

PRINCIPIOS JURÍDICOS IMPLÍCITOS Y COHERENCIA *

Juan Pablo Alonso

Universidad de Buenos Aires

RESUMEN. El presente trabajo presenta una concepción de los principios jurídicos implícitos compatible con la tesis juspositivista de las fuentes sociales del derecho, a través de tres funciones de la coherencia jurídica: una descriptiva y dos normativas. En la función descriptiva, los principios «describen» (o «explican») las relaciones de coherencia del sistema de normas. En la primera función normativa, los principios se utilizan para resolver algún caso difícil (*i. e.* lagunas normativas). En la segunda función normativa, los principios se utilizan para detectar incoherencias y, eventualmente, «derrotarlas». Los principios implícitos son inducidos/abducidos a partir de las normas positivas. Se parte de la concepción de las normas y de los sistemas normativos de ALCHOURRÓN y BULYGIN, y de la distinción de MACCORMICK entre consistencia y coherencia.

Palabras clave: principios jurídicos implícitos, sistemas normativos, coherencia, incoherencia, lagunas, analogía, inducción, abducción, ALCHOURRÓN y BULYGIN, MACCORMICK.

Implicit Legal Principles and Coherence

ABSTRACT. The present work presents a conception of implicit legal principles, compatible with the Social Sources Thesis of Legal Positivism, through three functions of legal coherence: a descriptive one and two normative ones. In the descriptive function, the principles «describe» (or «explain») the coherence relations of a system of norms. In the first of the normative functions, principles are used to solve a hard case (*i. e.* legal gaps). In the second normative function, principles are used to detect incoherencies and, eventually, «defeat» them. Implicit principles are induced/abduced from positive norms of the system. The present work takes as a starting point ALCHOURRÓN and BULYGIN's conceptions of norms and normative systems, and the distinction, traced by MACCORMICK between consistency and coherence.

Keywords: implicit legal principles, normative systems, coherence, incoherence, legal gaps, analogic reasoning, induction, abduction, ALCHOURRÓN and BULYGIN, MACCORMICK.

* Fecha de recepción: 1 de julio de 2013. Fecha de aceptación: 20 de septiembre de 2013.

1. INTRODUCCIÓN

En este trabajo presentaré una concepción de los principios jurídicos implícitos compatible con la tesis juspositivista de las fuentes sociales del derecho.

Asimismo, presentaré una concepción de la coherencia jurídica, como una peculiar relación entre principios (implícitos en este caso) y reglas. Para ello, consideraré la distinción de MACCORMICK¹ entre consistencia y coherencia de los sistemas jurídicos. Según el autor escocés, la consistencia es una relación entre normas: un sistema normativo es consistente si carece de antinomias. La coherencia, por su parte, es una relación entre normas y principios: un sistema normativo es coherente con relación a un principio (o conjunto de principios) si sus normas se subsumen en tal principio (o conjunto de principios). Según MACCORMICK, nada impide que un sistema normativo sea consistente (sin antinomias) pero incoherente con los principios que rigen en él. Esta noción de coherencia de MACCORMICK, como relación entre principios y reglas, será central en el presente trabajo.

Siguiendo la concepción de las normas de ALCHOURRÓN y BULYGIN², utilizaré el método inductivo como herramienta para la obtención de principios implícitos, los que serán estructurados como fórmulas de la lógica de relaciones³.

Una vez inducidos los principios se construirá el «diagrama de coherencia»: tal diagrama es el gráfico que representa las relaciones de coherencia entre de los casos del Universo de Casos (UC)⁴.

Distinguiré tres funciones de la coherencia de las normas jurídicas con relación a sus principios de referencia. Una función descriptiva y dos funciones normativas.

La función descriptiva presupone que el sistema normativo es completo (carece de lagunas) y consistente (carece de antinomias). Además, es un sistema coherente ya que es posible describir su coherencia en función de los principios que se inducen de él.

La primera función normativa de la coherencia presupone que el sistema posee alguna patología normativa (lagunas o antinomias). El propósito de esta función es inducir principios de tal modo que, a través del diagrama de coherencia, se pueda delinear la solución coherente para el caso patológico.

La segunda función normativa de la coherencia presupone dos cuestiones: *a)* que el sistema normativo es completo y consistente, y *b)* que existe algún caso

¹ MACCORMICK, 1984.

² «Llamaremos *normas* a los enunciados (es decir, a las expresiones lingüísticas) que correlacionen casos con soluciones», ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1971: 37.

³ En este contexto, por inducción me refiero al método clásico de las ciencias naturales, delineado por BACON en *Novum Organum* (1620) y no a la «inducción jurídica» ALCHOURRÓN y BULYGIN (1971, 130 y ss.), que es presentada como una forma de deducción al tratarse de inducción completa. Asimismo, podría utilizarse la abducción en lugar de la inducción, aunque con el mismo resultado, dado que ambas herramientas metodológicas llevarían a las mismas conclusiones, al menos el marco del presente trabajo. En otros contextos jurídicos, probablemente la abducción presente ventajas metodológicas por sobre la inducción, en el sentido que sea la mejor explicación metodológica sobre el modo es que los juristas obtienen principios implícitos. Sobre la abducción en la ciencia jurídica puede consultarse TUZET, 2010: 15-90. La idea de que la abducción sería más pertinente que la inducción para explicar principios implícitos me fue sugerida por G. SCATAGLINI.

⁴ El concepto de «Universo de Casos (UC)» ha sido definido por ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1971: 51 y ss.

del UC cuya solución es incoherente con los principios que rigen en el sistema. Tal incoherencia será (o no) derrotable, en función de la jerarquía de los principios involucrados⁵.

Concluiré el trabajo efectuando consideraciones finales respecto de la concepción de los principios jurídicos implícitos presentada.

2. LA FUNCIÓN DESCRIPTIVA DE LA COHERENCIA

2.1. La reivindicación de inmuebles en el anteproyecto de FREITAS.

Las normas y la matriz del sistema normativo

Para presentar la función descriptiva de la coherencia utilizaré el régimen de reivindicación de inmuebles del anteproyecto de FREITAS del Código Civil Brasileiro, régimen analizado en *Normative Systems* (ALCHOURRÓN y BULYGIN 1971: 38 y ss.).

Las propiedades relevantes del Universo de Propiedades (UP)⁶, que se utilizarán para la configuración del Universo de Casos (UC)⁷, son tres:

- BFE: buena fe del enajenante (buena fe de quien vendió el inmueble).
- BFA: buena fe del adquirente (buena fe de quien compró el inmueble).
- TO: título oneroso (el carácter oneroso de la transferencia inmobiliaria).

El Universo de Acciones (UA)⁸ posee una sólo acción: la Restitución del inmueble (R).

El Universo de Soluciones (US)⁹, por su parte, admite dos soluciones normativas posibles:

- OR: Obligatorio Restituir el inmueble.
- FR: Facultativo Restituir el inmueble.

Las disposiciones jurídicas son las siguientes:

— Art. 3.877, inc. 2.º: Compete la reivindicación, cuando la cosa demandada fuere inmueble [...] contra el actual poseedor, aunque la hubiese de buena fe por título oneroso, si la hubo de enajenante de mala fe.

— Art. 3.878: Compete la reivindicación, ya sea mueble o inmueble la cosa demandada:

- Inc. 2.º: contra el actual poseedor, que de mala fe la hubo de enajenante obligado a restituirla al reivindicante.

- Inc. 3.º: contra el actual poseedor, aunque la hubiese de buena fe de enajenante de buena fe, si la hubo por título gratuito.

⁵ Como se verá al final del trabajo, estas exigencias pueden debilitarse de tal forma que sólo la condición *b*) sea necesaria para la segunda función normativa de la coherencia, mientras que la condición *a*) es contingente aunque, de hecho, bastante usual.

⁶ ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1971: 52 y ss.

⁷ ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1971: 54 y ss.

⁸ ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1971: 71 y ss.

⁹ ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1971: 74 y ss.

— Art. 3.882, inc. 1.º: Tampoco compete la reivindicación, ya sea mueble o inmueble la cosa demandada, contra el poseedor de buena fe que la hubo por título oneroso de enajenante de buena fe.

Las normas y la matriz del sistema normativo son las siguientes:

N3877(2): $\neg BFE \Rightarrow OR$ ¹⁰

N3878(2): $\neg BFA \Rightarrow OR$

N3878(3): $\neg TO \Rightarrow OR$ ¹¹

N3882(1): $BFE \ \& \ BFA \ \& \ TO \Rightarrow FR$

	<i>BFE</i>	<i>BFA</i>	<i>TO</i>	3877 (2)	3878 (2)	3878 (3)	3882 (1) ¹
1	+	+	+				FR
2	-	+	+	OR			
3	+	-	+		OR		
4	-	-	+	OR	OR		
5	+	+	-			OR	
6	-	+	-	OR		OR	
7	+	-	-		OR	OR	
8	-	-	-	OR	OR	OR	

¹ Esta matriz es de ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1971: 41.

Como surge de la matriz, el sistema es completo y consistente: completo porque no tiene lagunas (todos los casos están correlacionados al menos con una solución normativa) y consistente porque no tiene antinomias (en los casos en que hay más de una solución normativa, las mismas son equivalentes). El sistema carece de casos genéricos difíciles desde el punto de vista lógico.

En los casos 4, 6, 7 y 8 el sistema presenta redundancias, por lo que el mismo no es independiente; no obstante, debe señalarse que las redundancias no importan problemas lógicos sino que impactan en la presentación o formulación del sistema.

2.2. Los principios implícitos y el diagrama de coherencia

En cuanto a la coherencia del sistema, propondré tres principios implícitos (identificados con las letras griegas α , β y γ) estructurados como enunciados que establecen

¹⁰ ALCHOURRÓN y BULYGIN señalan que el uso de la palabra «aunque» en la formulación del art. 3.877, inc. 2.º, puede dar lugar a una ambigüedad; sin embargo, según los autores, el uso de dicha palabra parecería indicar que la buena fe del adquirente y el título oneroso se mencionan a título de ejemplo, de tal forma que la única condición estipulada por la norma es la mala fe del enajenante. En este trabajo, en consonancia con los autores, se adopta tal interpretación (ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1971: 39).

¹¹ En este caso se presenta la misma ambigüedad que la que se presenta en el art. 3.877, inc. 2.º Coincidentemente con la posición antes asumida, se adoptará una interpretación amplia, según la cual el título gratuito es condición suficiente para la reivindicación, considerando la mención de la buena fe del adquirente y de la buena fe del enajenante a título ejemplificativo.

relaciones (de la lógica de relaciones) entre los casos del UC y sus soluciones normativas; luego analizaré si tales principios se verifican en el sistema normativo a estudio. Se trata de los siguientes principios implícitos:

- α: Quien adquiere de un enajenante de buena fe tiene mejor o igual derecho que quien adquiere de enajenante de mala fe, siempre y cuando el resto de las circunstancias se mantengan constantes (el adquirente de enajenante de mala fe no puede tener mejor derecho que el adquirente de enajenante de buena fe).
BFE \geq \neg BFE
- β: Quien adquiere de buena fe tiene mejor o igual derecho que quien adquiere de mala fe, siempre y cuando el resto de las circunstancias se mantengan constantes (el adquirente de mala fe no puede tener mejor derecho que el adquirente de buena fe).
BFA \geq \neg BFA
- γ: Quien adquiere a título oneroso tiene mejor o igual derecho que quien adquiere a título gratuito, siempre y cuando el resto de las circunstancias se mantengan constantes (el adquirente a título gratuito no puede tener mejor derecho que el adquirente a título oneroso).
TO \geq \neg TO

Los principios implícitos establecen la relación de «tener un derecho mejor o igual que», relación que, en este contexto, sólo significa que «Facultativo Restituir (FR)» es un derecho mejor que «Obligatorio Restituir (OR)», toda vez que quien puede conservar el inmueble (FR) está mejor posicionado, en términos patrimoniales, que aquel que debe restituir el inmueble (OR) al reivindicante. Complementariamente, hay un derecho igual cuando ambos pueden conservar el inmueble (FR) o cuando ambos deben restituirlo (OR)¹².

Los principios implícitos propuestos se estructuran como enunciados de la lógica de relaciones; puntualmente, los casos del UC se comparan sobre la base de la relación «tener un derecho mejor o igual», relación que, al ser transitiva y reflexiva, configura una cuasiordenación¹³.

Varias de las diferentes ordenaciones de la lógica de relaciones podrían utilizarse para formular principios del tipo aquí propuesto¹⁴. En otro trabajo, vinculado al derecho penal¹⁵, he propuesto el siguiente principio implícito: «la comisión de homicidio en concurrencia de circunstancias agravantes (premeditación, p. ej.) debe estar penada más severamente que la comisión de homicidio sin concurrencia de circunstancias agravantes. Tal principio establece la relación «estar penada/o más seve-

¹² Dado que el sistema normativo regula la acción de restituir el inmueble por parte del actual poseedor, los principios comparan las situaciones de diferentes tipos de actuales poseedores. Si el sistema normativo hubiera regulado el derecho a recuperar el inmueble del pretense reivindicante, entonces los principios compararían situaciones de diferentes tipos de pretensos reivindicantes.

¹³ En este trabajo sigo la clasificación de las ordenaciones propuesta por SEN, 1970: 24.

¹⁴ Sobre las diferentes variedades de ordenaciones de la lógica de relaciones puede verse SEN, 1970: 22 y ss.

¹⁵ En ALONSO, 2006: 193-197, analicé el sistema del delito de homicidio del código penal argentino (arts. 79 a 82), estableciendo su coherencia a través de principios jurídicos implícitos del tipo aquí analizado. El principio implícito en cuestión se formalizó: «HMC & AGR > HMC & \neg AGR».

ramente que», relación que, al ser transitiva y asimétrica, configura una ordenación parcial estricta¹⁶.

Los principios implícitos propuestos incorporan la cláusula *ceteris paribus* a través de la frase «siempre y cuando el resto de las circunstancias se mantengan constantes». Esta incorporación obedece a que en algunas relaciones, como la cuasiordenación aquí analizada, las comparaciones se efectúan de «a pares» de casos; casos que deben poseer las mismas propiedades salvo aquella propiedad que es objeto de la comparación¹⁷.

Propuestos los principios implícitos α , β y γ , corresponde corroborar si los mismos se verifican en los casos genéricos del UC respecto de las soluciones normativas del sistema a estudio.

Verificación de α : $BFE \geq \neg BFE$

- 1 ($BFE \& BFA \& TO \Rightarrow FR$) > 2 ($\neg BFE \& BFA \& TO \Rightarrow OR$)
- 3 ($BFE \& \neg BFA \& TO \Rightarrow OR$) = 4 ($\neg BFE \& \neg BFA \& TO \Rightarrow OR$)
- 5 ($BFE \& BFA \& \neg TO \Rightarrow OR$) = 6 ($\neg BFE \& BFA \& \neg TO \Rightarrow OR$)
- 7 ($BFE \& \neg BFA \& \neg TO \Rightarrow OR$) = 8 ($\neg BFE \& \neg BFA \& \neg TO \Rightarrow OR$)

Verificación de β : $BFA \geq \neg BFA$

- 1 ($BFE \& BFA \& TO \Rightarrow FR$) > 3 ($BFE \& \neg BFA \& TO \Rightarrow OR$)
- 2 ($\neg BFE \& BFA \& TO \Rightarrow OR$) = 4 ($\neg BFE \& \neg BFA \& TO \Rightarrow OR$)
- 5 ($BFE \& BFA \& \neg TO \Rightarrow OR$) = 7 ($BFE \& \neg BFA \& \neg TO \Rightarrow OR$)
- 6 ($\neg BFE \& BFA \& \neg TO \Rightarrow OR$) = 8 ($\neg BFE \& \neg BFA \& \neg TO \Rightarrow OR$)

Verificación de γ : $TO \geq \neg TO$

- 1 ($BFE \& BFA \& TO \Rightarrow FR$) > 5 ($BFE \& BFA \& \neg TO \Rightarrow OR$)
- 2 ($\neg BFE \& BFA \& TO \Rightarrow OR$) = 6 ($\neg BFE \& BFA \& \neg TO \Rightarrow OR$)
- 3 ($BFE \& \neg BFA \& TO \Rightarrow OR$) = 7 ($BFE \& \neg BFA \& \neg TO \Rightarrow OR$)
- 4 ($\neg BFE \& \neg BFA \& TO \Rightarrow OR$) = 8 ($\neg BFE \& \neg BFA \& \neg TO \Rightarrow OR$)

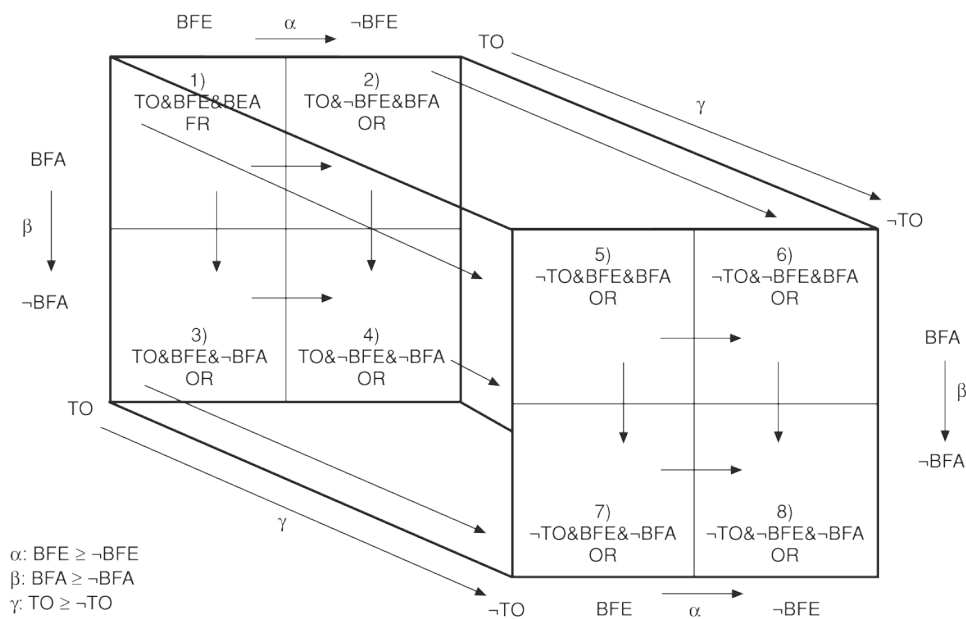
Se ha verificado que los principios implícitos α , β y γ rigen en todos aquellos pares de casos del UC que resultan comparables en función de los mismos. Los tres principios establecen la misma relación: «tener un derecho mejor o igual que», relación que es transitiva y reflexiva. En algunos pares de casos se ha verificado la relación «tener un derecho mejor que» (pares 1/2, 1/3, y 1/5) mientras que en los otros se ha verificado la relación «tener un derecho igual a».

Verificados los principios corresponde construir el diagrama de coherencia.

Al subsumirse en tres principios el sistema normativo es pluralista (KRESS, 1996: 534); su diagrama de coherencia fluye en tres sentidos distintos (de izquierda a derecha — α —, de arriba hacia abajo — β — y de atrás hacia adelante — γ —).

¹⁶ SEN, 1970: 24.

¹⁷ Algo similar sucede con las comparaciones que se realizan en la lógica de preferencias, la cual es una aplicación particular de la lógica de relaciones. «Las relaciones de preferencia o indiferencia son, por tanto, relaciones binarias, porque la preferencia de un individuo sobre un conjunto de alternativas siempre puede descomponerse en juicios de preferencia o indiferencias sobre todos los pares de alternativas que pueden formarse en ese conjunto», ZULETA, 1998: 81.



El diagrama de coherencia determina la posición de coherencia de cada uno de los casos del UC con relación al resto, determinando cuál es el caso «mejor posicionado» (el caso 1) y el «peor posicionado» (el caso 8). El resto de los casos (los «intermedios») se encuentran entre estos casos «extremos».

Si bien no pueden compararse aisladamente todos los casos entre sí, debido a las restricciones de comparabilidad que impone la cláusula *ceteris paribus*, sí pueden compararse muchos pares de casos teniendo en cuenta los tres principios a la vez en función de la transitividad de la relación «tener un derecho mejor o igual que».

Desde el caso 1 hasta el caso 8 todas las comparaciones posibles son las siguientes:

$$- 1 (BFE \& BFA \& TO) \geq 2 (\neg BFE \& BFA \& TO) \quad (\alpha)$$

$$- 2 (\neg BFE \& BFA \& TO) \geq 4 (\neg BFE \& \neg BFA \& TO) \quad (\beta)$$

$$- 4 (\neg BFE \& \neg BFA \& TO) \geq 8 (\neg BFE \& \neg BFA \& \neg TO) \quad (\gamma)$$

$$- 1 (BFE \& BFA \& TO) \geq 8 (\neg BFE \& \neg BFA \& \neg TO) \quad (\alpha, \beta, \gamma) \text{ —por transitividad—}$$

$$- 1 (BFE \& BFA \& TO) \geq 2 (\neg BFE \& BFA \& TO) \quad (\alpha)$$

$$- 2 (\neg BFE \& BFA \& TO) \geq 6 (\neg BFE \& BFA \& \neg TO) \quad (\gamma)$$

$$- 6 (\neg BFE \& BFA \& \neg TO) \geq 8 (\neg BFE \& \neg BFA \& \neg TO) \quad (\beta)$$

$$- 1 (BFE \& BFA \& TO) \geq 8 (\neg BFE \& \neg BFA \& \neg TO) \quad (\alpha, \gamma, \beta) \text{ —por transitividad—}$$

$$- 1 (BFE \& BFA \& TO) \geq 3 (BFE \& \neg BFA \& TO) \quad (\beta)$$

$$- 3 (BFE \& \neg BFA \& TO) \geq 4 (\neg BFE \& \neg BFA \& TO) \quad (\alpha)$$

$$- 4 (\neg BFE \& \neg BFA \& TO) \geq 8 (\neg BFE \& \neg BFA \& \neg TO) \quad (\gamma)$$

$$- 1 (BFE \& BFA \& TO) \geq 8 (\neg BFE \& \neg BFA \& \neg TO) \quad (\beta, \alpha, \gamma) \text{ —por transitividad—}$$

$$- 1 (BFE \& BFA \& TO) \geq 3 (BFE \& \neg BFA \& TO) \quad (\beta)$$

$$- 3 (BFE \& \neg BFA \& TO) \geq 7 (BFE \& \neg BFA \& \neg TO) \quad (\gamma)$$

$$- 7 (BFE \& \neg BFA \& \neg TO) \geq 8 (\neg BFE \& \neg BFA \& \neg TO) \quad (\alpha)$$

$$- 1 (BFE \& BFA \& TO) \geq 8 (\neg BFE \& \neg BFA \& \neg TO) \quad (\beta, \gamma, \alpha) \text{ —por transitividad—}$$

$$- 1 (BFE \& BFA \& TO) \geq 5 (BFE \& BFA \& \neg TO) \quad (\gamma)$$

$$- 5 (BFE \& BFA \& \neg TO) \geq 6 (\neg BFE \& BFA \& \neg TO) \quad (\alpha)$$

$$- 6 (\neg BFE \& BFA \& \neg TO) \geq 8 (\neg BFE \& \neg BFA \& \neg TO) \quad (\beta)$$

$$- 1 (BFE \& BFA \& TO) \geq 8 (\neg BFE \& \neg BFA \& \neg TO) \quad (\gamma, \alpha, \beta) \text{ —por transitividad—}$$

$$- 1 (BFE \& BFA \& TO) \geq 5 (BFE \& BFA \& \neg TO) \quad (\gamma)$$

$$- 5 (BFE \& BFA \& \neg TO) \geq 7 (BFE \& \neg BFA \& \neg TO) \quad (\beta)$$

$$- 7 (BFE \& \neg BFA \& \neg TO) \geq 8 (\neg BFE \& \neg BFA \& \neg TO) \quad (\alpha)$$

$$- 1 (BFE \& BFA \& TO) \geq 8 (\neg BFE \& \neg BFA \& \neg TO) \quad (\gamma, \beta, \alpha) \text{ —por transitividad—}$$

Se verifica que tanto el «caso mejor posicionado» (1) como el «caso peor posicionado» (8) son comparables con todos los casos del UC. Esta situación de comparabilidad total de los casos «extremos» se presenta en todos los sistemas normativos coherentes, sean monistas o pluralistas¹⁸.

A diferencia de los sistemas monistas, en los sistemas pluralistas no todos los casos intermedios son comparables entre sí (no puede garantizarse que para todo par de casos intermedios pueda establecerse una relación de coherencia). En este sistema no son comparables entre sí los siguientes casos: 2/3, 2/5, 2/7, 3/5, 3/6, 4/5, 4/6, 4/7 y 6/7.

Con relación a los sistemas coherentes pluralistas, puede concluirse lo siguiente:

- a) Cada caso del UC es comprable con al menos otro caso del UC.
- b) Los casos «extremos» son comparables con todos los casos del UC.
- c) No todos los casos «intermedios» son comparables entre sí; siempre existe al menos un par de casos «intermedios» incomparables entre sí.

En razón que los principios implícitos se verifican en los ocho casos del Universo de Casos, en términos inductivos su grado probabilístico es 100 por 100 ($8/8 = 1$)¹⁹.

¹⁸ La diferencia entre sistemas de coherencia monistas y pluralistas fue acuñada por KRESS, 1996. Según este autor los sistemas monistas coherentes se subsumen en un único principio; los pluralistas, en varios. En ALONSO, 2006: 189 y ss., y 199 y ss., analicé el sistema de la progresividad impositiva como ejemplo de sistema monista.

¹⁹ Podría objetarse mi afirmación de que «los principios (α , β y γ) poseen un grado probabilístico del 100 por 100», ya que la mención a «grado probabilístico» sería más adecuada en el marco de un proceso inductivo en el que se afirma que una ley científica (física, *v. gr.*) ha sido verificada empíricamente en todos los casos indi-

3. LA PRIMERA FUNCIÓN NORMATIVA DE LA COHERENCIA: RESOLUCIÓN DE LAGUNAS

3.1. Un sistema imaginario. Las disposiciones, las normas y la matriz

Variaré el conjunto de normas de FREITAS, manteniendo el mismo Universo del Discurso (UD)²⁰ y el mismo Universo de Casos (UC). Las disposiciones, las normas y la matriz de este sistema son las siguientes:

N1: No procede la reivindicación, contra el poseedor de buena fe que la hubo por título oneroso de enajenante de buena fe.

N2: Es obligatorio restituir el inmueble cuando el poseedor adquirió de mala fe de enajenante de buena fe.

N3: Es obligatorio restituir el inmueble cuando la cosa se obtuvo por título gratuito.

N1: BFE & BFA & TO \Rightarrow FR

N2: BFE & \neg BFA \Rightarrow OR

N3: \neg TO \Rightarrow OR

	BFE	BFA	TO	N1	N2	N3
1	+	+	+	FR		
2	-	+	+			
3	+	-	+		OR	
4	-	-	+			
5	+	+	-			OR
6	-	+	-			OR
7	+	-	-		OR	OR
8	-	-	-			OR

Como señalé, se trata del mismo UD y del mismo UC; esto último debido a que las normas de este sistema imaginario consideran las mismas propiedades relevantes (BFE, BFA y TO) que el sistema de FREITAS. Sin embargo, el US posee grandes diferencias. Mientras que el sistema de FREITAS era completo éste no lo es, ya que los casos 2 y 4 carecen de solución normativa, configurándose dos lagunas normativas.

3.2. Los principios implícitos y el diagrama de coherencia

Para solucionar las lagunas normativas intentaré verificar si las normas de este sistema incompleto se subsumen en los principios implícitos (α , β y γ) que se utilizaron

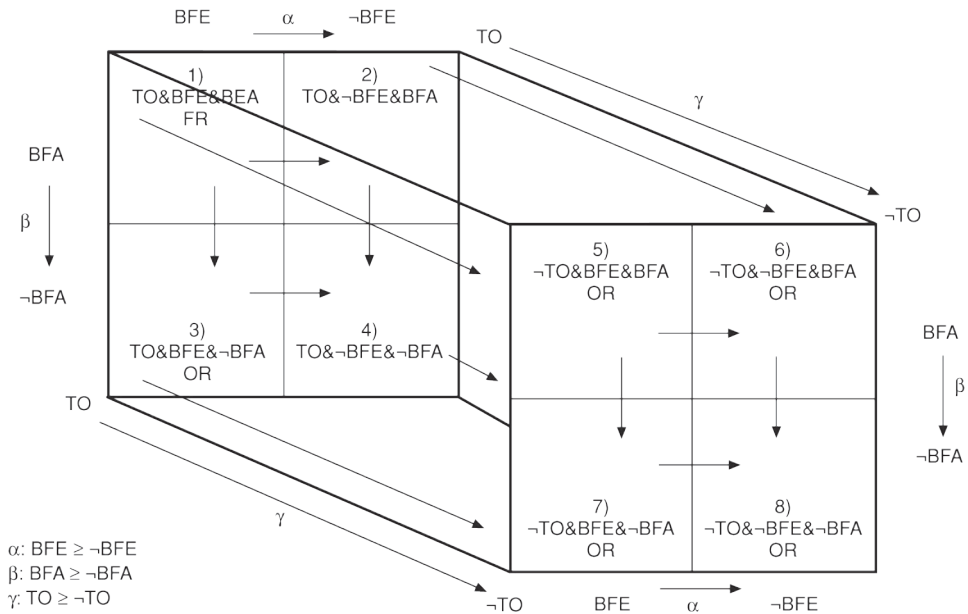
viduales posibles. Por ello, podría reemplazarse «grado probabilístico» por «grado de confirmación», «grado de coherencia» o alguna expresión análoga (*vid.* nota 4).

²⁰ La noción de Universo del Discurso (UD) está explicada en ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1971: 32 y ss.

para determinar la coherencia del sistema de FREITAS. Si la respuesta es afirmativa, tales principios implícitos podrían utilizarse para resolver los casos con lagunas normativas.

Ahora bien, si ese procedimiento es exitoso, las soluciones normativas emergentes no pertenecerán al sistema normativo (al menos en virtud de los clásicos criterios de pertenencia, el de deducibilidad y el de legalidad)²¹, pero las mismas podrán considerarse «coherentes con los principios α , β y γ », principios implícitos que «explican» las relaciones de coherencia del sistema en cuestión. Por el contrario, si las normas del sistema no se subsumen en α , β y γ , entonces habrá que recurrir a otros principios diferentes; u otras técnicas argumentativas.

Los principios implícitos y el diagrama de coherencia son los siguientes:



Como se advierte, las normas de este sistema se subsumen en los principios α , β y γ , no obstante las lagunas en los casos 2 y 4. La verificación de esta subsunción coherente se puede efectuar debido al carácter transitivo de la relación «tener un derecho mejor o igual» establecida por los principios α , β y γ .

Las comparaciones efectuadas anteriormente (*supra* 2.2) se aplican sin mayores inconvenientes a este sistema normativo; desde el caso «mejor posicionado» (caso 1) hasta el caso «peor posicionado» (caso 8), pueden efectuarse tales comparaciones, substrayendo los casos sin soluciones.

²¹ Vid. CARACCIOLLO, 1988: 57 y ss.

Por ejemplo, el caso 1 tiene un derecho mejor o igual que el 2 (1/2 por α), pero como este carece de solución, debe verificarse si los casos que están peor o igual que el caso 2 están, también, peor o igual que el caso 1. Y ello se verifica respecto del caso 6 (1/2 por α , 2/6 por γ) que tiene un derecho peor que el caso 1, y se verifica respecto del caso 8 (1/2 por α , 2/6 por γ , 6/8 por β) que tiene un derecho peor que el caso 1.

Lo mismo sucede respecto del caso 4 (1/3 por β , 3/4 por α , 4/8 por γ).

Dada la existencia de dos lagunas normativas, los principios α , β y γ no se verifican en todos los casos del Universo de Casos, sino en seis de los ocho. Por ello el grado probabilístico de los principios α , β y γ en este sistema es 75 por 100 ($6/8 = 0,75$)²².

No existe otro conjunto de principios que explique la coherencia del sistema con un grado probabilístico mayor o igual que el conjunto propuesto (α , β y γ). Por ello, tales principios pueden usarse como premisas de razonamientos para solucionar los casos no solucionados (los casos 2 y 4).

3.3. La solución para el caso 4

Las dos soluciones posibles del US del sistema normativo son OR (es obligatorio restituir el inmueble) y FR (es facultativo restituir el inmueble). Resolver la laguna del caso 4 supone determinar cuál de estas dos soluciones es la más coherente con el sistema normativo, sobre la base de los principios implícitos inducidos/verificados al 75 por 100 (α , β y γ).

De la posición del caso 4 en el diagrama de coherencia puede afirmarse que ese caso 4 no puede tener un derecho peor que el caso 8) (puede tener un derecho mejor o igual, por γ); a su vez, el caso 4 no puede tener un derecho mejor que el caso 3 (puede tener un derecho igual o peor, por α).

El primer argumento es el siguiente:

- 1) caso 8: $\neg\text{BFE} \ \& \ \neg\text{BFA} \ \& \ \neg\text{TO} \Rightarrow \text{OR}$ (caso 8, Cn SN)
- 2) caso 4 ($\neg\text{BFE} \ \& \ \neg\text{BFA} \ \& \ \text{TO}$) \geq caso 8 ($\neg\text{BFE} \ \& \ \neg\text{BFA} \ \& \ \neg\text{TO}$) (γ : $\text{TO} \geq \neg\text{TO}$)

(0,75)
- 3) caso 4: $\neg\text{BFE} \ \& \ \neg\text{BFA} \ \& \ \text{TO} \Rightarrow \text{FR} \vee \text{OR}$ (1,2)

La premisa 1 es el caso 8 con la solución atribuida por el sistema normativo; es una consecuencia del sistema; a él pertenece por el criterio de deducibilidad²³.

La premisa 2 es el principio implícito γ , que indica que quien adquirió el inmueble a título oneroso debe tener un derecho mejor o igual (no debe ser peor) que quien adquirió a título gratuito, siempre y cuando el resto de las circunstancias se mantengan constantes (*ceteris paribus*). Como se vio, este principio tiene un grado probabilístico

²² POPPER critica el carácter probabilístico de la inducción en las ciencias naturales, debido a que la probabilidad de verdad de una generalización (su grado probabilístico) es el cociente entre el número finito de casos observados y el número infinito de los casos a los que se pretende aplicar la generalización; cociente que resulta cero. Entiendo que tal objeción no es trasladable a aquellos análisis en que los casos a los que se pretende aplicar la generalización son finitos (POPPER, 1959 y 1982).

²³ Sobre el criterio de deducibilidad, *vid.* CARACCILOLO, 1988: 57 y ss.

del 75 por 100 *ergo* no se deduce del sistema; pero aunque sólo se induzca incompletamente, cabe hacer uso de ese principio toda vez que es la mejor hipótesis de coherencia (junto con α y β).

La conclusión 3 indica que el caso 4 (sin solución normativa en el sistema) puede tener tanto la solución FR como la solución OR.

En términos generales, lo que señala el argumento es que como el caso 4 puede tener un derecho mejor o igual que el caso 8 (por γ), y como el caso 8 tiene la solución OR, entonces el caso 4 puede tener tanto la solución FR como la solución OR.

El segundo argumento es el siguiente:

- | | |
|--|-------------------------------|
| 1) caso 3: $BFE \ \& \ \neg BFA \ \& \ TO \Rightarrow OR$ | (caso 3, Cn SN) |
| 2) caso 3 ($BFE \ \& \ \neg BFA \ \& \ TO$) \geq caso 4 ($\neg BFE \ \& \ \neg BFA \ \& \ TO$) | $(\alpha: BFE \geq \neg BFE)$ |
| 3) caso 4: $\neg BFE \ \& \ \neg BFA \ TO \Rightarrow OR$ | |
| | (0,75) (1,2) |

La premisa 1 es el caso 3 con la solución normativa atribuida por el sistema; es una consecuencia del sistema; a él pertenece por el criterio de deducibilidad.

La premisa 2 es el principio implícito α , que indica que quien adquirió de enajenante de buena fe debe tener un derecho mejor o igual (no debe ser peor) que quien adquirió de enajenante de mala fe, siempre que el resto de las circunstancias se mantengan constantes (*ceteris paribus*). Este principio tiene un grado probabilístico del 75 por 100; no se deduce del sistema sino que se induce incompletamente.

La conclusión 3 indica que el caso 4 (sin solución normativa en el sistema) puede tener la solución OR. Del razonamiento surge que el caso 4 no puede tener la solución FR porque se le atribuiría al caso 4 un derecho mejor que 3; situación vedada por el principio implícito α .

En términos generales, lo que señala el argumento es que como el caso 4 no puede tener un derecho mejor que el caso 3 (por α), y como el caso 3 tiene la solución OR, entonces el caso 4 solo puede tener la solución OR, que no es mejor sino igual que la del caso 3.

De los dos argumentos se concluye que la solución OR para el caso 4 es la única solución coherente con los principios inducidos de este sistema.

Debe notarse que los principios implícitos inducidos cumplen una función importante para completar la laguna normativa del caso 4: puntualmente, permiten abastecer una de las premisas del argumento analógico (la premisa 2) para atribuir una solución normativa al caso no resuelto.

3.4. La solución para el caso 2

De la posición del caso 2 en el diagrama de coherencia puede afirmarse que ese caso 2 puede tener un derecho igual o peor que el caso 1) (por α); a su vez puede tener un derecho mejor o igual que el caso 6 (por γ) y que el caso 4 (por β).

El primer argumento es el siguiente:

- | | |
|---|-------------------------------------|
| 1) caso 1: BFE & BFA & TO \Rightarrow FR | (caso 1, Cn SN) |
| 2) caso 1 (BFE & BFA & TO) \geq caso 2 (\neg BFE & BFA & TO) | (α : BFE \geq \neg BFE) |
| (0,75) | |
| 3) caso 2: \neg BFE & BFA & TO \Rightarrow FR v OR | (1,2) |

La premisa 1 es el caso 1 con la solución normativa atribuida por el sistema; es una consecuencia del sistema; a él pertenece por el criterio de deducibilidad.

La premisa 2 es el principio α , que indica que quien adquirió de enajenante de buena fe debe tener un derecho mejor o igual (no debe ser peor) que quien adquirió de enajenante de mala fe, siempre que el resto de las circunstancias se mantengan constantes (*ceteris paribus*). Este principio α que tiene un grado probabilístico del 75 por 100.

La conclusión 3 indica que el caso 2 (sin solución normativa en el sistema) puede tener tanto la solución OR como la solución FR.

En términos generales, lo que señala el argumento es que como el caso 2 puede tener un derecho peor o igual que el caso 1 (por α), y como el caso 1 tiene la solución FR, entonces el caso 2 puede tener tanto la solución FR (igual que 1) como la solución OR (peor que 1).

El segundo argumento es el siguiente:

- | | |
|--|-----------------------------------|
| 1) caso 6: \neg BFE & BFA & \neg TO \Rightarrow OR | (caso 6, Cn SN) |
| 2) caso 2 (\neg BFE & BFA & TO) \geq caso 6 (\neg BFE & BFA & \neg TO) | (γ : TO \geq \neg TO) |
| (0,75) | |
| 3) caso 2: \neg BFE & BFA & TO \Rightarrow FR v OR | (1,2) |

La premisa 1 es el caso 6 con la solución normativa atribuida por el sistema normativo; es una consecuencia del sistema; a él pertenece por el criterio de deducibilidad.

La premisa 2 es el principio implícito γ , que indica que quien adquirió a título oneroso debe tener un derecho mejor o igual (no debe ser peor) que quien adquirió a título gratuito, siempre y cuando el resto de las circunstancias se mantengan constantes (*ceteris paribus*), principio implícito que ostenta un grado probabilístico del 75 por 100.

La conclusión 3 indica que el caso 2 (sin solución normativa en el sistema) puede tener tanto la solución FR como la solución OR.

En términos generales, lo que señala el argumento es que como el caso 2 puede tener un derecho mejor o igual que el caso 6 (por δ), y como el caso 6 tiene la solución OR, entonces el caso 2 puede tener tanto la solución FR (mejor que 6) como la solución OR (igual que 6).

El tercer argumento consiste en comparar el caso 2 (sin solución en SN) con el caso 4. Como se vio, el caso 4 carece de solución en el sistema normativo, pero de acuerdo a los argumentos del punto anterior (*supra* 3.3) la única solución coherente para 4, sobre la base de los principios implícitos α y γ , es OR. Por tanto efectuaré el tercer argumento atribuyéndole la solución OR al caso 4.

El tercer argumento es el siguiente:

- | | |
|---|--|
| 1) caso 4: $\neg\text{BFE} \ \& \ \neg\text{BFA} \ \& \ \text{TO} \Rightarrow \text{OR}$ | (caso 4, α , γ) |
| 2) caso 2 ($\neg\text{BFE} \ \& \ \text{BFA} \ \& \ \text{TO}$) \geq caso 4 ($\neg\text{BFE} \ \& \ \neg\text{BFA} \ \& \ \text{TO}$) | (β : $\text{BFA} \geq \neg\text{BFA}$) |
| (0,75) | |
| 3) caso 2: $\neg\text{BFE} \ \& \ \text{BFA} \ \& \ \text{TO} \Rightarrow \text{FR} \vee \text{OR}$ | (1,2) |

La premisa 1 es el caso 4 con la solución normativa atribuida en función de los argumentos desarrollados en el punto anterior (*supra* 3.3).

La premisa 2 es el principio implícito β , que indica que quien adquirió de buena fe debe tener un derecho mejor o igual (no debe ser peor) que quien adquirió de mala fe, siempre y cuando el resto de las circunstancias se mantengan constantes (*ceteris paribus*); principio implícito que ostenta un grado probabilístico del 75 por 100.

La conclusión 3 indica que el caso 2 (sin solución normativa en el sistema) puede tener tanto la solución FR como la solución OR.

En términos generales, lo que señala el argumento es que como el caso 2 puede tener un derecho mejor o igual que el caso 4 (por β), y como la única solución coherente para el caso 4 es OR, entonces el caso 2 puede tener tanto la solución FR (mejor que 4) como la solución OR (igual que 4).

Como se advierte, los principios inducidos α , β y γ no permiten resolver la laguna del caso 2, toda vez que sobre la base de los mismos, es posible atribuirle tanto la solución FR como la solución OR.

4. LA SEGUNDA FUNCIÓN NORMATIVA DE LA COHERENCIA: DERROTABILIDAD DE INCOHERENCIAS

4.1. Otro sistema imaginario. Las disposiciones, las normas y la matriz

Variaré, nuevamente, el conjunto de normas de FREITAS, manteniendo el mismo UD y el mismo UC. Las disposiciones, las normas y la matriz son las siguientes:

N1: No procede la reivindicación, contra el poseedor de buena fe que la hubo por título oneroso de enajenante de buena fe.

N2: No procede la reivindicación contra quien adquirió de enajenante de mala fe, si lo hubo por título oneroso.

N3: Procede la reivindicación contra quien adquirió de enajenante de buena a título oneroso, si adquirió el inmueble de mala fe.

N4: Es obligatorio restituir el inmueble cuando se obtuvo por título gratuito.

N1: $\text{BFE} \ \& \ \text{BFA} \ \& \ \text{TO} \Rightarrow \text{FR}$

N2: $\neg\text{BFE} \ \& \ \text{TO} \Rightarrow \text{FR}$

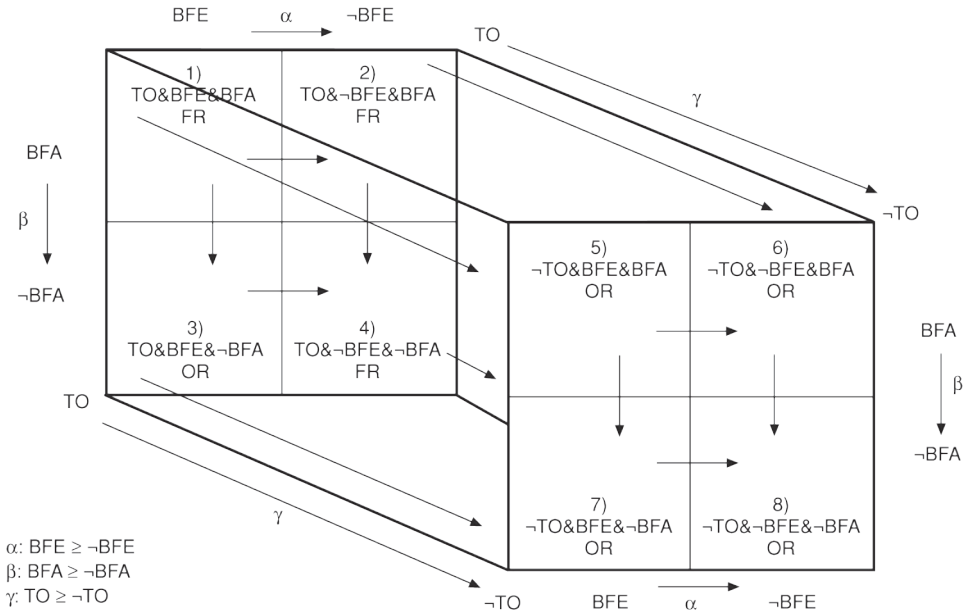
N3: $\text{BFE} \ \& \ \neg\text{BFA} \ \& \ \text{TO} \Rightarrow \text{OR}$

N4: $\neg\text{TO} \Rightarrow \text{OR}$

	BFE	BFA	TO	N1	N2	N3	N4
1	+	+	+	FR			
2	-	+	+		FR		
3	+	-	+			OR	
4	-	-	+		FR		
5	+	+	-				OR
6	-	+	-				OR
7	+	-	-				OR
8	-	-	-				OR

Al igual que en los dos sistemas anteriores estamos frente a un mismo UD y un mismo UC (las propiedades relevantes son las mismas —BFE, BFA y TO—). Sin embargo, y nuevamente, este Universo de Soluciones posee grandes diferencias con los dos anteriores. Al igual que el sistema de FREITAS, este sistema es completo y consistente, pero las soluciones del US pueden ser objeto de objeciones coherentistas. Estas objeciones se visualizan claramente mediante el diagrama de coherencia, emergente de los principios antes inducidos α , β y γ .

4.2. Los principios implícitos y el diagrama de coherencia



Los principios α , β y γ no se verifican a un 100 por 100. Ello debido a las soluciones de los casos 3 y 4. Según α el caso 3 debería tener una solución mejor o igual que el caso 4, pero el caso 4 tiene una solución (FR) que es mejor que la del caso 3 (OR).

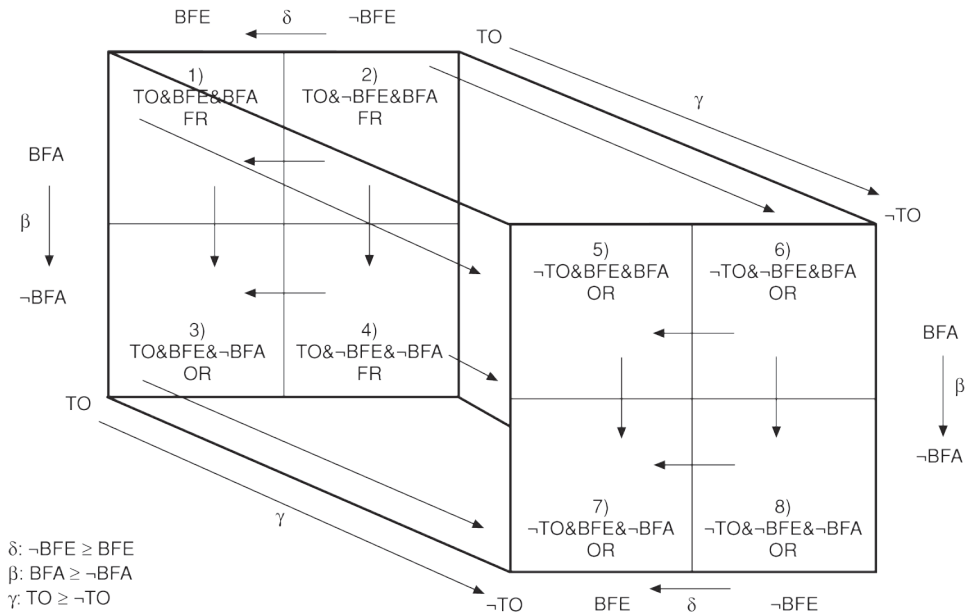
β y γ se verifican de manera completa en el sistema; α , por su parte, se verifica en los pares de casos 1/2, 5/6 y 7/8, pero no respecto del par de casos 3/4.

Ante esta situación, un eventual camino sería buscar un principio que reemplace a α y que, en conjunción con β y γ expliquen mejor la coherencia del sistema. Un principio δ como el siguiente, explicaría mejor la coherencia del sistema:

- δ : Quien adquiere de un enajenante de mala fe tiene mejor o igual derecho que quien adquiere de enajenante de buena fe, siempre y cuando el resto de las circunstancias se mantengan constantes (el adquirente de enajenante de buena fe no puede tener mejor derecho que el adquirente de enajenante de mala fe).

$$\neg BFE \geq BFE$$

El nuevo diagrama de coherencia es el siguiente:



En este nuevo diagrama de coherencia el caso «mejor posicionado» sería el caso 2, y el «peor posicionado» el caso 7.

El nuevo principio δ establece la relación inversa que establecía el anterior principio α . En efecto, mientras α establecía la relación « $BFE \geq \neg BFE$ », el nuevo principio δ establece la relación « $\neg BFE \geq BFE$ », colocando a quien adquiere de enaje-

nante de mala fe en mejor posición normativa que quien adquiere de enajenante de buena fe.

Sin embargo, el sólo hecho de que δ se verifique con más alto grado probabilístico que α no parece ser una razón concluyente para considerar que δ es el que debe regir en la determinación de la coherencia del sistema normativo analizado.

En efecto, podrían articularse varias objeciones a la vigencia de δ en el sistema normativo. Premiar la mala fe por sobre la buena fe no es, por cierto, una situación usual en el derecho privado. Además, δ ($-BFE \geq BFE$) se opone a otro principio del mismo sistema, β ($BFA \geq -BFA$), debido a que δ premia la mala fe por sobre la buena fe mientras que β premia la buena fe por sobre la mala fe. Genera perplejidad el hecho de que un mismo sistema, por un lado premie la buena fe, y por otro lado la castigue.

Una perplejidad similar se presenta en el delito de lesiones del código penal argentino. Las lesiones dolosas leves tienen una pena de un mes a un año de prisión (art. 89), mientras que las lesiones culposas en general (dentro de las que se incluyen las lesiones culposas leves), tienen una pena de un mes a dos años (94). Sostener que las lesiones culposas o los delitos culposos en general deben estar más penados que las lesiones dolosas o los delitos dolosos en general sobre la base de la relación de las penas de los arts. 89 y 94, contradiría con otras muchas comparaciones del código penal argentino según las cuales, en condiciones equivalentes, los delitos dolosos siempre están más penados que los delitos culposos; incluso, muchos de los delitos sólo admiten forma de comisión dolosa, quedando impune la forma culposa.

Parece más correcto describir la situación de la siguiente forma: dado que en el código penal argentino los delitos dolosos siempre están más penados que los culposos, la relación entre las penas de los arts. 89 y 94 es incoherente con respecto al modo en que se regulan los demás casos de relación doloso-culposo.

Con la situación aquí analizada sucede lo mismo: dado que en el derecho civil (argentino, brasilero, etc.) la buena fe se encuentra en mejor situación normativa que la mala fe o, cuanto mucho, sus situaciones normativas son similares; entonces un sistema normativo que, en condiciones equivalentes, premia la mala fe por sobre la buena es un sistema normativo incoherente.

Esta es una de las razones que me llevan a pensar que la abducción, y no la inducción, es la mejor explicación de cómo los juristas obtienen principios implícitos. En la inducción el conjunto de principios con más alto grado probabilístico prevalece por sobre los restantes conjuntos. En la abducción, en cambio, además del dato del grado probabilístico se requiere que el conjunto de principios pueda explicar las razones de por qué se adopta este sistema normativo y no otro. En términos inductivos el conjunto de principios « $\beta\gamma\delta$ » tiene un 100 por 100 de grado probabilístico, ergo, es el conjunto de principios que debe prevalecer. En términos abductivos, en cambio, tal conjunto de principios no es aceptable ya que establecen relaciones de coherencia opuestas entre sí. (β establece la relación $BFA \geq -BFA$, mientras que δ establece la relación inversa « $-BFE \geq BFE$ »).

Por tanto, el conjunto de principios « $\alpha\beta\gamma$ » es el conjunto que mejor explica las relaciones de coherencia de los casos del sistema normativo. Tal conjunto no se verifica al 100 por 100 dado que no se verifica en el par de casos 3/4.

En efecto, cada principio regula cuatro pares de casos. El principio β regula (satisfactoriamente) los pares 1/3, 2/4, 5/7 y 6/8. El principio δ regula (satisfactoriamente) los pares 1/5, 2/6, 3/7 y 4/8. Por su parte, el principio α regula los casos 1/2, 3/4, 5/6 y 7/8, regulando satisfactoriamente los pares 1/2, 5/6 y 7/8; pero tal regulación satisfactoria no se verifica en el par de casos 3/4.

Con relación a este par de casos 3/4, debe notarse que es problema no es la solución aislada del caso 3 o la del caso 4, ya que 3 podría tener la solución que tiene (OR) siempre y cuando 4 tuviese esa misma solución; complementariamente, 4 podría tener la solución que tiene (FR) siempre y cuando 3 tuviese esa misma solución. Está claro entonces que el problema no son las soluciones aisladas de 3 o 4 sino la combinación de la solución OR para el caso 3 con la solución FR para el caso 4.

Entonces, o sólo una de ambas soluciones es incorrecta, aunque no sabemos (no podemos determinar) cuál es la incorrecta; o ambas soluciones son incorrectas. Dado que respecto de los demás pares de casos se verifican α , β y δ cabe afirmar que tales principios ostentan un grado probabilístico entre el 87,5 por 100 (7/8, en la hipótesis de que sólo una de esas soluciones sea incorrecta) y el 75 por 100 (6/8, en la hipótesis de que ambas soluciones sean incorrectas).

De lo expuesto cabe afirmar que el sistema normativo es completo, consistente pero incoherente con relación a los principios α , β y δ . La incoherencia se presenta en el par de casos 3/4, con relación al principio α .

4.3. Las respuestas coherentes posibles para los casos 3 y 4

Dada la incoherencia detectada podría intentarse «corregir» el sistema, esto es, tornarlo coherente. Existen tres alternativas para tornar coherente al sistema:

- a) corregir sólo el caso 3, asignándole FR en vez de OR,
- b) corregir sólo el caso 4, asignándole OR en vez de FR, o
- c) corregir ambos casos: se le asigna FR al caso 3 (en lugar de OR) y se le asigna OR al caso 4 (en lugar de FR).

Las dos primeras alternativas parecen *prima facie* preferibles a la tercera, toda vez que las dos primeras provocan una menor modificación en el sistema normativo original, al ajustar sólo una solución normativa del US. La tercera alternativa provoca una modificación mayor, al ajustar dos soluciones normativas del US. Sin embargo, la preferencia de ajustar la menor cantidad de soluciones podría ser derrotada en función de otras consideraciones, que se analizarán más adelante²⁴.

²⁴ En ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1981: 139, se estipulan las condiciones de adecuación para las operaciones de substracción en los procesos de derogación de normas. Una de esas condiciones es que «el conjunto de los elementos que se substraen del sistema debe ser *mínimo*, esto es, solo aquellas proposiciones deben ser restadas (del sistema), cuya eliminación es estrictamente necesaria para satisfacer la condición (i)», condición que exige que «ninguna proposición o conjunto rechazados puede permanecer en el sistema». Entiendo que estas consideraciones de ALCHOURRÓN y BULYGIN son trasladables a lo aquí analizado, en el sentido de que en el proceso de tornar coherente un sistema incoherente, son preferibles aquellas operaciones que realizan la menor cantidad de cambios en el sistema normativo a corregir.

4.3.1. Primera alternativa: corregir el caso 3

Asignándole al caso 3 la solución FR en lugar de OR, el sistema se torna coherente, ya que el par de casos 3/4 pasa a respetar la coherencia exigida por α . En efecto, α exige que 3 tenga un derecho mejor o igual que 4, y en el sistema original 3 tenía un derecho (OR) peor que el derecho de 4 (FR), situación incoherente con las exigencias de α . El argumento es el siguiente:

- 1) caso 4: $\neg BFE \ \& \ \neg BFA \ \& \ TO \Rightarrow FR$ (caso 4, Cn SN)
 - 2) caso 3 $(BFE \ \& \ \neg BFA \ \& \ TO) \geq$ caso 4 $(\neg BFE \ \& \ \neg BFA \ \& \ TO)$ (α : $BFE \geq \neg BFE$)
-
- 3) caso 3: $BFE \ \& \ \neg BFA \ TO \Rightarrow FR$ (1,2) (0,875)

El argumento pretende responder a la pregunta acerca de cuál es la solución más coherente según α para el caso 3 tomando como referencia la solución atribuida al caso 4. La premisa 1 es el caso 4 con su solución (FR), la premisa 2 es el principio inducido α ($BFE \geq \neg BFE$) y la conclusión señala que sobre la base de las premisas 1 y 2 la solución para el caso 3 debe ser FR. Con este ajuste, la matriz es la siguiente:

	<i>BFE</i>	<i>BFA</i>	<i>TO</i>	<i>N1</i>	<i>N2</i>	<i>N3</i>	<i>N4</i>
1	+	+	+	FR			
2	-	+	+		FR		
3	+	-	+			OR FR	
4	-	-	+		FR		
5	+	+	-				OR
6	-	+	-				OR
7	+	-	-				OR
8	-	-	-				OR

Este ajuste acarrea una peculiar consecuencia: las propiedades BFE y BFA se tornan irrelevantes, toda vez que su presencia o ausencia en nada inciden en la caracterización deóntica de la acción R (restituir el inmueble), única acción del UA. Según ALCHOURRÓN y BULYGIN una propiedad es relevante cuando su presencia en un caso genérico conlleva un diferente estatus normativo de la acción del UA con relación al caso complementario (en donde la propiedad está ausente). Una propiedad es irrelevante cuando su presencia (o su ausencia) en un caso genérico no afectan al estatus normativo de la acción del UA.

La propiedad *p* es *relevante en el caso* C_i de un UC_j en relación a un sistema normativo α y a un $UC_k = Df.$ el caso C_i y su caso complementario con respecto a p en UC_j tienen diferente status normativo en α y el UAK .

Decir que dos casos tienen diferente *status* normativo en relación a un sistema normativo α y a un UAk significa que hay un elemento (una solución) del USmin correspondiente al UAk que está correlacionado con α con uno de los casos y no con el otro.

La propiedad *p* es *irrelevante en el caso* C_i de un UCj en relación a un sistema normativo α y a un UAk = Df. *p* no es relevante en C_i , es decir, el caso C_i y su complementario con respecto a *p* en UCj tienen igual *status* normativo en relación a α y el USmin correspondiente a UAk» (*Normative Systems*, ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1971: 152-153).

Por tanto, en virtud del ajuste de coherencia efectuado, la única propiedad relevante es $TO/\neg TO$; consecuentemente, el sistema reformulado es el siguiente:

N1: $TO \Rightarrow FR$

N2: $\neg TO \Rightarrow OR$

	<i>TO</i>	<i>N1</i>	<i>N2</i>
1	+	FR	
2	-		OR

El resultado de esta reformulación es paradójico. Se tornó coherente un sistema incoherente sobre la base de un principio implícito que establece $BFE \geq \neg BFE$ y el resultado es que tales propiedades se transforman en irrelevantes, al igual que las propiedades $BFA/\neg BFA$.

Los ajustes coherentistas pueden realizarse tanto en el Universo de Casos (UC) como en el Universo de Soluciones (US). Un ejemplo de ajuste en el UC lo analiza MORESO con relación a la Ley de Arrendamientos Urbanos, que en su art. 58.1 sólo otorga el derecho a la subrogación del contrato al cónyuge superviviente, más no le otorga tal derecho al superviviente de una unión de hecho. Analizando una sentencia del Tribunal Constitucional Español que declaró la inconstitucionalidad de tal distinción, MORESO señala que el problema no estriba en el US, dado que no hay una exigencia constitucional relativa a que todo superviviente tenga derecho a subrogar un contrato de arrendamiento urbano; lo que es constitucionalmente inadmisibles es asignar tal derecho al superviviente de un matrimonio legal y no al superviviente de una unión de hecho²⁵.

En el caso analizado por MORESO, el cuestionamiento de coherencia se dirige directamente a una distinción contenida en el UC, distinción que se considera inconstitucional. Sobre esa base el ajuste se dirige directamente a eliminar la distinción y, consecuentemente, a reducir la cantidad de casos relevantes del UC.

Pero esa no es la situación ahora analizada, dado que el juicio de incoherencia nunca estuvo dirigido al modo en que el UC está configurado, sino que se dirigió al US; puntualmente a las soluciones normativas de los casos 3 y 4 del UC, sosteniéndose que la combinación de ambas soluciones (caso 3: OR, caso 4: FR) era incoherente con las exigencias del principio implícito α ($BFE \geq \neg BFE$).

La cuestión es que este primer ajuste de coherencia en el US acarrea una consecuencia indeseada: torna irrelevantes propiedades consideradas relevantes por el legislador positivo; propiedades que no eran pasibles de objeciones coherentistas.

²⁵ MORESO, 1997: 171 y ss.

En tal sentido, este ajuste coherentista podría objetarse debido a que sacrifica propiedades fácticas que el legislador consideró relevantes; es más, en virtud de este ajuste el Universo de Propiedades (UP) relevantes seleccionadas por el legislador positivo se reduce notablemente, ya que se pasa de tres propiedades relevantes a una propiedad relevante, reduciendo consecuentemente la cantidad de casos del UC, que pasa de ocho casos relevantes a dos casos relevantes.

Por tanto, si no hay objeciones de coherencia respecto del UP elegido por el legislador positivo, entonces deberá explorarse algún otro ajuste coherentista que respete las propiedades relevantes originales del UP, esto es, las propiedades BFE/ \neg BFE, BFA/ \neg BFA, y TO/ \neg TO.

4.3.2. Segunda alternativa: corregir el caso 4

En la segunda alternativa de ajuste coherentista se corrige el caso 4, asignándole la solución OR en reemplazo de FR. Este ajuste torna coherente el sistema en cuanto a las exigencias de α , debido a que 4 tendría una solución igual que 3 (y no una solución mejor, como tenía en el sistema original).

El argumento es el siguiente:

- 1) caso 3: $BFE \ \& \ \neg BFA \ \& \ TO \Rightarrow \ OR$ (caso 3, Cn SN)
- 2) caso 3 $(BFE \ \& \ \neg BFA \ \& \ TO) \geq$ caso 4 $(\neg BFE \ \& \ \neg BFA \ \& \ TO)$ (α : $BFE \geq \neg BFE$)

- 3) caso 4: $\neg BFE \ \& \ \neg BFA \ TO \Rightarrow \ OR$ (0,875) (1,2)

El argumento pretende responder a la pregunta acerca de cuál es la solución más coherente según α para el caso 4 tomando como referencia la solución atribuida al caso 3. La premisa 1 es el caso 3 con su solución (OR), la premisa 2 es el principio inducido α ($BFE \geq \neg BFE$) y la conclusión 3 señala que sobre la base de las premisas 1 y 2 la solución para el caso 4 debe ser OR.

Con este ajuste, la matriz es la siguiente:

	BFE	BFA	TO	N1	N2	N3	N4
1	+	+	+	FR			
2	-	+	+		FR		
3	+	-	+			OR	
4	-	-	+		FR OR		
5	+	+	-				OR
6	-	+	-				OR
7	+	-	-				OR
8	-	-	-				OR

Este ajuste acarrea una consecuencia similar al anterior: la propiedad BFE/ \neg BFE se torna irrelevante, toda vez que su presencia o ausencia en nada incide en la caracterización deóntica de la acción R (restituir el inmueble), única acción del UA.

No obstante ello, desde esta perspectiva este ajuste es preferible al anterior, ya que sacrifica sólo una de las propiedades relevantes originales (BFE/ \neg BFE), mientras que el ajuste anterior sacrificaba dos propiedades (BFE/ \neg BFE y BFA/ \neg BFA).

En virtud de este ajuste, las propiedades relevantes que se conservan son TO/ \neg TO y BFA/ \neg BFA; consecuentemente, el sistema reformulado es el siguiente:

- N1: BFA & TO \Rightarrow FR
 N2: \neg BFA & TO \Rightarrow OR
 N3: \neg TO \Rightarrow OR

	BFA	TO	N1	N2	N3
1	+	+	FR		
2	-	+		OR	
3	+	-			OR
4	-	-			OR

Nuevamente estamos frente a una reformulación que tiene como consecuencia la irrelevancia de la propiedad BFE/ \neg BFE. Se tornó coherente un sistema incoherente sobre la base de un principio implícito que establece que BFE \geq \neg BFE y el resultado es que tales propiedades se transforman en irrelevantes.

Este ajuste es susceptible de objeciones similares a las efectuadas al ajuste anterior: sacrifica una propiedad relevante la cual no es objeto de cuestionamiento coherentista alguno. Puede explorarse la tercera alternativa, para verificar si la misma permite mantener la relevancia de todas las propiedades del UP original.

4.3.3. Tercera alternativa: corregir los casos 3 y 4

La última alternativa es corregir ambos casos problemáticos, combinando los dos argumentos de las alternativas primera y segunda.

Según la primera alternativa (*supra* 4.3.1), el caso 3 pasaba de la solución OR a la solución FR.

Según la segunda alternativa (*supra* 4.3.2), el caso 4 pasaba de la solución FR a la solución OR.

Con ambos ajustes, el sistema pasa a ser el siguiente:

	BFE	BFA	TO	N1	N2	N3	N4
1	+	+	+	FR			
2	-	+	+		FR		
3	+	-	+			ØR FR	
4	-	-	+		FR OR		
5	+	+	-				OR
6	-	+	-				OR
7	+	-	-				OR
8	-	-	-				OR

Este ajuste conserva la relevancia de las tres propiedades del UP que eran relevantes en el sistema normativo original y, en ese sentido, configura un ajuste coherentista más admisible que los otros dos, al provocar la menor distorsión posible del sistema normativo original.

Pero desde otra perspectiva, este ajuste coherentista modifica mayor cantidad de soluciones del US que las dos primeras alternativas. En efecto, las dos primeras alternativas modificaban una sola solución normativa del US, mientras que éste ajuste modifica dos soluciones normativas del US.

En definitiva, las mejores alternativas posibles son dos:

a) Segunda alternativa: modificar una sola solución normativa del US y sacrificar una propiedad relevante del UP.

b) Tercera alternativa: modificar dos soluciones normativas del US y conservar las tres propiedades relevantes de UP.

Hemos llegado, creo, a los límites de la coherencia.

4.4. Sobre la competencia del juez para tornar coherente lo incoherente

En la primera función normativa de la coherencia el juez debe modificar el sistema si quiere cumplir con su obligación de dictar sentencia. En efecto, si el juez se enfrenta ante un caso individual que se subsume en un caso genérico relevante del UC que carece de solución (una laguna normativa), el juez debe completar el sistema, asignándole a tal caso una solución²⁶. Se trata de una obligación técnica, en el sentido que sólo modificando el sistema (completándolo) puede cumplir con su obligación de dictar sentencia²⁷.

²⁶ En este trabajo, al analizar la primera función normativa de la coherencia, sólo exploré la hipótesis de lagunas normativas. La necesidad del juez de modificar el sistema se presenta de manera análoga en aquellos casos genéricos del UC correlacionados con soluciones normativas incompatibles (antinomias) y, aunque con ciertas variaciones, en los casos de ambigüedad. Al respecto puede verse ALONSO, 2006: 9 y ss., y 91 y ss.

²⁷ Esta noción de deber técnico ha sido elaborada por ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1971: 217 y ss.

En la segunda función normativa de la coherencia esta obligación técnica no existe, ya que el caso genérico involucrado tiene una solución normativa. Lo que sucede es que tal solución es incoherente con los principios que rigen en el sistema involucrado. Frente a esta situación, ¿puede el juez modificar el sistema, esto es, tornarlo coherente?

No pretendo responder a esta pregunta de manera integral, ya que una tal respuesta sería tan (o más) extensa que el presente trabajo. Me limitaré a esbozar posibles caminos para la misma.

En la hipótesis de un sistema normativo incoherente con un principio explícito (o conjunto de principios) de raigambre constitucional, parece claro el juez puede modificar el sistema, tornándolo coherente, en virtud del criterio *lex superior*. En razón de la jerarquía existente, el sistema de principios constitucionales «derrota» al sistema normativo infraconstitucional²⁸.

Pero la hipótesis analizada en este trabajo es diferente, dado que la incoherencia se presenta entre el sistema normativo y los principios implícitos de él obtenidos. Dado que no puede predicarse una relación de jerarquía entre el conjunto de normas y el conjunto de principios implícitos, la derrotabilidad de las normas en virtud de los principios implícitos no es clara.

Un camino para fundar tal derrotabilidad sería sostener que cuando un sistema normativo se subsume en un conjunto de principios implícitos que establece relaciones de orden, la violación de esas relaciones de orden es, además, una violación a la igualdad ante la ley, principio explícito de raigambre constitucional, positivizado en la mayoría de los sistemas constitucionales contemporáneos²⁹.

En nuestro caso, dado el principio implícito que exige que quien actúa de buena fe no debe estar en peor situación normativa que quien actúa de mala fe (verificado en el sistema específico y en casi todos los institutos de derecho privado), la norma que, en iguales circunstancias, asigna mejor derecho al de mala fe por sobre el de buena fe, configura una incoherencia que puede ser derrotada en virtud del principio constitucional de igualdad ante la ley.

Como señala ALEXY la exigencia constitucional de igualdad no se limita a la igualdad en la aplicación del derecho sino que incluye también la igualdad en la formulación del derecho³⁰.

Ello no significa que cada vez que se registre una incoherencia entre un sistema normativo y sus principios implícitos tal incoherencia deba ser derrotada en virtud del principio constitucional de igualdad.

En derecho penal, por ejemplo, se podría ampliar el alcance una causa de justificación a un caso individual que no se subsuma en la tipificación de la justificación, siempre y cuando se pueda sostener que tal caso individual debería haber sido incluido en función de los principios implícitos que fundamentan la adopción de esa causa de

²⁸ Esta es la tesis de la «Primacía Constitucional», sostenida por MORESO, 1997: 165 y ss.

²⁹ En la Constitución de la República Argentina, el principio de igualdad ante la ley está consagrado en el art. 16.

³⁰ ALEXY, 1993: 387.

justificación. Esta ampliación puede entenderse como la «derrotabilidad» de la restricción de la tipificación en virtud de los principios subyacentes³¹.

En cambio, no se admitiría ampliar el alcance de un tipo penal a un caso individual no cubierto por el tipo, arguyendo que tal caso individual debería estar incluido en ese tipo penal en función de los principios implícitos que fundamentan la adopción de tal tipo penal. Ello porque, en este segundo caso, los principios subyacentes (sostenidos por el principio de igualdad ante la ley) colisionan contra el principio legalidad penal, que prohíbe extender las sanciones penales a casos individuales no comprendidos en la descripción típica. En este sentido, y aunque se considere que la incoherencia es relevante en términos de igualdad ante la ley, ni los principios implícitos, ni el principio de igualdad permiten «derrotar» al sistema de reglas, debido a que, ante la colisión con el principio de legalidad penal, el segundo (el de legalidad penal) prevalece sobre los primeros y, por ello el juez debe aplicar el sistema de reglas aunque éste sea incoherente³².

En definitiva, puede distinguirse entre *a*) la detección de la incoherencia, y *b*) la posibilidad de derrotar al sistema de reglas incoherentes. Que se dé la primera no necesariamente implica que se dé la segunda.

5. CONSIDERACIONES FINALES

5.1. Tres funciones de la coherencia normativa

Tomando como punto de partida la noción de coherencia normativa de MACCORMICK (una peculiar relación entre principios y reglas), he distinguido tres funciones de la coherencia, una descriptiva y dos normativas.

La función descriptiva permite explicar la coherencia de un sistema normativo, explicitando sus principios subyacentes o implícitos. En esta función, se presupone que el sistema normativo es completo (carece de lagunas normativas) y consistente (carece de antinomias). Además, en términos inductivos, el grado probabilístico de los principios determinantes de la coherencia del sistema es 100 por 100³³.

En la primera función normativa de la coherencia, el sistema normativo padece de alguna patología (*v. gr.* lagunas normativas). A través de esta función se pretende corregir el defecto del sistema. Dada la existencia de la patología, no es posible verificar principios implícitos al 100 por 100, ello debido a que en el proceso de verificación ha

³¹ Algunos autores sostienen que las mujeres golpeadas que agreden a sus golpeadores cuando están dormidos (porque no lo pueden hacer cuando están despiertos) deberían considerarse como «legítima defensa» aún cuando no se dé el requisito de inmediatez entre la agresión y la defensa. Por ejemplo, MORESO, 2001: 205-222.

³² En este sentido se expide MORESO, 2001. Sobre este tópico, CARRARA ha dicho que: «Por analogía, la pena no puede extenderse de un caso a otro; pero la excusa sí puede extenderse por analogía, de un caso a otro caso», CARRARA, 1859.

³³ Como señalé (*supra* 4.2), en términos abductivos el hecho de que un conjunto de principios se verifique al 100 por 100 no es concluyente para determinar la coherencia de un sistema. Abductivamente puede afirmarse que la verificación al 100 por 100 es condición necesaria pero no suficiente para la función descriptiva de la coherencia.

de sustraerse el/los caso/s patológico/s, lo que necesariamente supondrá que el grado probabilístico será inferior a 100 por 100.

Como se vio, la posibilidad de resolver casos de lagunas normativas es contingente. El éxito depende de *a*) que sea posible verificar principios y de *b*) que sea posible arribar a una única respuesta correcta en función de los principios verificados y de las normas del sistema. En este trabajo hemos analizado un sistema con dos lagunas normativas, concluyendo que era posible verificar principios al 75 por 100 y que para una de las lagunas (la del caso 4) se podía arribar a una única respuesta correcta (OR) mientras que para la otra laguna (caso 2) no se podía arribar a una única respuesta correcta, dado que en función de los principios verificados al 75 por 100, era plausible tanto la solución normativa «OR» como la solución normativa «FR». En definitiva, la técnica coherentista propuesta no garantiza que puedan resolverse todos los casos genéricos patológicos, y esto puede suceder, al menos, por dos razones: *a*) porque del eventual sistema normativo analizado no pueden verificarse principios implícitos (hipótesis no explorada en este trabajo), y *b*) porque no obstante poder verificarse principios implícitos, de éstos no puede arribarse a una única solución coherente sino a varias soluciones, incompatibles entre sí³⁴.

En la segunda función normativa de la coherencia utilicé, como punto de partida, un sistema completo y consistente (*supra* 4). Sobre la base de los principios α , β y γ [principios usados para la función descriptiva (*supra* 2) y para la primera función normativa (*supra* 3)] se detectó un par de soluciones incoherentes; puntualmente, se señaló que los casos 3 ($BFE \& \neg BFA \& TO \Rightarrow OR$) y 4 ($\neg BFE \& \neg BFA \& TO \Rightarrow FR$) poseían soluciones incompatibles en función del principio verificado α ($BFE \geq \neg BFE$).

Detectada la incoherencia, se exploraron diferentes soluciones, concluyendo que existían dos formas admisibles de corregir la incoherencia: *a*) la segunda alternativa (corregir en caso 4, asignándole «OR» en lugar de «FR») (*supra* 4.3.2), o *b*) la tercera alternativa (corregir el caso 3, asignándole «FR» en lugar de «OR» y corregir el caso 4, asignándole «OR» en lugar de «FR») (*supra* 4.3.3). Se afirmó que no había manera de preferir una alternativa por sobre la otra; por ello —y nuevamente— se dijo el método coherentista propuesto presentaba limitaciones, dado que ambas correcciones, incompatibles entre sí, eran admisibles en términos coherentistas.

El sistema normativo tomado como ejemplo para la segunda función normativa de la coherencia era completo y consistente. Ahora bien, nada obsta a que un sistema normativo incompleto (o inconsistente, o ambos), sea a la vez incoherente. En una tal hipótesis se deberá usar la primera función normativa para resolver los casos de lagunas o antinomias y la segunda función normativa para resolver los casos de incoherencia.

Finalmente, se marcó una diferencia entre la primera y la segunda función normativa. En la primera función, el juez debe modificar el sistema (completar la laguna o remover la antinomia) para cumplir con su obligación de dictar sentencia. Siguiendo a ALCHOURRÓN Y BULYGIN señaló que ese deber es un «deber técnico». En la segunda función normativa ese «deber técnico» no existe, dado que el juez tiene una (y sólo

³⁴ En este trabajo, para el análisis de la primera función normativa de la coherencia, solo se exploró la hipótesis de lagunas normativas. Como señalé (*supra* 4.4) lo concluido respecto de esta hipótesis es extensible a casos de antinomias y a problemas de ambigüedad.

una) solución normativa para el caso traído a su conocimiento; el problema es que dicha solución es incoherente con los principios implícitos del sistema. Señalé que para fundamentar la derrotabilidad de tal solución normativa debía argumentarse del siguiente modo: como tal solución infringe las relaciones determinadas por los principios implícitos, también infringe el principio constitucional explícito de igualdad ante la ley y, debido a la relación de jerarquía entre el principio constitucional de igualdad (ley superior) y el sistema de normas que contiene la solución incoherente (ley inferior), el sistema incoherente puede ser «derrotado» y tornado coherente por el juez.

5.2. Principios implícitos y juspositivismo. La cuestión de la discreción judicial «fuerte»

He intentado presentar una concepción de principios jurídicos implícitos compatible con las tesis juspositivista de las fuentes sociales del derecho. En dicha concepción, los principios se obtienen a partir del material normativo positivo considerado como punto de partida, con utilización de un modelo de verificación basado en herramientas inductivas y abductivas.

El carácter juspositivista del modelo estriba en que el contenido de los principios implícitos viene determinado exclusivamente por el contenido de las normas usadas para obtenerlos. Para la configuración de los principios implícitos no se ha considerado ningún contenido externo al sistema de normas de referencia. Las limitaciones del modelo presentado (en el sentido de que en algunos casos no se puede arribar a una única respuesta correcta) no obstan a que pueda afirmarse que es incorrecto sostener que el juspositivismo es incapaz de dar cuenta del fenómeno de los principios jurídicos implícitos³⁵.

La posibilidad de admitir principios implícitos con arreglo a la tesis juspositivista de las fuentes sociales del derecho puede impactar en el modo en que se concibe la llamada tesis de la «discreción judicial fuerte», usualmente atribuida al juspositivismo. Tal atribución no es injusta si se tienen en cuenta los desarrollos de HART³⁶ y de ALCHOURRÓN y BULYGIN³⁷ sobre el tema.

Cabe preguntarse, sin embargo, si se trata de una tesis necesaria del positivismo jurídico. La respuesta sería (obviamente) afirmativa si se considera que es parte central de la concepción juspositivista justamente la discreción judicial fuerte en los casos difíciles o, incluso, si se considera que la imposibilidad de dar cuenta de principios jurídicos (implícitos, especialmente —ya que los explícitos se pueden identificar mediante su *pedigree*—)³⁸ también es un aspecto central de la concepción juspositivista.

³⁵ Esto es lo que afirma DWORKIN con relación al juspositivismo en general, y a la versión hartiana en particular. «Argumentaré que el positivismo es un modelo de y para un sistema de normas, y sostendré que su idea central de una única fuente de derecho legislativa nos obliga a pasar por alto los importantes papeles de aquellos estándares que no son normas (principios, directrices políticas y otros tipos de pautas no identificables por su origen o *pedigree*)», DWORKIN, 1977: 72.

³⁶ HART, 1961: 155 y ss.

³⁷ ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1971: 214 y ss.

³⁸ No es objeto de este trabajo la problemática de los principios explícitos y el juspositivismo; tal problemática sería objeto de un trabajo adicional, tanto o más extenso que el presente.

Sin embargo, también sería admisible una reconstrucción del juspositivismo en la cual lo central sea, exclusivamente, la tesis de las «fuentes sociales del derecho» según la cual la identificación del derecho depende de hechos sociales; generalmente, actos de promulgación y de derogación de normas. En esta reconstrucción, y en palabras de RÓDENAS, para el juspositivismo «puede identificarse aquello que el derecho es, con completa independencia de los juicios sobre lo que debiera ser, de forma que las consideraciones basadas en juicios de valor no intervienen a la hora de determinar cuál es el derecho de una comunidad»³⁹.

En esta inteligencia, la tesis de la discreción judicial fuerte sería una derivación particular que efectúan HART, ALCHOURRÓN y BULYGIN de la tesis central de las fuentes sociales del derecho junto con sus propios desarrollos metodológicos o teóricos.

Ahora bien, los principios implícitos verificados en los diversos sistemas normativos analizados a lo largo del presente (los principios α , β y γ) han sido obtenidos del material positivo analizado; y aún si se las considera valoraciones (y en algún sentido lo son), no son valoraciones externas a los sistemas normativos en cuestión, sino internas a ellos y —en este último sentido— compatibles con la tesis de las fuentes sociales del derecho.

Concluyo, entonces, que la tesis de la «discreción judicial fuerte» es una tesis no necesaria sino contingente del juspositivismo. De hecho, en el ejemplo analizado en el punto 3, la laguna normativa del caso 4 puede resolverse mediante la utilización de los principios (α , β y γ) verificados con arreglo a la tesis de las fuentes sociales del derecho y, en tal sentido, no puede hablarse de discreción judicial fuerte dado que el sistema normativo le ofrece una guía para resolver ese caso. Contrariamente, la laguna normativa del caso 2 no puede ser resuelta mediante el uso de tales principios y, respecto de ese caso genérico, la tesis de la discreción judicial fuerte tiene plena vigencia, ya que el juez puede elegir tanto la solución FR como la solución OR.

5.3. Cuestiones abiertas

A lo largo del presente trabajo me he referido alternativamente a la inducción y a la abducción (también llamada «inferencia a la mejor explicación») ⁴⁰ como herramientas metodológicas idóneas para la verificación de principios implícitos. Salvo cuestiones de detalle, cualquiera de las dos herramientas puede ser utilizada para fundamentar la verificación de los principios implícitos, al menos en el marco y en el modo en que se ha hecho a lo largo del presente trabajo.

Sin embargo, es probable que en otros contextos jurídicos, la elección de una u otra herramienta conduzca a resultados diferentes.

Queda abierta, entonces, la siguiente pregunta: ¿cuál es la mejor explicación teórica sobre el modo en que los juristas obtienen principios implícitos?, ¿es la inducción?, ¿es la abducción?, ¿o es alguna otra explicación teórica diferente (v.g. el falsacionismo popperiano)?

La elucidación de tal problemática excede, claramente, los límites del presente trabajo.

³⁹ RÓDENAS, 2012: 88.

⁴⁰ LEITER, 2007.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCHOURRÓN, C., y BULYGIN, E., 1971: *Normative Systems*. Las citas se corresponden con la versión castellana de los autores, titulada *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*, Buenos Aires: Astrea, 1975.
- 1981: «La concepción expresiva de las normas», en C. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN, *Análisis lógico y derecho*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, 121-153.
- ALEXY, R., 1986: *Theorie der Grundrechte*. Las citas se corresponden con la traducción al castellano de E. GARZÓN VALDÉS y R. ZIMMERLING, *La Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ALONSO, J., 2006: *Interpretación de las normas y derecho penal*, Buenos Aires: Editores del Puerto.
- BACON, F., 1620: *Novum Organum*. Las citas se corresponden con la traducción al castellano de C. LITRÁN, Barcelona: Editorial de Bolsillo, 1979.
- CARACCIOLLO, R., 1988: *El sistema jurídico. Problemas actuales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- CARRARA, F., 1859: *Programa de derecho criminal. Parte general*. Las citas se corresponden con la traducción al castellano de S. SOLER, E. GAVIER y R. NÚÑEZ, Buenos Aires: Depalma, 1994.
- DWORKIN, R., 1977: «The model of rules (I)», *Taking Rights Seriously*. Las citas se corresponden a la traducción al castellano de M. GUASTAVINO, «El modelo de las normas (I)», *Los derechos en serio*, Barcelona: Ariel, 1984.
- HART, H., 1961: *The Concept of Law*. Las citas se corresponden con la traducción al castellano de G. CARRIÓ, *El concepto de derecho*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1992.
- KRESS, K., 1996: «Coherence», *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Oxford: Blackwell Publishers, 533-552.
- LEITER, B., 2007: *Naturalizing Jurisprudence. Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, Oxford: Oxford University Press.
- MACCORMICK, N., 1978: *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford: Oxford University Press.
- 1984: «Coherence in Legal Justification», *Theory of Legal Science*, Dordrecht: Reidel Publishing, 231-251.
- MORESO, J., 1997: *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- 2001: «Principio de legalidad y causas de justificación (sobre el alcance de la taxatividad)», *La Constitución: modelo para armar*, Madrid: Marcial Pons, 205-222.
- POPPER, K., 1959: *The Logic of Scientific Discovery*, London: Routledge.
- 1982: «Postscript to The Logic Scientific Discovery», *Realism and the Aim of Science*, London: Taylor & Francis.
- RÓDENAS, A., 2012: *Los intersticios del derecho*, Madrid: Marcial Pons.
- SEN, A., 1970: *Collective Choice and Social Welfare*. Las citas se corresponden a la traducción al castellano de F. CASTILLO, titulada *Elección Colectiva y Bienestar Social*, Madrid: Alianza, 1976.
- TUZET, G., 2010: *Dover decidere*, Roma: Carocci editore.
- ZULETA, H., 1998: *Razón y elección*, México: Fontamara.

