

REVISTA PERUANA DE
DERECHO CONSTITUCIONAL

MIGRACIÓN Y DERECHOS FUNDAMENTALES

CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

Contenido

CARLOS RAMOS NUÑEZ	
<i>Presentación.....</i>	15

Migración y derechos fundamentales

LUIGI FERRAJOLI	
<i>Políticas contra los migrantes y crisis de la civilización jurídica.....</i>	29

FELIPE GONZÁLEZ MORALES	
<i>Los estándares internacionales sobre derechos humanos de la niñez migrante y la opinión consultiva de la Corte Interamericana.....</i>	53

GABRIEL GUALANO DE GODOY	
<i>Comunidade e seus outros - Comunidad y sus otros.....</i>	77

JAVIER DE LUCAS	
<i>Sobre migraciones y Constitución: Extranjeros e inmigrantes en la Constitución española de 1978.....</i>	99

MARÍA CONCEPCIÓN TORRES DÍAZ	
<i>El derecho de asilo en los casos de trata con fines de explotación sexual: análisis jurisprudencial desde una visión sensible al género.....</i>	113

ISABEL BERGANZA SETIÉN	
<i>Las personas venezolanas en Perú: entre la perspectiva de los derechos humanos y la seguridad.....</i>	165

JOSÉ KOECHLIN	
<i>Migración venezolana al Perú.....</i>	189

CARMEN PÉREZ GONZÁLEZ	
<i>Migraciones y Constitución española.....</i>	211

Discurso

GABRIEL GUALANO DE GODOY

<i>Premio Regional de Sentencias sobre Acceso a la Justicia para Personas Migrantes y Refugiadas en las Américas.....</i>	233
---	-----

Entrevista

JAVIER ADRIÁN

<i>Entrevista al profesor Manuel Atienza.....</i>	241
---	-----

Miscelánea

CLAUDIO NASH ROJAS

<i>La violencia sexual contra las mujeres ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El largo camino desde la invisibilización a una protección integral.....</i>	269
--	-----

MARTHA CECILIA PAZ

<i>Propuesta para una nueva jurisprudencia. Colombia frente al caso Artavia.....</i>	305
--	-----

CARMEN MONTESINOS PADILLA

<i>Estabilidad presupuestaria, déficit público y medidas anti crisis. El impacto de la política económica europea en la doctrina del Tribunal Constitucional español en materia de derechos sociales.....</i>	335
---	-----

JOSÉ VÍCTOR GARCÍA YZAGUIRRE

<i>Algunos sentidos de derrotabilidad.....</i>	365
--	-----

LEOPOLDO GAMARRA VÍLCHEZ

<i>Rol del Tribunal Constitucional peruano en materia laboral y previsional.....</i>	393
--	-----

Jurisprudencia comentada

OMAR CAIRO ROLDÁN

<i>La cuestión de confianza y el Tribunal Constitucional. Comentario a la STC 0006-2018-PI/TC.....</i>	421
--	-----

NADIA IRIARTE PAMO

<i>Derechos de los migrantes. Comentario a la STC 02744-2015-PA/TC.....</i>	431
---	-----

MARÍA CANDELARIA QUISPE PONCE	
<i>La violencia contra las mujeres. Un problema de relevancia constitucional.</i>	
<i>Comentario a la STC 05121-2015-PA/TC.....</i>	443

SUSANA TÁVARA ESPINOSA	
<i>El criterio jurisprudencial en materia de intereses moratorios en la</i>	
<i>jurisprudencia del Tribunal Constitucional.</i>	
<i>Comentario a la STC 04532-2013-PA/TC.....</i>	453

Reseñas

NATALINA STAMILE	
<i>La letra de la ley. Historia de las constituciones del Perú.....</i>	461

MARÍA CANDELARIA QUISPE PONCE	
<i>Jurisprudencia relevante del Tribunal de Garantías Constitucionales.....</i>	467

CAMILO SUÁREZ LÓPEZ DE CASTILLA	
<i>El hábeas corpus en la actualidad. Posibilidades y límites.....</i>	473

Algunos sentidos de derrotabilidad

 JOSÉ VÍCTOR GARCÍA YZAGUIRRE*

Sumario

I. Introducción. **II.** Sentidos de la *derrotabilidad*. 2.1. Propuesta de Frederick Schauer. 2.2. Propuesta de Riccardo Guastini. 2.3. Propuesta de Luis Duarte d'Almeida. **III.** Conclusión.

Resumen

Mediante el presente trabajo pretendo reconstruir tres sentidos de la noción de *derrotabilidad*. Trabajo la propuesta de *derrotabilidad* elaborada por Frederick Schauer, Riccardo Guastini y Luis Duarte d'Almeida. El propósito de esta reconstrucción es demostrar que la derrotabilidad es un concepto ambiguo que es empleado para explicar objetos diversos y desde planos diferentes, por lo que debemos, cada vez que prediquemos que una norma es derrotable, precisar el sentido a emplear.

365

Palabras clave

Derrotabilidad, experiencia recalcitrante, disociación, carga de la prueba.

Abstract

Through this work I intend to reconstruct three senses of the notion of *defeasibility*. The *defeasibility* proposal prepared by Frederick Schauer, Riccardo Guastini and Luis Duarte d'Almeida. The purpose of this reconstruction is to show that defeasibility is an ambiguous concept that is used to explain different objects and from different planes, each time we must predict a norm is defeasible, to specify the sense to employ.

* Doctorando de la Universidad Austral de Chile.

Keywords

Defeasibility, recalcitrant experience, dissociation, burden of proof.

I. Introducción

A menudo se suele emplear la noción de *derrotabilidad* en nuestras explicaciones teóricas, siendo un problema identificar exactamente qué es lo que estamos diciendo cuando hablamos de *derrotabilidad*. El objetivo del presente artículo es señalar que *derrotabilidad* es un término ambiguo empleando respecto de objetos diferentes y en planos diferentes.

Para cumplir con nuestro objetivo vamos a dar cuenta de tres sentidos de la *derrotabilidad*: i) la *derrotabilidad* como experiencia recalcitrante; ii) la *derrotabilidad* como una disociación, y iii) La *derrotabilidad* como resultado de distribución de la carga de la prueba. Nuestro propósito, en relación de cada uno de estos sentidos, es reconstructivo y enfocado a demostrar que predicar la *derrotabilidad* de un objeto requiere precisión respecto al sentido empleado.

366

II. Sentidos de la *derrotabilidad*

Para este documento solo daremos cuenta (parcial) de sentidos de *derrotabilidad*: la propuesta de Frederick Schauer, la de Riccardo Guastini y la de Luis Duarte d'Almeida. **Doctorando de la Universidad Austral de Chile.**

2.1. Propuesta de Frederick Schauer

Consideremos por el momento como idea general de la *derrotabilidad* la actividad de los aplicadores del derecho de introducir excepciones no previstas en las normas. Esto implica que el antecedente de las reglas (por lo menos alguna de ellas), está compuesto por una lista de excepciones (propiedades que reducen el ámbito de aplicación de la norma) ilimitada y no determinable de manera previa al caso.

Asumamos la premisa de que los legisladores no son personas omniscientes. Estos tienen un conocimiento limitado del mundo y de lo que puede pasar en él, y a partir de dicho conocimiento toman decisiones sobre cómo regular la conducta de los destinatarios de las normas. Esto

conlleve al problema de si tomaron la mejor decisión y qué hacer con dicha decisión ante situaciones no anticipadas.

Visto ello, puede que existan casos en los cuales si aplicamos la norma tal y como está prevista nos dé resultados *subóptimos*¹. Esto es, veredictos calificados por el intérprete como tontos, injustos, ineficientes o cualquier otro término que empleemos para referir algo que no debería pasar en virtud de un criterio de corrección extrajurídico.

Consideradas estas primeras premisas, veamos qué propone Frederick Schauer. Para dicho autor, el antecedente de la norma es entendido como una generalización construida a partir de un propósito o justificación². De esta forma, la selección de propiedades (entendidas como identificadores de estados de cosas o de acciones) con las que construimos un antecedente de la norma, está determinado por esta justificación (en otros términos, una regla sería una especificación de una justificación).

Este modelo de norma está compuesto en dos niveles: a) nivel prescriptivo o generalización de una justificación que posee una prescripción (norma condicional que contiene una orden o prohibición de realizar una acción); y b) nivel justificativo o de razones que están detrás de las reglas (justificación o propósito de las mismas, en adelante razones subyacentes).

367

Al momento de analizar si una norma es aplicable a un caso individual puede suceder uno de los siguientes escenarios.

1. El caso individual está dentro de los usos lingüísticos de los términos empleados en el nivel prescriptivo y del ámbito de aplicación de las razones subyacentes.
2. El caso individual está dentro de los usos lingüísticos de los términos empleados en el nivel prescriptivo y fuera del ámbito de aplicación de las razones subyacentes.

¹ Frederick SCHAUER, «Is Defeasibility an Essential Property of Law?», en Jordi FERRER y Giovanni Battista RATTI, (eds.), *The logic of legal requirements. Essays on Defeasibility*, Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 79.

² Frederick SCHAUER, *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basadas en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*, Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 76.

3. El caso individual no está dentro de los usos lingüísticos de los términos empleados en el nivel prescriptivo, pero sí dentro del ámbito de aplicación de las razones subyacentes.

4. El caso individual está fuera de los usos lingüísticos de los términos empleados en el nivel prescriptivo y del ámbito de aplicación de las razones subyacentes.

El primer y cuarto caso no son problemáticos, pues son supuestos de aplicación y no aplicación no controvertida. Nos preocupa el segundo y tercer caso, aquellos en los cuales el antecedente constituye una inadecuada especificación del nivel justificativo. Estas son experiencias recalcitrantes³ o casos en los cuales tenemos argumentos fundados en las razones subyacentes de la regla para variar el veredicto que se obtendría de aplicar el nivel prescriptivo. Estas se clasifican en supraincluyentes e infraincluyentes.

Las experiencias recalcitrantes supraincluyentes son aquellas en las cuales el caso individual es subsumible en el nivel prescriptivo, pero no es cubierto por el ámbito de aplicación del nivel justificativo. En estos casos el antecedente debió incluir más propiedades para poder excluir el caso individual con la consecuencia.

Las experiencias recalcitrantes infraincluyentes son aquellas en las cuales el caso individual no es subsumible en el nivel prescriptivo, pero sí es cubierto por el ámbito de aplicación del nivel justificativo. En estos casos el antecedente debe ser ampliado para poder cubrir todos los supuestos para los cuales fue formulada la dimensión prescriptiva.

La *derrotabilidad*, entendida como la no aplicación de la consecuencia jurídica a casos que se subsumen en la dimensión prescriptiva, posee una conexión con las experiencias recalcitrantes supraincluyentes. Precisemos algunos puntos:

Un caso de experiencia supraincluyente solo nos invita a preguntarnos sobre cómo resolver un supuesto de discrepancia entre la solución prevista por el nivel prescriptivo y la solución que podemos derivar del nivel justificativo. Una posibilidad es asumir el resultado subóptimo, esto es,

³ Frederick SCHAUER, *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basadas en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*, Op. Cit., p. 98.

resolver el caso individual a pesar de que el veredicto no sea enteramente correcto a partir de algún criterio de corrección extrasistémico. La otra opción es realizar una derrota de la norma. La *derrotabilidad*, de esta forma, alude a que en todo caso de experiencia recalcitrante supraincluyente se debe dar prioridad a la solución derivada de las razones subyacentes⁴.

Una regla es derrotable, según Schauer, cuando su aplicación está sujeta a la no ocurrencia de una lista no especificable de buenas razones para no aplicar la regla. Son buenas razones todas aquellas que poseen una fuerza mayor de la que hubiera sido suficiente para determinar el resultado en ausencia de la regla⁵.

La idea de «buenas razones» parte de considerar que no toda contradicción entre los niveles prescriptivos y justificativos debe implicar que ceda el primero. Ello por dos razones: i) de ser así no tendría ningún propósito contar con un nivel prescriptivo, pues todos los casos se resolverían analizando directamente el nivel justificativo; y ii) el nivel prescriptivo incorpora predictibilidad, certeza, uniformidad y distribuye poder (para nuestros propósitos llamaremos a esto «seguridad jurídica»⁶, elementos que no han de ser desestimados, salvo que se tenga razón para ello. En este sentido, una buena razón es aquella que posee el peso suficiente para indicar por qué deberíamos regular la conducta de una determinada manera y esta razón debe ser más valiosa que la seguridad jurídica. De esta forma, para Schauer las normas son derrotables siempre que operador considere que existen buenas razones, en casos de experiencias recalcitrantes, para no aplicarlas.

Entonces, las reglas son consideradas derrotables en aquellos casos en los cuales la aplicación de la misma depende de que ocurra un hecho que: i) sea *subsumible* dentro de un uso lingüístico de un término contenido en el nivel prescriptivo; ii) no esté dentro del ámbito de aplicación de la dimensión justificativa, sea una experiencia recalcitrante supraincluyente; y

⁴ Jorge RODRIGUEZ, «Against defeasibility of legal rules», en Jordi FERRER y Giovanni RATTI, (eds.), *The logic of legal requirements. Essays on Defeasibility*, Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 95.

⁵ Frederick SCHAUER «On the Supposed Defeasibility of Legal Rules», en *Revista Current Legal Problems*, N° LI, 1998, p. 238.

⁶ *Ibidem*, p. 237.

iii) el peso de los argumentos a favor de las razones subyacentes sea mayor al de la seguridad jurídica que posee el nivel prescriptivo de la norma.

Cabe precisar que no toda inaplicación a mérito de las razones subyacentes es igual. En este punto Schauer distingue entre dos fenómenos⁷: i) deficiencia interna o supuestos en los cuales la regla no se aplica debido a que el nivel prescriptivo no especifica adecuadamente el nivel justificatorio (inaplicación generada por razones vinculadas con el nivel justificatorio de la propia regla)⁸; y ii) *derrotabilidad* externa o supuestos en los cuales la regla no se aplica debido a razones subyacentes propias de otras normas⁹. En este segundo escenario, estamos en el caso de contradicción a nivel justificativo, en el que las razones subyacentes de una norma entran en contradicción con las de otra.

Imaginemos que vivimos bajo un sistema normativo en el que la imposición de multas por violación de reglas de aparcamiento de autos, así como su impugnación, recae en una entidad administrativa. En este mundo existe una regla que dice «prohibido aparcarse vehículos en los parques públicos bajo sanción de multa». En tal contexto sucede que un visitante al parque padeció una emergencia médica que requirió la asistencia de una ambulancia para su adecuada atención, la misma que tuvo que aparcarse en dicho espacio. En este caso tenemos una controversia respecto a si multar a una ambulancia por haberse aparcado en un parque público para atender a un enfermo, a pesar de la prohibición expresa, podría ser un caso de *derrotabilidad* externa. En este supuesto la razón subyacente de la prohibición (asumamos que es orden público), entra en contradicción con otras razones subyacentes de otras reglas, como podría ser el proteger la salud toda aquella persona que requiere asistencia de una ambulancia.

Como vemos, uno puede aproximarse a las reglas desde diferentes formas dependiendo de la relevancia que le demos a los efectos de su

⁷ Frederick SCHAUER, *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basadas en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*, Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 179.

⁸ El resultado sería una reformulación de la regla teniendo como resultado una especificación más precisa o más correcta (desde el punto de vista del intérprete) del nivel prescriptivo respecto del nivel justificativo.

⁹ El resultado sería una reformulación de la regla teniendo como resultado que algunos fragmentos del antecedente excluyen escenarios de aplicación de la norma a partir de razones subyacentes diferentes a la razón subyacente de la regla.

aplicación. La *derrotabilidad*, de esta forma, no es un rasgo necesario, es contingente en tanto depende de la forma en que se realicen los procesos de toma de decisiones¹⁰. En otros términos, depende de lo que estemos dispuestos a sacrificar. Los aplicadores del derecho, siguiendo a Schauer, aplican uno de estos modelos¹¹: i) modelo formalista, basado en un aplicador que solo le parece relevante comprobar si el caso individual es subsumible o no en el caso general; o ii) modelo de adaptabilidad, basado en un aplicador que le parece relevante considerar si un evento no previsto y determinados efectos (porque da un resultado que estima equivocado, pues es insuficiente para capturar los cambios de la experiencia humana), inciden en la aplicación o no de una norma.

De esta forma, la idea de *derrotabilidad* está vinculada a una pretensión normativa sobre cómo deben ser los aplicadores del derecho. Pero cabe resaltar que bajo esta forma de resolver casos, el sacrificio de eliminar experiencias recalcitrantes está en que no podemos sostener que las reglas sigan siendo reglas. Si una regla *derrotable* se aplica solo cuando el nivel prescriptivo sea consistente con el nivel justificativo, entonces la fuerza normativa de la primera se disuelve en la segunda¹².

371

A lo dicho, el aplicador del derecho tendrá que elegir entre dos modelos de aplicación de normas que se traduce en: i) tratar a las normas como *inderrotables*, lo cual conlleva a padecer de todos los supuestos *subóptimos*; o ii) tratar a las normas como *derrotables*, lo cual conlleva a que las reglas no sean determinantes para la solución de casos individuales.

Esto traslada la discusión de la *derrotabilidad* a los debates sobre qué tipo de aplicador del derecho deberíamos tener. Para Schauer, la discusión suele estar dividida en dos conjuntos de argumentos resumibles en lo siguiente¹³:

1. Hemos de preferir las decisiones que son tomadas por los legisladores¹⁴

¹⁰ Jorge RODRÍGUEZ, *Op. Cit.*, p. 95.

¹¹ Frederick SCHAUER «On the Supposed Defeasibility of Legal Rules», *Op. Cit.*, pp. 236-237.

¹² *Ibíd.*, p. 237.

¹³ Frederick SCHAUER, «Is Defeasibility an Essential Property of Law?», *Op. Cit.*, p. 86.

¹⁴ Cabe precisar que aquí nos referimos a la norma que formulan los intérpretes aplicando

sobre la discrecionalidad de los aplicadores del derecho, debido a que hay razones para desconfiar de estos (corrupción, incompetencia técnica, escases de tiempo para la toma de decisiones, precariedad de recursos disponibles, entre otros). Ante ello, hemos de tener un sistema con reglas no derrotables.

2. Hemos de disponer de medios para evitar e impedir que se apliquen veredictos subóptimos a los destinatarios, pues ello implicaría asumir que lo absurdo (lo tonto, injusto, ineficiente o cualquier otro término que empleemos para referir algo que no debería pasar en virtud de un criterio de corrección extrajurídico) es jurídicamente obligatorio.

Vinculado a este punto, Schauer es explícito en construir un vínculo entre la idea de Estado de Derecho y derrotabilidad. La primera estaría comprometida con un cierto grado de estabilidad, el cual conlleva (tesis normativa) a que tengamos que padecer de resultados subóptimos (en otros términos, hay una exigencia por garantizar la seguridad jurídica como la hemos entendido en este documento). Dentro de esta noción existe un conjunto de tesis normativas respecto a cómo debe ser empleado el Estado, incluyendo algunas tesis sobre las funciones de los jueces, dentro de las cuales estaría derrotar normas. Desde esta perspectiva, no han sido muchos los autores que hayan optado por vincular la derrotabilidad con las funciones de los burócratas, por ejemplo¹⁵. Sobre este punto, creemos que el problema sigue siendo sobre preferencias de modelos de toma de decisiones, pero no conceptual.

372

En breve, para Schauer, la pregunta sobre la derrotabilidad no es una pregunta sobre el contenido conceptual de las reglas, sino una respecto a cómo se debe tratar una regla¹⁶.

2.2. Propuesta de Riccardo Guastini

Para un adecuado abordaje de las tesis de Riccardo Guastini sobre la *derrotabilidad*, es pertinente explorar sus propuestas sobre qué es la indeterminación del derecho, la interpretación jurídica y qué es una

códigos hermenéuticos basados en una interpretación literal.

¹⁵ Frederick SCHAUER, «Is Defeasibility an Essential Property of Law?», *Op. Cit.*, p. 86.

¹⁶ *Ibidem*, p. 87.

laguna axiológica, atendiendo a que tales nociones están correlacionadas mutuamente.

Por indeterminación del derecho se alude a que no es posible obtener una única interpretación de sus componentes (o fórmulas lingüísticas), por lo que a) siempre hay múltiples respuestas para cada caso individual; y b) no existe certeza sobre todas las interpretaciones existentes y posibles de un sistema normativo.

Esto implica que la indeterminación en el derecho incide tanto en el sistema jurídico como en sus normas¹⁷. Lo primero se manifiesta por la equivocidad de los textos normativos, y lo segundo en la vaguedad del lenguaje. Ambas aristas conforman el problema de cómo conocer la calificación jurídica de una determinada conducta¹⁸.

A causa de la equivocidad de los textos normativos no existe certeza respecto a qué normas pertenecen al sistema jurídico, a mérito de la ambigüedad (pluralidad de interpretaciones posibles de una disposición), sucesión de normas en el tiempo, conflictos normativos o lagunas¹⁹.

373

Entre las diversas fuentes de este tipo de indeterminación vamos a abordar la *derrotabilidad* de las normas. Este concepto alude a las situaciones en las que, habiendo realizado la interpretación, es decir, contando con una norma, nos preguntamos si esta está o no sujeta a excepciones implícitas (no

¹⁷ Partamos por la diferencia entre disposición y norma. Una norma no es un enunciado normativo. Un enunciado normativo, o disposición, es el vehículo semántico por el cual una autoridad con potestad legislatora puede regular una determinada arista de la sociedad, mientras que la norma es el sentido interpretativo que le asignamos a la misma. Al respecto, Guastini lo resume así: «la disposición es (parte de) un texto aún por interpretar; la norma es (parte de) un texto interpretado». En Riccardo GUASTINI, «Disposición Vs. Norma», en Susanna POZZOLO y Rafael ESCUDERO (eds.), *Disposición Vs. Norma*. Lima: Palestra, 2011, p. 136.

¹⁸ «Es el problema epistemológico relativo a la cognoscibilidad/incognoscibilidad de las consecuencias jurídicas de las acciones. El contenido del derecho está determinado frente a una acción si son cognoscibles las consecuencias jurídicas de aquella acción, y está totalmente determinado si son cognoscibles las consecuencias jurídicas de cada acción; al revés, el contenido del derecho está indeterminado frente a una acción si no son cognoscibles las consecuencias jurídicas de aquella acción, y está totalmente indeterminado si no son cognoscibles las consecuencias jurídicas de ninguna acción». Paolo COMANDUCCI, «Principios Jurídicos e Indeterminación del Derecho», en *Doxa*, N° 21-II, 1998, p. 101.

¹⁹ Riccardo GUASTINI, *Interpretar y argumentar*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, p. 55, pie de pág. 8.

especificadas expresamente). Imaginemos por un instante la norma «si A, entonces Z» y califiquemos esta de no *derrotable*. Entonces en los escenarios «si A y B, entonces Z», «si A y C, entonces Z» y «si A y D, entonces Z», es lo que debería pasar, siempre que la propiedad adicionada no contradiga a A. Ello porque si A es una condición suficiente para Z, entonces cualquier otra propiedad que se adicione es irrelevante. En cambio, si consideramos la norma como *derrotable*, entonces A no es una condición suficiente, sino que cuando esta concurre con otras propiedades (B, C o D) que parezca al intérprete axiológicamente incompatible con la consecuencia Z, entonces no se dará Z («si A y B, entonces no Z», por ejemplo)²⁰.

Por otra parte, los problemas de vaguedad, es decir, aquellos supuestos en los que no existe certeza respecto a si un caso está dentro del campo de aplicación o no de una norma²¹. Existe un grupo de casos en los que es pacífica su aplicación, pero otro en los que hay duda o polémica respecto a su pertinencia. En breve, alude a los problemas para identificar la referencia de los conceptos.

374

Los problemas de la equivocidad de los textos normativos y de vaguedad son problemas interpretativos. A ello es menester abordar preguntando qué implica la interpretación para Guastini y si esta se relaciona con la *derrotabilidad*, por lo que solo abordaremos aquellas propuestas que son relevantes para nuestro objeto. Al respecto, Guastini realiza dos distinciones a tomar en cuenta: a) la diferencia entre interpretación en abstracto y en concreto; y b) la diferencia entre interpretación y construcción jurídica.

Los problemas de la equivocidad de los textos normativos son reducidos mediante una interpretación en abstracto. Esta alude a la identificación del significado expresado o lógicamente deducido en un texto normativo sin hacer referencia a algún caso concreto; es decir, consiste en reformular el texto interpretado. A manera explicativa, es una actividad

²⁰ Ibídem, p. 58.

²¹ «Es vago siempre que la pregunta ¿a qué cosa se refiere? Admita una respuesta dudosa. Es obviamente vago, por ejemplo, un predicado como joven (¿Cuántos años deben tenerse para no seguir siendo joven?) o como calvo (¿Cuántos cabellos necesitan perderse para ser calvo?).». Riccardo GUASTINI. *Estudios sobre la interpretación jurídica*. México DF: Editorial Porrúa, 2010, p. 62.

similar a la que hacemos cuando traducimos²², por lo que mediante esta determinamos qué normas están en vigencia²³.

Los problemas de la vaguedad son reducidos mediante la interpretación en concreto. Esta alude a la subsunción de un caso al campo de aplicación de una norma previamente identificada en abstracto²⁴.

En este contexto, los problemas de *derrotabilidad*, es decir, de la indeterminación de normas existentes en el sistema jurídico por la existencia de excepciones implícitas, se solucionan mediante interpretaciones abstractas. Pero esta afirmación requiere de una precisión ulterior en la teoría realista de Guastini. ¿Qué tipo de operación es esta? El autor diferencia entre interpretación y construcción jurídica²⁵.

El término interpretación alude a diferentes acciones: actos de conocimiento, de decisión o de creación normativa. Ello nos lleva a

²² Riccardo GUASTINI. *Nuevos estudios sobre la interpretación*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, N° 55, 2010, p. 75. De manera más precisa, reformular puede implicar:

- a) Reiterar el texto interpretado en caso de interpretación literal.
- b) Reformular con adición (sintáctica, semántica y pragmáticamente necesarias).
- c) Reformular con eliminación (sustituciones, multiplicaciones teóricas necesarias).
- d) Reformular con pluralidad de alteraciones simultáneas.

Riccardo GUASTINI. *Interpretar y argumentar*, Op. Cit., p. 35, pie de pág. 14.

²³ Riccardo GUASTINI. *Interpretar y argumentar*, Op. Cit., p. 37. Consiste en distinguir dentro de un enunciado normativo el antecedente y el consecuente, es decir, el caso regulado de la consecuencia jurídica ligada al caso. De manera más precisa, Guastini indica que «el antecedente se refiere a una clase de hechos (llama “supuestos de hecho abstracto”) y el consecuente a una clase de consecuencias jurídicas (como la sanción, la adquisición de un derecho, el nacimiento de una obligación, la validez o invalidez de un acto, etc.) El “campo de aplicación” de la norma no es otra cosa que la clase de hechos de los cuales se sigue la consecuencia jurídica en cuestión». Riccardo GUASTINI. *Estudios sobre la interpretación jurídica*, Op. Cit., p. 75, pie de pág. 4.

²⁴ Subsumir es utilizar un concepto de dos maneras:

- a) Subsunción individual: Adscribo a un individuo a una clase.
- b) Subsunción genérica: Adscribo una clase a una clase más amplia.

Riccardo GUASTINI. *Estudios sobre la interpretación jurídica*, Op. Cit. p. 227. Como bien lo resume José Juan Moreso, es «establecer que un caso determinado es una instancia de un caso más general». José Juan MORESO, «Guastini sobre la ponderación», *Isonomía*, N° 17, 2002, p. 230. Cabe resaltar que considerar la interpretación en concreto como el solo acto de subsumir no daría espacio para las operaciones interpretativas necesarias para remediar la vaguedad. Para efectos de la reconstrucción de la propuesta de Guastini mantendremos esta descripción suya.

²⁵ Riccardo GUASTINI, *Otras distinciones*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014, pp. 127 y ss.

distinguir entre:

1. Interpretación cognitiva: identificar, sin elegir entre ellos, los significados que se han atribuido a un texto normativo (habiéndose aplicado las reglas lingüísticas sintácticas, semánticas y pragmáticas compartidas, las distintas técnicas interpretativas en uso, y las tesis dogmáticas difundidas en doctrina)²⁶. Es una labor de descripción sincrónica de las opciones interpretativas que posee el interprete.

2. Interpretación decisoria: acción del intérprete de elegir uno de los significados identificados mediante la interpretación cognitiva. Es una acción política de elección en base a una preferencia interpretativa.

3. Interpretación creativa: acción de atribuir a una disposición un significado nuevo. Es una acción política de asignar una nueva intensión y extensión a unos términos. Ello mediante la obtención de normas implícitas.

La interpretación creativa es un acto de construcción jurídica, es decir, de creación de normas implícitas. Estas son todas aquellas que no han sido formuladas por ninguna autoridad, es decir, aquellas extraídas por un razonamiento aplicado sobre normas expresas (aquellas dictadas por autoridad normativa) o de otras normas implícitas²⁷.

En este sentido, la *derrotabilidad* es un acto de construcción jurídica. Mediante esta formulamos nueva norma de tipo implícita, a efectos de no aplicar una consecuencia jurídica; es decir, exceptuar la aplicación de una consecuencia jurídica. Esto en cuanto que es «implícita». Es el momento oportuno para explicar qué quiere decir Guastini al hablar de «excepciones».

²⁶ Riccardo GUASTINI, «El escepticismo ante las reglas replanteado». *Revista Discusiones*, Nº XI, 2012, p. 31.

²⁷ Si es fruto del razonamiento, cabe distinguir entre 3 razonamientos:

a) Normas implícitas que se extraen de normas explícitas mediante razonamientos lógicamente válidos (deductivos).

b) Normas implícitas que se extraen a partir de normas explícitas según esquemas de razonamientos no deductivos, lógicamente inválidos (analogía, a contrario, etc.).

c) Normas implícitas que se derivan (razonamientos válidos o inválidos) de una conjunción de: a) normas explícitas (o, a su vez, implícitas) y de asunciones dogmáticas; o b) asunciones dogmáticas (teorías construidas por los juristas y/o jueces).

Riccardo GUASTINI. *Interpretar y argumentar*, Op. Cit., p. 165.

La excepción es un tipo de relación que se da entre dos normas mediante la formulación de una norma especial²⁸. Pensemos en lo siguiente: a) una norma N1 que regula A, compuesta por las subclases A1 y A2 (si A, entonces Z); y b) una norma N2 que regula A2 de manera incompatible con N1 (si A2, entonces ¬Z). Entre estas, N2 es una norma especial en relación con N1, caracterizada por un vínculo género-especie, en donde N1 es genérica y N2 es especie.

Esta tiene dos posibles variantes técnicas: a) de disolución de antinomias entre dos normas de igual rango jerárquico, que tengan entre ellas una relación regla y excepción²⁹; o b) de composición de las antinomias que puede aplicarse en presencia de una antinomia entre dos normas (contiguas o en cualquier caso del mismo rango en la jerarquía de fuentes) cuyos ámbitos de aplicación no guardan entre sí exactamente una relación de género a especie, sino que más bien se superponen parcialmente: una antinomia del tipo parcial bilateral³⁰.

En relación a la primera variante, esto puede ser entendido de dos maneras: a) la norma exceptuada y la excepción no son normas diferentes, sino fragmentos de una misma norma; o b) como un supuesto de aplicación de incompatibilidad normativa, es decir, una antinomia parcial unilateral que se disuelve mediante la creación de una excepción mediante el criterio de especialidad (*lex specialis*) u otros (ponderación, interpretación conforme o vía interpretación restrictiva). Ambas descripciones generan un mismo resultado: si A1 y ¬A2, entonces Z.

Entre la elección de la forma de comprender a) o b), Guastini se decanta por la segunda. Ello, porque considera que existe una genuina

²⁸ «Una norma excepcional es, de hecho, precisamente esto: una norma que presenta una excepción –y en ese sentido derrota– a una norma relativamente más general». Riccardo GUASTINI. *Interpretar y argumentar*, Op. Cit., p. 130, pie de pág. 39.

²⁹ Veamos con más detalle la operación. Para que exista una excepción se deben realizar los siguientes actos:

- a) El interprete realiza interpretaciones decisorias sobre dos disposiciones.
- b) Atribuye a una de las normas el valor de regla.

c) Se realiza una construcción jurídica sobre la otra regla para calificarla de excepción en virtud a presuposiciones teóricas que guían nuestras decisiones interpretativas (preferencias interpretativas).

Riccardo GUASTINI. *Interpretar y argumentar*, Op. Cit., p. 131, pie de pág. 41.

³⁰ *Ibidem*, p. 135.

contradicción y porque explica de mejor manera los problemas de especialidad que se generan en los casos en que las normas hayan sido promulgadas en momentos diferentes. Tenemos dos supuestos: a) la especial es anterior a la general; en tal caso, la especial no es derogada por la general; posterior, sino que constituye una excepción a esta última (restringe su ámbito de aplicación); y b) la especial es posterior a la general, en tal caso, la especial no deroga la norma general anterior, sino que se limita a establecer una excepción a la misma (se limita a restringir su campo de aplicación, lo cual, por otra parte, no es muy distinto de una derogación ‘parcial’)³¹.

En relación a la segunda variante, el criterio de especialidad se aplica una vez que entre las normas en conflicto se haya creado una relación de prelación entre estas por criterios de valoración (una construcción jurídica mediante la que considero una norma más importante que la otra). De esta manera, la más valiosa opera como una excepción (un supuesto de no aplicación) de la menos valiosa³².

378

Cabe resaltar que posteriormente Guastini afirma que «introducir en una norma una excepción no es diferente de sustituir la norma en cuestión por una norma diferente. Por ejemplo, si la norma N1 presenta la estructura “Si A, entonces Z” (“Si vehículos, entonces prohibido el ingreso en el parque”), introducir en ella la excepción, supongamos “no B” (“no ambulancias”), equivale a sustituir con la norma N2: “Si A y no B, entonces Z” (“Si vehículos y no ambulancias, entonces prohibido el ingreso”)³³. En lo que sigue del presente texto nos guiaremos de esta definición.

Hasta el momento entendemos que la *derrotabilidad* es un problema de equívocidad de los textos que se resuelve por construcción jurídica a través de la creación de excepciones implícitas. A esta descripción nos resta una duda: ¿en qué momento se presenta? Guastini considera que se dan en casos de lagunas axiológicas.

Las lagunas axiológicas son aquellas situaciones en las que un caso está regulado por una norma, pero posee una consecuencia jurídica que, a

³¹ *Ibidem*, p. 134.

³² *Ibidem*, p. 136.

³³ *Ibidem*, p. 278, pie de pág. 42.

opinión del intérprete, es inadecuada o insatisfactoria desde una perspectiva axiológica por no haber tomado en cuenta distinciones relevantes; es decir, es un caso con una mala solución en la que falta una norma diferenciadora; esto es, una que regule de manera distinta el supuesto³⁴. En este sentido, Guastini hace propia la definición propuesta por Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin³⁵.

Se da en casos en los que al intérprete le parece que debería existir una regulación diferente para un determinado supuesto en función a sus preferencias ético-normativas. De esta forma, este tipo de lagunas se producen en casos que el interprete haya reinterpretado el texto, dado que una primera interpretación no fue aceptable (desde un punto de vista axiológico). Es decir, ocurren cuando: a) se efectuó una determinada interpretación del texto (habitualmente una de las versiones de la interpretación literal); y b) crear una interpretación distinta del texto bajo la que el caso regulado deja de serlo³⁶.

Este tipo de lagunas pueden ser de dos tipos³⁷:

1. Un caso está regulado por una norma, pero al intérprete le parece insatisfactoria. Ello porque a su juicio falta en el ordenamiento una norma justa, es decir, una que sea coherente con su sentido de justicia.
2. Un caso está regulado por una norma, pero al intérprete le parece que tal regulación no es conforme a lo que ordena otra norma positiva, jerárquicamente superior en un sentido material o axiológico³⁸.

379

³⁴ Ricardo GUASTINI, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, Op. Cit., p. 144.

³⁵ «La solución existente es axiológicamente inadecuada. Pero no toda solución injusta o mala supone una laguna; los juristas hablan de lagunas –en el sentido que tratamos de caracterizar– cuando la solución es inadecuada *porque* el legislador no tuvo en cuenta una distinción que debía haber tomado en cuenta. Este tipo de lagunas suponen, pues, la existencia de una propiedad relevante (en el sentido prescriptivo del término) para el caso en cuestión, que, sin embargo, es irrelevante (en el sentido descriptivo) para el sistema considerado». Carlos ALCHOURRÓN y Eugenio BULYGIN, *Sistemas Normativos. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2012, p. 156.

³⁶ Riccardo GUASTINI, «Variaciones sobre temas de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin. derrotabilidad, lagunas axiológicas, e interpretación», *Doxa*, N° 31, 2008, pp.101-150.

³⁷ Riccardo GUASTINI, *Interpretar y argumentar*, Op. Cit., p. 146.

³⁸ Guastini distingue entre jerarquía material y axiológica de la siguiente manera:

La *derrotabilidad* es una forma de laguna axiológica, pero no de toda laguna axiológica. Previo a ello debemos formular algunas precisiones para identificar a qué tipo de fenómeno nos estamos refiriendo: a aquellos en los que al regular una clase de supuestos se ha omitido hacer una distinción relevante a efectos de excluir a un caso individual de las consecuencias normativas previstas.

Los casos en que se considere que se ha omitido regular una clase de supuestos, es decir, ausencia de regulación, no son clasificables como *derrotables*, porque no implica dejar de aplicar, sino crear normas implícitas que regulen el caso. En otros términos, ante una laguna axiológica, el intérprete puede utilizar una disociación (a efectos de excluir) o una analogía (con el propósito de incluir un elemento en una regulación)³⁹, pero solo es pertinente a la *derrotabilidad* lo primero.

Guastini sigue a Carlos Alchourrón en relación a su propuesta de definición de *derrotabilidad*, entendiendo que alude a que las normas poseen excepciones implícitas; es decir, que hay circunstancias en las que se derrota (no se aplica la norma) que no son explícitamente enunciadas.

380

En otros términos, considerar que una norma es derrotable es asumir que posee un condicional superable. De ello se entiende que sobre este no son aplicables la ley del refuerzo del antecedente ni el *modus ponens* (en un sentido *monotónico*, pero si lo hace en un sentido no *monotónico*). Reformulando, una norma derrotable es aquella que está sujeta a

a) Jerarquía material: relativas al contenido de las normas. Establece los criterios de preferencia en un conflicto entre dos normas empleando para ello razones sustantivas (influye sobre el contenido, es decir, no se puede regular de manera que se contradiga el cómo se está regulando). En breve, N1 es jerárquicamente superior a N2, siempre que N3 sostenga que en caso de conflicto N2 será inválida.

b) Jerarquía axiológica: relativa a los valores del intérprete. Existe en aquellos casos que se ha atribuido un valor superior a una norma respecto a la otra. En breve, N1 es jerárquicamente superior si el intérprete, mediante un juicio de valor comparativo, es superior a N2. Riccardo GUASTINI, *La sintaxis del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2016, pp. 209-211. Cabe resaltar que esta descripción de Guastini genera confusión con la descripción de lagunas normativas.

³⁹ La analogía es una modalidad de construcción jurídica a nivel de interpretación en abstracto mediante la que se crea una norma implícita para regular un supuesto no regulado cuyo supuesto de hecho, a consideración del intérprete, posee similitud respecto a uno que ya forma parte del sistema jurídico. Es decir, se emplea para cubrir el caso en que hay un supuesto de hecho no regulado y que el intérprete considera que sí lo debería estar de manera similar a una norma existente.

excepciones no enumerables exhaustivamente de antemano (lo que a la vez implica que no es posible saber qué circunstancias son suficientes para que la norma se aplique)⁴⁰.

A este punto Guastini resalta una distinción: a) una norma está exceptuada por el contenido de otras normas expresas del mismo sistema; y b) una norma está exceptuada por el contenido de otras normas implícitas⁴¹. La *derrotabilidad* solo alude al segundo grupo.

La excepciones implícitas son creadas mediante la técnica de la disociación⁴². Esta técnica argumentativa es una modalidad de construcción jurídica por la que se crea una norma implícita que conlleve a la derrota de una norma; es decir, la sustitución de la norma en cuestión por una norma distinta de alcance más restringido.

La aplicación de este argumento se realiza de la siguiente manera⁴³:

1. Existencia de una norma que regula un caso genérico (Si A, entonces Z). Norma identificada, para propósitos del ejemplo, mediante interpretación literal.
2. El interprete considera que dentro la clase A se debe distinguir entre A1 y A2, por considerarlas sustancialmente distintas. La norma solo será aplicable, de esta forma a una sub clase y no a la otra. De este modo se distingue entre casos regulados (A1) y casos no regulados (A2) en virtud a una preferencia interpretativa axiológicamente motivada.
3. Sobre el caso regulado (A1) se crea una norma implícita que incluye su excepción (la subclase A2). Entonces: Si A1 y $\neg$ A2, entonces Z (conjunción de Si A1, entonces Z, y Si A2, entonces $\neg$ Z).
4. Sobre los casos no regulados (A2) cabe una de estas dos posibilidades:

⁴⁰ Riccardo GUASTINI, «Variaciones sobre temas de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin. derrotabilidad, lagunas axiológicas, e interpretación», *Op. Cit.*, p. 145.

⁴¹ *Ibíd.*, p. 145, pie de pág. 5.

⁴² *Ibíd.*, p. 146.

⁴³ Riccardo GUASTINI. *Interpretar y argumentar*, *Op. Cit.* p. 278.

- a. Se rija por otra norma del sistema normativo.
- b. No esté regulada por ninguna norma (creación de una laguna normativa⁴⁴).

¿Cuál es la diferencia entre un argumento disociativo y la interpretación restrictiva? La primera es un tipo de interpretación restrictiva como medio para reducir el campo de aplicación de la norma. En términos de Guastini, «la diferencia entre interpretación restrictiva y construcción de una excepción implícita se reduce, en última instancia, a un distinto modo de argumentar o de expresar una misma operación»⁴⁵.

La *derrotabilidad* no puede ser aludida respecto a una interpretación en concreto. Es, bajo la descripción realizada, una forma de generar nuevas normas en el sistema normativo por: a) valoraciones axiológicas de los intérpretes; o b) jerarquías axiológicas que se manifiestan en la aplicación de principios. No es una propiedad de las normas, es decir, no recae en el lenguaje del legislador (por lo tanto, no es conexo con la vaguedad de las palabras ni con la imprevisibilidad del futuro al momento de crear disposiciones); esta es solo una manifestación de la interpretación del derecho de manera coherente con las valoraciones del intérprete⁴⁶.

382

La aplicabilidad del argumento disociativo (que posee la misma estructura que el *distinguish* de la jurisprudencia) revela que la *derrotabilidad* no es un rasgo distintivo de los principios, sino que toda norma es susceptible de ser convertida en *derrotable*⁴⁷. La estructura condicional de una norma no es un presupuesto necesario para generar excepciones implícitas, en tanto es posible realizar interpretaciones restrictivas tanto de principios como de reglas.

A lo expuesto cabe ahora distinguir entre el acto de derrotar y

⁴⁴ Las lagunas normativas son productos de la interpretación mediante los cuales, luego de efectuada una interpretación decisoria sobre una disposición, se considera que una serie de supuestos de hechos no está prevista por el antecedente de la norma, es decir, es un caso no regulado. Riccardo GUASTINI, *La sintaxis del derecho*, Op. Cit., pp. 343-344.

⁴⁵ Riccardo GUASTINI, *Interpretar y argumentar*, Op. Cit., p. 283.

⁴⁶ Riccardo GUASTINI, «Variaciones sobre temas de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin. derrotabilidad, lagunas axiológicas, e interpretación», Op. Cit., p. 153.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 151.

el resultado de la derrota. Para ello Guastini nos propone tomar en consideración tres elementos diferentes⁴⁸:

- a) Derrotabilidad: propiedad disposicional de las normas (alude a la existencia de una lógica derrotable o no monotónica en la que es posible utilizar un operador formal para aludir cuándo las condiciones de aplicación son contribuyentes, pero no suficientes para la consecuencia normativa).
- b) Acción de derrotar: acto interpretativo (creación de laguna axiológica y realización de una disociación).
- c) Derrota: resultado de la acción de derrotar (crear la norma Si A1 y $\neg$ A2, entonces Z).

La *derrotabilidad*, entonces, puede aludir a dos momentos: a) momento sincrónico del resultado de la *derrotabilidad*, es decir, a la creación de la norma reinterpretada, la cual es utilizada como premisa normativa en un razonamiento jurídico y que es *inderrotable*, dado que ya se realizaron las acciones de derrota, siendo esta aplicable bajo el *modus ponens* en el caso concreto; y b) momento diacrónico que alude a la posibilidad de los intérpretes de realizar acciones de derrota sobre cualquier norma condicional, incluyendo aquellas que ya hayan sido derrotadas.

383

De acuerdo a lo visto, la *derrotabilidad* para Guastini es un problema del ámbito de la teoría de la interpretación que se manifiesta como la consecuencia de una reinterpretación de un texto a efectos de excluir una propiedad del caso genérico con el propósito de evitar que un determinado caso sea regulado por la regla, dado que esta genera consecuencias, para las valoraciones del intérprete, indeseables.

Guastini, al momento de hablar de *inderrotabilidad* sincrónica, alude a un resultado interpretativo, es decir, al resultado de una disociación, pero al hablar de *derrotabilidad* diacrónica refiere a la posibilidad de alterar el elenco de las propiedades de los casos genéricos (susceptibilidad de agregar una propiedad adicional para generar una excepción), lo cual conlleva a un uso no consistente del término *derrotabilidad*.

⁴⁸ *Ibíd.*, p. 154.

2.3. Propuesta de Luis Duarte d'Almeida

Duarte pretende construir una aproximación probatoria de la noción de *derrotabilidad*. Su contexto de discusión se da en aquellos autores que pretenden dar cuenta de lo que es exceptuar una regla. Identifica que hay dos posibilidades: el incorporacionismo y el no deductivismo.

Por incorporacionistas alude a todos aquellos que consideran que las excepciones son reducibles a elementos negativos en el antecedente de una regla. En cambio, por no deductivistas entiende a aquellos que siguen una aproximación de las reglas empleando lógicas no *monotónicas*, a partir de las cuales se sostiene que no es posible construir antecedentes compuestos con un conjunto de condiciones necesarias y suficientes, debido a que siempre serán posibles las excepciones implícitas⁴⁹. La postura de Duarte es que ninguna de estas es satisfactoria. Sobre este punto no nos concentraremos en explorar las razones en contra de cada postura, sino en la justificación que construye para proponer una tercera opción: la aproximación de las excepciones desde la prueba.

384

Concibamos la idea de que no se debe confundir una excepción con una negación de elementos dentro de la regla. Contrastemos dos escenarios para clarificar el punto: i) una condena por homicidio es correcta siempre que tengamos ausencia, entre otras cosas, de una legítima defensa; y ii) una condena por violación es correcta solo en ausencia de consentimiento por parte de la víctima. El elemento ausencia opera de manera diferente en cada supuesto. No es lo mismo la falta de una legítima de defensa a la falta de consentimiento, ambos comparten ser elementos negativos previstos en el antecedente, pero con funcionalidad diferente⁵⁰.

Con base en esta idea, Duarte realiza dos distinciones relevantes para entender la estructura de los antecedentes. En primer lugar, diferencia entre circunstancias positivas y negativas: i) la circunstancia positiva refiere a la descripción de la ocurrencia de ciertos eventos; en cambio ii) la circunstancia negativa refiere a la descripción de la no ocurrencia de ciertos eventos. En segundo lugar, diferencia entre *P-Facts* y *D-Facts*: i)

⁴⁹ Luis DUARTE D'ALMEIDA, *Allowing for exceptions: A Theory of Defenses and Defeasibility in Law*, Oxford: Oxford University Press, 2015, pp. 4-6.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 6.

P-*Facts* refiere a la conjunción de todas aquellas circunstancias (positivas o negativas) que, de ser probadas, hacen que una determinada decisión a favor del demandante se considere justificada; en cambio ii) D-*Facts* refiere a la disyunción excluyente de circunstancias (positivas o negativas) que, de ser probadas, son suficientes para prevenir que la decisión a favor del demandante esté justificada⁵¹.

En un caso, por ejemplo, lo que necesita el demandante para que se decida, justificadamente, a favor suyo es ofrecer la prueba de todos los P-*Facts* (en adelante P), sean estas circunstancias de tipo positivo o negativo. Pero si el demandando logra probar un D-*Fact* (en adelante D), entonces no se sigue la conclusión a favor del demandante. De esta forma tenemos la siguiente formulación: «Si está probado P y no está probado ningún D, entonces está justificado decidir a favor del demandante»⁵². Precisemos este punto.

Una circunstancia X puede ser probada o no probada y lo mismo puede decirse de su negación. En este sentido, nuestras posibilidades de prueba respecto de X son: X está probado; $\neg$ X está probado; X no está probado; o $\neg$ X está probado⁵³. De estas posibilidades se hace más notoria la diferencia entre lo no probado de haber probado que algo no ocurrió.

385

Esta idea nos sirve para aclarar la función de los D. Tenemos dos formas de entender «no está probado ningún D»: como una negación externa (no se ha probado D) o como una negación interna (se ha probado $\neg$ D). Como negación externa refiere a que es correcto decidir a favor del demandante solo si no es probado D (por ejemplo, debe ocurrir que no se ha probado la legítima defensa). Como negación interna refiere a que es correcto decidir a favor del demandante solo si es probado $\neg$ D (por ejemplo, debe ocurrir que se haya probado que no hubo legítima defensa)⁵⁴.

Para Duarte, la primera versión, «no está probado ningún D» entendido como una negación externa, es la manera en que podemos capturar la noción de excepción. Como bien ejemplifica el autor, una Corte

⁵¹ *Ibíd.*, p. 17.

⁵² *Ibíd.*, p. 52.

⁵³ *Ibíd.*, p. 53.

⁵⁴ *Ibíd.*, p. 54.

no puede conceder una compensación por incumplimiento contractual en caso un D sea probado. La prueba de D hace inviable decidir a favor del demandante de manera justificada⁵⁵.

De la misma forma, la negación externa captura adecuadamente las condiciones de éxito del demandante. En efecto, para que se decida justificadamente a favor del demandante, además de haber probado P, tiene que ser el caso que ninguna D haya sido probada. En este sentido, el demandante requiere de la conjunción incluyente de tanto P como de la no prueba de D. En otros términos, «Si P está probado y no está probado D, entonces es correcto decidir a favor del demandante»⁵⁶.

A partir de estos puntos Duarte formula su propuesta: un hecho X es una excepción relativa a una decisión si: i) el hecho de averiguar X es suficiente para prevenir que la decisión esté justificada; y ii) la averiguación de $\neg X$ no es necesaria para que la decisión esté justificada. En clave P y D: los P son hechos cuya averiguación es necesaria para que una decisión esté justificada, en cambio, los D son hechos cuya averiguación es tanto: i) suficiente para prevenir que la decisión a favor del demandante esté justificada; y ii) no sea inconsistente con ningún P⁵⁷.

Desde esta aproximación, como podemos ver, la identificación de las excepciones está vinculada con la forma en que está distribuida la carga de la prueba en procesos de toma de decisiones jurídicas. No es un problema de contenido conceptual de los términos empleados, del tipo de inferencia ni de las condiciones del antecedente, sino de cómo están diseñadas las reglas que generan cargas de probar.

En este sentido, tenemos las siguientes posibilidades de condiciones de éxito de demandante y del demandando: puede ser que P está probado y i) D no está probado, entonces el juez debe decidir a favor del demandante; ii) $\neg D$ está probado, entonces el juez debe decidir a favor del demandante; iii) D está probado, entonces el juez debe decidir a favor del demandando; o iii) D es incierto (D ni $\neg D$ está probado)⁵⁸, entonces el juez debe

⁵⁵ *Ibíd.*, p. 54.

⁵⁶ *Ibíd.*, p. 55.

⁵⁷ *Ibíd.*, p. 77.

⁵⁸ El ejemplo ofrecido es el célebre caso del rey Salomón quien no tiene certeza respecto a

decidir de alguna otra manera (diferente tanto de lo que contaría como decisión para el demandante como de lo que contaría como decisión para el demandado)⁵⁹. Sobre esta última opción, cabe señalar que el caso será resuelto por una *metaregla* que determine cómo se distribuye el riesgo en casos de incertidumbre.

A lo visto cabe resaltar que el defendido tendrá éxito en dos situaciones: i) cuando este pruebe D; o ii) cuando el demandante no logre probar P. El segundo punto nos muestra que no es necesario que el defendido pruebe una excepción, esta es solo una posibilidad que es aprovechada en función a la carga de la prueba asignada.

Llegado este punto corresponde precisar, ¿qué está entendiendo Duarte por carga de la prueba? Para dicho autor satisfacer la carga de la prueba no es producto de un mandato u obligación, sino que es el resultado de razones instrumentales relevantes a cómo tener éxito con una pretensión. En otras palabras, señalar que una parte tiene la carga de la prueba es entendido como que le va ir mejor si incluye evidencias que den sustento a «X está probado» conforme a un estándar de prueba relevante al caso⁶⁰.

De acuerdo con lo señalado, uno no está obligado a probar algo. Siguiendo con el punto, ¿cómo funciona la carga de la prueba? Para este autor la caracterización más precisa de la carga de la prueba es que esta dependa de las condiciones de éxito de cada parte procesal. Dicha condición de éxito puede incluir el hecho de que ciertas proposiciones estén probadas o que no estén probadas.

Un demandante tiene éxito en función a la disyunción incluyente de tanto P está probado, como que D no ha sido probado. En cambio, un demandando tiene éxito por la disyunción excluyente de que o bien P no está probado o bien está probado D. En ambos casos hay razones instrumentales para que este se asegure de que ambas situaciones se den

la maternidad de un bebe. No había certeza respecto a qué mujer había probado su pretensión. Luis DUARTE D'ALMEIDA, *Op.Cit.*, p. 87, pie de página 15.

⁵⁹ *Ibíd.*, p. 87.

⁶⁰ *Ibíd.*, p. 89.

en el caso. En vista de dicho punto, la carga de la prueba depende de lo que necesite cada parte para tener éxito, lo cual puede incluir que ciertas proposiciones estén probadas, como que ciertas proposiciones no estén probadas⁶¹.

Esto incide con lo que tratamos de decir cuando señalamos que se ha descargado la carga de la prueba. Las acciones para satisfacer la carga de la prueba son contingentes a razones de estrategia procesal propias de la defensa técnica en un caso. Puede haber casos donde no tengamos que realizar una acción para satisfacer nuestra carga de la prueba, por ejemplo, cuando el demandante no logra probar P y se da por satisfecha la condición de éxito del demandado. La situación del demandante para descargar su carga es un tanto más compleja. Solo por anotar algunos escenarios: i) probó P y el demandando no probó D (por no haber realizado actos suficientes o porque su evidencia fue demostrada falsa, por ejemplo) o aceptó expresamente P; ii) se entiende probado P dado que el demandante no otorgó evidencia que le era requerida, lo cual el sistema normativo trata como que ciertas circunstancias se asumen dadas (los actos de omisión del demandando son entendidos como probado P); entre otras⁶².

388

¿Qué hechos son aquellos que podemos calificar como D? ¿en qué momento podemos saber qué circunstancias, positivas o negativas, debe averiguar el demandado? Sobre este punto cabe volver a resaltar que un D no es lo mismo que una circunstancia negativa. En efecto, puede que el demandante deba averiguar una circunstancia negativa para probar P (por ejemplo, la ausencia de consentimiento en el caso de violación). El punto es bastante relevante, pues sobre este Duarte construye la conexión conceptual entre carga de la prueba y excepción⁶³. Las excepciones son todas

⁶¹ *Ibidem*, pp. 91-92.

⁶² *Ibidem*, p. 93.

⁶³ Duarte expone este punto mientras argumenta contra quienes podrían alegar que su reconstrucción es parcial. Sostiene que podría ser el caso que alguien estime que también son posibles los casos en los cuales se exija al demandante probar $\neg D$ (por ejemplo, probar que hubo un homicidio y probar que el acusado no está bajo ninguna causal de justificación). De esto se seguiría que las excepciones no son producto de la distribución de la carga de la prueba, sino resultados de opciones de política criminal. Luis DUARTE D'ALMEIDA, *Op. Cit.*, p. 84. Como vemos, aquí el problema está en que quienes alegarían este punto estarían asimilando, *a priori*, cierto tipo de hechos a la noción de excepción (como podría ser, por ejemplo, aquellos hechos que demostrarían una legítima defensa), pero este sería un sentido diferente de excepción al que usa Duarte y, para este autor, poco ventajoso por su bajo rendimiento explicativo.

aquellas circunstancias que el demandado debe probar para evitar el éxito de la demanda, es lo mismo D que excepción. Desde esta aproximación, no es correcto hablar de excepciones de manera previa a la forma en que está distribuida la carga de probar algo.

Abordado lo que esta aproximación entiende por excepciones y su identificación, cabe que nos preguntemos por la diferencia entre excepciones explícitas e implícitas. Para Duarte, entre estas solo hay una diferencia en el plano epistémico, es decir, lo que tenemos que hacer para conocerlas.

Las excepciones explícitas serían aquellos hechos clasificados como D por una norma expresa (en otros términos, hechos que pueden ser identificados como excepciones como parte del proceso de identificación de reglas relevantes al caso)⁶⁴. El caso interesante está en cómo identificar una excepción implícita: alude a circunstancias en casos particulares que han sido clasificados por un juez (o cualquier aplicador del derecho) como excepciones (D) y son usados para resolver la controversia. Precisemos esta idea.

389

Una excepción implícita, desde esta aproximación, es un tipo de excepción, es decir, se entiende a partir de lo que hemos señalado sobre «no ha sido probado D». Lo único que varía es la forma en que identificamos esos hechos (positivos o negativos) que previenen el éxito de una demanda en caso sean probados.

La propuesta de Duarte se caracteriza por la forma en que describe el poder del aplicador del derecho para clasificar hechos como excepciones. El autor nos propone imaginar una situación cuya regulación no prevé excepciones: Si P está probado, entonces está justificado decidir J a favor del demandante. ¿Esto nos compromete a la idea de que siempre será correcto emitir J cada vez que P esté probado? No, pues tenemos, en primer lugar, los problemas generados por nuestras limitaciones en materia de falsos positivos (se dé por probada una proposición falsa) y de falsos negativos (no se dé por probada una proposición verdadera). En segundo lugar, aquí el punto relevante, puede ser el caso que se dé una proposición verdadera y probada (o la posibilidad de que esto ocurra) que nos lleve a decidir de una

⁶⁴ LUIS DUARTE D'ALMEIDA, *Op.Cit.*, p. 135.

manera diferente, es decir, de una manera diferente a J (a la vez, diferente a decidir a favor del demandante)⁶⁵.

Dicho en breve, no es cierto que estamos dispuestos a decidir J cada vez que P sea el caso. Duarte sobre este punto indica que estamos dispuestos a decidir J cada vez que P sea el caso y no haya información sobre ninguna otra circunstancia relevante. Sobre este punto el autor propone una categoría: *ceterisignotis*, esto es, todo lo demás desconocido o no está probado. Tomado ello en consideramos, una regla sin excepciones se traduce en: *ceterisignotis*, si P es el caso, entonces está justificado decidir J a favor del demandante⁶⁶.

Esta descripción de lo que hacemos al considerar una regla sin excepciones implica estar de acuerdo con una de estas dos ideas: i) debemos creer que no hay más hechos relevantes que puedan posiblemente ocurrir, esto es, no hay otra circunstancia o conjunto de circunstancias Q que puedan posiblemente ocurrir que nos puedan llevar a mantener que, *ceterisignotis*, si P y Q, entonces J no sería una decisión justificada; o ii) debemos creer que está justificado, considerando todas las cosas, descartar, de antemano, cualquier hecho adicional posible que pueda ocurrir en el caso particular⁶⁷. A la conjunción de los expuesto en i) y ii) llamémosle conjunto A.

Con estas premisas y herramientas veamos cómo funciona una regla con excepciones implícitas. Tenemos la siguiente expresión de la regla: «Si P está probado, entonces está justificada la decisión J, a menos que...». El fragmento «a menos que...» es entendido como que el juez está autorizado para identificar circunstancias en casos particulares como excepciones que operan para resolver esa controversia⁶⁸.

En un caso se prueban diversas proposiciones, incluida proposiciones ajenas a P. Siguiendo la nomenclatura de Duarte, en un caso se prueba un conjunto de proposiciones P+, esto es, las proposiciones P y todas aquellas otras proposiciones. El tema de fondo es qué efecto pueden tener

⁶⁵ Ibídem, p. 171.

⁶⁶ Ibídem, p. 171.

⁶⁷ Ibídem, pp. 171-172.

⁶⁸ Ibídem, p. 172.

este resto de proposiciones sobre P. Resaltado ese punto, analicemos las ideas implicadas la idea de que el juez está autorizado para identificar circunstancias en casos particulares como excepciones.

La creación de excepciones implica un análisis evaluativo de las circunstancias relevantes. Esto quiere decir que el aplicador del derecho valora si decidir J estará justificado o no, en vista de todas las proposiciones probadas dentro del caso, es decir P+, tomando en cuenta un criterio evaluativo (Duarte lo llama estándar S para efectos de representación)⁶⁹.

De esta manera, una norma sin o con excepciones parte de una elección: de asumir A o negar A⁷⁰. Negar A conlleva a que los aplicadores del derecho puedan clasificar hechos como excepciones, siempre que tenga ello justificación de una evaluación de estos en vista del criterio evaluativo. Es decir, aplicar el estándar S a P+ y en caso el resultado sea que no es correcto tomar la decisión J, entonces hemos de considerar que alguna de las proposiciones probadas sea calificada como D (en específico, aquella proposición que genera la contradicción con el estándar S).

El escenario que pretende abordar Duarte, como bien señala, es el caso en el que la decisión de negar A puede ser descrita así: Si P es probado, está justificado decidir J, a menos que: i) el aplicador del derecho piense que, *ceterisignotis*, decidir J en el supuesto de que P+ contraviene el estándar S; y ii) esta evaluación pueda ser consistentemente aceptada por alguien que crea que, *ceterisignotis*, al emitir J si P fuera el caso, ello no contravendría el estándar S⁷¹.

Tanto i) como ii) son los puntos precisos sobre cómo identificar excepciones implícitas en la teoría de Duarte. Ambos se dan en el caso que el conjunto de proposiciones P+ incluya un hecho adicional a P que sea considerado relevante por el aplicador del derecho para hacer una diferencia. Este hecho, como habíamos señalado antes, será el que sea calificado como D.

⁶⁹ *Ibíd.*, p. 173.

⁷⁰ *Ibíd.*, p. 174.

⁷¹ *Ibíd.*, p. 176.

III. Conclusiones

La aproximación a la *derrotabilidad* desde Schauer, Guastini y Duarte nos muestra que esta noción puede estar predicando cosas distintas. De esta forma, discutir sobre la *derrotabilidad* o emplear la *derrotabilidad* requiere de precisión y aclaración en cada sentido empleado.