

LA DERROTABILIDAD DE LAS NORMAS JURÍDICAS

Jorge Rodríguez*

1 En un reciente y esclarecedor trabajo,¹ el profesor Juan Carlos Bayón ha evaluado una serie de problemas que atañen a la determinación de las condiciones bajo las cuales puede afirmarse que una proposición normativa relativa a un sistema jurídico es verdadera o falsa.

Bayón define allí “proposición normativa” como el “significado de una expresión deóntica usada para enunciar que cierta acción o cierta clase de acciones es obligatoria, o está prohibida o permitida de acuerdo a una norma o conjunto de normas dados”. Y a partir de tal caracterización considera dos argumentos independientes con los cuales se podría poner en tela de juicio la posibilidad de atribuir valores de verdad a las proposiciones normativas en el derecho.

El primero de tales argumentos, al cual Bayón dedica la mayor parte de su escrito, se vincula con el escepticismo semántico y podría ser esquematizado del siguiente modo. Ciertos autores –a los que engloba genéricamente bajo lo que denomina tesis de la indeterminación parcial, partiendo de la base de que los términos de clase poseen un núcleo de significado claro, suponen que para toda norma habría un núcleo de casos claramente gobernados por ella: los casos jurídicamente fáciles, en los cuales es posible identificar y aplicar el derecho sin recurrir a consideraciones valorativas de ninguna clase.

Según esta concepción, el derecho sería sólo parcialmente determinado, dado que habría otros casos, los denominados “casos difíciles”, respecto de los cuales resultaría problemático determinar las condiciones de verdad de la correspondiente proposición normativa, sea porque el caso en cuestión no está comprendido en el núcleo claro de aplicación de una norma sino en su “zona de penumbra”, sea porque

* Universidad de Buenos Aires, Argentina.

¹ Bayón, J., “Proposiciones normativas e indeterminación del derecho”, ponencia presentada en el Congreso de Vaquerías (Córdoba), 1996. Lamentablemente no tuve oportunidad de presenciar la defensa del trabajo por parte del profesor Bayón, pero su sola lectura resultó para mí altamente estimulante. Por otra parte, la generosidad del profesor Eugenio Bulygin me permitió participar en la discusión que este trabajo generó en su Seminario Permanente de Lógica y Teoría del Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Quiero expresar mi agradecimiento a las sugerencias y aportes en la consideración de este tema hechas por el propio Bulygin, así como por Hugo Zuleta, Germán Sucar y Claudina Orunesu, y en general a todo el grupo que se reúne en el seminario aludido.

el sistema se revela inconsistente o contiene una laguna a su respecto.² Pero allí donde el derecho es determinado, “el razonamiento jurídico queda insularizado respecto de consideraciones morales o políticas; y ése es un requisito necesario para poder seguir manteniendo con sentido la distinción entre el derecho que es y el derecho que debería ser” (Bayón; 1996), y consecuentemente, para mantenerse dentro del marco del positivismo jurídico.

No obstante, de conformidad con lo que se acostumbra calificar como tesis de la indeterminación radical, las reglas no pueden controlar en ningún caso las conductas del modo como lo supone la concepción anterior, no por ninguna dificultad específica de este tipo de reglas, sino en virtud de un problema que aqueja al lenguaje en el que todas las reglas se expresan. No habría casos claros de aplicación de una regla, puesto que:

nunca sería posible decir a priori si una regla es o no aplicable a un caso determinado: esto sólo podría decirse una vez que se constatará que su aplicación suscita el acuerdo general, con lo cual la afirmación hecha de antemano de que un caso “está realmente” gobernado por la regla sería el producto de una comprensión defectuosa de la relación entre las pala-bras y sus significados, es decir, de una concepción filosóficamente confusa de las nociones de “significado” y “seguir una regla”. (Bayón; 1996).

Bayón intenta con sus reflexiones demostrar que la objeción que plantea la tesis de la indeterminación radical puede ser superada, pero que sin embargo ello obliga a profundizar el análisis y llegar bastante más lejos de lo que en general parecen estar dispuestos a hacer los partidarios de la tesis de la indeterminación parcial. En mi criterio, el profesor español logra su cometido en este punto de un modo altamente satisfactorio, habida cuenta de lo cual me abstendré de comentarios superfluos.

Pero, como se anticipó, en el final de su trabajo el profesor Bayón deja planteada una segunda estrategia de crítica, a la que identifica como “ar-

² Corresponde aquí hacer notar una diferencia con lo expresado por Bayón: en su opinión, un caso puede ser difícil: a) cuando en relación con un caso genérico el sistema se revelase inconsistente o contuviera una laguna; b) cuando en relación con un caso individual, éste fuera una instancia de un caso genérico difícil o su status deóntico resultara indeterminado por problemas de vaguedad. Aunque es muy adecuada esta diferenciación entre caso individual y caso genérico –nosotros prescindimos de indicarla en el texto simplemente por brevedad–, creemos que resulta exagerado sostener, tal como lo hace Bayón, que en cualquiera de la hipótesis considerada “la solución de los casos difíciles no está determinada por el derecho”. Sólo corresponde afirmar tal cosa en los casos de lagunas o contradicciones, esto es, cuando el caso genérico no es correlacionado con ninguna solución o es correlacionado con dos o más soluciones lógicamente incompatibles, mas no cuando existe incertidumbre acerca de en qué caso genérico –al cual las normas del sistema solucionan unívocamente– subsumir un caso individual en virtud de un problema de vaguedad.

gumento de la derrotabilidad valorativa”, que también podría emplearse para poner en tela de juicio la idea básica de la tesis de la indeterminación parcial. Según ella, la regla de reconocimiento en los estados constitucionales contemporáneos incorpora a los sistemas jurídicos “principios morales básicos”. Aunque esto no sería incompatible con la tesis positivista de la separación entre el derecho y la moral,³ la interacción dentro de tales sistemas de reglas y principios obligaría a replantearse el sentido en el que el derecho es o no determinado:

(...) un principio puede requerir que un caso, comprendido inequívocamente en la zona de clara aplicabilidad de una regla, sea resuelto de un modo diferente al dispuesto por aquella. Los principios pueden justificar excepciones a las reglas: pero entonces, si no es posible determinar de antemano el conjunto preciso de casos gobernados por un principio —porque éste puede concurrir en muchos de esos casos con otros principios, y no contamos con una jerarquización u ordenación estricta de los mismos que defina ex ante su “peso” respectivo—, entonces tampoco podemos determinar de antemano el conjunto preciso de excepciones obligadas a la regla, lo que es tanto como decir que no podemos determinar de antemano en qué casos la regla es aplicable. (Bayón; 1996).

Valiéndose de la terminología de Alchourrón y Bulygin, Bayón afirma que los principios podrían suministrar hipótesis de relevancia que pusieran en cuestión ciertas tesis de relevancia usadas por el legislador al construir el universo de casos de una regla.

Pero en la medida en que los principios son parte del derecho, y no criterios axiológicos externos a él, ello implica que las tesis de relevancia usadas por el legislador son jurídicamente derrotables (defeasible) sobre la base de ciertas consideraciones valorativas (Bayón; 1996).

En consecuencia, también el status deóntico de los casos comprendidos en el núcleo lingüísticamente claro de las reglas del sistema resultaría derrotable “sobre la base de consideraciones valorativas internas al propio sistema jurídico”.

Parece, por tanto, que cuando no exista consenso respecto a qué resulta de esas consideraciones valorativas para un caso dado, los enunciados que se formulen al respecto y que presuntamente expresarían propo-

³ “Mientras quede claro que podría no haberlo hecho, y que, en cualquier caso, es la regla de reconocimiento la que determina qué es derecho y qué no lo es, el incorporacionismo no tiene que verse como algo incompatible con la tesis positivista” (Bayón; 1996).

siciones normativas verdaderas o falsas, en realidad carecerían de valores de verdad. Cuando, por el contrario, sí exista consenso al respecto, es ese con-senso el que opera como condición de verdad última de las proposiciones normativas. La posibilidad de formular genuinas proposiciones normativas llega tan lejos como llegue el consenso acerca de las consideraciones valorativas internas al derecho que pueden hacer derrotable una calificación deóntica prima facie determinada por sus reglas, y no existe más allá de él. (Bayón; 1996).

2. Intentaré en adelante analizar estas ideas, para lo cual resulta preciso en primer término delimitar el alcance de la tesis en controversia. No buscaré con ello tergiversar las palabras del profesor español a fin de idear un adversario a la medida de la crítica, pero tampoco me atormentaré tratando vanamente de determinar cuál sea la versión más fidedigna con su pensamiento. Por eso es que prefiero que se tomen estas líneas como reflexiones relativamente libres a partir de los dichos de Bayón.

Por empezar, me parece que lo importante de este argumento es que, si se toma como base la tesis positivista de la separación entre el derecho y la moral, entonces sorprendentemente podría llegarse a la conclusión, con sólo admitir que un sistema jurídico no sólo está compuesto por reglas sino también por principios, que todas las calificaciones normativas a partir de un sistema tal resultarían derrotables en virtud de consideraciones valorativas.

Sin embargo, esto no parece fácilmente conciliable con el hecho de que Bayón sostenga que en los estados constitucionales contemporáneos, la regla de reconocimiento incorpora “principios morales básicos”. Si tales principios son morales, la conclusión según la cual las calificaciones normativas resultarán derrotables en virtud de consideraciones morales se vuelve obvia. Ahora bien, yo acepto que los sistemas jurídicos contemporáneos incorporen principios cuyo contenido es coincidente con valoraciones morales muy extendidas, pero no creo que por ello corresponda decir que se trata de principios morales.⁴ En la medida de su positivización,

⁴ Moreso, Navarro y Redondo, en réplica a una idea de Nino, afirman con criterio semejante que: “(...) el hecho de que las normas jurídicas funcionen de manera similar a las normas morales en el razonamiento de los sujetos no prueba que no existan diferencias entre ambos tipos de normas. (...) Si se admite que un enunciado funciona como una norma moral porque la aceptación del mismo obedece a razones morales, cabe señalar que no por ello el enunciado se convierte en una norma moral. El carácter del enunciado no debe confundirse con el carácter de las razones en las que se apoya su aceptación.” (Moreso, J., Navarro, P. y Redondo, C., “Argumentación jurídica, lógica y decisión judicial”, en Navarro, P. y Redondo, C., *Normas y actitudes normativas*, México, Fontamara, 1994).

se trata de principios jurídicos. De lo contrario, habría que concluir que, como existe una convicción moral muy extendida acerca de que el homicidio es moralmente incorrecto, las reglas jurídicas que prescriben sanciones a los homicidas en la casi totalidad de los sistemas jurídicos contemporáneos serían en realidad normas morales.

Un segundo problema preliminar tiene que ver con la distinción entre reglas y principios. Podría hacerse una larga lista con los distintos sentidos que pueden atribuirse a la expresión “principios” en el derecho,⁵ así como con los distintos criterios propuestos para diferenciarlos de las reglas.⁶ Sin profundizar sobre la cuestión, diré solamente que, a partir de ciertos pasajes, parecería que Bayón se refiere con la expresión “principios” a lo que Dworkin⁷ calificaría como “directrices políticas” (policies), esto es, pautas que proponen un objetivo que debe ser alcanzado, una mejora en algún rasgo económico, político o social de la comunidad. Con ello parece aproximarse a la postura de Alexy, para quien los principios jurídicos son mandatos de optimización.⁸ Sin embargo, considero que la objeción que postula se vincula más con lo que podríamos calificar siguiendo al propio Dworkin y a Atienza y Ruiz Manero, como “principios en sentido estricto”, esto es, normas que “configuran el caso de un modo abierto”, que se encuentran sujetas a excepciones implícitas (cf. Atienza-Ruiz Manero; 1991).

Para Dworkin, la diferencia entre los principios y las reglas sería de carácter lógico: ambos apuntarían a decisiones particulares referentes a obligaciones jurídicas en determinadas circunstancias, pero diferirían en el carácter de la orientación. En el caso de las reglas, si los hechos que estipula la regla están dados, entonces o bien la regla es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no es válida, y entonces no aporta nada a la decisión. Una regla puede tener excepciones, pero un enunciado preciso de ella tendría en cuenta la excepción y cualquier enunciado que no lo hiciera sería incompleto. Si la lista de excepciones fuera muy grande, sería incómodo repetirlas siempre que se cite la regla. En teoría, sin embargo, no hay para Dworkin razón por la que no se puedan agregar todas, y cuantas más haya, más preciso será el enunciado de la regla.

⁵ Sobre este punto puede consultarse Carrió, G., “Principios jurídicos y positivismo jurídico”, en *Notas sobre derecho y lenguaje*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 3ra. edición, 1986, así como Atienza, M. y Ruiz Manero, J., “Sobre principios y reglas”, en *Doxa* 10, 1991.

⁶ En este sentido, ver 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, pág. 82 y ss.

⁷ Dworkin, R., *Los derechos en serio*, Barcelona, Planeta-Agostini, 1993, título original: *Taking Rights Seriously*, 1977, traducido por M. Guastavino, especialmente capítulo II.

⁸ Alexy, 1986, capítulo III.

Los principios, en cambio, no establecen consecuencias jurídicas que se sigan automáticamente cuando se satisfacen las condiciones previstas. Los casos en los que el principio no se aplica no son para Dworkin en verdad excepciones “porque no podemos esperar que esos ejemplos en contrario queden incluidos en un enunciado más extenso del principio”. Ni siquiera en teoría están sujetos a enumeración, pues habría que incluir no sólo aquellos casos ya previstos por instituciones existentes, sino también los innumerables casos imaginarios en que sabemos por anticipado que el principio no sería válido. Su enumeración podría “agudizar nuestra percepción del peso del principio, pero no proporcionaría un enunciado más completo ni exacto del mismo” (cf. Dworkin; 1977, 76).

Si se identifica a los “principios” con lo que hemos denominado “directrices políticas” más que con los “principios en sentido estricto”, creo que la objeción de Bayón pierde fuerza. De hecho, las autoridades normativas a veces parecen en cierta medida desentenderse de las acciones a emplear como medio para la obtención de cierto estado de cosas finales que se reputa valioso, y a veces parecen desentenderse en cierta medida de los estados de cosas finales a los que se llegue en virtud de las acciones que se reputan debidas. Y digo en ambos casos “en cierta medida” por cuanto, dentro del propio sistema, hay límites tanto para lo uno como para lo otro, límites que son fijados por las restantes normas del sistema. Sin embargo, podría plantearse seriamente que sólo se trata del modo en el que la norma ha sido formulada más que una diferencia real entre dos especies distintas de normas. E incluso habría que considerar seriamente la posibilidad de que toda norma que parece enfocarse hacia la valoración positiva o negativa de cierto estado de cosas sea traducible en otra enfocada hacia la calificación como debida o indebida de cierta conducta y viceversa. Pero aunque esta identificación no se acepte, la objeción de Bayón se dirige a predicar derrotabilidad de todas las normas jurídicas. Y la derrotabilidad tiene que ver con la configuración abierta de los casos, de modo que lo importante es analizar ese problema.

La tesis de la derrotabilidad de todas las normas jurídicas sostenida por Bayón es similar a una idea presentada por Alexy; en su criterio, tanto las reglas como los principios poseen carácter *prima facie*.⁹ Los principios ordenarían que algo debe ser realizado en la mayor medida posible, teniendo en cuenta las posibilidades jurídicas y fácticas. Por lo tanto, no contendrían mandatos definitivos sino sólo *prima facie*. Del hecho de que un principio valga para un caso no se inferiría que lo que el principio exige para ese caso valga como resultado definitivo. Los principios presentarían razones que pueden ser desplazadas por otras ra-

⁹ Cf. Alexy, 1986, págs 98 y ss.

zones opuestas, careciendo de contenido de determinación con respecto a principios contrapuestos y a las posibilidades fácticas. En cambio, como las reglas exigirían que se haga exactamente lo que ellas ordenan, contendrían una determinación en el ámbito de las posibilidades jurídicas y fácticas. Esta determinación podría fracasar por imposibilidades jurídicas y fácticas, lo que podría conducir a su invalidez, pero, si tal no fuese el caso, valdría entonces definitivamente lo que la regla establece.

Lo expresado parecería dar fundamento a la idea de que todos los principios tienen un mismo carácter: se trataría de pautas de conducta que establecen obligaciones derrotables, *prima facie*. Las reglas –todas las reglas–, en cambio, establecerían obligaciones inderrotables y tendrían “un mismo carácter definitivo”. Sin embargo, para Alexy, este modelo resultaría demasiado simple. Sería posible introducir excepciones a una regla al decidir un caso. En tal situación, la regla perdería su carácter definitivo para la decisión del caso. Ahora bien, la introducción de una cláusula de excepción en una regla podría llevarse a cabo, en opinión de Alexy, sobre la base de un principio. Por ello, en contra de lo que piensa Dworkin, las excepciones introducibles en las reglas sobre la base de principios ni siquiera serían teóricamente enumerables.

3. En mi opinión, esta objeción se relaciona directamente con el siguiente problema: Alchourrón y Bulygin, en el modelo de análisis del derecho que proponen en *Normative Systems*,¹⁰ parecen adoptar un presupuesto muy fuerte: todas las condiciones estipuladas por el legislador para el surgimiento de una cierta solución normativa se interpretan como condiciones suficientes. En otras palabras, se asume como un principio de racionalidad en el dictado de normas condicionales:

(Com) $((p \Rightarrow Pq) \vee (p \Rightarrow O\sim q))$

lo cual podría interpretarse en el sentido de que una conducta *q* está permitida bajo toda circunstancia en la que se da *p* o está prohibida bajo toda circunstancia en la que se da *p*. Según esto resultaría irracional, de conformidad con una lógica para normas condicionales, que una autoridad normativa permitiese *q* sólo bajo ciertas circunstancias en las que se da *p*, puesto que entre la permisión de *q* bajo toda circunstancia en la que se da *p* y la prohibición de *q* bajo toda circunstancia en la que se da *p* no mediaría espacio lógico alguno.

Aunque puedan existir razones de peso para aceptar esta suerte de análogo de la completitud para normas condicionales, no parece del todo

¹⁰ 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.

insensato que una autoridad normativa no imponga una prohibición de q bajo toda circunstancia en la que se da p y tampoco permita q bajo toda circunstancia en la que se da p , sino que sólo califique normativamente q en caso de que se dé p bajo ciertas circunstancias.

Un argumento que podría esgrimirse para rechazar (Com) podría ser el siguiente: suponer (Com) implica tomar toda propiedad que no haya sido considerada expresamente como relevante por el legislador como normativamente irrelevante. Pero esto supone asimilar dos situaciones distintas: el caso en que la autoridad normativa ha evaluado una cierta propiedad y se ha decidido por no atribuirle relevancia normativa y el caso en que la autoridad normativa no ha tomado en cuenta la propiedad en cuestión. Dado que existen infinitas propiedades o circunstancias que se podrían tomar en cuenta, la autoridad normativa no puede haberlas considerado todas al momento de dictar normas. Por ello, debería rechazarse la suposición de que toda propiedad no contemplada expresamente como relevante es irrelevante.

Esta observación no se circunscribe al ámbito de los sistemas jurídicos. Por el contrario, pueden rastrearse consideraciones semejantes en otros contextos. Veamos dos ejemplos; en la lógica de las preferencias de von Wright, se asume como un principio el carácter incondicional de las preferencias, esto es, se interpreta que si p es preferida a q , ello ha de entenderse en el sentido de que, dado un tercer estado de cosas r , si r se da, entonces se prefiere p a q , y si r no se da, también se prefiere p a q .¹¹

Sin embargo, von Wright se pregunta si puede decirse realmente que haya preferencias incondicionales. Uno de los fundamentos que podrían alegarse para responder de manera negativa a tal pregunta es el siguiente: los estados de cosas que en cierta ocasión pueden actualizarse son infinitos, o al menos tantos que nadie podría analizarlos a todos. Siendo ello así, no podría asegurarse que una cierta preferencia es incondicional, es decir, que no se modificará cualquiera sea la configuración del mundo. En otros términos: sostener una preferencia de p sobre q con carácter incondicional supone que, considerados todos los restantes estados de cosas posibles, siempre se preferirá p a q , pues la presencia o ausencia de cualquier otro estado de cosas r no es condición de tal preferencia. Pero para ello es menester tomar en consideración a todos los restantes estados de cosas posibles. Ahora bien, si el número de tales estados de cosas es muy elevado –o infinito–, nadie podrá analizar cada uno de ellos para luego sostener que su preferencia de p sobre q no está condicionada por ninguno. En consecuencia, más allá del interés teórico que pueda

¹¹ Von Wright, G., *La lógica de la preferencia*, Buenos Aires, Eudeba, 1967, título original: *The Logic of Preference*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 1963, traducido por R. Vernengo, págs. 36-37.

suponer la categoría conceptual de las preferencias incondicionales, ninguna preferencia real sería incondicional.¹²

Por otra parte, Amartya Sen distingue en el ámbito del discurso moral entre juicios morales básicos y no básicos.¹³ Un juicio moral es básico para una persona si se aplica bajo toda circunstancia concebible, esto es, todas las circunstancias consideradas. Por oposición, un juicio moral sería no básico en la medida en que resulte revisable bajo ciertas circunstancias. Vale aclarar que un juicio moral podría ser condicional y aún así básico, dado que lo que convierte a un juicio moral en no básico no es el hecho de que esté sujeto a excepciones –las cuales podrían formar parte de la formulación de un juicio básico–, sino el que tales excepciones no puedan enumerarse taxativamente.

Toda vez que se supedita a determinadas circunstancias el sostenimiento de juicios morales, afirma Sen, se puede discutir racionalmente con otra persona para tratar de convencerla, mostrándole que los presupuestos fácticos o analíticos sobre los que apoya sus juicios morales son falsos. En cambio, en su opinión, cuando un juicio es básico para una persona, no puede discutírselo racionalmente. Si dos personas difieren en un juicio moral, que ambas interpretan en el mismo sentido, podrán disentir sobre las razones para sostenerlo o no. Si el juicio moral es no básico, de conformidad con esta interpretación, esas razones podrían estar dadas por la duda sobre suposiciones fácticas o analíticas subyacentes ya que aún aceptando la ley de Hume, no puede negarse que una conclusión prescriptiva puede ser derivada de un conjunto de premisas entre las cuales algunas sean fácticas. Si un juicio moral es básico, por el contrario, no existiría procedimiento fáctico o analítico alguno para discutirlo.

Sin embargo, como nadie ha tenido ocasión de considerar todas las circunstancias fácticas concebibles y decidir si en algún caso cambiaría su criterio, no habría modo de saber a ciencia cierta si un juicio es realmente básico para una persona. Por consiguiente, concluye Sen, ningún juicio de valor resultaría demostrablemente básico, por lo cual estarían equivocados quienes sostienen la imposibilidad de argumentar racionalmente sobre juicios de valor más allá de un punto: dado que no habría modo de probar que en una discusión moral se ha llegado a una instancia

¹² Von Wright estima como salida viable la de estipular que la incondicionalidad de las preferencias puede asumirse como relativa a un determinado conjunto de descripciones de estados de cosas genéricos, esto es, lo que en lógica se denomina *universo de discurso* (cf. von Wright; 1963b, 39). Dentro de los límites de un cierto universo de discurso, de un cierto conjunto de alternativas disponibles, sostener una preferencia como incondicional no tendría nada de problemático.

¹³ Sen, A., *Elección colectiva y bienestar social*, Madrid, Alianza, 1976, título original: *Colective Choice and Social Welfare*, San Francisco, Holden-Day, 1970, traducido por F. Elías Castillo, pág. 81.

en la que no se obtendrán respuestas nuevas, sino sólo la repetición del precepto “valora esto porque es valioso”, sería imposible eliminar la posibilidad de una discusión científica fructífera sobre juicios de valor.¹⁴

4. Adentrándome ya en la evaluación de la tesis bajo análisis, me parece importante comenzar por encontrar una respuesta a la siguiente pregunta: ¿qué es lo que se quiere significar cuando se dice que una regla introduce una excepción en lo dispuesto por otra regla? Veamos un ejemplo a partir de las dos siguientes formulaciones normativas:¹⁵

N_1 : “Es obligatorio sancionar a quienes cometen homicidio”.

N_2 : “No se debe sancionar a los menores de edad”.

En principio, parecería que podría representarse el significado de estos enunciados como dos condicionales de la siguiente forma:

$$\begin{aligned} N_1: p &\Rightarrow Oq \\ N_2: r &\Rightarrow P\sim q^{16} \end{aligned}$$

Esto es, si alguien comete homicidio (p), entonces es obligatorio sancionarlo (Oq), y si alguien es menor de edad (r), entonces no es obligatorio sancionarlo ($P\sim q$).¹⁷ Ahora bien, si esta fuese la representación adecuada de los enunciados mencionados, de ellos se derivaría una contradicción para el caso de que se den conjuntamente p y r : sería tanto obligatorio sancionar a un menor de edad homicida como permitido no hacerlo, ya que:

¹⁴ Aunque no concuerdo en absoluto con esta conclusión de Sen, no me detendré aquí en ella.

¹⁵ El análisis del ejemplo es tomado de Alchourrón, C., “Condizionalità e rappresentazione delle norme giuridiche”, en Martino, A. y Socci Natale, F. (Eds.), *Analisi Automatica dei Testi Giuridici*, Milan, Giuffrè Editore, 1988.

¹⁶ Una norma puede ser general en relación a las persons a las que se dirige (todos los argentinos, todos los que han cometido homicidio, etc.); puede también ser general en relación al tiempo (puede referirse a todo tiempo futuro a partir de cierto momento). Pero la dimensión que interesa aquí es la generalidad respecto de las circunstancias. 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; C., “Philosophical Foundations of Deontic Logic and the Logic of Defeasible Conditionals”, en Meyer, J. y Wieringa, R., *Deontic Logic in Computer Science: Normative System Specification*, Wiley & Sons, 1993). Una expresión como “ $p \Rightarrow Oq$ ” debería pues interpretarse como “bajo toda circunstancia en la que se de p , es obligatorio realizar la conducta q ”.

¹⁷ Quizás sería mejor interpretar que es obligatorio no sancionarlo ($O\sim q$). De cualquier modo esto es irrelevante.

- $(p \wedge r) \Rightarrow Oq$ A partir de N_1 , por refuerzo del antecedente:
 $((p \Rightarrow q) \rightarrow ((p \wedge r) \Rightarrow q))$.
- $(p \wedge r) \Rightarrow P\sim q$ A partir de N_2 , por refuerzo del antecedente.
- $(p \wedge r) \Rightarrow (Oq \wedge P\sim q)$ En virtud de que:
 $((p \Rightarrow r) \wedge (q \Rightarrow s)) \rightarrow ((p \wedge q) \Rightarrow (r \wedge s))$.

Claro que ningún jurista aceptaría que este sistema genera contradicciones, sino que consideraría que FN_1 expresa una directiva general de castigar a los homicidas, consagrándose en FN_2 una excepción: los menores de edad, no obstante, no deben ser castigados. En el caso de que un menor cometa homicidio, se interpretaría que prevalece la solución contenida en FN_2 , sin que ello importe conflicto alguno con FN_1 . En otras palabras, se asume que en el sistema existe un criterio jerárquico que acuerda preferencia a la solución normativa consagrada por N_2 sobre aquella que surge de N_1 para el caso de conflicto entre ambas. Por ello, nuestra representación de las reglas del sistema podría reformularse del siguiente modo:

$$N_1: (p \wedge \sim r) \Rightarrow Oq$$

$$N_2: r \Rightarrow P\sim q$$

Es decir, los homicidas que no sean menores de edad deben ser castigados, o lo que es lo mismo, es obligatorio sancionar a cualquiera que cometa homicidio (principio general), salvo que sea menor de edad (excepción). N_1 conjuntamente con N_2 constituyen un sistema coherente, que no genera conflictos, y parece dar cuenta adecuadamente de las intuiciones de los juristas.

En conclusión, digamos por ahora que, para que pueda hablarse de que una regla hace excepción a otra, se requiere: a) que las soluciones normativas de ambas resulten lógicamente incompatibles para cierto caso genérico; b) que se estipule una preferencia de la solución normativa de una de ellas sobre la otra para evitar la contradicción.

5. Como dijimos, puede interpretarse que los principios, a diferencia de las reglas, “configuran el caso de manera abierta”, esto es, se encuentran sujetos a excepciones implícitas. Sin profundizar por ahora en lo que esto último pueda querer significar en el marco de un sistema jurídico, representaremos a los principios utilizando, en reemplazo del condicional generalizado, condicionales derrotables que simbolizaremos como es usual “ $>$ ”. El antecedente en un condicional derrotable “ $p > q$ ” consiste en un enunciado complejo de la forma:

$$(p \wedge \sim(r \vee s \vee \dots)) \Rightarrow q$$

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 la verdad del antecedente del condicional derrotable no es una condición suficiente de la verdad del consecuente, sino solamente una condición contribuyente. El condicional derrotable " $> q$ " significa, pues, que el antecedente p , conjuntamente con el conjunto de ciertos presupuestos a él asociados, es una condición suficiente del consecuente. Por ello, podría definirse al condicional derrotable siguiendo a Aqvist¹⁸ del siguiente modo:

$$(\text{Def. } >) (p > q) = \text{def } (fp \Rightarrow q)$$

en donde f es un operador de revisión, esto es, suponiendo que A_1, \dots, A_n sean los presupuestos asociados con p , fp representará la aserción conjunta de p con todos los A_i para todo $1 \leq i \leq n$ (cf. Alchourrón; 1993).

Los condicionales derrotables no cumplen la ley de refuerzo del antecedente:

$$(p > q) \rightarrow ((p \wedge r) > q)$$

Por otra parte, la necesidad de evitar inferencias de ese tipo obliga además a rechazar a su respecto la ley del modus ponens:

$$((p > q) \wedge p) \rightarrow q$$

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:

$$(p \rightarrow q) \rightarrow ((p \wedge r) \rightarrow q)$$

Llegaríamos por transitividad a que:

$$(p > q) \rightarrow ((p \wedge r) \rightarrow q)$$

esto es, al 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

¹⁸ Aqvist, L., "Modal Logic with Subjunctive Conditionals and Dispositional Predicates", en *Journal of Philosophical Logic* 2, 1973.

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).

6. Consideremos ahora el caso de la introducción de una excepción en una regla en virtud de un principio. A la luz de lo dicho en el apartado 4, para que ello ocurra, será necesario que ambas normas consagren soluciones normativas lógicamente incompatibles. Por ejemplo;

$$N_1: p \Rightarrow Oq$$

$$N_2: r > P\sim q$$

Y a fin de que N_2 —un principio— justifique una excepción en N_1 —una regla—, debería además darse preferencia a la solución normativa consagrada en N_2 sobre la que se deriva de N_1 para el caso de conflicto entre ambas. Pero aquí nos encontramos con una diferencia sustancial con el caso analizado en 4: cuando se trata de dos reglas que correlacionan condiciones lógicamente independientes con soluciones normativas incompatibles (como era el caso de “ $p \Rightarrow Oq$ ” y “ $r \Rightarrow P\sim q$ ”), se presentará una contradicción toda vez que se produzca la ocurrencia conjunta de sus antecedentes. Por el contrario en la situación ahora examinada, si se presentara un caso en el cual se verificaran tanto p como r , de N_1 resultaría derivable “ $(p \wedge r) \Rightarrow Oq$ ” por refuerzo del antecedente, pero de N_2 , y dado que los condicionales derrotables no admiten el refuerzo del antecedente—ya que podría ser que en el caso considerado se haya verificado alguna de las excepciones implícitas a que está sujeto el principio—, no es derivable “ $(p \wedge r) \Rightarrow P\sim q$ ”. De manera que aunque una regla y un principio consagren soluciones normativas lógicamente incompatibles, pueden pese a ello coexistir en un sistema normativo sin entrar en conflicto.

Por cierto que sostener que una regla y un principio no necesariamente entran en conflicto, ya que pueden tener ámbitos de aplicación diferenciados, no significa que no puedan de hecho existir en un sistema normativo ciertos principios que posean un ámbito de aplicación al menos parcialmente coextensivo con ciertas reglas que establezcan soluciones normativas lógicamente incompatibles.¹⁹ Aunque, insisto, esto no necesariamente ocurre en todos los casos, de plantearse una situación semejante podría ser que se diera preferencia a la solución normativa consagrada en el principio. Entonces—sólo entonces— podría sostenerse que el principio introduce una excepción en la regla. Pero la introducción de esta excepción a efectos de salvar el conflicto puede llevarse a cabo de dos modos diferentes:

¹⁹ Siendo ello así, y si se ignora cuál es el ámbito de aplicación de los principios, ¿por qué presumir que un principio dado es parcialmente coextensivo con una regla lógicamente incompatible?

Alternativa 1:

$$N_{1'}: (p \wedge \sim r) \Rightarrow Oq$$

$$N_2: r > P\sim q$$

Alternativa 2:

$$N_{1''}: (p \wedge \sim fr) \Rightarrow Oq$$

$$N_2: r > P\sim q$$

De acuerdo con la primera alternativa, N_1 resultaría reemplazada por $N_{1'}$, la cual dispone que toda vez que se de p y no se de r , resultará obligatorio realizar el acto q . Del sistema así reformulado no sería derivable ya ninguna contradicción, en razón de haberse limitado el ámbito de aplicación de la regla a los casos en que se verifique p pero no r . De conformidad con la segunda alternativa, también se elimina toda posible contradicción, pero la excepción que se introduce en $N_{1'}$ es menos restrictiva; $N_{1''}$ sólo excluye la aplicación de la regla originaria en los casos en que se verifique r conjuntamente con los presupuestos implícitos a ella asociados. En esta segunda alternativa, hemos introducido una excepción a la regla inicial respecto de la cual no sabemos exactamente qué casos comprende, dado que se ignoran cuáles son los presupuestos asociados a r que vuelven derrotable al condicional de N_2 . Por tal motivo, $N_{1''}$ se ha vuelto tan derrotable como N_2 , ya que, por encontrarse la excepción en ella introducida sujeta también a excepciones implícitas, su campo de aplicación ha devenido indeterminado. Claro que esto no ocurre en la alternativa 1, en la cual la excepción introducida tiene carácter cerrado, por lo que $N_{1'}$ resulta tan inderrotable como la regla inicial.

Por consiguiente, parecería que no corresponde concluir que todas las normas jurídicas son derrotables en base al argumento de que, si se admite la coexistencia en un sistema jurídico de reglas y principios, y dado que los principios pueden justificar excepciones a las reglas, estas últimas también resultarían sujetas a excepciones implícitas. En primer lugar porque reglas y principios que estipulen soluciones normativas incompatibles pueden coexistir sin generar conflicto alguno, y en segundo lugar, porque en el hipotético caso de que se presentara un conflicto, éste podría salvarse dando preferencia al principio pero sin que ello importe transformar en derrotable a la regla.

Sin embargo, lo consignado podría controvertirse del siguiente modo: en cuanto a lo primero, en la medida en que un conflicto entre una regla y un principio sea posible, ello bastaría para provocar incertidumbre acerca del campo de aplicación de las reglas que integran un sistema jurídico, si se admite además la pertenencia a tal sistema de ciertos principios. En cuanto a lo segundo, si bien es cierto que a través de cualquiera de las dos alternativas consideradas se evita el surgimiento de contradicciones, la segunda parece más apropiada para la solución del problema que la primera. Tal como lo han señalado Alchourrón y Bulygin en reiteradas

oportunidades,²⁰ una condición de adecuación que parece racional exigir de un acto de derogación es que se elimine del sistema normativo en cuestión el conjunto más reducido de normas que sea suficiente para garantizar que el contenido normativo que pretende derogarse ya no sea derivable en el nuevo sistema. Análogamente, una condición de adecuación que parece sensato exigir a la hora de introducir una excepción en una norma a fin de evitar una contradicción es que se efectúe la mínima limitación a su campo de aplicación que sea suficiente para garantizar la eliminación de la contradicción. Esta condición es satisfecha por la alternativa 2, pero no por la alternativa 1.²¹ Y justamente según la alternativa 2, la regla se vuelve derrotable por la introducción de una excepción a partir de un principio.

En mi opinión no es nada claro cuál de estas dos alternativas ha de ser considerada preferible: introducir una excepción más amplia que lo que la eliminación de la contradicción exige o limitar al mínimo la excepción pero al precio de volver incierto el campo de aplicación de la regla. Sin embargo, me parece que puede responderse a la objeción planteada por Bayón en base a razones independientes de las ideas esbozadas hasta aquí, de conformidad con las cuales ella se revela como trivial o parece presuponer lo que pretende demostrar.

7. El punto clave creo que pasa por dilucidar de dónde proviene el carácter implícito de las excepciones a las que están sujetos los principios. Según el análisis hecho en el apartado 4, para que pueda decirse con sentido que una norma está sujeta a una excepción, es menester que otra norma que estipule una solución normativa lógicamente incompatible con la primera resulte preferida a ella para el caso de conflicto. Si se acepta esta idea, estimo que sólo hay cinco formas a través de las cuales se puede dar sentido a la idea de las “excepciones implícitas” que limitan el campo de aplicación de los principios jurídicos.

a) La primera posibilidad es interpretar que una excepción posee carácter implícito porque la norma que consagra una solución normativa en conflicto con el principio, o el criterio jerárquico en virtud del cual se privilegia a la solución normativa de aquella, se encuentran implícitos en el sistema jurídico de referencia, entendiendo esto en el sentido de que la norma en cuestión o el criterio de preferencia normativa no resultan identificables a partir de su asociación con ciertos hechos sociales, como por ejemplo, actos consistentes en la formulación de ciertos enunciados

²⁰ Véase, por ejemplo, Alchourrón, C. y Bulygin, E., “Sobre el concepto de orden jurídico”, en *Crítica*, Vol. VIII, No. 23, 1976.

²¹ Adviértase que de acuerdo con esta alternativa, los casos en que se verifique p así como r, pero sin los presupuestos a ella asociados, no quedan ahora cubiertos por ninguna de las dos normas, de modo que, si bien se ha suprimido la contradicción, ahora existe una laguna.

por parte de cierta clase de personas de conformidad con determinadas exigencias formales.

Esta interpretación resulta abiertamente contradictoria con la tesis básica del positivismo, cuya aceptación fuera supuesta como hipótesis en el planteamiento del argumento crítico de Bayón. En consecuencia, de acuerdo con esta lectura y tal como lo adelantamos, la tesis de la derrotabilidad de las normas jurídicas se vuelve trivial, ya que estaríamos diciendo simplemente que, si se rechaza el positivismo y se acepta que todo sistema jurídico no sólo está conformado por normas identificables por su origen a partir de una regla de reconocimiento, sino también por otras “normas implícitas”, cuya pertenencia al sistema no puede asociarse con hechos sociales de ninguna especie, entonces el status deóntico de todos los casos resultará en última instancia dependiente de consideraciones morales.

b) Una segunda versión sería ésta: los principios jurídicos se encuentran sujetos a excepciones implícitas en razón de que, aún cuando sus excepciones no resultan estipuladas por el propio sistema jurídico, habría casos en los que los principios no resultarían aplicables por existir razones morales que imponen al caso una solución distinta. Esta interpretación resulta expresamente descartada por Bayón, al afirmar:

Por supuesto, un caso jurídicamente fácil puede ser moralmente difícil: se puede entender que hay razones morales para aplicar al caso una solución distinta de la que el derecho establece. Pero eso es una cosa, y otra muy distinta decir que el derecho no la establece, o no la establece de forma clara. Por lo tanto, habría que mantener bien diferenciadas estas dos cuestiones: por un lado, en qué consiste aplicar la regla; por otro, si moralmente se debe o no aplicar la regla en determinadas circunstancias. (Bayón; 1996).

c) La tercera alternativa consistiría en sostener que la norma que introduce la excepción en el principio, o el criterio de preferencia que posterga la solución normativa en él consagrada, no integran el sistema jurídico al cual pertenece el principio en un cierto tiempo t , pero en cambio sí forman parte del sistema en un tiempo t_{+1} . En otras palabras, aunque la excepción no existe en el sistema jurídico (estadísticamente considerado), puede ser que se incorpore en algún sistema futuro de la sucesión de sistemas que conforman un orden jurídico,²² de ahí su carácter implícito.

Como en el caso a), aquí la tesis de la derrotabilidad de las normas jurídicas consignaría algo obvio: todas las normas jurídicas –no cabría en este sentido establecer diferencia alguna entre reglas y principios– resultarían

²² La distinción entre sistema y orden jurídico puede encontrarse en Alchourrón-Bulygin; 1976.

derrotables en virtud de que nada impide que respecto de cualquiera de ellas, una futura modificación del sistema incorpore una excepción antes no contemplada. Por otra parte, en esa intelección, la tesis no tendría ninguna relación con el problema de la determinación de la verdad de las proposiciones normativas, que es el tema general que le preocupa al profesor Bayón: la afirmación de que p es obligatorio, prohibido o permitido según el derecho vigente en un determinado lugar y en un tiempo t no variará en sus condiciones de verdad por el hecho de que en un tiempo t_{+1} el derecho vigente pueda disponer otra cosa.

d) La cuarta posibilidad merece una atención más cuidadosa. A diferencia del caso anterior, en el cual el carácter implícito de las excepciones resultaba de la ambigüedad entre sistema y orden jurídico, aquí resulta de una ambigüedad distinta: la que media entre una formulación normativa y la norma por ella expresada.

Consideremos de nuevo el ejemplo analizado en 4. Allí se partió de la base de una cierta formulación normativa FN_1 , la cual fue interpretada como expresiva de una regla no sujeta a excepciones: todo el que comete homicidio debe ser sancionado. Sin embargo, al tomar en cuenta una segunda formulación normativa FN_2 , fue necesario revisar la interpretación atribuida a FN_1 , haciendo lugar a la excepción para el caso del menor homicida. ¿Hubo aquí una modificación del sistema? Creo que lo más adecuado sería considerar que en este caso no es que el sistema haya sido modificado: más bien parece que en él siempre existió la excepción en cuestión, de ahí que un jurista no aceptaría que las reglas expresadas por ambas formulaciones normativas den lugar a ninguna contradicción. Lo que ocurre es que, aún cuando el sistema se ha mantenido sin variantes relevantes en lo que a nuestro ejemplo concierne, lo que sí ha sufrido una modificación son mis creencias acerca de qué reglas integran el sistema. A primera vista consideré que la interpretación más adecuada de FN_1 era " $p \Rightarrow Oq$ ", pero a partir de la interpretación de otra formulación normativa del sistema y de los criterios de preferencia entre ambas, mis creencias cambiaron. Ahora creo que FN_1 expresa la norma " $(p \wedge \sim r) \Rightarrow Oq$ ".

En este sentido, decir que una norma se encuentra sujeta a excepciones implícitas significaría en realidad que la interpretación que corresponde atribuir a una cierta formulación podría resultar revisada en virtud de lo que dispongan las restantes normas del sistema. No se trata de un problema que se vincule directamente con las normas sino más bien con las creencias acerca de las normas que conforman un cierto sistema. Desde esta perspectiva tampoco cobraría sentido postular una diferenciación tajante entre dos tipos de normas –las reglas y los principios–, dado que esta incertidumbre podría extenderse en mayor o menor medida a cualquier formulación normativa de un sistema jurídico.

La interpretación preliminar de cualquier formulación normativa podría considerarse derrotable en virtud de consideraciones ulteriores fundadas en la interpretación que quepa atribuir a las restantes formulaciones del sistema. Pero esto no es más que señalar que la interpretación es un proceso que se desenvuelve en el tiempo, en cuyo transcurso podemos adquirir mayor información que obligue a revisar lo hecho hasta entonces, y que no es posible determinar el significado de una formulación normativa tomada en forma aislada, sino que debe atenderse al contexto en el cual ella ha sido formulada.

Por lo demás parecería que esta cuestión está directamente relacionada con el primer problema que evalúa Bayón en su trabajo, y no daría lugar a un argumento independiente. Porque si se acepta la idea positivista de que el derecho en cada momento es el resultado de un conjunto de actos de creación normativa, como ese conjunto es finito, el número de normas que lo integren también lo será, de modo que en la reconstrucción racional de cada norma del sistema, como resultado final del proceso de interpretación, se podrá, al menos desde un punto de vista teórico, especificar todas y cada una de las condiciones suficientes para el surgimiento de las soluciones normativas establecidas. Que en la práctica ello sea muy engorroso, o que ni siquiera resulte necesario llevarlo siempre a cabo, no significa que las “excepciones implícitas” provengan de fantasmagóricas “normas implícitas” o “consideraciones valorativas sub-yacentes”.

e) La última alternativa, que no exploraremos aquí en profundidad sino sólo dejaremos sugerida, no posee en verdad carácter independiente, pero permitiría estudiar de modo más adecuado aquello a lo que se suele hacer referencia con la expresión “principios jurídicos”.

En el análisis de los sistemas contemporáneos no puede soslayarse el hecho de que en ellos existen autoridades normativas de diferentes jerarquías. En general se interpreta que, si una autoridad AN_1 califica normativamente una cierta conducta, ello importa una limitación en la competencia de cualquier autoridad inferior AN_2 para regular esa conducta de modo lógicamente incompatible.²³ Sea ahora una autoridad AN_1 que decide calificar normativamente una conducta, pero al hacerlo aclara de manera explícita que ello no debe ser entendido como una limitación en la competencia de una autoridad normativa inferior AN_2 para consagrar ciertas excepciones en casos específicos, siempre y cuando con la introducción de las excepciones la autoridad inferior no desvirtúe completamente la finalidad perseguida con el dictado de la norma más

²³ Cf. Alchourrón, C. y Bulygin, E., “Permission and Permissive Norms”, en Krawietz, W. et al. (eds.), *Theorie der Normen*, Berlin, Duncker & Humboldt, 1984.

general. Podríamos decir que la norma dictada por AN_1 se encuentra sujeta a excepciones implícitas, en el doble sentido siguiente: por una parte, la formulación normativa dada a conocer por AN_1 deberá interpretarse armónicamente con las formulaciones normativas a través de las cuales AN_2 haya ya introducido excepciones: además, dado que AN_1 le ha reconocido expresamente competencia para ello, puede que en el futuro AN_2 introduzca nuevas excepciones.

Me parece que muchas peculiaridades que revisten los denominados “principios jurídicos” pueden analizarse a partir de esta idea básica, aunque ella no brinde una explicación diversa a la ya consignada en c) y d) sobre el carácter implícito que revistirían las excepciones que circunscriben el ámbito de aplicación de los principios.

A modo de conclusión diré simplemente que por lo expuesto, no veo cómo sería posible derivar la derrotabilidad de todas las normas de un sistema jurídico a partir de la aceptación de que en él interactúan reglas y principios, salvo en alguno de los sentidos triviales que he analizado o presuponiendo el rechazo de la tesis positivista. Asumir que las condiciones establecidas por el legislador para el surgimiento de cierta consecuencia normativa son condiciones suficientes y no meramente contribuyentes parece pues una consecuencia perfectamente sensata para un positivista.