



UNIVERSIDAD NACIONAL DEL SUR

TESIS DE MAGÍSTER EN DERECHO

(ORIENTACIÓN EN DERECHO PRIVADO PATRIMONIAL)

FILOSOFÍA DEL DERECHO Y DERECHO PRIVADO PATRIMONIAL

EZEQUIEL ZALBA SEVERINI

BAHÍA BLANCA

ARGENTINA

2019

PREFACIO

La tesis se presenta como parte de los requisitos para optar al grado Académico de Magíster en Derecho (Orientación en Derecho Privado Patrimonial) de la Universidad Nacional del Sur y no ha sido presentada previamente para la obtención de otro título en esta u otra Universidad. Contiene los resultados obtenidos en investigaciones llevadas a cabo en el ámbito del Departamento de Derecho de la Universidad Nacional del Sur (UNS), durante el período comprendido entre octubre de 2011 y noviembre de 2019, bajo la dirección del Profesor Doctor Pablo Eugenio Navarro.

EZEQUIEL ZALBA SEVERINI

Noviembre, 2019

Departamento de Derecho

Universidad Nacional del Sur



UNIVERSIDAD NACIONAL DEL SUR
Secretaría General de Posgrado y Educación Continua

La presente tesis ha sido aprobada el/...../....., mereciendo la calificación de (.....)

RESUMEN

La identificación y aplicación de normas jurídicas generan interrogantes y dificultades que son objeto de recurrente controversia en la teoría del derecho. La persistencia de estas controversias obedece a oscuridades conceptuales ocultas bajo la idea genérica de la *derrotabilidad* de las normas. Son problemas semánticos y normativos, atinentes a la identificación o alcance de las normas jurídicas, y problemas de justificación institucional, atinentes a la aplicación o fuerza institucional de las normas.

Se denominó *Hipótesis de la Derrotabilidad en la Identificación* (HDI) a la siguiente propuesta relativa a la indeterminación del contenido conceptual de una norma jurídica: una norma N es *derrotable* si y solo si se halla sujeta a al menos una excepción implícita. Las razones por las cuales *hay* excepciones implícitas son (i.e. condiciones de verdad de la proposición): a) imprevisibilidad de la configuración de los casos futuros (límite gnoseológico); b) carácter relevante de propiedades no consideradas expresamente como tales; c) vicio formalista de la declaración de irrelevancia de las propiedades no expresamente consideradas; d) ausencia de regla de clausura.

De la investigación resulta la invalidez de HDI, pues se justifica en el empleo de términos y enunciados ambiguos (e.g., caso, relevante, irrelevante, permitido) que según sea su significado expresan proposiciones que o bien son falsas, o bien si verdaderas no garantizan la inferencia que pretende.

Se denominó *Hipótesis de la Derrotabilidad en la Aplicación* (HDA) a la siguiente propuesta, referida a la insuficiencia de una norma jurídica para justificar una decisión institucional. Una norma jurídica N es *inderrotable* en un caso c si y solo si la solución inferida de N para c es condición suficiente de la solución judicial del caso c. Dado que las soluciones judiciales no siempre se corresponden (ni deben siempre corresponderse) con las soluciones inferidas de una norma N (argumento *modus tollens*), HDA infiere que las normas jurídicas no son *inderrotables*, i.e. son *derrotables*.

Si bien resulta válida la separación propuesta por HDA entre la pertenencia de una norma a un sistema normativo y la *fuerza* de una norma para justificar una decisión, se mostró inválido inferir que la conexión entre norma y *fuerza* sea valorativa y/o arbitraria. Se mostró que la aplicación de una norma N regule un caso c, significa que la aplicabilidad de N en el caso C depende de otra norma N' que prescriba la aplicación de N en c, siendo N' es un criterio de aplicabilidad y una norma N así seleccionada una norma aplicable. Trazado el distingo, se destacaron las ambigüedades (e.g., norma

individual, justificación normativa, aplicable) en que incurre HDA, que impiden la conclusión que reclama. En consecuencia, se refinó el sistema secundario de adjudicación para dar suficiente cuenta de la implementación de las normas de conducta mediante criterios de aplicabilidad e inaplicabilidad de normas (positivos y negativos), proponiendo una redefinición de fuerza institucional adecuada y pertinente, que permite explicar tanto el carácter abierto como excluyente de un sistema normativo.

ABSTRACT

The recognition and adjudication of laws generates questions and problems that are constant matter of controversy in the theory of law. The persistence of these controversies is due to conceptual obscurities that are hidden under the generic idea of the *defeasability* of norms.

These are semantics and normative problems, concerning norms recognition or its scope, and institutional justification problems, concerning norm adjudication or its institutional force.

It was called *Recognition Defeasability Hypothesis* (RDH) to the following statement concerning the conceptual indeterminacy of the norm-content: a norm N is *defeasable* if and only if it is open to at least one implicit exception. The reasons of the existence of implicit exceptions are (i.e. truth conditions of the proposition): a) unpredictable configuration of future cases (gnoseologic limit); b) relevant character of properties not considered as such; c) formalistic vice of stipulating the irrelevance of properties not expressly considered; d) closure-rule absent.

From the investigation it results the falsity of RDH, because it depends on ambiguous terms and statements (e.g., case, relevant, irrelevant, permitted) that express propositions that are either false or if true not warrant the claimed inference.

It was called *Adjudication Defeasability Hypothesis* (ADH) to the following statement, concerning the norm-insufficiency for institutional decisions justification. A norm N is *indefeasible* in a case c if and only if the inferred solution of c from N is a sufficient condition to the judicial decision of the case c. Given that judicial solutions not always correspond (nor must be corresponded) with inferred solutions from a norm N (*modus tollens* argument), ADH claims that laws are not indefeasible, i.e. are defeasable.

While it is true the distinction proposed by ADH between normative system norm-membership and the norm-force justifying decisions, it is false to infer that the connection between norm and its force has to be value laden and/or arbitrary. It is shown that the adjudication of a norm N that regulates a case c, means that the applicability of N in the case c depends on other norm N' that orders the application of N in c, being N' a criterion of applicability, and the norm N an applicable norm. Being made these distinctions, it is marked the ambiguities (e.g., individual norm, norm justification, applicable) in which ADH incurs that obstacles the conclusion that it

claims. As a consequence, the secondary system of adjudication was refined to give sufficient account of primary norms enforcement by norms criterion of applicability and inapplicability (positives and negatives), proposing a relevant redefinition of institutional force that allows to explain both the open character and the exclusiveness of a normative system.

GLOSARIO

(A) AXIOMA

(D) DEFINICIÓN

(L) LEY

(R) REGLA TÉCNICA

(RI) REGLA DE INFERENCIA

(P) PRINCIPIO

(T) TEOREMA

(C, S) Elementos abstractos o genéricos de casos, soluciones

(c, s) Elementos concretos o individuales de casos, soluciones

ÍNDICE

PREFACIO	2
RESUMEN.....	3
ABSTRACT	5
GLOSARIO.....	7
INTRODUCCIÓN GENERAL	11
CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN	11
Indeterminación conceptual	12
Inutilidad pragmática	13
Conclusión	14
CAPÍTULO II: PROBLEMÁTICA	15
Problema normativo	15
Identificación.....	16
Aplicación.....	16
Derrotabilidad	17
CAPÍTULO III: METODOLOGÍA.....	18
Objetivos.....	18
Hipótesis de trabajo	18
Método.....	18
CAPÍTULO IV: MARCO TEÓRICO	21
Enunciados derrotables	21
Normas jurídicas.....	22
Conclusión	22
CAPÍTULO V: MARCO HISTÓRICO.....	23
Filosofía del derecho	23
Lógica deóntica	25
CAPÍTULO VI: RECONSTRUCCIÓN CONCEPTUAL.....	26
Intuición	26
Lenguaje objeto	27
Metalenguaje.....	28
Conclusiones	28
Corolario.....	29
PRIMERA PARTE: RELEVANCIA NORMATIVA	31
CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN	31
Derrotabilidad en la identificación del derecho.....	32
Explicandum	34
Condiciones de verdad.....	35
Consecuencias prácticas y conceptuales	37
Conclusión	38
CAPÍTULO II: SOBRE LA IMPREVISIBILIDAD DE LA CONFIGURACIÓN DE LOS CASOS.....	39
Intuición	39
Hipótesis	39
Técnica social.....	40
Carácter generalizado e hipotético	41
Selectividad.....	42
Concepto de caso.....	44
Resultado	45
Discusión	45
Resumen	47
CAPÍTULO III: SOBRE LA RELEVANCIA DE LAS PROPIEDADES ADICIONALES	49

Intuición.....	49
Hipótesis	49
Primera concepto de relevancia.....	49
Resultado	50
Segundo concepto de relevancia	51
Resultado	52
Tercer concepto de relevancia	52
Resultado	52
Discusión	53
Corolario	55
Resumen	57
CAPÍTULO IV: SOBRE LA DECLARACIÓN DE IRRELEVANCIA POR ANTICIPADO.....	58
Intuición.....	58
Hipótesis	59
Principio de clausura como norma	59
Principio de clausura como proposición normativa.....	60
Resultado	63
Discusión	64
Resumen	69
CAPÍTULO V: SOBRE LAS REGLAS DE APERTURA Y CLAUSURA.....	71
Intuición.....	71
Hipótesis	72
Significados conceptual y pragmático	72
Resultado	73
Discusión RC	76
Corolario RC.....	78
Discusión RA	79
CAPÍTULO VI: CONCLUSIONES	87
PARTE SEGUNDA: JUSTIFICACIÓN INSTITUCIONAL.....	88
CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN	88
Derrotabilidad en la aplicación.....	90
Explicandum	93
Condiciones de verdad.....	94
Consecuencias prácticas y conceptuales	94
Conclusión	96
CAPÍTULO II: SOBRE LA JUSTIFICACIÓN NORMATIVA INDIVIDUAL Y JUDICIAL	98
Intuición.....	98
Hipótesis	98
Solución individual.....	99
Solución judicial.....	100
Resultados	101
Discusión	101
Resumen	102
CAPÍTULO III: SOBRE LA APLICABILIDAD Y PERTENENCIA DE LAS NORMAS.....	103
Intuición.....	103
Hipótesis	103
Aplicabilidad como alcance	104
Aplicabilidad como obligatoriedad	105
Resultados	107
Pertinencia y aplicabilidad	108
Resultados	109
Tiempo externo y tiempo interno	110
Discusión	111
Resumen	113

CAPÍTULO IV: SOBRE LAS PROPIEDADES DEL CONCEPTO DE APLICABILIDAD	114
Aplicabilidad como proposición normativa	114
Resultados	115
Discusión	116
Aplicabilidad como propiedad relativa	118
Resultados	119
Discusión	121
Corolario	122
Resumen	123
CAPÍTULO V: SOBRE LOS TÉRMINOS DE UNA CADENA DE APLICABILIDAD	125
Criterios últimos de aplicabilidad.....	125
Resultados	125
Conflictos entre criterios de (in)aplicabilidad	129
Resultados	130
Conflicto entre normas aplicables	131
Resultados	131
Discusión	132
Resumen	132
CAPÍTULO VI: CONCLUSIONES	133
APÉNDICE	134
CAPÍTULO I: SOBRE LA COMPLETITUD Y EXHAUSTIVIDAD DE SISTEMAS NORMATIVOS....	134
Problemas normativos	134
Postulado de correspondencia	136
Resultados	138
Discusión	139
Corolario	141
CAPÍTULO II: SOBRE LA DEFINICIÓN DE JUEZ	144
Intuición	144
Hipótesis	144
Resultados	145
Discusión	146
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	149

INTRODUCCIÓN GENERAL

CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN

De un tiempo a esta parte, ha sido un lugar común en la filosofía del derecho predicar la derrotabilidad del razonamiento jurídico, ya sea como propiedad necesaria o bien como propiedad contingente de las normas jurídicas (BAYÓN, 2001: 35); cuanto menos desde la segunda mitad del siglo XX, y más concretamente desde las publicaciones de HERBERT L. A. HART (HART, 1948: 171-194; 1951: 145-166; 1958: 593-629; 1961: 160).

Pero no por ubicuo es preciso. No es claro qué significa el término empleado; *derrotable* designa múltiples significados que dependen de distintos atributos que a la vez presuponen distintas condiciones de verdad y clases de referencia. El término es ambiguo y refiere tal diversidad de fenómenos que entre estos sólo cabe un *parecido de familia* antes que un núcleo común de significado (RODRÍGUEZ y SUCAR, 1998a: 302).

Una idea mínima común consiste en predicar la indeterminación normativa de un caso dado, que suele representarse en forma de fenómeno de caja negra como sigue:

Si bien una norma N^1 correlaciona de antemano un caso C^1 (*i.e.*, supuesto de aplicación o antecedente) con una solución S^1 (*i.e.*, la prohibición, la permisión o la obligación de una acción a como consecuente) (*in put*); se observa que por distintas razones (*e.g.*, excepciones implícitas, fuerza institucional, etc.), la solución s^1 prevista de antemano no se aplica en el caso c^1 (*out put*). Entremedio, aquello previsto de antemano no se corresponde con lo verificado, pues del hecho que esté prevista de antemano la solución S^1 , no se sigue que, en el caso concreto c^1 , se aplique o deba aplicarse la solución s^1 , sin que por ello se predique error judicial alguno. Consecuentemente, no obstante la expresa previsión normativa, la solución del caso resultaría indeterminada, pues no sería posible inferir, ante el caso c^1 , la solución s^1 . El clásico silogismo judicial no se sostendría: dada una norma N^1 (*e.g.*, cuando el caso C^1 , entonces S^1), no se sigue que, ante el caso c^1 , entonces s^1 .

Dos enfoques teóricos se ven amenazados por la plausibilidad de algunas ideas muy intuitivas en las que se sostiene: la posibilidad de desplegar las consecuencias lógicas de un conjunto normativo, *i.e.* clausura bajo el concepto de consecuencia lógica (ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1974: 82); y la idoneidad práctica de las normas jurídicas,

i.e. la motivación de la conducta mediante razones concluyentes y no provisorias (RAZ, 1975: 27, 49). La idea de la derrotabilidad de las normas vuelve a todo conjunto normativo conceptualmente indeterminado y pragmáticamente inútil.

Indeterminación conceptual

De ser las normas derrotables, *i.e.* de no poder inferirse ante el caso c^1 la solución s^1 , no obstante la correlación establecida mediante una norma N^1 (e.g., cuando C^1 , entonces S^1), entonces resultaría conceptualmente imposible la concepción sistemática del derecho, *i.e.* representar un conjunto de normas como un sistema deductivo (NAVARRO y RODRÍGUEZ, 2000: 63), toda vez que depende del poder de inferencia que una norma N^1 proyecta sobre un caso c^1 , instancia de aplicación.

En consecuencia, sería imposible la determinación del Universo de Casos (UC) y la derivación de las consecuencias de la base (*fuentes*) que el sistema normativo proyecta sobre UC (ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1974: 117), toda vez que, e.g., los elementos constitutivos del Universo de Propiedades (UP) relativos a un sistema normativo resultarían indeterminados, *i.e.* no serían susceptibles de una enumeración completa y de antemano. En consecuencia, también lo serían los casos definidos en función del UP y, va de suyo, el Universo de Casos (UC) (ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1974: 155). Luego, si las normas correlacionan casos con soluciones, dado que el UP y UC resultarían indeterminados, entonces la correlación será indeterminada según se presenten los casos, debiendo necesariamente revisarse cada solución dada individualmente (HAGE, 2005: 13).

La indeterminación normativa o deóntica de la acción implica la necesidad de una decisión adicional que delimite el alcance de la norma y establezca definitivamente la solución del caso c^1 , *i.e.* la indeterminación exige una interpretación (una decisión valorativa adicional) que solucione *ad hoc* el caso c^1 en examen (NAVARRO, 2005: 103). De allí los postulados relativos a la inevitabilidad de la interpretación de las normas, a la necesidad de una valoración adicional para la solución de un caso c (DWORKIN, 1985: 225).

En breve, la descripción sistemática resultaría imposible siendo, en cambio, necesario involucrarse en actividades valorativas e interpretativas. El conjunto normativo sería conceptualmente indeterminado, sea parcial o totalmente, sea necesaria o contingentemente.

Inutilidad pragmática

Distinguible pero no separable, a modo de consecuencia adicional de la indeterminación deóntica de la acción, no resultaría posible inferir válidamente la respuesta a un problema normativo (ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1974: 32). Las soluciones no serán más que soluciones *prima facie*, nunca concluyentes; ninguna calificación normativa de ninguna acción sería concluyente, y con ello, toda acción no tendría más que una modalidad deóntica provisoria, revisable. Luego, todo sujeto normativo (VON WRIGHT: 1963: 77) no tendría más que una solución normativa provisoria, ya no concluyente (RAZ, 1975: 27).

De este modo, se colapsaría el criterio de identificación de derecho vigente en una comunidad dada, *i.e.* la debilidad de la inferencia socavaría su utilidad, y por añadidura, la regla de reconocimiento no resolvería, o resolvería de modo mínimo, el defecto de *falta de certeza* (HART, 1961: 114).

Colapsado aquel, colapsarían trascartón las funciones clásicas del derecho, entendidas estas, en tanto sistema normativo, como un método de motivación de conducta, *i.e.* una técnica que mediante normas califica la conducta humana como permitida, obligatoria o prohibida (KELSEN, 1960: 44), estimulando unas en detrimento de otras (RAZ, 1979: 213). En otras palabras, una *sociotécnica*, *e.g.* un artefacto humano cuyo propósito es la transformación o modificación del estado de cosas (realidad), en especial la sociedad, a través de normas (BUNGE, 1999: 383).

La derrotabilidad de las normas jurídicas impediría la posibilidad de comunicar pautas de conducta de modo generalizado (cuanto menos, concluyentes) que no necesiten ni de interpretación ni de intermediación de las autoridades para la solución del caso, pues siempre resultaría necesaria la interpretación de la autoridad y, va de suyo, la solución dependerá —por razones conceptuales— de la autoridad en cuestión (HART, 1961: 155).

Por lo tanto, y a modo de interrogante: ¿cómo guía la conducta de los individuos un sistema normativo compuesto por normas jurídicas derrotables, *i.e.* normas de contenido indeterminado?

La derrotabilidad apareja que la motivación no sea más que aparente, *i.e.* pasible de revisión. Por lo tanto, el sistema normativo resultaría inútil como método de resolución y prevención de conflictos de manera anticipada (ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1974: 202).

Conclusión

La idea de la derrotabilidad amenaza la concepción del conjunto normativo como un sistema deductivo, así como su función en tanto ingeniería social, socio técnica y diseño institucional, de un lado, cuanto la posibilidad misma de la dogmática jurídica, del otro. Un conjunto normativo sería conceptualmente incierto y pragmáticamente inútil, de manera previa a toda revisión particular, resultando trivial su descripción mediante proposiciones normativas, siendo toda información revisable, provisoria. Dicho de otra manera, la idea de la derrotabilidad amenaza los aspectos conceptual y pragmático de un conjunto normativo, a más de dogmático.

CAPÍTULO II: PROBLEMÁTICA

Tanto la identificación como la aplicación de las normas jurídicas generan interrogantes y dificultades que son objeto recurrente de controversia en la teoría jurídica. Por ejemplo, ¿qué debe hacer un juez frente a la solución dada por una norma jurídica a un caso individual, i.e. debe aplicar o puede no aplicar la norma? ¿Qué conexión existe entre casos individuales y normas generales, sean complejas o elementales? ¿Qué implicancias tiene la presencia de casos de lagunas axiológicas al momento de justificar una solución judicial?

Para avanzar en la solución de estas cuestiones e interrogantes es necesario partir del distingo conceptual entre las tareas de *identificación* y de *aplicación* del derecho, pues ante un problema normativo surgen dos cuestiones: de un lado, cuál es la solución normativa del caso, y del otro, debe (jurídicamente) aplicarse la solución normativa en el caso.

Problema normativo

Todo problema normativo se delimita por dos ámbitos: un ámbito fáctico, compuesto por el conjunto de situaciones o estados de cosas en que puede realizarse una acción en cuestión y cuyos elementos comparten una propiedad común definitoria, denominado Universo del Discurso (UD); y un ámbito normativo, compuesto por el conjunto de las respuestas posibles y cuyos elementos consisten en determinaciones del estatus deóntico de la acción en cuestión, denominado Universo de Acciones (UA) (ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1974: 32).

Para solucionar un problema normativo, la autoridad normativa correlaciona elementos del ámbito fáctico (UD) con elementos del ámbito normativo (UA) mediante normas jurídicas, i.e. enunciados que correlacionan casos con soluciones.

En función de la estructura condicional de las normas jurídicas (pertenecientes al sistema normativo cuya solución del problema interesa), una acción A de UA se correlaciona con circunstancias o propiedades que pueden o no verificarse en los estados de cosas de UD. La selección de estas circunstancias relevantes para la solución del problema normativo constituye una tarea valorativa que realiza la autoridad normativa de forma anticipada a la existencia del caso en cuestión, con mayor o menor fundamento. Necesariamente, las propiedades expresadas por la autoridad normativa son finitas (caso contrario, no sería posible producción normativa por inefable),

mientras que las propiedades que pueden presentarse en un caso de UD son virtualmente infinitas, extremo que por definición supone que habrá propiedades adicionales a las expresadas que no son consideradas por la autoridad normativa.

El conjunto de las propiedades expresadas constituye el Universo de Propiedades (UP) del sistema normativo en cuestión. Toda propiedad divide a los elementos de UD en dos clases: la clase de aquellos elementos en que la propiedad está presente y la de aquellos en los que está ausente. Y toda propiedad del UP y todo compuesto veritativo-funcional de tales propiedades define un caso posible, que puede ser elemental (i.e., cuando consiste en la conjunción de todas las propiedades del UP, o sus negaciones, pero no ambas), o complejo (i.e. cuando no consiste en la conjunción de todas las propiedades del UP, o sus negaciones). El conjunto de todos los casos elementales define el Universo de Casos (UC), consistente en 2^n casos elementales, siendo 'n' el número de propiedades del UP. En la medida en que UD y UC sean correspondientes, todo elemento del UD se corresponde con algún elemento del UC, por lo que la solución de UC proyecta soluciones al UD.

Identificación

La identificación del derecho es la respuesta jurídica a un problema normativo, i.e. la individualización de la solución normativa S^1 correlacionada por la norma jurídica N^1 ante un caso c^1 , i.e. ante la comprobación de las circunstancias o propiedades que se hacen presente en un caso c^1 .

En el ámbito de la identificación de normas, debe distinguirse entre aquellos problemas que operan en un nivel semántico, de aquellos que operan en un nivel normativo. Los primeros se refieren a la subsunción de un caso concreto c^1 bajo el alcance del supuesto de hecho de la norma C^1 . Los segundos, en cambio, a las condiciones de aplicabilidad de las normas jurídicas, e.g. excepciones implícitas que desplazan la aplicación de las consecuencias normativas, lagunas axiológicas, etc.

Aplicación

La aplicación del derecho es la utilización de la solución normativa previamente identificada correspondiente a un caso c^1 , i.e. la justificación de la solución s del problema jurídico ante un caso c^1 .

En el ámbito de la aplicación institucional del derecho (especialmente en la aplicación de normas por parte de los jueces) se presenta otra clase distinta de problemas, que

dependen del alcance de las reglas secundarias del sistema normativo, i.e. las reglas que regulan la capacidad normativa de los órganos de aplicación de normas. Es decir, dependiendo de la amplitud y precisión de estas reglas, la tarea de aplicación será más o menos automática.

La identificación de la solución normativa es lógicamente precedente a la aplicación de la solución normativa, pues no puede aplicarse una solución normativa sin antes de identificarse la solución normativa.

Derrotabilidad

Sendos problemas relativos a la identificación y aplicación del derecho pueden englobarse bajo el rótulo de la *derrota* de las normas jurídicas. El problema de la derrotabilidad ha tenido un notable desarrollo en las discusiones de lógica deóntica en las últimas décadas. Haciendo uso de estas herramientas, debe abordarse el problema de la derrotabilidad en el ámbito de la teoría del derecho, es decir de los problemas denominados del *alcance* y *fuerza* del derecho.

Los problemas del alcance son problemas de identificación de normas, i.e. se refieren a la conexión entre las normas y los casos que ellas regulan, mientras que los problemas de la fuerza normativa son problemas de aplicación de normas, i.e. se refieren a qué se debe hacer frente a una norma que regula un determinado caso.

La derrotabilidad de las normas jurídicas no resulta baladí; presenta problemas referentes a la motivación de conducta. En efecto, el problema se suscita al indeterminar inmediatamente las normas del derecho, sea mediante la indeterminación del significado de las formulaciones normativas; sea mediante la inaplicación judicial de las normas jurídicas que regulan el caso individual.

Por ello, resulta esencial clarificar y precisar una pluralidad de conceptos, así como refinar los existentes, al solo fin de dar acabada descripción y —en la medida de los resultados— solución a los problemas que la derrotabilidad presenta (tanto conceptuales como normativos).

CAPÍTULO III: METODOLOGÍA

Objetivos

Entre los objetivos se enumeran:

- 1) Reconstrucción de los conceptos de derrotabilidad relevantes en el plano de la identificación y aplicación de normas.
- 2) Análisis de la conexión entre normas generales, casos elementales y casos individuales.
- 3) Revisión de los conceptos de aplicabilidad y fuerza institucional de normas jurídicas a los efectos de dar cuenta de la derrotabilidad de las normas jurídicas.
- 4) Determinación de las reglas de diferente nivel que regulan la aplicabilidad de normas y de la competencia de los órganos de aplicación normativa.
- 5) Reconstrucción de la vinculación entre subsistema secundario de adjudicación y subsistema primario de un sistema normativo.

Hipótesis de trabajo

Se formulan las siguientes hipótesis:

- 1) La relevancia de una propiedad en la configuración de un caso depende de las soluciones correlacionadas por el sistema normativo bajo examen.
- 2) Distinción entre tesis e hipótesis de relevancia.
- 3) La conexión entre casos y normas es conceptual.
- 4) El atractivo de la derrotabilidad obedece a su misma ambigüedad y vaguedad.
- 5) Distinción adecuada entre criterios de identificación y criterios de aplicación o adjudicación.
- 6) La fuerza institucional es relativo a los criterios de aplicabilidad.

Método

El método empleado es el propio de la teoría analítica del derecho. A diferencia de otros tipos de enfoques sobre el derecho, las teorías analíticas se ocupan de los fundamentos y condiciones de verdad de las proposiciones jurídicas, de la estructura sistemática del sistema normativo, de la diferente naturaleza de las reglas que forman parte del sistema normativo, i.e. sus elementos, etc.

Las teorías analíticas no pretenden justificar o evaluar prácticas sociales (e.g. interpretación o aplicación del derecho) sino suministrar la infraestructura conceptual para describir y explicar tales fenómenos. Por lo tanto, presupone —por razones de método— la posibilidad conceptual de la descripción del objeto de estudio. Es decir, dentro de tales sistemas hipotético-deductivos, la negación de la posibilidad de la descripción de un sistema normativo carece de sentido.

Se utilizan dos técnicas filosóficas inherentes a la analítica, e.g. el análisis conceptual y la reconstrucción racional de conceptos. Mediante la primera técnica se procura establecer la geografía conceptual de los problemas a investigar, señalando las conexiones y diferencias lógicas entre los diferentes elementos de la red conceptual empleada, e.g. conceptos de aplicación, interpretación, laguna, fuerza normativa, relevancia, etc.

Mediante la segunda técnica, se reformulan los conceptos principales (e.g. *explanandum*) a los efectos de construir una explicación (e.g. *explanans*) más precisa y rigurosa que las usualmente empleadas en la teoría jurídica contemporánea.

El *explanandum* designa el concepto que se pretende explicar y, para ello, resulta menester su elucidación informal. El *explanans* designa el nuevo concepto que ha de sustituir, así se propone, al *explanandum* (ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1974: 29). Para ello, es necesario que el *explanans* satisfaga los siguientes recaudos:

- 1) Ser lo más exacto posible, estipulando explícitamente las reglas de su uso;
- 2) Debe tender al máximo de fecundidad, i.e. al desarrollo de consecuencias lógicas ulteriores y relevantes;
- 3) Guardar cierta similitud con el concepto a explicar (*explanandum*), i.e. el límite a la coextensividad viene impuesto por la precisión de la formulación;
- 4) Ha de ser simple, introduciendo la menor cantidad de postulados (ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1974: 30).

Son estos los requisitos de la exactitud, fecundidad, similitud y simplicidad que, como método de análisis, dan cauce a lo que sigue.

Asimismo, se emplea una metodología novedosa concerniente al análisis semántico de las proposiciones filosóficas. Haciendo uso, entonces, de las herramientas conceptuales elaboradas desde la filosofía de la ciencia, se procura establecer las condiciones

globales del significado de un enunciado, e.g., extensión, intensión, clase de referencia y condiciones de verdad de las proposiciones (BUNGE, 1974).

Este análisis semántico permite demostrar, por un lado, que una gran cantidad de controversias no son más que aparentes, por cuanto el significado de las proposiciones incluye o excluyen elementos semánticos que los vuelven inconmensurables gnoseológicamente, y, por lo tanto, no susceptibles de refutación los unos a los otros, y la recíproca.

Y, por otro lado, permite clasificar aquellas proposiciones que entre sus condiciones de verdad incluyen, como clase de referencia, la actitud de una comunidad dada de individuos. En consecuencia, a más de empíricas, develan su naturaleza pragmática o idealista. Por el contrario, la investigación se mantiene, por razones de método, dentro de lo abstracto u objetivo, i.e. prescindiendo de comunidades particulares.

CAPÍTULO IV: MARCO TEÓRICO

La *derrota* se predica de los enunciados condicionales cuya conexión entre el antecedente y el consecuente es debilitada, i.e. la verificación del antecedente no permite inferir el consecuente (RODRÍGUEZ, 1997: 160).

Enunciados derrotables

Dos criterios de adecuación han de satisfacer los enunciados condicionales para ser definidos como derrotables. Tanto la ley de refuerzo del antecedente (RA) como la inferencia mediante *modus ponens* (MP) han carecer de aplicación, i.e. han de resultar inválidas. Si bien uno se define en función del otro, y la recíproca, se mantiene la separación de los criterios (ALCHOURRÓN, 1993: 109).

En un enunciado derrotable, la conexión condicional se representa mediante el *corner* ' $>$ '. Así, el enunciado $(p > q)$ significará que sólo en algunos casos p y no en todos, se sigue el caso q . La invalidez del *modus ponens* significa que de la sola proposición p , no se permite inferir la proposición q . A su vez, la invalidez del refuerzo del antecedente significa que de la proposición p junto con la proposición r , no se sigue necesariamente la proposición q .

La pérdida del poder inferencial de todo enunciado condicional junto con el antecedente es notable, i.e. la consecuencia lógica se presenta no monotónica (ALCHOURRÓN, 1993: 109). El antecedente de un condicional derrotable no es condición suficiente del consecuente, sino una condición necesaria de un conjunto de condiciones suficiente, i.e. una condición contribuyente (ALCHOURRÓN, 1993: 125).

Exige, por lo tanto, que ante la verificación del antecedente sean revisadas todas las propiedades que puedan presentarse en el caso a los efectos de extraer, o no, la proposición consecuente. Así, depende de una nueva formulación representada — formalmente— mediante el operador de revisión f .

El operador de revisión f descubre que no hay nada implícito en el contenido conceptual de la proposición antecedente, sino tan solo la revisión del contenido mismo. De este modo, al reforzarse el antecedente del condicional (por la introducción de nuevos elementos hasta entonces no listados), se debilita (se estrecha el campo de aplicación) el enunciado condicional. Es decir, no todos los casos del antecedente resultan correlacionados con el consecuente, operada la revisión de aquel. Así, el operador capta en su totalidad el comportamiento de la derrotabilidad.

El poder explicativo de la lógica de los condicionales de ALCHOURRÓN justifica metodológicamente su empleo. Hace, de la consecuencia lógica de los enunciados condicionales derrotables, una caja gris, en contraposición al modelo de caja negra de las lógicas que proponen la indeterminación conceptual. En consecuencia, a los efectos de representar la idea de derrotabilidad, se emplea su sistema y su presentación.

Normas jurídicas

Pues bien, una clásica concepción de las normas jurídicas como enunciados condicionales, i.e. enunciados hipotéticos (VON WRIGHT, 1963: 10), las define como una correlación entre un caso (propiedad o compuesto veritativo-funcional de propiedades) y una solución (operador deóntico modalizando un enunciado de acción) (ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1974: 37).

Por lo tanto, de ser válida la propuesta de la derrotabilidad implicaría lo siguiente. Dada una norma N^1 (e.g., cuando C^1 , entonces S^1) y la proposición que afirma el caso antecedente c^1 , no es posible afirmar el consecuente, i.e. la solución s^1 . Ello, por cuanto cabe la posibilidad de una proposición adicional r que impida el paso del antecedente al consecuente. La proposición adicional será una excepción implícita (HART, 1961: 160), una interpretación (DWORKIN, 1977: 81), o una proposición de elección (ALCHOURRÓN, 1993: 104), representada por la función de revisión f . En consecuencia, el operador monádico f esconde propiedades implícitas relevantes (NAVARRO y RODRÍGUEZ, 2000: 69).

Conclusión

La derrotabilidad de las normas en general, de las normas jurídicas en particular, significa la imposibilidad conceptual de la sistematización de un conjunto de normas α (HART, 1961: 63).

CAPÍTULO V: MARCO HISTÓRICO

Resulta extraña a la evolución de las ideas filosóficas la linealidad propia de otras materias. La cuestión de la derrotabilidad ha sido objeto de lecturas y relecturas, sujetas a la dinámica propia de las ideas inherentes a su coyuntura, i.e. al contexto de descubrimiento.

Empero, vale mencionar como obras fundacionales de cada una de las posturas en debate (en mayor o menor medida), las siguientes —a presentarse en orden cronológico—.

Filosofía del derecho

En 1951 HERBERT L. A. HART publica el artículo “The Ascription of Responsibility and Rights” (HART, 1951: 145-166) que, si bien idéntico al previamente publicado años antes (HART, 1948: 171-194), por el impacto que aquel causó, es tenido como el primer hito de la idea derrotabilidad, en contraposición al anterior artículo. Así, el publicado en 1951 y no el de 1948 es el frecuentemente citado y sobre el cual trabaja la filosofía del derecho contemporánea.

Pues bien, en aquellos por primera vez es llamada la atención sobre el carácter derrotable (del inglés, *defeasible*) de las normas jurídicas, i.e. se manifiesta como propiedad esencial de las normas y del razonamiento jurídico el ser derrotables. Se introduce, explícitamente, la expresión *derrotable* con la que el fenómeno denunciado pasaría a conocerse en la filosofía.

Se predica aquella propiedad —funda HART— por cuanto no es posible enumerar las condiciones necesarias y suficientes de la validez jurídica de, e.g., un contrato. Con aquello se significaba, tan solo, la imposibilidad de listar de antemano todas las propiedades que debe satisfacer un instituto jurídico para ser tenido por válido.

La tesis maduró como conclusión de unas ideas que si bien, de nuevo, previamente publicadas, no predicaba de las normas jurídicas su derrotabilidad (HART, 1958: 593-629). Luego, todas las ideas son sistematizadas en su obra ya clásica (HART, 1961: 155).

Las primeras réplicas, en el año 1958, provienen de LON FULLER que, basado en los caracteres de la vaguedad del lenguaje y la indeterminación de los casos (implicados por HART), predica la inevitabilidad de la valoración en la identificación de las soluciones derivadas de las normas jurídicas (FULLER, 1958: 661). Siendo la valoración en la

identificación del derecho inevitable (y por razones conceptuales), la tesis positivista de HART resulta carente de fundamento, i.e. la imposibilidad conceptual de la distinción positivista entre descripción y evaluación. En otras palabras, entre el derecho que *es* y el derecho que *debe ser*. Años más tarde, se llamaría a este derrotero como la “autodestrucción” de la filosofía del derecho positivista (GOLDSWORTHY, 1990: 449-486).

Una segunda línea de debate se abrió al publicarse, en el año 1967, el artículo de DWORKIN respecto de un elemento nuevo en los sistemas normativos, i.e. los principios jurídicos con su peculiar dimensión del *peso* (DWORKIN, 1967: 14-46). Este implicaba la insuficiencia de la solución de un caso por una norma jurídica por cuanto podría verse desplazada por un principio de suficiente peso en dirección contraria a la solución establecida por la norma. Por lo tanto, según este enfoque, las reglas se verían derrotadas por la presencia de principios, sean explícitos o implícitos.

En el año 1974, por otro lado, se publica la obra de ALCHOURRÓN y BULYGIN que, si bien no de un modo expreso, en el apéndice de la misma, representan a las normas jurídicas mediante el operador diádico de la implicación material (e.g., ‘ \rightarrow ’). Así, se pronuncian implícita pero no menos inequívocamente por una conexión fuerte entre caso y solución, contrariando a la idea de la derrotabilidad misma. Es decir, la implicación material ($C \rightarrow S$) afirma que todos los casos antecedentes *c* son correlacionados con la solución consecuente *s*, sin importar la presencia o ausencia de otras propiedades (*p, q, r...n*) que el caso pueda presentar (ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1974).

La dimensión del *peso* luego es retomada y conceptualizada integralmente, predicada ya no respecto de los principios, sino de todo el material normativo. Así, se introduce por primera vez la distinción referida anteriormente entre la pertenencia de una norma a un sistema jurídico y la fuerza o peso de la misma para imponer una solución. Ello, en el año 1985, fecha de la publicación de la segunda gran (por la pretensión de total sistematización) obra de DWORKIN (DWORKIN, 1985: 115).

Más adelante en el tiempo, dos autores han tratado de conciliar sendos puntos referidos, i.e. el de la derrotabilidad o no de las normas jurídicas. Así, en el año 1991 SCHAUER introduce las nociones que se revelaron, a la postre, básicas. Estas son las nociones de interpretación *atrincherada* o interpretación *transparente* de las normas jurídicas, i.e.

según de o no cuenta de la justificación (principio) que subyace la norma jurídica (SCHAUER, 1991: 116).

Asimismo, es WALUCHOW el que presenta en metalenguaje las versiones anteriores calificadas como teoría del derecho, i.e. de la pertenencia y alcance de las normas jurídicas; y teoría de la aplicación o adjudicación judicial, i.e. de los deberes de la autoridad para con las normas jurídicas en relación a un caso concreto (WALUCHOW, 2003: 66).

Lógica deóntica

En cuanto al aspecto formal de los condicionales derrotables, es CARLOS ALCHOURRÓN quien ha introducido la noción aquella y, manteniendo la lógica clásica (no así la no monotónica) pretende dar cuenta del fenómeno haciendo uso de las herramientas clásicas de aquella lógica.

Para ello, introduce el operador monádico de revisión (e.g., f) de premisas en el modelo estándar (ALCHOURRÓN, 2010). Se representa, entonces, a los condicionales derrotables como sistemas de premisas (teorías) bajo la función de revisión de creencias, ya no como indeterminación conceptual. La modificación evita la necesidad de utilizar o desarrollar lógicas no monotónicas o por defecto, lo que la hace consistente (coherente) con demás ramas científicas.

Las lógicas no monotónicas son propias del desarrollo de las teorías de la inteligencia artificial (BAYÓN, 2001: 35), resultan fuertemente intuitivas, pero resultan contrarias al pensamiento científico, i.e. sistemas conceptuales cuyo objetivo es la descripción sistemática de una porción de un sistema concreto.

El enfoque de ALCHOURRÓN es el que ha perdurado y es el utilizado habitualmente, sobremanera por la conservación de la lógica clásica, la presentación formalizada y sistematizada del mismo, con sus axiomas, leyes de inferencia y teoremas, conocido, finalmente, como *sistema AD*.

CAPÍTULO VI: RECONSTRUCCIÓN CONCEPTUAL

El condicional que expresarían las normas jurídicas no es ni podría ser un condicional material (\rightarrow) sino un condicional derrotable ($>$) (ALCHOURRÓN, 1993: 77; 1996a: 141).

Intuición

La conexión que establecen los enunciados condicionales entre el antecedente y el consecuente es fuerte, i.e. en todos los casos en que se da el antecedente, se sigue el consecuente. En consecuencia, el antecedente es condición suficiente del consecuente, sin importar las restantes propiedades que se hagan presente junto con el antecedente. Sea una norma $N^1 p \rightarrow Phq$, entonces cada vez que se verifique p , se sigue Phq (*modus ponens*), sin perjuicio de las restantes propiedades adicionales $r, s, t...n$, que en nada conmueven la inferencia (refuerzo del antecedente).

Justamente, este poder de inferencia del condicional material es lo que se encuentra amenazado, en la medida en que afirma que no en todos los casos p se sigue Phq , por lo que es necesario reformular la conexión entre antecedente y consecuente con fin de representar adecuadamente el razonamiento mediante normas jurídicas.

En consecuencia, la conexión que los condicionales derrotables establecen entre el antecedente y el consecuente es débil, i.e. sólo en algunos de los casos en que se da el antecedente, se sigue el consecuente. En consecuencia, el antecedente no es condición suficiente del consecuente, pues dependerá de las restantes propiedades adicionales que se hagan presente junto con el antecedente. Sea entonces una norma $N^2 Phq/p$, entonces no en todos los casos en que se verifique p , se sigue Phq , pues las restantes propiedades adicionales $r, s, t, \dots n$, varían la inferencia según su relevancia, i.e. pueden derrotar Phq .

La representación formal de las normas jurídicas mediante un condicional material \rightarrow no representa genuinamente la conexión entre el antecedente y el consecuente de una norma N^1 , pues es intrínseco a la implicación que siempre que sea p , entonces Phq , i.e. el antecedente es condición suficiente del consecuente. Por el contrario, se sostiene que sólo en algunos del total de casos p , es q prohibido: habrá casos p que no sean Phq . Que un caso p sea o no Phq , depende de la ausencia o presencia de restantes propiedades que el caso p pueda presentar, i.e. un conjunto de supuestos asociados. En *condiciones normales*, Phq sigue a p ; pero en *condiciones atípicas o excepcionales*, Phq no sigue a p (CELANO, 2012: 268; CARRIÓ, 1967: 69; HART, 1961: 161; HAGE, 2005: 121). Las

propiedades adicionales a p derrotan la inferencia de Phq en el caso p , no obstante la norma $N\ Phq/p$.

En otras palabras, el caso p junto con más un conjunto de supuestos no mencionados es condición suficiente de Phq , por lo que, si no se dan los supuestos, entonces de p no se sigue Phq . El caso p de la norma N^2 no es una condición suficiente de la solución Phq , pues la solución del caso, i.e. la identificación y verificación de los presupuestos asociados a p , exige una nueva decisión que determine la presencia o ausencia de los supuestos adicionales no mencionados, conjuntamente suficiente para la solución del caso.

Se reconstruirán dos objeciones contra la representación de las normas como condicionales materiales: mientras uno sostiene la derrotabilidad al momento de la identificación misma de la norma (hipótesis de la derrotabilidad en la identificación: HDI), otra sostiene la derrotabilidad al momento de la aplicación de la norma (hipótesis de la derrotabilidad en la aplicación: HDA); y mientras el primero (HDI) niega la inferencia de la solución individual, el segundo niega la inferencia de la solución judicial (HDA), i.e. la solución individual no justifica la solución judicial. Consecuentemente, mientras la derrotabilidad que predica HDI es conceptual, la derrotabilidad que predica HDA es pragmática.

Lenguaje objeto

Se sigue entonces que el condicional derrotable no satisface las leyes lógicas del *modus ponens* ni de refuerzo del antecedente: la invalidez conjunta de tales leyes conforma el núcleo esencial de la idea que subyace a los condicionales derrotables (ALCHOURRÓN, 1993: 105). Es un debilitamiento de la conectiva del condicional material (RODRÍGUEZ, 1997: 160). Por lo tanto, las siguientes son REGLAS DE INFERENCIA inválidas para condicionales derrotables:

(RI1) *Modus ponens*: $(p \rightarrow Phq) \rightarrow p \rightarrow Phq$

(RI2) Refuerzo del Antecedente: $(p \rightarrow Phq) \rightarrow (p.r \rightarrow Phq)$

La invalidez del *modus ponens* se debe a que la sola presencia del antecedente p no es suficiente, i.e. no autoriza la inferencia válida de Phq , pues cabe la presencia de excepciones implícitas que invaliden (*derroten*) tal inferencia. Condición suficiente de Phq es p y el conjunto de supuestos asociados, razón por la cual de la norma condicional y la condición antecedente, no se sigue la prohibición actual.

La invalidez del refuerzo del antecedente se debe a que si las excepciones implícitas derrotan la inferencia, de p en conjunción con otra circunstancia r no se sigue Phq , pues la circunstancia r puede ser *derrotante* de la inferencia. De la norma condicional, la condición antecedente y la condición *derrotante* (excepción implícita), no se sigue la prohibición actual.

Hasta aquí de la conectiva (no clásica) derrotable (en lenguaje objeto).

Metalinguaje

De modo equivalente (ALCHOURRÓN, 1993: 108), y expresado en metalenguaje, el razonamiento con condicionales derrotables exige una noción no clásica de consecuencia lógica. Por lo tanto, la noción de consecuencia lógica no ha de satisfacer la propiedad de monotonidad. La noción de consecuencia requerida no satisface la siguiente LEY.

(L1) Monotonidad: Si $T \vdash A$ entonces $T \cup \beta \vdash A$

La invalidez de la monotonidad se debe a que si A (conjunto de enunciados) es una consecuencia de T (conjunto de enunciados), la ampliación (adición) de T en β (conjunto de enunciados), no debiera garantizar la inferencia A de T , pues cabe la presencia de condiciones *derrotantes* en β . Si la noción de consecuencia fuese monótona, entonces no cabría la posibilidad de excepciones implícitas, i.e. la adición de información adicional no invalidaría la consecuencia previamente inferida. En otras palabras, la monotonidad es la presentación metalingüística de la ley de refuerzo del antecedente.

La noción de consecuencia lógica, en consecuencia, debe permitir inferir conclusiones sobre la base de un conjunto dado de enunciados, a la vez que permitir corregir y eventualmente negar la inferencia de las mismas conclusiones tan pronto se tomen en cuenta una ampliación del conjunto de enunciados (PRAKKE y SARTOR, 2003: 5).

Conclusiones

Son dos las condiciones de adecuación (negativas) para condicionales derrotables: 1) no han de satisfacer la ley del *modus ponens*; y 2) no han de satisfacer la ley de refuerzo del antecedente (ALCHOURRÓN, 1993: 109).

La conectiva derrotable es representada mediante el corner: $>$. Así, sea la norma $N^1 p > Phq$. En virtud de las condiciones de adecuación, de p no se sigue Phq . La propiedad p

es insuficiente. Sólo de p y del conjunto de supuestos a él asociados se sigue Phq : p y el conjunto de supuestos asociados son condición suficiente de Phq . La conectiva $>$ *esconde* circunstancias implícitas relevantes (NAVARRO y RODRÍGUEZ, 2000: 69).

Análogamente, puede representarse el conjunto de supuestos asociados a p mediante el operador de revisión: f . Sea fp la representación de la revisión de p , i.e. p y el conjunto de supuestos asociados a p . Supóngase que $A_1 \dots A_n$ sean el conjunto de los presupuestos de p , entonces fp representará a p junto con el conjunto de presupuestos asociados a p A^i para toda $1 \leq i \leq n$ (ALCHOURRÓN, 1996a: 135; RODRÍGUEZ, 1997: 160).

Dado que p y el conjunto de supuestos asociados, i.e. la revisión de p (fp), es condición suficiente del consecuente Phq , se define a una norma $N1$ $p > Phq$ del siguiente modo:

$$(D1) N^1(p > Phq) = \text{df. } (fp \rightarrow Phq).$$

Se sigue que p es uno de los conjuntos de fp , por lo tanto vale el postulado siguiente, como primer AXIOMA del operador de revisión f (ALCHOURRÓN, 1993: 112).

$$(A1) (f.1) \vdash (fp \rightarrow p) \quad (\text{Expansión de } f)$$

El contenido conceptual del antecedente, i.e. el conjunto de supuestos, no está determinado por el enunciado (signo lingüístico) p , sino que depende del contenido proposicional de p , por lo que se tiene el siguiente segundo AXIOMA (ALCHOURRÓN, 1993: 112).

$$(A2) (f.2) \vdash (p \Leftrightarrow r) \rightarrow (fp \Leftrightarrow fr) \quad (\text{Extensionalidad de } f)$$

Los AXIOMAS A1 (f.1) y A2 (f.2), en razón de ser los únicos principios esenciales para el operador de revisión f , son suficientes a los efectos de la presentación del condicional derrotable (ALCHOURRÓN, 1993: 112).

Corolario

El AXIOMA A1 (f.1) de expansión de f significa lo siguiente. Se sigue de A1 (f.1) que el antecedente p integra necesariamente la condición suficiente fp del consecuente Phq , por lo tanto el antecedente de un condicional *derrotable* es una condición contribuyente, i.e. una condición necesaria de una condición suficiente (ALCHOURRÓN, 1993: 125). La proposición de revisión —expresada por fp — de una proposición expresada por p , es una expansión conceptual de p , i.e. fp expresa una proposición *más fuerte* que la proposición expresada por p (ALCHOURRÓN, 1993: 113, 119). En consecuencia, el condicional cuyo antecedente resulte fp será una contracción conceptual respecto del

condicional cuyo antecedente resulte p , i.e. el condicional *derrotable* expresa una proposición *más débil* que la proposición expresada por un condicional general (ALCHOURRÓN, 1993: 113, 120). El enriquecimiento conceptual del antecedente limita el campo de aplicación del enunciado condicional, i.e. la expansión conceptual del antecedente implica la contracción conceptual del enunciado condicional en que figura.

En razón del AXIOMA A2 ($f.2$) se sigue que el conjunto de supuestos asociados a p no depende del enunciado (signo lingüístico), sino del contenido conceptual expresado por p . La proposición que identifica el contenido conceptual implícito (completo) de la proposición expresada por p , se denomina *proposición de elección* (ALCHOURRÓN, 1993: 104). La identificación depende de la revisión (representada por f) de la proposición. El contenido conceptual de la proposición expresada por p , resulta revisable a los efectos de su expansión conceptual, y consecuentemente, a los efectos de la contracción conceptual del condicional en que figure como antecedente. En otras palabras, revisar es reemplazar la proposición antecedente por una proposición más fuerte, i.e. incorporar el conjunto de supuestos implícito. El operador de revisión f se mantiene en una norma revisada N^2 (f $p.r \rightarrow Phq$), donde p y r constituyen la proposición de elección, dado que aun así resultará ineliminable la contingencia de supuestos asociados no mencionados, aun no hechos presentes, i.e. no podría estarse seguro de haber alcanzado el conjunto de premisas deseado o correcto (ALCHOURRÓN, 1993: 121, 122).

En otras palabras, la detección de consecuencias indeseadas y la consecuente revisión del contenido conceptual del antecedente del condicional, resulta constante e indefinida (CELANO, 2012: 289).

PRIMERA PARTE: RELEVANCIA NORMATIVA

CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN

Es un hecho la existencia de conflictos de intereses entre dos o más personas en la vida en sociedad; el derecho, en tanto artefacto humano, tiende a prevenir y solucionar cuanto menos algunos de esos conflictos; utiliza como mecanismo normas mediante las cuales pretende, con mayor o menor eficiencia, estimular la conducta humana de manera previa a la generación del conflicto (*general deterrence*), y en su defecto, forzar la conducta humana de manera coactiva una vez suscitado el conflicto (*specific deterrence*).

Todo conflicto de intereses suscita un problema normativo, i.e. un interrogante acerca de qué curso de acción corresponde seguir ante una situación dada, cuya respuesta consiste en identificar el estatus deóntico (*e.g.*, prohibido, facultativo, obligatorio) de la acción en cuestión en el caso dado y según un conjunto normativo (ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1974: 32).

Por lo común, las normas correlacionan ciertas circunstancias o propiedades empíricamente verificables en el caso o conflicto de interés con soluciones que consisten en la determinación deóntica de una acción. Simplificando, una norma correlaciona una solución con la verificación de una propiedad en un caso dado.

La selección de estas circunstancias relevantes para la solución del problema normativo constituye una tarea valorativa que realiza la autoridad normativa de forma anticipada a la existencia del caso en cuestión, con mayor o menor fundamento (ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1974: 33).

Dado que el estatus deóntico de una acción depende de la verificación o no de ciertas circunstancias correlacionadas por una norma N^1 , el problema normativo se reformula como sigue: ¿en qué circunstancias una acción es determinada deónticamente según las normas jurídicas?

Para identificar la solución normativa es necesario detectar las circunstancias o propiedades que se presentan en el caso y verificar qué solución correlaciona el conjunto normativo mediante sus normas.

En un principio, las propiedades que deben detectarse en el caso a los fines de inferir la solución normativa son aquellas que han sido previstas de antemano por la autoridad normativa. No obstante, las propiedades expresadas por la autoridad normativa son finitas (caso contrario, no sería posible producción normativa por inefable), mientras que las propiedades que pueden presentarse en un caso son virtualmente infinitas. Entonces, fácilmente se advierte que pueden presentarse propiedades en el caso en cuestión que no fueron expresadas por la autoridad normativa, abriendo un nuevo interrogante acerca de qué consideración merecen estas propiedades adicionales no expresadas, quizá iguales o más relevantes que las expresamente previstas.

La pregunta que sigue al interrogante anterior, entonces, es ¿qué importancia tienen las circunstancias no expresadas de antemano para la solución del problema normativo, i.e. para la identificación del estatus deóntico de la acción?

Derrotabilidad en la identificación del derecho

Precisamente, uno de los significados en base al cual se predica la derrotabilidad del razonamiento jurídico, consiste en predicar —sobre la base de distintos argumentos— la relevancia normativa de las propiedades adicionales no expresadas por la autoridad normativa. De ello se seguiría que las propiedades expresadas por la autoridad normativa no agotarían el contenido conceptual de las normas del conjunto normativo, y en consecuencia, la identificación de la solución del problema normativo no sería posible de antemano en la medida en que resultaría necesario considerar, además, las propiedades no expresadas pero igualmente relevantes, pues no son suficientes para la solución del caso la verificación de las propiedades previstas de antemano por la autoridad normativa, i.e. identificar la proposición de elección. Y dado que la selección de las circunstancias relevantes es una tarea valorativa, se sigue que son necesarias —para la solución del caso— decisiones valorativas adicionales.

La condición de verdad de la proposición anterior es como sigue: ningún conjunto normativo puede resolver de manera anticipada todos los conflictos de intereses que se pudieran presentar, porque resulta imposible la identificación previa y completa de todas las propiedades relevantes que pueden verificarse en un caso, por lo que resulta imposible agotar el contenido conceptual del antecedente de la norma jurídica sobre cuya base debiera inferirse la solución; antes bien, resolver de manera anticipada todos los casos comprometería a declarar irrelevantes todas las restantes propiedades que un

caso pueda presentar, en adición a las expresamente considerados, cuando bien mirado resultarían relevantes.

Por lo tanto, por razones conceptuales, las normas estarían sujetas a excepciones implícitas no enumerables taxativamente (HART, 1961: 173), pues, cuanto más, la autoridad normativa sólo podría resolver los casos normales, las configuraciones más comunes de propiedades, dejando indeterminados (sin solución) los casos atípicos, *i.e.* aquellos casos que consisten en una combinación de propiedades imprevista y/o imprevisible (CARRIÓ, 1967: 69).

En consecuencia, o bien una relativa ignorancia de los hechos, o bien una relativa indeterminación de propósitos (HART, 1961: 160), implica que la solución normativa prevista de antemano no sea más que provisoria o revisable, pues no puede descartarse que se presente un caso que no fuera contemplado al momento de la producción normativa, *i.e.* imprevisto o imprevisible (e.g., casos de infrainclusión), o bien un caso que quede fuera del propósito tenido en miras al momento de la producción normativa (e.g., casos de sobreinclusión). Los enunciados concluirían con la expresión “*a menos que...*”, a los efectos de dejar abierta la norma jurídica a la introducción de excepciones implícitas (HART, 1961: 174).

En este sentido, resulta ineliminable la contingencia de que se presente en un caso alguna propiedad no considerada pero igualmente relevante que exija una solución normativa diferente a los casos de propiedades consideradas, que ignorarla comprometería a un formalismo inaceptable.

Por lo tanto, la revisión del contenido conceptual antecedente a la solución normativa del problema en cuestión (proposición de elección) implica que las propiedades que la autoridad normativa selecciona como relevantes y que configuran el antecedente del condicional (caso), no son condiciones suficientes, sino condiciones meramente contribuyentes del consecuente (solución). En otras palabras, las propiedades expresadas por la autoridad normativa no agotan el contenido conceptual del antecedente de la norma, dado que se hallan expuestas a excepciones no enumerables de antemano que limitan tal alcance. La revisión (proposición de elección) acarrea el enriquecimiento del antecedente, y, por lo tanto, el debilitamiento del enunciado condicional.

Dado que no es posible considerar todas las propiedades que se presentarán en un caso futuro, luego en esa medida no pueden resolverse por anticipado de una manera razonable. Por lo tanto, las propiedades sólo pueden ser condiciones contribuyentes y no suficientes de la solución ordenada. Su enumeración expresa resulta necesaria y conceptualmente incompleta. Siendo así, es necesaria una decisión valorativa adicional que determine la solución del caso.

En otras palabras, dado un sistema de normas, y acaecido un hecho, no es posible extraer válidamente ninguna consecuencia normativa, *i.e.* ninguna solución, y, en consecuencia, mal podría motivar conducta alguna. No hay correlación deductiva: no puede descartarse la presencia de una circunstancia imprevista o imprevisible que defina al caso como excepcional, atípico.

La atipicidad de los casos que tornan al derecho derrotable no reside necesaria y exclusivamente en la vaguedad de los conceptos jurídicos empleados; por el contrario, son casos que se encuentra en el *núcleo claro de significado*. Son propiedades adicionales no consideradas las que *derrotan* la norma jurídica.

Sólo formalistas (*strict conventionalist*) considerarían lo implícito como irrelevante, *i.e.* incapaz de introducir excepciones a lo dispuesto por otras normas jurídicas (DWORKIN, 1985: 125).

Explicandum

Se denominará a esta argumentación *Hipótesis de la Derrotabilidad en la Identificación del derecho* (en adelante HDI), cuya DEFINICIÓN es la que sigue.

(D2) Una norma jurídica N^1 es derrotable, si y solo si se halla sujeta a al menos una excepción implícita.

(D3) Una circunstancia p introduce una *excepción* en una norma N^1 , si y solo si:
1) p es correlacionada con una solución lógicamente incompatible con la solución de la norma N^1 ; y 2) ante el conflicto de soluciones, prevalece la solución correlacionada con p (NAVARRO y RODRÍGUEZ, 2000: 75).

(D4) Una circunstancia p es una excepción *implícita* del caso c en un sistema normativo α , si y solo si p no se infiere (deduce) del sistema normativo α al solucionar el caso c (*i.e.* p no es identificada por la tesis de relevancia, o lo que es lo mismo: p no pertenece al UP del sistema normativo).

HDI admite una lectura fuerte: todas las normas jurídicas son *necesariamente* derrotables; y una lectura débil: las normas jurídicas son *contingentemente* derrotables.

Condiciones de verdad

Para HDI, la derrotabilidad de las normas jurídicas obedece a una necesidad conceptual, que a su vez se sostiene sobre la base de los siguientes PRINCIPIOS distinguibles, aunque no separables, en virtud de las cuales se afirma la existencia de hecho de excepciones implícitas, *i.e.* condiciones de verdad de la proposición de HDI:

(P1) La imprevisibilidad de la configuración de los casos futuros, en tanto límite gnoseológico, impide solucionar de un modo razonable todos los casos que pudieran presentarse.

Esto se debe a que la totalidad de las propiedades del mundo son inefables, y, por lo tanto, su compuesto veritativo-funcional resulta imprevisible, escapando así al horizonte de conocimiento humano (HART, 1961: 175; CELANO, 2012: 280; CARRIÓ, 1967: 69).

Una variante cercana al PRINCIPIO 1 es como sigue:

(P2) Si la autoridad normativa que promulgó la norma jurídica, enfrentado ante una propiedad *p* que, previsible o no, no consideró de modo anticipado y que, de haberla considerado, hubiese solucionado el caso de modo diverso; entonces tal propiedad *p* es en verdad una excepción implícita a la solución normativa anterior.

Es decir, la disposición a revisar las soluciones por parte de la autoridad normativa derrota las soluciones expresas del sistema normativo en examen. Empero, si no hay tal disposición, entonces no importa cuán relevante sea para el intérprete, tal propiedad no resultará una excepción implícita (ALCHOURRÓN, 1996b: 155).

(P3) El carácter relevante de propiedades no consideradas expresamente como tales para la solución del caso, exige que la solución del caso pondere las propiedades del caso concreto, y, sobre todo, determine la finalidad de la ley.

Una consecuencia de este enfoque es la imposibilidad de trazar una demarcación metodológica entre descripción y evaluación del contenido del sistema normativo bajo examen, *i.e.* resulta necesario evaluar cuál es la finalidad de la norma jurídica que se aplica para determinar su contenido conceptual (FULLER, 1958: 661).

(P4) Una concepción semántica de la vaguedad del lenguaje ordinario implica que aquellos casos incluidos en la zona de penumbra carezcan de solución, i.e. no se subsumen en un caso c y tampoco se subsumen en el caso complementario $\sim c$.

La vaguedad afecta la denotación del antecedente conceptual, en consecuencia, todo sistema normativo presenta lagunas normativas (RAZ, 1979: 31, 72; ENDICOTT, 2000: 78). En función de ello, resulta conceptualmente necesaria la toma de nuevas decisiones a los efectos de completar el sistema normativo.

(P5) El vicio o la infección formalista en la declaración de irrelevancia de las propiedades no expresamente consideradas como tales.

Por el contrario, el verdadero o real contenido de la norma jurídica depende de la mejor justificación moral del sistema normativo. Luego, la mejor interpretación implicará que haya casos que cuenten con solución pese a no estar correlacionados por el sistema normativo en examen, i.e. postulado de la completitud de todo sistema normativo; así como implicará casos en que la solución no sea la correlacionada por el sistema normativo (DWORKIN, 1985: 125).

Una variante de PRINCIPIO 5 funda la derrotabilidad en la inducción coherentista de principios implícitos que, a más de los principios explícitos del sistema normativo, derrotan la solución correlacionada por una norma jurídica n a un caso c , i.e. justifican positivamente su apartamiento (ALONSO, 2010: 282).

(P6) La ausencia de una regla de clausura, i.e. de una regla que prohíba la introducción de excepciones en las normas jurídicas.

Es decir, si no está prohibido, entonces resulta permitida la revisión del contenido conceptual del caso antecedente. Esta concepción concede que un conjunto de normas clausurado por una regla prohibitiva no sea derrotable. Por lo tanto, la derrotabilidad de las normas jurídicas es sólo una propiedad contingente, no así una propiedad necesaria de los sistemas normativos (BAYÓN, 2000: 104; 2001: 55; ALEXY, 1986: 99; ATRIA, 2002: 350; HAGE, 2005: 23).

(P7) La presencia en el sistema normativo de una regla de revisión de relevancia o regla de apertura, i.e. de una regla que permita la introducción de excepciones a las normas jurídicas.

Como consecuencia, la pertenencia de tal regla a un sistema normativo hace revisables las consecuencias normativas del mismo, i.e. indetermina el contenido normativo (RATTI: 2; SCHAUER, 1991: 64, 84; WALUCHOW, 1994: 66).

Consecuencias prácticas y conceptuales

HDI amenaza el enfoque del derecho en tanto sistema y en tanto sistema deductivo (NAVARRO y RODRÍGUEZ, 2000: 63). La determinación del Universo de Casos (UC) y la derivación de las consecuencias de la base (*fuentes*), forman parte de la tarea sistematizadora de la dogmática jurídica (junto con la determinación del Universo de Soluciones (US) y la reformulación del sistema) (ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1974: 117).

Si HDI es correcta, entonces los elementos del Universo de Propiedades (UP) relativos a un sistema normativo, i.e. el conjunto de propiedades seleccionadas por la autoridad normativa para la solución de los casos, resultan indeterminados: los elementos que lo integran no serían susceptibles de una enumeración completa y de antemano. En consiguiente, también lo son los casos definidos en función del UP, y va de suyo, el Universo de Casos (UCR) (ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1974: 155). Si las normas correlacionan casos con soluciones, siendo los UP y UC indeterminados, entonces la correlación será revisable según se presenten los casos (HAGE, 2005: 13). No sería posible identificar de antemano la solución que corresponde a un caso, pues la identificación del contenido conceptual del antecedente de la norma (i.e. el alcance) resulta indeterminado. Es necesaria una decisión adicional que delimite el alcance de la norma y establezca la solución. En otras palabras, para HDI, la *derrotabilidad* de las normas jurídica acarrea la existencia de lagunas normativas con carácter necesario (NAVARRO, 2006: 198).

HDI es atinente a los problemas en la identificación de la norma jurídica, y por añadidura, del derecho. Aparte quedan cuestiones atinentes a problemas de aplicación, o de derrotabilidad sustantiva, i.e. problemas concernientes a si una norma jurídica debe ser obedecida y/o aplicada, sea por razones morales y/o jurídicas (institucionales) (RODRÍGUEZ y SUCAR, 1998a: 298; REDONDO, 1998a: 268).

No habiendo relación de consecuencia lógica entre los elementos del sistema normativo —o siendo la existente marcadamente débil— no es posible inferir válidamente la respuesta jurídica a un problema normativo. Colapsa el criterio de identificación de derecho vigente en una comunidad dada, pues la debilidad de la inferencia socava su

utilidad; la regla de reconocimiento no resuelve, o resuelve de forma mínima, el defecto de *falta de certeza* (HART, 1961: 114). La identificación de los elementos que integran la base del sistema no resulta completa, pues las consecuencias que se deriven serán indefinidamente revisables.

Claro está, describir el fenómeno como indeterminación (revisión) del contenido conceptual del antecedente del condicional, o como debilitamiento del condicional (ambos en lenguaje objeto), o como consecuencia lógica no monótona (en metalenguaje), resultan equivalentes (ALCHOURRÓN, 1993: 108; NAVARRO y RODRÍGUEZ, 2000: 62).

Vale aclarar que se emplea el término vago de *existencia* con respecto a las normas jurídicas, pero con ello no se afirma nada metafísico (ontológico): solo se refiere las razones por las cuales una norma jurídica se aplica a un caso, i.e. sea por pertenencia a un sistema jurídico, sea por consecuencia lógica de un subconjunto de normas pertenecientes al sistema jurídico, sea por un criterio de aplicabilidad, etc. La intuición a captar es que no sólo normas que pertenecen a un sistema jurídico son las que se aplican a un caso o las que —jurídicamente—deben ser aplicadas (BULYGIN, 1982: 200).

Conclusión

La plausibilidad intuitiva de HDI se debe a su misma ambigüedad y/o vaguedad, tanto de su formulación como de los términos que emplea.

Según se verá, solamente el último PRINCIPIO (P7) permite la revisión del razonamiento jurídico sobre la base de excepciones no enumeradas de antemano, pero la condición de verdad lejos está de las necesidades conceptuales o valorativas sobre cuya base predica HDI la derrotabilidad de las normas jurídicas; antes bien, depende de un hecho contingente como es la presencia de una cierta clase de norma jurídica que autoriza positivamente sea la inobservancia en un caso individual, sea la inaplicación en un caso individual, o sea la modificación de la norma jurídica (NAVARRO ET AL., 2004: 196), ya no su indeterminación conceptual.

CAPÍTULO II: SOBRE LA IMPREVISIBILIDAD DE LA CONFIGURACIÓN DE LOS CASOS

HDI predica el carácter derrotable de las normas jurídicas sobre la base de la imprevisibilidad de la configuración de las circunstancias que definen al caso, i.e. sobre la base de la contingencia de propiedades adicionales no previstas de antemano (condición de verdad).

Intuición

HDI afirma que no pueden conocerse las configuraciones posibles de los casos que pueden presentarse en lo futuro, y que, en esa medida, la imprevisibilidad de la configuración de los casos futuros, en tanto límite gnoseológico, impide solucionar (o solucionar de un modo razonable) todos los casos que pudieran presentarse, toda vez que las soluciones serían correlaciones entre casos y soluciones. Aquello se debe a que la totalidad de las propiedades del mundo son inefables, y, por lo tanto, su compuesto veritativo-funcional resulta imprevisible y escapa así al horizonte de conocimiento humano (HART, 1961: 174; CELANO, 2012: 280; CARRIÓ, 1967: 69). En la medida en que no puede preverse, no puede solucionarse; o cuanto menos, no puede solucionarse razonablemente.

HDI afirma:

(P1') Dado que no pueden preverse todos los casos que puedan presentarse, tales casos no pueden ser solucionados de forma anticipada.

La expansión del caso antecedente (contracción del enunciado condicional) obedece a la imprevisibilidad de la configuración de los casos futuros.

El argumento es conceptual: toda vez que la configuración de los casos que pueden presentarse es incierta o indeterminada, y dado que las normas correlacionan casos con soluciones, se sigue que no pueden solucionarse de una forma anticipada, dependiendo entonces de una decisión adicional.

Hipótesis

HDI incurre en una ambigüedad, i.e. la palabra empleada *caso* admite dos significados. Una vez advertido el distingo (evitada la equivocidad), se verá que en un sentido aquello que afirma como premisa resultará cierto, pero que de ello no se seguirá cuanto afirma como conclusión; a la vez, se verá que la conclusión depende de un segundo sentido de la premisa que afirma pero que se mostrará falso.

Para dar cuenta de los dos conceptos de *caso*, corresponderá previamente considerar dos características esenciales de la técnica de motivación de conducta mediante normas jurídicas, e.g. el carácter *hipotético* y *generalizado* de la condición antecedente y la actividad *selectiva* de la autoridad.

Técnica social

Es un lugar común concebir al derecho como un método de motivación de conductas, i.e. una técnica que mediante normas califica la conducta humana como permitida, obligatoria o prohibida a fin de alentar unas y/o desalentar otras (KELSEN, 1960: 44). Claro está, de ello no se sigue que necesariamente toda conducta esté deónticamente determinada, ni que toda conducta, si está deónticamente determinada, lo esté de un modo consistente, toda vez que lagunas e inconsistencias normativas son propiedades formales posibles de un sistema normativo (ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1974: 41).

Se concibe el funcionamiento de las normas como un sistema institucionalizado de premios y castigos mediante el cual se alientan y desalientan conductas, interviniendo en la sociedad como mecanismo para alcanzar un cierto estado de cosas ideal.

Toda vez que el objeto sobre el cual se interviene a fin de motivar la conducta es social, se ha definido al derecho más genéricamente como una *sociotécnica*, i.e. una técnica en tanto artefacto cuyo propósito es la transformación o modificación del estado de cosas (realidad); y social en tanto el objeto (realidad) a transformar o modificar es la sociedad. Una rama de la tecnología que tiende a consagrar la justicia y el control social, debiendo contar para ello con el conocimiento apropiado, como aspiración racional (BUNGE, 1999: 383).

Dicha aspiración es ubicua como una función del derecho y puede encontrarse en similares términos como siguen:

- a) control social (HART, 1961: 155);
- b) solución de conflictos de intereses (ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1974: 202);
- c) prevención de comportamiento indeseable y obtención de comportamiento deseable (RAZ, 1979: 213);
- d) solución de problemas de coordinación (FINNIS, 1980: 231);
- e) técnica de control social o función social (CARRIÓ, 1967: 49);

- f) materialización del imperio del derecho (*law's empire*) (DWORKIN, 1985: 87);
- g) ordenamiento de la conducta humana (KELSEN, 1960: 44);
- h) materialización del estado de derecho (*rule of law*) (FULLER, 1958: 145; 1980: 270).

Todo ello no sería posible si no fuese posible, a la vez, comunicar pautas generales de conducta que sin necesidad de nuevas decisiones puedan ser comprendidas por la generalidad de los sujetos normativos (destinatarios) como exigiéndole cierto comportamiento en ciertas ocasiones; dicho de otro modo, de allí la necesidad de referirse predominante, aunque no exclusivamente, a clases de personas y a clases de actos, cosas y circunstancias (HART, 1961: 155).

Carácter generalizado e hipotético

Una característica de las normas jurídicas es que regulan clases de conductas, de clases de personas, en clases de circunstancias, significando con *clase* un conjunto: un conjunto de conductas, un conjunto de personas, un conjunto de circunstancias. Un conjunto es una colección de elementos que comparten una misma propiedad o predicado definitorios: aquellos elementos que presenten la propiedad definitoria, pertenecerán al conjunto, no así los que no.

Se predica de las normas jurídicas su carácter *general* cuando el sujeto normativo o las circunstancias a que refiere son generales, mientras que se predica su carácter *eminente general* cuando ambos, sujeto y circunstancia, son generales (VON WRIGHT, 1963: 81), resultando, en particular, inconcebible una norma jurídica que no sea general cuanto menos respecto a las circunstancias posibles consideradas (ALCHURRÓN, 1996a: 134).

Significa lo anterior que una norma N^1 correlaciona una cierta obligación Op sobre cierta persona (o conjunto de personas) con las circunstancias de un cierto tipo C^1 en que la persona (o conjunto de personas) pueda encontrarse, i.e. la persona (o conjunto de personas) debe realizar p cuando se verifique la circunstancia c^1 . En su representación formal, la generalidad es representada mediante el condicional estricto \rightarrow , toda vez que no es otra cosa que la cuantificación universal de las circunstancias del condicional material (ALCHURRÓN, 1993: 83).

Es decir,

$$(D5) N^1 C \Rightarrow Op = \text{def. } \Box(C \rightarrow Op) = \text{def. } V(x) (Cx \rightarrow Op).$$

En palabras, dado el enunciado condicional $C \Rightarrow Op$, equivale por definición a *es necesario que, para toda circunstancia, si C es el caso, entonces p es obligatorio*.

O bien,

$$(D6) N^1 fC \Rightarrow Op = \text{def. } \Box(fC \rightarrow Op) = \text{def. } V(x) (fCx \rightarrow Op).$$

En palabras, dado el enunciado condicional $fC \Rightarrow Op$, equivale por definición a *es necesario que, para toda circunstancia, si fC es el caso, entonces p es obligatorio*.

Esta técnica de motivación de conducta general no es incondicional, pues la calificación deóntica de la acción es circunstancial, ya no categórica: la obligatoriedad, prohibición o permisión de una clase de acción humana q se supedita a la ocurrencia de una cierta propiedad p (ALCHURRÓN, 1996a: 134). En otras palabras, el campo de aplicación de la obligación, permisión o prohibición de una conducta humana q se encuentra limitado al acaecimiento de un cierto caso p. Por lo que, una segunda característica estructural de las normas jurídicas es su carácter hipotético, entendiéndose por esto que las normas constituyen órdenes, permisiones o prohibiciones de cierta clase de acción dirigida a cierta clase de sujetos normativos si se verifica una cierta clase de circunstancia, presuponiendo con ello que dicha circunstancia satisface cierta clase de recaudos (VON WRIGHT, 1963: 108).

Selectividad

El carácter hipotético de las normas jurídicas junto con el carácter generalizado de las circunstancias antecedentes del condicional, implican una actividad selectiva lógicamente anterior: las circunstancias generalizadas (producto) presuponen una generalización previa (proceso) del que son su resultado, extremo que delata la importancia valorativa de la selección de las propiedades del UP, i.e. propiedades que definen el antecedente del condicional (SCHAUER, 1991: 158), a punto tal que, normalmente, la actividad de selección de propiedades se reserva a órganos específicamente autorizados para ello (e.g. legitimidad democrática).

Seleccionar tales propiedades del UP significa seleccionar las circunstancias en las cuales una conducta q será obligatoria, permitida o prohibida, para una clase o conjunto de personas, extremo que representa un problema valorativo, i.e. significa seleccionar la

propiedad definitoria del conjunto al que pertenecerán todos los casos ante cuya verificación (y no otra) la conducta q será obligatoria, permitida o prohibida.

Generalizar es abstraer: todo estado de cosas presenta un número de características o propiedades que lo componen que tiende al infinito; necesariamente, seleccionar una cantidad n de propiedades, implica no seleccionar otra cantidad n' de propiedades. Dado que un mismo estado de cosas es representable por múltiples descripciones, habrá de identificarse de una forma determinada (y no de otra) el estado de cosas en cuestión.

La forma en que decida representarse un estado de cosas dado presupone cuanto menos el uso de un criterio, sea axiológico, sea epistémico: se caracteriza al estado de cosas por la posesión de al menos una determinada propiedad, abstrayéndolo de todas las demás restantes que pueda presentar, eligiendo unas en vez de otras, apartándose así progresivamente del caso particular, el que no será sino una instancia inserta en la categoría seleccionada (SCHAUER, 1991: 19).

La muerte de una persona p en un tiempo t y un espacio e, puede ser caracterizada como un homicidio político, un homicidio en enero, un homicidio en la playa, etc., si acaso fuera una muerte con intenciones políticas en el mes de enero y en una playa. Todas son representaciones válidas y correctas, pero desde el criterio axiológico que pudiera utilizar la autoridad normativa (así como teórico), algunos serán irrelevantes y otros no. La diferencia entre la relevancia y la irrelevancia de las propiedades seleccionadas a fin de representar un mismo estado de cosas, como antecedente a la solución normativa, depende del criterio que se utilice para su generalización, siendo ello enteramente contingente (ALCHURRÓN y BULYGIN, 1974: 33).

Esta propiedad seleccionada figurará como el antecedente de la norma jurídica, i.e. la circunstancia condicionante de la solución, cuya determinación deóntica de la acción será la forma de motivar conducta. La forma en que se lo represente constituirá a la vez la propiedad definitoria del Universo del Discurso UD (ALCHURRÓN y BULYGIN, 1974: 32).

La selección de una propiedad p, así considerada, implica la no consideración de otras posibles p': generalizar un caso particular supone focalizar el caso en un cierto número de propiedades presentes, dejando de lado otras igualmente presentes y sirviendo la elegida para identificar casos similares, no obstante la presencia de adicionales (SCHAUER, 1991: 21).

Concepto de caso

El término *caso* empleado por HDI admite dos significados que resultan consecuencia de lo anterior.

ALCHURRÓN y BULYGIN han señalado que tanto en el lenguaje jurídico como en el lenguaje ordinario el término *caso* presenta dos significados, porque tanto se puede hablar del *caso del homicidio político* como del *caso del homicidio de Gandhi*, o bien del *caso del divorcio* y del *caso del divorcio de Brigitte Bardot*. Señalan como obvio que no dicen lo mismo, pues mientras uno es un acontecimiento real, con su tiempo y lugar y persona determinados, otro no alude a ningún acontecimiento concreto, ni tiempo ni lugar ni personas, sino que es una mera descripción de una propiedad que eventualmente un determinado hecho puede tener. Justamente, uno es ejemplo del otro (ALCHURRÓN y BULYGIN, 1974: 58).

A los efectos de eliminar esta ambigüedad, cabe introducir el distingo entre *caso individual* y *caso genérico*. El caso genérico es —el resultado de la selección de— una propiedad; es una simplificación de posibles estados de cosas, i.e. un modelo de la realidad: la abstracción de una propiedad, sin tiempo ni espacio ni persona dados. Como tal, puede realizarse en un número indefinido de casos individuales, los cuales presentarán, por definición, propiedades adicionales (e.g., el caso del homicidio político, el caso del divorcio, etc.). El caso individual, en cambio, es el suceso histórico que se verifica en un tiempo y lugar y persona dados, que puede ser instancia de (realizar) un caso genérico en tanto y en cuanto presente una característica identificable como tal.

Esta ambigüedad sistemática del empleo del término *caso* en HDI se manifiesta en el entendimiento implícito del concepto de norma jurídica (entendido como correlación de caso y solución) utilizado:

No hemos resuelto, porque no hemos previsto, la cuestión que planteará el caso no contemplado cuando acaezca [...] Cuando el caso no contemplado se presenta, confrontamos las cuestiones en juego y podemos entonces resolver el problema eligiendo entre los intereses en conflicto de la manera más satisfactoria. Al hacerlo habremos hecho más determinado nuestro propósito inicial, y, de paso, habremos resuelto una cuestión sobre el significado que, a los fines de esta regla, tiene una palabra general. (HART, 1961: 161).

Ciertamente, lo imprevisto será el caso individual, pero aquello a resolver es el caso genérico; en consecuencia, la imprevisibilidad de uno no conmueve la resolución del otro.

Resultado

Introducida la distinción se advierte que, en efecto, existe un sentido en que la previsión de casos futuros es imposible, tal como alega HDI, pues no pueden preverse en su composición total los diversos casos individuales, con su espacio y su tiempo y su persona y demás elementos inherentes. Un caso individual puede presentar innumerables propiedades (relevantes en relación a cierto criterio axiológico), por lo que si el caso antecedente del condicional no puede establecerse (i.e. su expansión conceptual resulta indeterminada), entonces las soluciones correlacionadas serán inferidas sólo de modo *derrotable*, i.e. sujeto a revisión. Un caso imprevisto siempre puede introducir una excepción en la norma.

Pero existe un segundo sentido en que sí es posible la previsión de casos futuros, tal como niega HDI: *casos* significa clase (conjunto) de casos definidos por una cierta propiedad *p*. La propiedad *p* que define el caso (genérico) es seleccionada por la autoridad normativa como antecedente del condicional, haciendo abstracción de restantes propiedades adicionales (e.g., *q, r, s, ...z*) que puedan presentarse junto con *p*. Por lo tanto, cualquier caso individual *p* que presente la seleccionada propiedad *P* se incluye en el caso genérico correspondiente a tal propiedad, i.e. se incluye en *P*. En consecuencia, toda vez que la configuración del caso genérico depende de una propia actividad, i.e. selección, no tiene sentido afirmar que su configuración resulte incierta, toda vez que depende de un acto de la voluntad.

Discusión

Ahora bien, no es del método (técnica) de la autoridad normativa solucionar uno por uno los casos individuales que puedan presentarse (i.e. solución mediante normas individuales, normas que correlacionan casos individuales con soluciones) (ALCHURRÓN y BULYGIN, 1974: 60); antes bien, toda autoridad normativa procede a solucionar clases de casos, i.e. solución mediante normas eminentemente generales (normas que correlacionan casos genéricos con soluciones), y por lo tanto, aquello que necesita prever es la configuración de los casos genéricos, los que no resultan imposibles o indeterminados o inciertos, tal como afirma HDI.

Tampoco es común al método legislativo solucionar uno por uno los casos elementales que sean posibles (o sea, mediante normas simples), sino solucionar casos genéricos mediante normas generales en sentido comparativo, i.e. normas complejas, normas que correlacionan casos genéricos complejos con soluciones. Y es como consecuencia lógica que se derivan soluciones para casos elementales (NAVARRO, 2005: 111, 114).

Por lo tanto, un número finito de propiedades $1 \leq n < \infty$ define 2^n casos elementales, que se ejemplifican en múltiples casos individuales. El conjunto de propiedades seleccionadas constituye el Universo de Propiedades, que define el Universo de Casos (UC).

Este UC definido por el (correspondiente al) UP, se proyecta sobre el Universo del Discurso (UD), de modo que todo elemento del UD, i.e. todo caso individual, pertenece a uno y sólo a uno de los casos elementales del UC. En otras palabras, el conjunto de los casos genéricos (UC) es conjuntamente exhaustivo y mutuamente excluyente del UD (ALCHURRÓN y BULYGIN, 1974: 59). Los elementos del UD ejemplifican (son instancias de) los elementos del UC.

Siendo así, la autoridad normativa no necesita prever los múltiples casos individuales que puedan darse; sólo necesita seleccionar un número finito de propiedades, las cuales definirán casos genéricos (formando una división) y asignarle expresa o derivadamente una solución (ALCHURRÓN y BULYGIN, 1974: 59). Y es en virtud de la relación de subsunción (ejemplificación) entre casos genéricos y casos individuales, que la solución de casos genéricos determina (se *transmite* a) la solución de casos individuales. La conexión entre normas genéricas y casos individuales es conceptual (NAVARRO, 2005: 119), en cuyo caso la validez de las leyes lógicas de *modus ponens* y refuerzo del antecedente explican la determinación deóntica del caso individual en función de la solución del caso genérico, i.e. la técnica de motivación de conducta (BULYGIN, 1985: 249).

En otras palabras, se sigue el siguiente TEOREMA, como consecuencia de la definición de caso y la ley de ejemplificación o instanciación, a saber:

(T1) Todo caso individual c está solucionado por el sistema normativo α si y solo si, c es instancia de un caso genérico C perteneciente al UC de α y C no es un caso de laguna normativa.

Entonces, la solución del caso individual c^1 no exige la previsión total de las propiedades que lo componen, y, en consecuencia, la imprevisibilidad de una propiedad no *derrota* la norma aplicable, lo que refuta PRINCIPIO 1.

La subsunción de c^1 en C^1 no está exenta de problemas, tales como: a) lagunas de conocimiento y b) lagunas de reconocimiento (ALCHURRÓN y BULYGIN, 1974: 61). No obstante, de la ignorancia del valor de verdad de la proposición que predica la subsunción de c^1 en C^1 no se sigue la ausencia de valor de verdad (NAVARRO, 2006: 125). En otras palabras, la indeterminación del valor de verdad es gnoseológica, no semántica. En consecuencia, la vaguedad o la *textura abierta* del lenguaje no generan por sí mismas (i.e. objetivamente) lagunas normativas, i.e. nuevos casos sin solución. Sino sólo un problema de conocimiento, i.e. de representación, lo que descarta PRINCIPIO 4.

Por supuesto, la solución de c^1 inferida de α no implica: a) que deba, *all things considered*, realizarse la acción determinada; b) que el juez deba, jurídicamente, aplicarla (el carácter de la aplicación de una norma jurídica es función de los criterios de aplicabilidad existentes en el sistema jurídico); ni c) que, en efecto, la solución judicial del caso c^1 sea equivalente a la solución de C^1 inferida de α .

Por lo tanto, HDI no puede fundarse en la imprevisibilidad de los casos individuales para predicar la *derrotabilidad* de las normas jurídicas debido a que las normas jurídicas correlacionan casos genéricos con soluciones. Sólo indirectamente solucionan casos individuales. HDI entiende mal cómo funciona el UC y el UD. El UC es un constructo de la autoridad normativa. Y el UD es la representación de los estados de cosas, que si usa (o menciona) las propiedades que definen el UC, i.e. observa en el estado de cosas una propiedad p , instancia de la propiedad P que define el caso genérico P , se dice que el UD y el UC (UP) son correspondientes. El hecho de que sean o no usadas las propiedades definitorias del UC es una cuestión empírica, i.e. pragmática. Por razones metodológicas, la filosofía jurídica postula la correspondencia entre el UC (UP) y el UD (ALCHURRÓN y BULYGIN, 1974: 54).

Resumen

HDI hace uso ambiguo de la expresión *caso*, el cual designa tanto casos genéricos como casos individuales: y si bien es verdad que los casos individuales futuros son imprevisibles, no es verdad que los casos genéricos sean imprevisibles, pues en rigor los

casos genéricos son (el resultado de la selección de) propiedades, i.e. clases. HDI inadvierte el carácter selectivo, así como la abstracción subsiguiente de la actividad normativa del legislador, pues la autoridad normativa, para solucionar casos, sólo necesita seleccionar y solucionar casos genéricos, i.e. propiedades. La solución de los casos genéricos (antecedentes de las normas jurídicas) soluciona los casos elementales, i.e. elementos del universo de casos. La solución de los casos del universo de casos se proyecta, de modo conjuntamente exhaustivo y mutuamente excluyente, a los elementos del universo del discurso, i.e. a los casos individuales. En definitiva, todo caso individual, que sea instancia de un caso elemental con solución (i.e. no sea un caso de laguna normativa), tiene solución, y las propiedades adicionales imprevistas resultan irrelevantes en la configuración del caso genérico. Eventualmente, se puede ignorar la subsunción del caso individual, pero no se sigue que carezca de solución, i.e. son casos de laguna de conocimiento y de reconocimiento, pero no de laguna normativa.

CAPÍTULO III: SOBRE LA RELEVANCIA DE LAS PROPIEDADES ADICIONALES

HDI predica el carácter derrotable de las normas jurídicas sobre la base de la relevancia de las propiedades adicionales a las expresamente previstas de antemano, i.e. sobre la base de la relevancia de las propiedades no previstas (condición de verdad).

Intuición

HDI afirma que todo caso individual puede presentar propiedades relevantes que no fueran previstas de antemano como tales, y que, en esa medida, la relevancia de estas propiedades adicionales justifica una solución normativa distinta a la prevista de antemano. Ello se debe a la presencia de estas propiedades relevantes que no fueron consideradas como tales por la autoridad normativa, pero que no pueden dejar de ser relevantes. En la medida en que se presenten propiedades relevantes, el caso en cuestión no puede resolverse con la misma solución que otro que no presente la propiedad adicional relevante, pues ello supondría que serían irrelevantes, contradiciendo la premisa o hipótesis.

HDI afirma:

(P3') Aunque la propiedad p no fue expresamente considerada relevante por la autoridad legislativa, la propiedad p es relevante para la solución del caso.

La expansión del caso antecedente (contracción del enunciado condicional) obedece a la relevancia de las propiedades adicionales a las expresamente previstas de antemano.

El argumento es conceptual: toda vez que las propiedades adicionales son igual o más relevantes que las propiedades expresadas, se sigue que no tienen ni pueden tener la misma solución, la que dependerá entonces de una decisión adicional.

Hipótesis

HDI incurre en una ambigüedad, i.e. la palabra empleada *relevante* admite tres significados. Una vez advertido el distingo (evitada la equivocidad), se verá, en un primer sentido, que aquello que afirma resultará absurdo; en un segundo sentido, que si bien cierto, no se infiere cuanto concluye; y en un tercer sentido, que, carente de valor de verdad, afirma una exigencia normativa.

Primer concepto de relevancia

En una primera lectura, *relevante* admite un significado descriptivo, i.e. HDI describe un estado de cosas, un hecho que se da. Afirma que una propiedad p es relevante (para un caso y en relación a un sistema normativo y un universo de soluciones). Como tal, cabe predicar su verdad o falsedad. Describir que una propiedad es relevante en un caso significa lo siguiente.

(D7) La propiedad p es *relevante* en un caso C_i de un Universo de Casos UC_j en relación a un sistema normativo α y un universo de acciones UA_k , si y solo si el caso C_i y su caso complementario con respecto a p en UC_j tienen diferente status normativo en relación a α y UA_k .

La diferencia de status normativo significa que existe una solución del USI que está correlacionado por el sistema normativo α con C_i y no lo está con su caso complementario con respecto a la propiedad p , i.e., el mismo caso C_i a excepción de p , ausente en el caso complementario (ALCHURRÓN y BULYGIN, 1974: 152).

Consecuentemente, la propiedad p no es relevante en el caso C_i de un UC_j en relación a un sistema normativo α y un universo de acciones UA_k si y solo si el caso C_i y su caso complementario con respecto a p en UC_j tienen igual status normativo en relación a α y UA_k . La igualdad de status normativo significa que C_i y su caso complementario con respecto a la propiedad p están correlacionados por α con la misma solución de USI, o bien no están correlacionados con ninguna solución de USI (ALCHURRÓN y BULYGIN, 1974: 153).

En otras palabras, si la presencia o ausencia de la propiedad p en un caso C_i de un UC, modifica el status normativo de una acción q , en relación a un sistema normativo α y un USI, entonces la propiedad p , en esas circunstancias, es relevante; caso contrario, i.e. si la presencia o la ausencia en un caso C_i de un UC no modifica el estatus normativo de una acción q , en relación a un sistema normativo α y un USI, entonces la propiedad p , en esas circunstancias, no es relevante.

Resultado

Dado este significado del término *relevante*, HDI afirma una contradicción, i.e. afirma al mismo tiempo que un estado de cosas es y no es el caso. Ello se advierte al reemplazar el término por su definición en la proposición de HDI, e.g. aunque la propiedad p no fue expresamente considerada *relevante* por la autoridad normativa, la propiedad p es *relevante* para la solución del caso.

Al afirmar en la primera oración que una propiedad p no es relevante, HDI afirma que no se infiere que el caso C_i y su caso complementario con respecto a la propiedad p posean distinto status normativo; a la vez, al afirmar en la segunda oración que una propiedad p es relevante, HDI afirma que se infiere que el caso C_i y su caso complementario con respecto a la propiedad p , poseen distinto status normativo; ambas proposiciones relativas al sistema normativo α y al universo de soluciones USI.

Tal afirmación no tiene sentido: son proposiciones normativas contradictorias, pues afirma a un mismo tiempo que el caso C_i y su caso complementario con respecto a la propiedad p , poseen y no poseen idéntico status normativo respecto al sistema normativo α y al universo de soluciones USI. Afirma y niega un mismo estado de cosas.

Segundo concepto de relevancia

En una segunda lectura, el término *relevante* tiene un segundo significado descriptivo, i.e. describe un estado de cosas susceptible de verdad o falsedad. En este sentido, la negativa de relevancia se predica de una propiedad p en un caso C_i de un UC $_j$ en relación a un sistema normativo α y un US $_k$. Pero la relevancia de la propiedad p se predica en relación a un segundo sistema β , e.g. un sistema valorativo (que implica a la vez un segundo UC $_m$).

HDI afirma entonces que la propiedad p no es relevante en un caso C_i de un UC $_j$ en relación a un sistema normativo α y un universo de acciones UA $_k$, pero que es relevante en relación a un sistema normativo β y un universo de acciones UA $_k$, pues el caso C_i y su caso complementario con respecto a p en un UC $_j$ tienen idéntico status normativo en relación a α y UA $_k$, pero distinto status normativo en relación a β y UA $_k$.

Ello se debe a que β traza una distinción *más fina* que la realizada por α , el UP de β es de *mayor amplitud* que el UP de α , seleccionado un mayor número de propiedades correlacionadas con soluciones (ALCHURRÓN y BULYGIN, 1974: 146). Consecuentemente, el UC correspondiente (definido en función del UP) relativo a β , UC $_m$, es *más fino* que el UC de α , UC $_j$ (ALCHURRÓN y BULYGIN, 1974: 148). La propiedad p define un UC $_m$ más fino que el UC $_j$, pues la propiedad p es adicional al UP de α .

HDI es una proposición que describe la propiedad p desde dos sistemas diferentes, y dos sistemas diferentes pueden evaluar de modo diferente una misma propiedad. Conforme a un sistema (e.g. β), p es relevante, y conforme a otro sistema (e.g. α), p es irrelevante.

Entendida de esta forma, HDI esconde la mención de dos sistemas diferentes con dos UC diferentes al evaluar una propiedad p . HDI presupone un segundo criterio axiológico, pues afirma la incongruencia de dos sistemas y sus respectivos UC. Desde la perspectiva del segundo criterio axiológico, el UC relativo a α es axiológicamente inadecuado (ALCHURRÓN y BULYGIN, 1974: 156).

Resultado

Dado este significado del término *relevante*, HDI sólo afirma la trivialidad de que el UC $_j$ del sistema normativo α no es necesariamente coextenso con el UC $_m$ de un segundo sistema normativo o valorativo β , e.g. un sistema moral. No afirma que sea imposible la identificación del conjunto de propiedades relevantes relativo a un sistema normativo y un universo de soluciones (RODRÍGUEZ y SUCAR, 1998a: 287; 1998b: 410). Desde que ello es así, si bien lo que HDI afirma puede resultar contingentemente cierto, de ello no se infiere la derrotabilidad normativa sobre la base de la relevancia valorativa de propiedades adicionales. En otras palabras, derecho y moral son conceptualmente independientes.

Tercer concepto de relevancia

En una tercera lectura, el término *relevante* tiene un significado prescriptivo. No describe un hecho que se da, sino que afirma un estado de cosas ideal, i.e. dice cómo debe ser el estado de cosas. Enuncia que algo debe ser, no que algo sea el caso. De nuevo, la no relevancia se predica de una propiedad p en un caso C_i de un UC $_j$ en relación a un sistema normativo α y un US $_k$. Y se agrega que la propiedad p debe ser relevante, i.e. su presencia o ausencia debe modificar el status normativo de la acción q , en relación al sistema normativo α y el universo de soluciones US $_k$. En este caso, HDI usa (no solo menciona) un segundo criterio axiológico β desde el cual evalúa una propiedad p .

Obviamente, el criterio axiológico β presupone un UC $_m$ más fino que el UC $_j$ del sistema normativo α , siendo p una propiedad relevante en β y no en α . Pero en vez de describir la incongruencia entre los respectivos UC, HDI afirma ahora que la propiedad p , que no es relevante en α , debe ser relevante, ya no que lo sea, lo que presupone la solución del caso C_i , aunque se exija una solución distinta.

Resultado

Entendida de esta forma, HDI afirma la siguiente trivialidad: lo que debe ser no necesariamente es el caso. No describe ningún estado de cosas, exige que el estado de cosas sea distinto. De nuevo, HDI no afirma la imposibilidad de la identificación del conjunto de propiedades relevantes relativo a un sistema normativo α y un universo de soluciones USk. Afirma el derecho que es y el derecho que debe ser, no necesariamente coinciden (KELSEN, 1960: 79; HART, 1958: 593; MARMOR, 2005: 103).

Discusión

En razón de esta ambigüedad del término *relevante*, ALCHOURRÓN y BULYGIN distinguen propiedades que son relevantes y propiedades que deben ser relevantes. Y así definen tesis e hipótesis de relevancia, respectivamente.

Llaman:

(D8) *Tesis de relevancia de un sistema normativo α para un UA_i a la proposición que identifica el conjunto de las propiedades relevantes en relación a α y UA_i.* (ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1974: 154).

Y llaman:

(D9) *Hipótesis de relevancia para un UA_i a la proposición que identifica el conjunto de propiedades que deben ser relevantes para UA_i.* (ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1974: 154).

La expresión *deben ser* utilizada en la definición admite, como todo enunciado deóntico, un sentido prescriptivo y un sentido descriptivo: norma y proposición normativa, respectivamente (KELSEN, 1960: 84-88; VON WRIGHT, 1963: 96, 100). En el primer caso, quien enuncia una hipótesis de relevancia presupone el uso de un criterio axiológico determinado: no describe, prescribe. En el segundo caso, quien enuncia una hipótesis de relevancia, menciona un segundo criterio axiológico determinado, i.e. la propiedad p debe ser relevante en relación a un criterio axiológico β : describe la diferente evaluación que dos sistemas realizan de una misma propiedad p .

A fin de prevenir esta nueva ambigüedad derivada del enunciado deóntico, se reformula:

(D10) *Hipótesis de relevancia prescriptiva para un UA_i a la proposición que identifica el conjunto de propiedades que *deben ser* relevantes para UA_i.*

(D11) *Hipótesis de relevancia descriptivo* para un UA_i a la proposición que identifica el conjunto de propiedades que *deben ser* relevantes para UA_i , según el sistema normativo β .

Siendo así, se desprende que las lecturas segunda y tercera del término *relevante* en HDI son hipótesis de relevancia en sentido descriptivo y prescriptivo, respectivamente, y desde que ello es así, son casos de lagunas axiológicas (ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1974: 157). Por lo tanto, son casos con solución, aunque incorrectas desde un criterio axiológico determinado β : mencionado (hipótesis de relevancia descriptiva) o usado (hipótesis de relevancia prescriptiva), respectivamente.

Son casos de laguna *axiológica* por lo siguiente.

(D12) *Se dice que el caso C_i de un UC_j es una laguna axiológica del sistema normativo α en relación a un UA_k , si y solo si C_i está solucionado por α y existe una propiedad p tal que p debe ser relevante para C_i , de acuerdo con cierta hipótesis de relevancia β , y p es irrelevante para α de acuerdo con la tesis de relevancia en relación a α y UA_k (ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1974: 158).*

En casos de lagunas axiológicas, en tanto la hipótesis de relevancia es *más amplia* que la tesis de relevancia, el UC de la hipótesis de relevancia es *más fino* que el UC de la tesis de relevancia. Y en tanto casos de lagunas axiológicas, los casos son casos solucionados por el sistema normativo α . Los conceptos de laguna axiológica y laguna normativa son mutuamente excluyentes: no se puede predicar de un caso ambas propiedades de modo compatible (ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1974: 159).

La diferencia de nivel entre el UC de la tesis de relevancia y el UC de la hipótesis de relevancia significa lo siguiente. El *nivel* de un UC está definido por la *amplitud* del UP correspondiente: la *amplitud* del UP es el número de propiedades que componen al UP (ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1974: 146). El UP de la hipótesis de relevancia es *más amplio* que el UP de la tesis de relevancia: tiene más elementos. Por lo que el UC de la hipótesis de relevancia es de *nivel mayor* que el UC de la tesis de relevancia. O, de modo equivalente: el UC de la hipótesis de relevancia es *más fino* que el UC de la tesis de relevancia.

Decir que un UC_m es *más fino* que otro UC_k significa que todo elemento de UC_m implica lógicamente algún elemento de UC_k y hay al menos un elemento de UC_m que no está implicado por UC_k . De ello se extrae el siguiente TEOREMA:

(T2) *Todo caso de un UC más fino implica lógicamente algún caso de un UC menos fino, pero no es implicado por él.* (ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1974: 148).

Y en razón del siguiente TEOREMA de ALCHOURRÓN y BULYGIN:

(T3) *(T1) Si un sistema normativo α es completo con respecto al UC_i, entonces será también completo respecto de todos los UC que sean más finos que UC_i.* (ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1974: 150).

Se sigue que la solución completa de todos los casos de un UC_i soluciona invariablemente los casos de un UC cualquiera que sea *más fino* que UC_i, i.e. la solución de los casos correspondientes a la tesis de relevancia soluciona los casos correspondientes a la hipótesis de relevancia, en tanto casos de UC *más fino*.

A su vez, en razón del siguiente TEOREMA de ALCHOURRÓN y BULYGIN:

(T4) *(T3) Si un sistema normativo α soluciona los casos de un UC_i, entonces soluciona de tal manera los caso de todo UC_j, más fino que UC_i, que las propiedades que caracterizan a UC_j y no a UC_i son irrelevantes para la solución de α cuando α es coherente en UC_j.* (ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1974: 151).

Se sigue que las propiedades que integran un UP correspondiente a UC *más fino* y no al UP del UC *menos fino* son irrelevantes, e.g. no modifican el status normativo de la acción q, i.e. las propiedades que componen la hipótesis de relevancia y no componen la tesis de relevancia son irrelevantes.

En otras palabras, los casos de laguna axiológica son casos con solución, y las propiedades consideradas axiológicamente relevantes, son jurídicamente irrelevantes, lo que refuta a PRINCIPIO 3.

Corolario

Una variante de HDI razona como sigue: quizás la irrelevancia jurídica de propiedades axiológicamente relevantes se deba a mera inadvertencia de la autoridad normativa, quien, de haber contemplado tal propiedad, le hubiese correlacionado una solución distinta, i.e. le hubiese otorgado distinto status normativo.

HDI afirma:

(P2) Si la autoridad normativa que promulgó la norma jurídica, enfrentado ante una propiedad que, previsible o no, no consideró de modo anticipado y que, de haberla considerado, hubiese solucionado el caso de modo diverso; entonces tal propiedad es en verdad una excepción implícita a la solución normativa anterior.

Desde un enfoque disposicional de la derrotabilidad (ALCHOURRÓN, 1996b: 155), se sigue que aquellas circunstancias que no integran la tesis de relevancia, pero que, si hubiesen sido consideradas por la autoridad normativa, hubiesen formado parte de la tesis, son excepciones implícitas de las normas jurídicas. Consecuentemente, el carácter de excepción implícita de una propiedad p está dado por las intenciones de la autoridad normativa.

La expansión del caso antecedente, o restricción del condicional, depende de una disposición de la autoridad normativa. Una norma N^1 ($fC \rightarrow Op$) estaría sujeta a una excepción Q , si al formularse la norma N^1 existiera una disposición por parte de la autoridad normativa de rechazar la inferencia *modus ponens* o el refuerzo del antecedente de la norma en cuestión bajo la propiedad adicional Q , i.e. si hubiese una disposición a afirmar N^1 $C \rightarrow Op$, y a rechazar N^2 ($C.Q \rightarrow Op$) (NAVARRO y RODRÍGUEZ, 2000: 79).

La disposición de la autoridad normativa es un contrafáctico. ALCHOURRÓN lo presenta del siguiente modo:

Supóngase que el legislador al tiempo de promulgar una ley no ha tomado en cuenta una cierta circunstancia C . Por supuesto, en ese momento no se encontraba en posición de presentar a C como una excepción implícita, pero si es verdad que, de haber considerado a C , la habría introducido como excepción, el enfoque disposicional considera a C una excepción implícita incluso al tiempo de su promulgación. En la norma expresada por la ley, C es una excepción. (ALCHOURRÓN, 1996b: 168).

Considerar a la propiedad Q , aun cuando en efecto existe tal disposición por parte de la autoridad normativa, como una excepción implícita de la norma jurídica, y *al tiempo de la promulgación de la norma* (NAVARRO y RODRÍGUEZ, 2000: 80), compromete con cierto idealismo difícil de aceptar (cuando no inaceptable): hay un salto ni justificable ni justificado de *hubiese considerado* como excepción, a *es* una excepción. Este salto es filosóficamente contrario a la distinción metodológica entre una lógica de normas y una

lógica de proposiciones normativas, i.e. a la distinción entre un sistema de normas (objeto de estudio) y la representación del sistema de normas (conocimiento del objeto).

Sólo una filosofía idealista considera que lo que pudo o hubiese o debió haber sido, es el caso (o que el objeto de estudio es indistinguible del conocimiento del mismo). Lo más que hay, es una laguna axiológica y/o un error (por omisión) del legislador. Y con la siguiente peculiaridad: en tanto caso de laguna axiológica, el criterio axiológico mencionado (o usado), y desde el cual se evalúa la inadecuación de la tesis de relevancia, representa el criterio axiológico del legislador. Y de nuevo, en tanto laguna axiológica, es un caso con solución, siendo irrelevantes las propiedades adicionales, lo que refuta a PRINCIPIO 2.

Resumen

Caben dos significados descriptivos y uno normativo del término *relevante*. Se puede predicar de una propiedad *p* la relevancia para la solución de un caso *c*, relativo a un sistema jurídico y un universo de acciones. Y se puede predicar la relevancia de la una propiedad *q* para la solución de un caso *c*, relativo a un sistema valorativo y un universo de acciones. Ambos significados descriptivos no expresan otra cosa que dos sistemas normativos conceptualmente independientes pueden valorar de manera distinta (opuesta) la relevancia o irrelevancia de una propiedad *p* o *q* para la solución de un caso *c*. Asimismo, se puede exigir de una propiedad *r* que sea relevante, aunque de hecho no lo sea, i.e. la propiedad *r* debe ser relevante para la solución del caso *c*, aunque no lo sea en relación a un sistema normativo. El segundo concepto descriptivo, así como el concepto normativo, de relevante, son casos de lagunas axiológicas, donde el primero menciona y el segundo hace uso de un segundo sistema normativo. En tanto casos de laguna axiológica, son casos con solución.

CAPÍTULO IV: SOBRE LA DECLARACIÓN DE IRRELEVANCIA POR ANTICIPADO

HDI predica la derrotabilidad de las normas jurídicas sobre la base de la invalidez de un principio de clausura de las propiedades no previstas, i.e. sobre la base del formalismo que supone declarar por anticipado irrelevantes las propiedades adicionales a las expresamente previstas de antemano (condición de verdad).

Intuición

HDI afirma que la solución anticipada de todos los casos comprometería a declarar irrelevantes cualesquiera otras propiedades que el caso individual pueda presentar, no siendo válido, a los efectos de la declaración de irrelevancia de tales otras propiedades, apelar al PRINCIPIO DE CLAUSURA (PC):

(P8) (PC=def.) Todo lo que no es considerado relevante es irrelevante.

Según HDI, ello no puede asumirse de antemano, pues la declaración de irrelevancia por anticipado es un hecho contingente cuya postulación compromete cierta postura formalista y/o irracionalista y/o convencionalista estricta, a más de un contenido normativo necesario, para quienes sí serían irrelevantes propiedades adicionales que no han sido consideradas como tales por razones ideológicas. Para HDI, sólo la presencia de una *regla de clausura* (RC) con respecto a la relevancia e irrelevancia de las propiedades que cualquier caso pueda presentar, hace del antecedente (caso) de la norma jurídica una condición suficiente del consecuente (solución). En consecuencia, la falta de RC deja abierta la posibilidad de introducir excepciones, i.e. excepciones implícitas. Por añadidura, la derrotabilidad de las normas jurídicas es contingente (BAYÓN, 2000: 103).

HDI afirma la *derrotabilidad* contingente de las normas jurídicas en razón de la ausencia de una RC (HART, 1961: 161; BAYÓN, 2000: 104; BAYÓN, 2001: 55):

(P6) La ausencia de una regla de clausura que prohíba la introducción de excepciones en las normas jurídicas, hace derrotables las normas jurídicas.

La expansión del caso antecedente (contracción del enunciado condicional) obedece a la inexistencia de una regla de clausura (declaración de irrelevancia por anticipado de las propiedades adicionales) en el sistema normativo, y la invalidez de un principio de clausura.

El argumento es conceptual: toda vez que no cabe hacer aplicación de un principio de clausura (PC), se sigue que no puede inferirse la irrelevancia de las propiedades adicionales, y, en consecuencia, la relevancia o no dependerá de una decisión adicional, a menos que exista una declaración anticipada de irrelevancia (RC).

Se lee:

No conceptual (as opposed to substantive) argument can show that from the fact that an exception was not explicitly included it follows that it was implicitly excluded. (ATRIA, 2002: 350).

Hipótesis

Si bien le asiste razón a HDI cuanto señala la invalidez del principio de clausura (PC), HDI incurre luego en una ambigüedad, i.e. las palabras empleadas *irrelevante* y *permitido* admiten dos significados. Una vez advertido el distingo (evitada la equívocidad), se verá que o bien aquello que afirma es trivial, o bien aquello que afirma presupone lo que debiera demostrar.

Principio de clausura como norma

Hay un sentido en que HDI es correcto: no cabe apelar al principio PC a los efectos de predicar la expresa irrelevancia de restantes propiedades adicionales no consideradas de antemano. La razón no es la irracionalidad que habría en ello, sino la ambigüedad que contiene el principio (RODRÍGUEZ y SUCAR, 1998a: 296; NAVARRO y RODRÍGUEZ, 2000: 82).

Como todo enunciado deóntico, PC admite los siguientes significados: puede designar una norma, i.e. calificando deónticamente una acción (en este sentido, PC equivale a RC); o puede designar una proposición metasistemática, i.e. una proposición acerca de los sistemas jurídicos (la cual resulta nuevamente ambigua).

Entendido como una norma (y en una lógica de normas), PC es una norma de segundo nivel, que declara irrelevantes expresamente todas las restantes propiedades adicionales que un caso pueda presentar y que no hayan sido consideradas expresamente como relevantes en el UP de un sistema normativo. Este principio así entendido es una REGLA DE CLAUSURA (RC) con respecto a la relevancia de propiedades adicionales no consideradas:

(D13) (RC =def.) Toda propiedad no considerada relevante, debe ser considerada irrelevante.

RC es PC interpretado en su sentido normativo, cuya condición de verdad es una norma RC, que ordena considerar irrelevantes toda propiedad que un caso c pueda presentar, adicional a las expresamente consideradas. Luego, dado un UP relativo a un sistema normativo α , y perteneciendo RC a α , cabe inferir que toda propiedad no incorporada a UP es expresamente irrelevante, de lo que se infiere un UP' conjuntamente exhaustivo y mutuamente excluyente junto con UP de toda propiedad imaginable. En tanto norma, la presencia de RC en un sistema normativo resulta contingente: la expresa declaración de irrelevancia de las propiedades adicionales no es necesaria. [Sobre las razones por las que pueda adoptarse, o deba adoptarse tal norma: SCHAUER, 1991: 135; y sobre la racionalidad práctica de ello: REDONDO, 1998a: 262; ALCHOURRÓN, 1996a: 130].]

Dado que una RC define como irrelevantes las propiedades adicionales a las previstas de antemano, para HDI:

(P6') Una norma N^1 perteneciente a un sistema normativo α es inderrotable, si y solo si el sistema normativo α contiene entre sus normas una RC.

Solo la presencia de RC en α hace de toda norma de α será una condición suficiente del consecuente, no así caso contrario (BAYÓN, 2000: 104; HART, 1961: 161). Para HDI, por lo tanto, solamente la presencia de RC en un sistema normativo α , hace a las normas del sistema inderrotables, i.e. no sujetas a excepciones implícitas.

Como se verá, si bien leída de izquierda a derecha la afirmación bicondicional de HDI luce en apariencia correcta a fin de declarar la expresa irrelevancia de las propiedades adicionales, no lo es en su lectura de derecha a izquierda.

Principio de clausura como proposición normativa

Entendido como una proposición metasistemática (y en una lógica de proposiciones normativas), el principio PC resulta ambiguo: en el antecedente, niega la relevancia de propiedades adicionales no consideradas. Y la negación de una proposición normativa admite dos tipos de negación, pues puede ser entendida como negando la proposición misma, o como negando la norma mencionada en la proposición. Respectivamente, negación externa y negación interna (ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1974: 175).

Ya fue definida la noción de *relevancia* de una propiedad p en un caso c (de un UC, en relación a un sistema normativo α y un universo de soluciones US). Su negación, i.e. la negación de una proposición que predica la relevancia de una propiedad p , da lugar a la ambigüedad siguiente. Fue definida la irrelevancia de la propiedad p en un caso c (de un UC, en relación a un sistema normativo α y un universo de soluciones US) como la posesión por parte de C^1 y de su caso complementario con respecto a la propiedad p , del mismo estatus normativo. Ahora bien, decir que presentan el mismo estatus normativo admite dos razones, pues o bien puede deberse a que ambos casos están efectivamente correlacionados con la misma solución S^1 , i.e. ambos casos están positivamente correlacionados con la misma solución S^1 , o bien puede deberse a que ni la presencia ni la ausencia de la propiedad p fueron consideradas para correlacionar el caso C^1 con una solución S^1 , i.e. ningún caso es correlacionado con una solución S^1 (RODRÍGUEZ, 1991: 359).

En consecuencia, la negación de una proposición que afirma la relevancia de una propiedad p en un caso C^1 (relativo a α y un US), o lo que es lo mismo, la afirmación de la irrelevancia de una propiedad p en un caso C^1 (relativo a α y un US), puede operar sobre la proposición normativa misma, pues niega uno de los caracteres de la circunstancia p , en tanto elemento de la proposición normativa, i.e. niega la información que aquella brinda. En otras palabras, decir que p es irrelevante es negar que de α se infiera que la propiedad p haya sido considerada relevante, i.e. correlacionada con una solución distinta al caso complementario. Negar la relevancia equivale a afirmar una proposición contradictoria, meramente negativa, cuya condición de verdad consiste en la ausencia de una norma jurídica.

La negación de la proposición, a su vez, puede operar sobre la norma jurídica mencionada en la proposición normativa, pues niega uno de los caracteres de la norma, i.e. niega el elemento antecedente y afirma que de α se infiere que la propiedad p en el caso c y su caso complementario fue correlacionada con la misma solución del US. En otras palabras, afirma que la propiedad p fue expresamente considerada irrelevante, i.e. afirma una norma contradictoria, un hecho positivo, cuya condición de verdad consiste en la existencia de una norma jurídica.

Una proposición normativa y su negación externa son contradictorias. Una proposición normativa y su negación interna no son contradictorias ni contrarias, describen un

sistema jurídico inconsistente en la circunstancia p (ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1974: 175).

Por esta ambigüedad en la negación de relevancia, es conveniente distinguir dos conceptos de *irrelevancia*. RODRÍGUEZ define la negación externa de una proposición normativa que afirma la relevancia de una propiedad p (en C de un UC, en relación a un α y un US) como *irrelevancia negativa*:

(D14) *Una propiedad p es negativamente irrelevante para un caso C en un sistema normativo α si y solo si, de acuerdo con α , el caso y su caso complementario tienen el mismo status normativo, en el sentido de que para cada solución del universo de soluciones correspondiente al universo de acciones, si esa solución está correlacionada por α con un caso C , entonces está correlacionada con su caso complementario.* (RODRÍGUEZ, 1991: 360).

Para que una propiedad p sea irrelevante en sentido negativo, es suficiente con que el legislador no haya incorporado la propiedad p en el UP del sistema normativo (RODRÍGUEZ, 1991: 361).

A su vez, RODRÍGUEZ define la negación interna de una proposición normativa que afirma la relevancia de una propiedad p (en C^1 de un UC, en relación a un α y un US) como *irrelevancia positiva*:

(D15) *Una propiedad p es positivamente irrelevante para un caso C en un sistema normativo α si y solo si, de acuerdo con α , el caso y su caso complementario tienen el mismo status normativo, en el sentido de que existe una solución en el universo de soluciones correspondiente al universo de acciones que está correlacionado por α tanto con el caso como con su complementario.* (RODRÍGUEZ, 1991: 360).

Para que una propiedad p sea irrelevante en sentido positivo, es necesaria una acción de la autoridad normativa que correlacione el caso C^1 y su caso complementario con respecto a la propiedad p , con la misma solución S^1 del US (RODRÍGUEZ, 1991: 361).

Los conceptos de irrelevancia positiva e irrelevancia negativa se relacionan de la siguiente manera, presentado por RODRÍGUEZ:

(T5) *Si una propiedad es relevante e irrelevante en el sentido positivo, el sistema normativo es inconsistente;*

(T6) *Si una propiedad es relevante e irrelevante en el sentido negativo, el sistema normativo es incompleto.*

(T7) *Si un sistema normativo es consistente, la irrelevancia positiva de una propiedad implica su irrelevancia negativa.*

(T8) *Si un sistema normativo es completo, la irrelevancia negativa de una propiedad implica su irrelevancia positiva.*

(T9) *Si un sistema normativo completo y consistente, la irrelevancia negativa equivale a la irrelevancia positiva (RODRÍGUEZ, 1991: 361).*

Claro está, dado que los sistemas normativos pueden ser inconsistentes y/o incompletos, los conceptos de relevancia positiva irrelevancia negativa deberían ser distinguidos a fin de prevenir ambigüedades. (RODRÍGUEZ, 1991: 361).

Resultado

Utilizando las anteriores distinciones conceptuales, se revisa el principio PC a los efectos de determinar su significado. Si acaso afirma:

(P9) (PC débil) Toda propiedad que no fue considerada relevante, es irrelevante.

Entonces afirma una trivialidad si por *irrelevante* afirma la irrelevancia negativa. En efecto, significa que “*toda propiedad que no fue considerada relevante, no fue considerada relevante.*” Expresa un caso particular del principio de identidad. PC (débil) resulta una verdad analítica, pero como HDI afirma: no declara expresamente irrelevantes propiedades no consideradas, i.e. no clausura la relevancia de propiedades adicionales.

En cambio, si acaso afirma:

(P10) (PC fuerte) Toda propiedad que no fue considerada relevante, es irrelevante.

Entonces afirma una verdad sólo contingente si por *irrelevante* afirma la irrelevancia positiva. Si y sólo si existe una RC en el sistema normativo α (o bien, si y solo si el sistema normativo α es completo y consistente), las propiedades no consideradas relevantes son declaradas expresamente relevantes. En esta lectura, si PC (fuerte) se presume una verdad necesaria, entonces presupone lo que debe probar. Su verdad no es

más que contingente. Significa la posibilidad de sistemas normativo con RC y sistemas normativos que carezcan de RC.

Acierta HDI cuando señala que el principio PC es inválido a fin de declarar como irrelevantes (positivamente) las propiedades adicionales a las previstas de antemano, pues o bien no las declara como tales (e.g. PC débil), o bien presupone aquello que debe acreditar (e.g. PC fuerte).

Discusión

Para HDI, únicamente la presencia de RC hace a las normas inderrotables, i.e. no susceptibles de excepciones implícitas, toda vez que RC ordena como irrelevante las propiedades adicionales no previstas de antemano. En contraste, la ausencia de RC haría a las normas derrotables, i.e. susceptibles de excepciones implícitas, toda vez que nada ordena como irrelevante las propiedades adicionales no previstas de antemano, siendo inválido apelar al principio PC.

Para HDI, entonces, la derrotabilidad de las normas sería contingente, dependiendo de la presencia o no de una regla de clausura RC en el sistema normativo α .

Para HDI, es la ausencia de RC, cuestión contingente, la que hace a las normas jurídicas derrotables (HART, 1961: 161; BAYÓN, 2000: 104; BAYÓN, 2001: 55; HAGE, 2005: 23). De ahí que la derrotabilidad de las normas jurídicas sea contingente. RC se entiende como una directiva a los jueces: prescribe que declaren irrelevantes cualesquiera otras propiedades adicionales que un caso individual pueda presentar.

En consecuencia, HDI concluye el siguiente PRINCIPIO:

(P5) Si RC no existe en α , entonces no es obligatorio para los jueces considerar irrelevantes cualesquiera otras propiedades adicionales que un caso c pueda presentar.

En otras palabras, los jueces pueden introducir excepciones implícitas, y desde que ello es así, las normas resultarían derrotables.

El bicondicional que presupone HDI y lo lleva a su conclusión luce desacertado.

No obstante, el razonamiento es ubicuo y la tesis es compartida por autores en principio ajenos a HDI: la ausencia de RC autorizaría la introducción de excepciones implícitas a las normas existentes en un sistema normativo se lee en RODRÍGUEZ, 1991: 368; RODRÍGUEZ y SUCAR, 1998a: 298; NAVARRO y RODRÍGUEZ, 2000: 84.

En efecto, NAVARRO y RODRÍGUEZ afirman:

En cualquier caso, que los jueces se encuentren o no autorizados -dependiendo de la ausencia o la presencia de una regla de clausura de la relevancia- a incorporar otras normas que introduzcan excepciones a las ya existentes en el sistema jurídico en la justificación de sus decisiones en casos particulares, es una cuestión enteramente independiente de si esas normas empleadas por los jueces para derrotar las normas del sistema jurídico serán incorporadas al sistema o no. (NAVARRO y RODRÍGUEZ, 2000: 84; RODRÍGUEZ, 1991: 369).

En ambas situaciones [se refiere a la presencia o ausencia de RC en un sistema jurídico], no obstante, el sistema como tal correlaciona inderrotablemente ciertas soluciones a ciertos casos, con independencia de que los jueces estén o no habilitados -dependiendo de la inexistencia o de la inclusión de una regla de clausura, respectivamente- para incorporar en él nuevas normas que consagren excepciones, e incluso con independencia de que, no estando habilitados para ello, de hecho se aparten de lo establecido por el sistema. (RODRÍGUEZ y SUCAR, 1998a: 298).

La diferencia entre HDI y los autores RODRÍGUEZ, SUCAR y NAVARRO remite a la fuente del derecho, pues consiste en que, para los últimos, en un sistema normativo que carezca de RC, si los jueces declaran relevante una propiedad *p* no considerada explícitamente como tal por el sistema jurídico, i.e. incorporan una excepción implícita, entonces tales jueces no pueden justificar su decisión ni la relevancia de la propiedad *p* en las normas del sistema normativo; en sentido contrario se expresa HDI, adoptando una fuente más amplia del derecho.

Sin necesidad de ingresar en lo que a las fuentes del derecho concierne, se advierte que el PRINCIPIO compartido con HDI descansa en una ambigüedad.

RC expresa:

(P11) (RC) Toda propiedad que no fue considerada relevante, es irrelevante.

Este enunciado es una norma. En lógica de normas, en razón de la interdefinibilidad de los operadores deónticos (ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1974: 173), equivale a *obligatorio considerar irrelevantes las propiedades no consideradas*:

(D16) RC =def. O~R, siendo R: declaración de relevancia;

Equivale a su vez a *prohibido considerar relevantes propiedades no consideradas*:

(D17) RC =def. PhR;

Y equivale a su vez a *no está permitido considerar relevantes propiedades no consideradas*:

(D18) RC =def. ~PR.P~R.

Por lo tanto, HDI se reconstruye, en tanto proposición normativa, en el siguiente PRINCIPIO:

(P12) Si no hay una RC, entonces se pueden introducir excepciones implícitas.

O lo que es equivalente:

(P13) Si no está prohibido considerar relevantes propiedades no consideradas como tales por el sistema jurídico, entonces está permitido considerar relevantes propiedades no consideradas como tales por el sistema jurídico (BAYÓN, 2000: 105).

ALEXY lo presenta del siguiente modo:

[E]s posible, con motivo de la decisión de un caso, introducir en las reglas una cláusula de excepción. Cuando esto sucede, la regla pierde su carácter definitivo para la decisión del caso. [...] Nunca se puede estar seguro de que en un nuevo caso no haya que introducir una nueva cláusula de excepción. Desde luego, es concebible un sistema jurídico que prohíba la limitación de las reglas a través de la introducción de cláusulas de excepción. [...] Las reglas para las cuales no vale esta prohibición pierden su carácter estrictamente definitivo.”
(ALEXY, 1986: 99).

En lógica de proposiciones normativas, este enunciado HDI descansa en la ambigüedad de la noción de *permitido* que, en tanto negación de *prohibido*, figura en la proposición normativa. El antecedente del condicional HDI es la negación de una proposición normativa, y el consecuente del condicional HDI una pretensa consecuencia. Se mostró la ambigüedad sistemática de la negación de una proposición normativa, entonces negar la proposición normativa que afirma la existencia de RC da lugar a una negación interna y a una negación externa. En este caso, la negación de una prohibición da lugar a dos conceptos de permisión, según sea el tipo de negación de la proposición normativa.

HDI tiene dos significados según sea el significado de *permitido* que utilice.

La negación interna de la proposición que afirma la existencia de una norma que prohíbe *p*, afirma la existencia de una norma contradictoria, i.e. afirma la existencia de una norma que permite *p*. Exige un acto de la autoridad normativa como condición de verdad, i.e. la formulación de una norma permisiva. La negación interna de una proposición que afirma la existencia de una norma prohibitiva, equivale (da lugar) al concepto de permisión en sentido positivo (o fuerte) (RODRÍGUEZ, 2003: 98). ALCHOURRÓN y BULYGIN lo definen de la siguiente manera.

(D19) *Definición de permisión fuerte: p está permitido en sentido fuerte en el caso q en el sistema $\alpha = Df.$ De α se infiere una norma que permite p en el caso q.* (ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1974: 174).

La negación externa de la proposición que afirma la existencia de una norma que prohíbe *p*, niega la información que la proposición contenía, i.e. afirma una proposición contradictoria. Si en la proposición se afirma la existencia de la norma que prohíbe *p*, su negación externa afirma que no existe una norma que prohíbe *p*. Afirma un *hecho negativo* de la autoridad normativa como condición de verdad, i.e. no haber prohibido *p*. La negación externa de una proposición que afirma la existencia de una norma prohibitiva, equivale (da lugar) al concepto de permisión en sentido negativo (o débil). ALCHOURRÓN y BULYGIN lo definen de la siguiente manera.

(D20) *Definición de permisión débil: p es permitido en el sentido débil en el caso q en el sistema $\alpha = Df.$ Entre las consecuencias de α no existe una norma que prohíba (= no permita) p en el caso q.* (ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1974: 176).

Utilizando las anteriores distinciones conceptuales, se revisa HDI a los efectos de determinar su significado.

Si HDI (débil) afirma:

(P14) (HDI débil) Si no está prohibido considerar relevantes propiedades no consideradas como tales por el sistema jurídico, entonces está permitido considerar relevantes propiedades no consideradas como tales por el sistema jurídico;

Entonces afirma una trivialidad si por *permitido* se significa permitido en sentido negativo. En efecto, significa:

(P15) (HDI débil) Si no está prohibido considerar relevantes propiedades no consideradas como tales por el sistema jurídico, entonces no está prohibido (=df permisión débil) considerar relevantes propiedades no consideradas como tales por el sistema jurídico.

De nuevo, expresa un caso particular del principio de identidad. HDI resulta una verdad analítica, pero no establece la permisión para introducir excepciones implícitas a las normas jurídicas del sistema jurídico.

En cambio, si HDI (fuerte) afirma:

(P16) (HDI fuerte) Si no está prohibido considerar relevantes propiedades no consideradas como tales por el sistema jurídico, entonces está permitido considerar relevantes propiedades no consideradas como tales por el sistema jurídico.

Entonces afirma una verdad sólo contingente si por *permitido* se significa permitido en sentido positivo. HDI significa:

(P17) (HDI fuerte) Si no está prohibido considerar relevantes propiedades no consideradas como tales por el sistema jurídico, entonces existe una norma que permite (=df permisión fuerte) considerar relevantes propiedades no consideradas como tales por el sistema jurídico.

Llámesse a esta norma que permite la introducción de excepciones implícitas a normas jurídicas existentes, *regla de apertura* (en adelante RA):

(P18) (RA) Las propiedades no consideradas no son irrelevantes,

Equivalente a:

(D21) (RA =df.) Permitido introducir excepciones implícitas en las normas jurídicas.

Pero la existencia de esta norma RA no es algo necesario: un sistema puede o no incorporarla. En esta lectura, si HDI se presume una verdad necesaria, entonces presupone lo que debe probar. Su verdad no es más que contingente.

Entonces, está permitida en sentido positivo la introducción de excepciones implícitas a las normas jurídicas del sistema normativo α , si y solo si se infiere de α una norma RA (=def. norma que permite la introducción de excepciones implícitas a las normas jurídicas). Condición de verdad es la existencia de una norma jurídica de contenido específico. Por lo tanto, es insuficiente la ausencia de RC —como HDI pretende, lo que refuta a PRINCIPIO 7.

Conclusión, HDI es válida en cuanto no cabe apelar a PC para clausurar la relevancia de restantes propiedades adicionales: PC en tanto norma (=def RC) es contingente; PC en tanto proposición metasistemática, en su versión débil resulta trivial, y no clausura la relevancia de las restantes propiedades; en su versión fuerte, presupone lo que debe probar.

Y HDI es inválida cuando afirma HDI (débil) y HDI (fuerte): en su versión débil, afirma una verdad trivial pero no autoriza la introducción de excepciones implícitas a las normas del sistema normativo; y en su versión fuerte, presupone lo que debe probar: asume la existencia de una norma permisiva RA. Pero la inferencia es inválida, de la inexistencia de una norma prohibitiva (i.e. RC) no se sigue la existencia de otra norma, de carácter permisivo (i.e. RA).

En suma, de la inexistencia de RC, no se sigue la permisión de introducir excepciones a las normas del sistema normativo α , lo que refuta al PRINCIPIO 7, que dependerá de la presencia en α de una regla RA que lo autorice, como anticipa PRINCIPIO 8.

Resumen

HDI hace uso ambiguo de la expresión *irrelevante*. Predicar irrelevancia de una propiedad p equivale a negar la proposición normativa que predica la relevancia de la propiedad p en un caso C^1 . La proposición admite una negación interna y una negación externa, que definen un concepto de irrelevancia positivo y negativo, respectivamente. La irrelevancia en sentido positivo de una propiedad p significa que la propiedad p fue considerada expresamente irrelevante. Mientras que la irrelevancia en sentido negativo significa que la propiedad p no fue considerada. Se sigue la ambigüedad del principio “*toda propiedad que no es relevante, es irrelevante.*” Si la negación de relevancia es interna, entonces se afirma la existencia necesaria de una norma, i.e. se presupone lo que se debe probar; si la negación es externa, el principio es sólo instancia del principio de identidad. En consecuencia, no hay nada *formalista* en la declaración anticipada de

irrelevancia en sentido negativo de propiedades adicionales no consideradas expresamente por la autoridad normativa.

HDI pretende inferir que de la ausencia de una norma que prohíba la introducción de excepciones a las normas jurídicas (i.e. ausencia de una regla de clausura), se sigue la permisión de la introducción de excepciones. En otras palabras, el principio es “*si no está prohibido, entonces está permitido.*” De nuevo, la negación de la prohibición admite una negación interna y otra externa, que definen un concepto de permisión positivo y negativo, respectivamente. Si la negación de la prohibición es interna, i.e. equivale a la permisión positiva, entonces HDI presupone lo que debe probar, i.e. HDI afirma la existencia necesaria de una norma que autoriza la introducción de excepciones. Pero de la ausencia de una norma prohibitiva, no se sigue la presencia de una norma permisiva. Si la negación de la prohibición es externa, i.e. equivale a la permisión negativa, entonces sólo expresa una instancia del principio de identidad, i.e. solo afirma que, si una acción p no está prohibida, entonces p no está prohibida. Y de este modo nada se infiere con respecto a la autorización de la introducción de excepciones las normas jurídicas.

CAPÍTULO V: SOBRE LAS REGLAS DE APERTURA Y CLAUSURA

HDI predica el carácter derrotable de las normas del sistema normativo α , sobre la base de la pertenencia a α de una norma RA, i.e. una norma que autoriza expresamente la introducción de excepciones a las normas del sistema normativo α ; en contraste, predica la inderrotabilidad de las normas del sistema normativo α sobre la base de la pertenencia en α de una norma RC, i.e. una norma que prohíbe expresamente la introducción de excepciones a las normas del sistema α .

Intuición

Según HDI, resultaría que las normas RA y RC serían normas de segundo nivel cuya pertenencia a un sistema normativo α modificarían, de las normas de primer nivel existentes en α : a) el carácter del condicional; b) el contenido conceptual del antecedente; y c) el carácter de la consecuencia lógica.

Solo RC haría a los casos antecedentes del enunciado condicional condiciones suficientes, i.e. enunciados que satisfacerían las leyes lógicas de *modus ponens* y refuerzo del antecedente, al prohibir la introducción de excepciones al sistema normativo a que pertenezca RC.

[P]odemos aferrarnos a ciertas características presentes en el caso obvio, e insistir en que ellas son a la vez necesarias y suficientes para que todo aquello que las posea quede comprendido por la regla, cualesquiera sean las restantes propiedades que pueda tener o que puedan faltarle. (HART, 1961: 161).

En cambio, RA haría revisable el contenido conceptual de los casos antecedentes del enunciado condicional expandiéndolo, i.e. contraería conceptualmente el enunciado condicional, expandiendo conceptualmente el caso antecedente, al permitir la introducción de excepciones a las normas del sistema normativo a que pertenezca RA.

This is to say that defeasibility is predicated on a rule which provides that (certain) legal norms are to be treated as defeasible. In other words, this is the situation where a certain legal system provides that its own members ought to be treated as open to implicit exceptions, which are not liable to be listed in advance. (RATTI: 1).

En otras palabras, RA y RC harían a las normas del sistema normativo α al que pertenecerían derrotables e inderrotables, respectivamente. Una norma RA volvería

indeterminado la identificación del contenido del sistema normativo α , i.e. las normas pertenecientes a α , mientras que una norma RC garantizaría la efectiva identificación del contenido del sistema normativo α , i.e. las normas pertenecientes a α .

HDI ahora suscribiría:

(P7) La presencia en el sistema normativo de una regla de revisión de relevancia o regla de apertura, i.e. de una regla que permita la introducción de excepciones a las normas jurídicas, hace a las normas derrotables.

Y en contrapartida:

(P7') La presencia en el sistema normativo de una regla de clausura, i.e. una regla que prohíba la introducción de excepciones a las normas jurídicas, hace a las normas inderrotables.

La expansión del caso antecedente (contracción del enunciado condicional) obedece a la pertenencia de una regla de apertura RA (autorización de introducción de excepciones a las normas de α). La suficiencia del caso antecedente obedece a la pertenencia de una regla de clausura RC (prohibición de introducción de excepciones a las normas de α).

Hipótesis

HDI lleva demasiado lejos demasiado rápido.

Hay dos clases de problemas: con respecto a RA (P7), existe un problema relativo a su representación o reconstrucción conceptual; y con respecto a RC (P7'), existe dos problemas, uno relativo a su representación conceptual y otro relativo a su utilidad pragmática.

HDI colapsa dos significados (e.g., conceptual y pragmático) y predica de las normas cualidades promiscuamente. Advertir ello presupone su distinción.

Significados conceptual y pragmático

Al predicar un problema como *conceptual*, se significa un problema abstracto u objetivo, i.e. se prescinde de sujetos, tiempo y espacio, cuya clase de referencia son normas y un sistema normativo α . En cambio, al predicar un problema como *pragmático*, se significa un problema de conducta o trato dispensado por una comunidad de sujetos a las normas de un sistema normativo α , cuya clase de referencia

son normas, un sistema normativo α y una comunidad G. La distinta clase de referencia define dos significados distintos.

No obstante, ambos problemas y significados suelen confundirse (HART, 1961: 160; BAYÓN, 2000: 103; SCHAUER, 1991: 64, 84; SCHAUER, 2012: 77; WALUCHOW, 2012: 254; ATRIA, 2002: 348).

No advertir su diferencia de significado, i.e. no advertir la ambigüedad, implica que, sobre la base de atributos pragmáticos de las normas de un sistema normativo α , se prediquen propiedades objetivas de las normas del sistema α . No obstante, despejada la diferencia de significados, se hace evidente que no cabe predicar un significado objetivo sobre la base de una propiedad pragmática, i.e. del hecho que una comunidad G trate al contenido normativo de una cierta manera, no se sigue que el contenido normativo mismo sea de tal manera.

La amalgama entre una propiedad objetiva o abstracta de una norma N^1 de un sistema normativo α , y una propiedad pragmática de una norma N^1 de un sistema normativo α , se manifiesta en lo siguiente:

“[I]t is not a feature of legal material (i.e., laws) which explains the formality of law, but something about legal practice as a whole. Legal discourse becomes formal when the participants start seeing legal adjudication as being about something in particular. (ATRIA, 2002: 348).

Por formalidad del derecho (i.e. *formality of law*), se entiende lo siguiente:

[T]he fact that legal decisions are restricted with regard to the considerations that are deemed to be relevant for their justification. (ATRIA, 2002: 347).

Para ATRIA, entonces, la relevancia o no de las propiedades adicionales a las expresamente previstas, i.e. propiedad objetiva, dependen de la práctica jurídica como un todo, i.e. propiedad pragmática.

ATRIA infiere de ello que la formalidad del derecho es contingente, de un lado, y que la formalidad del derecho admite grados, del otro (ATRIA, 2002: 348).

La confusión se da en el carácter de la propiedad de *formalidad*, i.e. relevancia o no de propiedades adicionales, que se predica de un sistema normativo α : ¿es la *formalidad* una propiedad pragmática o es una propiedad objetiva o abstracta?

Resultado

Si la relevancia de las propiedades adicionales a las expresamente previstas, i.e. la formalidad del discurso jurídico, depende de (tiene por condición de verdad) la actitud de los miembros de una comunidad G para con una norma N^1 del sistema normativo α (significado pragmático), entonces es trivialmente cierto que el carácter formal del discurso jurídico, i.e. derrotabilidad o no de las normas, dependerá de la actitud que adopten los miembros de G para con las normas de α . Y como tal, la derrotabilidad será contingente y admitirá grados: a) la actitud puede o no adoptarse, y b) puede adoptarse con mayor o menor intensidad. Así entendida, la formalidad del discurso jurídico equivale a un criterio para determinar el seguimiento (obediencia) o no de una norma N.

Ahora bien, sea ello así, no se sigue ninguna propiedad objetiva definitoria de las normas de un sistema normativo α (i.e. significado objetivo); aquello informará lo que hace una comunidad G con una norma N^1 del sistema normativo α , cuya clase de referencia será un sistema normativo α , sus normas y una comunidad G. El concepto pragmático de *formalidad* aparea α , N^1 y G.

Si la formalidad del discurso jurídico prescinde de la actitud de una comunidad G para el sistema normativo α y depende sólo del (i.e. equivale al) contenido conceptual del sistema normativo α (significado objetivo), entonces HDI presupone algo que debe probarse, i.e. presupone que una norma N^1 equivale (se identifica con) lo que un miembro de la comunidad G hace con N. En otras palabras, identifica lo que una norma N^1 es con lo que una comunidad G hace con la norma N^1 . Colapsa un concepto pragmático (verificacionista) con uno objetivo. Así entendida, además, colapsa un criterio de identificación conceptual con un criterio para determinar el seguimiento o no de una norma N^1 , siendo indiscernible el no seguimiento de la revisión del contenido conceptual. Y la paradoja se extiende: si para definir el contenido conceptual de una norma N^1 es necesario observar la actitud asumida a su respecto, no menos cierto es que para asumir una cierta actitud respecto a N^1 es necesario saber en primer lugar cuál es ese contenido conceptual.

Por tanto, el concepto objetivo de *formalidad*, a diferencia del concepto pragmático, no puede sino equivaler al contenido conceptual de un sistema normativo α , cuya clase de referencia es un sistema normativo α y sus normas. Y siendo que el contenido conceptual del antecedente de una norma N^1 declara la relevancia o la irrelevancia de ciertas propiedades (en sentido positivo y en sentido negativo), y presupone la actividad

selectiva de la autoridad en la producción normativa, como tal, se sigue que la formalidad del discurso así entendida no es ni contingente ni admite grados.

Trazado el distingo, qué sea o qué no sea una norma N^1 , i.e. su significado objetivo, es conceptualmente independiente con respecto a qué haga o qué no haga un miembro o un grupo de miembros de la comunidad G con N^1 , i.e. su significado pragmático. En otras palabras, el carácter formal o no de la actitud de los miembros de la comunidad G para con las normas del sistema normativo α (i.e. significado pragmático) no define el carácter formal o no de la norma N^1 ni del conjunto de normas α (i.e. significado objetivo).

No trazar el distingo anterior y tomar la norma N^1 como lo que una comunidad G hace con la norma N^1 , es confundir el objeto a representar con la representación del mismo, o lo que es con lo que se cree que es, o incluso lo que es con lo que debe ser. En otras palabras, confundirlos es incurrir en algún tipo de idealismo (e.g. constructivismo social) (ATRIA, 2002: 376) que por hipótesis resulta contrario al método. Claro está, de lo dicho no se sigue que un sistema normativo α sea trascendental o *a priori*, i.e. independiente de toda experiencia, sino que la producción normativa es independiente de la representación o del conocimiento del sistema normativo α .

El idealismo de ATRIA se manifiesta cuando afirma, primero:

These degrees of formality [of law] are determined not by the conceptual status of the legal material (rules, principles, and so on), but by the constraints that act upon legal discourse as a result of the existence of a canon of legal argument whose content is given by an image of law.” (ATRIA, 2002: 370).

Cuando define, segundo:

An image of law, then, is a body of beliefs as to the nature of the law, and hence as to the kind of arguments that should be considered when deciding how legal precepts should be applied to particular cases. (ATRIA, 2002: 372).

Y cuando aclara, tercero:

An image of law, then, is an image of the world, or of that part of the world that we would identify, using our concepts (themselves the product of our world view) as legal practice. (ATRIA, 2002: 375).

En consecuencia, para ATRIA, la formalidad del derecho, i.e. la no derrotabilidad del derecho, entonces, dependería de las creencias (i.e. actitudes) de la comunidad G para con su sistema de normas. Pero es así, si y solo si se adopta alguna clase de filosofía idealista o verificacionista, i.e. se identifica el objeto con la representación del objeto, por hipótesis contrario al método.

Discusión RC

Si con la introducción de RC en α se pretende, desde una lógica de normas, la efectiva identificación del derecho (i.e. que no se introduzcan de hecho excepciones implícitas), entonces RC es conceptualmente innecesaria y pragmáticamente insuficiente.

Lo primero, i.e. RC no es conceptualmente necesaria en α , porque si bien su presencia supone la declaración de irrelevancia positiva de las propiedades adicionales no consideradas de antemano, su mera ausencia no permite (en sentido positivo) la introducción de excepciones implícitas en las normas jurídicas del sistema normativo al que pertenezca. Por lo que no es necesaria RC para que las normas no sean susceptibles de excepciones implícitas, i.e. no sean *derrotables*.

Y lo segundo, i.e. RC no es pragmáticamente suficiente α , porque su pertenencia no asegura que una comunidad G identifique efectivamente (i.e. como cuestión de hecho) las normas del sistema normativo α de la manera en que RC prescribe, *so pena* de la falacia de creer que lo que debe ser, sea el caso (falacia normativista); que la conducta prescrita, i.e. prohibición de introducción de excepciones implícitas a normas existentes, sea la conducta efectiva (falacia normativista). De RC se sigue la prohibición de la introducción de excepciones implícitas, pero no se sigue la inexistencia de la introducción de excepciones implícitas como cuestión de hecho.

Por tanto, RC es pragmáticamente insuficiente *so pena* de regresión infinita, toda vez que, de pertenecer al sistema normativo α , cabría la pregunta adicional sobre la *derrotabilidad* o *inderrotabilidad* de RC, i.e. si está RC misma sujeta o no a excepciones implícitas no enumerables exhaustivamente de antemano. La identificación del contenido conceptual de una norma de un modo específico no puede, sin paradoja ni circularidad, ser prescrito por otra norma (ATRIA, 2002: 352; RATTI: 1).

En tanto asunto pragmático, que de hecho se identifique (o no) en el sentido prescrito por RC, presupone no solo un criterio de identificación del sistema normativo α , efectivamente utilizado en una comunidad G, sino que también presupone una cierta

actitud de los miembros de la comunidad G ante las normas inferidas del sistema normativo α , i.e. presupone no solo el uso de una regla conceptual definitoria del orden jurídico (ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1974: 151) sino que también presupone un cierto trato dado por los miembros de G a las normas de α así identificadas (e.g. *atrincherado* o *transparente*) (SCHAUER, 1991: 38).

El trato dado por una comunidad G remite a la vigencia (eficacia) de la norma N^1 en cuestión, propiedad pragmática ya no objetiva de una (las) norma(s) que designa (refiere) precisamente el trato dispensado por una comunidad G a la(s) norma(s) identificada(s) por un criterio compartido, cuya clase de referencia es tanto un sistema normativo α , sus normas N^1 , cuanto una comunidad G. Por lo tanto, la vigencia (eficacia) de una norma N^1 no depende conceptualmente de las consecuencias lógicas de la norma N^1 ; sino que depende del trato, i.e. actitud, de los miembros de una comunidad G para con N^1 .

Como es sabido,

(D22) Una norma N es *vigente* (eficaz) si y solo si existen buenas razones para afirmar que será aplicada (observada) en caso de que se dieran las condiciones para su aplicación (observación).

En otras palabras, la vigencia es entendida como una propiedad disposicional (BULYGIN, 1966: 364).

Precisamente, que una norma N^1 identificada como perteneciente a un sistema normativo α sea más o menos vigente (eficaz) significa, como cuestión de hecho, que será susceptible en relación inversamente proporcional a que sea sujeta a ninguna, una o más excepciones implícitas. A mayores excepciones, menor vigencia (eficacia), y la inversa, a menos excepciones, mayor vigencia (eficacia). Una vigencia (eficacia) nula anticipa (significa) desuetudo.

Como cuestión de hecho, que se introduzcan excepciones implícitas (o no) a las normas como prohibiría (ordenaría) RC, depende no solo del uso de al menos un criterio de identificación vigente en la comunidad G y la identificación de las normas pertenecientes al sistema normativo α de la comunidad G; sino que depende de la actitud específica (i.e. determinada) de los miembros de la comunidad G ante las normas así identificadas, e.g. entendimiento *atrincherado* o *transparente* de las normas jurídicas identificadas. En tanto uso de una regla conceptual, lo primero, y en tanto es

una cuestión de hecho (i.e., conductual, aunque no sólo fenoménico), lo segundo, son empíricamente verificables y contingentes (HART, 1961: 125), constituyendo la clase de referencia un sistema normativo α , sus normas N^1 y una comunidad G.

En consecuencia, HDI colapsa la derrotabilidad de una norma N^1 , como cuestión objetiva o conceptual, con la vigencia (eficacia) de una norma N^1 , como cuestión pragmática.

En conclusión, no tiene sentido que RC sea una norma perteneciente al sistema normativo primario de α , i.e. una norma de conducta, por ser conceptualmente innecesaria, y pragmáticamente insuficiente.

Corolario RC

Ciertamente una comunidad G puede adoptar, como cuestión de hecho, una regla RC mediante la cual prescribiría la vigencia (eficacia) de una norma N^1 y/o de los criterios de identificación del sistema normativo α , i.e. prescribiría el uso (observación) de una norma N^1 y/o criterio de identificación.

Ello plantea el interrogante adicional relativo a la entidad de la actitud consistente en RC, que a los efectos de evitar la paradoja y/o circularidad ha de ser diferente al de aquellas normas a que se refiere, pues no tendría mayor sentido que sea una norma perteneciente al sistema normativo α .

Una respuesta ha sido como sigue: RATTI sostiene que este recaudo hace de RC una regla extrajurídica y valorativa.

RATTI concluye: dada dos normas de distinto nivel a los efectos de evitar paradojas, y siendo una jurídica, la otra ha de ser extrajurídica:

As a consequence, metarules bearing on subsystems are not part of the subsystems whose identification they render it possible or presuppose. [...] in fact, the analogy suggests that they are to be considered as not belonging to the legal system previously singled out (that is, they are not legal). (RATTI: 4).

Y si una norma no pertenece al sistema jurídico, entonces es una regla valorativa:

All this has the rather striking upshot that the global defeasibility paradox can be 'overcome' exclusively on axiological value-laden grounds (as opposed to logical value-free grounds). (RATTI: 4).

Empero, no es necesario normas o exigencias valorativas a los efectos de *cortar* la regresividad señalada. RC no depende de una actitud valorativa, i.e. la vigencia (eficacia) de una norma N^1 o de un criterio de identificación no depende de actitudes valorativas.

Por un lado, reglas de distinto nivel (e.g. primer y segundo nivel) pueden pertenecer (y pertenecen) al sistema jurídico (HART, 1961: 99; VON WRIGHT, 1963: 189; ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1974: 191; RAZ, 1979: 223). Más allá de esto, y, por otro lado, de nuevo: es el uso de un criterio de identificación, así como el uso de la norma identificada, lo que *corta* la regresión infinita (BULYGIN, 1991b: 316). Por lo tanto, basta con ser RC una cuestión de hecho, i.e. la propiedad de *vigencia* tanto de los criterios de identificación del sistema normativo como de las normas identificadas, para que la circularidad y/o paradoja se desvanezca en el aire.

Por lo tanto, RC no es ni una exigencia ni una norma valorativa, sino que RC constituirá, eventualmente, como cuestión contingente, la actitud de los miembros de la comunidad G para con las normas identificadas, i.e. una cuestión de hecho. Si RC es una conducta generalizada, y se adopta una actitud crítica reflexiva en torno suyo, puede adquirir el carácter de regla social (HART, 1961: 99), y así la comunidad tratará de forma atrincherada la norma N^1 y el criterio de identificación de α .

En conclusión, así como no tiene sentido que RC sea una norma perteneciente al sistema normativo α , tampoco es necesario que RC sea una exigencia valorativa, pues resulta suficiente con ser una regla social como cuestión de hecho, i.e. consistir en el uso de los criterios de identificación como en el uso de las normas jurídicas identificadas.

Discusión RA

HDI sostiene que la pertenencia de RA a un sistema normativo α haría a las normas de α derrotables, i.e. sujetas a excepciones implícitas (SCHAUER, 2012: 83; WALUCHOW, 2012: 267); en esta versión de HDI, no obstante, se asiste a una errónea representación (reconstrucción) conceptual del fenómeno normativo, que remite al momento de su aplicación u observancia, ya no su identificación.

RA admite cuatro versiones distinguibles, aunque no separables, según tenga por destinatarios a los ciudadanos de una comunidad G, o bien a la autoridad (órganos de aplicación) de una comunidad G, y a su vez, según tenga un alcance absoluto o un

alcance relativo la condición de aplicación de RA en cada uno de los sistemas a los que pertenece.

En otras palabras, RA puede dirigirse a los ciudadanos o bien a las autoridades, y ser absoluto o relativo su alcance.

Si tiene por destinatarios a los ciudadanos en general de una comunidad G, i.e. si RA pertenece al subsistema primario (ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1974: 205), entonces presenta dos versiones, una fuerte y otra débil, según sea el contenido conceptual de RA en tanto metanorma (norma de segundo nivel) que admitiría la revisión (expansión conceptual del antecedente) de una norma N^1 del sistema normativo α .

En una versión fuerte de RA, cuyo antecedente no admitiría restricciones de ninguna clase para la revisión de una norma N^1 , consagraría con alcance absoluto (incondicionado) la revisión del contenido conceptual de una norma N^1 . Con dicho alcance, carecería de sentido desde una lógica de normas, pues establecería:

(P19) (RA fuerte) Para cualquier caso, se encontraría permitido introducir excepciones implícitas a la norma N.

En otras palabras, permitiría no observar la conducta prescrita por la norma N^1 , y con ello sería el colapso total de cualquier sistema de normas que la contuviera (WALUCHOW, 1994: 66), pues habilitaría la inobservancia de las normas pertenecientes al sistema normativo por la inobservancia misma, incondicionalmente.

En cambio, en una versión débil RA, cuyo antecedente contendría restricciones para la revisión de una norma N^1 , consagraría con alcance relativo (condicionado) la revisión del contenido conceptual de una norma N^1 a la que se refiera del sistema normativo al que perteneciera. RA establecería, a modo de ejemplo:

(P20) (RA débil) En casos de excesiva onerosidad sobreviviente, permitida la introducción de excepciones implícitas a las normas jurídicas que regulaban el caso.

En otras palabras, en casos de excepción, estaría permitido no observar la conducta prescrita por la norma N^1 , bajo una condición previamente establecida.

Ahora bien, en esta versión débil, lo que RA permitiría es la revisión de la solución individual dada (indirectamente) por una norma N^1 ; siendo así, la solución individual s^1 que el sistema normativo α correlaciona (indirectamente) al caso individual c mediante

una norma N^1 ($C^1 \rightarrow S^1$), está sujeta a la condición establecida por RA. Satisfecha la condición establecida por RA, la solución s^1 correlacionada (indirectamente) con c^1 por N^1 es reemplazada por otra solución individual s^2 distinta a s^1 . La solución s^1 es dejada de lado por la propia disposición RA del sistema normativo, y se introduce, para la solución del caso c^1 , una solución s^2 con fundamento en RA, pero no por ello s^2 pasa a integrar el sistema jurídico que contenga a RA.

Por lo tanto, no hay nada como el descubrimiento de la norma *real*, sino sólo la revisión (reemplazo) de la solución individual por expresa disposición del sistema normativo para un caso dado que satisface el criterio antecedente de RA (NAVARRO y RODRÍGUEZ, 2000: 84). La solución s^1 no será observada (i.e. cumplida) por disposición jurídica expresa (WALUCHOW, 1996: 38; RAZ, 1979: 31), consistiendo N^1 y RA en un caso dado un conflicto normativo resuelto por un criterio de preferencia de RA.

Análogamente, si RA tiene por destinatarios a los jueces de la comunidad G, i.e. si RA pertenece al sistema secundario de adjudicación (ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1974: 205, 208), entonces no solo se presentan las mismas cuestiones (y las mismas conclusiones) anteriores en cuanto a las versiones fuerte y débil de RA, i.e. respecto a las condiciones a satisfacer para la revisión de una solución (SCHAUER, 1991: 171; SCHAUER, 2012: 83; WALUCHOW, 267), a saber:

En una lectura fuerte de RA, consagraría un sistema de discrecionalidad absoluta (*systems of absolute discretion*) (RAZ, 1975: 137). Y en una lectura debilitada, se autorizaría expresamente a los jueces para la revisión (reemplazo) de la solución individual inferida del sistema normativo para un caso individual por una solución judicial diversa (RAZ, 1979: 31). A modo de ejemplo, RA establecería *si la parte que no prueba el caso c^1 (presupuesto de aplicación) de la norma N^1 que afirma, entonces debe resolverse en su contra*, i.e. *como si* no se hubiese verificado el caso c^1 .

Ahora bien, en tanto regula la aplicación judicial de normas, i.e. en tanto RA es un criterio de aplicabilidad, presenta las siguientes particularidades (BULYGIN, 1982: 200; NAVARRO y MORESO: 119).

RA como regla de adjudicación (HART, 1961: 120) admite dos lecturas según sea — ahora— el carácter de la excepción implícita introducida, i.e. según afecte dos ámbitos de la validez de las normas a que se refiere.

La validez de una norma N^1 en un sistema normativo α puede significar la obligatoriedad de una norma N^1 en un caso c^1 , relativo al sistema normativo α , i.e. su obligada aplicación al caso c^1 conforme α .

En este sentido, afirmar “la norma N es una norma válida” equivale a la proposición “la norma N debe ser aplicada” —*salva veritate*. Expresa que es obligatorio que la norma N^1 sea usada como premisa mayor en un razonamiento deductivo que tenga por conclusión la solución del caso c^1 (BULYGIN, 1966: 355). En otras palabras, modaliza deónticamente la justificación externa de la premisa mayor de un silogismo judicial.

O bien puede significar —la validez de una norma N^1 en un sistema normativo α — la pertenencia de una norma N^1 a un sistema normativo α , e.g. promulgación por autoridad competente de α , costumbre, precedente judicial, etc. (CARACCILO, 1996b: 295).

En este sentido, afirmar “la norma N^1 es una norma válida” equivale a la proposición “la norma N^1 pertenece al sistema normativo” —*salva veritate*. En otras palabras, expresa que la norma N^1 satisface un criterio de identificación establecido por la regla de reconocimiento del sistema normativo α (HART, 1961: 125), i.e. satisface las reglas de admisión (e.g. legalidad, costumbre, precedente) de α y no ha sido cancelada por las reglas de rechazo (e.g. derogación) de α (ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1974: 119).

La desambiguación no es baladí, pues ambos conceptos son lógicamente independientes entre sí. La obligatoriedad o aplicabilidad (A) de una norma N^1 es lógicamente independiente de la pertenencia (P) a un sistema normativo α . En consecuencia, existen cuatro combinaciones posibles de propiedades (2^n).

Una norma N^1 puede ser obligatoria (A) en el sistema normativo α y no obstante no pertenecer ($\sim P$) a α . Verbigracia: normas extranjeras declaradas aplicables por normas de reenvío, normas penales más favorables derogadas, normas convenidas contractualmente.

Una norma N^1 puede pertenecer (P) al sistema normativo α y no obstante carecer de obligatoriedad ($\sim A$) en α . Verbigracia: normas en período de *vacatio legis*, normas penales menos favorables, normas invocadas abusivamente, normas usadas en fraude a la ley.

Es normal —*rule of thumb*— que una norma N^1 pertenezca (P) al sistema normativo α y, al mismo tiempo, sea obligatoria (A) en un caso c; así como es normal —*rule of thumb*— que una norma N^1 que no pertenezca (\sim P) al sistema normativo α tampoco sea, al mismo tiempo, obligatoria (\sim A) en un caso c.

Estas combinaciones de propiedades P y A definen a las normas jurídicas como —normalmente— razones excluyentes, e.g. cuando las normas jurídicas (P) resultan obligatorias (A) con independencia de su valor axiológico, i.e. cuando las normas que no pertenezcan (\sim P) no resultan obligatorias (\sim A). Al mismo tiempo, la combinación inversa de las propiedades P y A, definen —en cambio— a los sistemas jurídicos como sistemas abiertos, e.g. cuando normas que no pertenecen (\sim P) a un sistema jurídico resultan obligatorias (A), y cuando normas que pertenecen (P) a un sistema jurídico no resultan obligatorias (\sim A) (RAZ, 1975: 144).

Ahora bien, la dilucidación da lugar a dos conceptos de validez, según refiera el fenómeno de la pertenencia o el fenómeno de la aplicabilidad (BULYGIN, 1982: 195; NINO, 1985: 7).

(D23) *Pertenencia* =df.: Una norma N^1 pertenece al sistema normativo α , si y solo si la norma N^1 satisface los criterios de identificación establecidos por la regla de reconocimiento del sistema α .

Recursivamente,

(A3) Una norma N^1 pertenece a un sistema normativo α si y solo si N^1 satisface las reglas de admisión (e.g. legalidad, costumbre, precedente) de α y no ha sido cancelada por las reglas de rechazo (e.g. derogación) de α (ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1974: 119).

(D24) *Aplicabilidad* =df.: Una norma N^1 es aplicable en el sistema normativo α en un caso c, si y solo si una norma N^2 perteneciente al sistema normativo α obliga la aplicación de N^1 en un caso c (NAVARRO y MORESO, 1996: 125).

Lo propio se sigue de la negativa de la validez de una norma N^1 en un sistema normativo α , pues puede negarse (cancelarse) uno u otro concepto de validez.

La cancelación de la pertenencia de una norma N^1 al sistema normativo α , importa el rechazo de la norma N^1 en el sistema normativo α , pues deja de pertenecer a α . En sus efectos, equivale a la derogación de la norma N^1 en α .

La cancelación de la aplicabilidad admite un distinguo ulterior, según sea la negativa interna o externa, lo que da lugar a dos conceptos de inaplicabilidad, uno en sentido positivo y otro en sentido negativo, respectivamente.

(D25) *Inaplicabilidad*⁺ =df.: Una norma N^1 es inaplicable —en sentido positivo— en el sistema normativo α en un caso c , si y solo si una norma N^2 perteneciente al sistema normativo α prohíbe la aplicación de N^1 en un caso c .

(D26) *Inaplicabilidad*⁻ =df.: Una norma N^1 es inaplicable —en sentido negativo— en el sistema normativo α en un caso c , si y solo si no hay ninguna norma N^2 perteneciente al sistema normativo α que obligue la aplicación de N^1 en un caso c .

En ambos casos, la norma N^1 cuya aplicación en el caso c se cancela, no deja de pertenecer al sistema normativo α —si es que N^1 era una norma de α .

Trazados los distinguos anteriores, RA puede autorizar a los jueces solamente a revisar la solución (individual) que el sistema normativa correlaciona (indirectamente) con el caso individual, i.e. RA permitiría cancelar la obligatoriedad de la norma N^1 a que se refiera para el caso c . RA es una regla de adjudicación que permite la inaplicación de una solución (individual), i.e. permite inaplicar una norma jurídica aun cuando el caso antecedente de ésta se haya dado, a la vez que permite aplicar una solución judicial distinta (WALUCHOW, 1996: 66; 2012: 265; SCHAUER, 2012: 83; NAVARRO ET AL., 2000: 133).

En cambio, RA puede autorizar a los jueces no sólo a inaplicar la solución al caso individual, permitiendo una solución judicial distinta, sino a modificar la solución misma que el sistema normativo correlaciona con el caso genérico, i.e. RA permitiría cancelar la pertenencia de la norma N^1 a que se refiera dado un caso c . RA es una regla de adjudicación que permite la modificación del sistema jurídico, i.e. admite la creación normativa jurisprudencial (WALUCHOW, 1996: 35; SCHAUER, 2012: 81; NAVARRO ET AL., 2000: 133), al mismo tiempo que su cancelación.

Ahora bien, ello no carece de consecuencias. La propia expresión *sistema jurídico* es ambigua, pues se utiliza para referir —al menos— dos fenómenos disímiles y distintivos del derecho.

Por sistema jurídico β puede entenderse un conjunto de normas determinado (y sus consecuencias lógicas), clausurado conforme a criterios de identificación, i.e. reglas de admisión y reglas de rechazo reconocidos.

En este sentido, la totalidad de las normas identificadas define el sistema jurídico β , pues la individuación de β depende de su contenido normativo. Un sistema jurídico β es el conjunto de normas admitidas y no rechazadas, i.e. normas promulgadas y no derogadas.

La admisión de una nueva norma N^1 (o el rechazo de una norma N^2) en el sistema jurídico β , implica la sustitución del sistema jurídico β por el sistema jurídico γ , idéntico a β a excepción de la pertenencia de N^1 (o el rechazo de N^2). Un sistema jurídico β no puede cambiar su contenido normativo sin perder su identidad (ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1974: 138).

La relatividad de todo sistema jurídico β a la admisión (promulgación) o rechazo (derogación) de normas, define a los sistemas jurídicos como *sistemas momentáneos* (RAZ, 1970: 189), cuyos extremos temporales son actos de admisión y/o actos de rechazo. Ínterin el sistema jurídico β se mantiene —merced a estático— idéntico.

La misma expresión *sistema jurídico* también es usada en un sentido más amplio, para denotar estabilidad en el tiempo y continuidad sin pérdida de identidad de los diversos conjuntos de normas que se van sucediendo ordenadamente, captando así el fenómeno de la dinámica de los sistemas jurídicos. En otras palabras, no se duda que el derecho nacional conserva su identidad no obstante las sucesivas modificaciones por reforma, creación o derogación normativa.

En este sentido, el término representa una secuencia de distintos conjuntos normativos, i.e. una familia de sistemas jurídicos (BULYGIN, 1982: 197). La permanencia en el tiempo define a esta concepción de los sistemas jurídicos como *sistemas no momentáneos* (RAZ, 1970: 187).

A fin de evitar ambigüedades, se reserva la expresión *sistema jurídico* para referir el primer fenómeno, relativo a un conjunto de normas estático y momentáneo, y se utiliza

la expresión *orden jurídico* para referir el segundo fenómeno, relativo a un conjunto de sistemas normativos dinámico (ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1974: 138).

Sintetizando los distinguos conceptuales previos, se observa que la identidad de un sistema normativo α depende de las normas que pertenecen a α , y no de las normas aplicables en α . De otro modo, i.e. si dependiese de las normas aplicables, un sistema jurídico α —e.g. derecho nacional— equivaldría a otro sistema jurídico β —derecho extranjero—; o bien estaría compuesto de normas que no satisfacen reglas de admisión; o bien equivaldría a la totalidad de los contratos celebrados; o bien contendría normas derogadas.

Luego, se desprende que en uno y otro caso, la norma N^1 que regula el caso individual c^1 es identificada para luego ser dejada de lado por expresa autorización de RA, i.e. se asiste al desplazamiento de N^1 autorizado por RA, y la norma desplazada puede verse afectada solamente en su aplicabilidad en el caso c^1 , o bien en su pertenencia al sistema normativo α , en cuyo caso la norma preferida que RA autoriza emplear pasará a formar parte del sistema normativo α , modificando el sistema jurídico mediante creación jurisprudencial.

En conclusión, afirmar la indeterminación del contenido conceptual de la norma N^1 en base a la existencia de RA, es confundir: a) un problema de identificación de las normas pertenecientes al sistema normativo α ; con b) un problema de aplicación, y/o un problema de observancia, y/o un problema de modificación de las normas normativas identificadas. En otras palabras, es confundir criterios de aplicabilidad y modificación del derecho con el contenido conceptual de las normas jurídicas, lo que descarta PRINCIPIO 8.

CAPÍTULO VI: CONCLUSIONES

De lo anterior se extraen al menos las siguientes conclusiones:

1. HDI resulta injustificada en sus ocho PRINCIPIOS: emplea términos y enunciados ambiguos que según sea su significado expresan proposiciones que o bien son falsas, o bien si verdaderas no garantizan la inferencia que pretende.
2. HDI hace uso ambiguo de los siguientes términos: *caso*, *relevante*, *irrelevante* y *permisión*, así como ignora la ambigüedad de los significados de la negación de una proposición normativa (colapsa lógica de normas y lógica de proposiciones normativas).
3. HDI confunde lagunas normativas con lagunas de reconocimiento y/o lagunas de conocimiento y/o lagunas axiológicas.
4. HDI confunde lo que es con lo que debe ser, i.e. la norma jurídica con lo razonable o moralmente aceptable.
5. HDI presupone lo que debe probar, o bien no prueba lo que debe probar.
6. HDI confunde el significado objetivo (o abstracto) de una norma N^1 con el significado pragmático de la misma norma N^1 .
7. RC es conceptualmente innecesaria y pragmáticamente insuficiente.
8. RA hace revisable el contenido normativo, pero no en el sentido de indeterminación del significado conceptual de la norma jurídica, sino en el sentido de permitir positivamente: a) inobservancia en un caso individual, b) inaplicación en un caso individual, o c) modificación de la norma jurídica, según sea su antecedente o presupuesto de aplicación.

PARTE SEGUNDA: JUSTIFICACIÓN INSTITUCIONAL

CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN

Es un hecho inherente a cualquier comunidad dotada de un sistema normativo, que la mera solución de los problemas normativos de antemano no se traduce automáticamente en la resolución definitiva de los conflictos de intereses que se susciten entre dos o más personas (*generic deterrence*). Conocer el estatus deóntico de una acción no implica su seguimiento; el contenido normativo no se traduce, por sí solo, en un fenómeno observable correspondiente (falacia normativista). La solución normativa prevista de antemano puede ser controvertida, ignorada, desobedecida, entre otras actitudes.

Resulta necesario, para servir al propósito tenido en miras en primer lugar, contar con órganos encargados de la implementación de la solución normativa del conflicto de interés suscitado (*specific deterrence*) capaces de hacer valer la solución del caso, concentrando la —caso contrario difusa— presión social (HART, 1961: 116, 120).

Todo sistema normativo se compone no solo de un *sistema primario*, i.e. un conjunto de normas que regulan la conducta de los individuos (sujetos normativos), sino también de un *sistema secundario de adjudicación*, i.e. un conjunto de normas que regulan la actividad jurisdiccional de órganos encargados de su aplicación, como subsistemas del sistema normativo (ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1974: 205; HART, 1961: 113; RAZ, 1975: 138; 1979: 112). Toda vez que un conjunto de normas de uno de los subsistemas mencionados se refiere (presupone) un conjunto de normas del otro subsistema, uno de los subsistemas es secundario en relación al otro (ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1974: 213; RAZ, 1975: 112).

Ello define a los sistemas jurídicos como sistemas de normas imbricadas y como sistemas institucionales, i.e. sistemas normativos que cuentan con normas de conducta y con normas que regulan la creación y la aplicación de aquellas normas mediante órganos específicos. La relación lógica interna entre las normas, así como el distinto nivel de las normas, define tanto la unidad cuanto la interdependencia de las normas jurídicas, a diferencia de otros sistemas normativos (e.g., moral) (RAZ, 1975: 113). Las reglas de admisión y rechazo, o reglas de cambio, de un lado, cuanto las reglas de adjudicación, del otro, i.e., normas de competencia, se encuentran lógicamente relacionadas con las normas de conducta a que se refieren: crean, derogan, aplican

normas de conducta mediante la intervención de instituciones competentes (RAZ, 1975: 126).

Ningún sistema primario tendría sentido alguno si el sistema secundario de adjudicación (sobre cuya base deben resolver los órganos de aplicación) no guardara relación alguna con aquel, toda vez que siendo este último coercible, el primero perdería toda relevancia práctica o normatividad, i.e. no serían —en el mejor de los casos— más que soluciones provisorias, aparentes.

Una reconstrucción clásica de esta intuición básica, consiste en postular que los órganos de aplicación están obligados a resolver los conflictos de interés utilizando como premisas únicamente las normas pertenecientes al sistema primario, a punto tal que se ha entendido que constituye una propiedad definitoria del término *juez* la obligatoriedad de la aplicación del derecho, i.e. de las normas jurídicas que regulen un caso individual (RUIZ MANERO, 1990: 129; RODRÍGUEZ y VICENTE, 2009: 186). Inclusive, se ha señalado que esta obligación viene impuesta por la regla de reconocimiento antes que por una norma jurídica contingente (RUIZ MANERO, 1990: 140).

El nexo entre los (sub)sistemas primario y secundario estaría dado por la obligación de fundar en las normas del sistema normativo (i.e. en las normas del sistema primario) la sentencia judicial (ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1974: 211). Los órganos primarios de aplicación, e.g. los jueces, son definidos como obligados a aplicar las normas jurídicas (RAZ, 1975: 136). Consecuentemente, la conexión entre ambos subsistemas consiste en la obligatoriedad de la aplicación de las normas del sistema primario.

La conexión entre el sistema de normas dirigido a los individuos (sistema primario) y el sistema de normas dirigidos a los órganos de aplicación (sistema secundario de adjudicación), obedece a que deben utilizar aquellas normas y no otras para la solución de los casos judiciales, i.e. casos llevados al conocimiento y decisión de los órganos de aplicación.

Esta conexión entre los subsistemas, i.e. este modelo de adjudicación judicial clásico, es reproducido como constituido por tres exigencias (normas) típicas, pertenecientes al sistema secundario: 1) el deber de resolver los casos (prohibición de la abstención de juzgar); 2) el deber de fundar los fallos (prohibición de la arbitrariedad); y 3) el deber de aplicar derecho (prohibición de fuentes extrajurídicas) (BULYGIN, 1966: 356; ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1974: 237; ALCHOURRÓN, 1996b: 157).

En su reconstrucción clásica, el nexo entre ambos subsistemas es positivo (ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1974: 205; RAZ, 1975: 230), y consecuentemente, el vínculo entre los casos (individuales) y las soluciones (judiciales) es institucional (NAVARRO, 2005: 119).

En esta visión, las normas del sistema primario deben ser utilizadas por los órganos de aplicación para resolver un caso dado, i.e. las normas de conducta serían condición suficiente para la solución del caso.

Derrotabilidad en la aplicación

Precisamente un segundo significado en base al cual se predica la derrotabilidad de las normas, consiste en predicar que una norma N^1 no sería condición suficiente —ya no de la solución individual sino— de la solución judicial del caso: se dice que, dado el caso individual c^1 , instancia del caso genérico C^1 (antecedente de N^1), no se sigue (no es consecuencia lógica) que la solución judicial de c^1 sea (ni deba ser) correspondiente a la solución S^1 (consecuente de N^1). La solución individual derivada de N^1 del caso individual c^1 no corresponde (ni debiera corresponder) con la solución judicial del mismo caso c^1 (NAVARRO ET AL., 2004: 207). La solución normativa inferida y la solución judicial no son equivalentes: lo ordenado por el sistema normativo (subsistema primario) no necesariamente se corresponde (ni debe necesariamente corresponderse) con la solución aplicada. La norma N^1 con más un conjunto de supuestos asociados, sería condición suficiente de la solución judicial de un caso c^1 , i.e. la norma N^1 es condición necesaria pero no suficiente de la solución judicial. O equivalentemente, el razonamiento jurídico es no monótono, i.e. derrotable (BAYÓN, 2001: 35; 2000: 87).

Presentado el fenómeno como una caja negra, es como sigue: se observa con frecuencia una norma N^1 que regula un caso C^1 (i.e. una norma *aplicable*), de la que se infiere una solución individual para c^1 , para constatar que la solución judicial ante el caso c^1 no se corresponde con las dos anteriores, sin que por ello se predique error judicial. Se dice, entonces, que del hecho que una norma N^1 sea *aplicable* al caso C^1 , no se sigue que la solución judicial del caso c^1 corresponda a (sea aplicación de) N^1 , ni que la solución judicial deba corresponderse a (deba ser aplicación de) N (DWORKIN, 1985: 130).

El fenómeno descarta la reconstrucción clásica en la medida en que muestra que una norma N^1 no sería condición suficiente de la solución judicial del caso c^1 , y, en consecuencia, o bien la separación entre ambas soluciones resultaría insalvable, y

consecuentemente, no tendría sentido el sistema primario, o bien la conexión dependería de consideraciones valorativas, y consecuentemente, sería necesario ingresar en ello para inferir la solución judicial (ATRIA, 2002: 372).

A tenor de ello, entonces, o bien no existe conexión entre el sistema primario y el sistema secundario, o bien la conexión entre ambos es valorativa, i.e. conformarían o bien sistemas separados o bien sistemas valorativamente conectados, ya no institucional o positivamente. En otras palabras, no existiría vínculo y/o relación entre ambos más allá de la valorativa sino arbitraria. Las normas inferidas del sistema primario no justificarían por sí solas las soluciones judiciales (WALUCHOW, 1994: 57; NAVARRO, 2005: 108, 117).

El fenómeno descarta que una norma N^1 sea condición suficiente para la solución de un caso c^1 que aquella tiene por antecedente. Del hecho de que una norma N sea *aplicable* a un caso c^1 , no se sigue que, en el caso c^1 , *deba aplicarse* la norma N^1 . Bajo el modelo de reconstrucción clásica, se sigue que o bien el subsistema primario no agota el contenido normativo, o bien el órgano de aplicación no se encontraría obligado a su aplicación. De una u otra forma, una norma N^1 no siempre sería condición suficiente para la solución judicial de un caso c^1 .

DWORKIN presenta —a los efectos argumentativos— del siguiente modo el modelo de aplicación judicial clásico:

[J]udges must respect the established legal conventions of their community except in rare circumstances. It insists, in other words, that they must treat as law what convention stipulates is law. [...] This positive part of conventionalism most plainly corresponds to the popular slogan that judges should follow the law and not make new law in its place. (DWORKIN, 1985: 116).

Judges should apply the law that other institutions have made; they should not make new law. (DWORKIN, 1977: 82).

La teoría que DWORKIN denomina *convencionalismo* presupone la siguiente concepción de las normas jurídicas:

Rules are applicable in an all-or-nothing fashion. If the facts a rule stipulates are given, then either the rule is valid, in which case the answer it supplies must be accepted, or it is not, in which case it contributes nothing to the decision. (DWORKIN, 1977: 24).

Para DWORKIN, esta descripción clásica de los deberes institucionales de los jueces, en torno a la aplicación de normas jurídicas, es demasiado simple. En la práctica jurídica, suele presuponerse sin mucha atención que una norma jurídica es por sí misma de obligatoria aplicación (NAVARRO, 2005: 108; RODRÍGUEZ y VICENTE, 2009: 190; WALUCHOW, 1994: 69). Empero, las normas jurídicas, en apariencia aplicables, no siempre resultan aplicadas ni deben ser aplicadas, i.e. las normas no siempre justifican la decisión judicial, i.e. carecen de fuerza institucional. Un modelo de adjudicación judicial que no dé cuenta de las existentes discrepancias entre las soluciones (inferidas y judiciales) resulta insatisfactorio (DWORKIN, 1985: 11).

En función de ello, DWORKIN distingue entre el derecho y la fuerza del derecho, y representa la diferencia entre la inferencia de una norma individual y la justificación de la decisión judicial introduciendo a tal efecto la distinción entre *grounds of law* y *force of law*:

A full political theory of law, then, includes at least two main parts: it speaks both to the grounds of law —circumstances in which particular propositions of law should be taken to be sound or true— and to the force of law —the relative power of any true proposition of law to justify coercion in different sorts of exceptional circumstance. (DWORKIN, 1985: 110).

Para DWORKIN, empero, la fuerza de una norma N^1 para justificar una solución judicial depende del valor que merezca la norma N^1 , i.e. presupone un nexo valorativo entre ambos, a saber:

[L]egal argument takes place on a plateau of rough consensus that if law exists it provides a justification for the use of collective power against individual citizens or groups. (DWORKIN, 1985: 108).

Our concept of law is furnished, on my suggestion, by rough agreement across the field of further controversy that law provides a justification in principle for official coercion. There is nothing absolute in that statement of the concept. It supposes only that in a flourishing legal system the fact of law provides a case for coercion that must stand unless some exceptional counterargument is available. (DWORKIN, 1985: 109).

En otras palabras, las normas de conducta, si y solo si justifican sobre la base de principios la coerción, justifican entonces las soluciones judiciales i.e. poseen *fuerza*

(DWORKIN, 1985: 111). De lo contrario, carecen de *fuera*, i.e. no justifican suficientemente una solución judicial, i.e. no son condición suficiente de una solución judicial. Siendo ello así, pues entonces corresponderá ingresar cada vez en la justificación o no sobre la base de principios de una solución judicial para un caso c^1 , siendo toda solución normativa mediante una norma N^1 no más que provisoria, i.e. revisable en su aplicación.

Explicandum

Llámesse *Hipótesis de la Derrotabilidad en la Aplicación* (en adelante HDA) a la anterior argumentación y conclusión.

Para HDA:

(D27) Una norma jurídica N^1 es *inderrotable* en un caso c^1 si y solo si la solución inferida de N^1 para c es condición suficiente de la solución judicial del caso c^1 .

En otras palabras, la solución judicial es (y debe ser) correspondiente (coincidente) a la solución inferida de N^1 para el caso c^1 .

Dado que las soluciones inferidas no siempre se corresponden (ni deben siempre corresponderse) con las soluciones judiciales, se seguiría que las normas jurídicas no son *inderrotables*, i.e. son *derrotables* (argumento *modus tollens*).

La discrepancia entre ambas soluciones (argumento de HDA) amenaza (niega) la conexión institucional clásica entre los sistemas primario y secundario (en tanto subsistemas) de un sistema normativo: si no hay conexión institucional entre los sistemas (si los deberes de, e.g. los jueces, no hacen referencia a las normas del subsistema primario), entonces no hay conexión positiva entre ambos sistemas. Para HDA, o bien no existen tales relaciones o bien cuestiones valorativas son las que relacionan (aparean) los deberes de los jueces y los deberes primarios de los individuos. Afirmar que la discrepancia es un error judicial es por demás simple (cuando no falso). Para HDA, existiría o bien un salto en el vacío o bien un salto valorativo; en ambos casos, un salto injustificado normativamente en casos de decisiones judiciales.

En la reconstrucción clásica, es deber del juez aplicar las normas del sistema primario, por disposición de las normas del sistema secundario de adjudicación. Empero, si se observan casos que no son solucionados por las normas del sistema primario, HDA

infiere que las normas de conducta serían derrotables, toda vez que, estando obligados los jueces a su aplicación, se advierte que las soluciones judiciales no se corresponden por lo previsto de antemano por el sistema normativo (subsistema primario). De la observación de este fenómeno, HDA infiere la derrotabilidad de las normas del sistema primario, i.e. su insuficiencia normativa.

Condiciones de verdad

Para HDA, la derrotabilidad de las normas jurídicas obedece a que los casos antecedentes de las normas jurídicas no serían condición suficiente de las soluciones judiciales, i.e. no hay conexión o es débil, entre el sistema primario y el sistema secundario de adjudicación, toda vez que la conexión institucional clásica, e.g. obligación de resolver aplicando normas de conducta, no reconstruye adecuadamente el funcionamiento institucional de un sistema normativo.

Presentada HDA a modo de dilema: o bien los órganos de aplicación no están obligados a resolver según las normas del sistema primario, o bien las normas del sistema primario no son condición suficiente de las soluciones judiciales, i.e. enuncian condicionales derrotables.

En la medida en que parece inaceptable que los jueces no estén obligados a aplicar las normas del sistema primario, HDA infiere entonces que las normas del sistema primario serían derrotables. HDA comparte la reconstrucción clásica de la intuición básica, por lo que predica la derrotabilidad de las normas que componen el sistema primario, i.e. las normas de conducta no son condición suficiente de una solución judicial.

Consecuencias prácticas y conceptuales

HDA amenaza el enfoque del derecho en tanto sistema normativo y en tanto sistema institucional, al negar la conexión fuerte entre el sistema primario y el sistema de adjudicación. No habiendo relación institucional o normativa entre los elementos de sendos subsistemas del sistema normativo —o siendo la existente marcadamente débil— no es posible inferir válidamente la respuesta jurídica a un problema normativo.

Si HDA es correcta, entonces existe un hiato normativo insalvable entre ambos subsistemas, por lo que el sistema primario pierde sentido práctico: sería irrelevante su conocimiento si el órgano de aplicación no se encuentra vinculado (obligado) a su aplicación ante un conflicto normativo o bien si las normas resultan derrotables, i.e. el conjunto de propiedades seleccionadas de antemano por la autoridad normativa para la

solución de los casos, no resultan suficientes para su implementación en un caso c^1 mediante una solución judicial. No es posible identificar de antemano la solución judicial que debe corresponder a un caso c , pues la identificación de los supuestos asociados, si alguno, depende de cuestiones valorativas, si alguna. Colapsa el criterio de identificación de derecho vigente en una comunidad dada, pues la debilidad de la inferencia socava su utilidad; la regla de adjudicación no resuelve, o resuelve de forma mínima, el defecto de *difusa presión social* (HART, 1961: 116).

HDA es atinente a los problemas en la aplicación de la norma jurídica, y por añadidura, del derecho (RODRÍGUEZ y SUCAR, 1998a: 285, 298; REDONDO, 1998a: 250, 268). En consecuencia, para HDA, la reconstrucción clásica conduce a lo siguiente: o bien los jueces no están obligados a aplicar derecho, o bien el derecho no se agota en el sistema primario, pues no permite dar cuenta de los numerosos casos en que los jueces se apartan de la solución prevista de antemano, sin que por ello se perciba que medie error judicial.

El nexo entre ambos subsistemas, consistente en la obligación de aplicar uno, es demasiado simple y demasiado fuerte, pues no da cuenta de numerosas excepciones sobre cuya ubicuidad HDA predica —manteniendo la intuición básica y su reconstrucción simple— la derrotabilidad de las normas jurídicas.

El modelo de adjudicación simple que trae la reconstrucción clásica entre los sistemas primario y secundario, no agota las posibilidades de una reconstrucción positiva e institucional, que de suficiente cuenta del fenómeno en cuestión.

WALUCHOW, siguiendo a DWORKIN y a HART, distingue entre el derecho (o la norma jurídica) y la fuerza institucional del derecho (o de la norma jurídica); y en consecuencia entre una teoría del derecho y una teoría de la aplicación judicial (WALUCHOW, 1994: 58, 64).

[T]he need to distinguish carefully between what the law is and the institutional powers and responsibilities of judges with respect to that law, between the law and its 'institutional force'. Put simply, we need to recognize, and accommodate within our jurisprudential theories, that the law is not always legally binding on judges. Sometimes its force may, indeed must, legally, be overcome by judges. (WALUCHOW, 1994: 33).

We shall also observe related distinctions between: (a) theories of law, which seek to describe and explain the nature of law and its various relationships with morality, custom, the use of force, and so on; [...] and (c) theories of adjudication, which deal (among other things) with the variety of institutional forces various kinds of laws have -or should have- for different judges in different judicial contexts. (WALUCHOW, 1994: 40).

HDA destaca un aspecto importante, pues no siempre las soluciones derivadas de los sistemas jurídicos corresponden (ni deben corresponder) a las decisiones judiciales. Pero equivoca cuando afirma (o presupone) que o bien no hay vínculo, o bien que de haberlo es valorativo, entre el sistema primario y el sistema secundario de adjudicación.

El desafío que HDA presenta es análogo al desafío que presenta HDI, si bien mediante un pequeño rodeo, toda vez que, desde el punto de vista del sujeto normativo, HDA equivale pragmáticamente a la derrotabilidad de la norma N^1 , en la medida en que no coincidiría el sistema primario con el sistema secundario, y siendo este último coercible, el primero pierde relevancia práctica o normatividad. No obstante, ya no obedecería a la expansión conceptual del antecedente de una norma N^1 en virtud de excepciones implícitas no enumerables de antemano, i.e. ya no es indeterminado el contenido conceptual de una norma N^1 , sino que la debilidad de la inferencia obedecería a la debilidad de la obligación de resolver el caso c mediante la norma N^1 , i.e. resulta indeterminada la normatividad de la norma N^1 , toda vez que no resulta condición suficiente para la solución judicial del caso c^1 .

Conclusión

La plausibilidad intuitiva de HDA se debe a la simpleza de la reconstrucción clásica del modelo de adjudicación, pero demasiado rápido avanza demasiado lejos.

HDA contiene un grano de verdad, i.e. la invalidez de una teoría de la adjudicación judicial simple en su versión clásica: aquella que afirma que cualquiera sea la norma jurídica inferida del sistema normativo, debe ser aplicada en el caso en cuestión, i.e. que toda norma jurídica posee *fuera* concluyente (WALUCHOW, 1994: 66). O bien, aquella que afirma que toda norma jurídica es necesariamente obligatoria (KELSEN, 1960: 23), por lo que debe ser aplicada.

Corresponde refinar el modelo de adjudicación a fin de dar cuenta del fenómeno sobre cuya base HDA predica la derrotabilidad de las normas jurídicas. El nexo entre ambos

subsistemas resultará positivo, pero de un matiz y una riqueza superior a la simple obligación de aplicar las normas del sistema primario. A tal efecto se elucidan conceptos utilizados de modo ambiguo, tanto en la filosofía del derecho como en la práctica jurídica, que otorgan plausibilidad (intuitiva) a HDA. Entre ellos, el concepto de *aplicabilidad* será reformulado y desarrollado, a fin de permitir una reconstrucción más detallada del nexo institucional y positivo entre ambos subsistemas, permitiendo una descripción adecuada del fenómeno referido por HDA.

CAPÍTULO II: SOBRE LA JUSTIFICACIÓN NORMATIVA INDIVIDUAL Y JUDICIAL

HDA predica el carácter derrotable de las normas jurídicas sobre la base de la insuficiente justificación normativa de una norma ante la discrepancia observable entre normas y sentencias judiciales para un mismo caso (condición de verdad).

Intuición

HDA afirma que de la existencia de una norma N^1 no se sigue que el caso c^1 , presupuesto antecedente de la norma N^1 , deba ser resuelto conforme a lo establecido mediante la norma N^1 (a no ser que se postule cierta ideología positivista). En otras palabras, la existencia de una norma no es justificación normativa de la sentencia judicial. Más aún: existen numerosos casos donde la sentencia judicial que resuelve el caso c^1 deja de lado lo ordenado por la norma N^1 , extremo que pone en evidencia la insuficiencia normativa de una norma N^1 . Ante la evidencia de casos donde no se resuelve conforme a lo ordenado por la norma N^1 , debiera inferirse —según HDA— o bien que lo ordenado por una norma no se agota en su contenido explícito, o bien que su normatividad depende de cuestiones valorativas sino arbitrarias. De una u otra forma, infiere HDA, la norma N^1 , por tanto, sería derrotable, ya sea por su indeterminación conceptual (equivalente a HDI), ya sea por su indeterminación práctica o carencia de normatividad.

En otras palabras, las normas jurídicas no se aplican por sí solas, i.e. existe un salto insalvable entre la norma jurídica y la solución judicial. Por ello, resulta necesaria la intervención judicial que decida el caso, que, por lo tanto, y en esta medida, es la decisión de la autoridad judicial la que determina la solución del caso, i.e. la norma aplicable, no así la norma jurídica que pueda correlacionar el caso con una solución normativa tan solo en abstracto (ROSS, 1953: 61).

La expansión del caso antecedente (contracción del enunciado condicional) obedece a la insuficiente fuerza normativa de una norma de conducta N^1 , que no es condición suficiente de una solución judicial para un caso c^1 , antecedente de la norma N^1 .

El argumento es conceptual: toda vez que las cuestiones valorativas dependen de su valoración en un caso dado mediante una decisión adicional, se sigue que su aplicación resulta indeterminada.

Hipótesis

Hay un sentido en que HDA es verdadera, pero no garantiza la conclusión que pretende inferir, y se debe, en esencia, a la designación ambigua que suele hacerse de la expresión *justificación normativa* en la reconstrucción clásica de la intuición básica, que se manifiesta como sigue, a saber:

La justificación de una solución individual consiste en mostrar que ella deriva de una solución genérica. Por lo tanto, la fundamentación de una sentencia normativa es su derivación de un sistema normativo (sistema que correlaciona casos genéricos con soluciones genéricas). (ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1974: 212).

Se observa que la justificación de una solución individual equivale a la fundamentación de una sentencia: sin transición se pasa de justificación de una solución individual a fundamentación de sentencia normativa.

Justificar o fundar una decisión consiste en construir una inferencia o razonamiento lógicamente válido, entre cuyas premisas figura una norma general y cuya conclusión es la decisión. El fundamento de una decisión es una norma general de la que aquélla es un caso de aplicación. (BULYGIN, 1966: 356).

De nuevo, sentencia judicial y solución individual serían en principio equivalentes, presuponiendo una reconstrucción clásica como nexo entre (sub) sistemas primario y secundario de un sistema normativo.

Por lo tanto, HDA se vale de una ambigüedad accidental para predicar una propiedad que, despejada la ambigüedad, i.e. advertido el distinto significado, resulta claro que no se sigue. La ambigüedad en cuestión obedece a la falta de distinción entre dos significados de *norma individual* (NAVARRO, 2005: 119), y, en consecuencia, dos significados de *justificación*.

Solución individual

En un primer sentido, *norma individual* significa la solución inferida de un caso individual, i.e. se sigue de un sistema normativo α en un tiempo t y la proposición fáctica que describe el acaecimiento de un caso individual c^1 , donde siendo una norma N^1 ($C^1 \rightarrow S^1$), acaecido c^1 , se sigue s^1 . La solución individual del caso c^1 se sigue como consecuencia lógica (i.e. *modus ponens*) (BULYGIN, 1985: 249). En este sentido,

(D28) La solución inferida s^1 está justificada en un caso c^1 , si y solo si s^1 es consecuencia lógica de N^1 y la proposición fáctica que describe el caso individual c^1 .

A fin de justificar la inferencia los elementos utilizados consisten en un criterio de identificación y normas jurídicas pertenecientes al sistema primario, a más de la proposición fáctica. La condición de verdad de la solución individual es la existencia de la norma N^1 ($C^1 \rightarrow S^1$) y el acaecimiento del caso c^1 . El objetivo es identificar la norma jurídica que soluciona el caso c^1 en cuestión. La relación entre la solución individual y el caso individual es conceptual, i.e. la relación es de subsunción (NAVARRO, 2005: 119).

Solución judicial

En un segundo sentido, *norma individual* significa la solución judicial de un caso individual, i.e. la aplicación de una norma N^1 a un caso c^1 . En razón de ser la aplicación de una norma pasible de contenido normativa, y, por lo tanto, de modalización deóntica como una acción más, el uso de una norma N^1 puede no ser permitido a un juez. Sólo si existe el deber (permisión) de aplicación de N^1 , deberá corresponder a la solución individual inferida del caso c^1 la solución judicial del mismo caso c^1 . En este sentido, la justificación normativa equivale a aplicación obligatoria (permitida) de una norma jurídica N^1 :

(D29) La solución judicial s^1 está justificada en el caso c^1 , si y solo si es deber (tiene permitido) del juez aplicar la solución individual s^1 al caso c^1 .

A fin de justificar la solución judicial, los elementos utilizados son un criterio de aplicabilidad perteneciente al sistema secundario de adjudicación, a más de criterios de identificación y normas jurídicas pertenecientes al sistema primario (a los efectos de la identificación de la norma que regula el caso). La condición de verdad de la obligatoriedad (permisión) de la solución judicial, es la existencia de una norma N^2 que prescribe (permite) aplicar N^1 en el caso c^1 . El objetivo es identificar los deberes del juez ante un caso individual c^1 , i.e. el interés reside en que el juez puede no estar obligado a aplicar la norma jurídica, o incluso obligado a no aplicar la norma jurídica que regula el caso perteneciente al sistema jurídico α en el tiempo t (WALUCHOW, 1994: 34; NAVARRO ET AL., 2004: 207; BULYGIN, 1982: 196, 202). La relación entre la solución judicial y el caso individual c^1 es institucional, i.e. normas del sistema secundario

justifican (permiten u obligan) aplicar la norma N^1 que regula el caso (NAVARRO, 2005: 119).

Resultados

De este modo, se obtiene (al menos provisoriamente):

(D30) Una solución judicial s^1 correspondiente (coincidente) a la solución individual s^1 del caso c^1 inferida de la norma N^1 , está justificada en un caso c^1 , si y solo si la aplicación de N^1 en el caso c^1 es permitida u obligatoria por una norma jurídica N^2 —perteneciente al subsistema secundario de adjudicación del sistema normativo α .

Y al mismo tiempo,

(D31) Una solución judicial s^2 que no corresponda (no coincida) a la solución individual s^1 del caso c^1 inferida de N^1 , está justificada en un c^1 , si y solo si, la no aplicación (inaplicación) de N^1 en el caso c es permitida u obligatoria por una norma jurídica N^2 —perteneciente al subsistema secundario de adjudicación del sistema normativo α .

Por lo tanto, la solución individual inferida (del sistema primario, subsistema) del sistema normativo α en el tiempo t no es suficiente para justificar la solución judicial del caso, como dice HDA (BULYGIN, 1982: 199). Ni tampoco es necesaria (NAVARRO, 2005: 121). Empero, lo que se exige para justificar la solución judicial es su justificación en función de (la existencia de) las normas secundarias que regulan la aplicación de normas jurídicas (normas pertenecientes al sistema secundario de adjudicación, i.e. criterios de aplicabilidad), como omite HDA (BULYGIN, 1982: 200). Estas normas secundarias que regulan la aplicación de normas jurídicas del sistema primario (i.e. prohíben, obligan o facultan la aplicación en un caso c) pertenecen al sistema secundario de adjudicación.

Discusión

HDA objeta el modelo simple de justificación de la solución judicial, i.e. aquel que predica el carácter suficiente de la norma N^1 que regula el caso genérico C^1 para la solución judicial del caso individual c^1 . Pero de la invalidez del modelo simple de justificación de la solución judicial, infiere la invalidez del modelo de justificación de la solución individual, i.e. aquel que se sigue de una norma jurídica general y la

proposición que describe su antecedente. En otras palabras, niega la relación de consecuencia lógica entre la norma general y la solución individual. En consecuencia, llevado por este razonamiento, HDA afirma que el derecho (i.e. las normas jurídicas que lo componen) es *derrotable*.

Pero de la invalidez del modelo simple de justificación de la solución judicial no se sigue la *derrotabilidad* de las normas jurídicas, sino la necesidad de refinar el modelo de justificación de la solución judicial, incorporando las normas jurídicas del sistema secundario de adjudicación que mandan (prescriben) aplicar o inaplicar una norma de conducta del sistema primario a un caso c^1 , e.g. criterios de aplicabilidad e inaplicabilidad.

Precisamente, los criterios de aplicabilidad e inaplicabilidad de las normas permiten explicar institucionalmente las discrepancias entre las soluciones inferidas del sistema primario y las soluciones justificadas del sistema secundario. En otras palabras, la conexión entre soluciones individuales inferidas del sistema normativo α para un caso c^1 y las soluciones judiciales justificadas para un caso c^1 es positiva e institucional, y está dada por reglas secundarias de adjudicación, de una riqueza mayor a la presupuesta por la reconstrucción clásica.

Resumen

Se destacó la ambigüedad de la expresión *justificación normativa*, basada a su vez en la ambigüedad de la expresión *norma individual*. Una norma N^1 y la proposición que describe el caso c^1 antecedente de N^1 , justifican la inferencia de la solución (norma) individual s^1 , que es instancia de N^1 . Pero dada la distinción entre norma y fuerza, la norma N^1 y la solución s^1 , puede no justificar la decisión institucional que solucione el caso c^1 . Entonces, la norma N^1 , la proposición que describe el caso c^1 antecedente de N^1 y una norma N^2 (criterio de aplicabilidad) que ordena aplicar N^1 , justifican la solución judicial que soluciona el caso c^1 .

HDA no advierte las ambigüedades anteriores, y de la insuficiencia de la norma jurídica para justificar una solución judicial, infiere la derrotabilidad de las normas jurídicas, i.e. las soluciones judiciales se justifican valorativamente y no positiva o institucionalmente. En rigor, es necesario refinar el sistema secundario de adjudicación, en tanto subsistema del sistema normativo, dando cuenta de criterios de aplicabilidad e inaplicabilidad de normas.

CAPÍTULO III: SOBRE LA APLICABILIDAD Y PERTENENCIA DE LAS NORMAS

HDA predica el carácter derrotable de las normas jurídicas sobre la base del absurdo que supone la existencia de normas aplicables que no deben ser (ni son) aplicadas para la solución judicial de un caso c^1 , no obstante ser su antecedente normativo (condición de verdad).

Intuición

HDA afirma que, si bien puede existir una norma N^1 que resulte aplicable en un caso c^1 , no obstante, la misma norma N^1 puede que no deba ser aplicada por un juez para la solución del caso c^1 . Afirma ello como un hecho observable, y en un mecanismo de caja negra, infiere que el absurdo de una norma aplicable que no debe ser aplicada obedece a que existirían cuestiones valorativas de las que depende la aplicación de N^1 en un caso c^1 .

HDA afirma que para dar cuenta suficientemente de ello, es necesario tener presente la derrotabilidad de las normas jurídicas, i.e. la existencia de cuestiones valorativas para dar cuenta de la normatividad de las normas jurídicas.

En otras palabras, la conexión entre la solución judicial y la norma jurídica es valorativa:

(D32) Una norma N^1 debe aplicarse en un caso c^1 , si y sólo si la norma N^1 consiste en la mejor interpretación del derecho visto como una integridad.

De otro modo, no se tratará más que de una norma jurídica sin peso que no debe ser aplicada o, cuanto menos, debe reducirse su campo de aplicación a su mínimo alcance (DWORKIN, 1985: 130; ATRIA, 2002: 372).

La expansión del caso antecedente (contracción del enunciado condicional) obedece a la presencia de cuestiones valorativas adicionales al caso antecedente.

El argumento es conceptual: toda vez que las cuestiones valorativas dependen de su valoración en un caso dado mediante una decisión adicional, se sigue que su obligatoriedad resulta indeterminada.

Hipótesis

El concepto de justificación normativa exige refinar el marco conceptual a fin de permitir explicar la riqueza de fenómenos jurídicos observables, mediante definiciones precisas y exactas (principio heurístico).

Suele utilizarse el término *aplicable* con referencia a una norma jurídica para representar el nexo entre las normas del sistema primario y del sistema secundario de adjudicación de un sistema jurídico α . Pero predicar de una norma jurídica la propiedad de *aplicabilidad* es ambiguo, pues puede significarse al menos dos conceptos soslayados por HDA.

Es conveniente precisar los significados de *aplicable* a los efectos de disolver el aparente contrasentido (absurdo) de las afirmaciones —argumentos de HDA— siguientes: “normas aplicables no aplicadas” o “normas aplicables que no deben ser aplicadas” o “normas aplicables inaplicables”.

Como se verá, HDA se ampara en enunciados ambiguos para inferir su conclusión, i.e. la aplicabilidad o *fuerza* de una norma es una cuestión o valorativa o injustificada normativamente (la *derrotabilidad* de las normas jurídicas).

Aplicabilidad como alcance

En un primer sentido, la *aplicabilidad* de una norma significa los casos genéricos (y los casos individuales que son instancia de aquellos) antecedentes de la norma (NAVARRO y MORESO, 1996: 126). Toda vez que una norma N^1 correlaciona casos con soluciones (ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1974: 37), se sigue que —en este primer sentido— una norma N^1 es aplicable a los casos que la misma regula, i.e. los casos que configuran su antecedente (RODRÍGUEZ y VICENTE, 2009: 191). En este sentido, la aplicabilidad significa el *alcance* de la norma en cuestión (NAVARRO, 2005: 107). El alcance de una norma es la clase de casos correlacionada con la solución normativa (ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1974: 52; REDONDO, 1998b: 359).

La aplicabilidad (en este primer sentido) de una norma N^1 para un caso c^1 , i.e. la determinación del alcance de N^1 , está dada (determinada) por el significado del enunciado identificado mediante los criterios identificación de derecho (ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1983: 439; REDONDO, 1998b: 359). En consecuencia, el alcance de una norma N^1 significa el contenido conceptual antecedente de una norma N^1 (en tanto ésta es representada como un enunciado condicional). Toda norma hipotética, válida o inválida,

jurídica o extrajurídica, es aplicable en este sentido a los casos que configuran su antecedente (RODRÍGUEZ y VICENTE, 2009: 191).

NAVARRO y MORESO definen un concepto más fuerte, incorporando el requisito de validez jurídica: si *aplicabilidad* de una norma significa el alcance de una norma jurídica, entonces la norma es aplicable internamente:

(D33) *Una norma N_i es internamente aplicable en un momento t a un caso individual c si y solo si c es una instancia del caso genérico C , delimitado por las propiedades definitorias de los ámbitos de validez (espacial, temporal, personal y material) de N_i .* (NAVARRO y MORESO, 1996: 127).

En conclusión, y en un concepto más débil al anterior:

(D34) Una norma N^1 es internamente aplicable a un caso c^1 si y solo si el caso c^1 es instancia (se subsume) en el caso C^1 antecedente de N^1 (enunciado condicional que correlaciona casos con soluciones).

El concepto de la aplicabilidad interna (subsunción individual) aparea normas jurídicas y casos individuales. Si el caso es genérico, i.e. si la subsunción es de una propiedad en el antecedente de la norma, entonces la aplicabilidad interna (subsunción genérica) aparea normas jurídicas y casos genéricos.

La determinación de la aplicabilidad interna de una norma N^1 para un caso c^1 no está exenta de problemas, pues son inherentes a la subsunción de un caso individual c^1 en el alcance de una norma jurídica los casos de lagunas de conocimiento, lagunas de reconocimiento (ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1974: 61), y de determinación del contenido conceptual del antecedente normativo (ALCHOURRÓN, 1996c: 141; RODRÍGUEZ, 1997: 158).

Aplicabilidad como obligatoriedad

En un segundo sentido, la *aplicabilidad* de una norma N^1 significa la obligatoriedad de su aplicación, i.e. una norma es aplicable en un caso c^1 si es obligatorio (permitido) el uso de N^1 para la solución judicial del caso c^1 . La obligatoriedad de la aplicación de N^1 es relativa a la existencia en el sistema jurídico α de una norma N^2 que prescriba (permita) aplicar la norma N^1 en el caso c^1 (BULYGIN, 1982: 196). En este sentido, la aplicabilidad significaría la *fuerza institucional* de la norma (WALUCHOW, 1994: 31; NAVARRO ET AL., 2004: 193; NAVARRO, 2005: 107). La norma N^2 que prescribe

(permite) aplicar N^1 al caso c^1 , es denominada *criterio de aplicabilidad* (BULYGIN, 1982: 200).

La aplicabilidad (en este segundo sentido) de una norma N^1 para un caso c^1 , i.e. la determinación de la obligatoriedad de su aplicación, depende de la presencia en el sistema secundario de adjudicación de una norma N^2 que seleccione a (obligue o permita aplicar) N^1 para un caso c^1 , definida como criterio de aplicabilidad (BULYGIN, 1991a: 266; NAVARRO y MORESO, 1996: 125). En consecuencia, la aplicación de normas es regulada por otra norma, secundaria en relación a aquella. El concepto de aplicabilidad aparea soluciones judiciales y casos individuales.

La *aplicación* de una norma N^1 en el caso c^1 equivale al uso de N^1 para fundamentar una solución judicial en el caso c^1 . La aplicación es una acción, y como tal puede ser objeto de regulación normativa, i.e. puede ser un contenido normativo (ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1974: 72; VON WRIGHT, 1963: 71). Es condición de verdad de la proposición que afirma que la aplicación de N^1 es regulada normativamente, una norma N^2 que califica deónticamente la acción genérica de aplicación de una norma N^1 .

Siguiendo a NAVARRO y MORESO, si *aplicabilidad* de una norma significa la obligatoriedad de su aplicación en un caso c^1 , entonces la norma es aplicable externamente:

(D35) *Una norma N_i es externamente aplicable en un tiempo t a un caso individual c , que es una instancia del caso genérico C si y solo si otra norma N_j , perteneciente al sistema S_j del tiempo t , prescribe (obliga o faculta) aplicar N_i a los casos individuales que son instancias de C . (NAVARRO y MORESO, 1996: 125).*

Asimismo, aun norma jurídica puede resultar inaplicable externamente si su aplicación es prohibida (o permitida u obligatoria su inaplicación) por otra norma jurídica N^3 :

(D36) *Una norma N^1 es externamente inaplicable en un tiempo t a un caso individual c^1 si y solo si otra norma N^3 , perteneciente al sistema normativo α del tiempo t , prohíbe (permite no) aplicar N^1 a un caso c (NAVARRO ET AL., 2000: 140).*

La norma N^3 , que prohíbe aplicar N^1 a un caso c^1 se denominará *criterio de inaplicabilidad*. El concepto de inaplicabilidad externa aparea soluciones judiciales y casos individuales.

Los criterios de aplicabilidad e inaplicabilidad forman parte del subsistema secundario de adjudicación del sistema normativo α .

Resultados

Utilizando las anteriores distinciones conceptuales, se revisa el argumento de HDA a los efectos de determinar su significado y la subsistencia o no del absurdo del que depende (condición de verdad) HDA.

Si “*normas aplicables que no deben ser aplicadas*” significa:

(P21) Una norma N^1 es aplicable internamente, pero es inaplicable externamente;

Entonces sólo manifiesta que los jueces pueden verse en la obligación de no aplicar (inaplicabilidad externa) una norma N^1 que regula (*alcanza*) un caso c^1 (aplicabilidad interna) (BULYGIN, 1982: 199). Pero ello, antes que absurdo, es frecuente (e.g., normas jurídicas en período de *vacatio legis*).

Si “*normas aplicables que no deben ser aplicadas*” significa:

(P22) Una norma N^1 es aplicable externamente e inaplicable externamente;

Entonces sólo afirma un conflicto normativo en torno a la aplicabilidad de una norma N^1 para un caso c^1 , i.e. un conflicto de criterios de aplicabilidad (NAVARRO ET AL., 2000: 145). Situación indeseable pero posible, que no garantiza la inferencia de HDA. Ejemplos de ello lo constituyen: una norma penal más benigna pero retroactiva, donde es aplicable e inaplicable por sendos criterios (vale aclarar: antes de la aplicación del criterio de primacía que solucione el conflicto de criterios); una norma N^1 perteneciente a un sistema jurídico extranjero β , aplicable en razón de un criterio de aplicabilidad N^2 del sistema jurídico α , pero a su vez inaplicable por criterio de inaplicabilidad N^3 de α (e.g. impide la aplicación de normas que vulneren el orden público internacional).

Si “*normas aplicables inaplicables*” significa:

(P23) Una norma N^1 es aplicable externamente, pero es inaplicable internamente;

Entonces sólo afirma que los jueces pueden verse en la obligación de aplicar normas que ya no pertenecen al sistema jurídico α , e.g. obligados a aplicar normas derogadas, o bien en la obligación de aplicar normas análogas (BULYGIN, 1982: 201).

Se sigue de lo anterior que la aplicabilidad interna en su sentido fuerte no es una condición necesaria de la aplicabilidad externa, pues la aplicabilidad interna en sentido fuerte presupone los conceptos de validez material, temporal, personal y espacial (RODRÍGUEZ y VICENTE, 2009: 192), mientras que no es extraño la obligación de aplicar normas derogadas, o normas extranjeras, o normas contractuales. Al mismo tiempo, sugiere lo anterior que tampoco la aplicabilidad interna en su sentido débil sería una condición necesaria de la aplicabilidad externa, toda vez que la aplicación de normas análogas supone la aplicación de normas para casos individuales similares (ya no idénticos) al caso genérico correlacionado por una norma N^1 , no existiendo relación de subsunción entre el caso genérico y el caso análogo.

Y por último, no tiene sentido ni garantiza la conclusión que pretende HDA, afirmar que “*normas aplicables inaplicables*” pueda significar que una norma N^1 es aplicable internamente e inaplicable internamente al caso c . Esto es una contradicción en los términos: o la norma N^1 regula el caso c^1 , o la norma N^1 no regula el caso c^1 (bivalencia). Toda vez que la aplicabilidad interna depende del contenido conceptual del caso antecedente, no tiene sentido decir que un caso c^1 sea y no sea alcanzado por una norma N^1 . Es posible ignorar el valor de verdad de la proposición (cuernos de la disyunción) antecedente (caso de laguna de reconocimiento) (ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1974: 61), pero no se infiere que carezca de tal valor (NAVARRO, 2006: 195). Y tampoco garantiza la conclusión de HDA afirmar que una norma N^1 puede ser aplicable internamente (en sentido débil) a un caso c^1 y asimismo que N^1 es inaplicable internamente (en sentido fuerte) a un caso c^1 . No es otra cosa que el efecto de la derogación de una norma jurídica.

Los ejemplos demuestran que la distinción conceptual no define clases vacías.

De este modo, se diluye el contrasentido (contradicción) del que pretendía HDA inferir su conclusión. En conclusión, HDA trata de dos conceptos distintos, HDA confunde distingos conceptuales.

Pertenencia y aplicabilidad

La aplicabilidad interna en sentido fuerte de una norma N^1 , i.e. la validez de una norma N^1 ($C^1 \rightarrow S^1$), no implica que N^1 deba ser aplicada (aplicabilidad externa) en el caso c , ni la aplicabilidad interna en sentido fuerte de una norma N^1 es implicado por la aplicabilidad externa de N^1 en el caso c^1 .

Ello sugiere que la validez de una norma N^1 a un sistema normativo α no es condición necesaria ni suficiente de su aplicabilidad externa en un caso c^1 , i.e. de la circunstancia de pertenecer N^1 a un sistema normativo α , no se sigue su obligatoriedad en un caso c^1 .

Es conveniente distinguir las relaciones entre aplicabilidad externa y pertenencia de las normas a un (sistema primario de un) sistema normativo α . Los conceptos de *aplicabilidad externa* y *pertenencia* son lógicamente independientes y son función de diferentes criterios, i.e. criterios de aplicabilidad (e/o inaplicabilidad) y criterios de identificación, respectivamente (NAVARRO ET AL., 2000: 139; BULYGIN, 1991a: 266; NAVARRO ET AL., 2004: 208; RODRÍGUEZ y VICENTE, 2009: 192).

Resultados

Con las distinciones previas se obtiene (BULYGIN, 1982: 199; 1991a: 266; NAVARRO ET AL., 2000: 138; 2004: 201; WALUCHOW, 1994: 56, 65, 76, 172):

(T10) La aplicabilidad externa de una norma N^1 en un caso c no es condición ni necesaria ni suficiente de la pertenencia de N^1 a un sistema normativo α .

Y viceversa:

(T11) La pertenencia de N^1 a un sistema normativo α no es condición ni necesaria ni suficiente de la aplicabilidad externa de N^1 a un caso c .

En otras palabras, la aplicabilidad de una norma N^1 es lógicamente independiente de su pertenencia a un sistema normativo (WALUCHOW, 1994: 56, 65, 76, 174).

Un caso de norma jurídica perteneciente al sistema jurídico argentino en un tiempo t e inaplicable en el tiempo t fue el caso del Código Penal (CP) argentino promulgado en fecha 29 de octubre de 1921, que en razón de la norma prevista en CP: 303 no debía aplicarse hasta pasados 6 meses de su promulgación, i.e. en fecha 29 de abril de 1922. Hasta tanto ser aplicable (6 meses), el Código Penal fue derecho válido, i.e. satisfizo el (los) criterio(s) de identificación (BULYGIN, 1982: 199).

Es frecuente que no sea trazado el distingo entre pertenencia y aplicabilidad externa, i.e. de insuficiencia de la pertenencia de una norma para resultar aplicable externamente, en cuyo caso el marco conceptual es incapaz de dar cuenta del ejemplo anterior (RAZ, 1975: 138; 1979: 149; RUIZ MANERO, 1990: 140; DWORKIN, 1985: 108-110; 1977: 24; NINO, 1985: 39; WALUCHOW, 1994: 76-78, 174).

Al mismo tiempo, normas de sistemas jurídicos β pueden resultar aplicables —en razón de criterios de aplicabilidad del sistema jurídico α — en la solución de un caso c^1 , sin que por tal carácter aquella norma pertenezca al (i.e. pase formar parte del) sistema jurídico de α . En base a este caso, se predica de los sistemas jurídicos la propiedad de ser sistemas abiertos (*open systems*) (RAZ, 1975: 152).

Al igual que antes, no trazar el distingo conceptual, i.e. la innecesariedad de la pertenencia de una norma para resultar aplicable externamente, se es incapaz de dar cuenta del ejemplo anterior (SCHAUER, 1991: 119).

Inclusive, colapsar la distinción conceptual acarrea resultados contraintuitivos, tales como sigue.

Por un lado, si se define como derecho todas aquellas normas que resultan aplicables externamente a (obligatorias en) un caso c^1 , entonces el derecho extranjero, leyes inconstitucionales, así como contratos entre privados, pertenecerían al sistema jurídico α que obliga al juez a aplicarlas en un caso c^1 . Y, por otro lado, si se definen como aplicables externamente todas las normas jurídicas que pertenecen a (sean válidas en) un sistema jurídico α , entonces normas jurídicas en *vacatio legis*, así como normas jurídicas inaplicables externamente en un caso c^1 en razón de un criterio de inaplicabilidad perteneciente al (sistema secundario de adjudicación de un) sistema jurídico α , no serían normas jurídicas, i.e. no pertenecerían al sistema jurídico α .

Tiempo externo y tiempo interno

Reconduciendo los conceptos de *aplicabilidad externa* y *pertenencia* al de *validez*, BULYGIN distingue dos significados del término *validez* que cabe predicar de una norma jurídica (BULYGIN, 1982: 195). Y en función de estos significados de *validez* (pertenencia y aplicable), distingue los dos tiempos siguientes que una norma jurídica puede poseer (BULYGIN, 1982: 198).

El *tiempo externo* define el período durante el cual una norma jurídica existe en un orden jurídico (i.e. secuencia temporal de sistemas jurídicos), en razón de pertenecer a un sistema jurídico α en un tiempo t , perteneciente al orden jurídico:

El período de tiempo durante el cual una norma existe en un orden [jurídico] se llamará el tiempo externo de esa norma. (BULYGIN, 1982: 199).

El tiempo externo [...] es el conjunto de los momentos temporales en los que la norma en cuestión pertenece a algún sistema [jurídico] del orden [jurídico] considerado. (BULYGIN, 1991a: 266).

Y el *tiempo interno* define el período para el cual una norma jurídica es aplicable, i.e. debe aplicarse:

La secuencia de todos los momentos temporales en los que la norma es aplicable a algún caso se llamará tiempo interno de la norma. (BULYGIN, 1982: 199).

El tiempo interno de una norma puede ser definido como el conjunto de todos los intervalos temporales en los que la norma es aplicable. (BULYGIN, 1991a: 266).

El tiempo externo de una norma jurídica es función de los criterios de pertenencia (identificación), cuyos extremos son la promulgación y la derogación de la norma, i.e. reglas de admisión y rechazo (BULYGIN, 1982: 198). En cambio, el tiempo interno es función de los criterios de aplicabilidad, i.e. reglas que prohíben u obligan aplicar la norma en cuestión (BULYGIN, 1982: 199). Ambos tiempos no tienen por qué coincidir, i.e. son independientes. En otras palabras, las normas aplicables a un caso c no tienen necesidad de ser un subconjunto de las normas pertenecientes a un sistema jurídico α (BULYGIN, 1982: 213).

Discusión

De lo anterior se desprende la independencia lógica entre sendos conceptos de aplicable, i.e. alcance y obligatoriedad, y pertenencia, pues se sigue que una norma externamente aplicable a un caso c^1 , puede no ser internamente aplicable a un caso c^1 , i.e. puede no pertenecer al sistema normativo, y asimismo una norma internamente aplicable a un caso c^1 , puede no ser externamente aplicable a un caso c^1 (BULYGIN, 1982: 199; NAVARRO y MORESO, 1996: 128; NAVARRO, 2005: 108).

HDA contiene un grano de verdad: la validez de una norma N^1 perteneciente a un (sistema primario de un) sistema normativo α no es una condición suficiente ni necesaria de la obligatoriedad (permisión) de la aplicación de N^1 . En otras palabras, la validez de una norma N^1 (que soluciona un caso c^1), no justifica por sí misma la solución judicial que aplica N^1 al caso c^1 , ni una solución judicial que aplique N^1 al caso c^1 presupone la validez de N^1 .

El error de HDA es negar que la aplicabilidad (externa) de la norma N^1 dependa de la relación institucional con otra norma N^2 (perteneciente al sistema secundario de un sistema normativo α), e.g. criterio de aplicabilidad e/o inaplicabilidad. En otras palabras, el error de HDA es negar que la condición de verdad de la proposición que afirma (o niega) la justificación (predica la obligatoriedad) de la aplicación de una norma N^1 a un caso c^1 , sea una norma N^2 perteneciente al sistema secundario de adjudicación del sistema jurídico α . HDA niega la conexión positiva entre la solución inferida y la solución judicial correspondiente.

No hay absurdo en predicar la misma expresión *aplicable* en tanto y en cuanto designan distintos conceptos, no obstante la ambigüedad que hay en ello.

Con ello se obtiene:

(D37) Una norma N^1 perteneciente al sistema normativo α justifica la inferencia de la solución individual s^1 (instancia de S^1 , consecuente de N^1) del caso c^1 , si y solo si N^1 es internamente aplicable a un caso c^1 (instancia del caso genérico C^1 , antecedente de N^1)

En otras palabras, la aplicabilidad interna de una norma N^1 ($C^1 \rightarrow S^1$) al caso c^1 , es condición suficiente para justificar la inferencia de la solución s^1 para el caso c^1 .

Y a la vez:

(D38) Una norma N^1 justifica la solución judicial (correspondiente a la solución s^1 , inferida de N^1) del caso c^1 , si y solo si la norma N^1 es externamente aplicable a un caso c en razón de la existencia de N^2 que manda aplicar N^1 a c^1).

En otras palabras, la aplicabilidad externa de la norma jurídica N^1 (en razón de N^2) al caso c^1 , sería condición suficiente para justificar la solución judicial del caso c^1 , correspondiente a la norma N^1 , y la aplicabilidad interna es lógicamente independiente de la justificación de la solución judicial. Aquella conclusión es provisoria, pues seguidamente se mostrará que la relación entre aplicabilidad externa (de una norma N^1 a un caso c^1) y la *fuerza* o aptitud justificatoria (de N^1 de la solución judicial que aplica N^1 al caso c^1) es de predicación y no de identidad. Por lo tanto, la aplicabilidad externa será condición necesaria pero no suficiente de la solución judicial, que dependerá de requisitos adicionales.

Los criterios de aplicabilidad y los criterios de inaplicabilidad explican la conexión institucional entre el sistema primario y el sistema secundario de adjudicación (de un sistema jurídico α), cuya riqueza soslaya HDA cuanto la reconstrucción clásica de la intuición básica.

En lo que sigue, corresponde refinar la reconstrucción de la intuición básica sobre la base del concepto de aplicabilidad.

Resumen

HDA hace un uso ambiguo de la expresión *aplicable*. En un primer sentido, la *aplicabilidad* de una norma jurídica significa los casos genéricos (y los casos individuales que son su instancia) antecedentes de la norma, i.e. el contenido conceptual correlacionado por una norma N^1 con una solución. En este sentido, *aplicable* significa alcance de la norma jurídica. Se la define entonces, como aplicabilidad interna. En un segundo sentido, la *aplicabilidad* de una norma N^1 significa la obligatoriedad de su aplicación, i.e. la obligatoriedad de su uso para justificar una solución judicial. En este sentido, la aplicabilidad es relativa a otra norma N^2 (criterio de aplicabilidad) que ordena aplicar N^1 . Se la define entonces, como aplicabilidad externa. Por lo tanto, no hay absurdo (como pretende HDA) si se predica de N^1 su aplicabilidad e inaplicabilidad en un caso c^1 , si se distinguen los diferentes sentidos de aplicabilidad.

Superada las objeciones planteadas por HDA, es necesario precisar el concepto de aplicabilidad e inaplicabilidad de una norma N^1 en un caso c^1 .

CAPÍTULO IV: SOBRE LAS PROPIEDADES DEL CONCEPTO DE APLICABILIDAD

El concepto de *aplicabilidad* (o *inaplicabilidad*) externa de una norma N^1 a un caso c^1 es descriptivo (i.e., es una proposición normativa) y es relativo (i.e., depende de la pertenencia de una norma secundaria a un sistema jurídico α) (BULYGIN, 1982: 196).

Aplicabilidad como proposición normativa

El concepto de aplicabilidad describe el estatus deóntico de una determinada acción normativa, a saber la aplicación de una norma N^1 . Afirma que una norma N^1 debe ser aplicada en un caso c^1 , cuya condición de verdad depende de la pertenencia de un criterio de aplicabilidad al sistema secundario de adjudicación del sistema normativo α .

En tanto proposición normativa, admite dos tipos de negación: puede ser entendida como negando la proposición misma, i.e. sobre la información proporcionada, o como negando la norma mencionada en la proposición, i.e. sobre la condición de verdad. Respectivamente: negación externa y negación interna (ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1974: 175).

La negación externa de la proposición normativa que afirma, e.g., la prohibición de una acción p en el caso c (relativo a un sistema normativo α) opera sobre la proposición normativa misma, i.e. niega uno de los caracteres de la acción p , en tanto elemento de la proposición normativa, i.e. niega la información que aquella brinda. En otras palabras, decir que p no es prohibida en el caso c es negar que del sistema normativo α se infiera que la acción p haya sido declarada prohibida en el caso c . Afirma una proposición contradictoria, meramente negativa. Afirma un *hecho negativo* de la autoridad normativa. La ausencia de la norma prohibitiva de la acción p , equivale a la permisión débil (negativa) de la acción p (ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1974: 176; RODRÍGUEZ, 2003: 98). La condición de verdad es la ausencia de una norma prohibitiva.

La negación interna de la proposición normativa que afirma, e.g., la prohibición de la acción p en el caso c (relativo a un sistema normativo α) opera sobre la norma mencionada en la proposición normativa: niega uno de los caracteres de la norma, i.e. niega la calificación deóntica de la acción p en el caso c , afirmando la norma-negación de la norma anterior (VON WRIGHT, 1963: 140). En otras palabras, decir que no es prohibida la acción p en el caso c es afirmar que del sistema normativo α se infiere la permisión de la acción p en el caso c . Afirma una norma contradictoria, i.e. exige un acto de la autoridad normativa: la formulación de una norma permisiva. La negación

interna de la norma prohibitiva de la acción p, equivale a la permisión fuerte (positiva) de la acción p (ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1974: 174; RODRÍGUEZ, 2003: 98). Es condición de verdad la presencia de una norma permisiva.

Una proposición normativa y su negación externa son contradictorias. Una proposición normativa y su negación interna no son contradictorias ni contrarias, describen un sistema normativo inconsistente en la circunstancia c (ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1974: 175).

Resultados

La negación de la proposición normativa que afirma la *aplicabilidad* de la norma N^1 al caso c^1 , i.e. la negación de la proposición normativa que afirma la obligatoriedad (permisión) de la acción de aplicación de la norma N^1 al caso c^1 , i.e. la proposición que afirma que la norma N^1 *no es aplicable* al caso c^1 (NAVARRO ET AL., 2000: 140), es ambigua: admite una negación externa cuanto una negación interna.

Si la negación es interna, entonces afirma la pertenencia al (sistema secundario de adjudicación del) sistema normativo α de una norma N^2 que no permite (prohíbe) la aplicación de N^1 al caso c^1 . Afirma la pertenencia de un criterio de inaplicabilidad, cuya condición de verdad es la pertenencia de una norma N^2 al sistema normativo α (i.e., presencia de un criterio de inaplicabilidad). En cambio, si la negación es externa, entonces afirma la mera ausencia de una norma N^2 que obligue (permita) aplicar N^1 al caso c^1 , cuya condición de verdad de es la no pertenencia de una norma N^2 al sistema normativo α (i.e., ausencia de un criterio de inaplicabilidad).

Al mismo tiempo, la negación de la proposición normativa que afirma la *inaplicabilidad* de la norma N^1 al caso c^1 , i.e. la negación de la proposición normativa que afirma la prohibición de la acción de aplicación de la norma N^1 al caso c^1 , i.e. la proposición que afirma que la norma N^1 *es aplicable* o *no es inaplicable* al caso c^1 , es ambigua, i.e. admite la negación externa e interna.

Si la negación es interna, entonces afirma la pertenencia al (sistema secundario de adjudicación del) sistema normativo α de una norma jurídica N^3 que permite (obliga) la aplicación de N^1 al caso c^1 . Afirma la pertenencia de un criterio de aplicabilidad, cuya condición de verdad es la pertenencia de una norma N^3 al sistema normativo α (i.e., presencia de un criterio de aplicabilidad). En cambio, si la negación es externa, entonces afirma la mera ausencia de una norma N^3 que prohíba (no permita) aplicar N^1 al caso c^1 ,

cuya condición de verdad es la no pertenencia de una norma N^3 al sistema normativo α (i.e., ausencia de un criterio de aplicabilidad).

En razón de la ambigüedad sistemática de la negación de una proposición normativa que afirme la aplicabilidad o la inaplicabilidad de una norma jurídica al caso c , se estipulan las definiciones siguientes.

(D39) Una norma N^1 es *aplicable en sentido positivo* al caso c^1 relativo a un sistema normativo α , si y solo si una norma N^2 perteneciente al sistema normativo α obliga (permite o prohíbe omitir) aplicar N^1 al caso c^1 .

Es condición de verdad la presencia de un criterio de aplicabilidad N^2 .

(D40) Una norma N^1 es *aplicable en sentido negativo* al caso c^1 relativo a un sistema normativo α si y solo si no pertenece al sistema normativo α una norma N^2 que prohíba (no permita u obligue omitir) aplicar N^1 al caso c^1 .

Es condición de verdad la ausencia de un criterio de inaplicabilidad N^2 .

(D41) Una norma N^1 es *inaplicable en sentido positivo* al caso c^1 relativo a un sistema normativo α si y solo si una norma N^3 perteneciente al sistema normativo α prohíbe (no permite u obliga omitir) aplicar N^1 al caso c^1 .

Es c condición de verdad la presencia de un criterio de inaplicabilidad N^3 .

(D42) Una norma N^1 es *inaplicable en sentido negativo* al caso c^1 relativo a un sistema normativo α si y solo si no pertenece al sistema normativo α una norma N^3 que obliga (permita o prohíba omitir) aplicar N^1 al caso c^1 .

Es condición de verdad la ausencia de un criterio de aplicabilidad N^3 .

Y por último,

(D43) Una norma N^1 puede ser de *aplicación facultativa* al caso c^1 relativo a un sistema normativo α si y solo si una norma N^4 perteneciente al sistema normativo α permite tanto la aplicación como la inaplicación de N^1 al caso c^1 .

Esta combinación de aplicable (permitido) e inaplicable (permitido omitir) de una norma N^1 deja librada a la discrecionalidad del juez el uso (aplicación) de la norma N^1 seleccionada. Es condición de verdad un criterio de aplicación facultativa N^4 , i.e. la calificación deóntica de facultativa de la acción de aplicación de la norma N^1 al caso c^1 .

Discusión

Los conceptos así definidos presentan las siguientes relaciones lógicas, según sean las propiedades formales del sistema normativo α al cual pertenezcan.

(T12) Si el sistema normativo α es consistente, entonces si una norma N^1 es aplicable en sentido positivo, también es aplicable en sentido negativo, y si una norma N^1 es inaplicable en sentido positivo, entonces N^1 es inaplicable en sentido negativo.

(T13) Si el sistema normativo α es completo, entonces si una norma N^1 es aplicable en sentido negativo, entonces N^1 es aplicable en sentido positivo, y si una norma N^1 es inaplicable en sentido negativo, entonces N^1 es inaplicable en sentido positivo.

(T14) Si el sistema normativo α es consistente y completo, entonces la aplicabilidad positiva equivale a la aplicabilidad negativa, y la inaplicabilidad positiva equivale a la inaplicabilidad negativa.

(T15) Si una norma N^1 es aplicable e inaplicable en sentido positivo, entonces el sistema normativo es inconsistente, y si una norma N^1 es aplicable e inaplicable en sentido negativo, entonces el sistema normativo es incompleto.

La importancia del distingo, así como el distingo entre una lógica de normas y una lógica de proposiciones normativas, se debe a que los sistemas normativos positivos no son, no suelen ser, ni necesitan ser, ni completos, ni consistentes, ni completos y consistentes (ALCHOURRÓN, 1993: 91; ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1974: 41; RODRÍGUEZ, 2003: 101).

El distingo introducido entre los conceptos de aplicabilidad en sentido positivo, aplicabilidad en sentido negativo e inaplicabilidad en sentido positivo, sirve para evitar caer en la falacia siguiente.

(P24) Si una norma jurídica N^1 no es aplicable, entonces N^1 es inaplicable.

En una versión fuerte, en tanto proposición metasistemática (ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1974: 177), este PRINCIPIO afirma:

(P25) Si una norma N^1 no resulta de obligatoria (permitida) aplicación a un caso c^1 , en razón de la ausencia de una norma N^2 (criterio de aplicabilidad), entonces su aplicación resulta prohibida (no permitida o permitida su omisión) por una norma N^3 (criterio de inaplicabilidad) en un caso c^1 .

En esta versión, la negación de la proposición que afirma la aplicabilidad, significa la negación interna de la proposición. Pero de la ausencia de una norma (N^2) no se infiere la presencia de alguna otra norma (N^3) (ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1974: 179). En este sentido, la proposición presupone lo que debe probar, i.e. que si no hay una norma secundaria que prescriba la obligatoriedad de la aplicación de una norma de conducta, entonces hay una norma secundaria que prohíbe su aplicación. Como tal es contingente y no una verdad necesaria.

En una versión débil, la proposición metasistemática afirma:

(P26) Si una norma N^1 no resulta de obligatoria (permitida) aplicación a un caso c^1 , en razón de la ausencia de una norma N^2 (criterio de aplicabilidad), entonces su aplicación no resulta obligatoria (permitida) por una norma N^2 en un caso c^1 .

En esta versión, la negación de la proposición que afirma la aplicabilidad, significa la negación externa de la proposición. En este sentido, expresa un caso particular del principio de identidad, i.e. no afirma la inaplicabilidad en sentido positivo de una norma N^1 a un caso c^1 . El principio expresa una verdad necesaria pero trivial, i.e. no califica deónticamente la aplicación de N^1 a un caso c^1 .

Aplicabilidad como propiedad relativa

La predicación de una norma N^1 de la propiedad de aplicable externamente (en sentido positivo) a un caso c^1 , es relativa a la existencia de una norma N^2 que prescriba (permita) la aplicación de N^1 al caso c^1 .

Ello presenta el siguiente problema: siendo la norma N^1 aplicable a un caso c^1 en razón de lo prescrito por una norma secundaria N^2 ¿es la sola presencia de N^2 condición suficiente para justificar institucionalmente la solución judicial que aplica N^1 al caso c^1 ? De otro modo, ¿es siempre correcta jurídicamente una solución judicial de un caso c^1 que aplica una norma N^1 aplicable a un caso c^1 en virtud de una norma N^2 ?

Resolver este problema exige clarificar la relación entre los conceptos de *aplicabilidad* y *justificación o fuerza institucional*: ¿es la relación de predicación o de identidad?

Supóngase que el criterio de aplicabilidad del ejemplo de BULYGIN, e.g. la norma prevista en CP: 2, el cual era a su vez inaplicable en razón de la norma prevista en CP: 303 (BULYGIN, 1982: 202). En este caso, no puede aplicarse una norma N^1 aplicable por

N^2 (e.g., CP: 2) sin violar una norma N^3 (e.g., CP: 303) que prescribe inaplicar N^2 (NAVARRO ET AL., 2000: 144).

Entonces, la propiedad definida de aplicabilidad (externa y en sentido positivo) sigue siendo débil en razón del carácter relativo de la propiedad, i.e. una norma aplicable puede no justificar, i.e. no ser una condición suficiente, de una solución judicial, i.e. carecer de *fuera* institucional.

Por ello mismo, se ha denominado a esta cuestión como *el problema de los criterios inaplicables* (NAVARRO ET AL., 2000: 143).

Una forma de resolver el problema, análoga a como VON WRIGHT resuelve el problema de la relatividad de la validez de las normas (VON WRIGHT, 1963: 194), y que evita caer en la solución de NINO (NINO, 1985: 11), es introducir una cadena de aplicabilidad que dependa de un último criterio de aplicabilidad.

Resultados

Supóngase una norma N^1 es declarada aplicable por una norma N^2 , N^2 a su vez es aplicable por una norma N^3 , y N^3 es a su vez aplicable por una norma N^4 . N^1 es una norma de conducta: regula la conducta de individuos (puede o no pertenecer al sistema primario del sistema jurídico α). N^2 , N^3 y N^4 son normas de diferente nivel: segundo, tercero y cuarto nivel, respectivamente. Estas tres normas (criterios de aplicabilidad), que pertenecen al sistema secundario de adjudicación del sistema normativo α , regulan la actividad jurisdiccional, i.e. la aplicación de normas. Las cuatro normas, en tanto las de nivel superior se refieren a las de nivel inferior, forman una *cadena de aplicabilidad*, donde la de nivel superior se refiere a la de nivel inferior, i.e. cada una de las normas es un eslabón en la cadena, y cada eslabón (a excepción de la norma de conducta) permite u obliga la aplicación de la norma que selecciona. En otras palabras, cada norma, i.e. cada eslabón de la cadena, es aplicable relativo a una norma de nivel superior (a excepción del *último* eslabón de la cadena). La norma N^1 resulta aplicable de modo inmediato por la norma N^2 , y resulta aplicable de modo remoto o mediato por las normas N^3 y N^4 . Por lo tanto, en una cadena de aplicabilidad, la aplicabilidad de una norma puede ser *rastreada* hasta una norma *última*, i.e. una norma que no es aplicable relativa a otra norma, donde cada una de las normas (eslabones) es aplicable en relación a una norma de nivel superior (a excepción de la *última* norma).

(D45) Un conjunto de normas $N^1, N^2, N^3 \dots N^n$ constituye una cadena de aplicabilidad si y solo si contiene una norma de conducta N^1 , que es aplicable a tenor de un criterio de aplicabilidad N^2 , que o bien es aplicable a tenor de un criterio de aplicabilidad N^3 , o bien no es ni aplicable ni aplicable en sentido positivo, pudiendo repetirse en un número finito de pasos esta disyunción hasta un criterio de aplicabilidad N^n , que no es ni aplicable ni inaplicable en sentido positivo (criterio último de aplicabilidad).

Toda cadena de aplicabilidad principia en una norma de conducta y termina en un criterio de aplicabilidad que no es ni aplicable ni inaplicable en sentido positivo, donde todas las normas se refieren a la aplicabilidad de otra norma de nivel inferior hasta dar, en un número finito de pasos, con una norma de conducta que no refiere la aplicabilidad ni inaplicabilidad de ninguna otra norma.

Se define entonces un concepto más fuerte de aplicabilidad (absoluto) como sigue.

(D46) Una norma N^1 es *aplicable en sentido absoluto* en un caso c^1 , conforme a un sistema normativo α si y solo si N^1 es aplicable (externamente y en sentido positivo) en el caso c^1 y N^1 pertenece a (es un eslabón de) una cadena de aplicabilidad que concluye, en un número finito de pasos (i.e. N^1 puede ser rastreada), en un criterio *último* de aplicabilidad perteneciente a α .

La aplicabilidad en sentido absoluto de una norma N^1 define el concepto de *fuerza* o justificación institucional de una norma N^1 . En otras palabras, una norma N^1 aplicable en sentido absoluto en un caso c^1 justifica institucionalmente (i.e. es condición suficiente de) la solución judicial que aplica N^1 en un caso c^1 . Una norma N^1 , conforme a un sistema normativo α , justifica una decisión judicial que aplica N^1 a un caso c^1 si y solo si N^1 es aplicable en sentido absoluto, conforme α , en un caso c^1 . Por supuesto, la norma N^1 aplicable en sentido absoluto es condición suficiente de la obligatoriedad institucional de la solución judicial que aplica N^1 al caso c^1 , de lo que no se sigue que N^1 sea aplicada en el caso c^1 , i.e. que la solución judicial deba corresponderse con N^1 no se sigue de hecho lo sea, sólo que está justificada institucionalmente (lo contrario sería caer en la falacia normativista).

Por lo tanto, si una norma N^1 es aplicable en un caso c^1 en relación a otra norma N^2 y N^2 es inaplicable en relación a una norma N^3 , conforme un sistema normativo α , entonces N^1 resulta no ser aplicable en sentido absoluto en un caso c^1 , conforme α . Y de este

modo, N^1 no justifica la solución judicial que aplica N^1 a un caso c^1 . El criterio de inaplicabilidad N^3 *interrumpe* la cadena de aplicabilidad (NAVARRO ET AL., 2000: 142).

Por ello se ha predicado de la norma N^1 dos propiedades incompatibles: N^1 sería inaplicable en sentido derivado en el caso c^1 y N^1 sería aplicable en el caso c^1 (NAVARRO ET AL., 2000: 142). De otro modo, N^1 sería *estructuralmente* aplicable y *funcionalmente* inaplicable (NAVARRO ET AL., 2000: 143). Las propiedades incompatibles no se deben a la existencia de criterios de aplicabilidad contradictorios (en rigor, los criterios de aplicabilidad que se tratan pertenecen a niveles distintos); sino al desarrollo de las definiciones que estipulan (por supuesto, cabe redefinir el concepto de aplicabilidad de tal modo de evitar esta consecuencia).

Discusión

De lo anterior se sigue que las normas aplicables en sentido absoluto no son necesariamente coextensas con las normas aplicables en sentido positivo. Las normas aplicables en sentido absoluto pueden ser un subconjunto de las normas aplicables en sentido positivo. La extensión de la clase de normas aplicables en sentido positivo puede ser mayor (más numerosa) que la extensión de la clase de normas aplicables en sentido absoluto. En otras palabras, la clase de las normas aplicables en sentido positivo incluye a la clase de las normas aplicables en sentido absoluto.

(T16) Una norma N^1 aplicable externamente es condición necesaria pero no suficiente para justificar una solución judicial.

En consecuencia, se sigue que la relación entre la aplicabilidad de una norma N^1 y la fuerza o justificación institucional de la misma norma N^1 es una relación de predicación, no de identidad. De este modo, una norma N^1 puede ser aplicable en sentido relativo en un caso c^1 , sin ser aplicable en sentido absoluto en un caso c^1 , i.e. N^1 carecería en el caso c de *fuerza* o aptitud justificatoria.

Por otra parte, una norma N^1 puede ser inaplicable en sentido positivo a un caso c^1 , en relación a otra norma N^2 perteneciente a un sistema normativo α , pues N^2 obliga (inaplicar u) omitir aplicar N^1 a un caso c^1 ; o, lo que es equivalente, N^2 prohíbe aplicar N^1 a un caso c^1 ; una u otra presentación implican que N^2 permite (inaplicar u) omitir aplicar N^1 a un caso c^1 . En la medida en que regula la actividad jurisdiccional, N^2 es una norma del sistema secundario de adjudicación, subsistema de un sistema normativo α . En razón del criterio de inaplicabilidad N^2 , la norma N^1 inaplicable en un caso c^1 ,

justifica institucionalmente (i.e. tiene *fuera* institucional para) una solución judicial que no corresponda a (no aplica) N^1 en un caso c^1 . O, en razón de N^2 , N^1 no justifica una solución judicial que corresponda (aplique) N^1 a un caso c^1 . El criterio de inaplicabilidad N^2 establece una condición negativa a satisfacer por la solución judicial, pues para ser la solución judicial justificada, no debe aplicar N^1 al caso c^1 .

En otras palabras, debido a que la pertenencia de una norma a un sistema normativo α no es condición suficiente de su aplicabilidad, se sigue que una norma N^1 , que solucione el caso c^1 (i.e. sea aplicable internamente al caso c^1), puede no ser de obligatoria aplicación, i.e. puede resultar permitida su inaplicación al caso c^1 . O incluso, la norma N^1 puede resultar de prohibida aplicación al caso c^1 , i.e. su inaplicación al caso c^1 resultar obligatoria (NAVARRO ET AL., 2004: 207; WALUCHOW, 1994: 34).

Corolario

Por un lado, en lo que respecta a las normas jurídicas pertenecientes a un sistema normativo α , suele presuponerse que las normas jurídicas son obligatorias, i.e. deben siempre ser aplicadas para solucionar problemas normativos (NAVARRO, 2005: 108; RODRÍGUEZ y VICENTE, 2009: 190). Ahora bien, HDA tiene su grano de verdad al afirmar que no siempre es el caso que deban aplicarse. Por lo tanto, se concluye que sólo en términos generales, son las normas jurídicas de un sistema normativo α aplicables (i.e. de aplicación obligatoria o permitida) para un juez de α . Ésta es la denominada *intuición básica*. De este modo, se deja abierta la posibilidad de que normas jurídicas válidas sean inaplicables (i.e. de obligatoria o permitida inaplicación) para un juez de α en un caso c (WALUCHOW, 1994: 35). Se distingue entonces entre la pertenencia (o validez), y la aplicabilidad (NAVARRO ET AL., 2000: 135; NAVARRO ET AL., 2004: 208). La articulación de uno y otro es un criterio de aplicabilidad (generalizado) de las normas jurídicas, i.e. las normas jurídicas deben ser aplicadas a los casos de los problemas normativos; y criterios de inaplicabilidad (singularizados), i.e. se permita u obligue inaplicar una norma jurídica en un caso dado, que excepciona el criterio de aplicabilidad generalizado. En resumen, las normas jurídicas son, comúnmente, aplicables, salvo casos de criterios de inaplicabilidad. Por supuesto, los criterios *últimos* de aplicabilidad no son aplicables ni inaplicables en sentido positivo; y la aplicabilidad en términos generales no significa que cada una de las normas jurídicas sea aplicable (esto último equivaldría identificar la pertenencia como una condición suficiente de la aplicabilidad), sino más bien una regla de la experiencia.

Por otro lado, en lo que respecta a las normas extrajurídicas en relación a un sistema normativo α , en términos generales, son razones excluidas del razonamiento práctico cuya conclusión es una solución de un problema normativo (RAZ, 1975: 144). Por esta razón se predica de las normas jurídicas el carácter de *razones excluyentes* (RAZ, 1975: 144; SCHAUER, 1991: 196). Y, asimismo, se deja abierta la posibilidad de que normas extrajurídicas, i.e. no pertenecientes al sistema normativo α , sean aplicables a un caso c (i.e. sean de obligatoria o permitida aplicación). Por esta razón se predica de los sistemas jurídicos la propiedad de *sistemas abiertos* (RAZ, 1975: 152). Nuevamente, se distingue entre la pertenencia (o validez), y la aplicabilidad (NAVARRO ET AL., 2000: 135; NAVARRO ET AL., 2004: 208). La articulación es un criterio de inaplicabilidad (generalizado) de las normas extrajurídicas; y criterios de aplicabilidad (singularizados) de las normas extrajurídicas, i.e. la permisión u obligación de la aplicación de una norma no jurídica en un caso dado, que excepciona el criterio de inaplicabilidad generalizado anterior. En resumen, las normas extrajurídicas son, por regla general, inaplicables, salvo casos excepcionales de criterios de aplicabilidad (singularizados).

Se sigue entonces que las normas jurídicas y las normas extrajurídicas se comportan de modo inverso en relación a la aplicabilidad e inaplicabilidad en casos dados, relativos a un sistema normativo α , al cual las primeras, pero no las segundas, pertenecen.

Un criterio de inaplicabilidad N^3 de una norma jurídica N^1 , impide la inferencia del deber genérico de aplicar normas jurídicas a la obligación específica de resolver el caso como manda la norma N^1 declarada inaplicable por N^2 . Y al mismo tiempo, un criterio de aplicabilidad N^2 de una norma extrajurídica, exceptúa específicamente la exclusión genérica de aplicar normas extrajurídicas para la solución de un caso c^1 . Se asiste así a una aplicabilidad generalizada e inaplicabilidad singularizada de las normas jurídicas, así como a una inaplicabilidad generalizada y aplicabilidad singularizada de las normas extrajurídicas. Se refina así el paso de la solución individual a la solución judicial en un caso c (ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1974: 214).

Resumen

En razón del carácter descriptivo de la predicación de una norma N^1 de la propiedad de aplicabilidad, la proposición que predica la aplicabilidad de una norma N^1 admite una negación interna y una externa, que definen dos conceptos de inaplicabilidad. Si la negación de la proposición es interna, entonces al decir que N^1 no es aplicable, se afirma que existe una norma N' que prohíbe aplicar N^1 a un caso c^1 , i.e. se afirma su

inaplicabilidad en sentido positivo. Si la negación de la proposición es externa, entonces al decir que N^1 no es aplicable, se afirma que no existe una norma N^2 que ordene aplicar N^1 a un caso c^1 , i.e. se afirma su inaplicabilidad en sentido negativo. Y asimismo, la negación de la proposición que predica la inaplicabilidad de una norma N^1 puede ser interna y externa, definiendo sendos conceptos de aplicabilidad. Si la negación de la proposición es interna, entonces al decir que N^1 no es inaplicable, se afirma que existe una norma N^2 que obliga aplicar N^1 a un caso c^1 , i.e. se afirma su aplicabilidad en sentido positivo. Si la negación de la proposición es externa, entonces al decir que N^1 no es inaplicable, se afirma que no existe una norma N^2 que prohíba aplicar N^1 a un caso c^1 , i.e. se afirma su aplicabilidad en sentido negativo.

Si y sólo si el sistema normativo es completo y consistente, los conceptos positivos y negativos de aplicabilidad e inaplicabilidad resultan equivalentes. Caso contrario, es necesario su distinción.

Asimismo, una norma N^1 puede resultar aplicable en virtud de un criterio de aplicabilidad N^2 , siendo N^2 inaplicable en virtud de un segundo criterio de inaplicabilidad N^3 . Por lo tanto, para poder justificar una solución judicial, la aplicabilidad de N^1 ha de ser más fuerte. A tal efecto se introduce la definición de aplicabilidad absoluta o sistemática: una norma N^1 es aplicable en sentido absoluto en un caso c^1 , conforme a un sistema jurídico α si y solo si N^1 es aplicable (externamente y en sentido positivo) en el caso c^1 y N^1 pertenece a (es un eslabón de) una cadena de aplicabilidad que concluye, en un número finito de pasos (i.e. N^1 puede ser rastreada), en un criterio *último* de aplicabilidad perteneciente a α .

CAPÍTULO V: SOBRE LOS TÉRMINOS DE UNA CADENA DE APLICABILIDAD

Toda cadena de aplicabilidad puede interrumpirse en su secuencia, sea por encontrar un criterio último de aplicabilidad, sea por encontrar criterios contradictorios, lo que suscita dudas en torno a la fuerza institucional de una norma N^1 .

Criterios últimos de aplicabilidad

Determinar la aplicabilidad en sentido absoluto de una norma N^1 en un caso c^1 , depende de la aplicabilidad relativa de N^1 a un caso c^1 , así como del término final de la cadena de aplicabilidad a la que N^1 pertenece. La aplicabilidad en sentido absoluto exige que se rastree la aplicabilidad de N^1 hasta un criterio de aplicabilidad *último*, i.e. hasta una norma que prescribe (permite) la aplicación de otra norma (de un nivel inferior), y que no es aplicable en relación a una norma de nivel superior (BULYIGIN, 1982: 202; NAVARRO ET AL., 2000: 149; REDONDO, 1998b: 360).

Si el número de normas que componen un sistema normativo α es finito, i.e. si se acepta el postulado de la finitud (VON WRIGHT, 1963: 199); entonces la cadena de aplicabilidad a la cual pertenece una norma N^1 (aplicable en sentido absoluto) ha de terminar en una norma jurídica. La opción al término final es o bien la regresión infinita (incluso si un sistema moral β prescribiese la aplicabilidad de las normas jurídicas), o bien una noción de aplicabilidad *en sí misma* (VON WRIGHT, 1963: 197).

Por lo tanto, en un número de pasos finito es posible determinar si una norma N^1 es o no aplicable en sentido absoluto a un caso c^1 . En cuyo caso, el criterio de aplicabilidad *último* no es, por definición, aplicable.

Se presenta entonces el siguiente problema: ¿cómo puede una norma N^1 , declarada aplicable en relación a un criterio *último* de aplicabilidad, justificar una solución judicial? En otras palabras, ¿justifica una solución judicial en un caso c^1 una norma N^1 aplicable en un caso c en virtud de una norma N^2 , no siendo N^1 aplicable en relación a otra norma de nivel superior?

Se ha denominado a esta cuestión como el *problema de los últimos criterios de aplicabilidad* (NAVARRO ET AL., 2000: 141).

Resultados

Decir que el criterio (o los criterios) de aplicabilidad *últimos* de un sistema normativo α no son aplicables, no equivale a decir que son inaplicables. Ya se mostró que decir que

no son aplicables en sentido positivo, no equivale a decir que son inaplicables en sentido positivo. No advertir la diferencia de significado positivo y negativo de la propiedad de inaplicabilidad (o creer en la verdad del enunciado siguiente: si una norma N^1 no es aplicable al caso c^1 , entonces es inaplicable al caso c^1), y aceptar el postulado de la finitud, conduce a postular un tipo de aplicabilidad distinto para tales criterios *últimos*. Esto explica las siguientes afirmaciones.

BULYGIN concluye que un criterio de aplicabilidad *último*, si es válido, i.e. si pertenece al sistema normativo α , entonces es aplicable, i.e. obligatorio jurídicamente:

Por lo tanto, parece que para los criterios de aplicabilidad últimos [...] no hay diferencia entre el tiempo externo y el interno: son aplicables cada vez que existen. (BULYGIN, 1982: 202).

Esta definición de aplicabilidad no es relativa a otra norma N^2 , sino que la aplicabilidad de los criterios últimos de aplicabilidad es *por sí misma*.

En el mismo sentido, para REDONDO, siguiendo a HART y a RAZ, los *últimos* criterios de aplicabilidad son aplicables en razón de una práctica social compleja:

El deber de aplicación de una norma $N1$ generalmente depende de otra norma $N2$ que establece el deber de aplicarla, pero puede también no depender de otra norma. Esto último es lo que sucede con las últimas normas de un sistema, las cuales son aplicables sólo si se constituyen en reglas sociales. (REDONDO, 1998b: 360).

Esta segunda definición de aplicabilidad no solo no es relativa a otra norma, sino que es pragmática, i.e. depende de una comunidad G de sujetos. Exige una nueva clase de referencia compuesta no sólo de normas jurídicas y un sistema jurídico α , sino además de una comunidad G . Por lo tanto, se confunde la aplicabilidad de una norma, i.e. de los criterios de aplicabilidad *últimos*, que es una propiedad dependiente de otras normas, con el uso que de aquellas normas hace una comunidad G , que es una propiedad empírica (i.e. independiente de las normas). Por otro lado, cabe cuestionar: ¿por qué sólo la *última* norma es aplicable en virtud de una práctica social? ¿Por qué restringir el apoyo social a las normas *últimas* (i.e. criterios de aplicabilidad *últimos*) del sistema jurídico? Y más aún:

En el marco de la justificación de decisiones institucionales, la actitud crítico-reflexiva [apoyo social] de los funcionarios y órganos de adjudicación no es

siempre una indicación inequívoca de la relevancia de una cierta norma Nj. Por ejemplo, los jueces pueden estar convencidos de que Nj es incorrecta y sin embargo pueden admitir que ella tiene fuerza institucional. De igual manera, es posible que exista un amplio acuerdo acerca de la corrección de un estándar de comportamiento y eso no lo convierte en jurídicamente apropiado. (NAVARRO ET AL., 2000: 151).

Y, por último, NAVARRO ET AL., distinguiendo entre los problemas de los *criterios de aplicabilidad inaplicables* y de los *últimos criterios de aplicabilidad*, afirman:

Ambos problemas parecen unirse cuando analizamos los últimos criterios de aplicabilidad ya que ellos no pueden ser aplicables en sentido relativo y a la vez son los que otorgan obligatoriedad a otras normas del sistema. Son, sin embargo, dos problemas diferentes y tienen que analizarse por separado. (NAVARRO ET AL., 2000: 141).

NAVARRO ET AL. (si bien distinguen entre normas aplicables, no-aplicables e inaplicables) representan gráficamente tanto los *criterios últimos* de aplicabilidad como los *criterios de aplicabilidad inaplicables* del mismo modo (i.e. mediante una elipse sin sombrear: NAVARRO ET AL., 2000: 142). Es verdad que ambos son inaplicables en sentido negativo en razón de la ausencia de un criterio de aplicabilidad de nivel superior. Pero los *criterios de aplicabilidad inaplicables* (y no los *criterios de aplicabilidad últimos*) son —además— inaplicables en sentido positivo en razón de la presencia de un criterio de inaplicabilidad de nivel superior. En sentido contrario, los *criterios de aplicabilidad últimos* son —sólo— aplicables en sentido negativo en razón de la ausencia de un criterio de inaplicabilidad de nivel superior.

NAVARRO ET AL., luego afirman:

Los últimos criterios de aplicabilidad no pueden ser ignorados por los órganos de adjudicación, i.e. ellos poseen fuerza institucional, pero estos últimos criterios no satisfacen las relaciones normativas características de las normas aplicables. (NAVARRO ET AL., 2000: 152).

La afirmación anterior, implícitamente, redefine el concepto de *fuerza institucional*, pues ya no sólo es una propiedad de las normas aplicables (o *estrictamente* aplicables) relativo a un criterio de aplicabilidad (NAVARRO ET AL., 2000: 134, 143, 151); sino que

también es una propiedad de los criterios *últimos* de aplicabilidad. En otras palabras, los criterios *últimos* de aplicabilidad tendrían fuerza institucional *por sí mismos*.

Discusión

De lo expuesto se sigue la definición siguiente.

(D47) Una norma N^n es un criterio de aplicabilidad *último* de un sistema normativo α si y solo si N^n es un criterio de aplicabilidad perteneciente a α y no hay norma de nivel superior en α que regule la aplicación de N^n .

Se sigue que el criterio *último* de aplicabilidad N^n no es aplicable en sentido positivo, ni es inaplicable en sentido positivo (NAVARRO ET AL., 2000: 140), sino que N^n es trivialmente aplicable en sentido negativo y trivialmente inaplicable en sentido negativo.

El carácter de *último* viene dado por ser el último paso en la cadena de aplicabilidad que determina (i.e. rastrea) la aplicabilidad en sentido absoluto de una norma de conducta a un caso c . En razón de tal carácter se dice el criterio de aplicabilidad *último* es una norma soberana (VON WRIGHT, 1963: 197) o una norma independiente (CARACCILO, 1991: 297).

Por lo tanto, carece de sentido preguntar por la aplicabilidad del criterio *último* de aplicabilidad (NAVARRO ET AL., 2000: 150; RAZ, 1979: 68). Por definición no es ni aplicable ni inaplicable en sentido positivo. La cuestión de si debe o no obedecerse, *all things considered*, no puede ser resuelta sin paradoja ni circularidad por otra norma jurídica. En otras palabras, si la intención de un juez es resolver un caso dado aplicando las normas jurídicas que deben ser aplicadas y no solo aplicar cualquier norma, entonces tiene que identificar las normas jurídicas aplicables en sentido absoluto, lo cual presupone el uso (y no sólo la mención) de al menos un criterio de aplicabilidad *último* (BULYGIN, 1982: 202; BULYGIN, 1991a: 269). Pero, si la intención de un juez no es la de resolver un caso dado aplicando las normas jurídicas aplicables, sino indagar sobre el valor de la obediencia del derecho, entonces equivoca cuando busca la respuesta en lo dispuesto en restantes normas jurídicas (BULYGIN, 1991a: 278; NAVARRO ET AL., 2000: 151).

Y la identificación de una norma N^1 aplicable en sentido absoluto en un caso c^1 , conforme a un sistema normativo α en un tiempo t , presupone el uso del (los) criterio(s) de aplicabilidad *último(s)* que pertenece(n) al sistema normativo α del tiempo t

(BULYGIN, 1982: 202; 1991a: 267; NAVARRO ET AL., 2000: 139). De otro modo, si se emplea un criterio que no pertenezca a α , entonces no se identificaría lo obligatorio en α , sino (e.g.) moral o social o políticamente obligatorio, según sea el sistema normativo al que pertenezca el criterio empleado (incluso un sistema jurídico extranjero). Y si se emplea un criterio *último* perteneciente a un sistema normativo β de un tiempo $t-1$ (aun siendo α y β pertenecientes al mismo orden jurídico), entonces se identificaría como aplicable lo que ya no es más aplicable (obligatorio) en un tiempo t (no cabe confundir esta situación de empleo de un criterio *último* derogado con el hecho de que el criterio *último* perteneciente al sistema normativo α en el tiempo t pueda prescribir la aplicación de una norma derogada, i.e. perteneciente a β) (BULYGIN, 1982: 214).

En otras palabras, vale la siguiente REGLA TÉCNICA:

(R1) El criterio *último* de aplicabilidad, perteneciente al sistema normativo α , debe ser usado si lo que se pretende es la resolución de un problema normativo mediante las normas aplicables en sentido absoluto del sistema normativo α (ALCHOURRÓN Y BULYGIN, 1974: 32).

En base a las distinciones introducidas, se resuelve el siguiente problema. Cabe cuestionar la justificación institucional de una solución judicial de un caso c^1 , que aplica una norma N^1 , siendo N^1 aplicable (inmediatamente) en el caso c en razón del criterio *último* de aplicabilidad, el cual no es por definición aplicable (NAVARRO ET AL., 2000: 149; REDONDO, 1998b: 361; BULYGIN, 1982: 202). En razón de la definición de *aplicabilidad en sentido absoluto* que define la aptitud justificatoria o fuerza institucional de una norma N^1 en un caso, se sigue que la norma N^1 es aplicable en sentido absoluto en el caso c^1 , y como tal justifica institucionalmente la solución judicial que aplica la norma N^1 al caso c^1 .

Conflictos entre criterios de (in)aplicabilidad

La aplicabilidad o inaplicabilidad de una o más normas a un caso c^1 puede ser inconsistente de los siguientes modos.

Por un lado, una norma N^1 puede ser aplicable en el caso c^1 según una norma N^2 perteneciente al sistema normativo α . Asimismo, N^1 puede ser inaplicable en el caso c^1 según una norma N^2 perteneciente al sistema normativo α . N^1 es aplicable e inaplicable en sentido positivo en el caso c^1 , conforme α . La aplicación de N^1 al caso c^1 resulta solucionada normativamente de modo contradictorio, i.e. el sistema normativo α es

inconsistente (ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1974: 41). En otras palabras, existe un conflicto normativo entre normas secundarias (de segundo nivel), i.e. un conflicto entre los criterios de aplicabilidad N^2 e inaplicabilidad N^3 .

En consecuencia, la aplicación de N^1 en el caso c^1 es inconsistentemente solucionado por el sistema normativo α si y solo si de α se infiere un criterio de inaplicabilidad de N^1 en el caso c^1 y de α se infiere un criterio de aplicabilidad de N^1 en el caso c^1 .

Surge entonces el siguiente problema: ¿es N^1 aplicable o inaplicable en el caso c^1 ? ¿Qué solución judicial del caso c está justificada, la que aplica N^1 o la que no aplica N^1 ?

Resultados

La respuesta depende de la existencia (o no) de un criterio jerárquico de resolución de conflictos normativos en el sistema normativo α (que otorgue preferencia a una de las normas en conflicto); y según sea la preferencia del criterio de aplicabilidad N^2 o del criterio de inaplicabilidad N^3 para los casos de conflictos entre ambos (NAVARRO ET AL., 2000: 148; RODRÍGUEZ y SUCAR, 1998a: 289; RODRÍGUEZ, 1997: 159).

Así, N^1 resultará aplicable en el caso c^1 , cuando es su aplicación inconsistentemente regulada, según un sistema normativo α , si y solo si existe en α un criterio jerárquico de resolución de conflictos que selecciona al criterio de aplicabilidad N^2 como preferente al criterio de inaplicabilidad N^3 en casos de conflicto. En este caso, N^3 puede reformularse como incorporando en su antecedente como condición negativa, i.e. como excepción, el criterio de aplicabilidad N^2 (NAVARRO ET AL., 2000: 148; RODRÍGUEZ y SUCAR, 1998a: 289; RODRÍGUEZ, 1997: 159). De este modo, deja de haber conflicto normativo entre N^2 y N^3 reformulada. En este caso, N^1 justifica institucionalmente una solución judicial del caso c^1 que aplica N^1 , en razón de N^2 .

Si el criterio de resolución de conflictos normativos selecciona como preferente el criterio de inaplicabilidad N^3 , entonces la conclusión es la inversa del caso anterior, i.e. N^1 es inaplicable al caso c^1 . En este caso, N^2 será reformulada incorporando en su antecedente como condición negativa, i.e. como excepción, el criterio de inaplicabilidad N^3 (NAVARRO ET AL., 2000: 148; RODRÍGUEZ y SUCAR, 1998a: 289; RODRÍGUEZ, 1997: 159). De este modo, deja de haber conflicto normativo entre N^2 reformulada y N^3 . N no justifica una solución judicial que aplica N^1 al caso c^1 , en razón de N^2 reformulada y N^3 . Sino que la solución judicial justificada en el caso c^1 es la que no aplica N^1 . En otras palabras, N^1 resulta inaplicable en razón de N^3 .

Por último, si no hay en el sistema normativo α un criterio jerárquico de resolución de conflictos normativos; entonces la aplicabilidad de N^1 al caso c^1 , así como su inaplicabilidad al caso c^1 , resulta indeterminada, i.e. hay una inconsistencia normativa (N^2 y N^3 son contradictorias). De este modo, no se soluciona el conflicto normativo, i.e. la aplicación de N^1 al caso c^1 carece de solución normativa.

Conflicto entre normas aplicables

Por otro lado, dos normas de conducta N^1 y N^a pueden ser aplicables en sentido positivo en un caso c^1 , según criterios de aplicabilidad N^2 y N^3 , respectivamente, conforme al sistema normativo α . Si las normas N^1 y N^a son contradictorias, entonces el caso c^1 resulta solucionado normativamente de modo contradictorio por α (NAVARRO ET AL., 2000: 147). El conflicto normativo se da inmediatamente, entre dos normas de conducta aplicables, y mediatamente, entre dos criterios de aplicabilidad que seleccionan como aplicables para el mismo caso c normas incompatibles.

Ello exhibe el siguiente problema: ¿cuál es la solución judicial del caso c que se encuentra justificada institucionalmente, la que aplica N^1 o la que aplica N^a al caso c^1 ?

En consecuencia, el caso c^1 es solucionado normativamente de modo inconsistente en un sistema normativo α si y solo si se infiere de α dos normas N^1 y N^a aplicables a c^1 que son contradictorias entre sí.

Resultados

La resolución del conflicto de normas de conducta aplicables a un caso c , exige que una de las normas no sea aplicable en el caso en que la otra sí sea aplicable, i.e. exige la revisión de uno de los criterios de aplicabilidad. Si hubiese un criterio de resolución de conflictos normativos, entonces otorgada la preferencia a alguno de los criterios de aplicabilidad, e.g. N^2 , el criterio de aplicabilidad restante, e.g. N^3 , es reformulado incorporando en su antecedente como condición negativa, i.e. como excepción, el criterio de aplicabilidad preferido N^2 (RODRÍGUEZ y SUCAR, 1998a: 289; RODRÍGUEZ, 1997: 159). En este caso, la norma N^1 resulta aplicable en el caso c^1 , y la norma N^a no resulta (deja de ser) aplicable al caso c^1 . De este modo, no se da el conflicto normativo entre N^1 y N^a , debido a que N^3 reformulada no colisiona mediatamente con la norma N^2 . La solución judicial que aplica N^1 al caso c^1 es justificada institucionalmente, en razón de N^2 . Y la solución judicial que aplica N^a al caso c^1 no es justificada institucionalmente, en razón de N^2 y N^3 reformulada. Por supuesto, que N^a deje de ser

aplicable (i.e. deviene inaplicable en sentido negativo) al caso c en razón de N^3 reformulada, no implica que N^a deje de pertenecer al sistema normativo α (si es que N^a era una norma perteneciente al sistema normativo α) (NAVARRO ET AL., 2000: 148).

Si no hubiese criterio de resolución de conflictos normativos en el sistema normativo α , entonces la preferencia (aplicabilidad) de N^1 o de N^a en el caso c^1 resulta indeterminada, como indeterminada la preferencia de N^2 o de N^3 en los casos en que seleccionen como aplicables normas contradictorias. El caso c^1 carece de solución individual aplicable.

NAVARRO ET AL. denominan a la norma de conducta preferida en casos de conflicto normativo *norma estrictamente aplicable* a un caso c (NAVARRO ET AL., 2000: 146). Y denominan a la norma preterida en casos de conflicto normativo *norma inaplicable en el sentido de desplazada*, sin dejar de ser la norma preterida aplicable en el caso c (NAVARRO ET AL., 2000: 145). En otras palabras, la norma N^a preterida presentaría dos propiedades incompatibles: N^a es aplicable en un caso c^1 e inaplicable en el sentido de desplazada en un caso c^1 (NAVARRO ET AL., 2000: 145, 147).

Discusión

La existencia de conflictos entre normas aplicables, así como entre criterios de aplicabilidad e inaplicabilidad, y la resolución de tales conflictos en base a criterios jerárquicos de resolución de conflictos, explica que se utilice la expresión de *peso* o *importancia* como propiedades de las normas o de los mismos criterios de aplicabilidad e inaplicabilidad (WALUCHOW, 1994: 170, 172; SCHAUER, 1991: 118, 126; NAVARRO ET AL., 2000: 145).

Resumen

En razón del carácter relativo de la predicación de una norma N^1 de la propiedad de aplicabilidad, y del carácter finito del número de normas que componen un sistema normativo, se sigue que habrá normas que no sean aplicables, i.e. los denominados criterios *últimos* de aplicabilidad. Pero negar la aplicabilidad sólo significa afirmar que son inaplicables en sentido negativo, así como también afirmar que son aplicables en sentido negativo. Por lo que preguntar por su aplicabilidad en sentido positivo o *fuerza* es una pregunta que carece de sentido.

CAPÍTULO VI: CONCLUSIONES

De lo anterior se extraen las siguientes conclusiones:

1. El grano de verdad de HDA: el distingo entre la juridicidad de una norma y la *fuera* o aplicabilidad de la norma. En otras palabras: la independencia lógica entre la pertenencia y aplicabilidad de una norma.
2. El conjunto de presupuestos que hacen aplicable o inaplicable a una norma N en un caso c, son criterios de aplicabilidad o criterios de inaplicabilidad, respectivamente.
3. HDA equivoca cuando predica de la conexión entre norma y solución judicial el carácter de valorativa y/o arbitraria. Y más aún cuando infiere la derrotabilidad de las normas jurídicas.
4. HDA confunde los conceptos de *solución individual* y *solución judicial*, así como entre *justificación de la solución individual* y *justificación de la solución judicial*.
5. HDA soslaya los conceptos de *aplicabilidad* e *inaplicabilidad*, *(in)aplicabilidad interna* y *externa*, *(in)aplicabilidad positiva* y *negativa*, *(in)aplicabilidad relativa* y *absoluta*, que definen la reconstrucción refinada de la intuición básica.
6. La reconstrucción refinada de la intuición básica, permite explicar el vínculo entre sistema primario y secundario de adjudicación de forma positiva e institucional, i.e. HDA resulta injustificada.

APÉNDICE

CAPÍTULO I: SOBRE LA COMPLETITUD Y EXHAUSTIVIDAD DE SISTEMAS NORMATIVOS

ALCHOURRÓN y BULYGIN definen la completitud de un sistema normativo α en relación a un UC y un US, i.e. sobre la base de una estructura relacional.

(D48) *Un sistema normativo α es completo en relación a UC j y un $US^{max} k$, si y solo si, α no tiene lagunas en UC j en relación al $US^{max} k$.*

En contrapartida,

Cuando un sistema tiene por lo menos una laguna en UC j en relación a $US^{max} k$, se dirá que es incompleto (en relación a UC j y $US^{max} k$). (ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1974: 49).

De modificarse cualquiera de los términos, ya no puede predicarse el mismo concepto, por definición.

En consecuencia, los casos de laguna normativa son aquellos elementos del UC que no están correlacionados con US.

Decir que un caso C_i de un UC j es una laguna del sistema normativo α en relación a un $US^{max} k$, significa que α no correlaciona C_i con ninguna solución del $US^{max} k$. (ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1974: 49).

De nuevo, modificar cualquiera de los términos impide aplicar el mismo concepto, por definición.

En otras palabras, el concepto de completitud normativa tiene una estructura relacional, y como tal, sólo puede ser definido en términos de los tres elementos que hemos distinguido: un Universo de Casos, un Universo de Soluciones Maximales y un sistema normativo. (ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1974: 49).

Problemas normativos

ALCHOURRÓN y BULYGIN señalan que todo problema normativo se delimita por dos ámbitos: de un lado, el conjunto de situaciones o estados de cosas en que puede realizarse una acción en cuestión y cuyos elementos comparten una propiedad común definitoria, denominado Universo del Discurso (UD); y del otro, el conjunto de las

acciones cuyo estatus deóntico interesa, denominado Universo de Acciones (UA) (ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1974: 32).

Los dos Universos que hemos caracterizado, el UD y el UA, delimitan el ámbito del problema. Toda variación del UD y también toda variación del UA conduce a un cambio del problema. (ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1974: 33).

ALCHOURRÓN y BULYGIN señalan que cada todos los elementos del Universo del Discurso (UD) comparten una propiedad común que es la propiedad definitoria del UD. En este sentido, ALCHOURRÓN y BULYGIN refieren que la propiedad definitoria del UD del modelo sería como sigue:

En nuestro modelo, la propiedad definitoria del UD es la de ser una enajenación (transferencia) de un inmueble que pertenece a un tercero. Por lo tanto, todo elemento del UD del modelo es un estado de cosas o situación en que una cierta persona (el enajenante) transfiere a otra (el adquirente) la posesión de un inmueble que pertenece a una tercera persona. El Universo del Discurso del modelo es el conjunto de todas esas circunstancias. (ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1974: 32).

Este problema normativo, compuesto por UD y UA, es representado por el sujeto normativo: de allí se extraen los interrogantes por la acción que interesa y el contexto de su realización.

Al momento de definir el ámbito fáctico del problema normativo, ALCHOURRÓN y BULYGIN señalan que las propiedades del UP son las propiedades definitorias de cada caso:

Toda propiedad de un UP y todo compuesto veritativo-funcional de tales propiedades —siempre que éste no sea tautológico ni contradictorio— define un caso (posible). Por consiguiente, la propiedad definitoria de un caso puede ser simple o compleja. Cuando la propiedad definitoria es una conjunción que contiene todas las propiedades del UP o sus negaciones (pero no ambas), diremos que el caso definido por esa propiedad es elemental. Los casos que no sean elementales serán complejos. El conjunto de todos los casos elementales (correspondientes a un UP) se denominará Universo de Casos (UC). (ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1974: 34).

Los casos del UC concebibles —sobre la base del UP del sistema normativo— son finitos, en la medida en que las propiedades del UP del sistema normativo lo son (siendo $UC =df 2^n$, donde ‘n’ es el número de elementos de UP).

El conjunto de todos los casos posibles determina lo que vamos a llamar el ámbito fáctico del modelo. (ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1974: 35).

ALCHOURRÓN y BULYGIN luego señalan, al momento de definir el ámbito normativo del problema normativo, que la solución del problema depende de la determinación del estatus deóntico de la acción en cuestión:

El ámbito de todas las respuestas posibles a esa pregunta puede llamarse el ámbito normativo del problema. Una respuesta satisfactoria a la pregunta planteada es una solución del problema. Las respuestas posibles constituyen el conjunto de las soluciones posibles. (ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1974: 36).

Y más adelante:

Cuando la solución es tal que determina todos los contenidos que corresponden a un UA, diremos que es una solución maximal. El conjunto de todas las soluciones maximales (relativas a un UA) es el Universo de Soluciones Maximales (US^{max}). (ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1974: 36).

Luego:

El US^{max} , es decir, el conjunto de todas las soluciones maximales posibles, determina el ámbito normativo del problema. (ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1974: 37).

Este problema normativo, compuesto ahora por UC y US, es representado por la autoridad normativa: del sistema normativo se extraen las propiedades y las determinaciones deónticas.

Postulado de correspondencia

Existen dos clases de problemas normativos: uno definido por UD y UA, y otro definido por UC y US^{max} , y mientras que el primero lo representa un sujeto normativo, el segundo lo representa la autoridad normativa. A la vez, las propiedades definatorias del UD y del UC son distintas: mientras el primero es definido por cierto contexto fáctico, el segundo es definido por las propiedades del UP.

Ahora bien, es un hecho que el problema normativo que tiene un sujeto normativo puede no corresponderse con ningún problema normativo previsto por la autoridad normativa de antemano.

A modo de ejemplo, si la autoridad normativa solamente contempla de antemano dos o tres problemas normativos para su solución, todos los restantes problemas que puedan surgir en la vida en sociedad escaparán a las soluciones previstas de antemano por la autoridad normativa, no porque el caso no tenga solución sino más bien —más esencial aún— porque no es un problema normativo en primer lugar.

La correspondencia es contingente, y, en cierto punto, mide el detalle de previsión e intervención de la autoridad normativa: a mayor previsión y solución de problemas normativos, mayor detalle (casuística) y mayor intervención de la autoridad normativa, y a la inversa, a menor previsión y solución de problemas normativos, menor detalle (casuística) y menor intervención de la autoridad normativa. En consecuencia, sirve ello de indicio de las libertades de la sociedad y al mismo tiempo de la pobreza de un sistema normativo, en tanto a mayor previsión y solución, i.e., mayor riqueza del sistema normativo, menor libertad para la autocomposición de conflictos, que quedarán librados a la negociación de las partes; y a la inversa, en tanto menor previsión y solución, i.e. menor riqueza del sistema normativo, mayor libertad para la autocomposición de conflictos, librados a la negociación de las partes.

Precisamente por ello, ALCHOURRÓN y BULYGIN seguidamente postulan la correspondencia entre uno y otro conjunto, precisamente para que tenga sentido indagar las propiedades del UP —en última instancia— en el UD:

El Universo de Propiedades y el Universo de Discurso tienen que ser dos universos correspondientes, en el sentido de que cada uno de los elementos del UD puede tener cada una de las propiedades del UP.” (ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1974: 54).

En otras palabras, ALCHOURRÓN y BULYGIN postulan que el UD corresponde al UC, siendo ambos el ámbito fáctico del problema normativo (y lo mismo cabría decir del ámbito normativo del problema, donde US son igualmente postulados correspondientes). En otras palabras, postulan que el problema normativo previsto de antemano por la autoridad normativa, corresponde con el problema normativo de los sujetos normativos, i.e. que el interrogante del estatus deóntico de un sujeto normativo

se corresponde con el interrogante del estatus deóntico presupuesto por la autoridad normativa.

Empero, no debe perderse de vista que UD es una elaboración propia de los protagonistas del problema normativo, mientras que el UC es una elaboración (si bien indirecta) de la autoridad normativa a través del UP empleado, y que la propiedad definitoria de cada UC de cada problema normativo es presupuesta por la autoridad normativa, en previsión a los conflictos que cabe esperar en la vida en sociedad, mientras que la propiedad definitoria del UD es presupuesta por los sujetos normativos, conforme se sucedan los conflictos de interés. Por tanto, que la autoridad normativa haya previsto y eventualmente solucionado el mismo problema normativo que habrán de tener los sujetos normativos, es una cuestión contingente, i.e. que ambas propiedades definitorias se correspondan es contingente.

Precisamente, la eliminación del postulado de correspondencia entre UD y UC permite advertir ello.

Resultados

Nada impide que los protagonistas de la comunidad tengan un conflicto de intereses cuyo ámbito fáctico UD no corresponda con el ámbito fáctico UC de los problemas normativos solucionados por el sistema normativo, es decir, que la propiedad definitoria del UD del problema normativo no se identifique con ninguna propiedad definitoria de los UC (ámbito fáctico de los problemas normativos) del sistema normativo.

Como cuestión de hecho, nada impide que así suceda, y en cuyo caso, falla el postulado de correspondencia entre el UD y el UC, toda vez que unos y otros no comparten la propiedad definitoria del caso en cuestión. Luego, no cabe clasificar el caso individual del UD en ningún UC del sistema normativo, pues falta la propiedad definitoria para pertenecer a alguno de aquellos conjuntos, por lo que no cabría tampoco proyectar las propiedades pertinentes del UP como correlación con una solución del US.

A modo de ejemplo: FULANO y MENGANO, casados, pueden disentir sobre el destino de sus vacaciones, pues mientras uno quiere ir a la costa, el otro a montaña. La propiedad definitoria del UD será el “destino de las vacaciones”, en cuyo ámbito fáctico habrá que indagar las propiedades para correlacionarlas con la solución que quepa. Empero, esta propiedad definitoria del ámbito fáctico del problema normativo, i.e. UD, bien podría no identificarse con ninguna propiedad definitoria de ningún UC del sistema normativo.

Luego, no se corresponde el problema normativo de FULANO y MENGANO con ningún problema normativo previsto de antemano por la autoridad normativa, i.e. no comparte propiedad definitoria, por lo que no puede incluirse en ningún UC, por lo que no tiene sentido proyectar propiedades del UP, para su posterior correlación con US.

El caso individual de FULANO y MENGANO, o el caso genérico definido por el conflicto por el destino de vacaciones de un matrimonio, en tanto no comparte ninguna propiedad definitoria de los UC del sistema normativo, no puede clasificarse en ningún UC.

Ello ha motivado los siguientes interrogantes en torno si, primero, el caso constituye una laguna normativa, y después, en torno a qué debe hacer el juez ante un caso así.

Discusión

A tenor de la definición de laguna normativa de ALCHOURRÓN y BULYGIN, el caso de Fulano y Mengano en cuestión no constituiría una laguna normativa, y al mismo tiempo, la negativa de laguna normativa podría autorizar a suponer a suponer que tendría solución, pero, a tenor de la definición de completitud, tampoco sería un caso con solución; y tanto lo uno y lo otro porque —por hipótesis— no sería un caso subsumible en ningún UC del sistema normativo por no compartir propiedad definitoria alguna en primer lugar, i.e. en la medida en que no es susceptible de clasificación en ningún UC del sistema normativo α , e.g. no es un caso C_i del UC_j elaborado sobre la base del UP del sistema normativo. El enunciado que compone la definición se muestra falso, por lo que no cabe aplicar el concepto en cuestión: ni laguna, ni completitud.

Ello sugiere que los conceptos de laguna y completitud no serían contradictorios cuando falla la correspondencia entre UD y UC, pues habría casos que ni son ni laguna ni son completos, en la definición de ALCHOURRÓN y BULYGIN.

A fin de dar cuenta de esos casos, es necesario introducir un concepto adicional, que puede ser nominado como de exhaustividad (y su defecto, insuficiencia).

Para ello, en vez de definir las propiedades formales sobre la base del UC, corresponde definirlo sobre la base del UD, que ahora puede o no corresponderse con el UC (eliminado el postulado de correspondencia). En consecuencia, si y solo si todo caso de cualquier UD es susceptible de ser clasificado en cualquier caso de los UC del sistema normativo, el sistema normativo será exhaustivo, i.e. si toda propiedad definitoria del UD puede es equivalente a alguna propiedad del UC del sistema normativo.

En consecuencia,

(D49) Un sistema normativo α es *exhaustivo* en relación a un $US^{\max} k$ y todo caso de cualquier (todo) UD, si y solo si, el sistema normativo α correlaciona todos los casos de cualquier (todo) UD con alguna solución de un $US^{\max} k$.

En contrapartida,

(D50) Un caso del UD es una insuficiencia normativa del sistema normativo α , si y solo si el caso del UD no está correlacionado por α con ninguna solución de un $US^{\max} k$.

Un sistema normativo α que presente un caso de insuficiencia normativa, es un sistema normativo no exhaustivo.

El conjunto de todos los UD es exhaustivos es constituido por 2^n casos, donde 'n' es el número de propiedades totales.

Obvio es decir, todo caso es abstracto, i.e. prescinde de sujetos, tiempo y espacio, y cualquier caso concreto es instancia de un caso abstracto, con más sujeto, tiempo y espacio.

Si bien quizá no haya habido sistemas normativos exhaustivos, aunque quizá los haya en lo futuro, aunque sí ha habido sistemas que han aspirado a serlo, su noción resulta relevante para definir un fenómeno que escapa a los conceptos de ALCHOURRÓN y BULYGIN: la discrepancia de problemas normativos entre autoridad normativa y sujetos normativos, i.e. falta de correspondencia entre UD y UC.

Siendo que la exhaustividad es una propiedad formal del sistema normativo de aquellos que correlacionan todo caso concebible de cualquier UD con alguna solución de un US, se sigue que aquellos donde no se correlacione algún caso de algún UD con una solución de algún US, constituyen sistemas normativos insuficientes o no exhaustivos.

Estas propiedades formales sí serían contradictorias cuando no hay correspondencia entre UD y UC:

(T17) Todo sistema normativo, o es exhaustivo, o es insuficiente

Ello exhibe un comportamiento distinto a la completitud y la laguna, ya que un sistema normativo puede tener casos que ni son lagunas normativas ni tienen solución normativa, cuando falla la correspondencia entre UD y UC.

De ambas definiciones se extraen las siguientes relaciones entre ambos conceptos:

(T18) Todo sistema normativo exhaustivo es un sistema normativo completo, pero la inversa no es válida: no todo sistema normativo completo es un sistema normativo exhaustivo.

Y a la vez,

(T19) Todo sistema normativo incompleto será un sistema normativo insuficiente, pero la inversa no es válida: no todo sistema normativo insuficiente es un sistema normativo incompleto.

Con ello en miras, es claro que el caso en cuestión de FULANO y MENGANO define al sistema normativo como insuficiente, aunque eventualmente completo, o lo que es lo mismo, el caso no es una laguna normativa sino una insuficiencia normativa.

Luego, cuando no hay correspondencia entre UC y UD, solamente en sistemas normativos exhaustivos, los conceptos de laguna normativa y completitud serían complementarios o contradictorios, pero no así en sistemas no exhaustivos o insuficientes, donde hay margen para casos que no son ni lagunas normativas ni completos, en la medida en que no compartan la propiedad definitoria de ningún UC del sistema normativo.

Corolario

Cuestión aparte es qué debe hacer un juez al momento de resolver un caso de insuficiencia normativa, que, por hipótesis, es un caso que en tanto no corresponde al UC del sistema normativo, no está correlacionado con ninguna solución de US.

Toda autoridad normativa debiera asumir que no puede aspirar a la exhaustividad, aunque sí a la completitud, y debiera reconocer que pueden surgir problemas normativos entre los sujetos normativos que no se correspondan con los problemas normativos solucionados de antemano, i.e. casos del UD que caigan fuera de todos los casos de UC concebibles del sistema normativo. Por lo tanto, debiera prever ya que no la solución, por hipótesis, sino el mecanismo de adjudicación para los casos del UD que no presenten las propiedades definitorias de los UC del sistema normativo. Pero ello constituye un ideal racional cuya carencia define un defecto técnico, ya no normativo y/o axiológico.

No parece prudente que, llamado a resolver conflictos en sociedad, y sabiendo que no puede preverlos todos, no disponga de algún mecanismo de solución. Empero, de ello no se sigue que lo establezca, pues bien puede ser defectuoso, i.e. no prever mecanismos institucionales para resolver problemas normativos no correspondientes a los problemas normativos del sistema normativo.

En dicha previsión, bien puede consagrar una regla de clausura (RC):

(P27) Todo caso que no esté contemplado, debe ser rechazado;

O bien prever una regla de apertura, tendiente a autorizar la discreción judicial:

(P28) Cualquier caso que no esté contemplado, ante la falta de solución normativa del caso, debe ser resuelto discrecionalmente.

Entremedio, claro está, se abre un amplio espectro de reglas de adjudicación, las que pueden mandar a resolver, sino discrecionalmente, con sujeción a normas análogas, a usos y costumbres, equidad, etc.

En un caso de insuficiencia normativa, el juez tendrá que crear una solución *ad hoc* del caso, estando jurídicamente autorizado. Claro está, no por ello pasará a pertenecer al sistema normativo, lo que dependerá del alcance de la regla de apertura, aunque sí podrá tener vigencia según las razones sobre las que se resuelva. Consecuentemente, siendo dicha previsión contingente, no puede asumirse de antemano cómo debe resolver el juez el caso en cuestión un caso de insuficiencia normativa, toda vez que depende de las reglas de adjudicación (e.g., regla de clausura, regla de apertura) pertenecientes al sistema normativo.

Ahora bien, toda vez que ello supone distribuir el poder de decisión de los casos que presenten los sujetos normativos (SCHAUER, 1991: 158; BAYÓN, 1996: 41), una autoridad normativa más bien conservadora, tenderá a consagrar un modelo de adjudicación más bien apegado al sistema normativo, formulando una regla de adjudicación de clausura; y una autoridad normativa más bien progresiva, tenderá a consagrar un modelo de adjudicación más bien transparente a los conflictos de interés, formulando una regla de adjudicación de apertura.

Luego, todo juez llamado a resolver el caso deberá indagar qué criterios de adjudicación consagra el sistema normativo, no qué solución (que por hipótesis falta): debe indagar si puede resolver, si debe rechazar, qué fuentes puede utilizar, etc. Esto hará a la

sofisticación institucional de las reglas de adjudicación, cuya solución judicial, de nuevo, creará una norma general (de la que inferirá la solución judicial individual) que puede o no formar parte del sistema normativo, según el alcance de las reglas de adjudicación, sin perjuicio de la vigencia o no de la solución, que corre por carriles independientes.

En consecuencia, suponer que el juez debe rechazar la demanda ante casos como este, no solo postula una norma general que no necesariamente forma parte del derecho, sino también postula una regla secundaria de adjudicación (regla de clausura RC) que obligue a resolver de determinada forma ante casos de insuficiencia normativa, extremos contingentes que no puede ser asumido como necesario.

En suma, si bien es racional aspirar a la completitud, no así a la exhaustividad: no solo por la imposibilidad del conocimiento, sino por la dinámica de la vida en sociedad. Luego, es racional prever mecanismos institucionales para resolver los conflictos de interés que exhiban insuficiencia normativa, pero que ello sea racional, no significa que se hayan establecido.

Ciertamente, aquel juez que enfrente un caso de insuficiencia normativa que carezca al mismo tiempo de una regla de clausura o de una regla de apertura como criterios de adjudicación, estará en una trampa a consecuencia del defecto del sistema normativo en cuestión, de la que no podrá salir sin postular, primero, una regla secundaria de adjudicación, y después, una norma que resuelva el caso de insuficiencia normativa. Uno es un defecto formal, si bien inevitable (insuficiencia normativa), el otro es un defecto institucional, si bien evitable (ausencia de regla de adjudicación).

CAPÍTULO II: SOBRE LA DEFINICIÓN DE JUEZ

La asimetría que exhiben los sistemas jurídicos en lo que respecta a la aplicabilidad y/o la inaplicabilidad de las normas jurídicas y/o extrajurídicas, constituye un refinamiento que debe tenerse en cuenta al momento de definir las propiedades de los jueces del sistema normativo.

Intuición

Suele definirse a los jueces como necesariamente obligados a la aplicación del derecho en todos los casos que se le presenten.

En este sentido, RUIZ MANERO:

Son jueces aquellas personas (o grupos de personas, etc.) a quienes, en virtud de reglas sociales aceptadas, se considera titulares de los deberes y poderes normativos que definen el rol de juez: el deber de decidir los casos que se presentan ante ellos, el deber de hacerlo sobre la base de estándares o reglas preexistentes y el poder de decidir tales casos con carácter obligatorio. (RUIZ MANERO, 1990: 133).

La existencia de tal deber [de los jueces de aplicar el derecho] forma parte de las propiedades definitorias de 'juez'. (RUIZ MANERO, 1990: 140).

Y en similar sentido, RODRÍGUEZ y VICENTE:

Los jueces se definen como funcionarios encargados de solucionar ciertos casos por aplicación de normas jurídicas generales, de manera que constituye un deber funcional para los jueces el de emplear normas jurídicas como fundamento de sus decisiones. Ese deber genérico puede registrar excepciones, pero al menos prima facie los jueces deben aplicar a los casos que han de resolver las normas jurídicas que los regulan. Por consiguiente, una norma jurídica que se limitara a imponer sobre los jueces el deber de aplicar cierta otra norma concretamente individualizada a un caso por ella regulado parece tan superfluo como dictar una norma N2 que imponga el deber de cumplir con otra norma N1 concretamente individualizada. (RODRÍGUEZ y VICENTE, 2009: 186).

Hipótesis

Empero, inadvertir la asimetría con respecto a la aplicabilidad e inaplicabilidad de normas jurídicas y extrajurídicas, i.e. omitir la aplicabilidad generalizada e inaplicabilidad singularizada de las primeras, así como la inaplicabilidad generalizada y aplicabilidad singularizada de las segundas, acarrea algunos inconvenientes al definir los jueces o la función judicial

Resultados

Es posible definir a los jueces de este modo, i.e. como sujetos obligados a la aplicación de las normas jurídicas cada vez que éstas regulen un caso. Así, la aplicabilidad (u obligatoriedad de la aplicación) de las normas jurídicas formaría parte del significado de *juez*. Pero definir de esta forma a los jueces, no solo no es la única forma (ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1974: 209; WALUCHOW, 1994: 169), sino además resulta inconveniente por las razones siguientes. Para WALUCHOW, resulta demasiado simple, es decir:

A naive theory of adjudication according to which whatever is identified as valid law via a rule of recognition must always be applied by judges. (WALUCHOW, 1994: 66).

'The formalist theory of adjudication': that the role of judges is, and ought to be, nothing more and nothing less than to apply whatever rules happen to be validated by the rule of recognition. (WALUCHOW, 1994: 235).

En primer lugar, si la definición de *juez* es *a priori*, i.e. independiente de todo sistema normativo, entonces ante hechos históricos y lógicamente posibles de jueces no obligados a juzgar (ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1974: 210), o bien ante obligación de aplicar normas jurídicas inconstitucionales (inválidas), o ante la potestad judicial del *certiorari*, las opciones son predicar que tales sujetos no actuaron ni fueron jueces, manteniendo así la coherencia, o bien redefinir el término juez (con rasgos contingentes), o incurrir en inconsistencias (i.e. son y no son jueces). Si la opción es la segunda, entonces la redefinición abandonará el carácter necesario del deber de aplicar normas jurídicas.

En consecuencia, y en segundo lugar, si la definición de *juez* es de conformidad con las normas de un sistema normativo α , entonces el significado del antecedente de la norma utilizada para definir a los jueces está dado sistemáticamente, i.e. resulta determinado por la totalidad de las normas que componen el sistema secundario de adjudicación del sistema normativo α , i.e. la individuación de la norma usada en la definición es *holística*

(RODRÍGUEZ y VICENTE, 2009: 191). Y si es así, entonces deben usarse tanto los criterios de aplicabilidad de las normas jurídicas (generalizado) y los criterios de inaplicabilidad de las normas jurídicas (singularizados), así como los criterios de inaplicabilidad de las normas extrajurídicas (generalizado) y los criterios de aplicabilidad de las normas extrajurídicas (singularizados).

Discusión

En conclusión, la propiedad definitoria, i.e. necesaria, de los jueces, es la de ser competentes para el conocimiento y resolución de conflictos de intereses. Y son propiedades contingentes la obligatoriedad de juzgar, así como la de aplicar derecho (más allá de las reglas de la experiencia):

Lo que realmente parece ser imposible -para el sentido usual del término 'juez'- es que alguien sea juez y no pueda (no tenga competencia para) juzgar. En cambio, es perfectamente concebible que un juez no tenga ninguna obligación de juzgar [...] aunque es verdad que normalmente los jueces tienen, además de la competencia, la obligación de juzgar, precisamente porque el legislador suele imponerles esa obligación.” (ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1974: 209).

Definidos de este modo, la existencia de una norma N^2 que obliga a los jueces a aplicar una norma N^1 no es superflua. Los jueces pueden no resultar obligados a aplicar una norma jurídica, pueden no tener permitido aplicar una norma jurídica, pueden resultar obligados a aplicar normas extrajurídicas, según sean los criterios de aplicabilidad del sistema secundario de adjudicación, subsistema del sistema jurídico α (NAVARRO ET AL., 2000: 196, 207, 208; WALUCHOW, 1994: 76; RAZ, 1975: 152).

Definir a los jueces usando las normas jurídicas conlleva el peligro de la definición circular cometido por HART y denunciado por Ruiz Manero (RUIZ MANERO, 1990: 124). En otras palabras, para identificar las normas jurídicas o determinar la existencia de un sistema jurídico, HART observa la conducta (aceptación) de los jueces y las normas que usan en sus sentencias. Pero para identificar a los jueces (i.e. las reglas de adjudicación), resultaría necesario usar las normas jurídicas.

Para romper la circularidad no es necesario, como propone RUIZ MANERO, utilizar la noción de reglas sociales que otorgan competencia y obligan a ciertas personas a juzgar conforme a derecho, i.e. reglas sociales que definen (declaran a) los jueces. Por un lado,

ya se dijo que no siempre los jueces tienen el deber de juzgar y aplicar derecho. Y por otro lado, se incurriría en una nueva circularidad, pues para RUIZ MANERO, decir:

'X es juez' es también un enunciado bifronte, cada una de cuyas caras hace referencia a una condición distinta: la primera, a que las decisiones dictadas por X sean, en general, efectivas (esto es, logren obediencia) y la segunda a que X sea reconocido, por parte de los aparatos (grupos organizados de personas) que posean el monopolio de la fuerza en esa sociedad, como titular de los deberes y poderes que definen la posición institucional de 'juez'. (RUIZ MANERO, 1990: 134).

Igual circularidad en RAZ:

The unity of the system depends on the fact that it contains only rules which certain primary organs are bound to apply. The primary organs which are to be regarded as belonging to one system are those which mutually recognize the authoritativeness of their determinations. (RAZ, 1975: 147).

Pues bien, o jueces identifican los demás jueces, o los *aparatos* son definidos en función de otras normas, sean jurídicas o sociales. En uno u otro caso, se incurre en una nueva circularidad, o se deja indefinido lo que se pretendía definir.

Se rompe la circularidad si se distingue claramente entre semántica y metodología. Primero, para identificar el derecho o las normas jurídicas de una comunidad G, se exige un criterio de identificación de derecho usado por (vigente en) los miembros de la comunidad G (o por la mayoría de los miembros de G) (BULYGIN, 1991a: 260; 1991b: 312; 1966: 364, 369; HART, 1961: 117). Describir las condiciones necesarias para la existencia de tal práctica es materia empírica (sociológica). Y segundo, la observación de la conducta (actitud) del (los) juez (jueces) de la comunidad G, es sólo uno de los métodos para identificar (descubrir) cuáles son los criterios de identificación vigentes en una comunidad G. Esta identificación de un miembro de la comunidad G como juez es irrelevante, i.e. es un proceso psicológico o empírico. Como tal, no le otorga al sujeto en cuestión la competencia para actuar como juez. Otro método pudo haber sido la realización de una encuesta a un número suficiente (i.e. justificado estadísticamente) de miembros de la comunidad G, o bien acudir a afamados eruditos de la ley, etc.

De todo esto, no se sigue que la conducta de los jueces constituya el criterio de identificación, sino que sólo es uno de los medios de prueba (y verosímil) de la

existencia de tal criterio de identificación. En otras palabras, el medio de prueba de los criterios, no constituye ni significa (i.e. equivale a) tales criterios.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALCHOURRÓN, C. E., 1969: “Lógica de normas y lógica de proposiciones normativas”, en ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1991: 25-49.
- 1988: “Conflictos de normas y revisión de sistemas normativos”, en ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1991: 291-301.
- 1993: “Fundamentos filosóficos de la lógica deóntica y la lógica de los condicionales derrotables”, en ALCHOURRÓN, 2010: 77-127.
- 1996a: “Separación y derrotabilidad en lógica deóntica”, en ALCHOURRÓN, 2010: 141-153.
- 1996b: “Sobre derecho y lógica”, en ALCHOURRÓN, 2010: 155-175.
- 2010: *Fundamentos para una Teoría General de los Deberes*, 1ª edición, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2010, 179 páginas.
- ALCHOURRÓN, C. E. y BULYGIN, E., 1974: *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*, 1ª edición, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1974 (5ª reimpresión, 2006, 277 páginas).
- 1983: “Definiciones y normas”, en ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1991: 439-463.
- 1991: *Análisis lógico y derecho*, 1ª edición, Madrid, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1991, 625 páginas.
- ALEXY, R., 1986: *Theorie der Grundrechte*, 1ª edición, Frankfurt, Ed. Suhrkamp Verlag, 1986 (trad. por GARZÓN VALDÉZ, E. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1993, 607 páginas).
- ALONSO, J. P., 2010: *Interpretación de las Normas y Derecho Penal*, 1ª edición, Buenos Aires, Ed. Del Puerto, 2010, 337 páginas.
- ATRIA, F., 2002: “The powers of Application”, en *Ratio Juris*, Vol. 15, n° 4, Diciembre 2002: 347-376.
- BAYÓN, J. C., 2000: “Derrotabilidad, indeterminación y positivismo jurídico”, *Isonomía* n° 13, Octubre 2000: 87-117.

- 2001: “¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico?”, en *Doxa* n° 24, 2001: 35-62.
- BOUVIER, H., 2004: “Reglas y razones subyacentes”, en *Doxa* n° 27, 2004: 393-424.
- BULYGIN, E. 1966: “Sentencia judicial y creación de derecho”, en ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1991: 355-369.
- 1982: “Tiempo y validez”, en ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1991: 195-214.
- 1985: “Norma y lógica”, en ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1991: 249-265.
- E. 1991a: “Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos”, en *Doxa* n° 9, 1991: 257-279.
- 1991b: “Regla de reconocimiento: ¿norma de obligación o criterio conceptual? Réplica a Juan Ruiz Manero”, en *Doxa* n° 9, 1991: 311-318.
- BUNGE, M., 1974: *Treatise on Basic Philosophy* (Vol. I.: *Semantics: Sense and Reference*), 1ª edición, Dordrecht, Ed. Daniel Reidel Publishing Company, 1974 (trad. por GONZÁLEZ DEL SOLAR, R., *Tratado de Filosofía* (Vol. I: *Semántica I: Sentido y Referencia*), 1ª edición, Barcelona Ed. Gedisa, 2008, 237 páginas).
- 1999: *Las Ciencias Sociales en Discusión: Una Perspectiva Filosófica*, 1ª edición, Buenos Aires, Ed. Sudamericana, 1999, 573 páginas.
- CARACCILO, R., 1991a: “El concepto de autoridad normativa. El modelo de las razones para la acción”, en *Doxa* n° 10, 1991: 67-90.
- 1991b: “Sistema jurídico y regla de reconocimiento”, en *Doxa* n° 9, 1991: 295-310.
- CARRIÓ, G. R., 1967: *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, 1ª edición, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1967 (4ª edición, 1ª reimpresión, 1994, 424 páginas).
- CELANO, B., 2012: “True exceptions: defeasibility and particularism”, en: Ferrer BELTRÁN y RATTI, 2012: 268-287.
- DWORKIN, R., 1977: *Taking Rights Seriously*, 1ª edición, Cambridge, Ed. Harvard University Press, 1977, 371 páginas.
- 1985: *Law's Empire*, 1ª edición, Cambridge, Ed. Harvard University Press, 1985, 470 páginas.

- ENDICOTT, T. A. O., 2000: *Vagueness in Law*, 1ª edición, Oxford, Ed. Oxford University Press, 2000 (1ª reimpresión, 2003, 213 páginas).
- FERRER BELTRÁN, J. y RATTI, G.B (Eds.), 2012: *The Logic of Legal Requirements: Essays on Defeasibility*, Oxford, Ed. Oxford University Press, 2012, 421 páginas.
- FINNIS, J., 1980: *Natural Law and natural rights*, 1ª edición, Oxford, Ed. Clarendon Press, 1980 (16ª reimpresión, 2005, 425 páginas).
- FULLER, L. L., 1958: “Positivism and fidelity to Law: A reply to Professor Hart”, en *Harvard Law Review*, Vol. 71, n° 4, Febrero 1958: 630-672.
- GOLDSWORTHY, J., 1990: “The Self-Destruction of Legal Positivism”, en *Oxford Journal of Legal Studies* n° 10, 1990: 449-486.
- HAGE, J., 2005: *Studies in Legal Logic*, 1ª edición, Maastricht, Ed. Springer, 2005, 342 páginas.
- HART, H. L. A., 1948: “The Ascription of Responsibility and Rights”, en *Proceedings of the Aristotelian Society*, New Series, Vol. 49, 1948: 171-194;
- 1951: “The Ascription of Responsibility and Rights”, en RYLE, G. y Flew, Antony (Eds.), *Logic and Language*, Oxford, Ed. Blackwell, 1951: 145-166.
- 1958: “Positivism and the Separation of Law and Morals”, *Harvard Law Review*, Vol. 71, n° 4, 1958: 593-629.
- 1961: *The Concept of Law*, 1ª edición, Oxford, Ed. Oxford University Press, 1961 (trad. por CARRIÓ, G. R., *El Concepto del Derecho*, 2ª edición, 1ª reimpresión, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1998, 332 páginas).
- KELSEN, H., 1960: *Reine Rechtslehre*, 2ª edición, Viena, Ed. Auflage, 1960 (trad. por VERNENGO, R. J., *Teoría Pura del Derecho*, 9ª edición, México DF, Ed. Porrúa, 1997, 364 páginas).
- MARMOR, A., 2005: *Interpretation and legal theory*, 2º edición, Oregon, Ed. Hart Publishing, 2005, 179 páginas
- NAVARRO, P. E., 2005: “Acerca de la inevitabilidad de la interpretación”, en *Isonomía* n° 22, Abril 2005: 99-122.
- 2006: “Lagunas de conocimiento y lagunas de reconocimiento”, en *Análisis Filosófico* XXVI N° 2, Noviembre 2006: 190-228.

- NAVARRO, P. E. y MORESO, J.J., 1996: “Aplicabilidad y eficacia de las normas jurídicas”, en *Isonomía* n° 5, Octubre 1996: 119-139.
- NAVARRO, P. E. y RODRÍGUEZ, J. L., 2000: “Derrotabilidad y sistematización de normas jurídicas”, en *Isonomía* n° 13, Octubre 2000: 61-85.
- NAVARRO, P. E., ORUNESU, C., RODRÍGUEZ, J. L. y SUCAR, G., 2000: “La aplicabilidad de las normas jurídicas”, en *Analisi e diritto*, 2000: 133-152.
- 2004: “La Fuerza Institucional del Derecho”, en *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad Autónoma de México, México. Tomo LIII, volumen 241, 2004: 187-209.
- NINO, C. S., 1985: *La validez del Derecho*, 1ª edición, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1985 (3ª reimpresión, 2006, 229 páginas).
- PRAKKEN, H. y SARTOR, G., 2003: “The three faces of defeasibility in the law”, disponible en sitio web oficial de la Universidad de Utrecht, Países Bajos, <http://www.cs.uu.nl>.
- RATTI, G. B.: “The Global Defeasibility Paradox”, disponible en sitio web oficial de la Universidad de Girona, España, <http://www.udg.edu>.
- RAZ, J., 1970: *The concept of a Legal System*, Ed. Oxford University Press, Oxford, 1970 (2ª edición, 2ª reimpresión, 1997, 241 páginas).
- 1975: *Practical Reasons and Norms*, 1ª edición, Princeton, Ed. Hutchinson & Co. (Publishers) Ltd., 1975 (3ª edición, 1ª reimpresión, Oxford, Ed. Oxford University Press, 2002, 220 páginas).
- 1979: *The Authority of Law. Essays on Law and Morals*, 1ª edición, Oxford, Ed. Clarendon Press, 1979 (trad. por TAMAYO Y SALMORÁN, R., *La Autoridad del Derecho. Ensayos sobre Derecho y Moral*, 2ª edición, México DF, Ed. UNAM, 1985, 354 páginas).
- REDONDO, M. C., 1998a: “El carácter práctico de los deberes jurídicos”, en *Doxa* n° 21-II, 1998: 355-370.
- 1998b: “Reglas ‘genuinas’ y positivismo jurídico”, en *Analisi e Diritto*, 1998: 243-276.

- RODRÍGUEZ, J. L., 1991: “Lagunas axiológicas y relevancia normativa”, en *Doxa* n° 22, 1991: 349-369.
- 1997: “La derrotabilidad de las normas jurídicas”, en *Isonomía* n° 6, Abril 1997: 149-167.
- 2003: “Naturaleza y lógica de las proposiciones normativas. Contribución en homenaje a G.H. Von Wright”, en *Doxa*, n° 26, 2003: 87-108.
- RODRÍGUEZ, J. L. y SUCAR, G., 1998a: “Las trampas de la derrotabilidad. Niveles de análisis de la indeterminación del derecho”, en *Analisi e diritto*, 1998: 279-307.
- 1998b: “Las trampas de la derrotabilidad. Niveles de análisis de la indeterminación del derecho”, en *Doxa* n° 21-II, 1998: 403-420.
- RODRÍGUEZ, J. L. y VICENTE, D. E., 2009: “Aplicabilidad y validez de las normas del Derecho internacional”, en *Doxa* n° 32, 2009: 177-204.
- ROSS, A., 1953: *On law and justice*, Berkeley, University of California Press, 1955: (trad. por CARRIÓ, G. R., *Sobre el derecho y la justicia*, 2ª edición, Buenos Aires, Ed. Eudeba, 1997, 468 páginas).
- RUIZ MANERO, J., 1990: *Jurisdicción y norma*, 1º edición, Madrid, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1990, 203 páginas.
- SCHAUER, F., 1991: *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, 1ª edición, Oxford, Ed. Clarendon Press, 1991 (1ª reimpresión, 2002, 254 páginas).
- 2012: “Is defeasibility an essential property of law?”, en FERRER BELTRÁN y RATTI, 2012: 77-88.
- VON WRIGHT, G. H., 1963: *Norm and Action*, 1ª edición, Londres, Ed. Routledge and Kegan Paul Ltd., 1963, 214 páginas.
- WALUCHOW, W. J., 1994: *Inclusive Legal Positivism*, 1ª edición, Oxford, Ed. Clarendon Press, 1994 (1ª reimpresión, 2003, 290 páginas).
- 2012: “Defeasibility and legal positivism”, en FERRER BELTRÁN y RATTI, 2012: 254-267.