

SCIENTIA

REVISTA DE INVESTIGACIÓN

Scientia

ISSN: 0258-9702

viceipup@ancon.up.ac.pa

Universidad de Panamá

Panamá

Buriticá Arango, Esteban

Derrotabilidad y razonamiento jurídico: sobre la (supuesta) necesidad de una lógica derrotable

Scientia, núm. 159, enero-junio, 2015, pp. 215-247

Universidad de Panamá

Panamá, Panamá

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=651769459010>

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

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto



Autora: Alba Cecilia Gutiérrez Gómez
Título: Presencias invisibles en el templo
Técnica: Óleo sobre lienzo
Dimensiones: 1.10 x 1.20 m
Año: 1992

Derrotabilidad y razonamiento jurídico: sobre la (supuesta) necesidad de una lógica derrotable*

* Artículo de reflexión. Producto de la investigación “Lógica jurídica y conceptos fundamentales de la teoría del derecho: Análisis y propuestas”, desarrollada como trabajo de grado para optar al título de Abogado en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Terminada el 08 de mayo de 2014.

DOI: 10.17533/udea.esde.v72n159a10

Fecha de recepción: 25 de marzo de 2015

Fecha de aprobación: 30 de abril de 2015

Derrotabilidad y razonamiento jurídico: sobre la (supuesta) necesidad de una lógica derrotable

Esteban Buriticá Arango¹

Resumen

En este trabajo exploro las posibles implicaciones de la “derrotabilidad” en la aplicación de la lógica deductiva al lenguaje del derecho, presentando una reconstrucción del significado de “norma derrotable” en la filosofía del derecho contemporánea y analizando los argumentos que conciben la derrotabilidad como una característica esencial de las normas jurídicas. El propósito central del artículo, además de recalcar la ambigüedad del término “derrotabilidad”, es evaluar hasta qué punto algunas de las nociones usuales de “norma” o “razonamiento derrotable” resultan incompatibles con los principios de la lógica deductiva.

Palabras clave: derrotabilidad, norma jurídica, razonamiento jurídico, lógica deóntica.

Defeasibility and legal rules: on the (supposed) necessity for a defeasible logic

Abstract

In this paper I explore the possible implications of “defeasibility” in the application of a deductive logic to the language of law, presenting a reconstruction of the meaning of “defeasible rule” under the philosophy of contemporary law and analyzing the arguments that conceived defeasibility as an essential feature of legal rules. The main purpose of the paper, besides making emphasize on the ambiguity of the term “defeasibility”, is to assess to what extent some of the usual notions of “defeasible rule” or “defeasible reasoning” are incompatible with the principles of deductive logic.

Keywords: defeasibility, legal rule, legal reasoning, deontic logic.

¹ Abogado, egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. E-mail: esteban.buriticaa@gmail.com

Citación de este artículo con el sistema APA: Buriticá, E. (2015). Derrotabilidad y razonamiento jurídico: sobre la (supuesta) necesidad de una lógica derrotable. *Estudios de Derecho*. 72 (159), 215-247. DOI: 10.17533/udea.esde.v72n159a10

Derrotabilidad y razonamiento jurídico: sobre la (supuesta) necesidad de una lógica derrotable

Introducción

En su artículo de 1949, *The ascription of responsibility and rights*, Hart acudió por primera vez al término “derrotabilidad” para explicar la manera en que los conceptos jurídicos pueden ser excepcionados en contextos de información incompleta. Desde entonces han sido numerosos los estudios que denuncian la incapacidad de la lógica para operar sobre reglas jurídicas “derrotables” y los que se inclinan por reformular aquellos aspectos que hacen incompatibles el razonamiento deductivo y la derrotabilidad. En este escrito reconstruiré algunos de los sentidos que la teoría del derecho contemporánea atribuye al término “derrotabilidad” y analizaré los argumentos que sugieren que esta es una característica esencial o meramente posible de las normas y el razonamiento jurídico.

La derrotabilidad fue tratada originalmente como un problema relativo al razonamiento de sentido común y estudiada con particular interés en el campo de la inteligencia artificial (AI). Los teóricos de AI pretendían construir sistemas lógicos cuyas conclusiones, obtenidas en contextos carentes de información completa, pudiesen ser desplazadas o derrotadas cuando la información disponible fuera objeto de complementaciones (Prakken & Sartor, 2004, p. 120). El clásico ejemplo expuesto por Marvin Minsky (1988, p. 277) ilustra bien este fenómeno: partiendo de la generalización de sentido común según la cual “todas las aves pueden volar” es posible deducir correctamente que el pingüino *Tweety* puede volar. Una vez se advierte, sin embargo, que los pingüinos no vuelan a pesar de ser aves, la conclusión es rechazada en favor de un nuevo enunciado que resulta, en últimas, más correcto. El razonamiento derrotable puede explicar, por tanto, la adopción de conclusiones en condiciones de normalidad, esto es, cuando no pueden ser verificadas de antemano todas las características relevantes del caso, y el rechazo de las mismas en condiciones de información completa. Para la lógica, y específicamente para algunos modelos de AI que pretendían modelar el razonamiento de sentido común, ello implicaba el abandono del principio según el cual las premisas constituyen en todo caso condiciones suficientes de la conclusión.

En materia ética, la noción de principios *prima facie* desarrollada por D. Ross (1939) sugería también el carácter derrotable del razonamiento moral. Según Ross, los principios éticos considerados aisladamente no permiten deducir obligaciones concluyentes en casos particulares, pues su aplicación exige verificar con anterioridad la existencia de principios contrarios y evaluar de manera conjunta el peso de cada uno de ellos. Las disposiciones genéricas del tipo “no se debe mentir” o “no se debe producir dolor”, proporcionarían apenas soluciones normativas *prima facie* que con posterioridad pueden ser preferidas o excepcionadas por una regla que dispone para el mismo caso una solución contraria. En palabras de Ross (1939, p. 84): “*Moral intuitions are not principles by the immediate application of which our duty in particular circumstances can be deduced. They state [...] prima facie obligations [...] We are not obliged to do that which is only prima facie obligatory*”. Una consecuencia natural de esta postura es que a los principios morales no se les puede atribuir propiedades universalmente relevantes, i.e. válidos (o aplicables) en cualquier circunstancia.

Hart introdujo por primera vez en el ámbito jurídico la expresión derrotabilidad en un pequeño pasaje de su escrito *The ascription of responsibility and rights* (1949). Aunque no exento de ambigüedades, Hart parece apuntar a la estructura básica de aquello que los lógicos y teóricos del derecho han relacionado tradicionalmente con la derrotabilidad, a saber, la posible (o necesaria) existencia de disposiciones que en determinados casos “derrotan” o “desplazan” las soluciones normativas inicialmente deducidas del material jurídico. En el ejemplo proporcionado por Hart (1949, p. 175), la norma que estipula la obligación de cumplir los contratos podría ser derrotada por la norma que estipula la invalidez de aquellos que han sido celebrados mediante coacción (*duress*) o con propósitos inmorales (*contracts made for immoral purposes*). En tales casos, es usual afirmar que el antecedente de la norma condicional aplicada en primer término a un caso (individual o genérico) no constituye razón suficiente para deducir la solución normativa, sino tan sólo una condición necesaria o contribuyente de la misma. Una norma jurídica inderrotable sería entonces aquella que fija de manera exhaustiva las propiedades relevantes del caso en cuestión, de manera que ninguna propiedad sobreviniente al caso elemental pueda desplazar la conclusión inicialmente inferida.

Aunque no son uniformes los enfoques inspirados de la formulación hartiana, la mayoría de ellos identifican la derrotabilidad con dos aspectos básicos²: de un lado, dos normas aparentemente compatibles generan soluciones normativas incoherentes

2 Véase también: Rodríguez (1997, p. 157; 2002, p. 381, 385). Dice el autor que una consecuencia natural de esta caracterización de la derrotabilidad es que “si en un sistema normativo no existen criterios de preferencia que solucionen todas las posibles contradicciones que en él puedan presentarse, de ello no se sigue que habrá normas derrotables, sino simplemente que habrá contradicciones”.

frente a un caso dado, y por otro, la aplicación de criterios de preferencia determinan qué norma debe prevalecer. Por supuesto, esta “derrota” o “desplazamiento” de la solución normativa no implica que la norma derrotada sea eliminada del sistema jurídico, sino tan solo que su aplicabilidad al caso concreto sea excluida por la otra norma. Para seguir el ejemplo de Hart (1949, p. 175), si asumimos que dos sujetos han celebrado un contrato de venta válido sería correcto deducir –conforme a la norma según la cual los contratos deben ser cumplidos– que tanto el comprador como el vendedor están obligados satisfacer sus respectivas prestaciones. Pero, si además se asume que el contrato ha sido celebrado mediante coacción, lo correcto sería deducir –conforme a la norma que considera inválidos este tipo de “contratos”– que el vendedor no tiene obligación alguna. La adopción de esta última respuesta no implica que deba ser eliminada del sistema la norma que ordena el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los contratos, sino tan solo la introducción de una o varias excepciones en sus condiciones de aplicabilidad (antecedente de la norma condicional). A continuación expondré dos perspectivas desde las cuales puede reconstruirse este fenómeno.

1. Derrotabilidad, contradicciones normativas y sistematización del derecho

En un primer sentido, la derrotabilidad puede ser relacionada con el proceso de identificación y solución de contradicciones parciales en un determinado sistema jurídico. De esta manera, el análisis de las normas derrotables estaría reducido a la deducción de consecuencias normativas con base en un caso genérico y dos enunciados jurídicos incompatibles, e implicaría la posterior aplicación de metanormas de prioridad. Aquí no adquiriría especial relevancia la aplicación de normas generales a casos individuales, aunque en principio sería posible formular hipótesis como instancias particulares del caso genérico respectivo.

Un ejemplo recurrente en la literatura especializada es el que relaciona la norma n_1 (“todo el que mate a otro debe ir a prisión”) con la norma n_2 (“está prohibido que los menores de edad vayan a prisión”) y el caso genérico c (“matar a otro y ser menor de edad”). Aunque la formulación de las normas n_1 y n_2 resulta en un principio compatible y no genera contradicciones para todo caso genérico en los que aparezcan separadas las propiedades del caso c , sí dan lugar a una solución inconsistente para la conjunción de ambas propiedades: si alguien es menor de edad y comete un homicidio, entonces *debe ir a prisión* y *no debe ir a prisión*. En tal circunstancia, solo aplicando algún criterio que de prioridad a una de las normas n_1 o n_2 puede evitarse la deducción de la norma contradictoria n_3 y hacer consistente

al conjunto normativo. En la práctica los juristas suelen reformular una de las normas en conflicto, de manera que incluya una excepción en su antecedente. En el caso considerado c, la mayoría estaría de acuerdo en que la norma que prohíbe el ingreso a prisión de los menores de edad prevalece sobre la norma que ordena el ingreso a prisión de los homicidas. En tal caso, la norma n_1 podría formularse como n_1' : “quien mate a otro y no sea menor de edad debe ir a prisión”, cuya estructura resulta compatible con la norma n_2 .

Si se analiza detenidamente esta noción de derrotabilidad, puede advertirse que las condiciones bajo las cuales una norma es derrotada por otra dependen en gran parte las modificaciones efectuadas por el intérprete al conjunto de normas y casos genéricos inicialmente considerados. Esas modificaciones ocurren usualmente en el proceso de sistematización del sistema normativo (donde especifican de manera paulatina las relaciones de implicación entre casos y soluciones) y pueden darse tanto en las normas como en los casos genéricos tomados en cuenta. En efecto, si se adicionan normas a un sistema inicial con base en el cual se dedujeron determinadas soluciones coherentes para un caso genérico, pueden ser posteriormente derivadas soluciones incoherentes para el mismo caso. Para ejemplificar, supóngase un caso genérico $a \wedge b$ y un sistema jurídico S_i conformado por las normas $a \rightarrow Oq$ y $b \rightarrow Pp$ ³. En principio, el intérprete puede deducir las soluciones normativas coherentes Oq y Pp . Pero, si al sistema S_i le adiciona el intérprete la norma válida $b \rightarrow O\neg p$, serán deducibles las soluciones incoherentes Pp y $O\neg p$, para el mismo caso $a \wedge b$. En este sentido, una variación en el sistema normativo ha generado una contradicción respecto de la cual el intérprete deberá decidir si una de las normas incoherentes derrota a la otra y en qué medida la derrota (o la excepciona).

Algo similar ocurre si lo que se modifica no es el sistema jurídico S_i sino los casos genéricos considerados. Puede pensarse un sistema S_i conformado por las normas $a \rightarrow Oq$, $b \rightarrow Pp$ y $b \rightarrow O\neg p$, y un caso genérico a analizado por el intérprete. Inicialmente, el sistema S_i arroja la solución normativa Oq , pero una vez se introduce el caso genérico $a \wedge b$ se produce la incoherencia $O\neg p \wedge Pp$ ⁴. En este caso, una modificación en el contexto “fáctico”⁵ de casos genéricos es la que produce la

3 El sistema hipotético S_i no lo tomo aquí como un “sistema jurídico vigente en un país y en un momento determinado” sino como una reconstrucción parcial del mismo.

4 A esto se refieren igualmente Navarro & Rodríguez (2000, p. 65): “el estatus normativo de una acción puede variar cuando se modifica el conjunto de casos considerados, aun cuando las normas del sistema permanezcan constantes”.

5 Refiriéndose a hechos particulares y no a casos genéricos, Rodríguez (2005, p. 21) señala la misma idea: “variando la información disponible acerca de los hechos de un caso particular, una norma que se consideraba relevante para la solución puede dejar de serlo o bien una norma reputada irrelevante puede volverse relevante.”

contradicción normativa que –según determine el intérprete– puede estar sujeta o no a la derrotabilidad.

Este análisis permite contemplar un aspecto central del razonamiento derrotable. Como han señalado Navarro & Rodríguez (2000) y el mismo Navarro (2005, pp. 113-115), las operaciones ligadas a la derrotabilidad tienen importantes implicaciones en la labor de sistematización del derecho. La identificación y posterior solución de las contradicciones normativas parciales (inherentes a la derrotabilidad) permiten analizar la coherencia y completitud del sistema conforme a una determinada tesis de relevancia⁶. En efecto, las contradicciones generadas por la norma derrotada y su *defeater* suelen manifestarse solo en ciertos niveles del universo de casos considerados, mientras que su superación a través de la inclusión de excepciones en la norma derrotada implica –casi siempre– la introducción de lagunas en un nivel más fino del universo de casos. En otras palabras, la labor de identificar contradicciones parciales entre normas y la labor de revisión del antecedente encubre usualmente un cambio de nivel en el número de propiedades relevantes consideradas y generan cierta dinámica entre los conceptos de coherencia y completitud del sistema normativo analizado. Como afirma Navarro (2005, p. 117): “(...) dado que mientras la totalidad se hereda de casos menos finos hacia casos más finos, la coherencia se comporta en sentido inverso, ya que se hereda de los casos más finos hacia los menos finos. La estrategia de revisión del antecedente resuelve el problema de la coherencia en el universo de casos más fino, pero al precio de introducir una laguna en el universo de casos menos fino”⁷. Así, por ejemplo, si tomamos las normas $a \rightarrow Pq$ y $b \rightarrow O\neg q$, y los casos a , b y $a \wedge b$, podemos advertir que la solución del conflicto normativo con base en una meta-norma de prioridad que permita la formulación de las dos nuevas normas (1) $a \wedge b \rightarrow O\neg q$ y (2) $a \wedge \neg b \rightarrow Pq$ implica generar una laguna respecto de los casos a y b ⁸.

Casos	Soluciones
$a \wedge b$	$O\neg q$
$a \wedge \neg b$	Pq
a	x
b	x

6 Sobre los conceptos de propiedad relevante, tesis de relevancia y universo de casos relevantes (Alchourrón & Bulygin, 1971, p. 153).

7 Sobre el concepto de universo de casos más o menos finos ver: Alchourrón & Bulygin (1971, p. 146). Los autores demuestran que la completitud de los sistemas normativos se hereda del universo de casos menos fino a universos menos finos, mientras que la coherencia se hereda en sentido inverso.

8 Alternativamente, podría reformularse la norma (2) como $a \rightarrow Pq$, en cuyo caso se generaría una laguna normativa para los casos $a \wedge \neg b$ y b .

De esta manera, mientras que el universo de casos más fino se torna consistente (y completo) respecto de la propiedad a , se introducen simultáneamente lagunas normativas en el universo de casos menos fino. La norma ($a \rightarrow Pq$) podría reformularse así como una norma derrotable en el caso $a \wedge b$.

Como puede advertirse, la lógica desempeña una importante función en la comprensión de la derrotabilidad: brinda los parámetros formales que permiten determinar si dos normas aparentemente compatibles implican una norma inconsistente, y en qué medida las posibles soluciones al problema son lógicamente admisibles. Las reglas de la lógica, no obstante, no son útiles a la hora de determinar qué solución normativa debe privilegiarse, y tampoco contribuyen de manera decisiva en su búsqueda. Como afirman Ferrer & Ratti (2012, p. 21) “*logic do not provide a solution for antinomies... deductive logic is not meant to provide tools for solving normative conflicts; it is only meant to offer tools to detect them*”. En este sentido, el problema de la derrotabilidad de las normas jurídicas no puede ser reducido a un problema exclusivamente deductivo. La fijación de los criterios de preferencia no es una labor lógica, y los criterios como la regla *lex specialis* son apenas reglas jurídicas contingentes o criterios de interpretación no vinculantes.

Existen por lo menos dos dificultades relacionadas con los criterios de preferencia. En primer lugar, los juristas suelen aplicar no solo una, sino varias reglas de prioridad a la hora de solucionar incoherencias normativas (*lex secialis*, *lex prosterior* y *lex superior*, entre otras), dependiendo del tipo de contradicción. Cuál sea el criterio aplicable en un caso concreto depende del modo en que el jurista interprete la situación particular y esa interpretación obedecerá en un buen número de casos a factores extrajurídicos⁹. Por supuesto, algunas circunstancias excluirán por su misma naturaleza la aplicación de ciertos criterios: por ejemplo, cuando dos normas proporcionan soluciones normativas incompatibles en toda circunstancia (o para cualquier instancia de su caso genérico) no sería aplicable el criterio *lex specialis*. De manera similar, el sistema jurídico podría incluir reglas positivas que jerarquicen las reglas y aproximen en buena medida *la solución* de incoherencias normativas, pero una formulación de esa naturaleza sería contingente. La ordenación jerárquica de los criterios, además, no puede solucionar todos los casos posibles (v.gr. cuando las normas contradictorias fueron promulgadas en igual tiempo y

9 Al respecto, Ferrer & Ratti (2012, p. 19) sostienen: “As an account of ordinary legal reasoning, however, it is more than doubtful that the principle of specificity has a general scope as a principle of priority among conflicting norms. In many cases, in fact, the criterion *lex specialis* competes with (and is often defeated by) other criteria, such as *lex superior derogat legi inferior* and *lex posterior derogat legi priori*. Specifically, the relationships among the criteria for solutions od normative conflicts are contingent and changing, and no logic can be built in order to capture the very nature of conflicting solving in normative reasoning, for the simple reason that such a thing does not exist”

poseen igual rango y generalidad), mientras que la ordenación no jerárquica parece sometida inevitablemente a contradicciones (v.gr. cuando la norma especial es a su vez una norma de rango inferior y promulgación posterior).

En segundo lugar, la noción misma de “especialidad” en la *lex specialis* no es muy clara. Si se observa detenidamente, la simple contradicción entre el *defeater* y la norma derrotada no permite inferir que la primera sea una excepción de la segunda o que la segunda posea en ese momento una formulación incompleta (o derrotable). Por ejemplo, de las normas n_1 y n_2 ya señaladas, podría decirse también que n_1 derrota a n_2 , de manera que aquella sea una excepción de esta: “ n_2 : está prohibido que quien es menor de edad y no haya asesinado a otra persona vaya a prisión” (es decir, en virtud de la norma n_1 , se deja abierta la posibilidad de que quien haya asesinado a otra persona deba ser condenado a prisión sin importar su edad). En todo caso, a este tipo de conclusiones solo se llega luego de un proceso interpretativo que permita, por un lado, descartar la aplicación de otros criterios, y por otro, concretar la noción de especificidad en el caso en cuestión.

2. La derrotabilidad como un problema del razonamiento jurídico en la aplicación de normas

Quizá el sentido más usual que se atribuye al término “derrotabilidad” en el ámbito jurídico sea el que considera las normas y los razonamientos derrotables como un problema específico de la aplicación de normas a *casos individuales*. Este enfoque se encuentra íntimamente relacionado con el uso de argumentos jurídicos en contextos institucionales (aunque no solo en ellos), e incluye entre las posibles fuentes de derrotabilidad elementos de naturaleza procedimental. Suele ir de la mano de teorías diversas acerca de la naturaleza del razonamiento jurídico y las propiedades lógicas del lenguaje de las normas. Sus implicaciones no excluyen, además, el estudio de la derrotabilidad a nivel de casos genéricos y soluciones genéricas, por lo que ambos enfoques pueden tomarse como versiones de un mismo fenómeno.

Volviendo al ejemplo inicial, si suponemos un *caso individual* en el que Pedro, siendo menor de edad, asesina a otra persona, podemos deducir con base en las normas n_1 y n_2 (por *modus ponens* e introducción de la conjunción) que el juez tiene la obligación específica de condenar a Pedro y de no condenarlo: $Op \wedge O\neg p$. En una circunstancia de este tipo, es altamente probable que el juez vea sólo una “contradicción aparente” e interprete la norma n_2 como una excepción de la norma n_1 , de manera que su antecedente incluya una condición negativa de aplicabilidad y resulte de esa manera derrotable. Nótese que a diferencia del problema ya analizado

en la sección anterior, en el presente caso han sido deducidas soluciones normativas individuales y el criterio de prioridad tendrá como referencia tal característica.

Algunos autores han adoptado esta idea básica de derrotabilidad y la han introducido en un contexto institucional del razonamiento jurídico, en lo que desde entonces se denomina “enfoque procesal” de la derrotabilidad. Para Prakken & Sartor (2004), por ejemplo, la derrotabilidad de las normas y el razonamiento jurídico solo pueden ser caracterizados correctamente si se toman en cuenta las reglas que rigen los procesos de aplicación, especialmente el modo en que las partes en conflicto proponen y fundamentan sus pretensiones. Lo que aquí interesa no es únicamente la posibilidad de que en un razonamiento jurídico la suma de información sobre los hechos o sobre el derecho de lugar a soluciones normativas que excluyen una inferencia lógica previa, sino también la manera en que eso se manifiesta en los procesos judiciales. En este sentido, el análisis lógico es importante (aunque, según los autores, solo en el sentido de lógica “derrotable” o “no-monotónica”), pero en un marco institucional.

La estructura del razonamiento derrotable puede ser caracterizada desde este punto de vista como sigue: “The proponent starts with an argument for the statement he wants to prove, after which the players take turns, moving one argument at a time. The opponent’s task is to attack the proponent’s last-moved argument with a conflicting argument. The proponent’s task then is to prove that this attack is unsuccessful” (Prakken & Sartor, 2004, p. 124). De esta manera, las inferencias efectuadas con base en la información en un comienzo proporcionada por el demandante son eventualmente derrotadas por la información que proporciona el demandado o, si se quiere, los argumentos y las premisas normativas utilizadas por una de las partes derrotan los argumentos y las premisas normativas utilizadas por la otra.

Este enfoque procesal de la derrotabilidad suele reforzarse con las supuestas implicaciones que tiene la regla de la carga de la prueba en la derrotabilidad del razonamiento jurídico. Según Prakken & Sartor (2004), por ejemplo, la importancia de la carga de la prueba en el estudio de la derrotabilidad radicaría en que es justamente dicha regla la que en un buen número de casos autoriza (u ordena) la derivación de determinada solución deóntica en casos individuales, sin necesidad de probar todas las condiciones previstas por la norma¹⁰. Por ejemplo, algunos sistemas de derecho civil permiten deducir la obligación que tiene el demandado de cumplir sus obligaciones contractuales si el demandante prueba únicamente la

10 “The outcome of a legal dispute often depends not only on the statements and arguments exchanged, but also on the “propositional attitudes” expressed by the parties involved (such as when a claim was disputed, conceded, or not responded to) and on how the burden of proof is allocated” (2004 p. 126).

existencia de un contrato válido. En este caso es el demandado quien tendría la carga de probar las posibles excepciones (v. gr., que la obligación ya ha sido pagada, que no se ha efectuado la respectiva contraprestación, etc.), y solo cuando sean aportadas las pruebas pertinentes podrá el juez concluir con base en ellas que el demandado no tiene obligación alguna en virtud del contrato, aun cuando subsista el hecho probado por el demandante (la existencia de un contrato válido). De esta manera, la derrotabilidad del razonamiento jurídico (referente a casos individuales) dependería de un contexto institucional en el que se hace indispensable el intercambio de argumentos y la asignación de la carga de la prueba.

3. ¿Es la derrotabilidad un aspecto esencial del razonamiento jurídico?

Hasta aquí he analizado dos sentidos que pueden atribuírsele al término “derrotabilidad”. He dicho que las normas jurídicas suelen incluir excepciones implícitas que permiten desplazar soluciones adoptadas con base en un universo de casos menos fino (ya sea a nivel de casos genéricos o casos individuales). He insinuado también que con base en la derrotabilidad de las normas, se ha difundido la tesis según la cual el razonamiento jurídico y los argumentos basados en normas son igualmente derrotables. El punto a discutir a continuación es si esta última tesis puede generalizarse, es decir, si las normas jurídicas son esencialmente derrotables y ello implica asumir en todo caso el carácter no monotónico del razonamiento jurídico.

En su versión original, la lógica deóntica de von Wright (1951) conserva las propiedades inferenciales de la lógica clásica, incluyendo su carácter monotónico. En una deducción ordinaria, ello implica que si la solución normativa Op se sigue lógicamente de un conjunto de enunciados α , entonces Op pertenece también al conjunto de consecuencias de $\alpha \cup \{B\}$. En otras palabras, no podría ser el caso que una solución normativa se siga de un conjunto de enunciados α y no se siga de otro que incluya todos los elementos de α ¹¹. Este es el denominado principio de monotónia de la lógica deductiva y suele expresarse en términos de teoría de conjuntos ($\alpha \vdash A$, entonces $\alpha \cup \{B\} \vdash A$). También hace parte de los axiomas metalingüísticos que definen la noción clásica de consecuencia lógica (Palau, 2002, 2005).

11 Una definición equivalente puede encontrarse en Hage (2003, p. 222): “A system of logic is monotonic, if and only if it is such that if a set of sentences S' is a superset of S , the set of conclusions C' that follow according to this logic from S' is a superset of the set C of conclusions that follow from S . A system of logic is non-monotonic if and only if it is not monotonic”.

En el cálculo deóntico el principio de monotonía se refleja en la ley del refuerzo del antecedente $\vdash ((a \rightarrow Op) \rightarrow ((b \wedge a) \rightarrow Op))$, según el cual la adición de fórmulas atómicas a un conjunto de premisas α no elimina las conclusiones deducidas a partir de α . En este sentido, la conectiva condicional (\rightarrow) del sistema de von Wright conserva las propiedades inferenciales de la lógica clásica, lo que implica que el antecedente del condicional (caso elemental) constituye razón suficiente para deducir el consecuente (solución normativa).

Si se conserva la propiedad de monotonía en la noción de consecuencia lógica, o una versión fuerte del condicional material (\rightarrow), las deducciones con normas podrían arrojar incoherencias del tipo mencionado anteriormente. Es con base en estos principios que resulta posible aplicar reglas de inferencia como el *modus ponens*. Las denominadas lógicas no monotónicas o derrotables, por el contrario, tratan de superar el problema de las contradicciones renunciando o bien a la ley de monotonía o bien a una caracterización fuerte del condicional material. Su propósito fundamental es expresar el carácter no concluyente (o no suficiente) de las condiciones de aplicabilidad fijadas por las normas condicionales, y permitir que una solución normativa sea desplazada por otra aun cuando la información inicial siga presente.

Junto con el principio de monotonía y la ley del refuerzo del antecedente (propios del condicional material clásico), las lógicas no monotónicas y derrotables renuncian a la regla del *modus ponens* y a lo que tradicionalmente se ha conocido como el “silogismo jurídico”. En efecto, el *modus ponens* implica a, y es implicado por, la ley del refuerzo del antecedente, por lo que si se renuncia a uno de ellos debe renunciarse al otro: $(a \rightarrow Op) \rightarrow ((b \wedge a) \rightarrow Op) \leftrightarrow ((a \rightarrow Op) \wedge a) \rightarrow Op$. La consecuencia natural de este cambio es la pérdida de aptitud inferencial de la lógica deóntica y su incapacidad para explicar aspectos centrales del razonamiento jurídico, principalmente la aplicación judicial de normas como operación deductiva. Y es que la misma fuerza práctica de los sistemas normativos se vería fuertemente comprometida. Si la lógica deóntica no incluye la regla del *modus ponens*, no podría explicarse (por medio de instrumentos lógicos) que los sujetos normativos obedezcan reglas de carácter general. Por ejemplo, el hecho de que un ciudadano pague cumplidamente sus obligaciones tributarias porque así lo indica la norma N_1 (“todos los ciudadanos deben pagar impuestos”) no podría ser explicado como un proceso deductivo con premisas y conclusiones, sino –quizá– como un fenómeno psicológico o semántico (al respecto, Bayón, 2007).

Aunque en principio resulta posible elaborar una lógica derrotable para el razonamiento jurídico, muchos autores van más allá y consideran que en cuestiones normativas no existe otra alternativa admisible a este tipo de lógicas (Bayón, 2001).

En su opinión, el carácter deductivo de la lógica clásica (monotonía y condicional material) desdibujaría la naturaleza del lenguaje normativo, proporcionando al razonamiento jurídico una formalización con rasgos ajenos a las estructuras derrotables del lenguaje natural. Muchos argumentos han sido aducidos para fundamentar este punto de vista. Quizá los más importantes sean los que se refieren al aspecto procesal de la aplicación de normas jurídicas, a la teoría del cambio de creencias y a la indeterminación de las normas. En lo que sigue trataré de identificar cada uno de estos argumentos y señalar sus deficiencias y posibles virtudes.

3.1 El enfoque procesal

El primer argumento es típico de los enfoques procesal-probatorios de la derrotabilidad: el razonamiento jurídico es derrotable porque los argumentos, las premisas y las conclusiones alegadas por una de las partes en el proceso judicial son (o pueden ser) típicamente derrotadas por los argumentos de la contraparte. Como se vio en la sección anterior, la figura de la carga de la prueba es fundamental en este punto: cuando ha sido probada tan solo una de las condiciones previstas en la norma condicional, la solución normativa puede ser derivada aun cuando no hayan sido fijadas las demás condiciones. Inversamente, si la contraparte logra probar tan solo una de las excepciones a la regla, la conclusión inicialmente adoptada puede ser derrotada (sin que se reste fuerza a las anteriores pruebas). En términos procesales (Bayón, 2001), puede decirse que el demandante ve satisfecha su pretensión si logra probar uno de los *probanda* de la norma, mientras que su contraparte logra ser absuelto de los cargos si refuta alguno de los *non refutandum*. Volviendo al ejemplo del contrato, si el demandante logra probar la celebración del mismo (*probanda* “p”), su contraparte será obligada a satisfacer la pretensión (pues se supone, mientras no se pruebe lo contrario, que no sobreviene ninguna circunstancia excepcional). Si, por el contrario, la contraparte prueba que ha recibido la prestación que no contrató o la recibió viciada, el juez tendrá la obligación de absolverlo, así se haya probado que el contrato existe. La dinámica que de este modo genera la carga de la prueba muestra –para algunos autores–, que el razonamiento jurídico es derrotable.

Utilizando fórmulas lógicas, un defensor del enfoque procesal de la derrotabilidad podría decir que la solución normativa Op puede obtenerse del hecho q y de la norma $q \wedge (\neg r \wedge \neg s) \rightarrow Op$. Los hechos r y s permanecerían como suposiciones a partir de las cuales se autoriza el paso de q a Op . Por su parte, la posterior verificación de los hechos $q \wedge r \wedge s$, junto con la norma $r \vee s \rightarrow \neg Op$, permitiría deducir la solución $\neg Op$ y desplazar –o derrotar– la solución Op . En este caso la carga de la prueba es la regla que permite deducir la solución normativa pertinente para cada circunstancia, y la que hace las veces de metanorma de preferencia. Si quisiéramos

formular la regla (o principio) de la carga de la prueba, podríamos hacerlo mediante dos subreglas (para una exposición similar, ver: Rodríguez y Súcar 1998, p. 416):

Dadas las normas jurídicas $q \wedge \neg r \wedge \neg s \rightarrow Op$, $r \vee s \rightarrow \neg Op$,

R_1 : si se prueba el *probanda* q y no se refuta ninguno de los *non refutanda* $\neg r \wedge \neg s$, entonces el juez debe fallar Op

R_2 : si se refuta alguno de los *non refutanda* $\neg r \wedge \neg s$ (es decir, se prueba que r o s), el juez debe fallar $\neg Op$.

R_1 y R_2 expresan claramente lo que el enfoque procesal de la derrotabilidad entiende por “carga de la prueba”: una regla que impide mantener soluciones normativas con base en normas “derrotables” cuando son adicionadas determinadas premisas al razonamiento. Si no me equivoco en este punto, creo que la idea según la cual la derrotabilidad es un elemento esencial del razonamiento jurídico, como consecuencia de la aplicación de la carga de la prueba en los procesos judiciales, es susceptible de dos importantes objeciones.

En primer lugar, la aplicación de la carga de la prueba no es compatible con la noción clásica de derrotabilidad lógica. Si nos fijamos bien, con base en este enfoque los argumentos que incluyan una premisa normativa y una premisa fáctica (“silogismo judicial”) deben ser complementadas en todo caso con las respectivas subreglas de la carga de la prueba, pues son ellas las que indican qué solución normativa puede ser deducida y cuál debe ser desplazada. Así, por ejemplo, el argumento judicial que utilizaría el Juez para condenar al demandante incumplido en el ejemplo del contrato, no sería en realidad un silogismo de dos premisas, sino de varias:

- (1) R_1
- (2) $(q \wedge \neg r \wedge \neg s \rightarrow Op)$
- (3) q
- (4) Op (1, 2, 3)

De modo similar, el argumento que culmina con la absolución del demandado ($\neg Op$) partiría de subregla R_2 , la norma $(r \vee s \rightarrow \neg Op)$ y una premisa adicional $r \vee s$ ¹². Ambas deducciones se efectúan con base en *reglas de inferencia monotónicas* y *requieren un conjunto diferente de premisas*.

12 Debe tenerse en cuenta que los argumentos analizados incluyen premisas pertenecientes a diferentes niveles del discurso, pues las subreglas de la carga de la prueba hacen las veces de reglas de inferencia (no lógica).

Nótese que a diferencia de lo que ocurre con la noción “estándar” de derrotabilidad lógica, en este caso el conjunto de premisas del argumento inicial no está incluido en el (i.e. no es un subconjunto del) conjunto de premisas del argumento posterior. Para obtener la consecuencia en el segundo argumento, contraria a la consecuencia del primero, se requiere la eliminación de la regla R_1 y su sustitución por R_2 . En este sentido, es claro que la regla de la carga de la prueba no implica una reconstrucción derrotable del razonamiento jurídico, ya que las premisas de cada uno de los argumentos conforman un conjunto interseco (no una relación de inclusión)¹³ y con base en ello no sería posible deducir las contradicciones normativas propias de la derrotabilidad.

A la misma conclusión parece llegar Bayón (2001) cuando identifica la regla de la carga de la prueba como una directiva dirigida al juez para determinar el sentido del fallo. En su opinión:

Lo que en realidad permite ese paso (de las premisas a la conclusión) es simplemente una norma jurídica, una regla secundaria de adjudicación dirigida al juez que le ordena dictar una decisión *c* toda vez que el demandante haya probado *p* y el demandado no haya probado *e* (y también no dictarla, a pesar de que se haya probado *p*, si además el demandado ha probado *e*)... Para que un juez dicte justificadamente una decisión cuyo contenido sea esa consecuencia jurídica que la parte actora reclama deben quedar satisfechas *todas las condiciones que integran el antecedente de la norma secundaria*” (2001, p. 42, cursiva fuera del texto).

De modo más concreto, los hechos probados deben satisfacer las condiciones previstas en alguna de las subreglas de la carga de la prueba (regla secundaria), que se encuentran materializados en la norma jurídica aplicada al caso en cuestión. La regla de inferencia utilizada por el juez no tendría por qué ser entonces no monotónica, pues un eventual cambio de premisas no implica la derrota del anterior argumento, sino la eliminación y posterior introducción de nuevas premisas (en este caso, las subregla de la carga de la prueba).

En segundo lugar, las normas procesales adoptadas por un determinado ordenamiento jurídico difícilmente podrían explicar el carácter necesario del razonamiento derrotable. Si la carga de la prueba es la base de la derrotabilidad en el derecho, entonces es inconsecuente asumir que todo proceso de aplicación de normas es

13 Al respecto, Bulygin (2003, p. 248) sostiene que: “A belief justified in the light of B1 need not to be justified by B2 if B2 is a subset of B1. Defeasibility requires that B2 should be a superset of B1 and this means that all elements of B1 must belong to B2. So an argument is defeasible if a belief justified by B1 is not justified by B2, even if according to the law of the strengthening of the antecedent it would follow deductively from B2”. Bulygin sostiene igualmente que en algunos casos el conjunto inicial de creencias B1 es tan sólo aparentemente un subconjunto de B2, lo que impide hablar de derrotabilidad.

derrotable y que la lógica monotónica es incompatible con el lenguaje jurídico. Al margen de lo dicho en el párrafo anterior, siempre será posible concebir un sistema jurídico que no incorpore una regla procesal como la de la carga de la prueba. Más aún, es usual concebir razonamientos jurídicos no comprometidos con las subreglas de la carga de la prueba en contextos no jurisdiccionales (v. gr. un ciudadano que piensa bajo qué circunstancias debe pagar impuestos).

3.2 El enfoque epistémico

La derrotabilidad ha sido entendida también como un fenómeno *epistemológico* o de cambio de creencias, no relacionado directamente con las normas o los argumentos, sino con el conocimiento que las personas tienen de ellos. Este enfoque destaca el carácter limitado del conocimiento humano y concibe el razonamiento derrotable como una consecuencia natural del cambio o la revisión de creencias. En condiciones normales, los usuarios de un lenguaje natural efectúan deducciones con base en un conjunto estático de creencias, pero las rechazan una vez el conocimiento disponible es complementado con nueva información. Este fenómeno es ampliamente conocido en epistemología como “revisabilidad de creencias” (*revisability of beliefs*), y ha despertado en las últimas cuatro décadas un significativo interés en los estudios sobre inteligencia artificial y razonamiento común.

En el derecho pueden señalarse dos importantes fuentes de revisabilidad: de un lado, el particular estilo nomográfico adoptado por el legislador, que suele redactar las formulaciones normativas de manera que no incluyen (o no incluyen todas) las excepciones que las reglas contienen, y de otro lado, el conocimiento parcial de los hechos que da lugar a lo que Alchourrón & Bulygin (1971, p. 63) han denominado “lagunas de conocimiento”. Aunque esta noción epistemológica de la derrotabilidad expresa una idea en lo fundamental análoga a la descrita más arriba, es importante destacar que en un caso concreto no es la norma (o el argumento) la que resulta derrotada, sino el conocimiento que se tiene de ella. Por ejemplo, si en virtud de la norma $q \rightarrow \neg Op$ se abandona la solución normativa Op en el caso individual $r \wedge q$, el conocimiento de las normas del sistema es derrotado (se conocía $r \rightarrow Op$ pero se desconocía que otra norma $q \rightarrow \neg Op$ tenía prioridad). En palabras de Waluchow:

Sometimes the term ‘defeasible’ is used to denote a kind of *epistemic defeasibility* – which attaches not to rules, claims or arguments found in legal practice, but to our knowledge of these things and the degree (s) of certainty we can achieve with respect to them. Essentially, what is being said in such cases is that no claim to legal knowledge is completely impervious to challenge or reasonable dispute (2012, p. 258).

En este sentido, la revisión de las premisas en el razonamiento jurídico y la revisión de creencias en general (v gr. en las ciencias naturales) serían sustancialmente parecidas: puesto que el conocimiento humano es por naturaleza limitado y dinámico, el conjunto de enunciados que justifica (lógicamente) una conclusión debe ser reformulado eventualmente ante la adición de nuevos datos.

Aunque esta última idea es cierta en lo sustancial, difícilmente justifica el carácter esencialmente derrotable del razonamiento jurídico. En primer lugar, porque —como señala Rodríguez (1997, p. 166)— el derecho positivo es un conjunto finito de normas y resulta posible, en principio, *conocer* el conjunto de excepciones que el sistema consagra para cada regla condicional (cuestión diferente es, como se verá, las excepciones de carácter ético). Si la derrotabilidad es concebida como un fenómeno interpretativo (Ferrer & Ratti, 2012), es decir, como un problema referente a la atribución de significado a las formulaciones normativas, entonces la estructura sintáctica que el legislador le confiere a los textos no es siquiera relevante a la hora de analizar la derrotabilidad. La interpretación jurídica es fundamentalmente interpretación sistemática, por lo que el significado íntegro de una regulación solo se obtiene una vez sean consideradas todas las formulaciones normativas pertinentes (Hernández Marín, 2002)¹⁴ y el conjunto de convenciones interpretativas compartidas por los juristas (entre las que se encuentran las reglas de prioridad). En el caso del homicidio, por ejemplo, la formulación normativa F_1 : “todo el que matare a otro será condenado a prisión” expresaría una regulación incompleta para el caso genérico de “matar”, pues no incluye en su antecedente las causas de justificación y exculpación. Quien en un razonamiento introduzca con base en F_1 la norma derrotable “todo el que matare a otro será condenado a prisión”, utilizaría un razonamiento “derrotable” no debido a las propiedades lógicas del lenguaje utilizado, sino porque no ha agotado —o no lo ha hecho correctamente— la labor interpretativa¹⁵. Por supuesto, el que se parta de interpretaciones incompletas no prueba que el razonamiento jurídico sea en esencia derrotable.

Es justo en este punto donde el argumento epistemológico o de la revisión de creencias se torna trivial. Del carácter no concluyente (o absoluto) del conocimiento jurídico no pueden derivarse conclusiones respecto de la naturaleza de la lógica

14 Alchourrón (2000, p. 26) parece compartir esta misma idea cuando afirma: “(...) como las excepciones implícitas en un texto normativo son hechas explícitas en otros textos, la tarea ya ha sido muchas veces cumplida por el legislador. La interpretación sistemática permite reconstruir, en tales casos, el contenido conceptual de cada una de las normas del sistema”.

15 Podría objetarse que la expresión “todo el que matare a otro será condenado a prisión” no expresa necesariamente una norma incompleta, pues el antecedente puede contener una suposición por defecto. Aunque esto sea cierto, la existencia de una suposición por defecto presupone ya una labor interpretativa, y por lo tanto concibe —aunque solo como una suposición— la existencia de excepciones.

normativa. Si así fuere, la noción clásica de consecuencia no monotónica solo podría expresar las propiedades lógicas del lenguaje matemático o de otro que proporcione premisas no susceptibles de revisión (juicios analíticos en términos kantianos). Las proposiciones de la física, la biología o la ética, dada su naturaleza falsable impedirían efectuar deducciones monotónicas o formular sistemas deductivos. La revisabilidad de las creencias como aspecto epistemológico parece más bien un asunto directamente relacionado con los procesos psicológicos de formación del conocimiento que con la estructura lógica del razonamiento en un sentido amplio. Como afirma Hage (2003, p. 223):

(...) epistemic defeasibility as a separate notion is not very interesting, because it is merely another term for a phenomenon that is already known as revisability. Moreover, the revisability of beliefs is a psychological phenomenon, which has as such only indirectly to do with reasoning or logic.

La fijación de preferencias y el rechazo de una de las deducciones en los razonamientos derrotables termina siendo, pues, un simple cambio de una premisa falsa o incorrecta (al menos para ciertos casos no usuales) por una premisa (más) verdadera o (más) correcta¹⁶. En términos utilizados por Hage (2003, p. 228), la derrotabilidad pertenecería más al contexto del descubrimiento que al contexto de la justificación.

4.3 El enfoque moral

En los argumentos aducidos hasta aquí en contra de los enfoques procesal y epistemológico del razonamiento derrotable, he supuesto que admiten en principio la posibilidad de reconstruir el antecedente de las reglas condicionales, de manera que incluyan condiciones suficientes para la solución normativa. No obstante, cuando se asume que las propiedades relevantes de una norma jurídica no pueden ser fijadas de manera exhaustiva por razones de justicia o de racionalidad práctica, la lógica normativa debe asumir algún tipo de condicional derrotable o una noción no monotónica de consecuencia. Algunas teorías de la argumentación jurídica y corrientes particularistas del razonamiento práctico comparten este enfoque, y son escépticas respecto del modelo deductivo del razonamiento jurídico. Según ellas, solo frente a casos individuales sería posible determinar con certeza la solución

16 Sobre este aspecto Rodríguez (1997, p. 166) ha señalado: “La interpretación preliminar de cualquier formulación podría considerarse derrotable en virtud de consideraciones ulteriores fundadas en la interpretación que quepa atribuir a las restantes formulaciones del sistema. Pero esto no es más que señalar que la interpretación es un proceso que se desenvuelve en el tiempo, en cuyo transcurso podemos adquirir más información que obligue a revisar lo hecho hasta entonces”.

normativa aplicable, pues el número y el tipo de propiedades relevantes en cada caso no pueden ser previstas en normas generales.

La clásica distinción propuesta por Dworkin (1984) entre reglas y principios jurídicos, suele citarse como un argumento a favor de las excepciones *implícitas* que en casos concretos cabría atribuirle a una norma jurídica. Los principios serían razones *prima facie* que en condiciones de normalidad prevén una determinada solución, pero que en casos excepcionales pueden entrar en conflicto con, y ser desplazados por, principios opuestos. Serían justamente las propiedades del caso individual (su “contexto”), y la ponderación de las “razones” a favor o en contra de una solución, las que determinan si en el caso concreto cierto principio jurídico resulta o no desplazado (o excepcionado). A nivel de casos genéricos los principios resultarían ser entonces normas *esencialmente* derrotables: no sería posible determinar de antemano el conjunto de propiedades relevantes incluidas por él, ni el tipo o número de casos individuales que regula. Es a esto a lo que Atienza & Ruiz Manero (2007, p. 30) parecen referirse cuando señalan que las condiciones de aplicabilidad de los principios están fijados de manera abierta: una acción es obligatoria “salvo que esa obligación sea desplazada por un principio que en relación con el caso tenga un mayor peso” y “el sistema no predetermine el orden jerárquico... en caso de concurrencia de principios”. En este tipo de casos, la aplicación de principios no podría reconstruirse en términos lógicos, sino en un marco más amplio del razonamiento práctico que incluya específicamente la ponderación de normas.

Aunque la caracterización que hace Dworkin (1984) de las reglas como “mandatos definitivos” parece sugerir su carácter inderrotable, la insistencia en que los principios pueden justificar excepciones a las reglas solo puede conciliarse –y así lo han entendido filósofos como Bayón (2000, p. 93)– con la idea según la cual todas las normas jurídicas son derrotables. El caso *Riggs vs. Palmer*, popularizado por el mismo Dworkin, ha sido un claro ejemplo de cómo la estructura a dos niveles (reglas y principios) del sistema jurídico imprimiría carácter derrotable a todas las normas que lo conforman. Por lo pronto, sin ánimo de profundizar en la supuesta estructura lógica que distingue a los principios y las reglas, es importante analizar las razones que fundamentan su carácter esencialmente derrotable. Creo no equivocarme si señalo que la tesis de la conexión (necesaria o contingente) entre el derecho y la moral juega un papel central en este enfoque.

Como se sabe, las normas jurídicas condicionales relacionan un conjunto de propiedades relevantes (caso genérico) con una acción deónticamente determinada

(solución normativa)¹⁷. Según un enfoque ampliamente difundido, el enunciado deóntico es regularmente fijado por el legislador para el caso en cuestión una vez ha ponderado cada una de las razones relevantes, pretendiendo que los sujetos normativos evalúen los casos individuales sobrevinientes no con base en las razones subyacentes, sino en la norma misma. Como ha señalado Schauer (2004), las normas configuradas de esta manera por el legislador suelen ser *sub* y *sobre-incluyentes* en relación con las razones que la “fundamentan”, es decir, no cubren casos individuales que de conformidad con esas razones deberían ser incluidos por la norma, y cubren algunos que no las satisfacen o las transgreden. Una norma del tipo “se prohíbe el ingreso de mascotas al metro” sería sobreincluyente respecto del caso de un lazarillo que guía a una persona invidente, e infraincluyente respecto de un caballo o un buey: en el primer caso, las razones subyacentes no respaldan la prohibición del lazarillo en el metro, mientras que en el segundo, sí prohíben el ingreso de otros animales. En casos como estos los sistemas jurídicos funcionarían como un conjunto de *razones excluyentes*, a saber, razones que indican qué debe hacer el agente en un caso particular, sin tener que evaluar las razones que juegan a favor o en contra de la acción (Raz, 1991). En opinión de otros autores, no obstante, las normas jurídicas se comportarían como *razones prima facie* (o razones de primer orden) que deben ser ponderadas con las demás razones a favor y en contra de una determinada acción.

Para Alexy, por ejemplo, resulta claro que las condiciones de aplicabilidad de los principios solo se concretan una vez sea medido y ponderado su peso en una operación que puede fundamentar la introducción de excepciones a las reglas. Aún más, el valor específico que cabría atribuirle a los principios dependería en buena medida de los argumentos aducidos en el discurso práctico general (i.e. discurso ético), por lo que sus condiciones de aplicación (y las de las reglas) quedarían siempre abiertas a objeciones de carácter ético. Para Alexy, todo proceso de aplicación de normas jurídicas implica evaluar previamente la corrección moral de la norma en el caso concreto (con excepción quizá de los argumentos “discursivamente necesarios”). En sus palabras, “si la ley, el precedente o la dogmática establecen claramente la decisión, y *no existen reparos serios en el aspecto de la corrección material*, el caso se decidirá solo mediante lo autoritativo e institucional” (2009, p. 81, cursiva fuera del texto). Por supuesto, esos “reparos” no tienen para Alexy una índole exclusivamente moral, sino también jurídica: expresan el contenido de la “dimensión ideal del derecho” y la racionalidad del discurso jurídico como un caso especial del discurso práctico general.

17 Alchourrón & Bulgin (1971, p. 99). No obstante, como los mismos autores señalan, existen muchos tipos de normas que no se adecúan a esta definición estándar. Por ejemplo, existen normas que relacionan casos con casos y soluciones con soluciones.

Muchas de estas tesis guardan estrecha relación con posiciones más básicas sobre la naturaleza del derecho y del razonamiento jurídico que no pueden ser expuestas aquí. No obstante, de lo expuesto resulta claro que sus observaciones pueden ser usadas fácilmente como un argumento a favor del carácter necesariamente derrotable de las normas jurídicas. La idea de incluir principios *prima facie* con contenido ético en los sistemas jurídicos, y/o de vincular necesariamente la aplicación de normas jurídicas con un contexto más amplio de argumentación práctica, permitiría afirmar que las normas jurídicas están siempre abiertas a excepciones implícitas. En lo que sigue trataré de exponer cuatro objeciones que demuestran lo contrario.

(i) *Derrotabilidad y clausura de la relevancia*

Como señalan Bayón (2001) y Rodríguez (1997), el que un órgano aplicador del derecho pueda o no tomar en cuenta propiedades diferentes a las previstas en las normas depende de un hecho contingente: que no exista una regla que clausure la tesis de relevancia, o, en términos de Schauer (2004), que el sistema jurídico no esté atrincherado (*entrenched*). Y es que parece posible concebir en principio un sistema jurídico que prohíba a las autoridades jurisdiccionales atribuir relevancia a ciertos hechos y propiedades no previstos expresamente en la norma, e impida que se introduzcan excepciones en casos particulares por razones de justicia o racionalidad práctica. Las propiedades relevantes configuradas por el legislador funcionarían entonces como condiciones suficientes, y los jueces tendrían el deber de aplicar únicamente el derecho emanado de las fuentes sociales. Aunque la tesis parezca muy fuerte a simple vista, las instituciones básicas de los estados de derecho, tal como fueron concebidas a principios del siglo XIX, apuntan en buena medida a un modelo atrincherado. Como afirma Waluchow (aunque en una perspectiva diferente):

The law itself may explicitly demand that judges apply any and all valid laws, regardless of their views on its moral merit. That is, a system's rules of adjudication may, as a matter of fact, prohibit judges from declining to apply valid laws on moral grounds... There are sound moral reasons why judges and policemen should not, given their official roles within a legal system, be at liberty to pick and choose which laws to apply or enforce (2012, p. 8).

Entre esas razones morales señala Waluchow el pluralismo ético y la certeza de que a la norma precede una deliberación más amplia efectuada por el legislador.

Rodríguez (1997) ha sostenido que una regla de clausura de esta naturaleza puede ser interpretada de tres maneras diferentes. La primera de ellas considera, desde una perspectiva descriptiva, que las propiedades no tenidas en cuenta expresamente por el legislador son irrelevantes para el universo de soluciones maximales del sistema.

Esa sería la interpretación dada por Alchourrón & Bulygin (1971) a la relación entre casos genéricos y enunciados deónticos en *Normative Systems*: los supuestos de hecho previstos por el legislador en las normas constituyen condiciones suficientes para deducir la solución normativa. Las normas jurídicas expresarían condiciones de aplicabilidad no derrotables de conformidad con la tesis de relevancia, por lo que la operación de inaplicar una norma solo podría obedecer a razones que –so pena de abandonar los principios básicos del positivismo– no tendrían un carácter jurídico. Este punto de vista, sin embargo, incurre en un error conceptual: asimila las circunstancias en las que el legislador considera expresamente la irrelevancia de ciertas propiedades con la circunstancia en la que esas propiedades no son consideradas en absoluto. En otras palabras, no sería posible descartar por irrelevantes las propiedades que no han sido consideradas como tal por el legislador, y por lo tanto la regla no podría clausurar la tesis de relevancia del sistema.

Conforme a la segunda interpretación la regla de clausura de la relevancia posee un sentido más débil, aunque también desde un punto de vista descriptivo (Rodríguez & Sucar 1998, p. 414). Afirmar que una propiedad *P* es irrelevante puede querer decir, o bien que el legislador ha relacionado expresamente los valores veritativo-funcionales de *P* con la misma solución normativa, o bien que no ha considerado en absoluto a *P* o $\neg P$. En el primer sentido podría hablarse de irrelevancia positiva y en el segundo de irrelevancia negativa: afirmar que una propiedad “es irrelevante” nos vincularía de este modo con un enunciado disyuntivo según el cual el legislador no ha atribuido soluciones incompatibles a los valores veritativo-funcionales de una propiedad *P*, sea porque les atribuyó expresamente la misma solución o porque no les atribuyó solución alguna. Es importante resaltar que la ambigüedad del término “irrelevancia” solo puede percibirse en el nivel metalingüístico de las proposiciones normativas (no de las normas), por lo que su naturaleza es análoga a la que poseen la permisión positiva y la permisión negativa. Esta última, en el sentido originalmente acuñado por Alchourrón & Bulygin (1971, p. 174; Alchourrón, 1969; Bulygin, 1995, p. 138), constituye un elemento definitorio de la (in) completitud y expresa las lagunas del sistema. La permisión positiva, por el contrario, arroja certeza sobre la calificación deóntica atribuida a un elemento del universo de acciones, sin dejar espacio para la discrecionalidad del Juez. De manera análoga, podría decirse, la irrelevancia negativa requiere una caracterización diferente a la atribuida a la irrelevancia positiva: mientras la segunda configura condiciones suficientes para la solución normativa, la primera deja indeterminadas las condiciones de aplicabilidad de la norma, es decir, hace posible la existencia de normas derrotables. Bajo esta interpretación, la regla no clausura tampoco la tesis de relevancia del sistema¹⁸.

18 Ver también Rodríguez (1999).

Por último, la regla de clausura podría interpretarse en un sentido estrictamente normativo, es decir, como una norma promulgada por el legislador que prohíbe tomar en cuenta propiedades no previstas de manera expresa en el sistema. A diferencia de las demás interpretaciones, esta norma sí permite clausurar la tesis de relevancia y confiere a las condiciones de aplicabilidad de las normas un carácter cerrado. En otras palabras, las normas del sistema jurídico se tornarían inderrotables. Esta característica, por supuesto, tendría un carácter solo contingente, pues depende de la existencia de la norma de clausura. Pero en todo caso, con ello ya se habrá probado que la derrotabilidad no es una propiedad esencial de las normas y el razonamiento jurídico. Con todo, esta conclusión no tiene por qué ser definitiva. Aún parece posible demostrar que la derrotabilidad no solo no es una característica necesaria de los sistemas jurídicos, sino también que es un aspecto trivial de los mismos.

(ii) *Derrotabilidad y positivismo jurídico*

Cuando los jueces inaplican normas jurídicas previstas en el ordenamiento jurídico lo hacen ejerciendo algún grado de discrecionalidad. En el caso de las normas “derrotables”, los jueces conceden prioridad a una norma ajena al sistema jurídico y se abstienen de aplicar otra que resulta adecuada conforme al mismo sistema. Sostener en estos casos que la concurrencia de una norma moral (o de otro tipo) de mayor rango convierte a la norma jurídica en derrotable podría fundamentarse solo con base en alguna concepción antipositivista del derecho, según la cual no existe entre los sistemas jurídicos y los sistemas morales una división tajante, o que el razonamiento jurídico y el razonamiento moral conforman una especie de continuum. Por razones que no pretendo discutir aquí, creo que los estudios (Bayón, 2002) disponibles sobre el tema demuestran que para proporcionar una explicación integral del derecho no es necesario abandonar las bases conceptuales del positivismo jurídico, y que la toma de decisiones particulares con base en preceptos morales no se opone necesariamente a ellos.

En el caso de la supuesta derrotabilidad de las normas jurídicas no parece necesario asumir que una *norma moral* del tipo $p \rightarrow Oq$, que conceda relevancia a la propiedad p , posea carácter jurídico solo porque en el caso genérico $p \wedge q$ desplazaría por razones de bondad o de justicia a la norma jurídica $r \rightarrow \neg Oq$, o que esta norma jurídica sea por ello derrotable. En términos acuñados por Alchourrón & Bulygin (1971), la propiedad p constituiría en este caso una hipótesis de relevancia, es decir, una propiedad que en opinión del intérprete debería ser relevante pero que no ha sido tomada como tal por el legislador. Esta especie de “derrotabilidad valorativa” solo sería evidente para quien adopta una actitud crítica del sistema jurídico, y no para quien describe de forma neutral “el derecho que es”.

Aunque la derrotabilidad de una norma con base en una hipótesis de relevancia describe correctamente lo que lo jueces hacen (o creen hacer) *en la práctica* cuando inaplican una norma jurídica por razones morales o políticas, las implicaciones que se le atribuyen desfiguran la naturaleza del derecho. Para nadie es un secreto que por más arbitraria que sea su interpretación de las normas jurídicas, los jueces pretenden siempre que sus decisiones estén fundadas en derecho y que los actos discrecionales parezcan fundados en normas jurídicas preexistentes. Pueden existir incluso convenciones más o menos extendidas (sin que alcancen a formar un “precedente”) sobre la necesidad de inaplicar una norma jurídica, introduciendo excepciones en sus condiciones de aplicabilidad. En este tipo de casos los jueces asumirían que esa es la solución ofrecida por el sistema. No obstante, como ha insistido Bulygin (2003), siempre es necesario distinguir entre lo que los jueces hacen y lo que los jueces dicen que hacen. Por más que la autoridad jurisdiccional considere que la propiedad valorativa q debe considerarse (o es) una excepción a la norma $p \rightarrow Or$ en el caso $p \wedge q$, conforme a un sistema jurídico S , la solución prevista por el sistema seguirá siendo Or aun cuando en la sentencia declare que la solución es $\neg Or$. Admitir lo contrario implicaría –como ya se dijo– que las valoraciones de los jueces preexisten en el sistema jurídico o que el razonamiento moral y el jurídico constituyen un proceso único e indivisible. Mientras no se admita esto y se conserven la tesis de las fuentes y de la discrecionalidad, las normas jurídicas inaplicadas por razones no derivadas del sistema jurídico no adquieren por ello un carácter indeterminado o derrotable.

Es cierto que para aceptar este argumento no es necesario negar que los jueces inaplican con alguna frecuencia las normas que consideran absurdas o moralmente injustas, y privilegian otras que no son *prima facie* aplicables al caso. La inaplicación de una norma no implica su derrotabilidad. Como ha afirmado Bulygin:

defeasibility of legal rules is one thing; the non-application by a judge of an applicable and eventually non-defeasible rule is quite another matter. The two problems should be kept apart and in any case the non-application of a rule is no reason to regard it as defeasible (2003, p. 248).

La tesis de la discreción judicial requiere simplemente que esa supuesta “derrotabilidad” de las normas sea entendida como consecuencia de una elección subjetiva del juez, no sujeta a lo dispuesto por ninguna norma perteneciente al sistema jurídico de referencia. El juez puede actuar en ejercicio de las facultades discrecionales concedidas por una norma jurídica (e incluso obedeciendo una norma que lo obliga a fallar discrecionalmente), pero el contenido de su fallo no tendrá sustento material en el derecho.

(iii) *Derrotabilidad y principios jurídicos*

Algunas veces se ha sugerido que la hipótesis de relevancia vinculada con la derrotabilidad de las normas jurídicas proviene no solo del sistema moral específico del intérprete, sino también de normas jurídico-positivas. En opinión de Bayón, por ejemplo, en los casos de aplicación de principios jurídicos las condiciones de aplicabilidad permanecen generalmente indeterminadas y justifican en circunstancias dadas la introducción de excepciones a las reglas. Pero a diferencia de lo que sucedería con las valoraciones ajenas al sistema, los juicios de valor que toman como base los principios harían que las normas fuesen derrotables por auténticas razones jurídicas. En palabras de Bayón (1996), “(...) en la medida en que los principios son parte del derecho, y *no criterios axiológicos externos* a él, ello implica que las tesis de relevancia usadas por el legislador *son jurídicamente derrotables (defeasible)* sobre la base de ciertas consideraciones valorativas” (Nota tomada de Rodríguez, 1997, p. 151. Cursivas fuera del texto). A menudo esta tesis suele ir acompañada del argumento según el cual los jueces no ejercen *discrecionalidad* cuando inaplican una norma por razones valorativas, pues de alguna manera esas valoraciones forman parte de, o preexisten en, el sistema jurídico. Así, por ejemplo, Cristina Redondo señala que:

(...) tanto los criterios morales de identificación como los contenidos normativos individualizados en virtud de los mismos –comúnmente llamados “principios”– se consideran parte de lo que el derecho *es*, determinan auténticos deberes jurídicos y su aplicación por parte de los jueces no es discrecional (2007, p. 109).

Según la doctrina de los estados constitucionales (aunque probablemente no solo la de estos), los principios son normas que incorporan derechos fundamentales, bienes colectivos y objetivos básicos de la sociedad y el estado. Sus condiciones de aplicabilidad son en principio, propiedades indeterminadas que se especifican en casos particulares mediante un ejercicio de ponderación, pudiendo derrotar eventualmente a las demás normas que disponen para el mismo caso una solución contraria. Esta “derrota” o “desplazamiento” de las demás normas aplicables suele tomarse como una prueba concluyente de que las propiedades que configuran los casos genéricos no constituyen condiciones necesarias y suficientes para deducir la solución normativa. Un ejemplo puede ayudar a ilustrar este argumento. Frente a una norma como N_2 : “un contrato es válido cuando cumple los presupuestos legales y no es inmoral” puede asumirse que el conjunto de situaciones indeterminadas a las que remite el término “inmoral” hacen de N_2 una norma derrotable o con fuerza *prima facie*. Así, por ejemplo, si un juez estipula en el marco de un proceso judicial que los contratos celebrados el día domingo son inmorales, podría admitirse que la

norma N_3 : “todo contrato celebrado el día domingo es inválido” derrota a la norma N_2 . Para no incurrir en algún tipo de iusnaturalismo, Bayón acude en este punto a la idea según la cual el término “inmoral” incorporado por la norma remite a contenidos normativos no convencionales, pero la adopción misma de la norma se produce en fuentes sociales concretas (en sus palabras, una “*convención que se autoanula*”). Ello permite conservar las bases convencionales del positivismo jurídico pero a su vez demostrar, entre otras cosas, que el derecho es en ciertos casos indeterminado y que el contenido no convencional de las normas puede derrotar sus condiciones de aplicabilidad formuladas *prima facie*¹⁹.

Este argumento no obstante, es susceptible de las mismas objeciones formuladas en el punto anterior. En el fondo lo único que hace es demostrar que en la “identificación” de las condiciones de aplicabilidad de los principios los jueces acuden, en ciertos casos, a juicios de valor no deducibles del sistema normativo. Por ejemplo, cuando un juez determina que los derechos fundamentales a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad constituyen en casos de violación un límite –o una excepción- a la imposición de la pena privativa de la libertad por aborto, está efectuando una estipulación semántica sobre los alcances de los derechos fundamentales. Parece innegable que los actuales sistemas jurídicos no proporcionan generalmente el significado de términos como “dignidad humana” o “libre desarrollo de la personalidad”, ni los criterios que permiten determinar cuál es su interpretación correcta. La actividad interpretativa de los juristas no suele contar tampoco con reglas convencionales que determinen con algún grado de univocidad la totalidad de casos regulados por los principios. Es más, diferentes jueces pueden adoptar soluciones normativas incompatibles sin que se disponga de criterios jurídicos que determinen cuál de ellos es el correcto (algo que resulta evidente en los cambios de jurisprudencia). En estos casos, descartando la existencia de una moral objetiva que aporte criterios indubitables acerca del contenido de las normas, lo correcto sería concebir los principios -junto con algunas reglas que hacen expresa remisión al discurso moral- como normas cuya aplicación suele incluir decisiones discrecionales de los jueces en los casos difíciles. Esas decisiones discrecionales consistirían justamente en determinar en el caso concreto las *condiciones de aplicabilidad* del principio o de la norma *conforme a una hipótesis de relevancia* pues, en *opinión* del órgano aplicador, el sistema las establecería tan solo “*prima facie*”.

19 Por ejemplo, en el siguiente pasaje la idea es clara: “Una convención que se autoanula establece al menos cargas de la argumentación –de otro modo inexistentes- para justificar que procede apreciar la concurrencia en el caso concreto de alguna excepción al criterio convencionalmente fijado a la luz de los criterios no convencionales a los que la propia convención se supedita. Pero precisamente porque se supedita a éstos, de ella no pueden derivarse calificaciones normativas concluyentes para ningún caso individual” (Bayón, 2000, p. 112).

De otro lado, debe recordarse que los principios jurídicos poseen como cualquier otra norma un núcleo de significado claro que especifica sus condiciones de aplicabilidad. No es difícil encontrar casos concretos en los que el principio de igualdad es claramente aplicable y supone la derrota de una norma jurídica que prevé una solución normativa diferente. El hecho de que existan casos dudosos frente a los cuales deba el intérprete apelar a un sistema de valores particular no implica que la norma sea derrotable, sino que tiene un grado más o menos amplio de vaguedad. La indeterminación del lenguaje normativo es una tesis positivista que concierne no solo a las normas que incluyen términos como “contrato inmoral” o “trato cruel y degradante” sino, en principio, a todas las normas del sistema. Hoy es un lugar común admitir que los términos jurídicos –en tanto formulados en el lenguaje natural– poseen una “zona de penumbra” que deja indeterminada la solución de ciertos casos “difíciles” y exige estipulaciones semánticas del intérprete. Además, como lo han hecho notar Alchourrón & Bulygin (2002, p. 61), la “textura abierta” –o “lagunas de reconocimiento”– son problemas específicos de la subsunción de casos particulares o genéricos en el supuesto de hecho de la norma jurídica y, en esa medida, un problema específico de la aplicación de normas y no de la identificación de las mismas²⁰. Hablar aquí de normas con fuerza “*prima facie*” (o derrotables) implica no haber efectuado la necesaria distinción entre aplicación e identificación del derecho, presumiendo que la indeterminación concierne a ambos aspectos.

En últimas, aceptar la idea de derrotabilidad en el sentido aquí anotado impediría distinguir correctamente entre la tesis y la hipótesis de la relevancia, es decir, entre el derecho que es y el derecho que debería ser. Por supuesto, estas distinciones no implican que los términos morales incorporados en las normas jurídicas carezcan de contenido conceptual, sino que lo restringe a sus significados estrictamente convencionales. Y es que, en principio, es innegable que las fuentes sociales fijan con algún grado de certeza el sentido convencional (basado en fuentes) de términos como “contrato inmoral” o “trato cruel y degradante”²¹. Más allá de estas convenciones (i.e. en el ámbito de la moral ideal o de la “convención que se autoanula”) el intérprete ha traspasado los límites del derecho y la supuesta “derrotabilidad”

20 Alchourrón (2000, pág 19): “la vaguedad sólo puede presentar problemas cuando se intenta subsumir un caso individual en un caso genérico”.

21 Esto resulta igualmente claro para Moreso (2012), quien considera que los términos morales poseen un significado convencional que no remite a la discreción de los jueces: “Even though ‘cruel’ is, without doubt, a moral term, it is applied without any controversy to *poena cullei*, and there is no room here for discretion. Obviously, there is room for disagreement in other cases of application of the concept of cruelty, the cruelty of capital punishment being the most important. In any case, resorting to morality does not necessarily imply judicial discretion”. (p. 231). Por supuesto, Moreso circumscribe esta tesis a la defensa del positivismo jurídico incluyente, y no a una defensa particular de la inderrotabilidad de las normas jurídicas.

acaee por razones o normas no jurídicas²². Como ha sostenido Rodríguez, de afirmar lo contrario:

estaríamos diciendo simplemente que, si se rechaza el positivismo y se acepta que todo sistema jurídico no sólo está conformado por normas identificables por su origen o a partir de una regla de reconocimiento, sino también por otras normas implícitas, cuya pertenencia al sistema no puede asociarse con hechos sociales de ninguna especie, entonces el status deóntico de todos los casos resultará en última instancia dependiente de consideraciones morales (1997, p. 164; 1999, p. 369).

(iv) *Derrotabilidad y particularismo*

Algunas corrientes filosóficas han sugerido también que por motivos de razón práctica las normas morales o jurídicas no pueden ser tomadas como mandatos concluyentes, pues el razonamiento normativo consistiría estrictamente en evaluar las propiedades relevantes de cada caso concreto. De este modo, las decisiones morales o jurídicas no podrían ser adoptadas de forma justificada mediante la aplicación de enunciados generales y argumentos deductivos, sea porque no pueden incluir propiedades universalmente relevantes, condicionales inderrotables o cuantificadores de clase. Como señala Cristina Redondo (2005, p. 38), para el particularismo “el contexto es el que determina si una propiedad es relevante (es o no una razón), en qué sentido lo es (a favor o en contra) y qué peso tiene (limitado o insuperable)”. En ese sentido, la bondad o corrección de una conducta solo podría ser determinada, de conformidad con el particularismo (moral o jurídico), mediante la evaluación integral de las circunstancias concretas en las cuales acaee, y no mediante la instanciación de una norma general preexistente.

La necesidad de atender a las circunstancias particulares puede obedecer a diferentes concepciones acerca del razonamiento y el lenguaje normativo. Por ejemplo, puede sostenerse que la atribución de significado a los términos jurídicos o éticos solo es posible en su contexto de emisión, y que la pretensión de aplicar normas o razones a casos particulares se fundaría en una mala comprensión de la semántica del lenguaje jurídico²³. Podría decirse, igualmente, que el conjunto de condiciones

22 En el mismo sentido se pronuncia Rodríguez (1999, p. 367): “(...) no deben confundirse en el argumento considerado los sentidos prescriptivo y el descriptivo de relevancia. Porque es obvio que las normas jurídicas son derrotables en el sentido de que siempre puede atribuírsele relevancia normativa prescriptiva a ciertas propiedades que no han sido tomadas en cuenta por el legislador. En esos casos se dirá que existe una laguna axiológica en el sistema, en el sentido de un enunciado crítico desde el punto de vista interno de un cierto sistema axiológico”.

23 Redondo (2005, p. 55): “Desde el punto de vista del problema de la identificación-interpretación del derecho, todas las teorías que presentan como inevitable la consideración de factores pragmático-contextuales en la identificación del derecho están obligadas a asumir una concepción particularista de las razones jurídicas”.

relevantes que hacen justificado a un enunciado deóntico –o, en otras palabras, el conjunto de circunstancias que permiten juzgar a una acción como “correcta” o “incorrecta, “debida” o “prohibida”– solo pueden ser fijadas caso por caso. En este sentido, el uso de normas jurídicas generales que prevén condiciones suficientes de aplicabilidad desconocería la relevancia implícita de las “razones subyacentes”, cuya concurrencia y peso solo podría determinarse en el caso particular. Finalmente, en el campo jurídico, un particularista podría aducir que la conexión necesaria entre el derecho y la moral exige en todo caso la evaluación de las decisiones jurídicas desde el punto de vista más amplio de la “razón práctica general” (tesis que supone una noción particularista de la moral).

Sin ánimo de profundizar en las complejidades del particularismo, me interesa sobretudo señalar su posible conexión con la concepción de normas derrotables. En opinión de Cristina Redondo (2007, p. 41), por ejemplo, “el carácter derrotable es solo una de las características necesarias para hacer compatible la admisión de normas, y de un razonamiento práctico apoyado en normas, con la concepción particularista de las razones”. La idea según la cual las propiedades relevantes deben ser revisadas en cada caso particular sería una exigencia impuesta por el particularismo a las normas en los procesos de justificación racional de enunciados normativos (jurídicos o morales). Ello sería posible gracias a que, como afirma Redondo (p. 38), los términos en que se enuncian los casos previstos en el antecedente de la norma condicional bien pueden ser genéricos, siempre que conserven su estatus de condiciones contribuyentes y no suficientes. Aunque, como ha señalado Caracciolo (2005, p. 94)²⁴, no siempre es posible construir una noción pacífica de derrotabilidad en un contexto particularista de fundamentación, es interesante resaltar las posibles objeciones contra esta postura.

En primer lugar, el particularismo enfrenta algunos de los problemas tradicionales de las teorías intuicionistas de la moral, esto es, la necesidad de asumir que los seres humanos somos capaces de reconocer lo debido o lo indebido en el caso concreto sin acudir a reglas generales que fijen de manera anticipada la relevancia del caso. Como señala Bayón (2001, p. 57), el particularista debe clarificar “en qué consiste realmente esa misteriosa capacidad del “discernimiento” una vez que se ha rechazado la idea de que la justificación implica una inferencia a partir de una pauta general apropiada (es decir, de que es una operación gobernada por normas)”. Y es que difícilmente podría atribuírsele racionalidad a una decisión normativa que

24 Haciendo referencia a Dancy, Caracciolo (2005) resalta la incompatibilidad del particularismo extremo con la idea de normas que, aunque derrotables, señalan de manera genérica y anticipada las propiedades relevantes a tener en cuenta en los casos particulares: “el particularismo extremo, al que adhiere Dancy, rechaza cualquier determinación anticipada de relevancia normativa. Tampoco puede aceptar, entonces, esa función práctica de las normas generales, ni siquiera de las que se califiquen como “derrotables”.

ha sido adoptada sin considerar criterios generales que diferencien las alternativas correctas de las incorrectas. Aún más, es difícil asumir que algunos casos con relevancia moral o jurídica se deciden en la práctica solo con base en algún tipo de intuición moral, o que en el uso corriente del lenguaje vinculemos la aplicación de normas generales a la irracionalidad.

En segundo lugar, la necesidad de evaluar las particularidades de cada circunstancia no excluye que una propiedad general sea relevante para un conjunto más o menos amplio de casos. Nadie negaría que la propiedad “matar a otro” es casi siempre relevante (y una razón suficiente) para condenar a prisión a una persona, aun cuando en un número reducido de casos concorra una excepción que desplaza la condena (v.gr. legítima defensa, estado de necesidad, etc.). En estos casos, las propiedades pueden ser generalizadas de manera que configuren situaciones de normalidad y proporcionen criterios que preexistan a la evaluación de situaciones particulares. Obviamente, estos aspectos no refutan la existencia de normas derrotables (antes bien, parecen fundamentarlas), pero sí objetan las versiones radicales del particularismo que niegan la existencia de cualquier criterio genérico de relevancia y terminan siendo, en opinión de Moreso (2005, p. 70), “conceptualmente imposibles”.

Finalmente, el particularismo parece comprometido con la injerencia de evaluaciones morales en el plano del derecho y con una noción muy discutible de racionalidad jurídica. Si las normas jurídicas son, como sostiene el positivismo, directivas emanadas de fuentes sociales convencionales, cualquier criterio de valoración no deducible del conjunto de normas válidas es externo al sistema y producto de un acto discrecional de quien decide. Omitir esto aduciendo que es irracional la decisión tomada solo con base en fuentes sociales, y por lo tanto, que no es posible formular –por razones conceptuales– normas válidas con relevancia universal, desconoce los límites del derecho y la racionalidad del seguimiento de normas. Por un lado, como afirma Raz (1991, p. 230), en cuestiones prácticas es a veces racional actuar conforme a una regla general que se opone a un balance de razones, atendiendo a “los fundamentos racionales de ahorrar trabajo, tiempo o preocupación”, a circunstancias en las que concurre información incompleta acerca de los hechos o a problemas de coordinación social. No es en modo alguno descabellado asumir que las personas acatan reglas generales para evitar la pesada tarea de ponderar todas las razones relevantes en el caso concreto, y usualmente justifican sus acciones con base en esas reglas. En general, esa justificación posa de racional tanto para quien la utiliza como para quien la juzga. En el plano jurídico, las cosas no son muy diferentes. Las reglas generales suelen justificarse en razón de los grandes beneficios que proporcionan al conglomerado social en materia de

coordinación, seguridad, equidad, etc., y las desviaciones a la norma suelen ser censuradas porque socaban tales beneficios (aun cuando en el caso concreto resulte más adecuada la decisión tomada con base en el balance de razones).

Quienes han resaltado los problemas en que incurren los enfoques analizados hasta aquí, insisten en que la existencia de normas derrotables en los sistemas jurídicos no implica el abandono de la lógica clásica. Para Alchourrón (1993, p. 78), por ejemplo,

no hay necesidad de una lógica para normas derrotables (normas de obligaciones y permisiones *prima facie*) porque detrás de la demanda por esta clase de lógicas, así como detrás de la demanda por lógicas no monótonas (...) subyace una combinación de una noción ordinaria de consecuencia (o condicional) y el cambio de nuestras premisas (normativas) en una perspectiva dinámica²⁵.

Las dificultades que acarrea la supuesta derrotabilidad en el razonamiento jurídico, sugerirían entonces no el abandono de la noción clásica de consecuencia lógica, sino la exigencia de revisar de forma adecuada las premisas normativas y fácticas utilizadas en los argumentos. Por supuesto, este enfoque presupone que los antecedentes de las normas condicionales no son inmunes a la revisión, es decir, que el intérprete puede formular expresa y consistentemente el conjunto de condiciones necesarias y suficientes de la solución normativa. Pero si los argumentos expuestos en el punto anterior tienen éxito, no habría razón para sospechar que esta tesis es falsa, esto es, que las normas jurídicas son inderrotables al menos en lo que concierne al razonamiento jurídico.

Conclusiones

De lo dicho puede concluirse que la derrotabilidad no constituye un aspecto necesario de las normas jurídicas ni de los razonamientos efectuados en los procesos de aplicación. El antecedente de las normas condicionales puede reconstruirse con base en el material jurídico emanado de las fuentes sociales, de manera que formule las condiciones suficientes para deducir la consecuencia normativa. Cuando se apela a criterios no convencionales para fijar el significado de términos morales (o se valora como justa la aplicación de disposiciones no jurídicas), omitiendo en

25 En este sentido, también afirma Bayón (2001, p. 50): “no hay que entender que esta inferencia (de aplicación de una norma general a un caso individual) sea algo distinto de la deducción clásica sólo porque su conclusión decaiga cuando una de sus premisas haya sido reemplazada porque se ha revelado errónea. Que la premisa sea “derrotable” (en el sentido de falible o revisable) no implica que la inferencia misma sea derrotable (en el sentido de no deductiva).

virtud de ello la aplicación de una norma perteneciente al sistema, lo que se produce es un acto discrecional del juez que se aleja de los contenidos provenientes de las fuentes. De esta manera, no puede afirmarse que se produce un caso de “derrotabilidad jurídica” cuando un juez considera que las condiciones de aplicabilidad de una norma resultan excepcionadas por alguna razón no deducible del sistema. En ese caso sería posible hablar de “derrotabilidad moral”, pero en un sentido que trivializa la importancia del problema: se estaría diciendo simplemente que las normas y los razonamientos jurídicos son derrotables (o suelen serlo) por razones morales. Y como este no es un hecho relevante para la aplicación de la lógica al lenguaje jurídico, entonces no es necesario el abandono del principio de monotonía y la ley del refuerzo del antecedente.

Referencias

- Alchourrón, C. E. (1993). Fundamentos filosóficos de la lógica deóntica y la lógica de los condicionales derrotables. En: Moreso, J. J. & Rodríguez J. L. (Eds.) *Fundamentos para una teoría general de los deberes* (pp. 77-128). Barcelona: Marcial Pons.
- Alchourrón, C. E. (2000). Sobre derecho y lógica. *Isonomía*, 13, 11-33.
- Alchourrón, C. E. & Bulygin, E. (1971). *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Astrea. (Las citas son tomadas de la edición española de 1975, cuarta reimpresión, 2004)
- Alexy, R. (2009). Los principales elementos de mi filosofía del derecho. *Doxa* (32). 67-84.
- Atienza, M. & Ruiz Manero, J. (2007). *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona: Ariel.
- Bayón, J. C. (2000). Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico. *Isonomía* (13), 87-117.
- Bayón, J. C. (2001). ¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico? *Doxa* (24), 35-62.
- Bayón, J. C. (2002). Derecho, Convencionalismo y Controversia. En: Navarro, P. & Redondo, C. (eds.), *La relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política* (pp. 57-92). Barcelona: Gedisa.
- Bayón, J. C. (2007). Bulygin y la justificación de las decisiones judiciales. La parte sorprendente. En: Moreso, J. J. & Redondo C. (Eds.). *Un diálogo con la teoría del derecho de Eugenio Bulygin* (137-152). Madrid: Marcial Pons.
- Bulygin, E. (2003). Review of Jaap Haage's law and defeasibility. *Artificial intelligence and law*, 11, 245-250.
- Caracciolo, R. (2005). Una discusión sobre normas derrotables. *Discusiones* (5), 87-100.
- Dworkin, R. (1984). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel.

- Ferrer, J. & Ratti, G. (2012). Defeasibility and legality: a survey. En: Ferrer Beltrán, J. & Battista Ratti, G. *Logic of legal requirements: essays on defeasibility* (pp. 11-38). Oxford University Press.
- Hage, J. (2003). Law and defeasibility. *Artificial intelligence and Law* 11, 221-243.
- Hart, H.L.A. (1949). The Ascription of responsibility and Rights. *Proceedings of the Aristotelian Society, New Series*, 49, 171-194
- Hernández Marín, R. (2002). *Las obligaciones básicas de los jueces*. Madrid: Marcial Pons.
- Moreso, J. J. (2012). Legal defeasibility and the connection between law and morality. En: Ferrer Beltrán, J. & Battista Ratti, G. *Logic of legal requirements: essays on defeasibility* (pp. 225-237). Oxford: Oxford University Press.
- Navarro, P. & Rodríguez, J. L. (2000). Derrotabilidad y sistematización de normas jurídicas. *Isonomía*, 13, 61-85.
- Navarro, P. (2005). *Los límites del derecho*. Bogotá: Temis.
- Palau, G. (2002). *Introducción filosófica a las lógicas no clásicas*. Barcelona: Gedisa.
- Palau, G. (2005). *La noción abstracta de consecuencia lógica*. Summa Logicae (CD Room). Salamanca: Universidad de Salamanca.
- Prakken, H. & Sartor, G. (2004). The three faces of defeasibility in the law. *Ratio Juris*, 17 (1), 118-139.
- Raz, J. (1991). *Razón práctica y normas*. Centro de Estudios Constitucionales: Madrid.
- Redondo, M. C. (2005). Razones y normas. *Discusiones*, (5), 29-66
- Redondo, M. C. (2007). Positivismo excluyente, positivismo incluyente y positivismo indiferente. En: Moreso, J. J. & Redondo, C. (Eds). *Un diálogo con la teoría del derecho de Eugenio Bulygin* (pp. 117-129). Madrid: Marcial Pons.
- Rodríguez, J. L. (1997). La derrotabilidad de las normas jurídicas. *Isonomía* (6), 149-167.
- Rodríguez, J. L. (1999). Lagunas axiológicas y relevancia normativa. *Doxa* (22) 349-369.
- Rodríguez, J.L. (2002). *Lógica de los sistemas jurídicos*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Rodríguez, J. L. (2005). *Normas y Razones: aspectos lógicos y sustantivos*. *Discusiones* (5), 9-27.
- Rodríguez, J. L. & Sucar. (1998). Las trampas de la derrotabilidad. Niveles de análisis de la indeterminación del Derecho. *Doxa* (21), 403-420.
- Ross, W.D. (1939). *Foundations of ethics*. Oxford: Clarendon Press.
- Schauer, F. (2004). *Las reglas en juego*. Madrid: Marcial Pons.
- Waluchow, W. (2012). Defeasibility and legal positivism. En: Ferrer Beltrán, J. & Battista Ratti, G. (eds). *Logic of legal requirements: essays on defeasibility* (pp. 254-267). Oxford University Press.
- von Wright, G. H. (1951). *Deontic Logic. Mind* (60). 1-15