



Derecho PUCP

ISSN: 0251-3420

ISSN: 2305-2546

Pontificia Universidad Católica del Perú - PUCP

García Yzaguirre, Víctor
Derrotabilidad de reglas y principios. Una propuesta de análisis
Derecho PUCP, núm. 87, 2021, Julio-Diciembre, pp. 373-404
Pontificia Universidad Católica del Perú - PUCP

DOI: <https://doi.org/10.18800/derechopucp.202102.011>

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=533671979011>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

UPEM 

Sistema de Información Científica Redalyc
Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso
abierto

Derrotabilidad de reglas y principios. Una propuesta de análisis

Defeasibility of Rules and Principles. A Proposal for Analysis

VÍCTOR GARCÍA YZAGUIRRE*

Universidad de Los Lagos (Chile)

Resumen: En el presente artículo voy a analizar críticamente la propuesta de conceptualización de derrotabilidad de reglas y derrotabilidad de principios en las tesis de Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero. Para tales efectos realizaré una breve reconstrucción de sus propuestas con el fin de justificar tres puntos: a) la derrota de reglas es mejor entendida como un proceso reinterpretativo del material jurídico; b) derrotar reglas no es equivalente a derrotar principios; y c) el lenguaje de las reglas y los principios presenta las mismas operaciones y resultados que el lenguaje de las experiencias recalcitrantes y de las lagunas axiológicas, solo que, a diferencia de estas, el primero de los lenguajes presupone una pretensión prescriptiva sobre cómo debe ser entendido el material jurídico. Para alcanzar estos objetivos tomaré los siguientes pasos: en la sección II presentaré de forma crítica su distinción entre reglas y principios, la noción de lícito e ilícito atípico, y qué quiere decir que las reglas sean resistentes a principios. En la sección III discutiré el que las tesis reconstruidas padezcan de ambigüedad al momento de hablar de derrotabilidad. Presentan, por un lado, un problema de superabilidad entre normas y, por el otro, un problema de relevancia aparente de una norma para resolver un caso individual. Asimismo, ofreceré una propuesta de reformulación de la derrota de reglas desde la teoría de la interpretación. Por último, finalizaré mostrando que el lenguaje de las reglas y los principios presupone una tesis normativa sobre cómo deben ser identificadas las normas.

Palabras clave: Reglas, principios, derrotabilidad, normas de mandato, interpretación

Abstract: In this article I am going to analyze and criticize the proposal for conceptualizing the defeasibility of rules and the defeasibility of principles in the theses of Manuel Atienza and Juan Ruiz Manero. For this purpose, I will carry out a brief critical reconstruction of their proposal of distinction in order to indicate in a concise, clear and precise way how they understand the defeasibility of prescriptive norms. I will do that for the purpose of justifying three points: a) the defeat of rules is better understood as a reinterpretative process of legal material; b) defeating rules is not equivalent to defeating principles; and c) the language of rules and principles presents the same operations and results as the language of recalcitrant experiences and

* Profesor de la carrera de Derecho de la Universidad de Los Lagos (Chile) y doctor en Derecho por la Universidad Austral de Chile (Chile) y la Universidad de Génova (Italia).
Código ORCID: 0000-0002-4662-2919. Correo electrónico: garciayzaguirre@gmail.com
Quiero agradecer a Álvaro Núñez Vaquero, Hugo Osorio Morales, Carla Iuspa Santelices y a los árbitros anónimos por sus observaciones y comentarios a una versión previa de este texto.

axiological gaps, only that, unlike these, the first of the languages presupposes a prescriptive claim about how the language of the legal material should be understood. To achieve this objective, I will take the following steps: in section II, I will present critically the distinction between rules and principles, the notion of licit and illicit atypical act, and what it means to say that rules are resistant to principles. In section III, I will present that the reconstructed thesis suffer from ambiguity when they develop the notion of defeasibility. They present, on the one hand, a problem of superability between norms and, on the other, a problem of apparent relevance of a norm to solve an individual case. Likewise, I will offer a proposal to reformulate the defeat of rules from the theory of interpretation. Finally, I will end by showing that the language of rules and principles presupposes a normative thesis about how norms should be identified.

Key words: Rules, principles, defeasibility, mandate norms, interpretation

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- II. BREVE PRESENTACIÓN DE LA TIPOLOGÍA DE NORMAS.- II.1. TIPOS DE NORMAS DE MANDATO.- II.1.1. REGLAS DE FIN Y REGLAS DE ACCIÓN.- II.1.2. PRINCIPIOS Y DIRECTRICES.- II.1.3. ACTOS CONTRARIOS A REGLAS Y ACTOS CONTRARIOS A PRINCIPIOS.- II.2. DISTINCIÓN ENTRE LO SUSTANTIVO Y LO INSTITUCIONAL.- II.3. RESISTENCIA DE LAS REGLAS FRENTE A LOS PRINCIPIOS.- II.4. CASOS FÁCILES, CASOS DIFÍCILES Y PONDERACIÓN.- III. DERROTABILIDAD DE REGLAS Y PRINCIPIOS.- III.1. DERROTA DE REGLAS COMO PROCESO REINTERPRETATIVO.- III.2. DERROTAR REGLAS NO ES EQUIVALENTE A DERROTAR PRINCIPIOS.- III.3. ILÍCITOS Y LÍCITOS ATÍPICOS, EXPERIENCIAS RECALCITRANTES Y LAGUNAS AXIOLÓGICAS: ENTRE LA RECONSTRUCCIÓN Y LA PRESCRIPCIÓN.- IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Muchos teóricos del derecho sostienen que las normas jurídicas son mejor entendidas si diferenciamos entre principios y reglas. El término «principio» ha sido entendido de múltiples maneras¹ y existen diversas propuestas sobre la forma de distinguir entre ellos y las reglas². Dentro de esta forma de entender el derecho, algunos autores sostienen que las reglas pueden ser derrotadas por principios y que un principio puede derrotar a otro principio. ¿Qué quiere decir ello?

1 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 el derecho. Para ello, ver Poscher (2012) y Carrio (1970).

2 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 bien 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) y Prieto Sanchis (1996).

A efectos de responder a esta pregunta teórica, voy a analizar y criticar las propuestas de Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero (ARM). Estos autores han formulado una de las teorías más sofisticadas sobre la materia, con una notable difusión e incidencia en Iberoamérica (Atienza & Ruiz Manero, 1996; 2000)³. Tomar de referencia sus tesis es una manera de empezar una discusión con un grupo importante de teóricos y de dogmáticos que utilizan estas ideas para hablar de derrota de reglas y de principios.

Al respecto, los objetivos de este artículo son justificar tres puntos: a) la derrota de reglas es mejor entendida como un proceso reinterpretativo del material jurídico; b) derrotar principios no es equivalente a derrotar reglas; y c) el lenguaje de las reglas y los principios presenta las mismas operaciones y resultados que el lenguaje de las experiencias recalcitrantes y de las lagunas axiológicas, solo que, a diferencia de estas, el primero de los lenguajes presupone una pretensión prescriptiva sobre cómo debe ser entendido el material jurídico.

Para alcanzar estos objetivos tomaré los siguientes pasos: en la sección II formularé una reconstrucción del instrumental analítico que han propuesto estos autores para identificar normas. Al respecto, pretendo reconstruir (y criticar) la propuesta teórica de qué son las normas de mandato, las relaciones entre estas y qué hacemos cuando resolvemos un conflicto entre ellas. Dichos elementos me permitirán presentar de manera más clara una propuesta de desambiguación de la derrotabilidad dentro de este lenguaje teórico. En la sección III analizaré cada uno de los objetivos propuestos en tres subsecciones.

II. BREVE PRESENTACIÓN DE LA TIPOLOGÍA DE NORMAS

ARM han elaborado una teoría sobre los enunciados jurídicos con el propósito de ofrecer un instrumental conceptual que permita descomponer adecuadamente el material jurídico. Dentro del elenco de enunciados que identifican solo me voy a referir a su propuesta sobre las normas de mandato.

II.1. Tipos de normas de mandato

ARM entienden por normas de mandato aquellas normas jurídicas que guían la conducta de sus destinatarios; esto es, que cuentan con un consecuente deónticamente modalizado. Al respecto, señalan que no todas las normas guían de la misma manera, debiendo distinguirse entre reglas y principios. Asimismo, sostienen que dentro de la categoría «reglas» cabe diferenciar entre reglas de acción y reglas de fin, mientras

3 Cabe precisar que en los últimos años cada uno de estos autores ha formulado tesis propias que no necesariamente ambos comparten. En atención a ello, en esta reconstrucción seré preciso en señalar si son ideas escritas por ambos o por solo uno de ellos.

que dentro de la categoría «principios» se puede diferenciar entre principios en sentido estricto y directrices. Para distinguir cada uno de estos tipos de enunciados normativos proponen emplear tres criterios: tipo de estructura, tipo de razón para la acción que ofrecen, y conexión que poseen con los intereses y las relaciones de poder existentes en la sociedad. Por razones de brevedad, solo presentaré, en extrema síntesis, los dos primeros criterios.

ARM adoptan un modelo de estructura de normas de mandato de tipo condicional. El antecedente está compuesto por un caso genérico que contiene un conjunto de propiedades normativamente relevantes que determinan el alcance de la norma. Por su parte, el consecuente contiene una acción o un estado de cosas deónticamente modalizado que ha de ejecutarse tras verificarse el antecedente⁴. 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, por su parte, 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, se prescribe al destinatario la realización de una acción que puede ser verificada (se cumple o se incumple); en el segundo, una acción que alcance un determinado resultado. En consecuencia, el segundo caso supone un margen de discrecionalidad para optar por todas aquellas medidas idóneas para materializarlo.

Desde una perspectiva estructural, lo que diferencia a reglas y principios es la forma en que está compuesto el antecedente. Asimismo, cada una de estas estructuras es una manera diferente de presentar un tipo de razón para la acción y el valor. Veamos cada uno de los elementos mencionados.

II.1.1. Reglas de fin y reglas de acción

Los autores 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 consecuente⁵. En este sentido, operan como normas condicionales que se rigen por el refuerzo del antecedente y

4 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, ver Von Wright (1981, pp. 409 y ss.), Hilpinen (2016) y González Lagier (2007). Para una apreciación crítica de esta distinción, ver Ratti (2013, pp. 166 y ss.). Para los efectos del presente artículo, asumiré que podemos diferenciar entre ambos tipos de consecuente.

5 Debo precisar que esta es la caracterización que dieron Atienza y Ruiz Manero (1996, 2000); sin embargo, de manera reciente ambos autores han sido expresos al señalar que las reglas no tienen estabilidad absoluta, sino relativa. Considero que esta es una manera de decir que el antecedente de las reglas no está compuesto por una condición suficiente, sino solo por condiciones contribuyentes, debido a que puede ser el caso que un aplicador del derecho incorpore nuevas propiedades relevantes. Volveré luego sobre este punto.

el *modus ponens*. Este tipo de norma ofrece: a) razones perentorias, esto es, 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) (Atienza & Ruiz Manero, 2012, p. 239); b) 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 c) el destinatario de la regla debe ejecutar el contenido del consecuente sin importar las consecuencias que ello pueda generar.

Por otra parte, las reglas de fin son aquellas cuyo consecuente consiste en una actividad deónticamente modalizada y su antecedente está compuesto por un caso genérico «cerrado». Este tipo de reglas ofrece tanto razones perentorias como independientes de su contenido y 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 la 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 (Atienza, 2013, p. 167).

II.2.2. Principios y directrices

ARM denominan «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 (2008, p. 151; 2009, pp. 111-112)⁶, esta caracterización del antecedente expresa dos representaciones diferentes: a) si vemos los principios 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 (Atienza & Ruiz Manero, 2000, p. 16; Ródenas, 2015, p. 17; Ruiz Manero, 2008, p. 151). Y b) si vemos los principios en relación con otros principios, entonces expresan una norma condicional con el antecedente debilitado. En este supuesto, el caso genérico está compuesto por condiciones contribuyentes⁷. Para

6 Cabe anotar que esta precisión sobre los sentidos de «abierto» en la presentación fue introducida a partir de una crítica formulada por Ratti (2013, pp. 162 y ss.).

7 Sobre los diferentes tipos de condiciones, ver Von Wright (1951, pp. 66-74). Cabe resaltar que estas dos formas de entender la expresión «abierto» no son equivalentes entre sí, sino que expresan tesis diferentes sobre las normas. Una norma categórica posee un antecedente que es tautológico con la acción deónticamente modalizada, lo que significa que se ha identificado por lo menos una condición suficiente para el consecuente por implicación. En cambio, «abierto» como antecedente debilitado refiere a un antecedente 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

ARM, los principios en sentido estricto ofrecen: a) razones justificativas para realizar u omitir un acto (no eliminan la deliberación, sino que forman parte de la deliberación sobre qué se debe hacer); y b) razones que operan como criterios de corrección; es decir, funcionan como razones últimas dentro de la deliberación.

Los autores, por otra parte, denominan «directrices» a todas aquellas normas cuyo consecuente consiste en una actividad deónticamente modalizada y su antecedente está compuesto por un caso genérico «abierto»⁸. Estas normas ofrecen: a) razones justificativas para alcanzar un determinado estado de cosas; y b) razones utilitarias que justifican dentro de la deliberación que la consecución de un determinado fin es deseable (Atienza, 2013, p. 281).

Por último, cabe precisar que la distinción entre reglas y principios se sostiene, además, por el tipo de valor que la justifica (Atienza & Ruiz Manero, 1996, p. 140; 2000, pp. 21-22; 2001, p. 121)⁹. La identificación y aplicación de un principio supone una justificación última, pero no concluyente. Ello se debe a que, para una misma acción, es posible que sea aplicable más de un principio en sentido estricto y que estos entren en conflicto entre sí, por lo que será necesario ponderarlos para determinar cuál —todo considerado— debe aplicarse por tener más peso o ser preferido. En cambio, las directrices refieren a las normas que expresan juicios de valor utilitarios. De este modo, ofrecen una justificación sujeta a valores finales y de forma no concluyente.

La deliberación con principios en sentido estricto es sobre cuál debe prevalecer sobre otros también concurrentes y en conflicto en un determinado caso. La deliberación con directrices es sobre el diseño del conjunto de medidas que logre la satisfacción, en el mayor grado de posibilidades, de todos los estados de cosas deseados (Ruiz Manero, 2008, p. 176). Si un principio en sentido estricto y una directriz concurren en una deliberación de manera conflictiva, los autores esgrimen la tesis

completamente determinado. En este artículo, no profundizaré sobre este punto y los problemas que genera.

8 Como bien ha mostrado 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 síntesis:

1. Principios como normas con el antecedente debilitado (por ejemplo, ARM).
2. Principios como normas con el consecuente debilitado (por ejemplo, la tesis de entender los consecuentes como mandatos de optimización de Robert Alexy).
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 expresan como $p > Oq$).

Cada una de estas representaciones estructurales pretende poner de relieve ideas diferentes sobre qué tipo de norma son los principios.

9 Sobre este punto, cabe señalar que, según ARM, «la diferencia entre juicios de valor y las normas es, en todo caso, una cuestión de grado o de énfasis» (1996, p. 134). Al respecto, ver Moreso (2001, pp. 176-177).

prescriptiva de que debe prevalecer el principio en sentido estricto por ser un valor último¹⁰.

Las reglas, bajo este criterio, se muestran como concretizaciones del tipo de circunstancias en las que cada principio (tanto principios en sentido estricto como las directrices) es aplicable (son resultados de ponderaciones). Las reglas de acción especifican las condiciones de aplicación de los juicios de valor contenidos en los principios en sentido estricto que priman en una ponderación, mientras que las reglas de fin especifican las condiciones de aplicación de los juicios de valor contenidos en las directrices que priman en una ponderación (Atienza & Ruiz Manero, 2000, pp. 20, 22 y 124).

II.1.3. Actos contrarios a reglas y actos contrarios a principios

ARM denominan «actos ilícitos» a todas aquellas acciones que son contrarias o contradictorias a una norma de mandato. Estos pueden ser de dos tipos: a) actos ilícitos típicos, esto es, actos contrarios a una regla; o b) actos ilícitos atípicos, esto es, actos contrarios a un principio¹¹.

Un ilícito atípico puede producirse en dos supuestos: a) 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 b) 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 (Atienza & Ruiz Manero, 2000, pp. 27 y 244). ARM señalan que los actos ilícitos atípicos del segundo tipo son casos que se encontraban regulados por reglas de manera valorativamente insoportable (Atienza & Ruiz Manero, 2012, p. 244; Ruiz Manero, 2011, p. 116). A efectos de resolver este problema, es necesario modificar la calificación normativa de este tipo de casos, lo que supone: a) 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, lo que varía el estatus deóntico del tipo de caso que deja de estar regulado por la norma. Y b) crear una nueva regla que regule el caso conforme a la ponderación entre principios aplicables.

DERROTABILIDAD
DE REGLAS Y
PRINCIPIOS. UNA
PROPUESTA DE
ANÁLISIS

DEFEASIBILITY
OF RULES AND
PRINCIPLES. A
PROPOSAL FOR
ANALYSIS

10 La distinción entre valores últimos y valores utilitarios ha sido presentada por Ruiz Manero en términos de producción y distribución de bienes. Al señalar «valores utilitarios» se expresa un mandato de aumentar la producción (o de 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, «valores últimos» expresa el mandato de que un determinado bien debe ser distribuido igualmente 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 forma 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 (2008, p. 177), que detrás de esta forma de presentar la distinción entre tipos de principios se está expresando una ideología individualista igualitaria.

11 Sobre este punto, ver Atienza y Ruiz Manero (2000, p. 24; 2012, pp. 243-244). Esta misma idea ha sido formulada (pero no desarrollada con el mismo grado de claridad) en Sartor (1995, pp. 142-144), y en Hage y Peczenik (2000). Para un interesante análisis sobre los vínculos conceptuales de la noción de ilicitud en ARM y en Kelsen, ver Ataoglu (2020).

Este segundo 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. Señalan que estos son ejemplos de una «institucionalización de la derrotabilidad» (Atienza & Ruiz Manero, 2012, p. 252; 2009, p. 115; Ruiz Manero, 2011, p. 116)¹² en la práctica jurídica; esto es, supuestos de conflicto entre reglas y principios que los sistemas normativos positivos suelen prever y regular. Volveré luego sobre este punto.

Los autores entienden por licitud atípica 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. 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. En segundo lugar, una conducta está prohibida conforme a la regla y a la ponderación de principios que justificó la creación de la 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 (Atienza & Ruiz Manero, 2000, p. 116; 2012, p. 248). A diferencia del supuesto anterior, el cambio de regla no se debe a una especificación más satisfactoria de su justificación (el resultado de la ponderación entre principios), sino a efectos de que en el antecedente se especifique tanto su justificación como la de otro principio. Los autores denominan a este supuesto un caso de introducción de una excepción¹³. En tercer lugar, una conducta está prohibida por una regla y ello refleja la ponderación de principios que justificó la creación de la regla, pero en un grado tan bajo que la prohibición debe ser considerada injustificada. En estos supuestos,

12 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: a) como una expresión que da cuenta de que un aplicador del derecho tiene competencia para derrotar reglas y/o principios; b) como una expresión que da cuenta de que las normas jurídicas pueden ser derrotadas si son usadas en procesos de toma de decisiones; o c) 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 tercer sentido. Siguiendo de cerca sus propias tesis, para Atienza y Ruiz Manero estos casos de prescripción de la derrotabilidad son los supuestos de abuso de derecho, fraude a la ley y desviación de poder.

13 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: a) la exclusión de un tipo de caso por razones que respaldan la norma de mandato se entenderá como que son casos que están fuera de su alcance; y b) la exclusión de un tipo de caso por razones que no respaldan la norma de mandato se entenderá como que son casos exceptuados. Sobre la noción de excepción, ver García Yzaguirre (2020a).

si hay principios que permitan la conducta, entonces esa conducta ha de ser «tolerada» (2000, p. 122). De estas tres líneas, analizaré las dos líneas más adelante.

Tomando en cuenta los supuestos de ilícitos y lícitos atípicos, ARM proponen que, para una adecuada comprensión de los diferentes tipos de normas de mandato, es pertinente analizarlas en su conjunto como una estructura de dos niveles: a) el nivel de las reglas, que establece las condiciones de aplicación de los balances entre principios; y b) 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» (Atienza & Ruiz Manero, 2000, p. 124). Estos supuestos se resuelven, como hemos visto, modificando la regla.

DERROTABILIDAD
DE REGLAS Y
PRINCIPIOS. UNA
PROPUESTA DE
ANÁLISIS

DEFEASIBILITY
OF RULES AND
PRINCIPLES. A
PROPOSAL FOR
ANALYSIS

II.2. Distinción entre lo sustantivo y lo institucional

ARM sostienen que el derecho no solo regula la conducta de sus destinatarios, sino también a sí 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 y la estructuración jerárquica entre las normas, entre otras) (Atienza & Ruiz Manero, 2001, pp. 125-126; Atienza, 2013, p. 331)¹⁴. Para diferenciar este punto, propusieron una nueva subdistinción de los tipos de principios.

Los principios que regulan la funcionabilidad institucional del derecho son denominados «principios institucionales», mientras que los principios que regulan la conducta de los destinatarios son denominados «principios sustantivos». 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 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, ARM sostienen que el derecho, al ser un fenómeno autoritativo, solo está compuesto por principios sustantivos jurídicos. En este sentido, una decisión que

¹⁴ 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 (Atienza, 2007, p. 218).

emplee principios sustantivos no jurídicos es una decisión no justificada en el derecho.

Esta precisión conceptual condujo a ajustar la propuesta de normas de mandato entendidas como una estructura a dos niveles. En el nivel de los principios 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, ahora entre el principio sustantivo que prevalece y el principio institucional aplicable al caso individual.

Los principios institucionales pueden ser utilizados en una ponderación para: a) dar razones a favor de la aplicación del principio sustantivo (confirman el resultado de la ponderación entre principios sustantivos); b) dar razones en contra de la aplicación del principio sustantivo (contradicen el resultado de la ponderación entre principios sustantivos); o c) 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.

II.3. Resistencia de las reglas frente a los principios

ARM han sostenido que una conducta regulada por una regla supone, además, el uso de principios institucionales; esto es, 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). En los casos de lagunas axiológicas a nivel de reglas (el antecedente de una regla no contiene una distinción que debería estar conforme a la ponderación entre principios relevantes), 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: a) la ponderación entre principios sustantivos justifique modificar la calificación normativa de un tipo de acciones; y b) el principio sustantivo

que debe ser especificado para regular dicha acción prevalezca, además, sobre el principio institucional que justificó crear la regla derrotada (Ruiz Manero, 2011, p. 116; 2015, pp. 134-135; Atienza & Ruiz Manero, 2012, p. 250).

Ello quiere decir, por lo menos, dos cosas. En primer lugar, que la resistencia de las reglas frente a principios sustantivos es equivalente a la resistencia que puede ofrecer un principio institucional. Las reglas se verán derrotadas o no dependiendo de la fuerza que el intérprete le atribuya al principio institucional, pero ellas por sí mismas no son resistentes (los principios institucionales les dan resistencia). Esto supone, como bien señala Celano (2017, p. 68, nota 17), una ampliación de los tipos de principios que deben ser ponderados entre sí, pero no implica atribuir una característica diferente a las reglas. En segundo lugar, lo señalado supone que los resultados de la ponderación no son definitivos; es decir, siempre pueden volver a ser ponderados (Atienza, 2017b, pp. 427, 438 y 443)¹⁵. Esta es una manera de expresar que el resultado de toda ponderación es una regla derrotable, en el sentido de que es una norma de mandato cuyo antecedente no está compuesto por propiedades suficientes para el consecuente (Ruiz Manero, 2015, p. 131). En consecuencia, es inevitable que pueda presentarse un caso individual en el cual la regla o bien resulte supra o infraincluyente respecto de la ponderación entre principios que la justificó, o bien no especifique un principio que debió haber sido tomado en cuenta en la ponderación para su creación.

Me parece que estos puntos ponen de relieve algunos aspectos interesantes. Como habíamos visto, la diferencia entre reglas y principios recae en la composición del caso genérico contenido en el antecedente de la norma de mandato. Bajo esta nueva propuesta de los autores, tanto las reglas como los principios poseen un caso genérico que no contiene condiciones suficientes para el consecuente; es decir, en ambos casos es «abierto»¹⁶. Por lo anterior, lo que diferencia a las reglas de los principios 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

DERROTABILIDAD
DE REGLAS Y
PRINCIPIOS. UNA
PROPUESTA DE
ANÁLISIS

DEFEASIBILITY
OF RULES AND
PRINCIPLES. A
PROPOSAL FOR
ANALYSIS

15 Como bien anota Ruiz Manero (2015), «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» (p. 132). Sobre este punto, ver también Núñez Vaquero (2017, pp. 271-72).

16 Como bien ha sostenido Atienza (2013, pp. 192 y 326; 2012, p. 33), el antecedente de las reglas debe contener una cláusula «a no ser que...» que mantenga «abierto» el antecedente. Sobre este mismo punto, Atienza ha sostenido que su propuesta sobre las reglas no es muy distinta a la de Alchourron (2010). Para Alchourron las normas son derrotables en tanto se puede incluir una excepción implícita a partir de un juicio contrafáctico del legislador; en Atienza (2012, pp. 97-98; 2017a, p. 29) la operación es similar, solo que justificada en los principios sustantivos jurídicos que incorporan los juicios de valor de una autoridad normativa. Esto permite aclarar más el tipo de estructura que tiene en mente Atienza al momento de hablar de reglas: son normas con un antecedente expresado de manera entimemática, pues no han explicitado todas las propiedades que se deberían haber explicitado al momento de especificar los propósitos de una regulación. Al respecto, ver García Yzaguirre (2020b).

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) (Atienza, 2012, p. 98). Como vemos, la diferencia entre ambas nociones depende de la activación de los principios institucionales.

En atención a estas consideraciones, Atienza ha sostenido que la distinción entre reglas y principios debe ser entendida de manera «funcional y dinámica» (2017c, pp. 149 y 152). Considero que la 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 de mandato en relación con los valores que las justifican. No es una clasificación de tipos de normas de mandato, 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 de mandato identificadas del material jurídico como reglas o como principios a efectos de determinar en qué situaciones han de ponderar y en cuáles no.

De esta manera, una norma de mandato puede ser tratada como regla o como principio, dependiendo del tipo de operación que se requiera 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» como una manera de expresar que la norma de mandato 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*.

En suma, los aplicadores del derecho deben tratar las normas como reglas o principios, dependiendo de las 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.4. Casos fáciles, casos difíciles y ponderación

De acuerdo con ARM, los principios operan de manera diferente en función de si estamos frente a un caso fácil o a un caso difícil¹⁷. Por caso fácil se entienden todos aquellos casos individuales sobre los cuales se considera que la mayoría de aplicadores del derecho no tendrían dudas de 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 discutirían en torno a cómo calificar los hechos y/o sobre cómo deberían ser resueltos (Atienza, 2013, pp. 432-439). Si estamos frente a un caso fácil no será necesario iniciar una deliberación; por el contrario, si estamos frente a un caso difícil, será necesario iniciar una deliberación —es decir, para resolver el problema normativo se deberán emplear los principios aplicables al caso— (Atienza, 2017a, p. 18; 2017c, p. 150, nota 2; Ruiz Manero, 2015, pp. 133-134).

Según los autores, la clasificación de un caso individual bajo una de las categorías anteriores depende de las circunstancias concretas del caso individual (Atienza, 2017a, p. 18). Un caso individual que habitualmente es considerado como un caso fácil puede ser tratado como un caso difícil si varían las circunstancias socioeconómicas, políticas o de cualquier otra índole en las que ocurre; y un caso difícil, con el tiempo, se puede convertir en fácil. Pero 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.

Para comprender lo anterior es necesario observar dos cuestiones. 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, 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 la noción de caso fácil como un supuesto en el que se ha verificado que no hay problemas valorativos (Atienza & Ruiz Manero, 1996, p. 22), ello supone haber previamente realizado una valoración conforme a los principios. Esto presupone el colapso de reglas en principios: para saber si hemos de ponderar o no,

17 Atienza (2017a) sostiene que los casos individuales pueden ser clasificados como casos fáciles, casos difíciles, casos intermedios y casos trágicos (pp. 18-19, 23 y 426). No profundizaré sobre este punto para efectos de una reconstrucción breve.

será necesario realizar una metaponderación (Núñez Vaquero, 2017c, p. 253; Celano, 2017, p. 68, nota 17)¹⁸.

En segundo lugar, resulta contraintuitivo entender 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 entender que se está frente a 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. Asimismo, para que un caso sea difícil, en cambio, 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 permanecer irrelevante o si debe ser considerado relevante). Si esto es así, entonces bastará una descripción de los hechos, de manera tal que habilite la aplicabilidad de ciertos principios que le permitan justificar que se inicie una deliberación y, con ella, que se cree una excepción para el caso.

Este último punto permite a ARM precisar cuándo se debe ponderar y cuando está prohibido hacerlo, así como en supuestos en los que ponderar o no dependerá del caso (Atienza, 2012, pp. 28-29; 2017a, pp. 32-33; 2017b, pp. 103-106; 2017c, p. 157).

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, con la que 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 ponderar y, con ello, crear una nueva regla que especifique de mejor manera el propósito para el cual se regula¹⁹.

Nunca se debe ponderar en caso de desajuste entre la regla y principios sustantivos no jurídicos. En estos casos, el aplicador del derecho siempre

¹⁸ Si concebimos 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 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).

¹⁹ 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, solo 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.

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 ponderar o no depende del caso en supuestos de 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 hacer una precisión: detectar una laguna axiológica y resolverla son dos pasos diferentes, de manera que verificar un desajuste es solo preguntarse si debe o no resolverse. Los intérpretes pueden decidir si la regla es invariable frente a los problemas valorativos que pueda generar o sensible a ellos. Si lo anterior es correcto, cuando Atienza habla de desajustes y de formas de resolverlos, muestra que tratar a las reglas como derrotables o inderrotables frente a los principios sustantivos jurídicos aplicables es producto de una decisión. Estas últimas ideas requieren de mayores precisiones.

DERROTABILIDAD
DE REGLAS Y
PRINCIPIOS. UNA
PROPUESTA DE
ANÁLISIS

DEFEASIBILITY
OF RULES AND
PRINCIPLES. A
PROPOSAL FOR
ANALYSIS

III. DERROTABILIDAD DE REGLAS Y PRINCIPIOS

Como hemos visto líneas atrás, una de las pretensiones de ARM es ofrecer un instrumental conceptual suficiente para aclarar cómo identificar reglas que no generen lícitos o ilícitos atípicos. Al respecto, me parece que es oportuno formular algunas críticas a las herramientas que proponen.

Para mostrar los problemas conceptuales que posee este instrumental, voy a presentarlas desde el enfoque de la teoría de la interpretación²⁰.

20 Asumo como presupuesto teórico una teoría no cognitivista moderada y, en especial, las distinciones de Riccardo Guastini (2018). De todas ellas, es oportuno resaltar las siguientes: a) distinción entre interpretación como un acto de conocimiento, de creación de derecho, o de decisión; y b) distinción entre interpretación en sentido estricto y construcción jurídica. En primer lugar, por interpretación como un acto de conocimiento 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 la doctrina. Por interpretación como acto de creación del derecho 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. Por interpretación como acto de decisión se entiende la acción del intérprete de elegir uno de los posibles significados identificados o creados para atribuirlo como significado de una disposición. En segundo lugar, la interpretación en sentido estricto 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). Por último, por construcción jurídica se alude todas aquellas operaciones de creación de normas por parte de los aplicadores del derecho. Desde esta teoría, para atribuir un significado a un texto se debe formular una premisa normativa («el texto debe ser entendido como»), significado que puede ser producto de una actividad de descubrimiento (interpretación cognitiva) o no. Asimismo, es oportuno precisar que cabe la posibilidad

Ello, como veremos, permitirá poner de relieve algunos problemas de ambigüedad del uso de la expresión «derrota de normas de mandato».

En esta sección intentaré justificar los tres objetivos enunciados en la introducción: a) la derrota de reglas es mejor entendida como un proceso reinterpretativo del material jurídico; b) derrotar reglas no es equivalente a derrotar principios; y c) el lenguaje de las reglas y los principios presenta las mismas operaciones y resultados que el lenguaje de las experiencias recalcitrantes y de las lagunas axiológicas descriptivas, solo que, a diferencia de estas, el primero de los lenguajes presupone una pretensión prescriptiva sobre cómo debe ser entendido el material jurídico.

III.1. Derrota de reglas como proceso reinterpretativo

En la propuesta de ARM, la categoría «derrota de normas de mandato» engloba a todas aquellas operaciones y resultados por los cuales el aplicador del derecho no utiliza una norma de mandato por ser valorativamente incorrecta. En este sentido, el resultado de toda ponderación es la derrota de un tipo de norma de mandato²¹.

Los trabajos de ARM 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). Su propuesta permite 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.

Para atribuir significado a una disposición, los intérpretes poseen (descriptivamente) un abanico de métodos interpretativos (y de sus resultados), de manera que el proceso de identificación de normas es producto de un conjunto de toma de decisiones guiadas por preferencias²². ARM solo señalan cómo deben ser los resultados: todo

de que interpretaciones actuales y posibles ofrezcan un mismo significado (Guastini, 2017, p. 54). En este sentido, en el presente trabajo descarto una concepción cognitivista de la interpretación (los enunciados interpretativos tienen valores de verdad) y una concepción escéptica radical (no hay significados previos a un acto de decisión interpretativa). Por último, preciso que no me haré cargo de los problemas de esta teoría para describir e identificar el derecho, pues escapa a los objetivos del artículo.

21 En este mismo sentido, ver Cabra Apalategui (2016, p. 59).

22 Descriptivamente, los intérpretes poseen discrecionalidad entendida —siguiendo a Chiassoni (2016)—, como la capacidad de los intérpretes 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

producto interpretativo debe especificar satisfactoriamente los valores últimos y/o utilitarios jurídicos. Esto nos lleva a una pregunta más precisa sobre qué método debemos emplear para identificar dichos valores a partir del material jurídico.

La respuesta no es autoevidente ni sencilla. Una posibilidad es considerar que 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 disposición²³. Son los propios intérpretes quienes, a partir de tesis dogmáticas sobre cómo debe ser entendido un fragmento del material jurídico disponible, identificarán uno u otro principio de una misma fuente normativa.

Sin perjuicio de dichas dificultades, vuelvo al punto que me interesa analizar: cómo entender la derrota de una norma de mandato. Al respecto, me parece que presentar las tesis de ARM desde la teoría de la interpretación ofrece claridad. Cabe precisar que, para efectos de claridad, en este apartado me referiré a la derrota de reglas y, en el siguiente, contrastaré esta operación con la derrota de principios.

Asumamos que un intérprete se enfrenta a un problema normativo²⁴, de manera 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, al cual, siguiendo la terminología de Gianformaggio (1987, p. 91), llamaremos «significado noético»²⁵. Tras ello, los intérpretes suelen realizar una reflexión posterior cuya conclusión será la decisión del significado a atribuir; esto es, un «significado dianoético». Esta decisión bien puede confirmar el atribuir el significado noético, o bien puede no preferirlo a efectos de elegir otro de los significados posibles (o crear uno nuevo). La actividad interpretativa, en este sentido, da cuenta de los actos justificativos de los intérpretes sobre si —todos los aspectos relevantes considerados— estos decidirán o no atribuir a la disposición el significado noético. El intérprete puede confirmar que atribuirá dicho significado, ampliarlo, reducirlo, o dejarlo de lado por completo y elegir un significado diferente. En caso de que el intérprete decida no elegir el significado noético, sino que este debe

DERROTABILIDAD
DE REGLAS Y
PRINCIPIOS. UNA
PROPUESTA DE
ANÁLISIS

DEFEASIBILITY
OF RULES AND
PRINCIPLES. A
PROPOSAL FOR
ANALYSIS

todos los posibles que produce el código interpretativo elegido). Esto supone que podrán elegir entre significados identificados por operaciones cognitivas o un significado creado por ellos mismos. Ver las precisiones hechas en la nota 24.

23 En este punto, considero, hay un paralelismo con cómo identificar razones subyacentes en Schauer. Al respecto, ver Maranhao (2017, pp. 95 y ss.).

24 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.

25 En el mismo sentido, ver Guastini (2018, p. 108), Diciotti (1999, pp. 203 y ss.), Lifante (2018, pp. 22-24), Aienza (2017a, p. 28) y Ratti (2015, p. 154). Dicho significado es producto de una interpretación como acto de conocimiento.

ser reemplazado por otro significado (total o parcialmente diferente), se llevará a cabo un proceso y resultado denominado «reinterpretación»²⁶.

De este modo, entiendo por «reinterpretación» la actividad compleja compuesta por: a) volver a interpretar una disposición normativa (es posterior a la identificación del significado noético); y b) atribuir a la disposición un significado (total o parcialmente) diferente al significado noético. En términos de Chiassoni (2011), por «reinterpretación» entiendo el conjunto de interpretaciones dianoéticas que son sustitutivas (o correctivas) (p. 151) del significado noético por ser restrictivas, extensivas o modificativas.

Tomando en cuenta estas precisiones sobre proceso y productos interpretativos, cabe preguntarse cómo identificamos reglas a partir de las disposiciones, algo que no ha sido explicitado por los autores. Sin perjuicio de ello, creo que, de acuerdo con sus propuestas, puede entenderse que las reglas son identificadas en un primer momento, o bien a partir de una interpretación literal de una (o unas) disposición(es), o 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, sea derrotada. Ahora bien, si entendemos esta afirmación como parte de un proceso interpretativo, lo que están sosteniendo estos autores es que la disposición se debe someter (de la cual se identificó la regla ponderada) a un proceso reinterpretativo.

Atienza entiende la ponderación como una estructura argumentativa que permite justificar a los intérpretes la atribución de significado a una disposición (Atienza, 2012, p. 100)²⁷. El uso de este método interpretativo está justificado a partir de entender que las normas operan como principios, dado que es la forma (bajo esta aproximación) de poder determinar qué principio es aplicable a un caso. Bajo sus

26 Siguiendo a Chiassoni, en un primer momento los intérpretes realizan dos actividades: a) identifican disposiciones a ser objeto de la interpretación, y b) 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 resultado de haber considerado dicha primera interpretación y otras posibles interpretaciones (incluyendo 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». Al respecto, ver Chiassoni (1991, pp. 146-148; 2002, pp. 199-200). En este mismo sentido, ver Ratti (2015, p. 155).

27 «[L]a 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).

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 tenemos un significado noético que es evaluado a efectos de confirmarlo o someterlo a una reinterpretación 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 noético intacto); y, por el otro, elegir un significado con un alcance que regula menos casos o que es más restringido (tiene un caso genérico en comparación con el significado noético, 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 (principio sustantivo jurídico). Para construir estos criterios de preferencia interpretativos, como vemos, el aplicador del derecho debe emplear los valores últimos y utilitarios contenidos en los principios jurídicos.

En el caso de que el aplicador del derecho decida preferir el significado con un alcance más restringido, entonces habrá realizado una reinterpretación correctora restrictiva: evaluó y descartó el significado noético, y prefirió otro significado (el dianoético), el cual posee más distinciones en el antecedente en comparación con el primero. Este último significado es empleado para identificar la norma (regla) que será usada para resolver el problema normativo. En este sentido, derrotar una regla puede ser entendido, bajo esta lectura, como producto de un proceso reinterpretativo restrictivo.

En relación con este supuesto, Atienza sostiene una tesis no muy distinta a la que sostuvo Bulygin (2005) al momento de afirmar que debemos interpretar las disposiciones normativas de manera tal que reflejen de forma satisfactoria su propósito. Identificar una norma que no sea conforme con su propósito es una identificación inadecuada (es un caso de no haber entendido la prescripción aplicable)²⁸. Ambos están sosteniendo una tesis prescriptiva interpretativa dirigida a los aplicadores del derecho, según la cual siempre deben tomar en

DERROTABILIDAD
DE REGLAS Y
PRINCIPIOS. UNA
PROPUESTA DE
ANÁLISIS

DEFEASIBILITY
OF RULES AND
PRINCIPLES. A
PROPOSAL FOR
ANALYSIS

28 Como vemos, Atienza (en términos de Schauer) adopta una versión atenuada del modelo de 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. 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 será derrotada (reinterpretada) y casos en los que no (no reinterpretada).

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 noético 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 (otros principios relevantes al caso individual). El aplicador del derecho detecta que, de las interpretaciones posibles de D1+, el significado noético produce inconsistencias con otras normas respecto de las cuales no debería producir inconsistencia (los principios)²⁹. En atención a ello, a efectos de evitar el problema normativo, se realiza un proceso reinterpretativo por el cual se descarta el significado noético y se elige otro significado (uno, en comparación, más restrictivo): el dianoético.

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 para evitar un conflicto normativo. En este sentido, no es una labor muy diferente a la de realizar una reinterpretación sistemática.

De esta forma, el carácter derrotable de las reglas en ARM 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. En pasos más específicos, esta idea puede ser expresada de la siguiente forma: a) las normas deben ser identificadas a partir de los valores (finales y utilitarios) incorporados en el sistema normativo; b) para guiar la conducta se formula una universalización, es decir, se identifica una especificación de los valores mediante una norma condicional a manera de regla que opera como interpretación noética; c) cada caso individual es valorado conforme a los principios del sistema (tanto los

²⁹ Para ser más preciso, entra en conflicto con normas de mandato que poseen una jerarquía material superior.

sustantivos como los institucionales) a efectos de confirmar o cuestionar la interpretación noética; d) si hay un desajuste valorativo entre la interpretación noética y los principios, y este es además insoportable, entonces el aplicador del derecho debe (asumiendo que pretende dar una respuesta correcta) reinterpretar la disposición a efectos de presentar las distinciones que, conforme a los principios, deben introducirse; y e) formular una nueva regla (que posee un antecedente más fino que la universalización anterior) que guíe la conducta del aplicador del derecho y del resto de aplicadores del derecho para futuros casos (por lo menos, hasta que haya un nuevo desajuste valorativo). Como podemos ver, lo que nos están presentando los autores es una reinterpretación correctiva restrictiva por la cual se descarta una interpretación noética por una dianoética que contiene una mejor especificación de los valores del sistema normativo.

En este sentido, la propuesta de reconstrucción de la resistencia de reglas a ser derrotadas (a ser reinterpretadas) por principios institucionales es una manera de presentar con mayor precisión las premisas contenidas en un razonamiento interpretativo. Lo que están presentado, considero, es la fuente y elenco de razones a favor y en contra de realizar una interpretación correctora restrictiva que se aparte del significado literal. Esta operación y resultado es diferente a la derrota de un principio. Veamos.

III.2. Derrotar reglas no es equivalente a derrotar principios

De acuerdo con lo visto, bajo la propuesta de ARM la ponderación necesariamente tiene como resultado la derrota de una norma de mandato. Ello en dos supuestos: a) necesariamente, un principio derrota a otro principio; y b) contingentemente, un principio derrota a una regla (ante casos de desajuste valorativo 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, lo que supone que el principio que no ha prevalecido es derrotado. No obstante, el principio derrotado no deja de pertenecer al sistema normativo, pues el resultado de la ponderación no implica la eliminación de principios del sistema, pero tampoco supone la modificación de su contenido. Los autores, al presentar el resultado de una ponderación, lo que nos están diciendo es que para regular una determinada acción debemos concretizar un principio y no el otro. Esto supone que el aplicador del derecho decide revocar el deber de usar ese principio para tener que resolver el caso y lo mantiene solo para el principio que

venció. En este supuesto, no modificamos el contenido de los principios en abstracto o, más precisamente, mantienen su formulación como normas abiertas dentro del sistema. Esta es una manera de decir que las ponderaciones no determinan la pertenencia de los principios, sino su aplicabilidad (Moreso & Navarro, 1996). 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 individual³⁰ y que, 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 considerar que no tiene el deber de emplear dicho principio en la justificación de su decisión. Expresado de otra manera, la derrotabilidad de un principio supone crear una relación de preferencia entre dos normas de mandato. Esto significa crear una tercera norma que determine cuál de las dos es —todo considerado— la norma interna y externamente aplicable. En suma, 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.

En segundo lugar, en los casos de desajuste valorativo a nivel de reglas, el aplicador del derecho puede decidir (según lo expuesto en el apartado anterior) crear una nueva regla que contenga las distinciones que deberían haberse introducido conforme a los principios sustantivos aplicables. De realizar tal operación, entonces se entiende que la regla ha sido derrotada; sin embargo, esto requiere ser precisado. Considero que es posible reconstruir esta operación por lo menos de dos maneras:

1. 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 específica³¹. El aplicador del derecho introduce un criterio de preferencia a favor de la regla específica. Dicha relación de preferencia tiene como efecto necesario la pérdida de aplicabilidad externa de la regla derrotada y, contingentemente (dependiendo de las competencias normativas del aplicador del derecho), la pérdida de su pertenencia al sistema normativo. Sin embargo, es necesario descartar esta opción porque no refleja adecuadamente las posturas de ARM: no muestra a las reglas como transparentes a los principios ni da cuenta del carácter derrotable de los resultados de la ponderación.

30 Cabe precisar que para determinar que un principio es aplicable a un caso necesariamente hemos de especificarlo en una regla. Sobre este punto, ver Ballestrero y Guastini (2017, pp. 135-137).

31 En términos formales, esto sería señalar que tenemos una regla R1 ($p \rightarrow Oq$) y otra regla R2 ($p.r \rightarrow O \neg q$). La regla R1 regula el caso ($p.r$) por refuerzo del antecedente. Esto supone que la propiedad r , en este microsistema de normas aplicables, tiene dos reglas que la regulan de forma antinómica:

1. R1: $((p.r) \rightarrow Oq)$.

2. R2: $((p.r) \rightarrow O \neg q)$.

Como podemos ver, de ambas se produce que $(p.r) \rightarrow (Oq \cdot O \neg q)$.

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 de las reglas para que sean lo más conforme posible a los juicios de valor incorporados en el derecho (mediante principios).

2. Por otro lado, considerando que a nivel de los principios no hay una laguna normativa 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, está determinando cómo se regula una acción en determinadas circunstancias. El punto interesante está en que dicha regla solo puede tener el antecedente incompleto, pues no puede contener de manera expresa todas las especificaciones del resto de principios (valores últimos o utilitarios) aplicables a las circunstancias en las que se pueda realizar la acción regulada. 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 (Atienza & Ruiz Manero, 2009, p. 107; 2012, p. 243; Ruiz Manero, 2009, p. 115). Esto supone que al identificar una circunstancia normativamente irrelevante a nivel de reglas, pero normativamente relevante a nivel de principios (su presencia o ausencia debería modificar la calificación normativa de la acción), esta operación puede ser entendida como la formulación de una mejor especificación del nivel de los principios. Lo que estaríamos haciendo, de esta forma, es presentar de mejor manera cómo, de acuerdo con un conjunto de valores (últimos y utilitarios), debería regularse una acción en cierta clase de circunstancias. Dicho de manera más precisa, derrotar una regla por un principio es el acto de explicitar una distinción que no había sido especificada en el antecedente de la regla. Si esto es así, entonces la noción de regla en ARM es mejor entendida como una norma con un antecedente compuesto por condiciones contribuyentes; esto es, por condiciones necesarias de condiciones suficientes³². 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 descarta una interpretación noética por ser defectuosa en relación con los principios.

32 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 ($fp \rightarrow Oq$). Ver García Yzaguirre (2020b).

Si lo que se ha señalado es correcto, la diferencia entre derrotar principios y derrotar reglas está en el tipo de operación que realizamos. Al derrotar un principio lo que hacemos es construir una relación de preferencia entre una norma de mandato por sobre otra que determina, finalmente, cuál es la norma interna y externamente aplicable. En cambio, al derrotar una regla descartamos una interpretación por no tener todas las especificaciones que debería contener, conforme a la ponderación entre principios relevantes al caso. Dicho descarte supone dejar de lado una posible identificación de una norma de mandato (una interpretación noética) para elegir otra (una interpretación dianoética) que supone una reinterpretación correctora restrictiva (reduce el alcance de la regla derrotada)³³.

Una manera de poner de relieve la diferencia entre las nociones de derrotabilidad que están empleando es con la desambiguación del término *prima facie* (Searle, 1978; Brink, 1994, pp. 216-218; Redondo, 2012). Por un lado, *prima facie* puede ser empleada para expresar que una razón es superable. Ello como una forma de presentar razones *pro tanto*; es decir, razones relevantes para tomar un curso de acción, pero que no son determinantes o concluyentes por sí mismas. Esto lleva a que en caso tengamos más de una razón *pro tanto*, el aplicador del derecho deba identificar la razón «todo considerado» o preferida. Por el otro lado, *prima facie* puede ser empleada para presentar que una norma es aparentemente relevante, pero que es necesario corroborar o descartar con más información si es efectivamente relevante para el caso.

Considero que ARM entienden a los principios como normas *prima facie* en el sentido de normas superables (o que expresan razones *pro tanto*). Esto implica un problema normativo en el sentido de que es necesario introducir una tercera norma que establezca cuál de las dos normas debe ser aplicada al caso individual. En cambio, las reglas las entienden como normas *prima facie* en el sentido de normas con relevancia aparente o falible. Esto es, una norma (interpretación noética) 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 (interpretación dianoética). Como vemos, estos son problemas, operaciones y resultados diferentes. En este sentido, hablar de «derrotabilidad de normas de mandato» es una expresión ambigua dentro de este lenguaje teórico.

De ser así, entonces la diferencia propuesta (vista líneas atrás) entre reglas y principios, con base en que las primeras tienen «vocación a

33 En términos más precisos: la derrota de reglas supone explicitar los presupuestos implícitos de una regla mediante un proceso de reinterpretación restrictiva. Presupuestos implícitos en el sentido de que no se estará incorporando nuevos elementos normativos en el sistema jurídico, sino que se presentarán (de mejor manera) las relaciones entre los valores jurídicos.

ser derrotadas» y los segundos son «esencialmente» derrotables, no es correcta por dos razones: a) la derrotabilidad hace referencia a problemas y operaciones distintas en cada expresión; y b) en ARM la derrota de una norma de mandato (en sus dos sentidos) es un componente necesario para la aplicación del derecho (al preferir un principio para regular un caso y al descartar una regla que no lo especifica).

III.3. Ilícitos y lícitos atípicos, experiencias recalcitrantes y lagunas axiológicas: entre la reconstrucción y la prescripción

En este punto me parece pertinente presentar la pregunta: ¿qué nos permite clarificar la noción de ilícitos y lícitos atípicos sobre la derrota de reglas? Creo que es oportuno responder a ello contrastando este lenguaje con otras propuestas teóricas a efectos de ver sus similitudes y diferencias. En específico, haré tal comparación con la noción de experiencia recalcitrante de Schauer (1) y la noción de laguna axiológica descriptiva propuesta por Jorge Rodríguez (2) a partir del instrumental teórico de Alchourrón y Bulygin. A continuación, haré un breve contraste entre ellas (3).

1. En primer lugar, es posible notar un paralelismo entre las nociones de reglas y principios en la propuesta de ARM con la de norma y razón subyacente de Schauer. Ello genera que los desajustes valorativos a nivel de reglas den cuenta de la misma idea que expresamos con los casos de experiencia recalcitrante supraincluyente. 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, los desajustes valorativos 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 segundos son llamados «casos de derrotabilidad externa».

Ahora bien, para ARM, las reglas solo pueden ser derrotadas por principios sustantivos jurídicos y nunca por principios sustantivos no jurídicos. Bajo la propuesta de Schauer, esta idea se muestra a través de la distinción entre derrotabilidad interna y externa entendidas como predicados de sistemas normativos. 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 producir supuestos de derrotabilidad externa (o derrotabilidad extrasistémica) (Atienza, 2012, p. 106).

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. Esto es una manera de sostener que las reglas no son atrincheradas ni transparentes a los principios. No son atrincheradas porque admiten supuestos de adecuación al contenido de los principios³⁴ y no son transparentes porque los autores sostienen que las reglas ofrecen resistencia 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 concluir que debe prevalecer sobre el principio institucional, entonces el intérprete debe aplicar la regla a pesar de que esta genere un resultado subóptimo.

2. En segundo lugar, los desajustes valorativos a nivel de reglas en ARM operan de la misma manera que los supuestos de laguna axiológica descriptiva propuestos por Jorge Rodríguez a partir del instrumental teórico de Alchourrón y Bulygin³⁵. Cada regla identificada puede ser entendida como una tesis de relevancia identificada a partir de los materiales jurídicos. Mediante dicha tesis de relevancia, se formula una proposición sobre cuáles son las propiedades (descriptivamente) relevantes.

34 Cabe precisar que resulta correcto decir que en la propuesta de ARM las reglas deben ser tratadas como atrincheradas respecto a principios sustantivos no jurídicos.

35 Por «laguna axiológica prescriptiva» refiere al caso en el que un intérprete sostiene que en la tesis de relevancia no se han introducido distinciones que, conforme a un determinado sistema axiológico, deberían haberse introducido. En cambio, por «laguna axiológica descriptiva» refiere al caso en el que un intérprete sostiene que en la tesis de relevancia no ha incluido una distinción que debería ser introducida, conforme a otra norma que forma parte del microsistema de normas aplicables al caso (Rodríguez, 2002, p. 76).

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 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.

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 forma 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.

3. Como podemos ver, entre estas tres aproximaciones a la noción de derrotabilidad hay un conjunto de ideas compartidas, variando principalmente los presupuestos teóricos y la terminología empleada. Entre estas tres aproximaciones podemos notar algunas diferencias. Las nociones de experiencia recalcitrante y de laguna axiológica descriptiva son útiles, principalmente, para describir sistemas jurídicos o, por lo menos, posibles operaciones que pueden realizar los operadores jurídicos con estos. En cambio, la propuesta de ARM ofrece un lenguaje teórico, sofisticado y persuasivo sobre qué deben hacer los operadores jurídicos para resolver problemas normativos. Ellos han dado un aporte sobre cómo presentar las piezas del derecho y ponerlas en marcha para dar soluciones que satisfagan una pretensión de corrección moral³⁶.

Adoptar como premisa que dentro del sistema normativo operan principios que positivizan valores últimos y utilitarios permite poner de relieve un discurso prescriptivo-moralista; en ese sentido, señalar que las reglas deben especificar satisfactoriamente los principios es una manera de expresar que la regulación de la

36 Atienza (2017c) 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 con la que cualquier persona razonable tendría que estar de acuerdo (pp. 195-196). 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.

conducta debe ser correcta en un sentido axiológico. Si no lo es, entonces debemos adecuar las reglas a nuestras consideraciones de lo que es moralmente correcto.

En suma, cuando ARM hablan de derrotabilidad, apuntan a un conjunto de tesis que dan cuenta de la búsqueda, identificación y aplicación de los valores morales jurídicos «correctos»³⁷. En tal sentido, es una propuesta útil y satisfactoria siempre que tales valores puedan ser identificados.

IV. CONCLUSIONES

El presente artículo tuvo por objeto justificar tres puntos: a) que la derrota de reglas es mejor entendida como un proceso reinterpretativo del material jurídico; b) que derrotar reglas no es equivalente a derrotar principios; y c) que el lenguaje de las reglas y los principios presenta las mismas operaciones y resultados que el lenguaje de las experiencias recalcitrantes y de las lagunas axiológicas descriptivas, solo que, a diferencia de estas, el primero de los lenguajes presupone una pretensión prescriptiva sobre cómo debe ser entendido el material jurídico.

Con relación a los puntos a) y b), he dado razones para sustentar que la derrotabilidad ha sido entendida por ARM como una forma de presentar la identificación y resolución de un lícito e ilícito atípicos. Conforme a lo expuesto, estos autores, al hablar de derrotar normas, incurren en ambigüedad, pues están aclarando dos operaciones distintas. La derrota de reglas es entendida como el proceso y resultado de haber adecuado una regla a su justificación (ARM las tratan como normas *prima facie*, en el sentido de relevancia aparente). Se parte del supuesto de 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). Ello no es otra cosa que realizar una interpretación correctora restrictiva de un conjunto de disposiciones tras haber tomado en cuenta algunas prescripciones interpretativas basadas en principios.

En cambio, la derrota de principios es entendida como el proceso y resultado de una ponderación en la cual un principio supera a otro (las tratan como normas *pro tanto*), lo que supone: a) una pérdida de

37 Cabe poner de relieve, además, que estas respuestas (conforme a las propuestas de Atienza) deben ser formuladas con la pretensión de que cualquier persona racional debería aceptar y adoptar dicha respuesta (se adopta un «objetivismo moral mínimo») (Atienza, 2017c).

aplicabilidad externa del principio derrotado, sin variar su identidad; y b) la creación de una nueva norma que establece la relación de preferencia entre normas. En breve, se da cuenta de los pasos necesarios para resolver un conflicto entre dos principios, lo que tiene como resultado que un principio (el derrotado) no debe ser usado para determinar cómo calificar normativamente la acción regulada.

Con relación al objetivo c), hemos visto que las nociones de experiencia recalcitrante y de laguna axiológica descriptiva son útiles para describir sistemas jurídicos; en cambio, la propuesta de ARM versa sobre qué deben hacer los operadores jurídicos para resolver problemas normativos. En efecto, los autores son expresos en señalar que, en determinado subconjunto de casos difíciles, los intérpretes deben derrotar 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 lo presentaron como situaciones de «institucionalización de la derrotabilidad». De esta forma, ellos consideran que los aplicadores del derecho pueden y deben identificar normas de manera correcta; esto es, cuidando que su 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.

REFERENCIAS

Alchourrón, C. (2010). Sobre derecho y lógica. En *Fundamentos para una Teoría General de los Deberes* (pp. 155-176), Madrid: Marcial Pons.

Alchourrón, C., & Bulygin, E. (2012). *Sistemas normativos, Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas* (2da ed.). Buenos Aires: Astrea.

Alonso, J. P. (2018). *Principios Jurídicos Implícitos*. Madrid: Marcial Pons.

Ataoglu, S. (2020). Ilícitos atípicos: una crítica. *Ius et Praxis*, 26(1), 192-206.

Atienza, M. (2007). Constitución y argumentación, *Anuario de Filosofía del Derecho*, (24), 197-228.

Atienza, M. (2012). A vueltas con la ponderación. En M. Atienza y J. García Amado (autores), *Un debate sobre la ponderación* (pp. 9-38). Lima-Bogotá: Palestra-Temis.

Atienza, M. (2013). *Curso de Argumentación Jurídica*. Madrid: Trotta.

Atienza, M. (2017a). Algunas tesis sobre el razonamiento judicial. En J. Aguiló y P. Grández (eds.), *Sobre el razonamiento judicial. Una discusión con Manuel Atienza* (pp. 11-42). Lima: Palestra.

Atienza, M. (2017b). Epílogo (abierto). En J. Aguiló y P. Grández (eds.), *Sobre el razonamiento judicial. Una discusión con Manuel Atienza* (pp. 419-60). Lima: Palestra.

Atienza, M. (2017c). *Filosofía del Derecho y transformación social*. Madrid: Trotta.

Atienza, M., & Ruiz Manero, J. (1996) *Las Piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona: Ariel.

Atienza, M., & Ruiz Manero, J. (2000). *Ilícitos atípicos*. Madrid: Trotta.

Atienza, M., & Ruiz Manero, J. (2001). La dimensión institucional del derecho y la justificación jurídica. *Doxa*, (24), 115-130. <https://doi.org/10.14198/DOXA2001.24.05>

Atienza, M., & Ruiz Manero, J. (2012). Rules Principles and Defeasibility. En J. Ferrer y G. B. Ratti (eds.), *The logic of legal requirements, essays on defeasibility* (pp. 238-253). Oxford: Oxford University Press.

Ballestrero, M., & Guasini, R. (2017). Dialogando su principi e regole. *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XLVII(1), 127-53.

Brink, D. (1994). Moral conflict and its structure. *The Philosophical Review*, 103(2), 215-247.

Bulygin, E. (2005). En defensa de El Dorado. Respuesta a Fernando Atria. En F. Atria, E. Bulygin, J. Moreso, P. Navarro, J. Rodríguez y J. Ruiz Manero, *Lagunas en el derecho, una controversia sobre el derecho y la función judicial* (pp. 73-86). Madrid: Marcial Pons.

Cabra Apalategui, J. (2016). Conflictos de normas y razón práctica (Sobre el concepto, justificación y racionalidad de la ponderación). En J. García Amado (coord.), *Razonar sobre derechos* (pp. 51-79). Madrid: Tiran Lo Blanch.

Carrió, G. (1970). *Principios jurídicos y positivismo jurídico*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Celano, B. (2017). Particularismo, psicodeontica. A propósito de la teoría de la justificación judicial de Manuel Atienza. En J. Aguiló y P. Grández (eds.), *Sobre el razonamiento judicial. Una discusión con Manuel Atienza* (pp. 59-126). Lima: Palestra.

Chiassoni, P. (1991). L'interpretazione della legge: normativismo semiotico, scetticismo, giochi interpretativi. En S. Castignone (ed.), *Studi in memoria di Giovanni Tarello* (vol. II [Saggi teorico-giuridici], pp. 121-161). Milán: Giuffrè.

Chiassoni, P. (2002). Los juegos interpretativos. La interpretación de la ley desde un enfoque griceano. En P. Navarro y M. Redondo (eds.), *La relevancia del Derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política* (pp. 185-210). Barcelona: Gedisa.

Chiassoni, P. (2011). *Técnicas de interpretación jurídica. Breviario para juristas*. Madrid: Marcial Pons.

Chiassoni, P. (2016). The pragmatics of Scepticism. *Analisi e diritto*, 275-303.

Comanducci, P. (1998). Principios jurídicos e indeterminación del derecho. *Doxa*, 2(21), 89-104. <https://doi.org/10.14198/doxa1998.21.2.07>

Diciotti, E. (1999). *Interpretazione della legge e discorso razionale*. Turín: Giappichelli.

García Yzaguirre, V. (2020a). Exceptuando normas: apuntes para un análisis conceptual. *Doxa*, (43), 427-456. <https://doi.org/10.14198/doxa2020.43.16>

García Yzaguirre, V. (2020b). Normas derrotables como normas compuestas por condiciones contribuyentes. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, (42), 115-34. <https://doi.org/10.7203/cefd.42.16398>

Gianformaggio, L. (1987). Lógica y argumentación en la interpretación jurídica o tomar a los juristas intérpretes en serio. *Doxa*, (4), 87-108. <https://doi.org/10.14198/doxa1987.4.06>

González Lagier, D. (2007). Algunas precisiones sobre la noción de contenido normativo en Normative Systems. En J. Moreso y M. Redondo (eds.), *Un diálogo con la teoría del derecho de Eugenio Bulygin* (pp. 109-116). Madrid: Marcial Pons.

Guastini, R. (2007). Eugenio Bulygin y Tecla Mazzaresse, sobre interpretación y proposiciones normativas. En J. Moreso y M. Redondo(eds.), *Un diálogo con la teoría del derecho de Eugenio Bulygin* (pp. 51-56). Madrid: Marcial Pons.

Guastini, R. (2018). *Interpretar y argumentar*. Madrid: CEPC.

Hage, J., & Peczenik, A. (2000). Law, morals and defeasibility. *Ratio Juris*, 13(3), 305-25. <https://doi.org/10.1111/1467-9337.00158>

Hilpinen, R. (2016). Las acciones como transformaciones de estado en G. H. Von Wright. *Doxa*, (39), 49-63. <https://doi.org/10.14198/doxa2016.39.04>

Lifante, I. (2018). *Argumentación e interpretación jurídica, escepticismo, intencionalismo y constructivismo*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

Maranhao, J. (2017). *Positismo lógico-incluyente*. Madrid: Marcial Pons.

Moreso, J. (2001). El encaje de las piezas del derecho (Primera Parte). *Isonomía*, (14), 135-157.

Moreso, J., & Navarro, P. (1996). Aplicabilidad y eficacia de las normas jurídicas. *Isonomía*, (5), 119-139.

Núñez Vaquero, Á. (2017). Ponderativismo y racionalidad de toma de decisiones. En J. Aguiló y P. Grández (eds.), *Sobre el razonamiento judicial. Una discusión con Manuel Atienza* (pp. 245-276). Lima: Palestra.

Poscher, R. (2012). The Principles Theory. How many theories and what is their merit? En M. Klatt (ed.), *Institutionalized reason. The jurisprudence of Robert Alexy* (pp. 218-247). Oxford: Oxford University Press.

Prieto Sanchís, L. (1996). Diez argumentos sobre principios. *Jueces para la Democracia*, (26), 41-49.

Ratti, G. B. (2013). *El gobierno de las normas*. Madrid: Marcial Pons.

Ratti, G. G. (2015). An analysis of some juristic techniques for handling systematic defects in the law. En T. Bustamante y C. Dahlma (ed.), *Argument types and fallacies in legal argumentation* (pp. 151- 178). Dordrecht: Springer.

Redondo, M. (2012). Reasons for Action and Defeasibility. En J. Ferrer y G. B. Ratti (ed.), *The logic of legal requirements, essays on defeasibility* (pp. 309-325). Oxford: Oxford University Press.

Ródenas, Á. (1998). Entre la transparencia y la opacidad. Análisis del papel de las reglas en el razonamiento judicial. *Doxa*, 1(21), 99-121. <https://doi.org/10.14198/doxa1998.21.1.06>

Ródenas, Á. (2015). Normas regulativas: principios y regla. En D. González Lagier (ed.), *Conceptos básicos del derecho* (pp. 15-26). Madrid: Marcial Pons.

Rodríguez, J. (2002). *Lógica de los sistemas jurídicos*. Madrid: CEPC.

Ruiz Manero, J. (2008). Principios, J. objetivos y valores. Otra vuelta de tuerca. En S. Ortega (comp.), *Interpretación y razonamiento jurídico* (pp. 149-178). Lima: Hermeneia editores.

Ruiz Manero, J. (2009). Las virtudes de las reglas y la necesidad de los principios. Algunas acotaciones a Francisco Laporta. En F. Laporta, M. Rodilla y J. Ruiz Manero, *Certeza predictibilidad de las relaciones jurídicas* (pp. 95-122). Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.

Ruiz Manero, J. (2011). Sobre la estructura de los diversos tipos de normas regulativas. Una nota sobre una nota de Giovanni Battista Ratti. *Analisi e Diritto*, 107-116.

Ruiz Manero, J. (2015). Dos enfoques particularistas de la ponderación entre principios constitucionales. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1(1), 119-25.

Sartor, G. (1995). Deafesibility in legal reasoning. En Z. Bankowski, I. White y U. Hahn (ed.), *Informatics and the foundations of legal reasoning* (pp. 119-158). Dordrecht: Springer.

Searle, J. (1978). Prima facie obligations. En J. Raz (ed.), *Practical Reasoning* (pp. 81-91) Oxford: Oxford University Press.

Von Wright, G. (1951). *A treatise on induction and probability*. Londres: Routledge.

Von Wright, G. (1981). Problems and prospects of deontic logic -a survey. En E. Agazzi (ed.), *Modern Logic – A Survery. Historical, philosophical, and mathematical aspects of modern logic and its applications* (pp. 399-424). Londres: Riedel Publishing.

Recibido: 28/05/2021
Aprobado: 15/09/2021