

Seguimiento de normas jurídicas: entre irracionalidad e irrelevancia. Un comentario a la noción de ‘inderrotabilidad’ de Jorge Rodríguez

Legal Rule-Following: Between Irrationality and Irrelevance. A Comment on Jorge Rodríguez's Notion of 'Indefeasibility'

María Gabriela Scataglini

Universidad de Buenos Aires, Argentina

g_scataglini@hotmail.com

Resumen: critico aquí la idea de Jorge Rodríguez de que el dilema entre irracionalidad e irrelevancia en el seguimiento de normas generales y de normas jurídicas en particular, desaparece o pierde su fuerza si dejamos de confrontar la norma con qué es lo moralmente correcto asumiendo a su vez que siempre es posible determinar objetivamente esto último. Respecto de la discusión sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas, señalo que la noción de ‘inderrotabilidad’ resultante del análisis de Rodríguez deviene trivial desde el punto de vista práctico. Si se presenta un ‘problema epistémico’ en la identificación de normas jurídicas excepcionantes (*legal defeaters*), el cual Rodríguez reconoce que podría existir –y cuyos posibles aspectos señalo y analizo-, entonces el dilema entre irracionalidad e irrelevancia podría persistir, aun dentro de los límites del positivismo jurídico.

Palabras clave: irracionalidad, irrelevancia, normas jurídicas excepcionantes, derrotabilidad.

Abstract: I criticize Jorge Rodríguez's claim that the dilemma between irrationality and irrelevance in following general norms and legal rules in particular, vanishes or loses its force if we give up confronting the rule with what is morally correct under the assumption that it is always possible to determine objectively the latter. In relation to the discussion on the defeasibility of legal rules, I claim that the notion of ‘indefeasibility’ resulting from Rodríguez's analysis becomes trivial from the practical point of view. If there is an ‘epistemic problem’ in the identification of legal defeaters, as Rodríguez recognizes it could happen –I point out and analyze possible aspects of such problem- then the dilemma between irrationality and irrelevance could persist even within the frame of legal positivism.

Keywords: irrationality, irrelevance, legal defeaters, defeasibility.

I. Comentario preliminar

Leer a Jorge Rodríguez es siempre un placer intelectual. Cualquier tema, por engorroso que sea, en sus palabras y bajo su riguroso análisis cobra claridad, se despeja. *Teoría Analítica del Derecho* (2021) es un libro monumental, no sólo por su volumen, sino, en un sentido elogioso, por el esfuerzo sistemático y de aclaración de todos los temas que atraviesa. El capítulo VII que aquí he de comentar podría constituir, en sí mismo, una teoría del derecho completa; me veo obligada a centrarme sólo en algún aspecto de todos los que allí se discuten. Discurrir en su lectura fue para mí como entrar en una fascinante conversación con un colega y amigo, cuyo pensamiento conozco, cuyas réplicas me atrevo a adivinar, y con quien discrepo, para decirlo hartianamente, solo en los márgenes. Esas discrepancias se me hacen evidentes porque leyendo a Jorge es posible alcanzar una profundidad de análisis a la cual seguramente no habría llegado por mis propios medios. Así que aún este comentario crítico es deudor de sus ideas y explicaciones.

II. Planteo general del problema

El seguimiento de normas, si bien es una actividad con la que nos manejamos de manera familiar y permanente en la vida cotidiana, presenta, desde el punto de vista teórico – pero por supuesto también práctico- algunos aspectos problemáticos. Uno de ellos es el llamado dilema entre la irracionalidad y la irrelevancia. Si para seguir una norma es necesario atenerse siempre y estrictamente a lo que ella dispone expresamente, evitando efectuar un balance de todos los factores potencialmente relevantes, el resultado de su seguimiento podría resultar irracional (puesto que podrían quedar excluidos resultados que razonablemente querríamos alcanzar o incluidos otros que querríamos excluir por absurdos o indeseables); por su parte, si en cualquier caso en el que pudiera existir una discrepancia entre la norma y el resultado del balance de razones se optara siempre por este último, las normas como tales se volverían irrelevantes, ya que no serían estas sino el balance de razones lo que gobierna la decisión.

Como es sabido, Schauer (1991) se ha referido al problema del carácter sobreinclusivo e infrainclusivo de las reglas. Por ejemplo, la regla que prohíbe la entrada de perros a un restaurante alcanza al perro lazarillo (sobreinclusión) y, a su vez, no prohíbe la entrada a un oso (infrainclusión), lo cual parece irracional. Si en razón de este problema optamos por guiarnos por las razones subyacentes a la regla para tomar una decisión, esta deja de funcionar *qua* regla, tornándose irrelevante.¹

El problema de la sobreinclusión remite al de las excepciones. Muchas normas son,

en términos de su estructura, enunciados condicionales (*i.e.*, Si es un perro *entonces* está prohibido que entre al restaurante); en tanto tales, expresan en su antecedente una o varias circunstancias. Pero el antecedente de la norma –concebida para casos normales– deja sin expresar muchas otras circunstancias, algunas de las cuales, de ocurrir, podrían poner en duda qué es lo que debemos hacer (por ejemplo, si el perro es un lazarillo) ¿hemos de atender a las razones que justificarían hacer una excepción o desatender cualquier razón no expresada?

Parece claro que el dilema entre irracionalidad e irrelevancia del seguimiento de normas generales se encuentra estrechamente vinculado con la cuestión de las excepciones implícitas y el carácter derrotable o no de las normas.²

Resulta llamativo que Rodríguez de tratamiento al dilema entre irracionalidad e irrelevancia de las normas generales al comienzo del Capítulo VII, sin trazar ninguna relación con la cuestión de la derrotabilidad. Asimismo, cuando hacia el final de ese capítulo desarrolla su posición en torno a la derrotabilidad y su tesis de que las normas jurídicas son inderrotables, lo hace sin referencia alguna al dilema entre irracionalidad e irrelevancia, al cual, según parece, considera superado.

Teniendo en cuenta ese desarrollo, en este comentario procedo así: en la presente sección expongo y analizo la estrategia que presenta Jorge para superar el dilema entre irracionalidad e irrelevancia del seguimiento de normas generales, intentando mostrar que dicha estrategia no resulta suficiente respecto de las normas en general ni de las normas jurídicas en particular. En la Sección III, vinculando el dilema con la cuestión de la derrotabilidad, analizo críticamente los argumentos de Jorge para sostener que las normas jurídicas son inderrotables, y sugiero que el dilema entre irracionalidad e irrelevancia podría persistir respecto de las normas jurídicas en torno a las excepciones implícitas, y ello aun dentro de los límites del positivismo.

En el Capítulo VII de su libro, Rodríguez (2021) plantea el dilema entre irracionalidad e irrelevancia en el seguimiento de normas generales así:

(...) el uso de normas para la resolución de problemas prácticos parece conducir al siguiente dilema: o aceptamos la orientación que ellas nos ofrecen, lo cual resultaría en última instancia una forma de descalificación por anticipado de ciertos factores potencialmente relevantes en la dilucidación de lo que se debe hacer y, consiguientemente, una forma de *irracionalidad*, o dejamos de lado la guía que ofrecen las normas y nos concentramos en lo particular de cada situación para decidir cómo actuar de conformidad con el plexo completo de razones en juego, con lo que las normas se tornan *irrelevantes*. (p. 690)

En el ámbito del derecho, Carlos Nino había detectado el desafío que esto constituye

para la idea de autoridad y para el derecho mismo, al que se refirió como la paradoja de la irrelevancia moral del gobierno (Nino, 1989, p. 113). Expuesta de un modo simple: si cada individuo ha de guiarse por la moral para determinar lo que debe hacer ¿para qué necesita una autoridad que se lo indique, por ejemplo, mediante el derecho?

Rodríguez encuentra que el dilema entre irracionalidad e irrelevancia se encuentra estrechamente vinculado con ese problema, al que refiere como la Paradoja de la Autoridad: aceptar que sea una autoridad, en lugar de nosotros mismos, quien decide qué se debe hacer frente a un problema práctico, parecería irracional; por lo tanto, para lidiar con esta paradoja habría que mostrar que la existencia de una autoridad no resulta moralmente superflua o irrelevante. Si bien Rodríguez señala cierta asimetría entre esta paradoja y el dilema entre irracionalidad e irrelevancia, afirma que existe entre ambos una similitud estructural, la cual, sugiere, ameritaría propuestas de resolución análogas (2021, pp. 691-692).

Distintos autores han lidiado con la Paradoja de la Autoridad, entre ellos Joseph Raz, y como se dijo, Carlos Nino. En un trabajo fundamental, Nino (1989, pp. 113-133) se propone superar la Paradoja de la Autoridad mostrando que el derecho (*i.e.*, el gobierno) no es moralmente irrelevante; lo hace por vía de cuestionar los presupuestos en los que la paradoja se apoya. Si alguno de ellos fuera falso, la paradoja caería.³

Tras analizar y rechazar la propuesta de Raz,⁴ Rodríguez adopta la estrategia de Nino de criticar los presupuestos implícitos en los que la Paradoja de la Autoridad se apoyaría. Con ciertos matices, los resume en los siguientes: i) que hay una respuesta objetiva a la pregunta acerca de qué es lo que debe hacerse desde un punto de vista moral; ii) que hay una única respuesta correcta para todos los casos posibles (en el sentido de que no hay situaciones que resulten moralmente inconmensurables o moralmente indiferentes), esto es, que el dominio de las razones morales es consistente y completo; y iii) que es posible para los sujetos acceder al conocimiento de ese dominio moral objetivo frente a cualquier caso (Rodríguez, 2021, pp. 699-700).

Así, para Rodríguez, si abandonamos alguno de esos presupuestos, esto es, si consideramos que el dominio de la moral no es objetivo (por ejemplo porque pueden existir diversos sistemas morales en competencia sin que resulte posible privilegiar a uno de ellos sobre los demás); o si consideramos que pueden existir valores morales inconmensurables, o que pueden verificarse situaciones moralmente irrelevantes, o finalmente si nos tomamos en serio nuestras limitaciones epistémicas respecto de conocimiento moral, la Paradoja de la Autoridad pierde buena parte, sino toda su fuerza (Rodríguez, 2021, p. 700).

Bien, como se dijo, Rodríguez sostiene que el dilema entre irracionalidad e irrelevancia del seguimiento de normas generales y la Paradoja de la Autoridad comparten cierta similitud estructural, sugiriendo estrategias de solución análogas. Dicha similitud consistiría en que ambos problemas dependerían del mismo tipo de presupuestos. En ese entendimiento, propone trasplantar la estrategia de Nino para superar la Paradoja de la Autoridad a la disolución del dilema entre irracionalidad e irrelevancia del seguimiento de normas generales (2021, p. 700).

Consiguientemente, en el ámbito de las normas generales, lo que habría de considerarse es la norma frente al balance de los factores potencialmente relevantes para el razonamiento práctico. El trasplante consistiría entonces en abandonar los siguientes presupuestos: que la pregunta acerca de cuál es el resultado de efectuar un balance de las razones potencialmente relevantes tiene una respuesta objetiva, que para cualquier problema práctico esa respuesta es una y solo una (*i.e.*, el dominio de las razones es completo y consistente), y que, además, podemos conocer el resultado de dicha evaluación. Dice Rodríguez que “si falla alguno de estos presupuestos ya no se mantiene la opción de hierro entre irracionalidad e irrelevancia” (2001, pp. 700-701).

Encuentro ciertos reparos a la sugerencia del autor de trasplantar la estrategia para desbaratar la Paradoja de la Autoridad al dilema entre irracionalidad e irrelevancia en el seguimiento de normas generales. En primer lugar, respecto de la Paradoja de la Autoridad, cabe decir que la argumentación de Nino discurre por otros caminos, tendientes a justificar específicamente la relevancia del gobierno democrático.⁵ Y en segundo lugar, hay que tener en cuenta que existen diferencias cruciales entre ambos autores: Nino presupone la unidad del razonamiento práctico y, en su estrategia argumentativa deliberadamente no cuestiona la existencia de un orden moral objetivo e independiente; por el contrario, la defiende. En contraste, Rodríguez es positivista, critica la unidad del razonamiento práctico, y en lo referente al ámbito de la metaética no está comprometido con la existencia de un orden moral independiente. Para él –y también para mí– una cosa es la pregunta por lo que se debe hacer jurídicamente, y otra, conceptualmente distinguible, sería aquella por lo que se debe hacer moralmente. Aunque el solapamiento entre ambas respuestas es frecuente y deseable, que este ocurra constituye una cuestión contingente.

Teniendo en cuenta las diferencias entre ambos autores, el trasplante de la estrategia de Nino debería ser entendido solo en términos ‘estructurales’, es decir meramente en cuanto a la estrategia argumentativa de cuestionar un tipo de presupuestos formalmente similares. Bien, entendiéndolo así, cabe hacer algunas precisiones según el dilema entre

irracionalidad e irrelevancia se refiera a las normas en general o las normas jurídicas en particular.

En relación con las normas en general, a mi modo de ver, no queda claro cómo el abandono de los presupuestos nineanos podría disolver sin más el dilema entre irracionalidad e irrelevancia. Del trasplante de la estrategia solo resulta que debemos aceptar la eventual falta de una respuesta objetiva y única en uno de los cuernos del dilema (*i.e.*, el que nos lleva a encarar el balance de razones, corriendo el riesgo de la irrelevancia de la norma) más si debido a ello tomamos el otro cuerno (*i.e.*, el que nos lleva a aplicar la norma sin acudir a ese balance) corremos el riesgo de irracionalidad. Es decir, el abandono de aquellos presupuestos lo único que permite concluir es que el camino de indagar en el balance de razones es más complejo de lo que podríamos haber supuesto y que no ofrece garantías; pero ello no parece suficiente para desembarazarnos del dilema. A menos que Rodríguez esté asumiendo que, en atención a esa complejidad, siempre sería preferible optar por el otro cuerno. Pero esta no resulta una conclusión aceptable sin mediar alguna otra justificación.

En relación con el dilema entre irracionalidad e irrelevancia referido a las normas jurídicas en particular, cabe notar que, si bien Rodríguez no se focaliza en ellas, parece referirse a las normas jurídicas al plantear el escenario en el cual, en lugar de considerar el ámbito de todos los factores potencialmente relevantes, se considera en cambio solo la justificación subyacente al dictado de una norma por parte de la autoridad. El trasplante de la estrategia nineana parece entonces plasmarse en lo que sostiene Rodríguez, en el sentido de que: las razones subyacentes al dictado de una norma pueden ser más de una, dichas razones no vienen jerárquicamente ordenadas y el balance de ellas no siempre nos permitirá arribar a una única respuesta; asevera también que identificar esas complejas razones muchas veces resulta dificultoso, sino lisa y llanamente imposible. (2021, p. 701).

Bien, aquí se abre una cuestión que es necesario aclarar: ¿Cuál sería la naturaleza de las razones subyacentes a una norma jurídica? ¿Se trata siempre y necesariamente razones morales?.⁶ No tengo en claro cuál es la respuesta de Jorge al respecto.

Si la respuesta a esa pregunta es afirmativa, entonces toda indagación sobre las razones subyacentes a una norma jurídica es una indagación moral. En ese entendimiento, quienes defienden el positivismo incluyente sostendrán que, en esas ocasiones, determinar qué se debe hacer conforme a derecho, implica recurrir a la moral (en cuya objetividad, al igual que Nino, creen); más con ello no evitarán el riesgo de irrelevancia de la norma jurídica, al menos en esas ocasiones. En cambio, quienes –coincidiendo

con esa respuesta afirmativa- defienden un positivismo excluyente, evitarán la discusión ‘moral’ acerca de las razones subyacentes y optarán por el otro cuerno, más con ello no evitarán el riesgo de irracionalidad.

Parecería que esta última podría ser la respuesta de Jorge. ¿Para qué habría de recurrirse a las razones subyacentes –que aquí por hipótesis serían razones morales– si él ha descartado que exista en el dominio moral una única respuesta objetiva accesible? Solo nos quedaría el otro cuerno: hacer lo que la norma jurídica dispone sin considerar ninguna razón subyacente. Ahora bien, si esta es su conclusión, y por lo ya dicho, me parece que lo que sucede es que Rodríguez queda atrapado en el cuerno que lo expone a la irracionalidad y no que el dilema entre irracionalidad e irrelevancia del seguimiento de normas jurídicas se desvanezca.

Ahora bien, si en cambio, la respuesta a la pregunta por el carácter moral de las razones subyacentes es negativa, esto es, si se sostiene que las razones subyacentes al dictado de una norma jurídica no necesariamente son razones morales, se abre la posibilidad de que exista algo así como una argumentación sobre razones subyacentes que sea, a su vez, ‘jurídica y sustantiva’. Esto es, una deliberación en torno a qué es lo que corresponde hacer ‘conforme a derecho’ no necesariamente limitada a cuestiones formales o de ‘pertenencia’, sino que podría incluir argumentos y cuestiones interpretativas o de compatibilidad material, pero que serían todavía distintos de argumentos morales. Personalmente creo en esta posibilidad; diré algo más hacia el final de este trabajo.

Pero entonces, bajo el supuesto de que las razones subyacentes a una norma jurídica no son ‘razones morales’, el hecho de que no haya una única razón subyacente a su dictado, que dichas razones no vengan jerarquizadas, y/o que pueda ser difícil sino imposible conocerlas (que es lo que Jorge afirma de las razones subyacentes), tampoco nos permite superar el dilema entre irracionalidad e irrelevancia. Al contrario, el dilema podría presentarse ahora en el marco de la deliberación jurídica, en torno a la revisión de posibles excepciones implícitas, eventualmente basadas en dichas razones subyacentes.

Creo que el punto en discrepancia entre la posición de Jorge en el Capítulo VII de *Teoría Analítica del Derecho* y la mía es el siguiente: que respecto de las normas generales y de las normas jurídicas en particular, el dilema entre irracionalidad e irrelevancia solo surja de confrontar la norma con lo moralmente correcto bajo el presupuesto de que siempre es posible determinar objetivamente esto último.

Mi posición, en cambio, es que respecto de las normas jurídicas, aun abandonada la confrontación con la moral, el dilema podría persistir hacia adentro de los límites del

positivismo: no por comparar la respuesta jurídica con una presunta respuesta moral, sino al interior de la discusión jurídica, con relación a las excepciones implícitas en el derecho.

Como se sabe, frente a un problema filosófico se puede optar por negar su condición de tal, desbaratándolo, mostrando que era sólo un dilema aparente, o que no vale la pena ocuparse del mismo, o en cambio aceptar que hay un problema, e intentar darle una respuesta, aun parcial o insuficiente. Si no lo he interpretado mal y amen de todos los presupuestos que compartimos, parece que Jorge y yo tomamos distintas posiciones frente esta alternativa. Yo considero que los positivistas deberíamos, al menos, intentar enfrentar ese problema.

III. Derrotabilidad y positivismo

En la Sección II he planteado el marco general del dilema entre irracionalidad e irrelevancia del seguimiento de normas. En el Capítulo VII del libro de Rodríguez (2021, pp. 702 y ss.) que aborda ese problema filosófico, el autor presenta primeramente la estrategia nineana antes referida en pos de superar el dilema y luego discurre sobre otros temas que considera relacionados. Uno de ellos es la disputa entre universalismo y particularismo, a la cual señala como vinculada con irracionalidad e irrelevancia. No me detendré en ese punto porque estoy de acuerdo con Jorge en su postura universalista (aunque quizás no con el alcance con que él la concibe). Pero, en cualquier caso, baste con señalar que el dilema sólo se presenta como tal para el universalista, que está interesado en sostener la relevancia –y a la vez la racionalidad- de las normas. El particularista no enfrenta ningún dilema, puesto que su punto de partida es la irrelevancia de las normas: según él siempre ha de estarse al balance de razones para el caso particular.

A continuación, Jorge aborda el problema de la derrotabilidad de las normas jurídicas. ¿Cómo se vincula, a mi modo de ver, el dilema entre irracionalidad e irrelevancia con el tema de la derrotabilidad? Como ya se anticipó, y a grandes rasgos, digamos que una norma es derrotable si ciertas circunstancias, nueva información, nuevas razones u otras normas 'derrotan' (*i.e.* justificarían la 'no' aplicación de) la solución prevista en ella.⁷ Parecería irracional aplicar una norma si el balance de razones nos hace preferir la solución contraria; pero a su vez una norma derrotable podría ser considerada o tornarse irrelevante o inútil para guiar la conducta.

Desde un punto de vista lógico, las normas son enunciados condicionales que pueden representarse con la conectiva de la implicación material de la lógica clásica, y un elemento deóntico en el consecuente ($p \rightarrow Oq$). En tanto tales, expresan que

el antecedente es condición suficiente para el consecuente. Siendo así, cualquier circunstancia que se agregara a p resultaría inocua para la obtención del consecuente: $(p \wedge r \rightarrow Oq)$. Sin embargo, qué sea lo que se agregue al antecedente, podría resultar relevante según cuál sea su contenido: bajo circunstancias excepcionales o atípicas la conclusión podría ser rechazada, lo que parecería implicar que la norma es derrotable. Supóngase que afirmo: “Todos los martes debo dar clases” (que tiene la estructura condicional: ‘Si es martes, entonces debo dar clases’) y afirmo también “Es martes”, puedo concluir de acuerdo con la ley lógica del *Modus Ponens* ‘Debo dar clases’. Pero la conclusión no parece mantenerse si se agregara a ‘Es martes’ otra circunstancia como ‘Es feriado’, ni tampoco alguna situación extraordinaria o inesperada como ‘Hay una alerta de terremoto’. Sin embargo, sí se mantendría si agrego ‘Está nublado’. Las dos primeras, en cuanto llevarían a rechazar el consecuente, serían circunstancias relevantes (*i.e.*, excepciones), mientras que la tercera claramente no. Como ya se dijo, en el lenguaje ordinario, científico y también jurídico, muchas circunstancias quedan sin ser expresadas, permanecen ‘implícitas’. Pero parecería difícil explicitar anticipadamente todas las posibles circunstancias relevantes, ya que, a muchas de ellas ni siquiera podríamos imaginarlas. Además de esa dificultad, podrían presentarse circunstancias cuya relevancia o irrelevancia no es clara: por ejemplo, que un día martes hubiera una manifestación callejera cortando las vías de acceso a la Universidad e impidiendo a los estudiantes asistir a clases. Como puede advertirse, la determinación de si una circunstancia es o no relevante, (*i.e.*, si constituye o no una excepción) deviene crucial para el seguimiento de normas; para saber qué se debe hacer en esa ocasión.

Al analizar el problema de la derrotabilidad de los enunciados condicionales, Alchourrón (1993, pp.120-122) propone una metodología para lidiar con las excepciones y al mismo tiempo mantener el antecedente como condición suficiente para el consecuente. Consiste en una función de revisión sobre el antecedente del enunciado condicional. El conjunto de circunstancias explícitas en el antecedente es expandido agregando la circunstancia relevante (C) con un signo negativo: $\wedge \neg C$, lo que representa algo así como ‘y no sucede que...’ o ‘a menos que...’. De este modo, el contenido total del condicional es contraído (su alcance se reduce), y entonces la conclusión se preserva, al igual que el carácter deductivo (o no derrotable) del razonamiento. Nuevamente, el problema radica en si es posible o no obtener todas las circunstancias relevantes construyendo condicionales que incorporen explícitamente su negación en las premisas.⁸

Específicamente respecto de las normas jurídicas, la cuestión de la derrotabilidad

resulta particularmente problemática. Ello, porque mientras en el uso ordinario, o aún en el ámbito de la ciencia, podríamos revisar los enunciados condicionales que previamente aceptábamos si el contexto varía, en el derecho no podemos reformular las normas dictadas por el legislador cuando una nueva circunstancia torna discutible, absurda o irracional la aplicación de su consecuencia, ya que correríamos el riesgo de que la norma se tornara irrelevante, al igual que la idea misma de autoridad, conforme lo desarrollado en la Sección II.

Para lidiar con este problema en el ámbito del derecho, Alchourrón propone un método para la posible de reconstrucción de las excepciones que podrían ser consideradas 'implícitas' en las normas jurídicas dictadas por la autoridad. Es el denominado 'enfoque disposicional' (Alchourrón, 1996, pp. 243-28). Consiste en analizar si, en el supuesto contrafáctico de que el legislador hubiera previsto determinada circunstancia, habría rechazado la conclusión, esto es, habría considerado a la circunstancia como relevante. En caso afirmativo, la circunstancia bajo análisis constituiría una excepción jurídicamente admisible. En caso negativo, no lo sería, y también podría suceder que su carácter como circunstancia relevante permaneciera indeterminado. Lo anterior no está exento de problemas, los que han sido puntualizados por los críticos.⁹

El tema de la derrotabilidad de las normas jurídicas es vastísimo, y ha sido objeto de profunda discusión, persistiendo el debate en torno a diversas cuestiones: si lo derrotable son las formulaciones normativas o las normas (Caracciolo, 2006; Rodríguez, 2012; Celano, 2012); si una eventual lista de excepciones puede ser explicitada de antemano, y/o si dicha lista tiene carácter exhaustivo o abierto (Bayón, 2000 y 2007 pp. 137-152; Rodríguez, 2002, 2012); si las excepciones pueden ser infinitas (Alchourrón, 1996; Caracciolo, 2006; Moreso y Rodríguez, 2010); si las normas derrotables en un sistema jurídico son todas, algunas o ninguna (MacCormick, 1995; Alchourrón, 1996; Bayón, 2000; Rodríguez, 2012); cuál es, finalmente 'la norma' en cuestión: la expresada en la formulación inicial o la que surge de la revisión (Celano, 2012), solo por citar algunos de los tópicos en discusión.

No puedo aquí abordar tales cuestiones. Tampoco voy a argüir que las normas jurídicas son derrotables, porque no es eso lo que intento defender. Me concentraré en el argumento que Jorge expone en el Capítulo VII de *Teoría Analítica del Derecho*, el cual presenta algún aspecto novedoso en torno a la discusión.

La posición de Rodríguez (2021) es que las normas jurídicas son inderrotables. Para las normas jurídicas en particular, Jorge precisa la definición de derrotabilidad en estos términos: las normas derrotables son aquellas que "están sujetas a excepciones

implícitas que *no resultan exhaustivamente identificables*". A esto llama "tesis fuerte de la derrotabilidad" (p. 755).

Su argumento en contra de la tesis fuerte de la derrotabilidad discurre en los siguientes términos. Rodríguez parte de que no hay razones sino las basadas en normas (2021, p. 762); razones son normas. Tomando esta idea podemos preliminarmente decir que las normas que presuntamente 'derrotan' otras normas lo que hacen es establecer una excepción a la norma que establecía determinada solución; podemos llamarlas 'normas excepcionantes' o *defeaters*.

Rodríguez acepta que puede haber en el derecho aquello que llamamos 'excepciones implícitas'. Admite que cuando se identifica o asigna un significado a las formulaciones normativas, el intérprete puede tomar como relevantes no solo aquellas propiedades expresamente contempladas por las autoridades normativas, sino también otras que puedan identificarse como tales a partir de otras expresiones de la autoridad o de otras fuentes del derecho admitidas como válidas. (2021, p. 757).

Bien, de lo que se trataría entonces es de identificar aquellas propiedades que son relevantes en el sistema. Rodríguez señala que las normas excepcionantes pueden tener un origen social (las llamaré aquí 'normas jurídicas excepcionantes' o *legal defeaters*) o no tenerlo (las llamaré 'normas morales excepcionantes' o *moral defeaters*). En este sentido, textualmente afirma:

(...) o bien las 'normas excepcionantes', esto es, aquellas que permiten justificar excepciones en las normas positivas, son a su vez identificables por su origen social o bien no lo son. En el primer caso no podría decirse que las normas jurídicas se encuentren sujetas a *excepciones no enumerables*, por cuanto bastaría con un examen exhaustivo del derecho positivo para identificar tales excepciones. El problema sería en todo caso epistémico. Solo en el segundo caso podría justificarse que una norma jurídica es no concluyente en el sentido de estar sujeta a excepciones no exhaustivamente enumerables: cuando las normas que permiten introducir tales excepciones no son identificables por poseer una fuente social adecuada (2021, pp. 762-763).

Según la cita, las normas 'jurídicas' excepcionantes son enumerables. Y en contraposición, las normas 'morales' excepcionantes no lo serían. El porqué de esa diferencia no resulta en absoluto claro. Sin embargo, todo el argumento de Rodríguez para sostener la inderrotabilidad de las normas jurídicas parece basarse en esa distinción. Ya que, como afirma, una norma es derrotable solo si está sujeta a excepciones no exhaustivamente enumerables. ¿Pero cuál es el fundamento para sostener el carácter taxativamente enumerable de las normas 'jurídicas' excepcionantes?

Rodríguez parece argüir en favor de esto que la identificación de las normas

excepcionantes con fuente social surgiría de un 'examen exhaustivo del derecho positivo'. Examinemos esto más en detalle. La razón para afirmar lo anterior no puede ser el hecho de que se trate de normas escritas o expresamente formuladas. Rodríguez ha admitido la existencia de excepciones implícitas en el derecho, esto es, aquellas basadas en otras normas no expresamente promulgadas por la autoridad. Además, la 'tesis de las fuentes sociales' del derecho no necesariamente alude a la propiedad de las normas de ser escritas para ser consideradas jurídicas. Lo que esa tesis exige es solamente un criterio de validez basado en hechos sociales, es decir, un criterio descriptivo. Ello podría incluir tanto lo que el legislador dispuso implícitamente, y/o las convenciones interpretativas de la práctica jurídica (Bayón, 2002, pp. 57-92), y/o normas que son consecuencias lógicas de normas promulgadas, y/o normas emanadas de los precedentes en los sistemas en que estos son fuente de derecho, por nombrar algunas posibilidades distintas de 'normas escritas o expresamente formuladas por la autoridad', todas las cuales podrían considerarse normas jurídicas con fuente social, quedando incluidas en lo que Rodríguez llama 'derecho positivo'.

Admitido esto, la identificación de las normas jurídicas excepcionantes podría resultar dificultosa, o al menos no tan sencilla como la verificación de si una norma se encuentra 'escrita' en un cuerpo normativo. Rodríguez parece admitir esta dificultad en cuanto respecto de la identificación de normas excepcionantes con fuente social señala, en la cita precedente, que "El problema sería en todo caso epistémico" (2021, p. 763). Retomaré esta cuestión más adelante. Lo que ahora deseo resaltar es que la afirmación de Rodríguez de que las normas jurídicas son inderrotables resulta sólo del plano de las definiciones.

Repasémoslo: Rodríguez nos dice: que una norma es 'derrotable' cuando está sujeta a excepciones no enumerables; que las normas 'jurídicas' excepcionantes (*i.e.*, con fuente social) son enumerables y que las normas 'morales' excepcionantes (sin fuente social) no lo serían; que un análisis exhaustivo del derecho permite identificar a todas las normas excepcionantes enumerables; por lo tanto, una vez identificadas las normas 'jurídicas' excepcionantes, dentro de los límites del derecho, no hay normas jurídicas derrotables. Por supuesto, habiendo definido 'derrotable' como derrotable por una norma excepcionante no enumerable, y habiendo asumido que las normas 'jurídicas' excepcionantes son enumerables, resulta que, dentro de los límites del derecho, 'por definición', las normas jurídicas son inderrotables. Pero de ese modo la noción de inderrotabilidad se vuelve trivial. Frente a esa trivialidad a mí no me molesta ceder el término 'derrotable'. Lo que me preocupa es que con ello se desatiende completamente

el problema práctico que el dilema del seguimiento de normas jurídicas presenta, y que, a mi modo de ver, las definiciones de Jorge definitivamente no erradican.

Retomo entonces lo relativo al ‘problema epistémico’ al que alude Jorge.¹⁰ Como se dijo, Rodríguez asume que las normas excepcionantes que tienen fuente social son exhaustivamente enumerables y que las morales no. Ahora bien, aun si se admitiera esta distinción –a la que he tildado de injustificada- de ella no se sigue que las normas ‘jurídicas’ excepcionantes serían ‘siempre’ identificables o que lo serían ‘de una vez y para siempre’. Los granos de arena de una playa son enumerables, pero de ello no podemos concluir que de hecho podamos identificarlos en un momento determinado y/o utilizar esa identificación con fines prácticos.

Creo entonces que el problema al que Jorge refiere como aquel que ‘sería en todo caso epistémico’, resulta lo suficientemente importante como para no pasarlo despreocupadamente por alto. ¿En qué podría consistir, exactamente? Se me ocurren dos aspectos, aunque relacionados: A) ¿Cómo podremos tener la certeza de que hemos identificado ya todas las excepciones jurídicamente válidas? En otras palabras, cómo determinar si nuestro análisis de las normas excepcionantes con fuente social ha sido exhaustivamente completado, y B) ¿Contamos con un criterio que, ante una ‘nueva’ propiedad relevante o excepción, permita erradicar dudas o discrepancias acerca de si posee una fuente social o no?

A. ¿Cómo podremos tener la certeza de que el ‘análisis exhaustivo’ del derecho ha sido completado?

Si no hemos de restringir el análisis a la verificación de la existencia o no de un texto escrito –lo cual permitiría que la identificación de normas ‘jurídicas’ excepcionantes fuera posible de agotar de manera exhaustiva en un momento determinado, mediante la mera confrontación de ‘*corpus* normativos’, habrá que admitir que el análisis puede consistir en un proceso en el tiempo.

Pero entonces debemos aceptar la posibilidad de que lo que ahora se nos revela como una razón o norma ‘jurídica’ excepcionante no se nos hubiera presentado como tal ‘antes’, pese a tener una fuente social. Y por las mismas razones, que, lo que ahora ‘no’ se nos presenta como una norma ‘jurídica’ excepcionante, sí podría resultar tal en un futuro, debido a alguna circunstancia o razón sobreviniente en la que hasta ahora no hemos pensado. No obstante, que una razón sea sobreviniente (*i.e.*, que ‘ahora’ la consideremos relevante a diferencia de lo que ocurría en el pasado) no convierte a esa razón en una razón moral, extrasistemática o carente de fuente social. Bien podría ser

una razón jurídica para tener esa norma y que solo se nos revela como tal ahora, debido a nuestra relativa indeterminación de propósitos en el tiempo.¹¹

Tiendo a creer que Rodríguez podría aceptar lo anterior replicando que él no está sosteniendo que la identificación de normas excepcionantes con fuente social sea agotable en un momento determinado, pero también adivino que podría decir algo así: más allá de nuestro déficit epistémico en el plano empírico, en el plano de lo conceptual, la identificación de normas enumerables es susceptible de ser exhaustiva. Y por esa razón, insistiría, las normas jurídicas son inderrotables.

Bien, esto parece situar la cuestión de la derrotabilidad en el plano ontológico (*i.e.*, si las normas 'son' o 'no son' derrotables) como independiente del plano epistemológico. Como movimiento argumentativo, le permite a Rodríguez proclamar la inderrotabilidad de las normas jurídicas. Pero esa separación entre el ámbito ontológico y el epistemológico supondría concebir al derecho como un ámbito autónomo, una suerte de ente lequía independiente de nuestras prácticas y de nuestro conocimiento del mismo.

En efecto, Jorge parece sostener que la controversia en torno a si una circunstancia constituye o no una excepción jurídicamente admisible (*i.e.*, si tiene o no fuente social) tiene siempre, desde el punto de vista ontológico, una respuesta correcta, independientemente de que podamos conocerla o no. Siendo esa su posición, el derecho sería siempre determinado respecto de la relevancia de una circunstancia en particular. La conclusión que se sigue de ello –y que concuerda con la sugerida en Moreso y Rodríguez (2010)¹² es que no existen, en torno a las excepciones, casos difíciles.

Discrepo en ese punto. Por supuesto que la familiaridad en el seguimiento de normas jurídicas por parte de los agentes practicantes y las convenciones interpretativas que compartimos hacen que, en general, en los casos paradigmáticos, tengamos un alto grado de certeza acerca de qué dispone una norma. Asumo también, que puede haber circunstancias que *prima facie* se presenten como dudosas o debatibles, pero respecto de las cuales es posible llegar, luego de un análisis o reconstrucción (sea de la voluntad contrafáctica del legislador o de las convenciones interpretativas vigentes) a una conclusión acerca de si constituyen o no una excepción jurídicamente admisible.¹³ Mas todo lo anterior convive con la posibilidad de que en 'algunas' ocasiones pueda ocurrir que persista la duda sobre si una circunstancia resulta o no una excepción con fuente social; en esos casos, el derecho sería indeterminado 'con relación a esa circunstancia'.¹⁴

Frente a ese supuesto, –que Rodríguez ha reconocido que podría existir en cuanto

dice que “El problema sería en todo caso epistémico” (2021, p. 763)– sostengo que podríamos encontrarnos perplejos y enfrentar preguntas propias del dilema entre irracionalidad e irrelevancia: ¿Hemos de rever o reformular la norma a la luz de esta nueva circunstancia o razón que ahora se nos presenta? ¿Hemos de aplicar lo que la norma dispone con las excepciones que hemos identificado hasta ahora o deberíamos seguir revisando? ¿Qué es lo que el derecho determina frente a esta circunstancia hasta ahora no considerada? ¿Tiene esta razón/norma fuente social? Si esto es así, en los casos en que no arribamos a una respuesta concluyente, el dilema entre irracionalidad e irrelevancia reaparece, con un nuevo ropaje, dentro de los límites del positivismo jurídico.

Claro, Jorge dirá que no se trata de ‘el mismo’ problema, porque en el caso del dilema entre irracionalidad e irrelevancia la dificultad residía en si acudir o no al balance de razones, una suerte de dificultad ‘evaluativa’ o de ponderación de razones frente a la regla, pero que dentro del marco positivista el problema no consiste en ningún tipo de balance o evaluación sino meramente en la de identificación de normas positivas, es decir, se trata de un déficit meramente descriptivo. Podría conceder esto, pero solo en cierta medida. En ocasiones son necesarias consideraciones sustantivas –aunque no por ello morales- acerca de qué es lo que corresponde hacer conforme a derecho, y que son ilustrativas de cómo podría presentarse el dilema entre irracionalidad e irrelevancia, ahora en el marco del derecho, sin ser el resultado de una confrontación con la moral.

B. ¿Contamos con un criterio que permita, frente a una ‘nueva’ circunstancia, erradicar dudas o discrepancias acerca de si posee una fuente social o no?

Como positivistas, Jorge y yo pensamos que ‘hay’ un criterio para distinguir entre las normas excepcionantes que poseen fuente social y las que no, y que ese criterio es descriptivo. Ahora bien, como espero que haya quedado demostrado, el criterio de distinción no podría ser de índole temporal, a la manera de ‘las excepciones identificadas hasta ahora’, porque eso implicaría aceptar la asunción de Rodríguez –que he tildado de injustificada- de que en un momento dado podríamos agotar la identificación de excepciones enumerables.

Planteada en términos prácticos aquí la pregunta sería: frente a un caso de duda ¿cómo distinguimos a los *legal defeaters* de los *moral defeaters*? O, en otras palabras, ¿cómo identificamos si una circunstancia es una excepción implícita en el derecho?

Asumido que el criterio para distinguir *legal defeaters* de *moral defeaters* existe, podríamos formularnos algunas preguntas: ¿es ese criterio es formulable?, en otras palabras, ¿es 'posible', si quisiéramos, expresar ese criterio mediante una formulación en el lenguaje? Y también ¿Es 'necesario' que un criterio sea formulable en el lenguaje para ser usado o aplicado? Empiezo por esta última. Entiendo que la formulación de un criterio no es necesaria para que dicho criterio sea usado o aplicado; de hecho hay muchos criterios que sabemos usar y no necesitamos formular: la regla de reconocimiento hartiana podría ser uno de ellos. Respecto de si la formulación del criterio es 'posible', si respondemos afirmativamente, el mismo habrá de ser formulable por extensión o por intensión. Formulado por extensión, se trataría de la identificación de las normas enumerables a las que alude Jorge: y otra vez estaríamos ante el problema de saber si las hemos identificado a todas ellas (el aspecto del 'problema epistémico' que he planteado en A). Formulado por intensión, el criterio consistiría en una fórmula o referencia a alguna característica. Aquí la dificultad podría ser la del regreso al infinito: ese criterio formulado, debe a su vez ser aplicado; más si tenemos dudas sobre cómo debe ser aplicado en un caso concreto, una nueva formulación podría no ser de ayuda, ya que únicamente nos daría una nueva regla, y –como ha mostrado Wittgenstein- el regreso indefinido de meta-reglas solo se corta si 'sabemos cómo' aplicar la regla. Bien, el aspecto del problema epistémico que estoy señalando en este apartado es precisamente aquel que se presentaría si, frente a un caso concreto, no supiéramos cómo aplicar el criterio de distinción entre *legal* y *moral defeaters* y persistieran las dudas o discrepancias acerca de si una norma tiene fuente social o no.

Como quedó dicho, esa perplejidad –que es a la vez teórica y práctica- es muy similar a la planteada por el dilema entre irracionalidad e irrelevancia. Si existen normas excepcionantes que pudieren ser parte del derecho, pero aún no las hemos identificado como tales, y/o, si frente a una nueva razón o norma, persisten dudas o discrepancias sobre si posee fuente social o no, el positivista, aún dentro de los límites de sus propias tesis, puede verse expuesto al dilema.

C. Identificación y aplicación

Rodríguez parece no aceptar lo anterior por la siguiente razón: para él el positivismo sólo refiere a la identificación del derecho y él separa tajantemente la identificación de la aplicación del derecho. En este sentido sostiene que el hecho de que los jueces pudieran introducir excepciones de carácter no enumerable (*i.e.*, extrasistemáticas) al resolver casos particulares concierne solo a la fase de aplicación de las normas y los problemas

de aplicación son independientes de lo relativo a la identificación de las normas; por lo cual, en el plano de la identificación de un sistema jurídico, todas sus normas serían inderrotables (Rodríguez, 2021, p. 763).

Por supuesto, el hecho de que los jueces a veces introduzcan excepciones extrasistemáticas al resolver casos no afecta la tesis positivista de las fuentes sociales.¹⁵ Sin embargo, los términos en que Rodríguez traza la separación entre identificación y aplicación del derecho presuponen la certeza de que todas las normas excepcionantes con fuente social han sido ya identificadas. Y como vimos esa certeza es injustificada. Y por lo tanto también la separación así trazada.

Pero, además, la separación tajante entre identificación y aplicación del derecho no resulta tal en la práctica. Como es sabido, cualquier característica eventualmente relevante que presenta un caso individual, puede universalizarse. Y de acuerdo a ello, la incertidumbre sobre la solución que cabe dar a ese caso individual también puede plantearse como una incertidumbre acerca de la identificación del derecho, a saber: acerca de si esa propiedad, en la que antes no habíamos pensado, ni identificado en nuestro análisis presuntamente exhaustivo del ‘derecho positivo’, resulta o no relevante.

Y entonces, en razón de la falta de certeza acerca de la exhaustividad del análisis (aspecto planteado en A), la duda sobreviniente o la discrepancia respecto de la solución que cabe dar frente a esa circunstancia (aspecto planteado en B), pueden surgir y hacerse evidentes a partir de la disputa en torno a un caso individual. Sin perjuicio de que se presente a partir de un problema de aplicación, la cuestión puede ser reconstruida en términos de caso genérico, esto es, como una duda o discrepancia desde el punto de vista de la identificación del derecho.

En síntesis, si la identificación de las normas excepcionantes enumerables puede ser problemática (dificultad a la que Jorge alude sucintamente diciendo “El problema sería en todo caso epistémico” (2021, p. 763), lo que estamos enfrentando es un déficit a nivel de identificación acerca de qué dispone el derecho; y ello indudablemente redundaría en un problema de aplicación en casos individuales, porque si no se puede responder la primera pregunta, difícilmente se pueda determinar si un caso individual se ha resuelto conforme a derecho o no. Y a la inversa, si un caso individual presenta una circunstancia sobreviniente respecto de la cual no se puede determinar si constituye una excepción con fuente social o sin ella, tampoco se sabrá identificar qué es lo que el derecho dispone, en general, para casos como ese. El dilema entre irracionalidad e irrelevancia persiste como problema práctico y teórico dentro del derecho.

IV. Reflexiones finales

Evitar la confrontación con qué es lo moralmente correcto no parece ser la clave para deshacernos del dilema entre irracionalidad e irrelevancia en el seguimiento de normas jurídicas, como Jorge proponía en un principio, según lo reseñado en la Sección II.

Ahora bien, ¿sería posible superar el dilema dentro del marco del positivismo? Ante la persistencia de dudas o discrepancias sobre qué dispone el derecho podríamos intentar recurrir a la estrategia que Nino sugería para el conocimiento de la moral, a saber, una práctica deliberativa intersubjetiva: acceder a ese conocimiento deliberando 'entre todos'. Pero ahora restringiendo el objeto de la deliberación a qué es lo que se debe hacer 'jurídicamente'.

Esa deliberación podría ser el único modo de poner a prueba, mejorar y refinar nuestra práctica intersubjetiva de aplicación del derecho, en particular del criterio con el que distinguimos excepciones jurídicas de excepciones morales. Por supuesto, los problemas con los que lidiaba Nino en el plano del conocimiento moral reaparecerán también en el plano del conocimiento jurídico: por ejemplo, resurgirá la alternativa entre un constructivismo epistemológico o una suerte de constructivismo ontológico (Nino, 1989, pp. 113-133), pero ahora en el plano jurídico. Quizás Jorge se inclinara por el primero, y yo por el último. Pero ello será tema en otra ocasión.

Lo que aquí he querido mostrar es que no nos desembarazamos del dilema entre irracionalidad e irrelevancia en el seguimiento de normas jurídicas evitando la confrontación con la moral ni mediante una definición de derrotabilidad.

Alchourrón lidiaba esforzadamente con los condicionales derrotables porque aceptaba que podíamos vernos expuestos a nueva información que hiciera tambalear las afirmaciones que hasta ahora dábamos por verdaderas. La ciencia lidia con experiencias sobrevinientes y recalcitrantes de manera permanente. ¿Por qué no habría de persistir en el derecho positivo el problema de la nueva información o circunstancias hasta ahora impensadas que nos pusieran ante una nueva forma del dilema entre irracionalidad e irrelevancia?

Aquí he cedido el término 'derrotable' y me he concentrado en el problema que plantea la identificación de excepciones implícitas en el derecho y que Jorge reconoce que podría darse, pero casi sin inmutarse por ello. Mi crítica general a su propuesta es que no conciba el problema de la identificación de excepciones implícitas en el derecho como 'el' problema a abordar por los positivistas. Aun si la respuesta que pudiéramos ensayar fuere parcial, provisoria o insuficiente.

Como decía Alchourrón, precisamente en torno a que nuestro conocimiento incompleto requiere que nos dispongamos a revisar las premisas con tanta frecuencia como sea necesario: “Debemos elegir entre la serena oscuridad del Paraíso o las peligrosas luces de la vida cotidiana” (1993, p. 126). Mi anhelo es que una mente brillante como la de Jorge nos acompañe a abordar ese peligroso problema (dicho de otro modo, el dilema entre irracionalidad e irrelevancia tal como se nos presenta a los positivistas) en lugar de dejarlo olvidado en el paraíso de las definiciones.

Referencias bibliográficas

- Alchourrón, Carlos, 1996: “On Law and Logic”. *Ratio Juris*, vol. 9, núm. 4, pp. 331–348. Citado por la traducción castellana de Rodríguez, Jorge con colaboración de Militello, Sergio: “*Sobre Derecho y Lógica*”, *Isonomía*, núm. 13, 2000, pp. 11-33.
- _____ 1993: “Philosophical foundations of deontic logic and the logic of defeasible conditionals”. En Meyer, Wieringa: *Deontic logic in computer science: normative systems specification*. Wiley, Chichester, pp 43–84. Citado por la traducción castellana de Pazoz, María Inés, Iglesias, María, y Rodríguez, Jorge: “Fundamentos filosóficos de la lógica deóntica y la lógica de los condicionales derrotables”, en Moreso, José Juan, y Rodríguez, Jorge (eds.): *Fundamentos para una teoría general de los deberes*. Madrid, Marcial Pons, 2010, pp. 77-127.
- Alchourrón, Carlos, y Bulygin, Eugenio, 1971: *Normative Systems*. Viena, Springer-Verlag. Citado por la traducción castellana de Alchourrón, Carlos, y Bulygin, Eugenio: *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires, Astrea, 2002.
- Alonso, Juan Pablo, y Scataglini, María Gabriela, 2023: “Una crítica pragmática al realismo jurídico de P. Chiassoni”. *Analisi e Diritto*, 2/2023: X-X, pp. 95-115. Doi:10.4454/analysiediritto.v23i2.879.
- Bayón, Juan Carlos, 2007: “Bulygin y la justificación de las decisiones judiciales: la partesorprendente”, en Moreso José Juan, y Redondo, Cristina (eds.): *Un diálogo con la teoría del derecho de Eugenio Bulygin*. Madrid, Marcial Pons.
- _____ 2002: “Derecho, convencionalismo y controversia”, en Navarro, Pablo, y Redondo, Cristina (eds.): *La relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*. Barcelona, Gedisa, pp. 57-92.
- _____ 2001: “¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico?” *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 24, pp. 35-62.
- _____ 2000: “Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico”.

- Isonomía*, núm. 13, pp. 87-117.
- _____ 1996: "Sobre la racionalidad de dictar y seguir reglas". *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 19, pp. 143-162.
- Caracciolo, Ricardo, 2006: "Normas Derrotables. La concepción de Carlos Alchourrón". *Análisis Filosófico*, vol. XXVI, núm. 1, pp. 156-177.
- _____ 2005: "Una discusión sobre normas derrotables". *Discusiones*, núm. 5, pp. 87-100.
- Celano, Bruno, 2012: "True Exceptions. Defeasibility and Particularism", en Ferrer, Jordi, y Ratti, Giovanni B. (eds.): *The Logic of Legal Requirements. Essays on Defeasibility*. Oxford, Oxford University Press, pp. 268-287.
- Hart, Herbert, 1961: *The Concept of Law*. Oxford, Clarendon Press. Citado por la traducción castellana de Carrió, Genaro: *El concepto de Derecho*. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1963.
- MacCormick, Neil, 1995: "Defeasibility in Law and Logic", en Bankowski, Z., White, I., y Hahn, U., (eds): *Informatics and the Foundations on Legal Reasoning*. Dordrecht, Kluwer, pp. 99-117.
- Moreso, José Juan y Rodríguez, Jorge Luis, 2010: "Estudio introductorio. Carlos E. Alchourrón y la máxima de la mutilación mínima", en Alchourrón, Carlos E. (ed.): *Fundamentos para una teoría general de los deberes*. Madrid, Marcial Pons, pp.11-38.
- Moreso, José Juan y Vilajosana, Josep Maria, 2004: *Introducción a la teoría del derecho*. Barcelona, Marcial Pons.
- Nino, Carlos, 1989: *El constructivismo ético*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- Raz, Joseph, 1999: *Practical Reason and Norms*. Oxford, Oxford University Press.
- Redondo, Cristina, 2005: "Razones y normas". *Discusiones*, núm. 5, pp. 29-66.
- Rodríguez, Jorge Luis, 2021: *Teoría analítica del derecho*. Madrid, Marcial Pons.
- _____ 2012: "Against Defeasibility of Legal Rules", en Ferrer, Jordi, y Ratti, Giovanni B. (eds.): *The Logic of Legal Requirements. Essays on Defeasibility*. Oxford, Oxford University Press, pp. 89-107.
- _____ 2002: *La lógica de los sistemas jurídicos*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Rodríguez, Jorge Luis, y Sucar, Germán, 1998: "Las trampas de la derrotabilidad. Niveles de análisis de la indeterminación del derecho". *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 21, pp. 403-420.
- Scataglini, María Gabriela, 2021: *Seguimiento de reglas: el "aguijón pragmático" en la teoría del*

derecho. Madrid, Marcial Pons.

Schauer, Frederick, 1991: *Playing by the Rules. A philosophical examination of rule-based-decision making in law and life*. Oxford, Oxford University Press.

Soeteman, Arend, 1989: *Logic in Law*. Dordrecht, Kluwer Academic Publishers.

Wittgenstein, Ludwig, 1953: *Philosophical Investigations*. Basil Blackwell, Oxford. Citado por la traducción castellana de García Suárez, Alfonso y Moulines, Ulises: *Investigaciones Filosóficas*. México, Instituto de Investigaciones Filosóficas de la UNAM, 1988.

Notas

- 1 Agradezco a un/a referí haberme hecho notar que el dilema no se encontraría relacionado con los casos de infrainclusión, y que podría formularse solo para los de sobreinclusión.
- 2 Soeteman planteó originalmente la cuestión, en torno a considerar a las normas como derrotables o no: “O bien aceptamos que hay excepciones en las normas (tanto condicionales como incondicionales) que no se encuentran incluidas en su formulación, con la consecuencia de que ya no será posible deducir de una norma lo que tenemos que hacer bajo ciertas circunstancias concretas, o bien no aceptamos esta posibilidad de excepciones (en otras palabras: solo aceptamos excepciones que se encuentren incluidas en la formulación de una norma); la cuestión será entonces, no obstante, si de hecho somos capaces de formular normas válidas.” (Soeteman 1989, p.196).
- 3 En detalle, la estrategia de Nino es la siguiente: hay tres presupuestos que son asumidos en la paradoja: 1) Que todo hombre desea comportarse de acuerdo a los principios morales; 2) Que la moral provee una solución para cualquier y todo posible conflicto, y 3) Que todo hombre es capaz de conocer por sí mismo qué disponen los principios morales. Nino concluye que los tres son solo ‘parcialmente’ verdaderos (podrían resultar falsos en alguna ocasión), por lo que, su análisis no le permite aun superar la paradoja y demostrar que el derecho y el gobierno no son superfluos ni irrelevantes. Por ello examina otros presupuestos más profundos, del ámbito de la metaética, a saber: que ‘existe’ un Orden Moral Independiente de las prácticas sociales de los hombres (OMI); y que se puede ‘conocer’ esa Moral Independiente sin interactuar con otros en el marco de una práctica social (CMI). Nino acepta OMI (que existe un Orden Moral Independiente), pero rechaza CMI (que se puede Conocer esa Moral independientemente de nuestras prácticas sociales). Nino critica la posición que rechaza OMI, que conlleva negar la existencia de una verdad moral autónoma o previa a nuestras prácticas, y sostener que la verdad será aquella que finalmente quede ‘constituida’ por la deliberación -a la que llama ‘constructivismo ontológico’-. En contraposición, él se inclina por un ‘constructivismo epistemológico’, que acepta OMI pero rechaza CMI: el Orden Moral Independiente sí existe: accederíamos a él como resultado de una práctica deliberativa ideal; pero sólo podemos tener prácticas reales, imperfectas que aspiren a parecerse a la ideal, como las prácticas deliberativas de las democracias. Así, a la luz del análisis nineano, el derecho

-específicamente el gobierno democrático– se revela como 'no' irrelevante, precisamente porque constituye la mejor vía de acceso al conocimiento del Orden Moral Independiente (Nino, 1989, pp. 113-133).

- 4 Raz articula una propuesta en torno a las normas jurídicas como razones excluyentes con la cual además pretende dar cuenta de la normatividad del derecho (véase Raz, 1999). Su planteo ha merecido diversas críticas. Juan Carlos Bayón (1996), por ejemplo, ha planteado que la teoría de Raz no supera el obstáculo de irracionalidad, ya que, un agente racional debería aceptar la regla de seguir lo dictado por la autoridad como meramente indicativa (pp. 143-162). Pero aceptarla como tal implica rechazar la idea misma de normas excluyentes válidas. A su vez Schauer ha señalado desafíos a la teoría raziana, articulando él mismo una idea de normas presuntivas (véase, Schauer, 1991). Rodríguez (2021) por su parte, desarticula la propuesta raziana con el argumento de que estratificar las razones en unas de primer orden y otras de segundo orden exige, en sí mismo, realizar un balance de razones para saber cuáles corresponde a cada categoría, pero ese balance es lo que la idea misma de norma excluyente pretende evitar (2021, pp. 697- 698).
- 5 Cfr. nota 3. En rigor, el presupuesto metaético que Nino desactiva para superar la Paradoja de la Autoridad es el de que el orden moral –cuya existencia no niega– pueda ser conocido por un sujeto actuando o reflexionando 'individualmente'. Por ello, argumenta en favor de una práctica deliberativa democrática que es la que mejor nos garantizaría, conocer o al menos acercarnos a la verdad moral. (Nino, 1989, pp. 113-133).
- 6 Hablo aquí de 'razones morales', en el sentido usual de lo que se denomina una 'moral crítica', esto es, el conjunto de criterios y estándares objetivos que serían aptos para evaluar la corrección de las acciones e instituciones humanas (Moreso y Vilajosana, 2004, p.192).
- 7 La noción misma de derrotabilidad merece muchas aclaraciones. Solo por citar algunos abordajes, véase: MacCormick (1995); Rodríguez y Sucar (1998); Bayón, (2000), (2001); Rodríguez (2002), (2012); Celano, (2012); entre otros.
- 8 Se ha discutido la relación entre el aspecto 'lógico' de la derrotabilidad y la cuestión de la derrotabilidad en el marco del razonamiento práctico (Redondo, 2005, pp. 29-66); Caracciolo, 2005). No lo veo como una dicotomía; coincido aquí con Caracciolo en que aquello que a veces se denomina 'derrotabilidad lógica', no es otra cosa que la contrapartida formal de la idea de 'derrotabilidad sustantiva' de derrotabilidad (2005, p. 98). Es por ello que considero que el problema de la derrotabilidad se encuentra íntimamente relacionado con el dilema entre irracionalidad e irrelevancia.
- 9 Por ejemplo, Moreso y Rodríguez (2010) han sostenido, retomando a Caracciolo (2006) que si las circunstancias posibles son infinitas, dado que siempre existirán circunstancias respecto de las cuales no sería posible determinar si, de haber sido tenidas en cuenta por el legislador, habrían sido consideradas relevantes, el conjunto de circunstancias indeterminadas podría ser también infinito, lo cual mostraría que el enfoque de Alchourrón llevaría al escepticismo; y en base a ello proponen modificarlo. Diré algo más en nota 12.

- 10 Uno/a de los/las referís me ha señalado que asumir, con Rodríguez, que se trata de un ‘problema epistémico’ implica pasar por alto el escepticismo interpretativo. En efecto sería así, ya que, mi posición es que ‘es’ posible hablar de objetividad en el seguimiento de normas jurídicas. Y no porque me comprometa con algo así como un ‘significado literal’, sino en este otro sentido: de acuerdo a la idea de Bayón de que el contenido del derecho está determinado por las convenciones interpretativas de la práctica jurídica (Bayón, 2002, pp.77-81), los criterios de trasfondo compartidos –aun opacos e inarticulados– determinan aplicaciones correctas e incorrectas (tanto en relación con la interpretación ampliada o restrictiva de un término respecto de su significado ordinario, como también en relación con la admisibilidad jurídica de una excepción). El dominio de esos criterios constituye una habilidad práctica (un *know how*) ‘que se muestra’ en el acuerdo en torno a ciertos casos paradigmáticos, que se reconocen como aplicaciones correctas de la norma. Esto podría ser todo lo que necesitamos para hablar de objetividad. Para un desarrollo más amplio, véase Scataglini (2021, pp. 102-106), y para una crítica al escepticismo interpretativo desde esta concepción pragmática, véase (Alonso y Scataglini, 2023).
- 11 Creo que esta era la intuición de Hart en el capítulo VII de *El Concepto de Derecho*, al hablar de la ‘relativa indeterminación de propósitos’. Tomemos su ejemplo que, aunque trillado puede resultar didáctico. Podemos tener una norma jurídica que prohíbe a los vehículos ingresar al parque; la razón para tenerla es preservar la seguridad de los niños jugando allí. Ahora bien, podría ser que de manera sobreviniente se presentara alguna otra razón en la que hasta ahora no habíamos pensado, por ejemplo, evitar en el parque la polución que producen los automóviles. Entonces, la aparición de automóviles eléctricos podría ‘ahora’ convertirse en una circunstancia excepcional en lo referente a la razón de evitar la polución. Mas su carácter sobreviniente no la convierte en una excepción de carácter moral. En ocasiones se responde a este tipo de argumento acudiendo a la idea de ‘cambio de sistema’: declarar admisible una excepción que hasta ahora no habíamos identificado como tal implicaría la introducción de una nueva norma en el sistema y por lo tanto el pasaje de un sistema normativo a otro distinto. Encuentro esta respuesta un tanto forzada. Si cada vez que se determina la admisibilidad de una excepción la explicación es que hemos cambiado de sistema, parece que la noción de sistema así usada no resulta muy iluminadora, puesto que la idea misma de interpretación o de excepciones presupone que nos referimos a un mismo sistema que es el que resulta objeto de análisis. Existen otras opciones de análisis para el positivista: por ejemplo, el de Hart que, en referencia al tema de las excepciones, critica las dos ‘actitudes’ extremas que pueden tomarse frente al seguimiento de reglas: el formalismo y el escepticismo (Hart, 1961 pp. 155-162).
- 12 En la modificación que Moreso y Rodríguez (2010) proponen al enfoque disposicional de Alchourrón (1996), sostienen que se debe tratar a las circunstancias cuyo carácter como excepción es indeterminado como irrelevantes. A este respecto señalé en (Scataglini, 2021) que esa modificación suponía haber abandonado la perspectiva comunicativa y pragmática de Alchourrón, que situaba la cuestión de la relevancia normativa en una reconstrucción contrafáctica del acto de habla del legislador, y deslizarse al ámbito ontológico (bivalente) de la existencia o inexistencia de alguna norma en el sistema. Y puntalicé que, dado que

el conocimiento sobre la voluntad contrafáctica de un tercero era algo que desde el punto de vista epistemológico admitía indeterminación, la equiparación de la indeterminación a la irrelevancia normativa (*i.e.*, que la circunstancia 'indeterminada' debía ser rechazada como excepción) requería una justificación adicional. Máxime porque la solución de Moreso y Rodríguez suponía una 'respuesta correcta' allí donde Alchourrón sugería que cabía la discreción judicial. (Scataglini, 2021, pp.137-138).

- 13 Pongo aquí un ejemplo de esta situación debatible. La ley 27.610 estableció en Argentina la interrupción voluntaria del embarazo, permitiendo a la mujer o persona gestante decidir y acceder a la práctica del aborto hasta la semana catorce. Podría plantearse la cuestión –de hecho, hubo algunas acciones en sede judicial– de que el padre de la persona por nacer se oponga a la interrupción del embarazo ¿Acaso el padre no tiene ningún derecho a decidir sobre la vida de su hijo/a, o al menos igual derecho que el de la madre? ¿Podría su oposición considerarse una excepción 'implícita' al derecho de la mujer a abortar? Creo que este es un ejemplo de un supuesto *prima facie* dudoso, en el cual, luego de un análisis reconstructivo y la evaluación de argumentos jurídicos sustantivos, es dable llegar a una conclusión: la circunstancia de que el padre se oponga resulta irrelevante, no constituye una excepción jurídicamente admisible a la permisón de abortar en el derecho argentino. Dado que hay una respuesta correcta, no hay aquí discreción judicial. El hecho de que un intérprete opine que la oposición del padre 'debería' ser considerada relevante, constituye precisamente una 'laguna axiológica' en los términos de Alchourrón y Bulygin (1971, pp.157-161).
- 14 Subrayo que, a mi modo de ver, la indeterminación afecta el seguimiento de la norma solo con relación a 'esa' circunstancia; el seguimiento de la norma en otros supuestos no se ve afectado. Alchourrón parece ambivalente al respecto; por un lado, dice: "A menos que las excepciones hayan sido explicitadas, el contenido conceptual de la expresión normativa permanece indeterminado" (1996, p. 24), y luego, "El carácter de *C* como excepción se encuentra indeterminado (...) (en) consecuencia, el contenido conceptual del condicional también será indeterminado *en relación con C*" (1996, p. 25) [Énfasis agregado].
- 15 En este punto Rodríguez critica acertadamente a Dworkin, en el sentido de que la introducción por los jueces de razones morales en sus decisiones (en la forma de principios, por ejemplo), no conmueve por sí sola las tesis positivistas, porque lo que habría que mostrar es que esas razones forman parte del derecho 'en razón' de su contenido sustantivo, pero esto es precisamente lo que Dworkin 'asume' (Rodríguez 2021, p. 764).

Recepción: 29 noviembre 2022

Revisión: 29 junio 2023

Aceptación: 28 septiembre 2023