (en un escenario en el que el demandante ha probado todas las propiedades que, conforme a la distribución de la carga de la prueba, le correspondía probar). En relación con b), bajo esta aproximación se sostiene que el demandado posee la carga de la argumentación de ofrecer razones para que el aplicador del derecho decida crear una nueva condición derrotante (esto es, que realice una construcción jurídica que produzca una reinterpretación correctora restrictiva de una disposición).

(iii) En tercer lugar, la derrotabilidad ha sido reconstruida, por Carlos Alchourrón, como una forma de presentar un tipo de norma condicional[1558]. La noción de norma condicional derrotable ha sido formulada para dar cuenta de todos aquellos casos en los cuales se considera que el antecedente de la norma no garantiza el consecuente. En términos más precisos, se refiere a una norma compuesta por un antecedente que solo prevé condiciones contribuyentes. A efectos de poder reconstruir este concepto desde una concepción deductivista de la lógica deóntica (justificada en la necesidad de conservar el poder inferencial de las normas condicionales), se ha propuesto una singular forma de representar el antecedente de las normas. De esta manera, el antecedente de las normas condicionales habría de ser representado incluyendo un operador de revisión (f) para representar que el antecedente es entendido como un caso genérico compuesto por propiedades explícitas y presupuestos implícitos, los cuales operarían, conjuntamente, como la condición suficiente para el consecuente

iii. Aproximaciones a la noción de derrotabilidad desde la teoría del conflicto entre normas

Como hemos visto en el Capítulo IV, un grupo de teóricos del derecho (tales como Dolcetti, Ratti, Ferrer, y Rodríguez) ha entendido la noción de derrotabilidad como un concepto teórico que permite esclarecer cómo resolver conflictos entre normas y cómo describir los resultados de esta operación. Esto es, han reconstruido la noción de derrotabilidad como una noción sobre qué es lo que hacen los aplicadores del derecho al resolver una inconsistencia. De esta forma, la noción de derrotabilidad ha sido

[1558] Ver Cap. III.3,4.1. y Cap. III. IV.5,5.2.

aproximada de dos maneras: (i) como una forma de explicar un tipo de resultado de un conflicto normativo entre una norma expresa y una norma implícita, y (ii) como una forma de esclarecer el proceso y resultado de resolver conflictos normativos mediante la creación de una relación de preferencia entre las normas en conflicto.

(i) En primer lugar, la derrotabilidad ha sido reconstruida, por Andrea Dolcetti y Giovanni Battista Ratti, como una forma de caracterizar un tipo de resultado de un tipo de conflicto normativo. Conforme al análisis y crítica realizada sobre esta propuesta[1559], la noción de derrotabilidad es entendida como una manera de expresar que las normas están sujetas a excepciones implícitas no enumerables de forma *ex ante* a su aplicación a un caso individual. Desde esta aproximación, la creación de una excepción implícita es producto de resolver un conflicto normativo entre una norma expresa (resultado de un acto interpretativo) y una norma implícita (producto de un acto de construcción jurídica), de forma tal que el aplicador del derecho decidió calificar el caso individual de manera conforme a la norma implícita.

(ii) En segundo lugar, la derrotabilidad ha sido reconstruida, por Jordi Ferrer y Jorge Rodríguez, como una forma de caracterizar el proceso y resultado de resolver un conflicto normativo mediante la creación de un criterio de preferencia. Conforme al análisis y crítica realizada sobre esta propuesta[1560], se ha sostenido que una forma de resolver los casos de conflicto normativo (dos normas interna y externamente aplicables a un caso individual ofrecen soluciones normativas incompatibles entre sí), es creando un criterio de preferencia para determinar cual, de estas, debe ser la norma externamente aplicable al caso individual (todos los aspectos normativamente relevantes considerados). En este sentido, una norma derrota a otra en aquellas circunstancias en las que es preferida sobre otra. Desde este punto de vista, una norma se entiende como derrotada al ser una norma no preferida y que, por tanto, el aplicador del derecho no tiene el deber de usar en la justificación de su decisión.

[1559] Ver Cap. IV.3,3.
[1560] Ver Cap. IV.4.1 y 4.2.

2.2. Diferentes aproximaciones de un mismo problema

En el subapartado anterior he recapitulado las diferentes aproximaciones a la noción de derrotabilidad estudiadas en esta investigación. Corresponde preguntarse, ¿qué están tratando aclarar todas estas? ¿versan sobre los mismos problemas o sobre problemas diferentes?

En las siguientes líneas voy a realizar, a partir del análisis llevado a cabo en los capítulos anteriores, una explicitación de las tesis comunes y divergentes de todas estas formas de entender la derrotabilidad en la teoría del derecho.

i. Aproximaciones a la noción de derrotabilidad desde la teoría de la interpretación

¿Qué nos están tratando de clarificar estas seis aproximaciones a la noción de derrotabilidad formuladas desde la teoría de la interpretación? Todas ellas están intentando aclarar qué es lo que hace un aplicador del derecho al decidir cambiar la calificación normativa de un tipo de caso individual. Para ello, todas estas aproximaciones presentan, desde diversas formas de entender la interpretación jurídica, del proceso de identificar un significado de una disposición, una valoración negativa de dicho significado por no incluir una distinción que debería haber incluido, y elegir otro significado que sí incluye la distinción que se considera debería ser incluida. Dicho en breve: todas pretenden presentar un proceso reinterpretativo corrector restrictivo[1561]. Veamos cada uno de estos elementos de este tipo de reconstrucciones de la derrotabilidad.

El primer significado atribuible a una disposición (o significado *prima facie*), conforme a lo expuesto, constituye el inicio de un proceso interpretativo. Usualmente los aplicadores del derecho parten entendiendo las disposiciones mediante su interpretación literal[1562], la cual es sometida a evaluación a efectos de determinar si debe confirmarse o descartarse tal primer significado.

[1561] Ver las precisiones formuladas en el Cap. II.2. sobre esta noción.
[1562] Interpretación literal entendida como significado atribuido conforme a las reglas semánticas y sintácticas de la lengua en la que fue escrita la disposición.

En cuanto a las valoraciones empleadas para evaluar el significado *prima facie*, considero que todos estos autores presentan, desde diferentes lenguajes teóricos, el uso de criterios no jurídicos (dependientes de preferencias individuales). De manera más precisa, para sus conceptualizaciones de la noción de derrotabilidad están sosteniendo que los aplicadores del derecho, al momento de reducir el alcance de una norma, emplean preferencias valorativas. Sobre este último punto, todos ellos reconstruyen dos conjuntos de preferencias vinculadas entre sí: (a) preferencias respecto a qué criterios se deben emplear para atribuir relevancia a las propiedades; y (b) actitudes y criterios de preferencia interpretativas sobre cómo debe ser formulado el proceso interpretativo.

(a) En primer lugar, por preferencias sobre qué criterios se deben emplear para atribuir relevancia a las propiedades englobo a los criterios que el aplicador del derecho considera debe emplear para evaluar la corrección de la identificación de un caso genérico. Esto es, los criterios que emplea para calificar si el resultado de la aplicación de un determinado método interpretativo es satisfactorio o no, en función a si dicho producto interpretativo ofrece un caso genérico que identifica y especifica, de manera adecuada, las acciones y circunstancias de su realización a ser reguladas. Dicho en breve, son criterios que permiten identificar antecedentes de normas de manera «correcta». En este sentido, este primer conjunto incluye las preferencias sobre qué propiedades normativamente irrelevantes deberían ser consideradas relevantes, y qué propiedades normativamente relevantes deberían ser consideradas irrelevantes.

Este conjunto de preferencias es empleado por los aplicadores del derecho para determinar si el significado *prima facie* es satisfactorio o no. Si es satisfactorio, entonces el aplicador del derecho estaría dispuesto a elegir dicho significado para atribuir una norma a una disposición y, además, tratar a esa norma como inderrotable (esto es, considerar que el antecedente es condición suficiente para el consecuente). En cambio, si es insatisfactorio, el aplicador del derecho considera que dicho significado debe ser revisado. Todas las aproximaciones analizadas en el Capítulo II tratan de presentar esta idea y, como hemos visto, ofrecen diferentes maneras de entender qué es lo que hacen los aplicadores del derecho al realizar esta valoración de insatisfacción. El punto compartido por todas estas es que el significado *prima facie* debe ser tratado como derrotable, esto es, el antecedente identificado únicamente contiene condiciones contribuyentes para el consecuente, siendo necesario realizar valoraciones adicionales a efectos de incluir más

propiedades. De esta forma, podrán identificar un caso genérico que sea satisfactorio para tratar como condición suficiente para el consecuente.

Como ya hemos visto, estos criterios de corrección pueden ser (i') sistémicos o (ii') extra sistémicos. Dentro de los (i') criterios de corrección sistémicos agrupo los criterios que prescriben que los significados *prima facie*, para ser correctos, no deben producir conflictos normativos con otras normas del sistema normativo del que formarían parte. En tal sentido, si el aplicador del derecho pronostica que, de elegir estos significados, se generarían tales conflictos (o, dicho en términos más precisos, producirían sistemas normativos inconsistentes), entonces estos significados deben ser tratados como derrotables. Esto último quiere decir que el aplicador del derecho asume que debe incorporar una o más propiedades a efectos de producir un sistema normativo consistente.

En cambio, dentro de los (ii') criterios de corrección extra sistémicos agrupo los criterios que prescriben que los significados *prima facie*, para ser correctos, deben ser consistentes con las normas que forman parte de otro sistema normativo (por ejemplo, con el sistema normativo que compone la moral crítica del aplicador del derecho). En tal sentido, si se pronostica que generarían tales conflictos, entonces estos significados deben ser tratados como derrotables. Esto último quiere decir que el aplicador del derecho considera que debe incorporar una o más propiedades a efectos de evitar que se produzca tal conflicto normativo (esto es, que el alcance del significado todo considerado sea el mismo que el prescrito por las normas del sistema normativo extrasistemático).

Los aplicadores del derecho pueden adoptar criterios de corrección enteramente sistemáticos, enteramente extra sistemáticos o una combinación entre ambos. Aquello que analizan y presentan (con diferentes terminologías) todas las aproximaciones a la noción de derrotabilidad (desde la teoría de la interpretación) es el empleo, por parte de los aplicadores del derecho, de estos criterios para determinar si consideran o no un significado *prima facie* satisfactorio.

(b) Con el segundo conjunto de preferencias (actitudes y criterios de preferencia interpretativas sobre cómo debe ser formulado el proceso interpretativo), doy cuenta de cómo los aplicadores del derecho consideran que deben ser diseñados los procesos interpretativos que han de emplear en un determinado contexto. Dicho en términos de

Schauer: estoy haciendo referencia a los modelos de toma de decisiones o las prescripciones asumidas por el aplicador del derecho respecto a cómo atribuir significado a disposiciones[1563]. Cada uno de estos modelos refleja un conjunto de reglas que forman parte de diferentes códigos interpretativos con los que se realiza la actividad interpretativa.

Dentro de este conjunto agrupo los criterios que guían a los aplicadores del derecho respecto a qué métodos interpretativos deben emplear. Ahora bien, los aplicadores del derecho, mediante estos criterios, regulan si calificar un significado *prima facie* (producto del método interpretativo que consideran que deben usar) como valorativamente insatisfactorio, es relevante o no.

Si deciden que calificar el significado *prima facie* como valorativamente insatisfactorio es irrelevante, ello quiere decir que han asumido una forma de entender el proceso interpretativo[1564] según el cual todo resultado de un determinado método interpretativo debe ser considerado como inderrotable[1565]. En estos casos, estamos pensando en un aplicador del derecho comprometido con tesis prescriptivas sobre cómo debe ser la interpretación según las cuales se deben adoptar ciertos resultados interpretativos sin tomar en cuenta sus consecuencias o lo que ellos mismos opinen de ellas.

Si deciden que calificar el significado *prima facie* como valorativamente insatisfactorio es relevante, ello quiere decir que han asumido una forma de entender el proceso interpretativo por el cual, o bien en toda circunstancia, o bien en determinadas

[1563] Sobre este punto ver Cap. II.3,3.5,3.5.2. En términos de Chiassoni, estoy tratando de expresar el conjunto de reglas de traducción y reglas metódicas que diseñan los aplicadores del derecho para interpretar disposiciones. Ver Cap. II.2,2.2,2.2.1.

[1564] Cabe precisar que puede ser el caso que un método interpretativo ofrezca más de un posible significado posible. El escenario que estoy señalando en el texto principal es uno en el que el aplicador del derecho ya ha previsto reglas de preferencia entre significados posibles que resulten de un mismo método interpretativo. En breve, estoy reflejando el caso en el que todos los pasos del proceso interpretativo ya han sido, previamente, determinados.

[1565] Nuestras preferencias sobre cómo deben ser los procesos interpretativos no necesariamente son coincidentes con nuestras preferencias sobre qué propiedades deberían ser relevantes. Las primeras son preferencias sobre qué métodos interpretativos se deben emplear, en cambio las segundas dan cuenta de los criterios empleados para evaluar los resultados. Puede haber casos en que los métodos que se considera que deben ser empleados no ofrezcan resultados satisfactorios. Un ejemplo de ello es considerar a un aplicador del derecho que forma parte de la administración pública quien considera (por diversas razones) que debe interpretar las disposiciones administrativas forma literal (conforme a su significado semántico) y llegar a situaciones en las que dicho significado no incluya distinciones que, conforme a sus criterios de corrección, deberían estar incluidas.

circunstancias, el significado insatisfactorio debe ser tratado como derrotable. Si deciden diseñar un proceso interpretativo en el que se trata como derrotable en toda circunstancia, el intérprete determinará la relevancia normativa de las propiedades que deban conformar el caso general en cada proceso de aplicación del derecho. Esto quiere decir que determinarán el caso genérico luego de haber identificado y valorado el contenido del caso individual sometido a proceso (hasta identificar, finalmente, un significado valorativamente satisfactorio).

En cambio, si deciden diseñar un proceso interpretativo en el que el significado *prima facie* es tratado como derrotable solo en determinadas circunstancias, esta es una forma de expresar que no toda calificación como valorativamente insatisfactorio es relevante, pues solo serán relevantes aquellas que superen cierto grado de tolerancia (o, dicho de otro modo, serán tratadas como derrotables las valorativamente insatisfactorias en un grado intolerable o insoportable). Esto quiere decir que los aplicadores del derecho adoptan criterios que les permiten diferenciar entre valorativamente insatisfactorias tolerables y valorativamente insatisfactorias intolerables.

Como podemos ver, el acto de derrotar es determinado por las valoraciones empleadas para calificar los significados *prima facie* y las actitudes de los aplicadores del derecho respecto al resultado de tales valoraciones. Ahora bien, como hemos precisado a lo largo de esta investigación, no es cualquier juicio de insatisfacción el que nos interesa al momento de hablar de derrotabilidad. Por el contrario, solo estamos dando cuenta de aquellas situaciones en las que consideramos la identificación del antecedente como insatisfactoria por no haber incluido una distinción que debió incluirse.

Todas estas aproximaciones a la noción de derrotabilidad dan cuenta de la derrota de una norma como el enriquecimiento del caso genérico previsto en el antecedente de la norma. ¿Qué tipo de operación y resultado están aclarando? Todas estas aproximaciones, con terminologías distintas, están presentando cómo crear una interpretación correctora restrictiva, esto es, descartar un significado *prima facie* y elegir otro que posee, en comparación, un alcance más reducido por incluir más distinciones en el antecedente. Dicho de otra manera, todas estas aproximaciones a la noción de derrotabilidad comparten la tesis según la cual con la expresión «derrotar» se hace referencia a la

actividad de comparar una primera forma de interpretar una disposición con otra más específica, y elegir esta segunda a mérito de que contiene un antecedente más fino.

Ahora bien, ¿qué quiere decir un antecedente más fino o que incluye más distinciones? La expresión «incorporar más propiedades en el antecedente» es ambigua, pues puede ser entendida de dos maneras: i) sustituir un caso genérico por otro que incluye una nueva propiedad que se relaciona con el resto de propiedad mediante una disyunción; o ii) sustituir un caso genérico por otro que incluye una nueva propiedad que se relaciona con el resto de propiedad mediante una conjunción.

Mediante el sentido i) se da cuenta de los actos del aplicador del derecho que incluye una nueva propiedad a efectos de ampliar el alcance de antecedente. Por esta razón, este primer sentido no es relevante para las explicaciones acerca de la derrotabilidad.

En cambio, el sentido ii) (sustituir un caso genérico por otro que incluye una nueva propiedad que se relaciona con el resto de propiedad mediante una conjunción) da cuenta de actos del aplicador del derecho para lograr dos tipos de resultados diferentes.

Por un lado, se puede incluir una nueva propiedad en relación conjuntiva con el resto de propiedades contenidas en el caso genérico para reducir un problema de indeterminación lingüístico (un problema de vaguedad). Ello se produce, como hemos visto en el Cap.II.4., cuando estamos frente a un caso individual respecto del que no podemos determinar si está dentro o fuera del alcance de una norma. Una de las formas de determinar que dicho caso individual es o no es una instanciación del caso genérico es incorporando una nueva propiedad en relación conjuntiva con el resto de propiedades. Tal operación conlleva determinar, sin problemas de indeterminación lingüística, la clase de casos que ejemplifica el caso individual analizado como fuera del alcance de la norma. Por esta razón, este sentido no es relevante para las explicaciones acerca de la derrotabilidad.

Por otro lado, se puede incluir una nueva propiedad en relación conjuntiva con el resto de propiedades contenidas en el caso genérico para variar la calificación normativa de un determinado tipo de casos individuales. Este es el caso en que un aplicador del derecho considera que no todos los elementos de una categoría deberían tener la misma calificación normativa, sino que es correcto que parte de estos elementos tengan dicha

calificación normativa y el resto de elementos no compartan la misma calificación normativa. El efecto de incluir la nueva propiedad es especificar qué elementos deben conservar una determinada calificación normativa y excluir de tal calificación al resto de elementos que no poseen tal especificación[1566]. La noción de derrotabilidad, en todas las aproximaciones analizadas desde la teoría de la interpretación, es conceptualizada para explicar el proceso y resultado de esta especificación.

Con estas precisiones, considero que todas las aproximaciones a la noción de derrotabilidad formuladas desde discusiones sobre la teoría de la interpretación presentan, con diversos lenguajes, un proceso interpretativo en el cual los aplicadores del derecho: i) identifican un primer significado que contiene un caso genérico compuesto por conjunto determinado de propiedades relevantes; ii) identifican una propiedad normativamente irrelevante; iii) valoran tal propiedad y consideran que debería ser considerada normativamente relevante; iv) identifican un significado que contiene un caso genérico comparativamente más fino, compuesto por el conjunto de propiedades relevantes del primer significado junto con (en relación conjuntiva) la propiedad que consideran debería ser relevante; v) realizan, a partir de sus actitudes y preferencias sobre cómo deben ser los procesos interpretativos, una evaluación sobre si conservar el primer caso genérico identificado o si deben elegir el segundo caso genérico; y vi.i) si deciden atribuir a la disposición objeto de interpretación el significado que prevé el primer caso genérico, entonces han decidido tratar a dicho significado como inderrotable; o vi.ii) si deciden atribuir a la disposición objetivo de interpretación el significado que prevé el segundo caso genérico, entonces han decidido derrotar el primer significado y tratar este segundo significado, en relación con el caso individual, como inderrotable[1567].

Ahora bien, entre todas estas aproximaciones podemos identificar diferencias sustantivas. Además de partir de formas distintas de entender el derecho, difieren en relación con el objetivo o propósito para el cual se ha formulado una aproximación a la noción de derrotabilidad. Al respecto, considero que podemos distinguir entre aproximaciones

[1566] Como podemos ver, todas estas aproximaciones a la noción de derrotabilidad presuponen haber resuelto cualquier problema de indeterminación lingüística.
[1567] Estas seis aproximaciones a la noción de derrotabilidad, como podemos ver, son reformulaciones de un punto común: dejar de lado primeras interpretaciones por considerarlas axiológicamente insatisfactorias al no haber consideración una distinción que debió ser considerada (conforme al criterio de corrección que el aplicador del derecho ha elegido).

descriptivas y prescriptivas a la noción de derrotabilidad. Las aproximaciones descriptivas son teorizaciones con el propósito de reconstruir qué es lo que hacen los intérpretes al momento de realizar un acto de derrota dentro de un proceso interpretativo. En cambio, las aproximaciones prescriptivas son propuestas que incluyen, con mayor o menor claridad, elementos normativos respecto a escenarios en los que un aplicador del derecho debería realizar una derrota.

Dentro del conjunto de aproximaciones descriptivas, considero que podemos identificar tres aproximaciones a la noción de derrotabilidad: i) como uso del argumento de la disociación propuesta por Riccardo Guastini; ii) como resultado de resolver una laguna axiológica propuesta por Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin; y iii) el enfoque disposicional de la derrotabilidad propuesto por Carlos Alchourrón. Todos estos autores están únicamente presentando un modelo de reconstrucción de qué es lo que hacen los aplicadores del derecho al dejar de lado un significado interpretativo. No ofrecen razones normativas para considerar que un determinado significado debería ser dejado de lado o no, sino que solamente proporcionan un instrumental analítico que permite comprender, de manera clara y precisa, qué acciones y resultados producen los aplicadores del derecho al derrotar un significado.

Dentro del conjunto de aproximaciones prescriptivas, considero que podemos identificar las otras tres aproximaciones a la noción de derrotabilidad analizadas: i) como ausencia de regla de clausura de propiedades de un antecedente, propuesta por, principalmente, Juan Carlos Bayón; ii) como resultado de resolver una experiencia recalcitrante supra incluyente propuesta por Frederick Schauer; y iii) como resultado de resolver un caso de ilícito o lícito atípico de Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero. A efectos de claridad y precisión, voy a especificar en qué aspecto cada una de estas es normativa.

i) En cuanto a la derrotabilidad entendida como ausencia de regla de clausura de propiedades de un antecedente, como hemos visto, esta es una tesis prescriptiva sobre cómo se debe tratar a los significados. Bajo esta aproximación, como hemos visto, se justifica que los intérpretes deberían, a efectos de tomar decisiones racionales (asumiendo una determinada manera de entender la racionalidad), valorar normativamente las propiedades contenidas en los casos individuales en todos aquellos supuestos en los que la comunidad a la cual pertenece el aplicador del derecho carece de convenciones

interpretativas sobre cómo entender la disposición. En este sentido, los actos de derrota son parte de un proceso interpretativo orientado a obtener determinado tipo de resultados correctos.

ii) En relación con la propuesta de Schauer, dicho autor es expreso en justificar que las reglas deben ser reconsideradas, en determinados supuestos, a efectos de reflejar, de mejor manera, sus razones subyacentes. Como hemos visto en el Cap. II.3,3.5., si bien las distinciones conceptuales formuladas por este autor son útiles para realizar reconstrucciones teóricas de qué es lo que hacen los aplicadores del derecho al momento de derrotar un significado, esta aproximación fue formulada como parte de una tesis normativa para justificar que los aplicadores del derecho deberían adoptar un modelo transparente sensible a reglas[1568]. En efecto, para Schauer los aplicadores del derecho no deberían adoptar, en toda circunstancia, un significado *prima facie* o uno usualmente aceptado por la comunidad jurídica, sino que en ciertas situaciones ellos deben reformular los predicados fácticos (esto es, incorporar nuevas propiedades en el antecedente). Dicho en otros términos y de manera breve: Schauer considera que los resultados absurdos o subóptimos (en relación con el propósito o razón subyacente de la norma) pueden y deben ser evitados mediante la derrota del predicado fáctico (esto es, incluyendo especificaciones en el antecedente).

iii) En relación con la propuesta de Atienza y Ruiz Manero, estos autores son expresos en señalar que hay situaciones en que los intérpretes deben derrotar reglas. Como hemos visto, consideran que, en determinado subconjunto de los casos difíciles, los aplicadores del derecho deben derrotar las reglas a efectos de que estas especifiquen, de manera más satisfactoria, el balance entre principios sustantivos que justifica la creación de la regla. A este subconjunto de casos los presentaron como situaciones de «institucionalización de la derrotabilidad»[1569]. De esta forma, estos autores consideran que los aplicadores del

[1568] Como hemos visto, dicho modelo da cuenta de expresar que cada vez que el aplicador del derecho se enfrente a una experiencia recalcitrante, este agente debe considerar si el peso de la razón subyacente es mayor o menor al peso de las razones para la generación de reglas. Si considera que la razón subyacente tiene mayor peso, entonces se debe modificar el alcance del predicado fáctico. Esto quiere decir, sustituir el caso genérico por otro que incluya más especificaciones.

[1569] Cabe precisar que la expresión «institucionalización de la derrotabilidad» es poco afortunada, pues resulta ambigua. Esta puede ser entendida, por lo menos, de tres maneras: i) como una expresión que da cuenta de que un aplicador del derecho tiene competencia para derrotar reglas y/o principios; ii) como una expresión que da cuenta de que las normas jurídicas pueden ser derrotadas si son usadas en procesos de toma de decisiones; o iii) como una expresión que da cuenta de que determinadas normas (las reglas) deben ser derrotadas. Considero que, para efectos de una reconstrucción caritativa, es pertinente emplear este

derecho pueden y deben identificar normas de manera correcta, esto es, cuyo contenido sea consistente con un conjunto de principios jurídicos relevantes. En este sentido, su propuesta puede ser entendida como una forma de presentar la derrotabilidad como una herramienta conceptual que permite a los aplicadores del derecho ofrecer respuestas (valorativamente) correctas[1570].

ii. Aproximaciones a la noción de derrotabilidad desde la teoría de la estructura de las normas

¿Qué están tratando de explicar estas tres tesis acerca de la noción de derrotabilidad, formuladas desde la teoría de la estructura de normas? Las dos primeras aproximaciones están mostrando formas de describir los antecedentes de las normas tomando en cuenta los efectos de la incorporación de nueva información dentro de un proceso de toma de decisiones. La tercera aproximación, presenta una forma de entender las normas condicionales sin ser necesario abandonar la lógica deóntica deductivista para describir las normas y sus relaciones con otras normas dentro de un sistema normativo. Veamos estos puntos.

Tanto la primera (i) como la segunda (ii) aproximaciones son tesis sobre qué son las condiciones derrotantes dentro del antecedente[1571].

(i) La primera aproximación a la noción de derrotabilidad, formulada por Hart, parte de la premisa de que los procesos de toma de decisiones jurídicas se caracterizan por no disponer de información completa y exhaustiva de los hechos que se evalúan. De esta manera, la incorporación de nueva información en dichos procesos puede generar la

tercer sentido. Siguiendo de cerca sus propias tesis, para ellos estos casos de prescripción de la derrotabilidad son los supuestos de abuso de derecho, fraude a la ley y desviación de poder.

[1570] Cabe poner de relieve, además, que estas respuestas (conforme a las propuestas de Manuel Atienza) deben ser formuladas con la pretensión de que cualquier persona racional debería aceptar y adoptar dicha respuesta (se adopta un «objetivismo moral mínimo»). Ver Cap. 3,3.6,3.6.2.

[1571] Cabe poner de relieve que, como ya hemos visto, la identificación de un caso genérico supone la determinación de una acción y un conjunto de circunstancias en las que se realiza que es normativamente relevante (esto es, su realización u omisión está correlacionada con una consecuencia normativa). Dentro de un proceso de toma de decisiones, las partes ofrecen información para considerar que el caso individual es (o no) una instanciación de un caso genérico, es decir, este se subsume en el alcance del antecedente. Estas aproximaciones a la noción de derrotabilidad son tesis acerca de la estructura de las normas a partir de los actos de incorporación de información que pueden llevar a cabo las partes en el proceso.

pérdida de aplicabilidad (interna) de una norma a un caso individual[1572]. En extrema síntesis, de acuerdo con esta propuesta no todas las propiedades del antecedente se comportan de la misma manera al ser verificadas en un caso individual, pues algunas de estas, las condiciones derrotantes, poseen un efecto excluidor[1573], esto es, producen que el caso individual quede fuera del alcance de la norma.

Conforme a lo señalado en el subapartado correspondiente[1574], Hart sostiene que para demostrar la inaplicabilidad de una norma no es necesario negar la información ofrecida por el demandante. Antes bien, un camino alternativo consistiría en complementar la caracterización que este hace del caso individual (esto quiere decir, ofrecer más información sobre el caso individual) en aras de justificar que tal caso individual posee una especificidad, normativamente relevante, que implica que este se encuentre fuera del alcance de la norma alegada por el demandante.

El efecto exclusor de las condiciones derrotantes del que nos habla Hart es una tesis sobre los actos de incorporación de información por parte del demandado que permite inferir, justificadamente, que todo lo dicho por demandante está probado, pero es una caracterización insuficiente de los hechos pasados. Si tomamos en cuenta la descripción del caso individual ofrecida por el demandado, se infiere que la acción realizada se ejecutó en circunstancias que son calificadas (por el sistema normativo) de manera diferente a como pretende el demandante.

De esta forma, las condiciones derrotantes que tenía en mente Hart son propiedades incorporadas en el antecedente de la norma para especificar el alcance de la norma. Demostrar la verificación de una condición derrotante en un caso individual equivale a señalar que dicho caso individual está fuera del alcance. Dicho en breve: cuando, desde esta aproximación, se habla de «derrotabilidad» se está subrayando que la verificación de ciertas propiedades justifica la inaplicabilidad interna de una norma.

[1572] Como hemos visto en el Cap. III.3,3.1, Hart en este punto está entendiendo la noción de derrotabilidad como una forma de expresar un deber *prima facie* entendido como cancelabilidad epistémica o pérdida de relevancia por obtención de nueva información.
[1573] Conforme lo analizado en el subapartado Cap. III.3,3.1,3.1.1., uno de los principales problemas de la aproximación hartiana a la noción de derrotabilidad fue no ofrecer criterios que permitan diferenciar entre propiedades positivas y negativas (derrotantes), pero sobre este punto no volveré a insistir.
[1574] Ver Cap. III.3,3.1.

(ii) Con relación a la segunda aproximación a la noción de derrotabilidad, este conjunto de autores ha empleado los efectos de la distribución de la carga de la prueba y de las cargas de argumentación para diferenciar entre componentes del antecedente y acciones posibles a realizar por el demandado. Como hemos visto en el subapartado correspondiente[1575], por un lado, Sartor y Duarte d'Almeida han propuesto emplear la carga de la prueba para diferenciar entre condiciones de aplicación y excepción en el antecedente. Esta es una teorización que da cuenta del mismo problema que la aproximación anterior: qué información es necesaria para determinar la aplicabilidad/inaplicabilidad interna de una norma respecto a un caso individual.

Por «condiciones de aplicación», como hemos visto, entienden las propiedades que deben ser probadas por el demandante. Esta es una manera de englobar a toda aquella información que le corresponde ofrecer al demandante (conforme a las reglas procedimentales que regulan el proceso de toma de decisiones) para justificar que una norma es internamente aplicable a un caso individual. En cambio, por «condiciones de excepción» (o «derrotantes») entienden las propiedades que deben ser probadas por el demandado. Esta es una manera de englobar toda aquella información que le corresponde ofrecer al demandado para justificar que una norma es irrelevante a un caso individual (el caso está fuera de su alcance). En breve, estos autores proponen entender la noción de derrotabilidad como una forma de expresar un problema epistémico sobre qué es necesario conocer para determinar la aplicabilidad interna de una norma.

Por el otro lado, MacCormick (leído empleando el instrumental conceptual de Prakken y Sartor) propuso emplear la noción de carga de argumentación para clarificar el rol del demandado en la creación de nuevas condiciones derrotantes[1576]. Esta es una teorización sobre una de las posibles fuentes de información que dispone el aplicador del derecho para realizar una interpretación correctora restrictiva. De lo que está dando cuenta es que, dentro de un proceso, el demandado puede ofrecerle al aplicador del derecho razones y/o criterios de corrección (sistémicos o extrasistémicos) para evaluar si una determinada propiedad (considerada irrelevante en el contexto del proceso de toma de decisión) debe ser considerada normativamente relevante. Ahora bien, dicho *input* informativo solo genera que el aplicador del derecho tenga a su disposición una mayor cantidad de insumos

[1575] Ver Cap. III.3,3.2,3.2.1.
[1576] Ver Cap. III.3,3.2,3.2.2.

sobre los cuales tomar la decisión (valorativa) de si reinterpretar o no. Ello es una forma de presentar, desde otra perspectiva, parte de los actos que pueden ser realizados dentro de un proceso interpretativo, de manera que el punto a clarificar en relación con la noción de derrotabilidad está implicado dentro de las aproximaciones a la noción de derrotabilidad desde la teoría de la interpretación.

(iii) En relación con la tercera aproximación, propuesta por Carlos Alchourrón, se ha empleado la noción de derrotabilidad para identificar un tipo de norma condicional. Como hemos visto, el autor propuso presentar la estructura de los antecedentes incorporando en la representación del antecedente un operador de revisión. De esta forma, por norma condicional derrotable se alude a normas cuyo caso genérico ha sido identificado de forma entimemática: está compuesto por condiciones expresas y presupuestos implícitos. Esto quiere decir que el aplicador del derecho debe realizar operaciones de revisión respecto a cómo está compuesto el antecedente a efectos de identificar la condición suficiente para el consecuente.

Decir que una norma es derrotable (*f*p->Or) es una forma de expresar que estamos frente a un significado que forma parte del proceso reinterpretativo orientado a explicitar los presupuestos implícitos. Dicha explicitación puede ser presentada a través de alguna de las aproximaciones vistas en el punto anterior, esto es, como un resultado del uso del argumento de la disociación, la intención contrafáctica del legislador, crear una laguna axiológica, resolver una experiencia recalcitrante, o resolver un lícito o ilícito atípico. El resultado, bajo la propuesta *alchourroniana,* debe satisfacer un modelo racional de cambio de creencias, esto es, en extrema síntesis, que la explicación no suponga incorporar dentro del caso genérico una propiedad que produzca inconsistencia con una de las propiedades explícitas y que la revisión suponga excluir únicamente aquello estrictamente necesario.

Como hemos podido observar a lo largo de en esta síntesis, las primeras dos aproximaciones a la noción de derrotabilidad, desde la teoría de la estructura de las normas, nos ofrecen una caracterización la derrotabilidad como un concepto teórico que permite esclarecer qué información debe aportar el demandado en un proceso de toma de decisiones a efectos de excluir la aplicabilidad interna de una norma al caso particular. Ello es aclarado, principalmente, analizando el rol del demandado respecto a: i) qué

información debe suministrar al juez para demostrar la inaplicabilidad de la norma al caso; y ii) qué actos puede realizar para que el juez decida reducir el alcance de la norma (y, por ende, se excluya el caso particular del alcance de la norma). En efecto, de lo que están preocupados estos autores es de un problema epistémico: qué requiere saber el juez para determinar la aplicabilidad interna o no de una norma.

La tercera aproximación a la noción de derrotabilidad nos ofrece una teorización sobre cómo representar, formalmente, que un aplicador del derecho trate a una norma como derrotable, esto es, que considere el antecedente no está compuesto por condiciones suficientes para el consecuente. Asimismo, es una teorización que nos permite justificar que no es necesario renunciar a la lógica deóntica deductivista para describir las relaciones entre normas, aun cuando estas sean consideradas derrotables.

iii. Aproximaciones a la noción de derrotabilidad desde la teoría del conflicto entre normas

¿Qué están tratando de explicar estas dos tesis acerca de la noción de derrotabilidad, formuladas desde la teoría de los conflictos normativos? Ambas son tesis sobre cómo entender la resolución de conflictos normativos, pero se diferencian respecto a qué aspectos consideran más relevantes de clarificar y precisar.

En el caso de la primera aproximación, propuesta por Dolcetti y Ratti, esta ha sido formulada para precisar qué quiere decir que una norma está sujeta a excepciones implícitas no determinables de manera *ex ante* a su aplicación a un caso individual. Estos autores concentran su atención no en la forma de resolución del conflicto sino el tipo de normas en conflicto. De esta manera, la noción de derrotabilidad es entendida como un concepto teórico que nos permite dar cuenta de los supuestos en los que un tipo de caso individual deja de estar regulado por una norma expresa y pasa a estar regulado por una norma implícita.

En cambio, la segunda aproximación, propuesta principalmente por Ferrer y Rodríguez, es una teorización sobre cómo los juristas resuelven conflictos normativos. Ellos ponen atención en cómo reconstruir las operaciones realizadas al momento de resolver un conflicto. De esta manera la noción de derrotabilidad es entendida como un concepto

teórico que nos permite dar cuenta un resultado necesario de toda resolución de conflicto normativo.

Estas propuestas no se contradicen u oponen entre sí, son dos formas de presentar un mismo punto: una presentación más estricta de la resolución de conflictos (primera aproximación, orientada a clarificar la expresión «creación de excepciones implícitas»), y una presentación más amplia de la resolución de conflictos (segunda aproximación, orientada a clarificar cómo una norma supera a otra).

Reconstruidas, de manera muy sintética, cada una de las piezas de la derrotabilidad en la teoría del derecho, veamos ahora cómo sistematizarlas a efectos de poner de relieve si estamos frente a un problema de uso ambiguo del término derrotabilidad o si son presentaciones diferentes de un punto en común.

3. Derrotabilidad: dos problemas desde diversas perspectivas

3.1. Derrotabilidad interna y externa

¿«Derrotabilidad» es un término ambiguo que expresa problemas diferentes, o es un término empleado por diversas reformulaciones de un punto común? Considero que las diferentes aproximaciones a la noción de derrotabilidad analizadas en esta investigación expresan dos problemas diferentes. Para poner de relieve las semejanzas y diferencias entre todas estas, conforme lo señalado en el Capítulo I, tomaré de referencia las distinciones puestas de relieve por las diferentes nociones de «aplicabilidad». Veamos este punto.

Como hemos visto[1577], «aplicabilidad» es un término que puede ser empleado para expresar, siguiendo a Moreso y Navarro, que una norma es internamente aplicable o

[1577] Ver Cap. I.4.

externamente aplicable[1578]. A partir de esta desambiguación, considero que podemos diferenciar entre actos que producen la modificación de la aplicabilidad interna y actos que producen la pérdida de aplicabilidad externa.

Por «actos que producen la modificación de la aplicabilidad interna» entiendo todos aquellos actos que generan la variación del estatus deóntico de una determinada acción realizada en una determinada circunstancia. Ello quiere decir que, en un primer momento, una acción tenía una calificación X y, en un segundo momento, pasa a tener una calificación Y. Dicho en términos más precisos[1579]: i) una acción era calificada como obligatoria y ahora es calificada como prohibida, no permitida o como facultativa; ii) una acción era calificada como prohibida y ahora es calificada como obligatoria, facultativa o permitida; iii) una acción era calificada como facultativa y ahora es calificada como obligatoria o como prohibida; o iv) una acción era calificada como obligatoria, prohibida, facultativa o permitida y ahora su calificación está indeterminada (laguna normativa). Esta variación de la calificación normativa de la acción puede ser producida o bien modificando el sistema normativo relevante para regular la acción, o bien modificando la información disponible sobre la acción a calificar.

En cambio, por «actos que producen la pérdida de aplicabilidad externa» entiendo todas aquellas operaciones que generan que una norma externamente aplicable deje de serlo. Esto quiere decir que el aplicador del derecho, en un primer momento, tenía la obligación de usar la norma internamente aplicable al caso individual que está resolviendo, pero en un segundo momento, este ya no tiene más el deber de usarla. En este escenario la norma internamente aplicable no ha cambiado (esta sigue siendo internamente aplicable, de manera que la calificación deóntica de una acción por esta norma sigue siendo la misma) ni nuestra información sobre el caso individual (mantenemos el mismo conjunto de creencias sobre los hechos pasados). Lo que se ha producido es que dicha norma ha dejado de formar parte del micro sistema de normas aplicables al caso individual. En otros

[1578] Una norma N1 es internamente aplicable en un espacio-tiempo determinado a un caso particular siempre que este sea una instanciación o ejemplificación del antecedente de la norma. En cambio, una norma N1 es externamente aplicable en un espacio-tiempo determinado a un caso individual que es una ejemplificación del caso genérico C, siempre se satisfagan conjuntamente las siguientes condiciones: i) el caso genérico C esté previsto en el antecedente de la norma N1, es decir, sea internamente aplicable; y ii) otra norma N2, perteneciente al sistema jurídico, ordene al aplicador del derecho a usar N1 en la justificación de sus decisiones cada vez que estén frente a una ejemplificación del caso genérico C.
[1579] Esta es una reiteración de la precisión formulada en el Cap.I.4,4.2.

términos, el caso sigue siendo regulado por la norma, pero el aplicador del derecho ha dejado de tener el deber de usarla para resolver el problema normativo. En vez de tal norma, tiene el deber de usar otra norma en la justificación institucional de su decisión sobre dicho caso individual.

Tomando en cuenta esta distinción y las piezas de la derrotabilidad en la teoría del derecho, considero que es correcto afirmar «derrota de una norma» puede ser entendido de una de estas dos maneras: i) como una forma de expresar la modificación de la aplicabilidad interna de una norma, a la cual denominaré «derrotabilidad interna»; o ii) como una forma de expresar que un aplicador del derecho ha perdido el deber de usarla en la justificación de sus decisiones jurisdicciones, a la cual denominaré «derrotabilidad externa». Veamos este punto.

i. Derrotabilidad interna: derrotabilidad entendida como la modificación de la aplicabilidad interna

Como hemos visto a lo largo de esta investigación, un grupo de teóricos emplean la noción de derrotabilidad para dar cuenta de parte de los actos necesarios para variación de su estatus deóntico de una acción dentro de un proceso de toma de decisiones. Si lo dicho en líneas anteriores es correcto, entonces la noción de derrotabilidad en la teoría del derecho es entendida de dos maneras: a) como la posibilidad de que una norma pueda ser sustituida por otra norma que posee, en comparación, un alcance más reducido (por estar compuesta por un caso genérico más fino); o b) como la posibilidad de que la descripción de un caso individual pueda variar, de manera que en un primer momento (y bajo una primera descripción) se asumía cierta calificación normativa, pero en un segundo momento (y bajo una segunda descripción, que incluye la primera descripción y agrega nuevas especificaciones), nos damos cuenta que esa presunta calificación era incorrecta.

De esta forma, un primer grupo de teóricos del derecho (que precisaré en líneas siguientes) entiende la noción de derrotabilidad como un concepto que les permite esclarecer la modificación de la aplicabilidad interna de una norma. Dentro de este grupo podemos diferenciar dos subgrupos: a) modificación de la aplicabilidad interna de una norma por reinterpretar la disposición, a la cual denominaré «derrotabilidad interna

normativa»; y b) modificación de la aplicabilidad interna de una norma por variación de la descripción del caso individual, a la cual denominaré «derrotabilidad interna fáctica».

a) Derrotabilidad interna normativa: modificación de la aplicabilidad interna producto de una reinterpretación correctora restrictiva

Dentro de este subgrupo, considero que están incluidas: (i) todas las aproximaciones a la noción de derrotabilidad formuladas desde la teoría de la interpretación; (ii) las dos primeras tesis de las aproximaciones a la noción de derrotabilidad formuladas desde la teoría de la estructura de normas; y (iii) la primera de las aproximaciones a la noción de derrotabilidad formuladas desde la teoría de los conflictos. Paso a precisar este punto.

(i) En primer lugar, las aproximaciones a la noción de derrotabilidad formuladas desde la teoría de la interpretación reconstruyen qué es posible que un aplicador del derecho realice[1580] para variar la calificación normativa de una acción. Tal como he sintetizado líneas atrás, todas ellas son reformulaciones de un punto común: cambios de interpretación que realiza el aplicador del derecho al momento de resolver un problema normativo[1581].

Todas estas aproximaciones presentan, desde diferentes lenguajes teóricos, que el aplicador del derecho parte por identificar un significado *prima facie* por el cual una acción tiene una determinada calificación deóntica. Luego este significado es valorado conjuntamente con otros significados a efectos de determinar cuál de todos estos es correcto, conforme a criterios de corrección sistémicos o extra sistémicos. Finalmente, todas sostienen (desde diferentes perspectivas) que «derrotar» es una manera de realizar las acciones necesarias para no elegir, dentro de un proceso interpretativo, un significado *prima facie* y seleccione, en cambio, otro significado (producto de la interpretación en sentido estricto o construcción jurídica) con una aplicabilidad interna más restringida.

[1580] En el caso de Bayón, Schauer, Atienza y Ruiz Manero, proponen, además, que deben hacer los aplicadores del derecho.

[1581] Cabe reiterar dos precisiones en este punto. Por un lado, por «problema normativo» entiendo la pregunta de cuál es la calificación jurídica de una acción, es decir, es una pregunta sobre si una acción, conforme a un sistema jurídico de referencia, es obligatoria, prohibida, permitida o facultativa. Por el otro lado, entre estas aproximaciones no hay un lenguaje teórico común (pues parten de diferentes formas de entender el derecho y de cómo estudiarlo), pero todas ellos están proponiendo reformulaciones de un punto común: el proceso y resultado de una reinterpretación correctora restrictiva.

¿Qué supone esto? Que la acción analizada tenía una calificación normativa conforme al significado *prima facie*, pero que luego de un proceso de valoración (uso de criterios de corrección y, por estos, criterios de preferencia entre posibilidades interpretativas), se determinó que esa era una calificación incorrecta. En atención a dicha valoración, el aplicador del derecho decide introducir una distinción en el caso genérico (identifica otro caso genérico que incluye, por lo menos, una especificación adicional), esto es, realiza una reinterpretación correctora restrictiva de la disposición. El resultado final es que la acción analizada dejó de tener la calificación normativa del significado *prima facie* y pasa a tener la calificación normativa prevista por el significado todo considerado. Como podemos ver, todas estás aproximaciones clarifican la variación de la calificación normativa de una acción en un determinado tipo de circunstancias[1582].

(ii) En segundo lugar, la modificación de la aplicabilidad interna entendida como cambio de norma relevante producto de una reinterpretación correctora restrictiva es presupuesta por ii.1) la segunda aproximación, y ii.2) tercera aproximación a la noción de derrotabilidad, formuladas desde la teoría de la estructura de normas.

ii.1) Con relación a la segunda aproximación, incluyo en este subgrupo a la propuesta formulada por MacCormick (leída empleando el instrumental conceptual de Prakken y Sartor), quien propuso que la distribución de la carga de argumentación permite explicar los posibles actos que puede llevar a cabo el demandado para que se creen nuevas condiciones derrotantes. Esta propuesta, conforme a lo analizado, reconstruye parte de los actos que forman parte del proceso interpretativo llevado a cabo por los aplicadores del derecho: el demandado puede ofrecerle razones al aplicador del derecho para que

[1582] Reitero el punto con mayor precisión. Bajo estas formas de entender la derrotabilidad se da cuenta de la variación del estatus deóntico como producto de haber cambiado de norma relevante para regular el caso individual. En un primer momento, el aplicador del derecho identificó un significado S1 (el significado *prima facie*) por el cual una determinada acción tenía una calificación determinada (asumamos, para efectos de representación, que es una norma p->Oq). Culminado el proceso interpretativo el aplicador del derecho decide que es correcto, todos los elementos normativamente relevantes considerados, atribuir a la disposición interpretada con el significado S2 (el significado todo considerado), el cual incluye en su antecedente una especificación, es decir, una distinción entre circunstancias en las que se realiza la acción y mantiene la calificación normativa a solo un sub tipo de estas (conforme a la representación empleada, p.r->Oq). Esto supone que la acción, en un determinado tipo de circunstancias (las p.¬r), ha variado su calificación (de estar calificadas como Op pasa a no estar regulada de esa forma). Como vemos, con esta categoría agrupo a todas aquellas teorizaciones que dan cuenta de la desestimación de una forma de entender el material jurídico por regular acciones en determinadas circunstancias de manera incorrecta (conforme a las valoraciones o criterios de corrección asumidos por el aplicador del derecho).

considere que una propiedad normativamente irrelevante deba ser considerada normativamente relevante. En otros términos, el demandado puede invitar al aplicador del derecho a que cree una laguna axiológica y la resuelva. Como podemos ver, esta es una manera de dar cuenta (desde la perspectiva del proceso de toma de decisiones), de una las fuentes de información que poseen los aplicadores del derecho para llevar a cabo una reinterpretación restrictiva correctora.

ii.2) Con relación a la tercera aproximación formulada desde la teoría de la estructura de normas (uso de la noción de derrotabilidad para identificar un tipo de estructura de norma condicional), esta propone: ii.2.1) una forma de entender la identificación de los casos genéricos; y ii.2.2) una forma de representar formalmente las normas condicionales que adoptan dicha forma de identificar casos genéricos.

En relación al punto ii.2.1), por «norma condicional derrotable» se entiende aquel tipo de normas cuyo antecedente está compuesto por condiciones contribuyentes para el consecuente. De acuerdo con esta aproximación, dichas condiciones contribuyentes son propiedades explícitas de un conjunto compuesto por estas propiedades y por presupuestos implícitos, de manera que para identificar la condición suficiente para el consecuente, es necesario realizar un acto de revisión que explicite dichos presupuestos implícitos. Ahora bien, dicha operación de revisión (al momento de analizar normas condicionales que estructuran normas jurídicas) expresa el proceso y resultado de una interpretación correctora restrictiva bajo la cual se incorpora una nueva propiedad (una especificación) a efectos de reducir el alcance del antecedente.

Bajo esta aproximación a la noción de derrotabilidad el punto relevante no es dar cuenta de cómo realizar una revisión[1583], sino dar cuenta de que los antecedentes de las normas son revisables. Dicho de otra manera, se pretende explicar que los aplicadores del derecho realizan identificaciones incompletas del caso genérico de las normas, pues al hacerlo presuponen información que, si es explicitada, conlleva especificar el alcance de la norma.

[1583] Como si fue el caso de Alchourrón años después de formular esta aproximación al momento de proponer el enfoque disposicional de la derrotabilidad. Ver Cap. II.3,3.2. Cabe resaltar que esta propuesta está incluida en el conjunto de aproximaciones a la noción de derrotabilidad formuladas desde la teoría de la interpretación.

En este sentido, mediante esta aproximación se está dando cuenta de que el alcance de las normas puede ser especificado en caso de que el aplicador del derecho considere que es correcto hacerlo. De esta forma, señalar que una norma es una norma condicional derrotable es una manera de expresar que el caso genérico contenido en el antecedente puede cambiar, esto es, que la calificación normativa de una acción puede variar.

En relación al punto ii.2.2), como propuesta de una forma de representar formalmente las normas condicionales cuyos antecedentes son tratados como derrotables, esta es una tesis que nos permite concluir que la lógica deóntica deductiva es apta para describir las relaciones de normas de este tipo. Esto supone que no es necesario abandonar el refuerzo del antecedente y el *modus ponens* para entender el carácter derrotable de las normas, pero exige que adoptemos una representación formal que ponga de relieve que el antecedente requiere ser revisado para identificar la condición suficiente para el consecuente. Esto, como vemos, es una forma de justificar que esta es la mejor manera de expresar (en un lenguaje formal) ciertas conceptualizaciones sobre las normas condicionales, de manera que esta es una aproximación que presupone las teorizaciones sobre la modificación del alcance de la norma como sustitución de un caso genérico por otro más fino.

(iii) En tercer lugar, la modificación de la aplicabilidad interna entendida como cambio de norma relevante producto de una reinterpretación correctora restrictiva es presupuesta por la aproximación a la noción de derrotabilidad propuesta por Dolcetti y Ratti. Como hemos visto, ambos autores están tratando de clarificar un tipo de resultado de un tipo de conflicto normativo (inconsistencias entre normas expresas y normas implícitas). Para ellos, predicar que una norma ha derrotado a otra es una forma de expresar que una norma explícita deja de regular un tipo de caso individual y este pasa a ser regulado por una norma implícita. Ello puede ser presentado como una forma de señalar que al caso genérico identificado mediante una norma expresa se le incorpora una especificación identificada mediante una norma implícita (de manera que se crea, como bien precisan los autores, una excepción implícita). Esto quiere decir que derrotar una norma es producto de formular una reinterpretación correctora restrictiva tomando en cuenta, dentro del proceso interpretativo, un significado que ha sido creado mediante un acto de construcción jurídica.

Reitero la precisión de que, para esta aproximación, no es relevante el método empleado para convertir un micro sistema de normas aplicables inconsistente en uno consistente. Ellos están explicando un posible resultado de un método empleado para resolver o evitar el conflicto normativo. En este sentido, la reinterpretación correctora restrictiva es presupuesta como una posible forma para llegar al resultado analizado: atribución de relevancia normativa a una propiedad que, en un primer momento, era normativamente irrelevante.

Habiendo clarificado este punto, es oportuno precisar que, desde este tipo de aproximación a la noción de derrotabilidad, se produce una cierta ambigüedad entre predicar que una norma es derrotable, por un lado, y decir que una norma es inderrotable, por el otro. Por un lado, predicar que una norma es derrotable es una expresión que puede ser empleada para señalar dos ideas: a) que estamos frente a un significado que forma parte de un proceso interpretativo; y b) que estamos frente a una norma cuyo antecedente está presentado de manera entimemática, es decir, solo expresa propiedades expresas y que presupone un conjunto de propiedades que operan como presupuestos implícitos. Por el otro lado, predicar que una norma es inderrotable quiere decir que el antecedente no es revisable. Se está dando cuenta de un significado que, una vez identificado, será atribuido a una disposición y cuyo antecedente está compuesto por una condición suficiente para el consecuente.

b) Derrotabilidad interna fáctica: modificación de la aplicabilidad interna por incorporación de nueva información sobre el caso individual

La segunda manera de entender la derrotabilidad interna es como una modificación de la aplicabilidad interna a partir de la variación de información sobre el caso individual analizado. De manera más precisa, en un primer momento, se infiere -a partir de la información disponible- que un determinado caso individual es una instanciación de una norma N1. En un segundo momento, tras modificar nuestro conjunto de creencias sobre la composición del caso individual, se concluye que este caso no se subsume en dicha norma de lo que se sigue que no le corresponde dicha calificación normativa. Al respecto, considero que forman parte de este subconjunto la primera y segunda aproximación a la

noción de derrotabilidad formuladas desde la estructura de las normas (Hart, Sartor y Duarte d'Almeida).

Las dos primeras aproximaciones formuladas desde la teoría de la estructura de las normas ponen de relieve, ambas desde sus lenguajes teóricos, dos puntos: (i) la incorporación de nueva información (dentro de un proceso de toma de decisiones institucionalizado) puede tener como efecto el cambio de calificación normativa de una acción; y (ii) el tipo de información que puede ser ofrecida por las partes en un proceso institucionalizado de toma de decisiones para determinar la aplicabilidad o inaplicabilidad (interna) de una norma.

En cuanto al punto (i), estas teorías toman como punto de análisis uno de los posibles efectos que produce la incorporación de nueva información sobre el caso individual (por parte del demandado) en un proceso institucionalizado de toma de decisiones. Estos nuevos *inputs* informativos generan que una norma, en un primer momento considerada internamente aplicable, deje de serlo, pues bajo la nueva caracterización del caso individual este deja de subsumirse en el caso genérico de la norma. Para ser más preciso, estos autores, al momento de hablar de derrotabilidad, no están dando cuenta de cómo reinterpretar una disposición. Están hablando de que el demandante puede incorporar nueva información a efectos de caracterizar, de manera más precisa, el caso individual y con ello demostrar que este no es una instanciación del caso genérico de la norma alegada por el demandante.

En este sentido, si el demandado tiene éxito, se consideran probadas todas las proposiciones sobre hechos ofrecidas por el demandante, pero que se estiman insuficientes para una presentación correcta del caso individual, pues se deben considerar algunas propiedades adicionales a las que se han tomado en cuenta en el proceso de toma de decisión. Así, una vez que esa nueva caracterización del caso individual ofrecida por el demandado es considerada probada por el aplicador del derecho, el resultado es que, la norma *prima facie* aplicable, una vez considerados todos los aspectos relevantes del caso, deja de serlo.

En cuanto al punto (ii), estos autores analizan cómo las reglas procedimentales (las que caracterizan, bajo sus estipulaciones, como reglas de la carga de la prueba[1584]) inciden en el tipo de información necesaria que debe ser ofrecida para determinar la aplicabilidad/inaplicabilidad interna de una norma. Conforme a estos autores, si se varía la carga de la prueba de determinadas proposiciones sobre hechos (normativamente relevantes) se sigue que se varían las propiedades necesarias para que se genere una norma *prima facie* aplicable. El demandante, al ofrecer la información que le corresponde conforme a la carga de la prueba, genera que se presuponga la aplicabilidad interna de una determinada norma y, por tanto, que se deba atribuir una determinada calificación normativa a la acción. Esto supone que modificar la carga de la prueba conllevará variar los actos necesarios a ser llevados a cabo por el demandante para que se pueda considerar, en un primer momento, la aplicabilidad interna de una norma. Asimismo, ello incide en los actos necesarios que deberá llevar a cabo el demandado para probar una especificidad del caso individual que conlleve que esté fuera del alcance de la norma alegada por el demandante.

Con estos dos puntos estas teorías pretenden aclarar qué tipo de información puede ofrecer el demandado y su efecto: descartar la propuesta de calificación deóntica de hechos discutidos por parte del demandante. En este sentido, resulta más preciso, al momento de emplear estas aproximaciones, predicar el carácter derrotable de las descripciones de los casos individuales. Cuando estos autores hablan de derrotabilidad lo hacen como una forma de sostener que nuestro conjunto de creencias sobre los casos individuales, en un proceso de toma de decisiones institucionalizado, pueden variar (a mérito de *inputs* informativos ofrecidos por el demandado) y que ello incide en cómo los calificamos normativamente.

Habiendo clarificado este punto, es oportuno precisar la distinción entre predicar que una descripción del caso individual es derrotable e inderrotable adoptando este tipo de aproximación a la noción de derrotabilidad. Por un lado, afirmar que «una descripción del caso individual es derrotable» quiere decir que nuestras creencias sobre el caso individual pueden variar, y que tal variación es relevante para determinar su calificación normativa. Esto, a su vez, quiere decir que el demandado puede incorporar nueva

[1584] Ver lo señalado al inicio del Cap. III.3,3.2.

información que conlleve especificar propiedades normativamente relevantes que determinen que su calificación normativa no debe ser la propuesta por el demandante. Por el otro lado, afirmar que «una descripción del caso individual es inderrotable» quiere decir que nuestras creencias sobre el caso individual pueden variar, pero que tal variación es irrelevante para determinar su calificación normativa. Esto, a su vez, significa que ninguna incorporación de información por parte del demandado será suficiente para que produzca el cambio de calificación normativa propuesta por el demandante[1585].

ii. Derrotabilidad externa: derrotabilidad entendida como pérdida de su aplicabilidad externa

Para otro grupo de teóricos del derecho emplean el término «derrotabilidad» para referirse a los actos necesarios para que una norma pierda su aplicabilidad externa, esto es, que el aplicador del derecho deje de tener el deber de usarla en la justificación de sus decisiones institucionales. Estos autores emplean la noción de derrotabilidad para aclarar en qué casos un aplicador del derecho está frente a una norma interna y externamente aplicable, pero todos los aspectos normativamente relevantes considerados, concluye que esta no debe ser usada como premisa normativa.

De las aproximaciones a la noción de derrotabilidad analizadas en esta investigación, esta conceptualización ha sido formulada por quienes consideran que los aplicadores del derecho, al momento de resolver una inconsistencia, introducen un criterio de preferencia entre dos normas (interna y externamente aplicables) en conflicto entre sí. Dicha operación es realizada a efectos de determinar cuál de estas dos normas debe usar para calificar deónticamente la acción analizada. Dentro de este grupo, considero, están incluidas las aproximaciones a la noción de derrotabilidad desde la teoría de los conflictos normativos.

La tesis compartida por todas estas aproximaciones a la noción de derrotabilidad es que una forma de resolver una inconsistencia entre normas es introduciendo un criterio de

[1585] Esto quiere decir que los procesos de incorporación y evaluación de la información sobre el caso individual están clausurados. Ello en el sentido de que solo se admitirá cierto conjunto de información sobre el caso individual y cualquier información adicional se asume que deberá ser considerada irrelevante.

preferencia, esto es, una tercera norma que determine cuál, entre estas dos, debe el aplicador del derecho usar en la justificación de su decisión institucional.

Por un lado, como hemos visto al momento de analizar la propuesta de Ferrer y Rodríguez[1586], esta aproximación está dando cuenta de que, para resolver conflictos entre normas, los aplicadores del derecho pueden crear una preferencia de una norma sobre la otra.

El resultado de esta relación de preferencia incide, necesariamente, en la aplicabilidad externa de las normas, de modo que la norma no preferida es una norma que ha perdido dicha aplicabilidad a un caso individual. En otros términos, el carácter derrotable de las normas se refiere a la posibilidad de que el aplicador del derecho despoje de aplicabilidad externa a una norma[1587]. Esto supone, únicamente, una modificación del micro sistema de normas aplicables a un caso individual, pero no una modificación de la identidad de una norma. Esto es, la norma no preferida sigue siendo internamente aplicable al caso, pero el aplicador del derecho ha justificado que no tiene el deber de usarla en su decisión institucional.

Por el otro lado, la pérdida de aplicabilidad externa de una norma es, en parte, presupuesta por la aproximación a la noción de derrotabilidad propuesta por Dolcetti y Ratti. Como hemos visto, estos autores no están teorizando sobre las formas de resolver o evitar una inconsistencia, sino que están clarificando un posible resultado de un conflicto entre una norma expresa y una norma implícita. En este sentido, ellos presuponen que una forma de resolver los conflictos es mediante la introducción de un criterio de preferencia por el cual una norma implícita es preferida sobre una norma expresa. De esta manera, su aproximación también estaría dando cuenta, en parte, de esta forma de entender el carácter derrotable de las normas jurídicas.

[1586] Propuestas que nos permiten explicar de mejor manera cómo resolver un conflicto entre principios (sobre este punto ver lo señalado en Cap. II.3,3.6,3.6.3). En este sentido, si consideramos que para resolver un conflicto entre dos principios se construye una tercera norma que determine la preferencia de uno sobre otro, entonces cada vez que se sostenga que un principio supera a otro es un caso de derrotabilidad externa.
[1587] Desde esta aproximación los casos de derrotabilidad son entendidos como supuestos en los cuales estamos frente a un conflicto normativo y que el aplicador del derecho puede resolverlo dando preferencia a una norma sobre la otra a través de una relación de preferencia.

Debido a que subsiste una cierta ambigüedad, si se adopta este tipo de aproximación, es oportuno precisar la distinción entre sostener que una norma es derrotable y afirmar que es inderrotable. Por un lado, afirmar que una norma es derrotable quiere decir que la norma no está ordenada, esto es, que en caso entre en conflicto con otra norma puede ser que resulte no preferida (y, por ende, pierda su aplicabilidad externa). Se está dando cuenta de que el aplicador del derecho podrá crear una tercera norma que determine el orden de esta norma en relación con otra norma. Por el otro lado, predicar que una norma es inderrotable es una expresión que puede ser empleada para señalar dos ideas: a) una norma es preferida sobre otra, es decir, que en caso de conflicto una norma tiene un orden superior (por lo que no puede ser superada por ella); o b) una norma es preferida por sobre cualquier otra norma del sistema normativo, es decir, que nunca podrá ser superada (el aplicador del derecho posee una preferencia absoluta a favor de esta norma).

3.2. Relaciones y diferencias entre los tipos de derrotabilidad

En el subapartado anterior he propuesto que podemos diferenciar dos posibles formas de entender la derrotabilidad en la teoría del derecho: i) derrotabilidad interna, esto es, como un concepto teórico empleado para señalar la modificación de la aplicabilidad interna de una norma (sea por reinterpretación restrictiva una disposición o por tomar conocimiento de más especificaciones del caso individual analizado); o ii) derrotabilidad externa, esto es, como un concepto teórico empleado para referirnos a la pérdida de aplicabilidad externa de una norma.

En este subapartado pretendo analizar si entre ambas formas de entender la noción de derrotabilidad hay características compartidas o no[1588]. Para ello voy a partir por señalar las posibles relaciones entre ambos conceptos, a efectos de poner de relieve, con mayor claridad, sus diferencias para luego analizar si hay rasgos comunes o no.

[1588] Una manera alternativa de presentar esta idea es preguntándonos ¿cuándo exceptuamos una norma? En dos situaciones: o bien cuando el caso genérico previsto en el antecedente deja de regular el caso individual, o bien cuando se crea un criterio de preferencia de manera que la norma pasa de ser externamente aplicable a externamente inaplicable al caso judicial.

Al respecto, debo partir por poner de relieve que entre la derrotabilidad interna y externa no hay contradicción o contrariedad entre la derrotabilidad interna (y sus dos subgrupos) y la derrotabilidad externa. Ello por dos razones:

(i) En primer lugar, predicar que una norma es derrotable internamente en sentido normativo no nos informa si es derrotable internamente en sentido fáctico. La derrotabilidad interna en sentido normativo, como hemos visto, es un problema sobre la determinación de su aplicabilidad interna. La derrotabilidad interna en sentido fáctico, en cambio, es un problema de si el proceso de toma de decisiones en el que se resuelve el problema normativo otorga o no relevancia normativa a la incorporación de nueva información por parte del demandado. Ambas son especies del mismo género que se relacionan complementariamente entre sí. En efecto, podemos estar frente a una norma derrotable o inderrotable internamente en sentido normativo y que sirva para resolver descripciones de casos individuales derrotables o inderrotables internamente en sentido fáctico.

De esta forma, no hay contrariedad entre ambas formas de entender la noción de derrotabilidad. En efecto, ambos subgrupos pueden: i) no ser afirmados sin generar problemas de inconsistencia; y ii) ser afirmados conjuntamente sin generar una inconsistencia. Asimismo, no hay contradicción entre ellas. Si afirmamos la derrotabilidad interna normativa, ella no implica la negación de la derrotabilidad interna fáctica, ni viceversa. En términos más precisos: la derrotabilidad interna normativa no supone la negación externa ni interna de la derrotabilidad interna fáctica, debido a que ambas son formas de caracterizar procesos y resultados diferentes. De ser esto así, las combinaciones posibles entre ellas no generan inconsistencia.

(ii) En segundo lugar, predicar que una norma es derrotable internamente, ya sea en sentido normativo o fáctico, no nos dice nada sobre su derrotabilidad externa. Como hemos visto, este segundo rasgo es un problema de determinación de su aplicabilidad externa (en específico, sobre su ordenación dentro del micro sistema de normas aplicables), la cual es una discusión diferente y que se responde tomando en cuenta otro tipo de información[1589]. Ambos son géneros diferentes, de manera que dan cuenta de

[1589] Principalmente, será necesario determinar si: i) en el sistema normativo forma parte o no una norma que le prescriba al aplicador del derecho usar dicha norma en sus decisiones institucionales; y ii) si se han

rasgos diferentes y que no se implican mutuamente[1590]. En este sentido, una norma puede ser derrotable o inderrotable internamente y ser, a la vez, derrotable o inderrotable externamente.

Cabe precisar que la derrotabilidad interna no niega, interna ni externamente, la derrotabilidad externa. En efecto, cada una de estas formas de entender la derrotabilidad está analizando problemas y aspectos diferentes, cuyas respuestas no se relacionan ni dependen entre sí. De esta forma, si las diferentes combinaciones entre ambas no producen situaciones de inconsistencia (no hay contradicción ni contrariedad)[1591].

Ahora bien, considerando estas diferencias ¿hay características comunes o no entre la derrotabilidad interna y externa? Al respecto, considero que entre ambas formas de entender la derrotabilidad hay, en parte, un lenguaje común que permite expresar la forma de presentar y resolver los problemas sobre los que teorizan: el lenguaje de las preferencias[1592].

Para justificar esta afirmación, voy a explicitar las relaciones entre el lenguaje de las preferencias y las aproximaciones a la noción de derrotabilidad desde la teoría de la

---

establecido, previamente, relaciones de jerarquía material o no entre normas del micro sistema de normas aplicables. Ver Cap. I.4,4.1,4.1.2.

[1590] Cabe reiterar la precisión que una norma derrotable internamente en sentido normativo puede ser tanto interna como externamente aplicable a un caso individual. Una norma compuesta por un antecedente que contiene solo condiciones contribuyentes no supone, necesariamente, su inaplicabilidad interna. Como hemos visto en el Cap. III.3,3.2,3.2.3, Rodríguez ha ofrecido una reconstrucción teórica satisfactoria de cómo emplear las reglas procedimentales para determinar la aplicabilidad interna y externa de normas condicionales derrotables.

[1591] Las relaciones posibles entre derrotabilidad interna (normativa y fáctica) y externa nos da un conjunto de sesenta y cuatro posibilidades. Dentro de este abanico de posibilidades los dos polos de normas derrotables e inderrotables serían: por un lado, una norma inderrotable internamente (esto es, una norma cuyo antecedente está compuesto por una condición suficiente para el consecuente y que opera en un proceso de toma de decisiones en la cual la incorporación de nueva información por parte del demandado sobre el caso individual es normativamente irrelevante) e inderrotable externamente de tipo absoluto (esto es, una norma que tiene una preferencia por sobre el resto de normas del sistema normativo, de manera que supera a cualquier otra en caso de conflicto). Por el otro lado, una norma derrotable internamente (esto es, una norma cuyo antecedente está compuesto por condiciones contribuyentes y que opera en un proceso de toma de decisiones en la cual la incorporación de nueva información por parte del demandado sobre el caso individual es normativamente relevante) e derrotable externamente (esto es, una norma que no ha sido ordenada dentro del micro sistema de normas aplicables al caso individual). Como hemos visto en el Cap. IV.4, los sistemas normativos, para ser consistentes, solo admiten que pueda haber una norma con las características del primer polo.

[1592] Solo para efectos de precisión, por «lenguaje de las preferencias» aludo a la teorización sobre el concepto de preferencia. Por preferencia entiendo un concepto valorativo relacional por el cual se expresa que un objeto es mejor que otro (en base a un criterio de corrección). El objeto no preferido, de esta forma, es entendido como derrotado. He analizado dicho lenguaje en el Cap. IV.4, de manera que en este subapartado presupondré las aclaraciones y precisiones ya formuladas.

interpretación, la teoría de la estructura de normas y la teoría de los conflictos. Ello a efectos de demostrar que: (i) las tesis de la derrotabilidad interna normativa (cambio de aplicabilidad interna de una norma por reinterpretación restrictiva) y de la derrotabilidad externa (pérdida de aplicabilidad externa de una norma) presupone el lenguaje de las preferencias al momento de formular sus aproximaciones; (ii) la representación formal de las normas derrotables (esto es, el uso del operador de revisión para dar cuenta que el aplicador del derecho considera que el antecedente de la norma está compuesto condiciones contribuyentes para el consecuente) es una manera de presentar que un significado aún no ha sido preferido; y (iii) la derrotabilidad interna fáctica (cambio de aplicabilidad interna como resultado de tomar conocimiento de más especificaciones del caso individual analizado) no presupone el lenguaje de las preferencias, pues lo único que esclarece es el efecto de tener información más precisa.

(i) En primer lugar, las aproximaciones a la noción de derrotabilidad desde la teoría de la interpretación y desde la teoría de los conflictos normativos son dos metalenguajes que versan sobre dos lenguaje-objeto diferentes. Las primeras analizan las operaciones que los aplicadores del derecho realizan empleando significados (sean estos productos de métodos interpretativos o de actos de construcción jurídica). Estas aproximaciones reconstruyen los procesos y resultados de identificación de normas jurídicas, lo cual supone que los resultados de sus operaciones ofrecen, entre otros, cuál es el alcance (o aplicabilidad interna) de una norma.

En cambio, el segundo tipo de aproximaciones analizan las operaciones que los aplicadores del derecho realizan con normas que forman parte del micro sistema de normas aplicables a un caso individual. Dichas aproximaciones reconstruyen qué norma deben usar los aplicadores del derecho tras resolver un conflicto normativo. En otros términos, los resultados de sus operaciones ofrecen, entre otros, cuál es la norma externamente aplicable a un caso individual.

Si bien los lenguajes-objeto de análisis son distintos, ambos metalenguajes comparten (desde diferentes formas de entender y estudiar el derecho) una misma idea sobre qué hacen los aplicadores del derecho al tomar una decisión: ambas están dando cuenta de cómo los aplicadores del derecho construyen criterios de preferencia para optar entre

alternativas posibles sobre cómo interpretar una disposición o qué norma deben usar para calificar una acción.

Las aproximaciones a la noción de derrotabilidad desde la teoría de la interpretación están dando cuenta, como hemos visto, de una reinterpretación restrictiva correctiva. Todas ellos comparten la idea, expresada en diferentes lenguajes teóricos, de que los aplicadores del derecho para tomar decisiones interpretativas adoptan, dentro de los procesos interpretativos, reglas de preferencias entre significados. Esto supone que los aplicadores del derecho han: i) elegido métodos interpretativos que le ofrecen más de una respuesta posible; ii) elegido criterios de corrección que les permiten diferenciar entre interpretaciones correctas e incorrectas, y han traducido dichos criterios en reglas de preferencia interpretativa; y iii) derrotado significados, esto es, han empleado los criterios de preferencia para elegir un significado con un alcance más restrictivo (una interpretación o construcción jurídica que incluya más distinciones en el antecedente) dentro de los procesos interpretativos.

En el caso de la aproximación a la noción de derrotabilidad desde la teoría de los conflictos normativos, este conjunto de autores está dando cuenta de la formulación de una tercera norma que establezca una relación de preferencia entre dos normas interna y externamente aplicables. Esto supone que los aplicadores del derecho han: i) identificado un caso de inconsistencia normativa, esto es, que el destinatario de las normas se encuentra frente a una imposibilidad lógica al tener que aplicar con dos normas interna y externamente aplicable; y ii) para resolver la inconsistencia, el aplicador del derecho introduce un criterio de preferencia que tiene como resultado necesario que una de las dos normas ya no sea externamente aplicable al caso individual.

Tanto las reglas de preferencia entre significados como el criterio de preferencia que establece una relación de preferencia entre dos normas son reformulaciones de un punto en común: los aplicadores del derecho, para llevar a cabo una derrota, llevan a cabo procesos de construcción de una preferencia entre dos opciones. Esta preferencia pueden, como hemos visto en extenso en el Cap. II.2 y en el Cap. IV.4, ser absolutas (el aplicador del derecho decide que siempre debe elegir un determinado significado o una norma, cada vez que esta concurra con otra) o criterial (el aplicador del derecho construye un criterio que le permita elegir entre posibles significados o entre posibles normas, el cual,

conforme a las aproximaciones analizadas, suele de tipo valorativo, es decir, se preferirá el significado o norma que sea más coherente con un determinado valor ético-político).

En este sentido, como podemos ver, es posible sostener que: i) el carácter derrotable de un objeto es una forma de expresar que este puede ser sometido a una valoración por la cual es posible que no sea elegido; ii) el acto de derrotar es preferir un objeto sobre otro; y iii) un objeto derrotado es un objeto no preferido.

(ii) En segundo lugar, la representación formal de las normas derrotables (esto es, el uso del operador de revisión para dar cuenta que el aplicador del derecho considera que el antecedente de la norma está compuesto condiciones contribuyentes para el consecuente) es una manera de presentar que un significado aún no ha sido preferido. Como hemos visto, para representar que el antecedente de una norma es revisable emplearemos el operador de revisión *f* a efectos de mostrar que el aplicador del derecho puede incorporar nuevas especificaciones en el caso genérico (lo cual conlleva reducir su alcance).

Esta es una manera de afirmar que el aplicador del derecho puede realizar una reinterpretación restrictiva si considera que el caso genérico no ha sido correctamente identificado. En este sentido, la representación formal de las normas derrotables es solo una manera de explicitar, de manera clara y precisa, que el significado identificado en un determinado espacio-tiempo es revisable, esto es, está sometido a un proceso de valoración por el cual se determinará si ha de ser preferido o no por sobre otras opciones.

Esta aproximación a la noción de derrotabilidad, además, permite explicar una distinción relevante al momento de identificar casos genéricos: para revisar el antecedente de una norma se han de tomar en cuenta reglas de preferencia sustantivas (aquellas que nos permiten diferenciar entre identificaciones correctas e incorrectas) y reglas de preferencias formales (aquellas que nos permiten señalar que el resultado de nuestra revisión es racional). Como hemos visto con profundidad en el Cap. III.4, Alchourrón propuso un modelo ideal de cómo realizar revisiones de nuestras identificaciones del antecedente mediante el modelo DFT. Como bien sostuvo este autor, si asumimos que nuestros actos deben ser racionales, entonces debemos adoptar ciertas reglas de preferencia sobre qué tipo de resultados interpretativos podemos adoptar. En síntesis, justificó que nuestras decisiones sobre la incorporación de nuevas especificaciones

deben: i) no producir inconsistencias con propiedades ya explicitadas; y ii) no deben implicar la pérdida de normas derivadas que no sean necesarias para lograr el estado de cosas deseado (sea esta una identificación del caso genérico conforme a nuestro valores ético-políticos o para evitar una inconsistencia normativa). De esta forma, como podemos ver, esta aproximación a la noción de derrotabilidad desde la teoría de la estructura de normas presupone, además, el lenguaje de las preferencias.

(iii) En tercer lugar, las aproximaciones a la noción de derrotabilidad que aclaran la modificación de la aplicabilidad interna de una norma como resultado de presentar nuevas especificaciones sobre el caso individual analizado (derrotabilidad interna fáctica), no están presuponiendo un uso del lenguaje de preferencias. Este tipo de análisis (llevado a cabo, como vimos en el Cap. III.3,3.2., por Sartor, Duarte d'Almeida y, en parte, por MacCormick), es llevado a cabo para presentar, de manera más clara, los efectos de los actos de incorporación de nueva información por parte del demandado. Para ello no emplean el lenguaje de las preferencias, pues lo único de lo que se está dando cuenta es de los pasos procedimentales llevados a cabo conforme a cómo está estructurado un proceso de toma de decisiones institucionalizado.

Ahora bien, que estos autores no empleen el lenguaje de las preferencias es una muestra de que estos autores no pueden (ni pretenden) aclarar un aspecto que resulta de principal interés al momento de hablar de derrotabilidad: la creación de una excepción. Para este tipo de actividades ellos, como hemos visto, o bien presuponen una actividad reinterpretativa, o bien presentan, de manera equivocada, la creación de una nueva excepción como un problema epistémico y no como uno valorativo[1593]. En este sentido, estos autores están teorizando sobre cómo presentar, de mejor manera, un proceso de toma de decisiones sobre normas ya identificadas. Si apostamos por una presentación caritativa de sus propuestas, son teóricos de los procesos jurisdiccionales, no de las excepciones implícitas.

[1593] Ver Cap. III.3,3.2,3.2.2.

CONCLUSIONES

1. El objetivo de la presente investigación es explicar que los aplicadores del derecho, al derrotar una norma, pueden estar realizando una de estas dos operaciones: i) modifican la aplicabilidad interna de una norma (sea por reinterpretación correctora restrictiva de una disposición o por tomar conocimiento de más especificaciones del caso individual analizado); o ii) despojan de aplicabilidad externa de una norma. Para ello, he realizado un análisis de las principales tesis sobre la noción de derrotabilidad en la teoría del derecho, esto es, propuestas: sobre las que hay discusiones abiertas sobre su corrección o incorrección; o que son tomadas como puntos de partida para elaborar nuevos argumentos.

2. «Derrotabilidad», traducción en nuestro idioma de «*defeasibility*», es un término que ha sido empleado en distintos campos de estudios y, dentro de cada uno de estos, conceptualizado de diversas formas. En la teoría del derecho fue introducido por H.L.A. Hart en 1948 en el artículo «*The ascription of responsability and rights*». A partir de tal incorporación, los teóricos del derecho la han empleado para expresar diversas conceptualizaciones, muy sofisticadas, a partir desde diferentes maneras de entender y estudiar el derecho. Desde un punto de vista metateórico, podemos diferenciar entre autores que han conceptualizado la derrotabilidad como parte de teorías sobre: cómo identificar normas jurídicas; cómo presentar la estructura de las normas jurídicas; y cómo se resuelven conflictos entre normas y cómo describir los resultados de esta operación.

3. Un primer grupo de teóricos ha conceptualizado la derrotabilidad para explicar parte de los actos necesarios para atribuir significado a una disposición. Desde la teoría de la interpretación, se han formulado las siguientes conceptualizaciones sobre la noción de derrotabilidad: i) derrotabilidad como resultado del uso del argumento de la disociación (propuesta por Riccardo Guastini); ii) enfoque disposicional de la derrotabilidad (propuesta por Carlos Alchourrón); iii) derrotabilidad como imposibilidad de valorar toda propiedad futura (propuesta,

principalmente, por Juan Carlos Bayón); iv) derrotabilidad como resultado de resolver un caso de laguna axiológica (propuesta por Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin); v) derrotabilidad como resultado de resolver una experiencia recalcitrante supra incluyente (propuesta por Frederick Schauer); y vi) derrotabilidad como resultado de resolver un caso de ilícito o lícito atípicos (propuesta por Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero).

4. Todas estas tesis afirman, desde diferentes lenguajes teóricos (y formas de entender y estudiar el derecho), que los aplicadores del derecho, que pretenden interpretar una disposición, parten por identificar un significado *prima facie* (que usualmente está compuesto por una interpretación literal o por el significado que usualmente la comunidad jurídica le atribuye a la disposición). Luego, este significado es valorado conjuntamente con otros significados posibles para establecer cuál de todos estos es correcto (conforme a criterios de corrección sistémicos o extra sistémicos que hayan adoptado). Finalmente, todas sostienen que «derrotar» es una manera de presentar las acciones necesarias para no elegir, dentro de un proceso interpretativo, un significado *prima facie* y elegir, en cambio, otro significado (producto de la interpretación en sentido estricto o de una construcción jurídica) con una aplicabilidad interna más restringida.

5. Un segundo grupo de teóricos ha reconstruido la derrotabilidad como un conjunto de operaciones y resultados sobre cómo identificar tipos de condiciones en los antecedentes, o tipos de normas condicionales. Desde la teoría de la estructura de normas se ha sostenido, por un lado, que, mediante las reglas de distribución de la carga de la prueba, podemos diferenciar entre condiciones de aplicación y condiciones derrotantes (Hart, Sartor y Duarte d'Almeida). Por el otro lado, se ha conceptualizado la noción de derrotabilidad como una forma de caracterizar un tipo de norma condicional (Alchourrón). De esta forma, la noción de norma condicional derrotable ha sido formulada para dar cuenta de todos aquellos casos en los cuales el intérprete ha decidido identificar una norma compuesta por un antecedente que prevé condiciones contribuyentes para el consecuente.

6. Las propuestas de Hart, Sartor y Duarte d'Almeida, si bien desde lenguajes y presupuestos distintos, comparten la idea de que es posible diferenciar entre

condiciones de aplicación de condiciones derrotantes dentro de los antecedentes de las normas. Para hacerlo, estos tres autores han reconstruído los actos de incorporación de información por parte del demandado para que el aplicador del derecho infiera, justificadamente, que todo lo dicho por el demandante está probado, pero es una caracterización insuficiente del caso individual. Si se toma en cuenta la descripción ofrecida por del demandado del caso individual, se infiere que la acción realizada se ejecutó en circunstancias que son calificadas (por el sistema normativo) de manera diferente a como pretende el demandante. Estos autores proponen entender la noción de derrotabilidad como una forma de expresar un problema epistémico sobre qué es necesario conocer para determinar la aplicabilidad interna de una norma.

7. En relación con la propuesta de normas condicionales de Carlos Alchourrón, se ha conceptualizado la derrotabilidad para indicar que la identificación del caso genérico contenido en el antecedente de una norma se ha realizado de forma entimemática. En este sentido, una norma derrotable es entendida como aquella cuyo antecedente está compuesto por condiciones expresas y presupuestos implícitos. Esto quiere decir que el aplicador del derecho debe realizar operaciones de revisión respecto a cómo está compuesto el antecedente para identificar la condición suficiente para el consecuente. Estas explicaciones de presupuestos implícitos pueden ser presentadas bajo alguna de las aproximaciones a la noción de derrotabilidad como reinterpretación correctora restrictiva.

8. Un tercer grupo de teóricos ha presentado la derrotabilidad para explicar cómo se resuelven conflictos entre normas y cómo describir los resultados de esta operación. Seria así una noción que da cuenta, de mejor manera, de qué es lo que hacen los aplicadores del derecho al resolver una inconsistencia. Desde la teoría de los conflictos normativos, se han formulado dos propuestas sobre la noción de derrotabilidad: i) derrotabilidad como noción que caracteriza la creación de excepciones implícitas a normas, las cuales son productos de un conflicto entre una norma expresa y una implícita en la que el aplicador del derecho elige emplear el contenido de la norma implícita (Dolcetti y Ratti); y ii) derrotabilidad como noción que esclarece el resultado de haber resuelto un conflicto normativo mediante la introducción de un criterio de preferencia entre dos normas

antinómicas y que caracteriza que una norma fue superada por otra (principalmente, Ferrer y Rodríguez).

9. La propuesta de Dolcetti y Ratti reconstruye sobre un posible resultado de un conflicto normativo entre una norma expresa y una norma implícita. Para ellos, la derrotabilidad es entendida como una forma de expresar que una norma está sujeta a excepciones implícitas no enumerables de forma *ex ante* a la aplicación de la norma. Por excepción implícita entienden que un determinado caso individual deje de ser regulado por una norma expresa y sea ahora regulado por una norma implícita como producto de haber evitado el conflicto normativo (presupone una tesis sobre la reinterpretación correctora restrictiva), o de haber resuelto el conflicto normativo (presupone la creación de una relación de preferencia entre dos normas, por la cual la norma implícita es preferida).

10. La propuesta de Ferrer y Rodríguez, por su parte, reconstruye los actos realizados por los aplicadores del derecho para resolver conflictos normativos. Para este tipo de situaciones, sostienen, los aplicadores del derecho crean una tercera norma que determina una relación de preferencia entre las normas en conflicto, de forma que la norma no preferida es una norma que pierde su aplicabilidad externa (es la norma derrotada).

11. A efectos de explicitar las ideas comunes entre las diferentes aproximaciones a la noción de derrotabilidad y contrastar sus diferencias, he propuesto una clasificación a partir de los diferentes sentidos del término «aplicabilidad». Si tomamos en cuenta la diferencia entre aplicabilidad interna y externa, entonces podemos diferenciar entre teorizaciones sobre la modificación de la aplicabilidad interna y actos que producen la pérdida de aplicabilidad externa.

12. Las teorías que conceptualizan la derrotabilidad como la modificación de la aplicabilidad interna las he denominado «teorías de la derrotabilidad interna». Incluyo aquí a aquellas aproximaciones que emplean esta noción para dar cuenta de un tipo de actos (llevados a cabo por un aplicador del derecho) de variación del estatus deóntico de una determinada acción realizada en una determinada circunstancia. Estos actos pueden ser de dos tipos: i) como una reinterpretación

correctora restrictiva por la cual el aplicador del derecho, dentro de un proceso interpretativo, decide atribuir a una disposición un significado todo considerado que posee, en comparación, un alcance más reducido que el ofrecido por el significado *prima facie* («derrotabilidad interna normativa»); o ii) como una variación de la información disponible sobre el contenido del caso individual analizado, de manera que en un primer momento, asumimos que un determinado caso individual es una instanciación de una norma N1, pero tras modificar nuestro conjunto de información sobre la composición del caso individual, nos damos cuenta que este caso no se subsume en dicha norma, por lo que no le corresponde dicha calificación normativa («derrotabilidad interna fáctica»).

13. Las teorías que conceptualizan la derrotabilidad como la pérdida de aplicabilidad externa las he denominado «teorías de la derrotabilidad externa». Incluyo aquí a aquellas aproximaciones que emplean esta noción para dar cuenta de los actos (llevados a cabo por un aplicador del derecho) de resolución de un conflicto normativo. Bajo estas teorizaciones, se aclaran los casos en los cuales un aplicador del derecho decide crear un criterio de preferencia entre dos normas a efectos de que una de ellas deje de ser externamente aplicable (pierda el deber de usar en la justificación de su decisión institucional) sin que ello implique variar su aplicabilidad interna o modificar la descripción del caso individual.

14. A partir de estos criterios, podemos diferenciar entre dos formas de entender la derrotabilidad: por un lado, quienes han conceptualizado esta noción para dar cuenta de una norma que ha dejado de ser relevante para responder el problema normativo; y, por el otro lado, quienes han conceptualizado esta noción para dar cuenta de la pérdida del deber del aplicador del derecho de tener que usar una norma en la justificación de su decisión institucional que resuelve el problema normativo.

15. Dentro de la primera categoría, derrotabilidad interna, he clasificado las aproximaciones a la noción de derrotabilidad de la siguiente manera:

    a. Sostienen una derrotabilidad interna normativa (modificación de la aplicabilidad interna por reinterpretación correctora restrictiva de una

disposición) las siguientes propuestas teóricas: i) todas las aproximaciones a la noción de derrotabilidad formuladas desde la teoría de la interpretación; ii) la aproximación estructuralista de MacCormick; iii) la aproximación de normas condicionales derrotables de Carlos Alchourrón (desde la teoría de la estructura de normas); y iv) los presupuestos de la aproximación de Dolcetti y Ratti sobre la creación de excepciones implícitas (desde la teoría de los conflictos normativos).

b. Sostienen una derrotabilidad interna fáctica (modificación de la aplicabilidad interna por tomar conocimiento de más especificaciones del caso individual analizado), las propuestas teóricas estructuralistas ofrecidas por Hart, Sartor, y Duarte d'Almeida.

16. Dentro de la segunda categoría, derrotabilidad externa, clasifico a todas las aproximaciones a la noción de derrotabilidad formuladas desde la teoría de los conflictos normativos.

17. En atención a la clasificación anterior, tras esta investigación concluyo que «derrotabilidad» es entendida, desde la teoría del derecho, como una noción empleada para dar cuenta de una posible actuación de los aplicadores del derecho al momento de resolver un problema normativo que, o bien varía la premisa normativa (sea por reinterpretación del material jurídico o aumento de la información disponible sobre el caso individual analizado), o bien introduce un criterio de preferencia por el cual se despoja de aplicabilidad externa a una norma. A partir de esta conceptualización, se infiere, además, que el carácter derrotable no es una propiedad de las normas, sino que es un conjunto de operaciones (y sus resultados) realizados con significados o con normas.

18. Las teorías de la derrotabilidad interna normativa y las teorías de la derrotabilidad externa comparten un lenguaje común: el lenguaje de las preferencias. Ambas están dando cuenta de cómo los aplicadores del derecho construyen criterios de preferencia para optar entre alternativas posibles sobre cómo interpretar una disposición o qué norma deben usar para calificar una acción. En cambio, las teorías de la derrotabilidad interna fáctica no emplea dicho lenguaje, en tanto, solo

dan cuenta del impacto de incorporar nueva información dentro de un proceso de toma de decisiones.

19. Finalmente, cabe concluir que las teorías de la derrotabilidad interna no son contradictorias ni contrarias a las teorías de la derrotabilidad externa. En este sentido, al momento de describir una operación o resultado de dicha operación llevada a cabo por un aplicador del derecho podemos emplear, conjuntamente, estas aproximaciones noción de derrotabilidad al mismo tiempo.

BIBLIOGRAFÍA

Aarnio, Aulis, 1995: *Derecho, racionalidad y comunicación social. Ensayos sobre Filosofía del Derecho*, Ciudad de México, Fontamara.

Aarnio, Aulis, 2011: *Essays on the doctrinal study of law*, Dordrecht, Springer.

Accatino, Daniela, 2019: "Teoría de la prueba: ¿somos todos "racionalistas" ahora?", *Revus*, Nº 39, 85-102.

Alarcón Cabrera, Carlos, 1990: "La paradoja de los «imperativos contrarios-al-deber»: una muestra de la evolución de G.H. Von Wright", *Doxa*, Nº 8, pp. 187-219.

Alchourrón, Carlos, 1982: "Normative order and derogation", en Martino, Antonio (editor), *Deontic Logic. Computational linguistics and legal information systems, Edited Versions of Selected Papers from the 1st International Conference on "Logic, Informatics, Law"; Florence, (April 6-10), 1981*, Amsterdam, North-Holland Publishing Company, pp. 51-63.

Alchourrón, Carlos, 1991 [1988a]: "Condicionalidad y representación de las normas jurídicas" en Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, pp. 267-280.

Alchourrón, Carlos, 1991 [1988b]: "Conflictos entre normas y revisión de sistemas normativos" en Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, pp. 291-301.

Alchourrón, Carlos, 1995: "Defeasible logics: demarcation and affinities", en Crocco, Gabriella, Fariñas del Cerro, Luis y Herzig, Andreas, *Conditionals: from philosophy to computer science*, Oxford, Clarendom Press, pp. 67-102.

Alchourrón, Carlos, 2010 [1993]: "Fundamentos filosóficos de la lógica deóntica y la lógica de los condicionales derrotables", en Carlos Alchourrón, *Fundamentos para una Teoría General de los Deberes*, Madrid, Marcial Pons, pp. 77-128.

Alchourrón, Carlos, 2010 [1996a]: "Para una lógica de razones *prima facie*", en Carlos Alchourrón, *Fundamentos para una Teoría General de los Deberes*, Madrid, Marcial Pons, pp. 129-139.

Alchourrón, Carlos, 2010 [1996b]: "Separación y derrotabilidad en lógica deóntica", en Carlos Alchourrón, *Fundamentos para una Teoría General de los Deberes*, Madrid, Marcial Pons, pp. 141-154.

Alchourrón, Carlos, 2010 [1996c]: "Sobre derecho y lógica", en Carlos Alchourrón, *Fundamentos para una Teoría General de los Deberes*, Madrid, Marcial Pons, pp. 155-176.

Alchourrón, Carlos, 2018 [1981]: "Von Wright y los desarrollos de la lógica deóntica", en Bulygin, Eugenio, *Lógica deóntica, normas y proposiciones normativas*, Madrid, Marcial Pons, pp. 109-132.

Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, 1991: *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, 1991 [1976]: "Sobre el concepto de orden jurídico", en Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, pp. 393-407.

Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, 1991 [1981]: "La concepción expresiva de las normas", en Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, pp. 121-153.

Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, 1991 [1983]: "Definiciones y normas", en Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, pp. 439-463.

Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, 1991 [1984a]: "Fundamentos pragmáticos para una lógica de normas", en Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, pp. 155-167.

Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, 1991 [1984b]: "Permisos y normas permisivas", en Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, pp. 215-238.

Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, 1991 [1989]: "Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico", en Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, pp. 303-328.

Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, 2012: *Sistemas normativos, Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas* (2da edición), Buenos Aires, Astrea.

Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, 2016: "Norma Jurídica", en Ernesto Garzón Valdes y Francisco Laporta (editores), *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, El Derecho y la Justicia*, Madrid, Trotta, pp. 133-148.

Alchourrón, Carlos, Gärdenfors, Peter y Makinson, David, 1985: "On the logic of theory change: partial meet contraction and revision functions", *The Journal of Symbolic logic*, Vol. 50, Nº 2, pp. 510-30.

Alchourrón, Carlos y Makinson, David, 1981: "Hierarchies of regulations and their logic" en Risto Hilpinen (editor), *New Studies in Deontic Logic: Norms, Actions, and the Foundations of Ethics*, Dordrecht, Springer, pp. 125-148.

Alchourrón, Carlos y Makinson, David, 1982: "On the logic of theory change: Contraction functions and their associated revision functions", *Theoria*, Vol. 48, Nº 1, pp. 14-37.

Alchourrón, Carlos y Makinson, David, 1985: "On the logic of theory change: safe contraction", *Studia Logica: An International Journal for Symbolic Logic*, Vol. 44, No. 4, pp. 405-22.

Alchourrón, Carlos y Makinson, David, 1986: "Maps between some different kinds of contraction function: The finite case", *Studia Logica: An International Journal for Symbolic Logic*, Vol. 45, No. 2, pp 187-98.

Aleinikoff, Alexander, 2010: *El derecho constitucional en la era de la ponderación*, Lima, Palestra.

Alexander, Larry y Schauer, Frederick, 2007: "Law's limited domain confronts morality's universal empire", *Williams & Mary Law Review*, Vol. 48, Nº 5, pp. 1579-1603.

Alexy, Robert, 1993: *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC.

Alexy, Robert, 1995: *Teoría del discurso y derechos humanos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

Alexy, Robert, 1996: "Interpretazione giuridicha", diponible en web: http://www.treccani.it/enciclopedia/interpretazione-giuridica_%28Enciclopedia-delle-scienze-sociali%29/

Aliseda, Atocha, 2006: *Abductive reasoning. Logical investigations into discovery and explanation,* Cham, Springer.

Alonso, Juan Pablo, 1995: "Un caso difícil en el código civil español", *Doxa*, Nº 17-18, pp. 403-31.

Alonso, Juan Pablo, 2010: *Interpretación de las normas y derecho penal*, Buenos Aires, Del Puerto.

Alonso, Juan Pablo, 2018: *Principios Jurídicos Implícitos*, Madrid, Marcial Pons.

Alonso Vidal, Horacio, 2019: *Derecho administrativo y teoría del derecho. Tres cuestiones fundamentales*, Lima, Palestra.

Álvarez, Silvina, 2008: "Pluralismo moral y conflictos de derechos fundamentales", *Doxa*, Nº 31, pp. 21-54.

Aman, Alfred, 1982: "Administrative Equity: An Analysis of Exceptions to Administrative Rules", *Duke Law Journal*, Vol. 277, pp. 277-331.

Amaya, Amalia, 2019: "Virtuous adjudication; or the relevance of judicial character to legal interpretation", *Statute Law Review,* Vol. 40, Nº 1, pp. 87-95.

Araujo Kurth, Michael de, 2013: "Selected thematic bibliography of work on defeasibility in philosophy and related disciplines", en Blöser, Claudia, Janvid, Mikael, Matthiessen, Hannes Ole y Willaschek, Marcos (editores), *Defeasibility in philosophy, Knowledge, agency, responsibility, and the law*, Amsterdam, Ediciones Rodopi, pp. 217-257.

Araszkiewicz, Michał, 2015: "*Legal Rules: Defeasible or Indefeasible?*", en Araszkiewicz Michał, Banaś, Pawel, Gizbert-Studnicki, Tomasz y Płeszka, Krzysztof (editores), *Problems of normativity, rules and rule-following*, Cham, Springer, pp. 415-432.

Arena, Federico, 2016: "Convenciones e interpretación constitucional", en Ramírez Ludeña, Lorena y Vilajosana, Josep (editores), *Convencionalismo y derecho*, Madrid, Marcial Pons, pp. 189-214.

Arena, Federico, 2008: "La identificación de la acción individual", *Analisi e Diritto*, pp. 203- 227.

Arosena Gustavo, Hage, Jaap, y Waltermann, Antonia, 2020: "Exceptions in Internacional Law", en Bartels, Lorand y Paddeu, Federica (editores), *Exceptions in International Law*, Oxford, Oxford University Press, pp. 11-34.

Arraigada, María Beatriz, 2020: “Inmunidades fuertes y débiles. El imperio contraataca”, *Revista de Derecho*, Vol. XXXIII, Nº 1, pp. 9-29.

Ataoglu, Seren, 2020: “Ilícitos atípicos: una crítica”, *Ius et Praxis*, Año 26, Nº 1, pp. 192-206.

Atienza, Manuel, 1985: *Introducción al Derecho*, Ciudad de México, Fontamara.

Atienza, Manuel, 2005: *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Ciudad de México, UNAM.

Atienza, Manuel, 1997a: “Estado de Derecho, argumentación e interpretación”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, Nº XIV, pp. 465-484.

Atienza, Manuel, 1997b: “Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de México*, Nº 1, pp. 245-66.

Atienza, Manuel, 2006: *El Derecho como argumentación: concepciones de la argumentación*, Barcelona, Ariel.

Atienza, Manuel, 2007: “Constitución y argumentación”, Anuario de Filosofía del Derecho, Nº 24, pp. 197-228.

Atienza, Manuel, 2010: “Libertad de información y ponderación”, *El Notario siglo XXI, Revista Online del Colegio Notarial de Madrid*, Nº 30, disponible en web: https://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-29/1332-libertad-de-informacion-y-ponderacion-0-16341185305585326.

Atienza, Manuel, 2012: “A vueltas con la ponderación” en Atienza, Manuel y García Amado, Juan Antonio, 2012: *Un debate sobre la ponderación*, Lima-Bogotá, Palestra-Temis, pp. 9-38.

Atienza, Manuel, 2013: *Curso de Argumentación Jurídica*, Madrid, Trotta.

Atienza, Manuel, 2017a: "Algunas tesis sobre el razonamiento judicial", en Aguiló, Josep y Grández, Pedro (editores), *Sobre el razonamiento judicial. Una discusión con Manuel Atienza*, Lima, Palestra, pp. 11-42.

Atienza Manuel, 2017b: "Epílogo (abierto", en Aguiló, Josep y Grández, Pedro (editores), *Sobre el razonamiento judicial. Una discusión con Manuel Atienza*, Lima, Palestra, pp. 419-60.

Atienza, Manuel, 2017c: *Filosofía del Derecho y transformación social*, Madrid, Trotta.

Atienza, Manuel, Bayón, Juan Carlos y Bulygin, Eugenio, 2009: *Problemas lógicos en la teoría y práctica del derecho*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo.

Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, 1996: *Las Piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel.

Atienza, Manuel y RUIZ Manero, Juan, 2000: *Ilícitos atípicos*, Madrid, Trotta.

Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, 2001: "La dimensión institucional del derecho", *Doxa*, Nº 24, pp. 115-130.

Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, 2009: "La derrotabilidad y los límites del positivismo jurídico", *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, Nº 5, pp. 102-117.

Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan 2012: "Rules Principles and Defeasibility" en Ferrer, Jordi y Ratti, Giovanni Battista (editores), *The logic of legal requirements, essays on defeasibility*, Oxford, Oxford University Press, pp. 238-253.

Atria, Fernando, 2001: *On law and legal reasoning*, Portland, Hart Publishing.

Atria, Fernando, 2016, *La forma del derecho*, Madrid, Marcial Pons.

Atria, Fernando, Bulygin, Eugenio, Moreso, José Juan, Navarro, Pablo, Rodríguez, Jorge y Ruiz Manero, Juan, 2005: *Lagunas en el derecho, una controversia sobre el derecho y la función judicial*, Madrid, Marcial Pons.

Atwell, John, 1978: "Ross and prima facie duties", *Ethics*, Vol. 88, Nº 3, pp. 240-249.

Ascher, Nicholas y Bonevac, Daniel, 1996: "Prima facie obligation", *Studia logica: An International Journal for Symbolic Logic*, Vol. 57, Nº 1, pp. 19-45.

Ausín, Txetxu, 2000: "Lógicas no-monotónicas y conflictos normativos: un análisis crítico", *Revista de Filosofía*, época 3, Vol. 13, pp. 84-104.

Ausín, Txetxu, 2005: *Entre la lógica y el Derecho. Paradojas y conflictos normativos*, Madrid, Plaza y Valdez.

Austin, J.L., 1975: *Ensayos filosóficos*, Madrid, Ediciones de la Revista de Occidente.

Austin, J.L. 1981: *Sentido y percepción*, Madrid, Tecnos.

Ávila, Humberto, 2007: *Theory of Legal Principles*, Cham, Springer.

Bäcker, Carsten, 2014: "Reglas, principios y derrotabilidad", *Doxa*, Nº37, pp. 31-44.

Bagnoli, Carla, 2018: "Defeaters and practical knowledge", *Synthese*, Nº 195, pp. 2855–2875.

Baker, Gordon, 1977: "Defeasibility and Meaning", en P.M.S. Hacker y Joseph Raz (editores), *Law, Morality and Society. Essays in Honour of H. L. A. Hart*, Oxford, Clarendon, pp. 26-57.

Ballestrero, María Vittoria y Guasini, Riccardo, 2017: "Dialogando su principi e regole", *Materiali per una storia della cultura giuridica*, Vol. XLVII, Nº 1, pp. 127-53.

Barberis, Mauro, 2015: *Introducción al estudio del derecho*, Lima, Palestra.

Barberis, Mauro, 2016: "Legal positivism's answers to the neoconstitutionalist challenge", en Pattaro, Enrico y Roversi, Corrado (editores), *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence, Volume 12 Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Civil Law World, Tome 2: Main Orientations and Topics*, Netherlands, Springer, pp. 281-286.

Barberis, Mauro, 2019 "Lo que los juristas no dicen. Normas no expresadas y despositivización", *Revista Oficial del Poder Judicial*, Vol. 9, Nº 11, pp. 179-217.

Bartels, Lorand y Paddeu, Federica, 2020: "Introduction", en Bartels, Lorand y Paddeu, Federica (editores), *Exceptions in International Law*, Oxford, Oxford University Press, pp. 1-10.

Bayles, Michael, 1992: *Hart's legal philosophy. An examination*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers.

Bayón, Juan Carlos, 1991: *La normatividad del Derecho: deber jurídico y razones para la acción*, Madrid, CEC.

Bayón, Juan Carlos, 1996a: "Sobre la racionalidad de dictar y seguir reglas", *Doxa*, Nº 19, pp. 143-162

Bayón, Juan Carlos, 1996b: "Principios y reglas: legislación y jurisdicción en el Estado constitucional", *Jueces para la democracia,* Nº 27, pp. 41-49.

Bayón, Juan Carlos, 2002: "Derecho, convencionalismo y controversia" en Navarro, Pablo y Redondo, María Cristina (editores), *La relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica moral y política*, Barcelona, Gedisa, pp. 57-92.

Bayón, Juan Carlos, 2003a: "Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico", en Juan Carlos Bayón y Jorge Luis Rodríguez (autores), *Relevancia normativa*

en la justificación de las decisiones judiciales, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 157-208.

Bayón, Juan Carlos, 2003b: "¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico?", en Juan Carlos Bayón y Jorge Luis Rodríguez (autores), *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 263-311.

Bayón, Juan Carlos y Rodríguez, Jorge, 2003: *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales. El debate Bayón-Rodríguez sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

Becher, Verónica, Fermé, Eduardo, Rodriguez, Ricardo, Lazzer, Sandra, Oller, Carlos y Palau, Gladys, 1998: "Observations on Carlos Alchourrón's theory of defeasible conditionals", en Henry Prakken y Paul McNamara (editores), *Norms, Logics and Information Systems,* Amsterdam, IOS press, pp. 219-230.

Belzer, Marvin y Loewer, Barry, 1991: "Prima facie obligation: its deconstruction and reconstruction", en: Lepore, Ernest y Van Gulick, Robert (editores), *John Searle and his Critics*, Cambridge, Basil Blackwell, pp. 359–70.

Bentham, Jeremy, 1970: *On law in general*, Londres, London Anthole Press.

Bix, Brian, 2012: "Defeasibility and open texture", en Jordi Ferrer y Giovanni Battista Ratti (editores), *The logic of legal requirements, essays on defeasibility*, Oxford, Oxford University Press, pp. 193-201.

Blöser, Claudia, 2013: "The defeasible structure of ascriptions of responsibility", en Claudia Blöser, Mikael Janvid, Hannes Ole Matthiessen y Marcos Willaschek (editores), *Defeasibility in philosophy, Knowledge, agency, responsibility, and the law*, Amsterdam, Ediciones Rodopi, pp. 129-150.

Bobbio, Norberto, 1990: *Contribución a la teoría del derecho*, Madrid, Debate.

Bobbio, Norberto, 2002: *Teoría general del derecho*, Bogotá, Temis.

Bobbio, Norberto, 2016: *Derecho y Lógica*, Ciudad de México, UNAM.

Bochman, Alexander, 2018: "Nonmonotonic reasoning", en Hansson, Sven Ove y Hendricks, Vincent (editores), *Introduction to formal philosophy*, Cham, Springer, pp 93-104.

Booning, Leonard, 1966: "Concerning the Defeasibility of Legal Rules", *Philosophy and Phenomenological Research*, Vol. 26, Nº 3, pp. 371-378.

Bouvier, Hernán, 2004: "Reglas y razones subyacentes", *Doxa*, Nº 27, pp. 393-424.

Bouvier, Hernán, 2010: "Deliberación y decisión. Los deberes prima facie según David Ross", *Revista brasileira de Filosofia*; Vol. 234, pp. 37-53.

Bouvier, Hernán, 2012: *Particularismo y Derecho. Un abordaje postpositivista en el ámbito práctico*, Madrid, Marcial Pons.

Brewer, Scott, 2011: "Logocratic method and the analysis of arguments in evidence", *Law, Probability and Risk,* Vol. 10, pp. 175-202.

Brewka, Gerhard, 1991: *Nonmonotonic reasoning: Logical foundations of commonsense*, Cambridge, Cambridge University Press.

Brigaglia, Marco y Celano, Bruno, 2017: "Reasons, Rules, Exceptions: Towards a Psychological Account", *Analisi e Diritto,* pp. 131-40.

Brink, David, 1994: "Moral conflict and its structure", *The Philosophical Review*, Vol. 103, Nº 2, pp. 215-247.

Brożek, Bartosz, 2004: *Defeasibility of Legal Reasoning*. Cracovia: Zakamycze.

Brożek, Bartosz, 2005: "Law, defeasibility and logical consequence", en Svein, E. (editor), *Proceedings of the 21ST IVR World Congress: Lund (Sweden), 12-17 August, 2003, Part II: Law and Practice*, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, pp. 69-78.

Brożek, Bartosz, 2007: *Rationality and Discourse: Towards a normative model of applying law*, Varsovia, Wolters Kluwer.

Brożek, Bartosz, 2008: "Revisability versus defeasibility", *Northern Ireland Legal Quarterly*, Volumen 59, Nº. 1, pp. 139-47.

Brożek, Bartosz, 2014: "Law and Defeasibility", *Revus*, Vol. 23, pp. 165-70.

Bulygin, Eugenio, 1991 [1981]: "Teoría y técnica de la legislación, en Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, pp. 409-426.

Bulygin, Eugenio, 1991 [1982]: "Tiempo y validez", en Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, pp.195-214.

Bulygin, Eugenio, 1994: "On interpretation", en Koch H-J, Neumann U (editores) *Praktische Vernunft und Rechtsanwendung / Legal system and practical reason*, Stuttgart, SARSP-Beiheft 53 Franz Steiner, pp. 11–22.

Bulygin, Eugenio, 1995: "Lógica deóntica", en Carlos Alchourrón, Jose Méndez y Raúl Orayen (editores), *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, Lógica,* Madrid, Trotta, pp. 129-142.

Bulygin, Eugenio, 1996: "Filosofia analitica, logica, e diritto", en Comanducci, Pablo y Guastini, Riccardo (editores), *Struttura e dinamica dei sistemi giuridici*, Turín, Giappichelli, pp. 9-14.

Bulygin, Eugenio, 2000: "Sistema deductivo y sistema interpretativo", *Isonomía*, Nº 13, pp. 55-60.

Bulygin, Eugenio, 2003: "Review of Jaap Hage's Law and Defeasibility", *Artificial Intelligence and Law*, Nº 11, pp. 245-50.

Bulygin, Eugenio, 2005a: "Creación y aplicación del derecho", en Atria, Fernando, Bulygin, Eugenio, Moreso, José Juan, Navarro, Pablo, Rodríguez, Jorge y Ruiz Manero, Juan, *Lagunas en el derecho, una controversia sobre el derecho y la función judicial*, Madrid, Marcial Pons, pp. 29-44.

Bulygin, Eugenio, 2005b: "En defensa de El Dorado. Respuesta a Fernando Atria", en Atria, Fernando, Bulygin, Eugenio, Moreso, José Juan, Navarro, Pablo, Rodríguez, Jorge y Ruiz Manero, Juan, *Lagunas en el derecho, una controversia sobre el derecho y la función judicial*, Madrid, Marcial Pons, pp. 73-86.

Bulygin, Eugenio, 2007: "Giovanni Battista Ratti sobre la relevancia normativa", en Moreso, José Juan y Redondo, María Cristina (editores), *Un diálogo con la teoría del derecho de Eugenio Bulygin*, Madrid, Marcial Pons, pp. 213-126.

Bulygin, Eugenio, 2008: "What can one expect from logic in the law? (Not everything, but more than something: a reply to Susan Haack)", *Ratio Juris*, Vol. 21, Nº 1, pp. 150-56.

Bulygin, Eugenio, 2010: "Sobre la equivalencia pragmática entre permiso y no prohibición", *Doxa*, Nº 33, pp. 283-96.

Bulygin, Eugenio, 2012: "El problema de la validez en Kelsen", en Ramírez Claves, Gonzalo (editor), *Ecos de Kelsen: vida, obra y controversias*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 425-438.

Bulygin, Eugenio, 2014: "Dogmática jurídica y sistematización del derecho", en Núñez Vaquero, Álvaro (coord.), *Modelando la ciencia jurídica*, Lima, Palestra, pp. 53-86.

Bulygin, Eugenio, 2018 [2015]: “Carlos E. Alchourrón y la filosofía del derecho” en Bulygin, Eugenio, *Lógica deóntica, normas y proposiciones normativas*, Madrid, Marcial Pons, pp. 47-70.

Bulygin, Eugenio, 2018 [2017]: “La lucha de G.H. Von Wright y C.E. Alchourrón con la lógica deóntica”, en Bulygin, Eugenio, *Lógica deóntica, normas y proposiciones normativas*, Madrid, Marcial Pons, pp. 71-88.

Cabra Apalategui, José Manuel, 2016: “Conflictos de normas y razón práctica (Sobre el concepto, justificación y racionalidad de la ponderación)”, en García Amado, Juan Antonio (coordinador), *Razonar sobre derechos*, Madrid, Tiran Lo Blanch, pp. 51-79.

Cantwell, John, 2018: “Conditionals”, en Hansson, Sven Ove y Hendricks, Vincent (editores), *Introduction to formal philosophy*, Cham, Springer, pp. 131-46.

Caracciolo, Ricardo, 1988: *Sistema jurídico: Problemas actuales*, Madrid, CEPC.

Caracciolo, Ricardo, 2006: “Normas derrotables. La concepción de Carlos Alchourrón”, *Análisis Filosófico*, Vol XXVI, Nº 1, pp. 156-77.

Caracciolo, Ricardo, 2008: *La noción de sistema en la teoría del derecho*, Ciudad de México, Fontamara.

Carnota, Raúl, 1995: “Lógica e inteligencia artificial”, en Carlos Alchourrón, José Méndez y Raúl Orayen (editores), *Enciclopedia Ibero Americana de Filosofía. Lógica*, Madrid, Trotta, pp. 143-184.

Carnota, Raúl y Rodríguez, Ricardo, 2006: “Carlos Alchourrón y la inteligencia artificial”, *Análisis Filosófico*, Vol. 26, Nº 1.

Carpentier, Mathieu, 2014: *Norme et exception. Essai sur la défaisabilité en droit*, Paris, Fondation Verenne.

Carpentier, Mathieu, 2018, “Cas difficiles et défaisabilité des règles”, Diponible en web: https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-02459535/document

Carrió, Genaro, 1970: *Principios jurídicos y positivismo jurídico*, Buenos Aires, Abeledo Perrot.

Carrió, Genaro, 2004: “Nota preliminar”, en Hohfeld, W.N., *Conceptos jurídicos fundamentales*, México D.F., Fontamara, pp. 7-24.

Carrió, Genaro, 2006: *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Celano, Bruno, 2009a: “Principios, reglas, autoridad. Consideraciones sobre M. Atienza y J. Ruiz Manero, Ilícitos atípicos”, en Celano, Bruno (compilador), *Derecho, justicia, razones. Ensayos 2000-2007*, Madrid, CEPC, pp. 171-194.

Celano, Bruno, 2009b: “’Defeasibility’ y ponderación. Sobre la posibilidad de revisiones estables, en Celano, Bruno (compilador), *Derecho, justicia, razones. Ensayos 2000-2007*, Madrid, CEPC, pp. 235-280.

Celano, Bruno, 2012: “True exceptions: defeasibility and particularism”, en Jordi Ferrer y Giovanni Battista Ratti (editores), *The logic of legal requirements, essays on defeasibility*, Oxford, Oxford University Press, pp. 268-287.

Celano, Bruno, 2015: “Rule of law y particularismo ético” en Luque Sánchez, Pau (editor), *Particularismos, ensayos de filosofía del derecho y filosofía moral*, Madrid, Marcial Pons, pp. 151-184.

Celano, Bruno, 2017: “Particularismo, psicodeóntica. A propósito de la teoría de la justificación judicial de Manuel Atienza”, en Aguiló, Josep y Grández, Pedro (editores), *Sobre el razonamiento judicial. Una discusión con Manuel Atienza*, Lima, Palestra, pp. 59-126.

Chiassoni, Pierluigi, 1991: "L'interpretazione della legge: normativismo semiotico, scetticismo, giochi interpretativi", en Castignone, Silvana (editora), *Studi in memoria di Giovanni Tarello*. *II. Saggi teorico-giuridici*, Milano, Giuffrè, 1991, pp. 121-161.

Chiassoni, Pierluigi, 2000: "Significato letterale: giuristi e linguisti a confront (Another view of the Cathedral)", en Velluzzi, Vito (editor), *Significato letterale e interpretazione del diritto*, Turín, Giappichelli, pp. 1-64.

Chiassoni, Pierluigi, 2002: "Los juegos interpretativos. La interpretación de la ley desde un enfoque griceano", en Navarro, Pablo y Redondo, María Cristina (editores), *La relevancia del Derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, Barcelona, Gedisa, pp. 185-210.

Chiassoni, Pierluigi, 2011: *Técnicas de interpretación jurídica. Brevario para juristas*, Madrid, Marcial pons.

Chiassoni, Pierluigi, 2012a: "Defeasibility and Legal Indeterminacy", en Ferrer, Jordi y Ratti, Giovanni Battista (editores), *The logic of legal requirements, essays on defeasibility*, Oxford, Oxford University Press, pp. 151-181.

Chiassoni, Pierluigi, 2012b: *Desencantos para abogados realistas*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Chiassoni, Pierluigi, 2016a: "The pragmatics of Scepticism", *Analisi e Diritto*, pp. 275-304.

Chiassoni, Pierluigi, 2016b: "The Age of Analysis: Logical Empiricism, Ordinary Language, and the Simple Truth of the Matter", en Pattaro, Enrico y Roversi, Corrado (editores), *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence, Volume 12 Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Civil Law World, Tome 2: Main Orientations and Topics*, Cham, Springer, pp. 647-664.

Chiassoni, Pierluigi, 2017a: "Statutory interpretation and other puzzles", *Materiali per una storia della cultura giuridica*, Vol. XLVII, Nº 1, pp. 259-76.

Chiassoni, Pierluigi, 2017b: “Dejemos atrás el antipositivismo”, en Aguiló, Josep y Grández, Pedro (editores), *Sobre el razonamiento judicial. Una discusión con Manuel Atienza*, Lima, Palestra, pp. 103-126.

Chiassoni, Pierluigi, 2018: “Interpretative games revisited”, en Ratti, Giovanni Battista y Chiassoni, Pierluigi (editores), *L'arte della distinzione. Scritti per Riccardo Guastini, Vol II*, Madrid, Marcial Pons, pp. 165-96.

Chiassoni, Pierligui, 2018b: “La balanza inexistente”, *Analisi e Diritto*, Nº 1/2019, pp. 165-230.

Chiassoni, Pierluigi, 2019a: *El problema del significado jurídico*, Ciudad de México, Fontamara.

Chiassoni, Pierluigi, 2019b: *Interpretation without truth. A realistic enquiry*, Cham, Springer.

Chiassoni, Pierluigi, Guastini, Riccardo y Ratti, Giovanni Battista, 2007: “Presentazione”, en Bulygin, Eugenio, *Il positivismo giuridico*, Milán, Giuffrè Editore, pp. VI-LXXI.

Chisholm, R., and E. Sosa. 1966. “On the Logic of” Intrinsically Better”.” American Philosophical Quarterly, Nº 3, pp. 244–249

Clérico, Laura, 2012. “Sobre “casos” y ponderación. Los modelos de Alexy y Moreso, ¿más similitudes que diferencias?”, *Isonomía*, Nº 37, pp. 113-145.

Comanducci, Paolo, 1998: “Principios jurídicos e indeterminación del derecho”, *Doxa*, Nº 21-II, pp. 89-104.

Comanducci, Paolo, 2010: *Hacia una teoría analítica del derecho. Ensayos escogidos*, Madrid, Marcial Pons.

Comanducci, Paolo, 2017: *Apuntes sobre la Teoría del Derecho Contemporánea*, Ciudad de México, Derecho Global Editores.

Dancy, Jonathan, 2004: "Una ética de los deberes *prima facie*" en Singer, Peter (editor), Compendio de ética, Madrid: Alianza, pp. 309-321.

Dei Vecchi, Diego, 2011: "Reglas derrotables en El Imperio de la Ley", *Analisi e Diritto*, pp. 169-77.

Dei Vecchi, Diego, 2019: "El carácter presuntivo de las presunciones absolutas", *Revus*, Nº 38, pp. 75-108.

Diciotti, Enrico, 1999: *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Turín, Giappichelli.

Diciotti, Enrico, 2014: "Il realismo giuridico e l'interpretazione della legge", *Analisi e Diritto*, pp. 57-71.

Diciotti, Enrico, 2013: "Norme espresse e norme inespresse. Sulla teoria dell'interpretazione di Riccardo Guastini", *Rivista di filosofia del diritto*, Vol. 2, pp. 103-23.

Dolcetti, Andrea y Ratti, Giovanni Battista, 2016: "La derrotabilidad jurídica como relación sistemática compleja", *Analisi e Diritto*, pp. 35-44.

Dolcetti, Andrea y Ratti, Giovanni Battista, 2020: "Derogation and defeasibility in international law" en Bartels, Lorand y Paddeu, Federica (editores), *Exceptions in International Law*, Oxford, Oxford University Press, pp. 108-125.

Duarte, David, 2009: "Rebutting defeasibility as normative operative defeasibility", en Raposo, João António, Alves, João Lopes, de Sousa Mendes, Paulo, Silva Dias, Augusto, y Duarte d'Almeida, Luis (editores), *Liber Amicorum de José de Sou- sa Brito*, Coimbra, Almedina, pp. 161-174.

Duarte, David, 2011: "An experimental essay on the antecedent and its formulation", *i-Lex Rivista di Scienze Giuridiche, Scienze Cognitive ed Intelligenza Artificiale*, Nº 16, pp. 37-60.

Duarte d'Almeida, Luis, 2007: "Description, ascription, and action in the criminal law", *Ratio Juris*, Vol. 20, Nº 2, pp. 170-195.

Duarte d'Almeida, Luis, 2015: *Allowing for exceptions: A Theory of Defenses and Defeasibility in Law*, Oxford: Oxford University Press.

Duarte d'Almeida, Luis, 2020: "Defences in the law of state responsibility: a view from jurisprudence", en Bartels, Lorand y Paddeu, Federica (editores), *Exceptions in International Law*, Oxford, Oxford University Press, pp. 179-202.

Dworkin, Ronald, 2009, *Los derechos en serio*, Barcelona: Ariel.

Echave, Delia, Urquijo, María y Guibourg, Ricardo, 1986, *Lógica, proposición y norma*, Buenos Aires, Astrea.

Elhag, Abdullatif, Breuker, Joost y Brouwer, Bob, 1999: "On the formal analysis of normative conflicts", en van den Herik, H.J., Moens, M.F., Bing, J., van Buggenhout, B., Zeleznikow J., Grütters, C. (editores), *Legal Knowledge Based Systems, JURIX 1999, The Twelfth Conference*, Nijmegen, Gerard Noodt Instituut, pp. 35-46.

Endicott, Timothy, 2001: "Three puzzles about legal rules", en Chiassoni, Pierluigi (editor), *The legal ought, proceedings of the IVR Mid-Term congress in Genoa (June 19-20, 2000)*, Turín, Guiappichelli, pp. 65-82.

Endicott, Timothy, 2006: *La vaguedad en el Derecho*, Madrid, Dykinson.

Escher, Anna, 2019: "When It Is Vague What Is Vague: Identifying Vagueness", en Duarte, David, Monis Lopes, Pedro y Silva Sampaio, Jorge (editores), *Legal interpretation and scientific knowledge*, Cham, Springer, pp. 161-86.

Farrel, Martín Diego, 1983: "Las obligaciones jurídicas como obligaciones prima facie", en Bulygin, Eugenio, Farre, Martin, Nino, Carlos, Rabossi, Eduardo (compiladores), *El lengauje del derecho, Homanaje a Genero R. Carrió*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, pp. 131-55.

Feinberg, Joel, 1970: *Doing & deserving. Essays in the theory of responsibility*, Princeton, Princeton University Press.

Feinberg, Joel, 1980: "Voluntary Euthanasia and the Inalienable Right to Life", *The Tanner Lectures on Human Values*, Nº 1, pp. 221–251.

Feis, Guglielmo, 2015: *Imposibilità nel diritto*, ETS, Pisa.

Fernández, Mercedes, 2005: *Prueba y presunción de inocencia*, Madrid, Iustel.

Fermé, Eduardo, 2007: "Revisión de creencias", *Inteligencia Artificial. Revista Iberoamericana de Inteligencia Artificial*, Vol. 11, Nº 34, pp. 17-39.

Fermé, Eduardo y Rodríguez, Ricardo, 2006: "DFT and belief revision", *Análisis Filosófico*, Vol. 26, Nº 2, pp. 373-93.

Ferrer, Jordi, 2000: *Las Normas de Competencia. Un aspecto de la dinámica jurídica*, Madrid, CEPC.

Ferrer, Jordi, 2005, *Prueba y verdad en el derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2da edición.

Ferrer, Jordi y Ratti, Giovanni Battista, 2010: "Validity and defeasibility in the legal domain", *Law and Philosophy*, Nº 29, pp. 601-626.

Ferrer, Jordi y RATTI, Giovanni Battista, 2012a: *The logic of legal requirements, essays on defeasibility*, Oxford, Oxford University Press.

Ferrer, Jordi y Ratti, Giovanni Battista, 2012b: "Defeasibility and legality: a survey" en Jordi Ferrer y Giovanni Battista Ratti (editores), *The logic of legal requirements, essays on defeasibility*, Oxford, Oxford University Press, pp. 11-38.

Ferrer, Jordi y Rodríguez, Jorge, 2011: *Jerarquías normativas y dinámica de los sistemas jurídicos*, Madrid, Marcial Pons.

Ferrer, Jordi y Rodríguez, Jorge, 2013: "Sobre dinámica jurídica y jerarquías normativas: Algunas respuestas a los críticos", *Analisi e Diritto*, pp. 95-131.

Fine, Kit, 1975: "Vagueness, truth and logic", *Synthese*, Vol. 30, Nº 3-4, pp. 265-300.

Finkelstein, Claire Oakes, 2000: «When the rule swallows the exception», *Penn Law: Legal Scholarship Repository*, Vol. 19, pp. 147-75.

Gama Leyva, Raymundo, 2019: *Las presunciones en el derecho. Entre la perplejidad y la fascinación de los juristas*, Valencia, Tiran Lo Blanch.

García Amado, Juan Antonio, 2017: "Sobre ponderaciones. Debatiendo con Manuel Atienza" en Atienza, Manuel y García Amado, Juan Antonio, 2012: *Un debate sobre la ponderación*, Lima-Bogotá, Palestra-Temis, pp. 39-86.

Garcia Amado, Juan Antonio, 2010: "Principios, reglas y derrotabilidad. El problema de las decisiones contra legem", en Bonorino, Pablo (editor), *Teoría del derecho y decisión judicial*, Madrid, Bubook Publishing, pp. 285-344.

García-Carpintero, Manuel, 1996: *Las palabras, las ideas y las cosas. Una presentación de la filosofía del lenguaje*, Barcelona, Ariel.

García Figueroa, Alfonso, 2009: *Criaturas de la moralidad, una aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los derechos*, Madrid, Trotta.

García Yzaguirre, 2016: "La constitucionalidad de someter a una persona dos veces a la silla eléctrica: análisis del caso Luisiana ex rel. Francis vs. Resweber", en: Grandez, Pedro

(coordinador), *Sobre la interpretación constitucional y convencional: un enfoque transversal en el derecho*, Lima, Palestra

García Yzaguirre, Víctor, 2018: "El contenido esencial de los derechos fundamentales", en Roel Alva, Luis (coordinador), *Política y Derecho Constitucional. Homenaje a Javier Alva Orlandini*, Arequipa, Adrus, pp. 807-856.

García Yzaguirre, Víctor, 2019: "Conflictos entre principios: descripción y crítica de la teoría especificacionista", *Derecho PUCP*, Nº 83, pp. 329-56.

Garcia Yzaguirre, Víctor, 2020a: "Exceptuando normas: apuntes para un análisis conceptual", *Doxa*, Nº 43, pp. 427-56.

García Yzaguirre, Víctor, 2020b: "Normas derrotables como normas compuestas por condiciones contribuyentes", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, Nº 42, pp. 115-34.

Garcia Yzaguirre, Víctor, 2020c: "La noción de derrotabilidad en H.L.A. Hart", *Ius et Praxis*, Año 26, Nº 2, pp. 125-46.

García Yzaguirre, Víctor, 2020d: "Analizando el intencionalismo interpretativo. Comentarios al capítulo III de «Argumentación e interpretación jurídica. Escepticismo, intencionalismo y constructivismo»", *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*. En prensa.

García Yzaguirre, Víctor y Sar, Omar, 2013: "La dinámica de la jurisprudencia y los precedentes vinculantes", en Sar, Omar y Álvarez Miranda, Ernesto, *Reporte de Jurisprudencia. Precedentes y Jurisprudencia Vinculante del Tribunal Constitucional, Lima*, Adrus, pp. 59-122.

Gärdenfors, Peter, 1988: *Knowledge in Flux. Modeling the Dynamics of Epistemic States*, Cambridge, Massachusetts, MIT Press.

Gärdenfors, Peter, 1992: "Belief revision: an introduction", en Peter Gärdenfors (editor), *Belief Revision*, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 1-28.

Gascón Abellán, Marina, 1997: "La coherencia del ordenamiento. El problema de las antinomias", en Betegón, Jerónimo, Gascón, Marina, Páramo, Juan Ramón, y Prieto, Luis, *Lecciones de Teoría del Derecho*, Madrid, MacGrawHill, pp. 269-284.

Gavião Filho, Anizio y Prevedello, Alexandre, 2019: A noção de derrotabilidade para Herbert L. A. Hart", *Revista Direito GV***,** Vol. 15, Nº 1, pp. 2-21.

Gavazzi, Gioacomo, 1959: *Delle antinomie*, Giappichelli, Turín.

Geach, Peter, 1960: "Ascriptivism", *The Philosophical Review*, Vol. 69, Nº 2, pp. 221-225.

Gert, Bernard, 2005: *Morality. Its nature and justification*, Oxford, Oxford University Press.

Ghigliani, Alejandro, Guibourg, Ricardoy Guarinoni, Ricardo, 2003: *Introducción al conocimiento científico*, Buenos Aires, Eudeba

Gianformaggio, Letizia, 1987: "Lógica y argumentación en la interpretación jurídica o tomar a los juristas intérpretes en serio", *Doxa*, Nº 4, pp. 87-108.

Gizbert-Studnicki, Tomasz, 1976: "Hart on Ascription of Responsibility", *Archivum Iuridicum Cracoviense*, Nº 9, pp. 133–40.

Gizbert-Studnicki, Tomasz, 2000: "Types of Vagueness", en Krawietz, Werner, Summers, Robert, Weinberger, Ota y Von Wright, Georg. *The reasonable as rational? On legal argumentation and justification, Festschrift for Aulis Aarnio*, Duncker & Humblot, Berlin, pp. 135-44.

Goble, Lou, 2013: "Prima facie norms, normative conflicts, and dilemmas", en Gabbay, Dov, Horty, John, Parent, Xavier, Van der Mayden, Ron y Van der Torre, Leendert (editor), *Handbook of deontic logic and normative systems*, Londres, College Publications, pp. 241-352.

Godden, David y Walton, Douglas, 2008: "Defeasibility in judicial opinion: logical or procedural?" *Informal Logic*, Vol. 28, Nº 1, pp. 6-19.

Goldman, Alan, 1997: "Rules in the law", *Law and Philosophy*, Nº 16, pp 581-602.

González Lagier, Daniel, 1995: *Acción y Norma en G.H. Von Wright*, Madrid, CEPC.

González Lagier, Daniel, 1997: "Cómo hacer cosas con acciones (en torno a las normas de acción y las normas de fin)", *Doxa*, Nº 20, pp. 157-175

González Lagier, Daniel, 2001: *G.H. Von Wright y los conceptos básicos del derecho*, Ciudad de México, Fontamara.

González Lagier, Daniel, 2007: "Algunas precisiones sobre la noción de contenido normative en Normative Systems", en Moreso, José Juan y Redondo, María Cristina, *Un diálogo con la teoría del derecho de Eugenio Bulygin*, Madrid, Marcial Pons, pp. 109-116.

González Lagier, Daniel, 2013: *Las paradojas de la acción*, 2a edición, Madrid, Marcial Pons.

Gottlieb, Gidon, 2020: *The logic of choice*, Londres, Routledge.

Governatori, Guido, Olivieri, Francesco, Cristani, Matteo y Scannapieco, Simone, 2019: "Revision of defeasible preferences", *International Journal of Approximate Reasoning*, Nº 104, pp. 205-30.

Graeff, Patricia, 2015: Derrotabilidade, vagueza e textura aberta: Um estudo acerta dos limites do Direito segundo Herbert Hart. Memoria de prueba para optar al grado de Maestro en Filosfía, leída ante la Comisión Universitaria de la Universidad Federal de Rio Grande del Sur. Disponible en: https://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/132347

Greenspan, Patricia, 1975: “Conditional oughts and hypothetical imperatives”, *The Journal of Philosophy*, Vol. 72, Nº 10, pp. 259-76.

Greenawalt, K., 1986: «Distinguishing justifications form excuses», *Law and Contemporary Problems,* Nº 49, pp. 89-108.

Grossi, Davide y Rotolo, Antonino, 2016: “Recent Developments in Legal Logic” en Pattaro, Enrico y Roversi, Corrado (editor), *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence, Volume 12 Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Civil Law World, Tome 2: Main Orientations and Topics*, Netherlands, Springer, pp. 743-756.

Guarinoni, Ricardo, 2000: “Algunas reglas de clausura”, *Doxa*, Nº 23, pp. 729-35.

Guarinoni, Ricardo, 2001: “Después, mas alto y excepcional. Criterios de solución de incompatibilidades normativas”, *Doxa*, Nº 24, pp. 547-58.

Guastini, Riccardo, 1997: “Gerarchie normative”, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, Vol, Nº 2, pp. 463-87.

Guastini, Riccardo, 1999: *Distinguiendo*, Madrid, Gedisa

Guastini, Riccardo, 2008a: “Variaciones sobre temas de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin. derrotabilidad, lagunas axiológicas, e interpretación”. *Doxa*, Nº 31, pp. 143-55.

Guastini, Riccardo, 2008b: “Una teoría cognoscitiva de la interpretación”, *Isonomía*, Nº 29, pp. 15-31.

Guastini, Riccardo, 2008c: “La interpretación de la Constitución”, en Ortega, Santiago (compilador), *Interpretación y razonamiento jurídico*, Lima, Hermeneia editores, pp. 21-72.

Guastini, Riccardo, 2010a: *Nuevos estudios sobre la interpretación*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

Guastini, Riccardo, 2010b: *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, Madrid, Trotta.

Guastini, Ricardo, 2010c: *Estudios sobre la interpretación jurídica*, Ciudad de México, Editorial Porrúa.

Guastini, Riccardo, 2011a: "Disposición vs. Norma", en Pozzolo, Susanna y Escudero, Rafael, *Disposición vs. Norma*, Lima, Palestra, pp. 133-156.

Guastini, Riccardo, 2011b: "Contribución a la teoría del ordenamiento jurídico", en Ferrer, Jordi y Ratti, Giovanni Battista (editores), *El realismo jurídico genovés*, Madrid, Marcial Pons, pp. 81-116.

Guastini, Riccardo, 2012a: "Escepticismo ante las reglas replanteado" en *Discusiones*, Nº XI, pp. 27-58.

Guastini, Riccardo, 2012b: "Juristenrecht. Inventando derecho, obligaciones y poderes", en Ferrer, Jordi, Moreso, José Juan y Papayanis, Diego (editores), *Neutralidad y teoría del derecho*, Madrid, Marcial Pons, pp. 207-222.

Guastini, Riccardo, 2012c: "Defeasibility, axiological gaps, and interpretation", en Jordi Ferrer y Giovanni Battista Ratti (editores), *The logic of legal requirements, essays on defeasibility*, Oxford, Oxford University Press, pp.182-92.

Guastini, Riccardo, 2013: Gerarchie normative, *Revus*, Nº 21, pp. 57-70.

Guastini, Riccardo, 2013b: "Breve lección sobre la igualdad", *Eunamía. Revista en Cultura de la Legalidad*, Nº 4, pp. 33-41.

Guastini, Riccardo, 2013c: *Estudios sobre teoría constitucional*, Ciudad de México, UNAM.

Guastini, Riccardo, 2014, *Otras distinciones*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

Guastini, Riccardo, 2015: “Interpretación y construcción jurídica”, *Isonomía*, Nº 43, pp. 11-48.

Guastini, Riccardo, 2016, *La sintaxis del derecho*, Madrid. Marcial Pons.

Guastini, Riccardo, 2018a: *Interpretar y argumentar* (2da edición), Madrid, CEPC.

Guastini, Riccardo, 2018b: *La interpretación de los documentos normativos*, Ciudad de México, Derecho Global Editores.

Guastini, Riccardo, 2018c: *Ensayos escépticos sobre la interpretación*, Puno, Zela.

Guastini, Riccardo, 2019a: “An analytical foundation of rule scepticism”, en Duarte, David, Moniz Lopes, Pedro y Silva Sampaio, Jorge (editores), *Legal interpretation and scientific knowledge*, Cham, Springer, pp. 13-28.

Guastini, Riccardo, 2019b: *Discutiendo. Nuevos estudios de teoría y metateória del derecho*, Puno, Zela.

Guibourg, Ricardo y Mendonca, Daniel, 2004: *La odisea constitucional. Constitución, teoría y método*, Madrid, Marcial Pons.

Gunther, Klaus, 1995: “Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica”, *Doxa*, Nº 17-18, pp. 271-302.

Gustafsson, J. 2014. “Neither ‘good’ in terms of ‘better’ nor ‘better’ in terms of ‘good.”, *Noûs*, Vol. 48, Nº 3, pp. 466-73.

Haack, Susan, 2007: “On logic in the law: ‘Something, but not all’”, *Ratio Juris*, Vol. 20, Nº 1, pp. 1-31.

Hage, Jaap, 2000: “Rule consistency”, *Law and Philosophy*, Nº 19, pp. 369-90.

Hage, Jaap, 2001: “Legal logic, its existence, nature and use”, en Soeteman, Arend, (editor), *Pluralism and law*, Dordrecht, Springer, pp. 347-374.

Hage, Jaap, 2003: “Law and defeasibility”, *Artificial Intelligence and Law*, Nº 11, pp. 221-43.

Hage, Jaap, 2005: *Studies in legal logic*, Dordrecht, Springer.

Hage, Jaap y Peczenik, Aleksander, 2000: “Law, morals and defeasibility”, *Ratio Juris*, Vol. 13, Nº 3, pp. 305-25.

Hall, Roland, 1959: “Excluders”, *Analysis*, Vol. 20, Nº 1, pp. 1-7.

Hansson, Sven Ove, 2018: “Formalization”, en Hansson, Sven Ove y Hendricks, Vincent (editores), *Introduction to formal philosophy*, Cham, Springer, pp. 3-62.

Harašta, Jakub y Šavelka, Jaromir, 2015: “Open texture in law, legal certainty and logical analysis of natural language”, en Araszkiewicz, Michał y Płeszka, Krysztof (editores), *Logic in the theory and practice of lawmaking*, Cham, Springer, pp. 159-172.

Hart, H.L.A., 1948-1949, “The Adscription of Responsibility and Rights”, *Proceedings of the Aristotelian Society*, Vol. 49, pp. 171-94.

Hart, H.L.A., 1962: “La separación entre el derecho y la moral”, en H.L.A. Hart. *Derecho y Moral. Contribuciones a su análisis,* Buenos Aires, De Palma, pp. 1-64.

Hart, H.L.A., 1982: *Essays on Bentham, Studies in jurisprudence and political theory*, Oxford: Clarendon Press.

Hart, H.L.A., 1983: “Problems of Philosophy of law”, en H.L.A. Hart, *Essays in jurisprudence and philosophy,* Oxford, Clarendon Press, pp. 88-120.

Hart, H.L.A. 1994: *The concept of law* 2da edición, Oxford, Clarendon Press.

Hart, H.L.A., 2008: *Punishment and responsibility, essays in the philosophy of law*, Oxford, Oxford University Press.

Hart, H.L.A., 2016: El Positivismo y la separación del Derecho y la Moral", en: Hart, H.L.A. y Fuller, Lon, *El debate Hart-Fuller*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 19-78.

Hernández Marín, Rafael, 2012: "Defeasible properties", en Jordi Ferrer y Giovanni Battista Ratti (editores), *The logic of legal requirements, essays on defeasibility*, Oxford, Oxford University Press, pp. 137-149.

Hill, Hammer, 1987: "A functional taxonomy of normative conflict", *Law and Philosophy*, Vol. 6, Nº 2, pp. 227-47.

Hilpinen, Risto, 2016: "Las acciones como transformaciones de estado en G. H. Von Wright", *Doxa*, Nº 39, pp. 49-63.

Hohfeld, W. N., 1991: *Conceptos jurídicos fundamentales*, Ciudad de México, Fontamara.

Holton, Richard, 2010: "The exception proves the rule", *The Journal of Political Philosophy,* Vol. 18, Nº 4, pp. 369–388.

Honore, Anthony, 1977, "Real Laws", en Hacker, P.M.S. y Raz, Joseph (editores), *Law, Morality and society. Essays in honour of H.L.A. Hart*, Oxford, Clarendon Press, pp. 99-118.

Horovitz, Joseph, 1972: *Law and Logic. A Critical Account of Legal Argument*, Cham, Springer.

Horty, John, 2001: "Nonmonotonic Logic", en Goble, Lou (editor), *The Blackwell Guide to Philosophical Logic*, Oxford, Blackwell Publishers, pp. 336-61.

Hospers, John, 1997: *An introduction to philosophical analysis*, Londres, Routledge.

Hyde, Dominic, 2007: *Vagueness, logic and ontology*, Hampshire, Ashgate Publishing Limited.

Iturralde, Victoria, 1987: "Una aproximación al tema de las antinomias normativas: problemas relativos a la identificación de las mismas", *Anuario de filosofía del derecho*, Nº 4, pp. 331-53.

Iturralde Sesma, Victoria, 2014: *Interpretación literal y significado convencional. Una reflexión sobre los límites de la interpretación jurídica*, Madrid, Marcial Pons.

Iuspa, Carla, 2020: "Notas sobre el escepticismo guastiniano", *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*. En prensa.

Keefe, Rosanna, 2003: *Theories of vagueness*, Cambridge, Cambridge University Press.

Keil, Geert y Poscher, Ralf, 2017: "Vagueness and Law", en Keil, Geert y Poscher, Ralf (editores), *Vagueness and Law: Philosophical and Legal perspectives*, Oxford, Oxford University Press, pp. 1-22.

Klappstein, Verena y Dybowski, Maciej (editores), 2018: *Ratio Legis. Philosophical and theoretical perspectives*, Cham, Springer.

Koons, Robert (1 de mayo de 2017). "Defeasible reasoning", *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, disponible en: https://plato.stanford.edu/entries/reasoning-defeasible/

Kutchera, Franz von, 1989: *Fundamentos de ética*, Madrid, Catedra Teorema.

Lacona, Andrea, 2018: *Logical form. Between logic and natural language*, Cham, Springer.

Laporta, Francisco, 2007: *El imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid, Trotta.

Lewis, David, 2000: “Dispositional theories of value”, en Lewis, David (compilador), *Papers in ethics and social philosophy*, Princeton, Cambridge University Press, pp. 68-94.

Lifante, Isabel, 1999: *La interpretación jurídica en la teoría del derecho contemporánea*, Madrid, CEPC.

Lifante, Isabel, 2012: “Distinciones y paralogismos. A propósito del escepticismo guastiniano”, *Discusiones*, Nº XI, pp. 59-86.

Lifante, Isabel, 2018a: *Argumentación e interpretación jurídica, escepticismo, intencionalismo y constructivismo*, Valencia, Tirant Lo Blanch.

Lifante, Isabel, 2018b: “Distinguiendo interpretaciones”, en Ratti, Giovanni Battista y Chiassoni, Pierluigi (editores), *L'arte della distinzione. Scritti per Riccardo Guastini, Vol II*, Madrid, Marcial Pons, pp. 111-26.

Lindahl, Lars y Reidhav, David, 2015: “Conflict of legal norms: Definition and varieties”, en Araszkiewicz, Michał y Płeszka, Krysztof (editores), *Logic in the theory and practice of lawmaking*, Cham, Springer, pp. 49-96.

Lipton, Peter, 2004: *Inference to the best explanation*, Londres, Routledge.

Loui, R.P., 1995: “Hart’s Critics on Defeasible Concepts and Ascriptivism”, en McCarty, Thorne (editor), *Proceedings of the 5th International Conference on Artificial Intelligence and Law,* Nueva York, Association for Computing Machinery, pp. 21-30.

Loui, Ronald, 1997: “Alchourrón and Von Wright on conflict among norms”, en Donald Nute (editor), *Defeasible deontic logic*, Dordrecht, Springer, pp. 345-352.

Lucas, Javier de y Añon, María José, 1990: “Necesidades, razones, derechos”, *Doxa*, Nº 7, pp. 55-81.

Luna, Carlos, 2001: “Una generalización del modelo AGM de cambio de creencias”, *Inteligencia Artificial. Revista Iberoamericana de Inteligencia Artificial*, Vol. 5, Nº 13, pp. 23-32.

Luzzati, Claudio, 1990: *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milan: Giuffrè.

Luzzati, Claudio, 1999: “Le metafore della vaghezza”, *Analisi e Diritto*, pp. 117-30.

Luzzati, Claudio, 2018: “Scale e sepenti, anzi: sacale mobili e bilance: Una riflessione positivistica silla defeasibility”, en Ratti, Giovanni Battista y Chiassoni, Pierluigi (editores), *L'arte della distinzione. Scritti per Riccardo Guastini, Vol II*, Madrid, Marcial Pons, pp. 327-46.

MacCormick, Neil, 1978: *Legal reasoning and legal theory*, Oxford, Oxford University Press.

MacCormick, Neil, 1992: “Legal deduction, legal predicates and expert systems”, *International Journal for the semiotics of law*, Vol. V, Nº 14, pp. 181-202.

MacCormick, Neil, 1995: “Defeasibility on law and logic” en Bankowski, Zenon, White, Ian y Hahn, Ulrike (editores), *Informatics and the foundations of legal reasoning*, Dordrecht, Springer-Science+Business Media, B.V., pp. 99-118.

MacCormick, Neil, 2016: *Retórica y Estado de Derecho*. *Una teoría del razonamiento jurídico*, Lima, Palestra.

Mackie, John, 1955: “Responsibility and Language”, *Australasian Journal of Philosophy*, Vol. 33, pp. 143-159.

Makinson, David, 1999: “On a fundamental problem of deontic logic”, en Paul McNamara y Henry Prakken (editores), *Norms, logics and information systems*, Amsterdam, IOS Press, pp. 29-53.

Malzkorn, Wolfgang, 2001: "Defining Disposition Concepts: A Brief History of the Problem", *Studies in History and Philosophy of Science*, Vol. 32, Nº 2, pp. 335-53.

Mangabeira Unger, Roberto, 1977: *Law in modern society. Toward a criticism if social theory*, Nueva York, The Free Press.

Manning, John, 2001: "Textualism and the equity of the statute", en *Columbia Law Review*, Vol. 101, Nº 1, pp. 1-127.

Manning, John, 2003: "The absurdity doctrine", *Harvard Law Review*, Vol. 116, Nº 8, pp. 2387-2486.

Manrique, María Laura, Navarro, Pablo y Peralta, José, 2011: *La relevancia de la dogmática penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

Mañalich, Juan Pablo, 2012: "El concepto de acción y el lenguaje de la imputación", *Doxa*, Nº. 35, pp. 553-690.

Maranhão, Juliano, 2012: "Defeasibility, contributory conditionals, and refinement of legal systems", en Jordi Ferrer y Giovanni Battista Ratti (editores), *The logic of legal requirements, essays on defeasibility*, Oxford, Oxford University Press, pp. 53-76.

Marcus, Ruth, 1980: "Moral dilemmas and consistency", *The Journal of Philosophy*, Vol. 77, Nº 3, pp. 121-36.

Markham, Wesley, 2014: "How to Explain the "Implicit Exceptions" to Patent-Eligible Subject Matter", *Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law*, Vol. 16, pp. 353-393.

Marmor, Andrei, 2016: "Defeasibility and pragmatic indeterminacy in law", en Francesca Poggi y Alessandro Capone (editores), *Pragmatics and law, perspectives in pragmatics, philosophy & psychology*, Dordrecht, Springer, pp. 15-35.

Marmor, Andrei, 2000: *The language of law*, Oxford, Oxford University Press.

Martewicz, Jakub, 2010: *Contraddicibilità di norme e applicabilità del principio di non-contraddizione*. Memoria de prueba para optar al grado de Doctor, leída ante la Comisión Universitaria de la Università degli studi di Milano. Disponible en https://air.unimi.it/handle/2434/150557#.X4Yrgy9t_BI

Martínez Zorrilla, David, 2007: *Conflictos Constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, Madrid, Marcial Pons.

Martínez Zorrilla, David, 2015: "Conflictos normativos", en Fabra Zamora, Jorge y Núñez Vaquero, Álvaro (editores), *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, México, UNAM, Vol. 2, pp. 1307-1347.

Mayorga, Daniel, 2020: "Comentarios al capítulo I 'El concepto y las concepciones de la interpretación jurídica', en Argumentación e Interpretación Jurídica. Escepticismo, intencionalismo y constructivismo de Isabel Lifante Vidal Vidal", *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*. En prensa.

Mazzareze, Tecla, 1984: "Antinomie, paradossi, logica deontica", *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, Vol. 61, Nº 4, pp. 419-64.

Mazzareze, Tecla, 1996: "Lógica borrosa y decisiones judiciales: el peligro de una falacia racionalista", *Doxa*, Nº 19, pp. 201-28

McKeever, Sean y Ridge, Michael, 2006: *Principled Ethics. Generalism as a Regulative Ideal*, Oxford, Oxford University Press.

McNamara, Paul, 2006: "Deontic logic", en Gabbay, Dov y Woods, John (editores), *Handbook of the History of Logic, Volume 7 Logic and the modalities in the Twentieth Century*, Amsterdam, Elsevier, pp. 197-288.

Mendonca, Daniel, 1997: *Interpretación y aplicación del derecho*, Almería, Universidad de Almería.

Mendonca, Daniel, 2001: *Exploraciones normativas. Hacia una teoría general de las normas*, Mexico, Fontamara, 2da. Edición.

Mendonca, Daniel, 2012: "Exceptions", en Ferrer, Jordi y Ratti, Giovanni Battista (editores), *The logic of legal requirements, essays on defeasibility*, Oxford, Oxford University Press, pp. 202-208.

Mendonca, Daniel, Ullmann-Margalit, Edna, y Aguiló Regla, Josep, 2019: *Presunciones*, Ciudad de México, Fontamara.

Miller, Leonard, 1956: "Rules and exceptions", *Ethics*, Vol. 66, Nº 4, pp. 262-70.

Moniz, Lopes, Pedro, 2017: "The syntax of principles: genericity as a logical distinction between rules and principles", *Ratio Juris*, Vol. 30 Nº 4, pp. 471-90.

Moniz Lopes, Pedro, 2019: *Derrotabilidade Normativa e Normas Administrativas. O enquadramento das normas regulamentares na teoria dos conflitos normativos*, Lisboa, AAFDL Editora.

Monti, Ezequiel, 2016: "Universalismo y particularismo: desde la Moral al Derecho". *Discusiones*, Nº 16, pp. 223-58.

Moreso, José Juan, 1997: *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, Madrid, CEPC.

Moreso, José Juan, 2001: "El encaje de las piezas del derecho (Primera Parte)", *Isonomía*, Nº 14, pp. 135-57.

Moreso, José Juan, 2002: "Guastini sobre la ponderación", *Isonomía*, Nº 17, pp. 227-249.

Moreso, José Juan, 2005a: "Cristina Redondo sobre Razones y Normas**",** *Discusiones*, Nº 5, pp. 67-85.

Moreso, José Juan, 2005b: "A brilliant disguise: entre fuentes y lagunas", en Atria, Fernando, Bulygin, Eugenio, Moreso, José Juan, Navarro, Pablo, Rodríguez, Jorge y Ruiz Manero, Juan, *Lagunas en el derecho, una controversia sobre el derecho y la función judicial*, Madrid, Marcial Pons, pp. 185-203.

Moreso, José Juan, 2008: "Condicionalidad, derrotabilidad y conflicto entre normas", en Ortega, Santiago (compilador), *Interpretación y razonamiento jurídico*, Lima, Hermeneia editores, pp. 89-112.

Moreso, José Juan, 2009: *La Constitución: modelo para armar*, Madrid, Marcial Pons.

Moreso, José Juan, 2013: "The importance of being George o lo que las autoridades jurídicas pueden y no pueden hacer (por razones conceptuales)", *Analisi e Diritto,* pp. 45-53.

Moreso, José Juan, 2015: "Virtudes, particularismo y aplicación del derecho", en Luque, Pau (editor) *Particularismo. Ensayos de filosofía del derecho y filosofía moral,* Madrid, Marcial Pons*,* pp. 187-200.

Moreso, José Juan, 2016: "Complicaciones morales y estructuras constitucionales". I Congreso de Filosofía del Derecho para el Mundo Latino: http://iusfilosofiamundolatino.ua.es/download/Moreso%20ponencia.pdf.

Moreso, José Juan, 2017: "Atienza: dos lecturas de la ponderación". en Aguiló, Josep y Grández, Pedro (editores), *Sobre el razonamiento judicial. Una discusión con Manuel Atienza*, Lima, Palestra, pp. 205-220.

Moreso, José Juan y Navarro, Pablo, 1993: *Orden jurídico y sistema jurídico. Una investigación sobre la identidad y la dinámica de los sistemas jurídicos*, Madrid, CEPC.

Moreso, José Juan y Navarro, Pablo, 1996: "Aplicabilidad y eficacia de las normas jurídicas", *Isonomía*, Nº 5, pp. 119-139.

Moreso, José Juan y Navarro, Pablo, 1998: "The reception of norms, and open legal systems", en Pulson, Stanley y Litschewski, Bonnie (editores), *Normativity and norms: critical perspectives on kelsenian themes*, Oxford, Oxford University Press, pp. 273-292.

Moreso, José Juan, Navarro, Pablo y Redondo, María Cristina, 2002: "Indeterminación semántica y lagunas normativas", en Moreso, José Juan, Navarro, Pablo y Redondo, María Cristina (compiladores), *Conocimiento jurídico y determinación normativa*, Ciudad de México, Fontamara, pp. 47-68.

Moreso, José Juan, Navarro, Pablo y Redondo, María Cristina, 2003: "Bivalencia, antinomias y contradicciones. Un ensayo sobre *Truth-Logics* de G.H. Von Wright"**,** *Doxa*, Nº 26, pp. 127-144

Moreso, José Juan y Rodríguez, Jorge, 2010: "Estudio introductorio: Carlos E. Alchourrón y la máxima de la mutilación mínima", en Carlos Alchourrón, *Fundamentos para una Teoría General de los Deberes*, Madrid, Marcial Pons, pp. 11-76.

Narváez, Maribel, 2002-2003: "Enunciados filosóficos vs. Enunciados teóricos. El caso de la textura abierta del derecho", *Analisi e Diritto*, pp. 211-40.

Navarro, Pablo, 1993: "Sistema Jurídico, casos difíciles y conocimiento del derecho", *Doxa*, Nº 14, pp. 243-68.

Navarro, Pablo, 2000: "Sistemas normativos, derrotabilidad y conocimiento del derecho", *Isonomía*, Nº 13, pp. 7-9.

Navarro, Pablo, 2005a: "Acerca de la inevitabilidad de la interpretación", *Isonomía*, Nº 22, pp. 99-122.

Navarro, Pablo, 2005b: "Casos difíciles, lagunas en el derecho y discreción judicial", en Atria, Fernando, Bulygin, Eugenio, Moreso, José Juan, Navarro, Pablo, Rodríguez, Jorge y Ruiz Manero, Juan, *Lagunas en el derecho, una controversia sobre el derecho y la función judicial*, Madrid, Marcial Pons, pp. 87-102.

Navarro, Pablo, 2006: “Lagunas de conocimiento y lagunas de reconocimiento”, *Análisis Filosófico*, Vol. XXVI, Nº 2, pp. 190-228.

Navarro, Pablo, 2007: “Normas condicionales y falacia naturalista”, Doxa, Nº 30, pp. 601-16.

Navarro, Pablo, 2014: “Hechos y normas aplicables. Comentarios en torno a una propuesta de Ricardo Caracciolo”, *Isonomia*, Nº 40, pp. 147-159.

Navarro, Pablo, 2020: “Lagunas en el Derecho y casos irrelevantes”, *Doxa*, Nº 43, pp. 159-87.

Navarro, Pablo, Orunesu, Claudina, Rodríguez, Jorge y Sucar, Germán, 2004: “Applicability of legal norms”. *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, Vol. 17, Nº 2, pp. 337-59.

Navarro, Pablo y Rodríguez, Jorge, 2000: “Derrotabilidad y sistematización de normas jurídicas”, *Isonomía*, Nº 13, pp. 61-85.

Navarro, Pablo y Rodríguez, Jorge, 2014: *Deontic logic and legal systems*, Cambridge, Cambridge University Press.

Navarro, Pablo y Rodríguez, Jorge 2015: “Entailed norms and the systematization of law”, en Araszkiewicz, Michał y Płeszka, Krysztof (editores), *Logic in the theory and practice of lawmaking*, Cham, Springer, pp. 97-114.

Nieva Fenoll, Jordi, Ferrer Beltrán, Jordi, y Giannini, Leando, 2019: *Contra la carga de la prueba*, Madrid, Marcial Pons.

Nino, Carlos Santiago, 1987: *Introducción a la filosofía de la acción humana*, Buenos Aires, Eudeba.

Nino, Carlos Santiago, 2003: *Introducción al análisis del derecho* (2da edición), Buenos Aires, Astrea.

Núñez Vaquero, Álvaro, 2018: "Precedente en materia de hechos", *Revista de Derecho*, Vol. XXXI, Nº 1, pp. 51-78.

Núñez Vaquero, Álvaro, 2017a: *Teorías normativas de la ciencia y de la dogmática jurídicas*, Lima, Palestra.

Núñez Vaquero, Álvaro, 2017b: "Sin precedentes: una mirada escéptica a la regla del stare decisis", *Doxa*, Nº 39, pp. 127-56.

Núñez Vaquero, Álvaro, 2017c: "Ponderativismo y racionalidad de toma de decisiones", en Aguiló, Josep y Grández, Pedro (editores), *Sobre el razonamiento judicial. Una discusión con Manuel Atienza*, Lima, Palestra, pp. 245-276.

Núñez Vaquero, Álvaro, 2020: "La relevancia de los hechos para la interpretación y aplicación (analógica) de precedentes", en Gascón Abellán, Marina y Núñez Vaquero, Álvaro (editores), *La construcción del precedente en el civil law*, Barcelona, Atelier, pp. 81-106.

Nute, Donald, 2003: "Defeasible Logic", en Bartenstein, Oskar, Geske Ulrich, Hannebauer, Markus y Yoshie, Osamu (editores), *Web Knowledge Management and Decision Support. INAP 2001. Lecture Notes in Computer Science*, Berlin, Springer, pp. 151-169.

Olenn, Julie, 2001: "Til death do us part: New York's slayer rule and ir re Estates of Covert", *Buffalo Law Review*, Vol. 49, Nº 3, pp. 1341-78.

Oller, Carlos, 2004: "Condicionales normativos y lógica deóntica", en Gladys Palau (editora), *Lógicas condicionales y razonamiento de sentido común*, Barcelona, Gedisa, pp. 139-156.

Oller, Carlos, 2011: "Lógica deóntica, obligaciones prima facie e inferencia no-monótona", en Javier Legris (compilador), *Perspectivas en Lógica Deóntica*, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, pp. 21-30.

Orunesu, Claudina, 2012: *Positivismo jurídico y sistemas constitucionales*, Madrid, Marcial Pons,

Orunesu, Claudina y Rodríguez, Jorge, 2004: "Introducción. Las variedades de reglas", en Schauer, Frederick, *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basadas en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*, Madrid, Marcial Pons, pp. 57-74.

Orunesu, Claudina y Rodríguez, Jorge, 2017: "Inconstitucionalidad, derogación y escepticismo interpretativo", *Analisi e Diritto*, pp. 237-256.

Orunesu, Claudina, Rodríguez, Jorge y Sucar, Germán, 2001: "Inconstitucionalidad y derogación", *Discusiones*, Nº 2, pp. 11-58.

Parodi, Gianpaolo, 1996: "Lacune e norme inespresse nella giurisprudenza costituzionale", en Comanducci, Pablo y Guastini, Riccardo (editores), *Struttura e dinamica dei sistemi giuridici*, Turín, Giappichelli, pp. 87-116.

Palau, Gladys, 2004: "A manera de síntesis", en Gladys Palau (editora), *Lógicas condicionales y razonamiento de sentido común*, Barcelona, Gedisa, pp. 157-170.

Palladino, Dario y Palladino, Claudia, 2007: *Logiche non classiche*, Roma, Carocci.

Pauwelyn, Joost, 2003: *Conflict of norms in public international law. How WTO law realtes to other rules of international law*, Cambridge, Cambridge University Press.

Pauwelyn, Joos, 2020: "Defences and the burden of proof in international law", en Bartels, Lorand y Paddeu, Federica (editores), *Exceptions in International Law*, Oxford, Oxford University Press, pp. 88-107.

Pazos, María Inés, 2009: *Normas derrotables e inferencia falible*. Memoria de prueba para optar al grado de Doctor, leída ante la Comisión Universitaria de la Universidad Nacional Autónoma de México. Disponible en https://ru.dgb.unam.mx/handle/DGB_UNAM/TES01000642564

Peczenik, Aleksander y Wroblewski, Jerzy, 1985: "Fuzzines and trasnfomation: towards explainin legal reasoning", *Theoria*, Vol. 51, Nº 1, pp. 24-44.

Pérez Bermejo, Juan Manuel, 2009: "Normas jurídicas, conflictos y derrotas: entre reglas ad hoc y sub specie", *Analisi e Diritto*, pp. 11-60.

Pérez Bermejo, Juan Manuel, 2012: "Principles, Conflicts, and Defeats: An Approach from a Coherentist Theory", en Ferrer, Jordi y Ratti, Giovanni Battista (editores), *The logic of legal requirements, essays on defeasibility*, Oxford, Oxford University Press, pp. 288-308.

Pietroski, Paul, 1993: Prima Facie Obligations, Ceteris Paribus Laws in Moral Theory, *Ethics*, Vol. 103, Nº 3, pp. 489-515.

Pitcher, George, 1960: "Hart on Action and Responsibility", *The Philosophical Review*, Vol. 69, Nº 2, pp. 226-235

Poggi, Francesca, 2018: "Deffentibilità e interpretazione giuridica: Osservazioni a margine di Riccardo Guastini", en Ratti, Giovanni Battista y Chiassoni, Pierluigi (editores), *L'arte della distinzione. Scritti per Riccardo Guastini, Vol 1*, Madrid, Marcial Pons, pp. 87-102.

Pinkal, Manfred, 1985: *Logic and lexicon*, Cham, Springer.

Pino, Giorgio, 2008: "Norme e gerarchie normative", *Analisi e Diritto*, pp. 263-99.

Pino, Giorgio, 2012: "La aplicabilidad de las normas jurídicas" en Moreso, José Juan y Martí, José Luis (editores), *Contribuciones a la Filosofía del Derecho Imperia en Barcelona 2010*, Madrid, Marcial Pons, pp. 57-96.

PINO, Giorgio, 2013a: *Derechos fundamentales, conflictos y ponderación*, Lima, Palestra.

Pino, Giorgio, 2013b: “Interpretazione cognitiva, interpretazione decisoria, interpretazione creativa”, *Rivista di Filosofia del diritto*», Nº 1, pp. 77-102.

Pino, Giorgio, 2014: *Derechos e interpretación. El razonamiento jurídico en el Estado constitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

Pintore, Anna, 2017: “El formalismo jurídico: un cotejo entre Jori y Schauer”, *Derecho PUCP*, Nº 79, pp. 47-75.

Pollock, John, 1986: “A Theory of Moral Reasoning”, *Ethics*, Nº 96, pp. 506-523.

Poscher, Ralf, 2011: “Aciertos, errores y falso autoconcepto de la teoría de los principios”, en Sieckmann, Jan-R (editor), *La teoría principalista de los derechos fundamentales*, Madrid, Marcial Pons, pp. 71-92.

Poscher, Ralf, 2012a: “The Principles Theory. How many theories and what is their merit?” en Klatt, Matthias (editor), *Institutionalized reason. The jurisprudence of Robert Alexy*, Oxford, Oxford University Press, pp. 218-247.

Poscher, Ralf, 2012b: “Ambiguity and vagueness in legal interpretation”, en Solan, Lawrence y Tiersma, Peter (editores), *The Oxford Handbook of language and law*, Oxford, Oxford University Press, pp. 128-45.

Postema, Gerald, 1991: “Positivism, I presume?... comments on Schauer’s “Rules and the Rule of Law”, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Vol. 14, Nº 3, pp. 797-822.

Powers, Lawrence, 1967: “Some deontic logicians”, Noûs, Vol 4, Nº 1, pp. 381-400.

Prakken, Henry, 1997: *Logical tools for modelling legal argument. A Study of defeasible reasoning in law*, Dordercht, Springer.

Prakken, Henry, 1999: “On formalizing burden of proof in legal argument”, Diponible en web:
https://pdfs.semanticscholar.org/0c71/83585a69132b58ef21283ebffb546bad4d8d.pdf

Prakken, Henry, 2001: "Modelling defeasibility in law: logic or procedure?", *Fundamenta Informaticae,* Vol. 48, pp. 253-71.

Prakken, Henry y Sartor, Giovanni, 2004: "The three faces of defeasibility in the law", *Ratio Juris*, Vol. 17, Nº 1, pp. 118-39.

Prakken, Henry y Sartor, Giovanni, 2006: "Presumptions and burdens of proof", en T.M. Van Engers, (editor), *Legal Knowledge and Information Systems. JURIX 2006: The Nineteenth Annual Conference*. Amsterdam: IOS Press, pp. 21-30.

Prakken, Henry y Sartor, Giovanni, 2009: "A logical analysis of the burden of proof" en Hendrik Kaptein, Henry Prakken y Bart Veheij (editores), *Legal evidence and proof. Statistics, stories, logic*, Aldershot: Ashgate Publishing Limited, pp. 223-254.

Prakken, Henry y Vreeswijk, Gerard, 2002: "Logics for Defeasible Argumentation", en Gabbay Dov, y Guenthner Franz, (editores), *Handbook of Philosophical Logic Volume 4*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, pp. 219-319.

Prieto Sanchís, Luis, 1996: "Diez argumentos sobre principios", *Jueces para la Democracia*, Nº 26, pp. 41-49.

Prieto Sanchís, Luis, 1998: *Ley, principios, derechos*, Madrid, Dykinson.

Prieto Sanchis, Luis, 2016: *Apuntes de Teoría del Derecho*, Madrid, Trotta.

Pulido Ortiz, Fabio, 2018: *Jueces y reglas: la autoridad del precedente judicial*, Chía, Universidad de La Sabana.

Rábanos, Julieta, 2019: "Norme sui diritti umani: tra principi e regole", en Ivaldi, Paola y Schiano di Pepe, Lorenzo (editores), *I diritti umani settant'anni dopo L'attualità della Dichiarazione universale tra questioni irrisolte e nuove minacce*, Génova, Universitá di Genova, pp. 33-43.

Rábanos, Julieta, 2018: "El filósofo, el legislador, y el sistema. Un comentario sobre la postura (o falta de ella) de Eugenio Bulygin sobre el legislador y su rol en los sistemas jurídicos", *Revus*, Nº 35. Disponible en: http://journals.openedition.org/revus/3799

Ratti, Giovanni Battista, 2007: "Dos modelos de relevancia normativa", en Moreso, José Juan y Redondo, María Cristina, *Un diálogo con la teoría del derecho de Eugenio Bulygin*, Madrid, Marcial Pons, pp. 153-70.

Ratti, Giovanni Battista, 2013a: *El gobierno de las normas*, Madrid, Marcial Pons.

Ratti, Giovanni Battista, 2013b: "Normative inconsistency and logical theories: a first critique of defeasibilism", en Araszkiewicz, Michał y Šavelka, Jaromir (editores), *Coherence: insight from philosophy, jurisprudence and artificial intelligence*, Dordrecht, Springer, pp. 123-136.

Ratti, Giovanni Battista, 2013c: "Tres disyuntivas teóricas en la reconstrucción de los órdenes jurídicos", *Analisi e Diritto*, pp. 55-67.

Ratti, Giovanni Battista, 2014: "Un poco de realismo sobre inconstitucionalidad y derogación", *Discusiones,* Nº 14, pp. 253-76.

Ratti, Giovanni Battista, 2015a: "Negation in legislation", en Araszkiewicz, Michał y Płeszka, Krysztof (editores), *Logic in the theory and practice of lawmaking*, Cham, Springer, pp. 137-158.

Ratti, Giovanni Battista, 2015b: "An analysis of some juristic techniques for handling systematic defects in the law", en Bustamante, Thomas y Dahlman, Christian (editores), *Argument types and fallacies in legal argumentation*, Dordrecht, Springer, pp. 151- 178.

Ratti, Giovanni Battista, 2016: "Normas jurídicas y contradicciones", en Redondo, María Cristina y Navarro, Pablo (editores), *La filosofía desde el derecho, homenaje a Ricardo Caracciolo*, México, Fontamara, pp. 231-244.

Ratti, Giovanni Battista, 2017a: “Like a bridge over troubled water. Deontic formalization and its discontents”, *Analisi e Diritto*, pp. 315-24.

Ratti, Giovanni Battista, 2017b: “Rational law-giving: structural and interpretative queries”, *Analisi e Diritto*, pp. 83-100.

Ratti, Giovanni Battista, 2018a, “Carnice e insiemi” en Ratti, Giovanni Battista y Chiassoni, Pierluigi (editores), *L'arte della distinzione. Scritti per Riccardo Guastini, Vol II*, Madrid, Marcial Pons, pp. 317-323.

Ratti, Giovanni Battista, 2018b: “Tres addenda a sistemas normativos”, *Doxa*, Nº 41, pp. 85-99.

Ratti, Giovanni Battista y Rodríguez, Jorge, 2015: “On Coherence as a Formal Property of Normative Systems”, *Revus*, Nº 27, pp. 131-46.

Ratti, Giovanni Battista y Rodríguez, Jorge, 2018: “Los principios fundamentales de la lógica en el derecho”, *Analisi e Diritto*, 2018-1, pp. 159-69.

Raz, Joseph, 1986: *El concepto de sistema jurídico*, Ciudad de México, UNAM.

Redondo, María Cristina, 1996: “Inconstituzionalità e lagune normative”, en Comanducci, Pablo y Guastini, Riccardo (editores), *Struttura e dinamica dei sistemi giuridici*, Turín, Giappichelli, pp. 117-24.

Redondo, María Cristina, 1997: “Teorías del derecho e indeterminación normativa”, *Doxa*, Nº 20, pp. 177-196.

Redondo, María Cristina, 1998: “Reglas ‘genuinas’ y positivismo jurídico”, *Analisi e Diritto*, pp. 243-276.

Redondo, María Cristina, 2000: “Lógica y concepciones del derecho”, *Isonomía*, Nº 13, pp. 35-54.

Redondo, María Cristina, 2006: "Sobre la completitud de los sistemas jurídicos", *Análisis Filosófico*, Vol. XXVI, Nº 2, pp. 294-324.

Redondo, María Cristina, 2012: "Reasons for Action and Defeasibility" en Ferrer, Jordi y Ratti, Giovanni Battista (editores), *The logic of legal requirements, essays on defeasibility*, Oxford, Oxford University Press, pp. 309-325.

Redondo, María Cristina, 2015: "Dos modelos de norma y razonamiento práctico", en Luque, Pau (editor), *Particularismos, ensayos de filosofía del derecho y filosofía moral*, Madrid, Marcial Pons, pp. 59-88.

Regan, Donald, 1989: "Authority and value: reflections on Raz's Morality of Freedom", *California Law Review*, Vol. 62, p. 995-1095.

Reyes, Consuelo, 2020: "Sobre cuestiones prácticas de interpretación. Comentarios sobre 'La interpretación jurídica en un estado constitucional', en Lifante Vidal I., Argumentación e Interpretación Jurídica. Escepticismo, intencionalismo y constructivismo", *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*. En prensa.

Richardson, Henry, 1990: "Specifying norms as a way to resolve concrete ethical problems", *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 19, Nº 4, pp. 279-310.

Ródenas, Ángeles, 1998: "Entre la transparencia y la opacidad. Análisis del papel de las reglas en el razonamiento judicial", *Doxa*, Nº 21-I, pp. 99-121.

Ródenas, Ángeles, 2001: "En la penumbra: indeterminación, derrotabilidad y aplicación judicial de normas", *Doxa*, Nº 24, pp. 63-83

Ródenas, Ángeles, 2004: *Razonamiento judicial y reglas*, Ciudad de México, Fontamara.

Ródenas, Ángeles, 2012: *Los intersticios del derecho. Indeterminación, validez y positivism jurídico*, Madrid, Marcial Pons.

Ródenas, Ángeles, 2015: "Normas regulativas: principios y reglas", en González Lagier,

Daniel (editor), *Conceptos básicos del derecho*, Madrid, Marcial Pons, pp. 15-26.

Rodríguez, Jorge, 1995: "Contradicciones normativas: jaque a la concepción deductivista de los sistemas jurídicos", *Doxa*, Nº 17-18, pp. 357-82.

Rodríguez, Jorge, 1999: "Lagunas axiológicas y relevancia normativa", *Doxa*, Nº 22, pp. 349-69.

Rodríguez, Jorge, 2002: *Lógica de los sistemas jurídicos*, Madrid, CEPC.

Rodríguez, Jorge, 2003a: "La derrotabilidad de las normas jurídicas" en Bayón, Juan Carlos y Rodríguez, Jorge, *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales. El debate Bayón-Rodríguez sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 67-102.

Rodríguez, Jorge, 2003b: "Derrotabilidad e indeterminación del derecho. Respuesta a Juan Carlos Bayón", en Bayón, Juan Carlos y Rodríguez, Jorge, *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales. El debate Bayón-Rodríguez sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 209-262.

Rodríguez, Jorge, 2004: "Constitución y conflicto", *Revista Ideas & Derecho*, *Revista de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho*, Nº 4, pp. 85-120.

Rodríguez, Jorge, 2005a: "Normas y Razones: aspectos lógicos y sustantivos", *Discusiones*, Nº 5, pp. 9-27.

Rodríguez, Jorge, 2005b: "Un dilema en la representación de las normas condicionales", *Isonomía*, Nº 23, pp. 97-114.

Rodríguez, Jorge, 2005c: "La imagen actual de las lagunas en el Derecho", en Atria, Fernando, Bulygin, Eugenio, Moreso, José Juan, Navarro, Pablo, Rodríguez, Jorge y Ruiz Manero, Juan, *Lagunas en el derecho, una controversia sobre el derecho y la función judicial*, Madrid, Marcial Pons, pp. 127-58.

Rodríguez, Jorge, 2011: "Algunas dificultades en la reconstrucción de la dinámica jurídica", en Ferrer, Jordi y Ratti, Giovanni Battista (editores), *El realismo jurídico genovés*, Madrid, Marcial Pons, pp. 117-146.

Rodríguez, Jorge, 2012a: "Against defeasibility of legal rules" en Ferrer, Jordi y Ratti, Giovanni Battista (editores), *The logic of legal requirements, essays on defeasibility*, Oxford, Oxford University Press, pp. 89-107.

Rodríguez, Jorge, 2012b: "Dinámica jurídica y persistencia del derecho", *Revista Ideas & Derecho, Revista de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho*, Nº 8, pp. 119-36.

Rodríguez, Jorge, 2015: "Sistemas normativos, lagunas jurídicas y clausura lógica", *Anuario de Filosofía del Derecho*, Nº 31, pp. 11-34.

Rodríguez, Jorge, 2017a: "Defeasibility and burden of proof", *Materiali per una storia della cultura giuridica*, Vol. XLVII, Nº 1, pp. 243-57.

Rodríguez, Jorge, 2017b: *Razonamiento y decisión judicial la justificación de las decisiones judiciales en las democracias constitucionales*, Buenos Aires, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Rodríguez, Jorge, 2017c: "On bridges, islands, and conditionals norms", *Analisi e Diritto*, pp. 325-34.

Rodríguez, Jorge, 2019: "Dos observaciones sobre la justificación jurídica", *Analisi e Diritto*, pp. 69-88.

Rodríguez, Jorge y Sucar, German, 2003: "Las trampas de la derrotabilidad. Niveles de análisis de la indeterminación del derecho" en Jorge Luis Rodríguez, y Juan Carlos Bayón, *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 103-153.

Rodríguez, Jorge y Vicente, Daniel, 2009: "Aplicabilidad y validez de las normas del derecho internacional", *Doxa*, pp. 177-204.

Rodríguez Santander, Roger, 2015: *Una teoría sobre la derrotabilidad jurídica en el Estado Constitucional*. Memoria de prueba para optar al grado de Doctor, leída ante la Comisión Universitaria de la Universidad Carlos III de Madrid. Disponible en https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/22404/roger_rodriguez_tesis.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Ross, Alf, 1963: *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Eudeba.

Ross, Alf, 1971: *Lógica de normas*, Madrid, Tecnos.

Ross, David, 1994: *Lo correcto y lo bueno*, Salamanca, Sígueme.

Rubino, Rossella, 2009: *Una implementazione della logica defeasible temporale per il ragionamento giuridico*. Memoria de prueba para optar al grado de Doctor, leída ante la Comisión Universitaria de la Universidad de Bologna. Disponible en: http://amsdottorato.unibo.it/1970/

Ruiz Manero, Juan, 1990: *Jurisdicción y normas. Dos estudios sobre función jurisdiccioal y teoría del derecho*, Madrid, CEPC.

Ruiz Manero, Juan, 2005: "Algunas concepciones del derecho y sus lagunas", en Atria, Fernando, Bulygin, Eugenio, Moreso, José Juan, Navarro, Pablo, Rodríguez, Jorge y Ruiz Manero, Juan, *Lagunas en el derecho, una controversia sobre el derecho y la función judicial*, Madrid, Marcial Pons, pp. 103-26.

Ruiz Manero, Juan, 1999: "Algunos límites de la teoría del derecho de Alchourrón y Bulygin", *Isonomía*, Nº 10, pp. 109-27.

Ruiz Manero, Juan. 2008: "Principios, objetivos y valores. Otra vuelta de tuerca", en Ortega, Santiago (compilador), *Interpretación y razonamiento jurídico*, Lima, Hermeneia editores, pp. 149-178.

Ruiz Manero Juan, 2009: “Las virtudes de las reglas y la necesidad de los principios. Algunas acotaciones a Fracisco Laporta”, en Laporta, Francisco, Rodilla, Miguel Ángel y Ruiz Manero, Juan, *Certeza predictibilidad de las relaciones jurídicas*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, pp. 95-122.

Ruiz Manero, Juan, 2010: “Seguimos discutiendo sobre permisos y concepciones del Derecho”, *Doxa*, Nº 33, pp. 297-306.

Ruiz Manero, Juan, 2011: “Sobre la estructura de los diversos tipos de normas regulativas. Una nota sobre una nota de Giovanni Battista Ratti”, *Analisi e Diritto*, pp. 107-16.

Ruiz Manero, Juan, 2015a: “Sistema jurídico: lagunas y antinomias”, en González Lagier, Daniel (editores), *Conceptos básicos del derecho*, Madrid, Marcial Pons, pp. 47-64.

Ruiz Manero, Juan, 2015b: “Dos enfoques particularistas de la ponderación entre principios constitucionales”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Año1, Nº 1, pp. 119-25.

Ruiz Manero, Juan, 2018a: “Algunos problemas de algunas distinciones en la obra de Riccardo Guastini”, en Ratti, Giovanni Battista y Chiassoni, Pierluigi (editores), *L'arte della distinzione. Scritti per Riccardo Guastini, Vol 1*, Madrid, Marcial Pons, pp. 249-260.

Ruiz Manero, Juan (autor) y Alonso, Juan Pablo (coordinador) 2018: *Imperio de la ley y ponderación entre principios*, Buenos Aires, Astrea.

Ryle, Gilbert 2009: *The concept of mind*, Nueva York, Routledge.

Sajeva, Giulia, 2019: “Inside-out. Internal and external limits to rights: does it matter?”, *Diritto & Questioni Pubbliche*, Vol. XIX, Nº 2, pp. 201-23.

Sardo, Alessio, 2018a: “Let’s talk about antinomies, Normative systems reloaded”, *Revus*, Nº 36, disponible en: http://journals.openedition.org/revus/4089

Sardo, Alessio, 2018b: *Due voci del costituzionalismo*, Madrid, Marcial Pons.

Sardo, Alessio, 2019: "Algunas consideraciones acerca de la distinción entre interpretación *en abstracto* e interpretación *en concreto*: Un Balance", *Discusiones*, Nº 23, pp. 209-44.

Sartor, Giovanni, 1991: "The structure of norm conditions and nonmonotonic reasoning", en Suskind, Richard (editor), *ICAIL '91: Proceedings of the 3rd international conference on Artificial intelligence and law,* Nueva York, Association for Computing Machinery, pp. 155-64.

Sartor, Giovanni, 1993: "Defeasibility in Legal Reasoning", *Rechtstheorie,* Vol. 24, pp. 281-316.

Sartor, Giovanni, 1995: "Deafesibility in legal reasoning" en: Zenon Bankowski, Ian White y Ulrike Hahn (editores), *Informatics and the foundations of legal reasoning*, Dordrecht: Springer, pp. 119-158.

Sartor, Giovanni, 2005: "*A treatise of legal philosophy and general jurisprudence. Volumen 5: Legal reasoning, a cognitive approach to the law*, Dordrecht, Springer.

Sartor, Giovanni, 2006: "Syllogism and Defeasibilty: A Comment on Neil MacCormick's Rhetoric and the Rule of Law", *EUI-LAW Working Papers,* Nº 23, pp. 1-13.

Sartor, Giovanni, 2008: "Defeasibility in law", en: Giorgio Bongiovanni, Gerald Postema, Antonino Rotolo, Giovanni Sartor, Chiara Valentini y Douglas Walton (editores), *Handbook of legal reasoning and argumentation*, Dordrecht, Springer, pp. 315-364.

Sartor, Giovanni, 2018: "Defeasibility in law", en Giorgio Bongiovanni, Gerald Postema, Antonino Rotolo, Giovanni Sartir, Chiara Valentini y Douglas Walton (editores), *Handbook of legal reasoning and argumentation*, Dordrecht, Springer, pp. 315-364.

Schauer, Frederick, 1981a: “Categories and the First Amendment: A Play in Three Acts”, *William & Mary Law School Scholarship Repository*, Vol. 34, pp. 265-307.

Schauer, Frederick, 1981b: “Can Rights be Abused?”, *The Philosophical Quarterly*, Vol. 31, Nº 124, pp. 225–230.

Schauer, Frederick, 1985: “Easy cases”, *Southern California Law Review*, Nº 58, pp. 399-440.

Schauer, Frederick, 1988: “Formalism”, *The Yale Law Journal*, Vol. 97, No. 4, pp. 509-48.

Schauer, Frederick, 1989: “Rules, the rule of law, and the Constitution”, *Constitutional commentary*, Vol. 6, pp. 69-85.

Schauer, Frederick, 1991: “Exceptions”, *The University of Chicago Law Review*, Vol. 58, Nº 3, pp. 871-99.

Schauer, Frederick, 1998: “On the Supposed Defeasibility of Legal Rules”, *Current Legal Problems*, Vol. 51, Nº 1, pp. 223–240.

Schauer, Frederick, 2001: “The Convergence of Rules and Standards”, *Regulatory Policy Program Working Paper RPP-2001-07*, pp. 1-23.

Schauer, Frederick, 2004: *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basadas en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*, Madrid, Marcial Pons.

Schauer, Frederick, 2008: “A critical guide to vehicles in the park”, *New York University Law Review*, Vol. 83, pp. 1109-34.

Schauer, Frederick, 2012: “Is defeasibility an essential property of law?”, en Ferrer, Jordi y Ratti, Giovanni Battista (editores), *The logic of legal requirements, essays on defeasibility*, Oxford, Oxford University Press, pp. 77-88.

Schauer, Frederick, 2013a: *Pensar como un abogado. Una nueva introducción al razonamiento jurídico*, Madrid: Marcial Pons.

Schauer, Frederick, 2013b: "On the open texture of law", en Blöser, Claudia, Janvid, Mikael, Matthiessen, Hannes Ole y Willaschek, Marcos (editores), *Defeasibility in philosophy, Knowledge, agency, responsibility, and the law*, Amsterdam, Ediciones Rodopi, pp. 198-215.

Schauer, Frederick, 2015: "Legal fictions revisited", en Del Mar, Maksymilian y Twining, William (editores), *Legal fictions in theory and practice*, Cham, Springer, pp. 113-130.

Schauer, Frederick, 2017a: "Being a reason, having a reason, giving a reason", *Analisi e Diritto*, pp. 101-12.

Schauer, Frederick 2017b: "On the nature of legal reasoning. Comments on a Symposium", *Materiali per una storia della cultura giuridica*, Vol. XLVII, Nº 1, pp. 277-92.

Schauer, Frederick, 2020: "Rules, defeasibility, and the psychology of exceptions", en Bartels, Lorand y Paddeu, Federica (editores), *Exceptions in International Law*, Oxford, Oxford University Press, pp. 55-64.

Schlag, Pierre, 1985: "Rules and Standards", *University of Colorado Law Review*, Vol. 33, pp. 379-430.

Searle, John, 1978: "*Prima facie* obligations", en Raz, Joseph (editor), *Practical Reasoning*, Oxford, Oxford University Press, pp. 81-91.

Searle, John, 1994: *Actos de habla, ensayo de filosofía del lenguaje*, Buenos Aires, Editorial Planeta.

Sen, Amartya, 2008: *Elección colectiva y bienestar social*, Madrid, Alianza Universidad.

Serbena, Cesar Antonio (ed.), 2012: *Teoria da Derrotabilidade: pressupostos teóricos e aplicações*. Curitiba: Juruá.

Shope, Robert, 1965: "Prima facie duty", *The Journal of Philosophy*, Vol. 62, Nº 11, pp. 279-87.

Sinnot-Armstrong, Walter, 1999: "Some varieties of particularsm", *Metaphilosophy*, Vol. 30, Nº 1/2, pp. 1-12.

Sinnot-Armstrong, Walter, 2006: *Moral skepticisms*, Oxford, Oxford University Press.

Snares, Frank, 1974: "The definition of prima facie duties", *The Philosophical Quarterly*, Vol. 24, Nº 96, pp. 235-244.

Sneddon, Andrew, 2006: *Action and responsibility*, Dordrecht, Springer.

Soeteman, Arend, 1989: *Logic in law, remarks on logic and rationality in normative reasoning, especially in law*, Dordrecht, Springer.

Soeteman, Arend, 1995: "Formal Aspects of Legal Reasoning", *Argumentation*, Nº 9, pp. 731-746.

Soeteman, Arend, 1997: "On Legal Gaps", en Garzón Valdés, Ernesto y Von Wright, Georg (editores), *Normative Systems in Legal and Moral Theory. Festschrift for Carlos Alchourrón and Eugenio Bulygin*, Berlin, Duncker, pp. 323-332.

Soeteman, Arend, 2003: "Legal logic? Or can we do without?", *Artificial Intelligence and Law*, Vol. 11, pp. 197-210.

Sorensen, Roy, 2018: "Vagueness", *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, disponible en: https://plato.stanford.edu/entries/vagueness/

Stegmüller, Wolfgang, 1979: *Teoría y experiencia*, Barcelona, Ariel.

Stelmach, Jerzy y Brozek, Bartosz, 2006: *Methods of legal reasoning*, Cham, Springer.

Stone, Julius, 1985: *Precedent and law*, Melbourne, Butterworths.

Strahovnik, Vojko, 2012: "Defeasibility of Moral and Legal Norms", *Dignitas,* Nº 53/54, pp. 101–115.

Strahovnik, Vojko, 2016: "Defeasibility, norms and exceptions: normalcy model", *Revus*, Nº 29, pp. 61-76.

Sugarman, David y Hart, H.L.A., 2005: "Hart Interviewed: H.L.A. Hart in Conversation with David Sugarman", *Journal of Law and Society*, Vol. 32, Nº 2, pp. 267-293.

Susskind, Richard, 1987: *Expert Systems in Law. A jurisprudential inquiry*, Oxford: Clarendon Press.

Tarello, Giovanni, 2013: *La interpretación de la ley*, Lima, Palestra.

Taruffo, Michele, 2008: *La prueba*, Madrid, Marcial Pons.

Taruffo, Michele, 2009: *La Prueba. Artículos y Conferencias*, Santiago de Chile, Editorial Metropolitana.

Taruffo, Michele, 2018: "La carga como figura procesal", *Revista Justicia y Derechos Humanos*, Nº 1, pp. 237-249.

Tohme, Fernando y Loui, Ronald, 1996: "Alchorron's defeasible conditionals and defeasible reasoning", Disponible en web: https://openscholarship.wustl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1420&context=cse_research

Toulmin, Stephen, 2003: *Los usos de la argumentación*, Barcelona, Editorial Península.

Toumela, Raimo, 1978 (editor): *Dispositions*, Dordrecht, Springer.

Tur, Richard, 2001: “Defeasibilism”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 21, No. 2, pp. 355-68.

Tussman, Joseph y TenBrock, Jacobus, 1949: “The equal protection of the laws”, *California Law Review*, Vol. XXXVII, Nº 3, pp. 341-81.

Twining, William y Miers, David, 2010: *How to do things with rules. A primer of interpretation*, Cambridge, Cambridge University Press.

Úbeda, José Pedro, 2006: “La lógica formal frente al derecho”, en Casaban Moya, Enric (coordinador), *XVI Congrés Valencià de Filosofia: València, Facultat de Filosofia i Ciències de l'Educació. 6, 7 i 8 d'abril de 2006,* Valencia, Universidad de Valencia, pp. 7-25.

Van Der Torre, Leendert Willem Nicolaas, 1997: Reasoning about obligations, defeasibility in preference-based deontic logic. Tesis para obtener el grado de Doctor, leída ante la Comisión de la Universidad de Rotterdam. Disponible en http://icr.uni.lu/leonvandertorre/papers/thesis.pdf

Väyrynen, Pekka, 2009: “A Theory of Hedged Moral Principles”, en Shafer-Landau, Russ (editor), *Oxford Studies in Metaetichs, Volume 4*, Oxford, Oxford University Press, pp. 91-132.

Velluzi, Vito, 1998: “«Interpretación sistemática»: ¿un concepto realmente útil? consideraciones acerca del sistema jurídico como factor de interpretación”, *Doxa*, Nº 21-I, pp. 65-82.

Velluzi, Vito, 2008: “Interpretazione degli enunciati normativi, linguaggio giuridico, certezza del diritto”, *Criminalia, Annuario di scienze penalistiche*, pp. 493-507.

Viñuales, Jorge, 2020: “Seven ways of escaping a rule: of exceptions and their avatars in international law”, en Bartels, Lorand y Paddeu, Federica (editores), *Exceptions in International Law*, Oxford, Oxford University Press, pp. 65-87.

Von Wright, George, 1951a: *A treatise on induction and probability*, Londres, Routledge.

Von Wright, George, 1951b: "Deontic Logic", *Mind*, Vol. 60, Nº 237, pp. 1-15.

Von Wright, George, 1963: *The logic of preference*, Edimburgo, Edimburg University Press.

Von Wright, George, 1970: *Norma y acción. Una investigación lógica*, Madrid, Tecnos.

Von Wright, George, 1972: "The logic of preference reconsidered", *Theory and Decision*, Vol. 3, Nº 2, pp. 140-69.

Von Wright, George, 1981: "Problems and prospects of deontic logic -a survey", en Agazzi, Evandro (editor), *Modern Logic – A Survery. Historical, philosophical, and mathematical aspects of modern logic and its applications*, Londres, Riedel Publishing, pp. 399-424.

Von Wright, George, 1991: "Is there a logic of norms?", *Ratio Juris*, Vol. 4, Nº 3, pp. 67-79.

Von Wright, George, 1999: "Deontic Logic: a personal view", *Ratio Juris*, Vol. 12, Nº 1, pp. 26-38.

Von Wright, George, 2001: *Normas, verdad y lógica*, Ciudad de México, Fontamara.

Von Wright, George, 2010: *La variedad de lo bueno*, Madrid, Marcial Pons.

Waldron, Jeremy, 1994: "Vagueness in law and language: some philosophical issues", *California Law Review*, Vol. 82, Nº 3, pp. 509-40.

Waismann, Frederick, 1968: "Verificability", en Waisman, Frederick, *How I see philosophy*, Londres, Palgrave Macmillan, pp. 39-66.

Williams, Bernard, 1973: “Ethical Consistency”, en Williams, Bernard, *Problems of the Self, Philosophical papers 1956-1972*, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 166-186.

Williams, Glandivlle., 1988: «The logic of “exceptions”», *The Cambridge Law Journal*, Vol. 47, Nº 2, pp. 261-95.

Williamson, Timothy, 1994: *Vagueness*, Londres, Routledge.

Wroblewski, Jerzy y MacCormick, Neil, 1994: “On Justification and Interpretation”, ARSP-Beiheft, 53, pp. 255-68.

Zorzetto, Silvia, 2011a: *La norma speciale, una nozione ingannevole*, Pisa: ETS.

Zorzetto, Silvia, 2011b: “Norme speciali e deroga”, *Revus, Journal for constitutional theory and philosophy of law*, Nº 15, pp. 69-93.

Zorzetto, Silvia, 2012: “The lex specialis principle and its uses in legal argumentation. An analytical inquiere”, *Eunomía. Revista en Cultura de la legalidad*, Nº 3, pp. 61-87.

Zorzetto, Silvia, 2013a: “La redundancia lingüística y las normas especiales. Algunos usos del principio *lex specialis*”, *Doxa*, Nº 36, pp. 387-415.

Zorzetto, Silvia, 2013b: “Gerarchie normative e criteri di risoluzione delle antinomie. L'approccio realistico non ingenuo di Jordi Ferrer e Jorge Rodríguez”, *Analisi e Diritto,* pp. 69-94.

Zucca, Lorenzo, Lariguet, Guillermo, Martínez Zorrilla, Álvarez, 2011: *Dilemas constitucionales. Un debate sobre sus aspectos*, Madrid, Marcial Pons.

Zuleta, Hugo, 2005: *Razón y elección*, Ciudad de México, Fontamara.

Zuleta, Hugo, 2008: *Norma y Justificación*, Madrid, Marcial Pons

Zuleta, Hugo, 2015: “El principio de proporcionalidad. reflexiones sobre la racionalidad del modelo de Robert Alexy”. Disponible en web https://www.academia.edu/30008861/El_principio_de_proporcionalidad._Reflexiones_sobre_el_modelo_de_Robert_Alexy [consultado el 10.12.2019]