

LAS TRAMPAS DE LA DERROTABILIDAD. NIVELES DE ANÁLISIS DE LA INDETERMINACIÓN DEL DERECHO*

Jorge L. Rodríguez y Germán Sucar
Universidad de Buenos Aires (Argentina)

I. La idea intuitiva de la indeterminación del derecho y sus explicaciones teóricas

Es bastante común entre los juristas la idea de que no puede alcanzarse una solución determinada para un caso individual únicamente a partir de las normas identificables explícitamente a partir de las fuentes de derecho admitidas como válidas. En el ámbito del derecho existiría más de una solución igualmente admisible para un caso individual de acuerdo a las normas generales expresamente formuladas por el legislador, pues no podría precisarse -por una u otra razón- cuáles son todas y cada una de las excepciones a que están sujetas esas normas generales.

Se dice, por ejemplo, que sin que hayan cambiado las normas que regulan un caso, jueces distintos pueden llegar a soluciones diferentes, sin caer por eso ninguno de ellos necesariamente en error. Para ejemplificarlo con un caso extremo en el derecho argentino, la Corte Suprema de Justicia al resolver el caso «Sejean» habilitó el divorcio vincular pese a que una disposición específica de la entonces vigente ley de matrimonio civil vedaba expresamente esa posibilidad, pues consideró que la norma en cuestión resultaba inconstitucional, pese a que venía siendo pacíficamente aplicada por los jueces desde mucho tiempo atrás. Las dos interpretaciones, según esta idea intuitiva que venimos desarrollando, serían igualmente derivables del derecho vigente.

Esto ha pretendido explicarse diciendo que el derecho, las normas generales, los «conceptos jurídicos», son esencialmente «derrotables»¹. Las

* Este trabajo es el resultado de las discusiones generadas a partir de la lectura de distintos trabajos en el Seminario de Lógica de la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, dirigido por los Dres. Eugenio Bulygin y Hugo Zuleta y se ha visto enriquecido por las sugerencias de los restantes participantes, en particular y además de los dos antes mencionados, de Luis María López Taiana, Claudina Orunesu, Agustín María Iglesias, Ezequiel Schagas y Carlos Venier. Los lineamientos generales fueron inspirados por los últimos artículos del profesor Carlos E. Alchourrón, a cuya memoria van dedicadas estas líneas.

¹ La expresión «derrotabilidad», que será utilizada aquí como traducción del término inglés «defeasibility», no es muy atractiva pero nos ha parecido mejor que otros posibles candidatos, tales como el término «superabilidad» empleado por Moreso (1997).

normas jurídicas -todas o al menos algunas de ellas- resultarían sujetas a «excepciones implícitas», haciéndose referencia con esta última expresión a problemas sustancialmente distintos, que abarcan desde las deficiencias semánticas que aquejan a la formulación de las normas jurídicas hasta cuestiones concernientes a la atribución de la carga de la prueba de los hechos en el marco del proceso judicial.

El profesor Carlos E. Alchourrón, a través de distintos trabajos (1993, 1996), ha puesto de manifiesto que esta idea de la «derrotabilidad» de las normas jurídicas supone interpretar que ellas no especificarían condiciones suficientes sino meramente contribuyentes para el surgimiento de las soluciones normativas por ellas previstas. Esta interpretación tendría la problemática consecuencia de que, si todas las normas jurídicas estuviesen sujetas a excepciones implícitas, no podría a partir de ellas derivarse ninguna solución concreta respecto de un caso particular, dado que en ese caso podría justamente presentarse alguna de esas excepciones implícitas que frustran el surgimiento de la solución prevista².

Por ello, esta tesis de la derrotabilidad de todas las normas jurídicas, tal como se la formula, no parece viable. Esto podría hacer pensar en la plausibilidad de una versión debilitada de la misma idea: el derecho estaría compuesto por dos tipos de normas: las reglas (normas inderrotables) y los principios (normas derrotables)³.

² Para dar cuenta del problema, el profesor Alchourrón trabajó intensamente en sus últimos artículos analizando los presupuestos de las lógicas para «condicionales derrotables». El antecedente en un condicional derrotable « $p > q$ » consiste en un enunciado complejo de la forma « $(p (\sim(r (s (...)) \Rightarrow q))$ », es decir, si p es verdadero, y no se dan r , s , u otras excepciones no taxativamente enumerables, entonces será verdadero q , de manera que el condicional derrotable « $p > q$ » significa que el antecedente p , conjuntamente con el conjunto de ciertos presupuestos a él asociados, es una condición suficiente del consecuente. Los condicionales derrotables no cumplen la ley de refuerzo del antecedente « $(p > q) \Rightarrow ((p (r) > q)$ ». Por otra parte, la necesidad de evitar inferencias de ese tipo obliga además a rechazar a su respecto la ley del modus ponens « $((p > q) (p) \Rightarrow q$ ». Esta fórmula es equivalente a « $(p > q) \Rightarrow (p \Rightarrow q)$ », de manera que si el condicional derrotable verificara la ley del modus ponens, implicaría al condicional material. Y dado que a su vez « $(p \Rightarrow q) \Rightarrow ((p (r) \Rightarrow q)$ », llegaríamos por transitividad a « $(p > q) \Rightarrow ((p (r) \Rightarrow q)$ », esto es, otra versión del refuerzo del antecedente. En consecuencia, los condicionales derrotables son conectivas debilitadas respecto del condicional material, que no satisfacen ni la ley de refuerzo del antecedente ni el modus ponens. Con ello, la pérdida de poder inferencial al emplear esta conectiva es de tal magnitud que en realidad no parece posible en base a este tipo de enunciados efectuar inferencias respecto de ningún caso particular (cf. Alchourrón 1993).

³ Aunque se han propuesto numerosos criterios para diferenciar reglas de principios (puede consultarse al respecto Carrió 1986, Alexy 1986 y Atienza-Ruiz Manero 1996), es corriente en la literatura a partir de Dworkin sostener que entre los principios y las reglas media una diferencia de carácter lógico dada justamente por el hecho de que las reglas estipulan todas sus condiciones de aplicación mientras que los principios están sujetos a excepciones implícitas (cf. Dworkin 1986).

Pero esta versión debilitada tampoco nos parece admisible. Intentaremos demostrar que ninguno de los sentidos en que puede decirse que una norma es derrotable permite trazar una distinción tajante entre reglas y principios en el derecho. Y aun cuando fuese posible trazarla, restaría por explicar como juegan recíprocamente reglas y principios. Si no se admiten excepciones en las reglas fundadas en principios, estos últimos serían normativamente irrelevantes. Si en cambio se acepta que un principio puede introducir excepciones en una regla, entonces también ellas resultarían derrotables y por ende las consecuencias de la tesis débil serían las mismas que las de la tesis fuerte: todas las normas jurídicas generales resultarían derrotables y a partir de ninguna de ellas podrían derivarse conclusiones respecto de un caso particular.

II. Diversos sentidos de derrotabilidad del derecho

En cierto sentido, parece insensato pensar que todas las normas jurídicas establecen soluciones inderrotables. Pero también parece que en cierto sentido, ninguna norma establece soluciones inderrotables. Creemos que puede hablarse de la «derrotabilidad» en relación con el derecho alegando -al menos- cualquiera de los siguientes argumentos:⁴

1) La interpretación que se le atribuye a un enunciado normativo en un cierto momento puede ser diferente a la que se le atribuye en otro momento, de modo que la norma que él expresa pase a comprender casos que antes no quedaban comprendidos o deje de resultar aplicable a casos antes comprendidos.

2) Pueden promulgarse en el sistema nuevos enunciados normativos que desplacen a la solución normativa establecida para un caso al introducir excepciones antes no contempladas.

3) El contenido conceptual de un enunciado normativo no puede precisarse sin tomar en cuenta el contexto en el que se lo formula. Otros enunciados del sistema pueden permitir advertir excepciones respecto de la norma por él expresada (MacCormick, trabajo inédito).

4) Los enunciados normativos están siempre sujetos al problema de la textura abierta del lenguaje, por lo cual resulta ineliminable un grado mayor o menor de incertidumbre respecto a la aplicabilidad de una norma respecto de un caso particular (Hart 1948, Kelsen 1960).

⁴ Intentaremos reconstruir los diferentes argumentos posibles que podrían utilizarse para justificar la idea de la derrotabilidad en el derecho. Algunos de esos argumentos han sido explícitamente sostenidos por ciertos autores, aunque no siempre bajo el nombre de derrotabilidad. Cuando corresponda se efectuará la pertinente referencia.

5) Al legislar, una autoridad normativa no puede considerar más que los casos normales, pero siempre puede pensarse en casos reales o imaginarios atípicos que merezcan por ello una solución diferenciada. Por eso las obligaciones y derechos consagrados en las normas generales deben entenderse como sujetos a excepciones implícitas (Hart 1948, MacCormick, trabajo inédito).

6) Al ser el uso primario de los conceptos jurídicos adscriptivo y no descriptivo (esto es, que no pueden validarse en función de la información fáctica venida en su apoyo) no puede por consiguiente encuadrarse los hechos dentro del alcance de éstos en términos de condiciones necesarias y suficientes. Por ello un juez, al calificar una situación mediante un concepto jurídico, como por ejemplo el de «contrato», posee un margen ineliminable de discrecionalidad. Él no describe el hecho de que algo es un contrato en función de ciertas características empíricas identificables, sino que adscribe que algo es un contrato (Hart 1948, Kelsen 1960)⁵.

7) La norma general que un órgano jurisdiccional invoca como fundamento de validez de la creada por él para la resolución de un caso, no sólo sirve para convalidar esa norma individual efectivamente adoptada, sino también toda una clase de soluciones igualmente válidas (Kelsen 1960, Vernengo 1971).

8) Para determinar si alguien está obligado a hacer algo en un caso particular, es menester describir la situación en la que se encuentra. Diferentes descripciones pueden determinar diferencias en la calificación normativa. Como no hay una descripción que pueda considerarse «verdadera» o «completa», siempre es posible que una situación en la que se cree que el sujeto tiene una obligación, contenga además alguna particularidad que vuelva operativa una excepción.

9) En el punto anterior se supone información completa. Pero nuestra información acerca de la realidad es siempre incompleta. Cuando formulamos juicios normativos respecto de casos particulares, solo podemos emitir juicios derrotables puesto que mayor información podría derrotarlos.

10) Cualquier reclamo formulado ante un juez en base a lo dispuesto por una norma general puede ser derrotado por la contraparte si ella demuestra que en el caso en cuestión concurre una excepción que también encuentra

⁵ Hart (1948) es quien ha sostenido esta idea de que los conceptos jurídicos son predominantemente adscriptivos. Debe aclararse que esta tesis de Hart es diferenciable de su tesis sobre la derrotabilidad de los conceptos jurídicos, la cual aunque relacionada con la primera, no se apoya en ese argumento. Por otra parte vale mencionar que este criterio es similar al expuesto por Kelsen en su teoría pura del derecho cuando se refiere al carácter constitutivo de los actos jurídicos.

apoyo en una disposición del sistema (MacCormick, trabajo inédito, Farrell 1983).

III. Algunas distinciones conceptuales relevantes para el análisis

a) En primer lugar resultaría conveniente discriminar los conceptos de formulaciones normativas, normas y proposiciones normativas. Las formulaciones normativas son textos a los que no se les ha fijado todavía totalmente su significado. En términos de la distinción hecha por Genaro Carrió (1986) entre la fuerza de un enunciado y su sentido, podríamos decir que la formulación normativa es un enunciado que ha sido comprendido como normativo (es decir como uso prescriptivo del lenguaje) pero del cual no se sabe todavía exactamente qué es lo que norma o prescribe). En otras palabras, se conoce su fuerza pero no su sentido⁶.

Cuando el intérprete adjudica significado a una formulación normativa, identificando o estipulando reglas de uso definidas a sus términos componentes, ella se transforma en una norma.

Cabe advertir que en el proceso de interpretación jurídica es muy frecuente que, para fijar el significado de las formulaciones normativas, se las relacione con otras con las que se encuentra vinculada y se tenga en cuenta para esto ciertos criterios jerárquicos. Así, es posible que con más de una formulación normativa, según el significado que se les adjudique y la relación que se admita entre ellas, pueda obtenerse sólo una norma o que de una formulación normativa se extraiga más de una norma.

La norma jurídica es entonces un enunciado al que se ha fijado un cierto significado a partir de una o a varias formulaciones normativas o que es posible formular a partir de la reconstrucción realizada a partir de una o varias formulaciones normativas.

La proposición normativa es, por su parte, el enunciado singular (no universal) que afirma la existencia de una norma en un cierto sistema jurídico, interpretando la expresión «existencia» ya sea como pertenencia a un sistema, validez u obligatoriedad, vigencia o aplicabilidad. Como tal, es un enunciado del cual puede predicarse verdad o falsedad, y esa verdad o falsedad es relativa al sistema jurídico de referencia⁷.

b) Distinguiremos también, tal como lo hacen los profesores Alchourrón y Bulygin (1971), entre casos genéricos y casos individuales. Si entende-

⁶ Lo expresado constituye en cierta forma una simplificación, pues parece suponer que todos los enunciados presentes en un sistema jurídico son predominantemente prescriptivos. En realidad, en un sistema jurídico coexisten enunciados de especies muy diversas, como bien lo ponen de manifiesto las numerosas definiciones que suelen estar presentes en códigos y leyes.

⁷ Para una crítica a la idea de que las proposiciones normativas pueden definirse como enunciados que «describen» normas puede consultarse Bayón 1996.

mos por Universo de Discurso (en adelante UD) el conjunto de todos aquellos elementos (estados de cosas) identificados por una determinada propiedad (y que define el ámbito del problema jurídico a solucionar) y por Universo de Propiedades (en adelante UP) al conjunto de todas aquellas circunstancias (propiedades) del UD que divide los elementos de éste en la clase de aquellos en que la circunstancia (propiedad) está presente y en la que no lo está, entonces se llamará caso genérico a cada una de estas propiedades, pues toda propiedad (y todo compuesto veritativo funcional que no sea ni tautológico ni contradictorio) del UP define un caso (posible). También se llamará así a todo subconjunto definido por esta propiedad. Se denominará, en cambio, caso individual a los elementos del UD, esto es, los estados de cosas que se producen en una ocasión (pudiendo por tanto ser localizados espacio-temporalmente) y que poseen la propiedad definitoria del UD⁸.

Debe advertirse que, de acuerdo a esta caracterización: a) los casos genéricos pueden ejemplificarse en un número ilimitado de casos individuales; b) los casos genéricos respecto del UD son mutuamente excluyentes y conjuntamente exhaustivos, por lo que todo caso individual del UD pertenece necesariamente a uno y sólo uno de los casos genéricos determinados por un UC. De ahí que la solución de todos los casos genéricos de un UC solucione también todos los casos individuales del UD.

c) De acuerdo al criterio utilizado por Alchourrón y Bulygin (1976), también distinguiremos los conceptos de orden jurídico y sistema jurídico, definiendo al primero como una secuencia temporal de sistemas jurídicos y al segundo como un conjunto finito de enunciados que comprende todas sus consecuencias lógicas y entre las cuales hay al menos una norma que impone una sanción (como puede apreciarse, en el sistema jurídico así definido puede haber enunciados que no sean normas y también normas que no establezcan sanciones). La unidad de la secuencia del orden jurídico está dada por la identidad de los criterios usados para la identificación de los conjuntos normativos que forman parte de esa secuencia, mientras que la identidad de cada sistema está dada por la identidad de sus elementos.

Conforme a lo expuesto, el concepto de orden jurídico hace referencia a un proceso dinámico en el sentido de que los conjuntos de normas que lo conforman están sujetos a cambios en el tiempo como consecuencia de la promulgación de nuevas normas o por la derogación o modificación de las

⁸ En realidad entenderemos por caso individual no el propio estado de cosas sino una descripción de un cierto estado de cosas, en razón de que dos descripciones distintas de un mismo estado de cosas pueden determinar que éste resulte subsumible en casos genéricos diversos.

ya existentes. El sistema jurídico, en cambio, hace referencia a un momento estático en esa secuencia.

Debemos precisar que estas nociones se aplican a conjuntos de normas en el sentido que se ha explicitado supra, esto es que no se aplican ni a las formulaciones normativas, ni a las proposiciones normativas.

d) Finalmente, distinguiremos como lo hace P.G. Baker (1977), entre decisión no revisable e infalible. Muchas veces se confunde el hecho de que las decisiones de los órganos jurisdiccionales no pueden, a partir de cierta instancia, ser revisadas como consecuencia del principio de cosa juzgada, con el hecho de que ellas son siempre correctas, esto es, que los órganos no se equivocan en sus decisiones. Es evidente que éstos son conceptos totalmente distintos y lógicamente independientes. En este sentido, las decisiones de los órganos creadores o aplicadores de normas jurídicas no son revisables a partir de cierta instancia, pues en algún punto debe finalizar la disputa para que el derecho pueda cumplir su función de dirimir conflictos. Sin embargo, ellas no son infalibles puesto que pueden no ser correctas, en el sentido de no derivarse en los aspectos relevantes de las normas superiores que autorizan su creación o aplicación. Desde este punto de vista puede decirse que el concepto de «validez» opera como criterio de corrección de la creación o aplicación de normas.

IV. ¿Son derrotables las normas jurídicas?

Los sentidos 1) y 2) explicitados en el apartado II, conciernen ambos a la configuración de los casos genéricos. Si tomamos en cuenta las distinciones conceptuales introducidas, estamos aquí en presencia de:

a) una modificación de la interpretación atribuida a alguna de las formulaciones normativas que, una vez interpretadas, van a formar parte del sistema;

b) una modificación de la jerarquía que se atribuye a una norma frente a otra que consagra una solución lógicamente incompatible, lo cual puede ser entendido como un caso particular de cambio de interpretación;

c) la introducción de nuevos enunciados o eliminación de alguno de los existentes en un sistema mediante actos de creación o derogación de normas.

Es claro que en la situación c) lo que ocurre es que aparece un nuevo sistema dentro de la secuencia de sistemas que configura un mismo orden jurídico. En los casos a) y b) ocurre algo similar, sólo que de una forma menos evidente: también hay un cambio de sistema ya que con cada interpretación de las formulaciones normativas y de sus criterios de jerarquía se construye un sistema de normas distinto, pues sólo cabe hablar de sistema una vez que contamos con un conjunto de normas identificado. Antes de ello no hay más que un conjunto de formulaciones a las que todavía no se les ha fijado completamente su significado.

En ninguno de los sentidos expuestos (1 y 2) puede establecerse una diferencia cualitativa entre reglas y principios, dado que se trata en ambos casos de problemas que afectan a cualquier enunciado de un sistema jurídico. Tampoco corresponde propiamente hablar aquí de derrotabilidad de las normas jurídicas, sino en todo caso de derrotabilidad en la configuración del sistema. Vale decir que la indeterminación de la que se pretendería dar cuenta con estos argumentos no es algo que pueda predicarse de un sistema de normas tal como ha sido definido aquí, sino solamente de los procedimientos mediante los cuales un sistema se construye o se modifica. Pero una vez construido éste, no hay indeterminación ninguna en los sentidos apuntados.

El sentido 3) se vincula con la reconstrucción racional de un sistema jurídico. La determinación del significado de una formulación normativa depende del significado que se atribuya a las restantes formulaciones del sistema y de las relaciones de preferencia que se establezca entre las normas resultantes de tales interpretaciones. La interpretación es un proceso: el significado atribuido en principio a un enunciado normativo puede resultar a posteriori revisado incorporando excepciones inicialmente no contempladas, en la medida en que se avanza en la interpretación de otros enunciados del sistema. Ahora bien, como el conjunto de los enunciados que componen un sistema jurídico positivo es finito, podría pensarse que por este proceso puede llegarse a la identificación de todas las excepciones, de modo que el producto final de la interpretación constituirá un sistema de reglas, de normas inderrotables. Sin embargo, contra esto pueden alegarse al menos dos objeciones. La primera, que subyace en el pensamiento de muchos autores, es que para interpretar los enunciados de un sistema jurídico hay que tomar en consideración «principios morales». Esta idea nos parece cuanto menos poco clara: si esos principios morales han sido receptados en enunciados que integran el sistema, la objeción se desvanece. Si en cambio lo que se quiere significar es que las soluciones normativas derivables del sistema pueden resultar derrotadas en virtud de excepciones fundadas en normas morales extrasistemáticas, esto se limita a poner de manifiesto que no siempre las soluciones normativas de un sistema jurídico resultan moralmente admisibles; que el contenido normativo de un sistema jurídico puede ser cuestionado desde el punto de vista de otro sistema normativo -un cierto sistema moral-, lo cual es obviamente correcto, pero no constituye una objeción contra la posibilidad de identificar las normas que integran el sistema jurídico en cuestión, ni para alegar que éste sea en algún sentido «indeterminado».

La segunda objeción es mucho más seria: para identificar todas las excepciones a que puede estar sujeta la solución normativa correlacionada con un caso sería menester contar con una ordenación completa de todas las

normas, de manera tal que frente a cualquier par de ellas que establezcan soluciones incompatibles para casos independientes exista un criterio de preferencia preestablecido que haga prevalecer a una sobre otra.

Es aquí donde ciertos autores (Atienza y Ruiz Manero, 1996) trazan una distinción cualitativa entre reglas y principios jurídicos, sosteniendo que un sistema jurídico está compuesto por ambos elementos. Los principios serían aquellas normas del sistema entre las cuales no existen criterios de preferencia generales preestablecidos, mientras que las reglas serían normas entre las cuales median criterios de preferencia generales preestablecidos. Y ¿cómo se interrelacionan reglas y principios? Pues bien, las reglas se aplicarían siempre y cuando no sean desplazadas por un principio. Esto supone considerar que en los sistemas jurídicos la ordenación entre las normas que lo componen es incompleta. Reglas (normas inderrotables) son aquellas normas respecto de las cuales puede determinarse su relación jerárquica con todas las restantes; principios (normas derrotables) son aquellas normas respecto de las cuales existe al menos una norma en el sistema con la cual no tiene una relación de preferencia predeterminada.

Aunque nada obsta a distinguir estos dos elementos del modo indicado, no parece que las reglas y los principios así diferenciados posean todas las características que de ellos suelen predicarse en la literatura corriente sobre el tema. Por lo pronto, no parece funcionar la idea de que en la mayoría de los casos las reglas son aplicables y sólo en casos excepcionales se deben ponderar principios, porque la identificación de una regla según este criterio resultaría algo por demás excepcional. Más bien nos inclinamos a pensar que en este sentido uno debería considerar como derrotables a todas las normas, pues nunca se podría estar seguro de que no exista en el sistema otra norma que consagre una solución incompatible y respecto de la cual no medie una preferencia preestablecida.

Pero por cierto que en realidad correspondería hablar aquí de derrotabilidad en la interpretación de las formulaciones normativas, o más bien, de derrotabilidad de nuestras creencias acerca de qué normas integran el sistema, pero no de derrotabilidad de las normas jurídicas mismas.

Podría plantearse todavía el problema de que, si de acuerdo al sentido 3) la interpretación de cualquier formulación normativa resulta derrotable, nunca podría a partir de ellas llegarse a soluciones concluyentes respecto de ningún caso particular. Éste es un problema sobre el cual volveremos más adelante.

En el sentido 4) (textura abierta, derrotabilidad en la aplicación de una norma general), concerniente a la subsunción de un caso individual en los casos genéricos del sistema, cabe decir que no es un defecto específico de los conceptos jurídicos el tener un grado de vaguedad que permite cierta

discrecionalidad en su aplicación a uno o varios objetos o estados de cosas, sino que es un problema de todos los conceptos no formales. Decir que la aplicación de una norma general es derrotable por la razón expuesta no sirve para dar cuenta de ninguna característica o problema especial de las normas jurídicas, por lo que no se advierte el objeto que tendría introducir esta denominación.

También resulta claro que no puede fundarse sobre esta base ninguna distinción cualitativa entre reglas y principios pues todas las normas jurídicas contienen términos para cuya aplicación respecto de casos particulares no pueden especificarse sus condiciones suficientes, sino meramente condiciones contribuyentes.

El sentido 5) puede diferenciarse del anterior en el hecho de que aquí no se predica derrotabilidad de la aplicación de ciertos términos contenidos en los enunciados que expresan normas, sino directamente de la configuración de los casos a los que se correlacionan soluciones normativas distintas.

El profesor Bayón sostiene, respecto de las normas morales, que el proceso de reformulación e incorporación de excepciones a su respecto no puede darse nunca por completado. Cuando se trata de decidir cuestiones morales sería preciso enjuiciar la relevancia o irrelevancia de cualquier elemento de juicio del caso concreto, no pudiendo apelarse a una regla preconstituida que declare irrelevantes todas las características de la situación distintas de las que componen ya una lista cerrada.

Una regla (entendida como norma inderrotable) expresaría la obligatoriedad de todo acto individual en el que concurren las propiedades que en ella se reputan relevantes, sean cuales sean el resto de las circunstancias concurrentes, de modo que se declara de antemano irrelevantes cualesquiera circunstancias que puedan darse en el supuesto concreto que se evalúa. Aceptar una regla semejante sólo sería racional, en opinión de Bayón, si el sujeto hubiese considerado todas las situaciones posibles en las que, entre otras, se dan las propiedades en cuestión y hubiese juzgado que en todas ellas se debe actuar del mismo modo pues el resto de las características o descripciones posibles son moralmente irrelevantes. No siendo así -y sería materialmente imposible que lo fuese- su aceptación de esa norma como una regla supondría renunciar de antemano a evaluar todas y cada una de las circunstancias adicionales del caso concreto, renuncia que considera como una forma de irracionalidad (Bayón 1991: 346-353).

Podría pensarse en proyectar estas ideas al campo del derecho. Supóngase en un sistema jurídico una norma que establece la obligatoriedad de realizar el acto A en toda circunstancia en la que se da la propiedad P. ¿Significa ello que si concurre en un caso P otra propiedad, ella resulta irrelevante? No. En primer lugar la relevancia de una propiedad P respecto de un

caso implica la irrelevancia de toda otra propiedad si el sistema es coherente. Si en el sistema hay otra norma que correlaciona una solución normativa lógicamente incompatible con todos aquellos casos en los que se presente una propiedad Q, un caso que pueda ser descrito al mismo tiempo como P y Q resultará incoherentemente normado. Como Bayón tiene en mente en el argumento precedente normas morales, y la idea de un sistema moral con normas incoherentes parece contraintuitiva, es lógico que presuponga coherencia. Pero la posibilidad de normas jurídicas incoherentes no puede descartarse.

Hay no obstante un sentido en el que la atribución de relevancia a ciertas propiedades por parte del legislador implica la irrelevancia de cualquier otra propiedad. Pero en el sentido indicado esto no tiene nada de irracional, a pesar de lo persuasivo de los argumentos de Bayón. Supongamos que un sistema jurídico es coherente y que en él existe una norma que correlaciona cierta solución normativa S1 a un caso definido por una propiedad P. La propiedad P en cuestión será relevante en la medida en que los casos no P no estén también correlacionados con la solución S1 -sea porque están correlacionados con una solución normativa distinta o porque no están correlacionados con ninguna. Si otra propiedad Q cualquiera fuese relevante, o bien se generarían contradicciones que por hipótesis no existen, o bien los casos no P también estarían correlacionados con la solución S1, con lo cual la propiedad P no sería relevante. Podría entonces concluirse que Q tiene que ser irrelevante. Ahora bien, supongamos que el legislador ha considerado expresamente a la propiedad Q y ha decidido correlacionar tanto a los casos Q como a los no Q con la misma solución normativa. La propiedad Q será entonces irrelevante. Pero si dicha solución es distinta de S1, el sistema resultaría incoherente al menos en los casos P Q y P no Q, y si dicha solución es S1, si los casos no P estaban correlacionados con una solución normativa distinta de S1, se producirán contradicciones en tales casos y si los casos no P no estaban correlacionados con ninguna solución, resultarán ahora correlacionados con la solución S1, con lo cual P sería irrelevante. En conclusión, bajo el supuesto de coherencia, Q no puede ser relevante ni tampoco irrelevante en el sentido indicado, esto es, en el sentido de que el legislador ha considerado la propiedad Q y ha correlacionado la misma solución normativa tanto a los casos Q como a los no Q⁹.

De esto se sigue que hay al menos dos sentidos distintos en que puede decirse que una propiedad es irrelevante: en sentido positivo, cuando la au-

⁹ En el texto se suponen, a fin de simplificar la exposición, soluciones normativas maximales, esto es, aquellas que califican como obligatorio, prohibido o facultativo un acto. Pero el argumento puede sostenerse igualmente sin esta presuposición.

toridad normativa considera una propiedad y decide correlacionar tanto los casos en que ella está presente como los casos en que ella está ausente con la misma solución normativa, y en sentido negativo, cuando el legislador no ha tomado en cuenta la propiedad en cuestión.

En el argumento de Bayón parecen confundirse ambos sentidos de irrelevancia. Es correcto que resultaría imposible que una autoridad normativa considerase por anticipado toda propiedad imaginable a fin de determinar si ella merece ser considerada normativamente relevante. Sólo tiene en sus manos la posibilidad de calificar como relevantes ciertas propiedades. Pero para atribuir relevancia normativa a una propiedad P, debe establecer para todos los casos de ocurrencia de P soluciones normativas diferenciadas respecto de todos aquellos en los que P no se verifica. Si sólo algunos casos P tuviesen una solución normativa distinta a la de algunos casos no P, no habría ninguna garantía de que P es normativamente relevante. Interpretar las normas jurídicas como reglas, esto es, como normas inderrotables, no implica declarar por anticipado irrelevante en sentido positivo a cualquier otra propiedad que no haya sido declarada expresamente relevante. Pero si implica que cualquier otra propiedad imaginable que no haya sido considerada expresamente por la autoridad normativa como relevante o irrelevante en sentido positivo, será irrelevante en sentido meramente negativo. Esta consecuencia es trivial, por lo cual no es cierto que solo sería racional si se hubieran considerado todas las situaciones posibles en las que, entre otras, se dan las propiedades en cuestión y se hubiese juzgado que en todas ellas se debe actuar del mismo modo, lo que en todo caso sería exigible para la irrelevancia positiva.

El sentido 6) en el que podría decirse que las normas son derrotables, puede ser superado si se toma en cuenta la distinción entre no revisabilidad e infalibilidad de las decisiones emanadas de los órganos jurisdiccionales. Es cierto que un órgano puede establecer de manera definitiva (es decir, sin que pueda revisarse con posterioridad) la ocurrencia o no de cierto hecho jurídico. Pero esto no implica que lo que haya dictaminado sea correcto, es decir, que se derive válidamente del conjunto de normas vigentes. El órgano puede darle eficacia a una solución que no se derive válidamente del sistema jurídico, y ello todo lo que significa es que los jueces pueden equivocarse o ser arbitrarios sin que ello pueda remediarse en virtud del principio de cosa juzgada.

Por otra parte, el hecho de que el enunciado dictado por el órgano sea adscriptivo y no descriptivo, no implica que para dictar la norma individual no deba previamente, de acuerdo a lo estipulado por las normas generales, corroborar si se da o no el caso previsto por ellas.

En el sentido 7) deben distinguirse los fundamentos en virtud de los cuales se adopta la tesis. Kelsen (1960) ha sostenido una idea semejante alegando como fundamento la vaguedad o ambigüedad de las normas o la existencia de una contradicción entre ellas. A cada uno de estos ítems ya hemos hecho referencia, de manera que no se trataría de un sentido diferenciable de alguno de los anteriores. El profesor Vernengo (1971) ha sostenido algo parecido en base a la distinta extensión lógica que poseen la norma general y la particular. De ser esta la idea, cabría responder que del hecho de que un enunciado tenga distinta extensión lógica que otro porque el primero es más general que el segundo, no se sigue que no pueda determinarse si un cierto caso individual está o no comprendido dentro de la extensión de un cierto caso genérico.

El sentido 8) creemos que constituye un típico pseudo-problema: en el derecho no se describen los hechos de cualquier modo, sino sólo tomando en cuenta las propiedades que han sido consideradas relevantes por el legislador para atribuir soluciones normativas diferenciadas.

El sentido 9) se vincula específicamente con la identificación de los casos individuales. Podría hablarse aquí de derrotabilidad del caso individual, ya que parece claro que no se trata de un problema de las normas generales. Y si bien ésta es una genuina dificultad, las reglas secundarias que establecen presunciones probatorias y aquellas que distribuyen la carga de la prueba entre las partes parecen bastar para eliminarla en la práctica. Analizaremos esto conjuntamente con 10), ya que ambos problemas se encuentran íntimamente vinculados.

El sentido 10) es lo que podríamos denominar -siguiendo una idea sugerida por el profesor Alchourrón (1991)- derrotabilidad procedimental o derrotabilidad de las pretensiones fundadas en normas generales. Supongamos un enunciado jurídico que establece «el comprador está obligado a pagar el precio convenido por la cosa adquirida». A primera vista podría representarse el significado de este enunciado como « $A \Rightarrow OB$ »¹⁰. No obstante, seguramente un análisis cuidadoso permitirá advertir que la obligación de pagar el precio por parte del comprador no surge en todos los casos, sino que existen ciertas excepciones resultantes de lo previsto en otras normas del sistema. Suponiendo por hipótesis que se pudieran especificar todas las excepciones, y que en este caso en concreto sólo encontráramos dos, se obtendría una regla que rezaría « $(A. \sim C. \sim D) \Rightarrow OB$ ».

¹⁰ Para representar la idea de una norma general en cuanto a las circunstancias, Alchourrón hizo uso del condicional estricto « \Rightarrow », el cual puede interpretarse como la cuantificación universal (en relación a las circunstancias) de un condicional material (cf. Alchourrón 1993). Una expresión como « $A \Rightarrow OB$ » debería pues interpretarse como «bajo toda circunstancia en la que se de A, es obligatorio realizar el acto B».

Ahora bien, supóngase que el vendedor pretende que un juez condene al comprador a pagarle por lo que le vendió. Él no está obligado a probar que cierto sujeto le compró algo y además que no concurren en el caso ninguna de las excepciones que podrían derrotar la obligación del comprador de pagar el precio convenido. De acuerdo con las reglas procedimentales que distribuyen la carga de la prueba, sólo está obligado a probar A (por cierto que podría ocurrir que según tales reglas el actor tuviese que probar que ciertas condiciones negativas han quedado satisfechas). La verificación de alguna de las excepciones queda en cabeza del demandado. De manera que las reglas secundarias dirigidas al juez dirán algo así como:

R1: $P(x, A) \sim P(y, (C \vee D)) \Rightarrow OB$ R2: $P(y, (C \vee D)) \Rightarrow \sim OB$

Esto es, si x prueba A e y no prueba C o D, es obligatorio B; si y prueba C o D, no es obligatorio B. Toda pretensión jurídica resulta, en este sentido, procedimental mente derrotable, pues puede ser derrotada si la contraparte alega y prueba que se ha verificado una excepción (cf. Alchourrón 1991). Hay quienes hablan en este sentido de tener un «caso prima facie» (Farrell 1983): una parte tendría un caso prima facie contra otra cuando las pruebas en su favor son suficientemente fuertes como para que se convoque a su opositor a que comparezca; un caso prima facie es aquél establecido sobre pruebas suficientes y que pueden rebatirse sólo con pruebas aducidas por la otra parte.

Existe una gran semejanza entre este análisis y el funcionamiento de las denominadas «lógicas default». En un trabajo reciente del profesor Carnota se lee:

«Consideremos el cuerpo legal total en un momento y país dado. Las premisas para que el juez resuelva el pago de un siniestro por parte de una compañía de seguros están todas estipuladas de un modo u otro. Sin embargo el juez resuelve el caso verificando algunas de esas premisas y dejando a la parte demandada el trabajo de presentar pruebas para las otras (por ejemplo una condición de excepcionalidad que invalida el pago). Mientras la compañía no presente pruebas, el juez supone por defecto que dichas condiciones de excepcionalidad no existieron y, si se verifican las premisas principales, concluye que debe pagarse. En este caso, si bien son conocidas todas las posibles excepciones, su verificación completa resulta muy costosa. Las condiciones que surgen son derrotables, en el sentido de que la presentación de pruebas que contraríen la asignación por defecto, significara su retractación.» (Carnota 1995).

Que quede claro que no estamos diciendo que el razonamiento del juez sea default (lo que significaría tanto como decir que el razonamiento jurídico es no monótono, idea que no compartimos), sino que las reglas secundarias del sistema operan como reglas default. En otras palabras, no es que

el juez «suponga por defecto» que las excepciones no existieron, tal como sostiene Carnota, sino más bien que hay reglas en el sistema que obligan al juez a suponer que no existieron.

Pero además, parece que la consideración de este juego entre reglas primarias y secundarias permite también obviar el problema comentado en c), que es -junto con la derrotabilidad procedimental- uno de los que más preocupa a quienes hablan de derrotabilidad en el derecho y a quienes ponen énfasis en la distinción reglas-principios.

El procedimiento funciona incluso aunque no sean conocidas todas las excepciones, aunque las premisas para que el juez resuelva el caso no se encuentren «todas estipuladas de un modo u otro». Puede pensarse que cualquier norma de un sistema jurídico resulta derrotable en virtud de encontrarse sujeta a las posibles excepciones implícitas que resulten de otras normas que, aunque sean identificables, no posean una ordenación preestablecida respecto de la norma en cuestión. Pero en tal caso, para analizar como hace un juez para arribar a una solución respecto de un caso particular también hay que considerar las reglas secundarias de distribución de la carga de la prueba. Tendríamos en tal caso un sistema como el siguiente:

R1': $P(x, A). \sim P(y, (C \vee D \vee \dots)) \Rightarrow OB$

R2': $P(y, (C \vee D \vee \dots)) \Rightarrow \sim OB$

según el cual, si x prueba A e y no prueba C , D u otras excepciones implícitas, entonces es obligatorio B , mientras que si y prueba alguna de tales excepciones, no resultara obligatorio B .

En los casos ordinarios, una de las partes en un proceso judicial acredita ciertos extremos, y la otra o bien no alega ninguna excepción, o si lo hace, ésta surge claramente de una norma jerárquicamente superior (como sería en nuestro ejemplo si el demandado alegara y luego pudiera acreditar la ocurrencia de C o D). Con independencia de que en el caso en cuestión concurren otras circunstancias que podrían haber sido alegadas por la demandada como excepciones, el juez puede inferir una solución concluyente para el caso ya que lo que puede resultar materia de discusión ha quedado acotado por lo alegado y probado por las partes. En ciertos casos el demandado alega como excepción una circunstancia que está correlacionada con una solución normativa incompatible por otra norma, pero respecto de la cual no hay ordenación preestablecida con la norma en la que se funda el actor. Entonces el juez deberá decidir primero a cuál de las dos soluciones normativas dará preferencia, lo que significa un margen mayor de discrecionalidad que en el supuesto anterior. Pero una vez hecho esto también puede derivar una solución concluyente para el caso.

Lo importante es que en ambos supuestos, paradójicamente, una especie de derrotabilidad compensa otra derrotabilidad: la derrotabilidad proce-

dimental anula los aparentes devastadores efectos de la derrotabilidad en la interpretación de las formulaciones normativas del sistema.

En el sentido precedentemente expuesto es entonces viable decir que cualquier pretensión jurídica resulta procedimentalmente derrotable. Pero debe quedar claro que ello no significa que el derecho sea indeterminado, sino que por el contrario, las reglas de procedimiento constituyen mecanismos tendientes a acotar el marco de indeterminación resultante de la derrotabilidad en la interpretación de las formulaciones normativas.

V. Conclusiones

1.- No tiene objeto hablar de derrotabilidad del derecho o de las normas jurídicas en general, dado que no parece ser un término con ningún alcance explicativo genuino.

2.- Hemos intentado distinguir algunos de los sentidos en los que podría predicarse derrotabilidad con relación al derecho, poniéndose de manifiesto que no existe entre ellos un núcleo común de significado, sino que responden a un conjunto muy diverso de problemas. En todo caso, sólo entre algunos de esos sentidos parece haber cierto parecido de familia.

3.- Nuestro análisis no pretende negar que en la resolución de conflictos a partir de normas generales exista un margen mayor o menor de indeterminación. No obstante esa indeterminación resulta de razones muy diversas que consideramos de la mayor importancia diferenciar.

4.- En ninguno de los sentidos analizados parece poder justificarse una diferencia -ni cualitativa ni siquiera de grado- entre dos componentes distintos del derecho, reglas y principios.

5.- Los sistemas jurídicos proveen mecanismos específicos para morigerar en parte la relativa indeterminación que resulta de no poder identificar de antemano todas las excepciones a que está sujeta una norma en virtud de no contarse con una ordenación completa entre todas las normas del sistema. Se trata de las reglas secundarias que regulan el proceso judicial y que, fundamentalmente a través de la atribución diferenciada de la carga de la prueba y las presunciones de prueba, limitan los puntos de discusión y resuelven los casos de duda acerca de la verificación de un hecho.

La idea de que el derecho es esencialmente indeterminado o «derrotable» es una idea tan común como equivocada. ¿A qué se debe tanta persistencia en sostener una postura que posee una desproporción tan grande entre sus pretendidas devastadoras consecuencias y su escaso o nulo poder explicativo? ¿Acaso no será que se ha convertido en un cliché común por la rápida adhesión que produce y porque finalmente nos ahorra el trabajo de proponer un esquema teórico realmente explicativo? ¿No será que decir que el derecho es derrotable es la mejor manera de eludir el trabajo de lo-

calizar metódica y analíticamente la naturaleza de una cantidad muy diversa y compleja de problemas?

En suma, creemos que si este planteo resulta tan atractivo es porque deviene incontestable, dada la vaguedad con que se lo formula. Pero una vez que se estudia con cuidado el tipo de situaciones a las que con él se hace referencia, se revela sin sustento alguno. El concepto de derrotabilidad es tramposo puesto que en apariencia se presenta como revelador de ciertas características esenciales y ocultas del derecho, cuando en realidad sólo nos ofrece un panorama confuso. Sin embargo, si hemos creído importante discutirlo es porque entendemos que no es una tarea menor de la filosofía el desenmarañar nudos conceptuales.

Bibliografía

- Alchourrón, C. «Condizionalità e rappresentazione delle norme giuridiche», en A. Martino y E. Socci Natale (eds.), *Analisi Automatica dei Testi Giuridici*, Milan, Giuffrè Editore, 1988.
- «Defeasibility», inédito, escrito en 1991.
 - «Philosophical Foundations of Deontic Logic and the Logic of Defeasible Conditionals», en J. Meyer y R. Wieringa, *Deontic Logic in Computer Science: Normative System Specification*, Wiley & Sons, 1993.
 - «Detachment and Defeasibility in Deontic Logic», en *Studia Logica* 57, 5-18, 1996.
- Alchourrón, C. y Bulygin, E. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1975, título original: *Normative Systems*, Viena, Springer-Verlag, 1971, traducido por los autores.
- «Sobre el concepto de orden jurídico», en *Crítica*, Vol. VIII, Nº 23, 1976.
- Alexy, R. *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, título original: *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, Verlag, 1986, traducido por E. Garzón Valdés.
- Atienza, M. y Ruiz Manero, J. «Sobre principios y reglas», en *Doxa* 10, 1991.
- *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 1996.
- Baker, P. «Defeasibility and Meaning», en P. Hacker y J. Raz (eds.), *Law, Morality and Society*, Oxford, Clarendon Press, 1977.
- Bayón, J. *La normatividad del Derecho: deber jurídico y razones para la acción*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- «Proposiciones normativas e indeterminación del derecho», ponencia presentada en el Congreso de Vaquerías (Córdoba), 1996.
- Bulygin, E. «Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos», en *Doxa* 9, 257-280, 1991.
- Carnota, R. «Lógica e inteligencia artificial», en C. Alchourrón, J. Méndez y R. Orayen (eds.), *Lógica. Enciclopedia Ibero-americana de Filosofía*, Oviedo, Universidad de Oviedo, 1995.

- Carrió, G. «Principios jurídicos y positivismo jurídico», en *Notas sobre derecho y lenguaje*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 3ra edición, 1986.
- Dworkin, R. *Los derechos en serio*, Barcelona, Planeta-Agostini, 1993, título original: *Taking Rights Seriously*, 1977, traducido por M. Guastavino.
- «Hart's Posthumous Reply», manuscrito, New York University, 1994.
- Farrell, M. «Las obligaciones jurídicas como obligaciones prima facie», en E. Bulygin et al (comps.), *El lenguaje del derecho. Homenaje a Genaro R. Carrió*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1983.
- Hart, H. «The Ascription of Responsibility and Rights», en *Proceedings of the Aristotelian Society* 49, 1948-49, reimpresso en A. Flew (ed.), *Logic and Language*, Oxford, Basil Blackwell, 1960.
- Keisen, H. *Teoría Pura del Derecho* (segunda edición), México, UNAM, 1979, título original: *Reine Rechtslehre*, Viena, 1960, traducido por R. Vernengo.
- MacCormick, N. «Defeasibility in Law and Logic», en Z. Bankowski, I. White, U. Hahn (eds.), *Informatics and the Foundations of Legal Reasoning*, Dordrecht, Kluwer, 1995.
- s/r «Defeasibility», inédito.
- Moreso, J. «El encaje de las piezas del derecho», inédito, 1997.
- Navarro, P. «Sistema jurídico, casos difíciles y conocimiento del derecho», en *Doxa 14*, 1993.
- Raz, J. «Legal Limits and the Principles of Law», en *The Yale Law Journal* 81, 823-854, 1972.
- Rodríguez, J. «La derrotabilidad de las normas jurídicas. Respuesta a J. C. Bayón», inédito, 1996.
- Schauer, F. *Playing by the Rules*, Oxford, Oxford University Press, 1991.
- Vernengo, R. «Conocimiento e interpretación del derecho», en *La Ley*, tomo 146, pág. 1125 y ss, 1972.