

CONFLICTOS ENTRE **NORMAS** Y **DERROTABILIDAD:** UNA PROPUESTA DE ANÁLISIS

Víctor García Yzaguirre



eBook en www.colex.es

1.^a EDICIÓN



CONFLICTOS ENTRE NORMAS Y DERROTABILIDAD: UNA PROPUESTA DE ANÁLISIS

1.ª EDICIÓN

Víctor García Yzaguirre

COLEX 2022

Copyright © 2022

Queda prohibida, salvo excepción prevista en la ley, cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación de esta obra sin contar con autorización de los titulares de propiedad intelectual. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (arts. 270 y sigs. del Código Penal). El Centro Español de Derechos Reprográficos (www.cedro.org) garantiza el respeto de los citados derechos.

Editorial Colex S.L. vela por la exactitud de los textos legales publicados. No obstante, advierte que la única normativa oficial se encuentra publicada en el BOE o Boletín Oficial correspondiente, siendo esta la única legalmente válida, y declinando cualquier responsabilidad por daños que puedan causarse debido a inexactitudes e incorrecciones en los mismos.

Editorial Colex S.L. habilitará a través de la web www.colex.es un servicio online para acceder a las eventuales correcciones de erratas de cualquier libro perteneciente a nuestra editorial, así como a las actualizaciones de los textos legislativos mientras que la edición adquirida esté a la venta y no exista una posterior.

© Víctor García Yzaguirre

© Editorial Colex, S.L.

Calle Costa Rica, número 5, 3º B (local comercial)

A Coruña, C.P. 15004

info@colex.es

www.colex.es

I.S.B.N.: 978-84-1359-506-1

Depósito legal: C 665-2022

SUMARIO

INTRODUCCIÓN	13
--------------------	----

CAPÍTULO I DERROTABILIDAD Y ESTRUCTURA DE NORMAS

1. Introducción	19
2. Estructura de las normas: nociones y distinciones relevantes	20
2.1. Discusiones sobre la estructura de normas	23
2.2. Antecedente de las normas y aplicabilidad	25
2.3. Composición del antecedente de las normas	40
2.3.1. Identificando excepciones	46
2.3.2. Excepciones explícitas y excepciones implícitas	57
3. El antecedente compuesto por condiciones derrotantes	60
3.1. Conceptos y acciones derrotables	61
3.1.1. Composición de los conceptos jurídicos	63
3.1.2. Identificación de acciones y derrotabilidad	75
3.2. Derrotabilidad procedimental	85
3.2.1. Identificación de condiciones derrotantes	90
3.2.2. El rol del demandado en la incorporación de condiciones derrotantes	118
3.2.3. Reglas procedimentales y justificación de las decisiones	128
4. El antecedente de normas compuesto por condiciones contribuyentes. . .	132
4.1. Surgimiento de un nuevo paradigma	133
4.2. Normas condicionales derrotables y deberes <i>prima facie</i>	147
4.3. Antecedentes débiles y derrotabilidad de inferencias	185

CAPÍTULO II
RELACIONES ENTRE NORMAS Y DERROTABILIDAD

1. Introducción	191
1.1. Conflictos entre normas: nociones y distinciones relevantes	192
1.2. Imposibilidad lógica	198
1.3. Imposibilidad empírica	204
2. Conflictos normativos y creación de excepciones implícitas	207
2.1. Posibles conflictos entre normas	209
2.2. Resultados y operaciones	213
3. Derrotabilidad y preferencia entre normas	217
3.1. Preferencias entre normas	224
3.2. La norma derrotada como norma no preferida	236
3.3. Especialidad y derrotabilidad	247
3.3.1. La relación de especialidad	248
3.3.2. La especialidad como criterio de preferencia	252
3.3.3. Norma especial y norma derrotada	258
4. Derrotabilidad y sistematización	260
4.1. Sistematización como desarrollo lógico	262
4.2. Normas derrotables y sistematización	270

CAPÍTULO III
DERROTABILIDAD DE NORMAS: SÍNTESIS Y BALANCE

1. Introducción	277
2. Síntesis de la discusión	278
2.1. Derrotabilidad desde la estructura de normas y los conflictos normativos	278
2.2. Diferentes aproximaciones y problemas	280
3. Derrotabilidad: dos problemas desde diversas perspectivas	285
3.1. Derrotabilidad interna y externa	285
3.2. Relaciones y diferencias entre los tipos de derrotabilidad	293
BIBLIOGRAFÍA	299

INTRODUCCIÓN

Dentro de la práctica jurisdiccional, es habitual encontrar casos en los que los jueces deciden, por razones justificadas, que una norma aplicable a un caso ha dejado de serlo, a efectos de evitar que se produzcan consecuencias prácticas injustas, absurdas o ineficientes. Para ser más claro veamos un breve ejemplo.

Supongamos que vivimos en un país en el que está prohibida la donación de órganos por parte de menores de edad. En este contexto, sucedió que una menor de edad tuvo un hijo el cual, desde su nacimiento, ha requerido de múltiples tratamientos médicos. Como parte de ellos, los médicos prescribieron que se le realice un trasplante de riñón a efectos de que pueda sobrevivir.

En este caso, la donante idónea para el hijo era su madre (tanto por compatibilidad genética como por la urgencia de tener a disposición rápidamente un órgano viable). Si bien, la madre estaba deseosa de poder realizar este acto, sucedió que el hospital, en vista del sistema normativo vigente, no autorizó la operación dado que ella era menor de edad. Frente a esta situación, la madre decidió llevar el caso ante los tribunales de justicia a efectos de que le autorizaran realizar el procedimiento médico. La Corte Suprema de este país, de forma unánime, consideró que la norma prohibitiva no era aplicable, pues la condición de ser progenitora operaba como una excepción implícita¹.

Este ejemplo es ilustrativo de un vasto universo de situaciones que ocurren en la práctica jurídica. Este tipo de situaciones han generado la pregunta: ¿qué es lo que hacen los aplicadores del derecho al momento de crear una excepción implícita? Para responder esta duda de manera clara y precisa, los teóricos del derecho han introducido, dentro de su caja de herramientas lingüísticas, un nuevo concepto: la noción de derrotabilidad.

1 Este caso está inspirando en los hechos resueltos en el caso de Jan Saguir y Nélida Dib resueltos en la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, 06.11.1980, fallos 302:1284.

La comprensión de esta noción no es sencilla, principalmente, por la multiplicidad de teorizaciones sobre ella formuladas desde distintas maneras de entender y estudiar el derecho. Al respecto, este libro pretende contribuir a aliviar este tipo de dificultades. El objetivo a cumplir es demostrar que en la teoría del derecho no hay una noción de derrotabilidad, sino dos. De manera más clara, voy a sostener que caben dos maneras de entender la derrota de normas (o creación de excepciones implícitas): i) derrota de normas como una forma de expresar la modificación del alcance de una norma; y ii) derrota de normas como una forma de expresar un aplicador del derecho ha perdido el deber de usarla en la justificación de sus decisiones jurisdiccionales. Cada una de estas supone, como veremos, operaciones y resultados diferentes.

Para alcanzar este objetivo voy a analizar algunas de las principales teorizaciones sobre la noción de derrotabilidad que se ha formulado desde la teoría de las normas. De manera más precisa, voy a analizar y criticar las tesis formuladas por H.L.A. Hart, Giovanni Sartor, Neil MacCormick, Luis Duarte d'Almeida, Andrea Dolcetti, Giovanni Battista Ratti, Jorge Rodríguez y Jordi Ferrer. He elegido estas propuestas por ser teorizaciones que, o bien son empleadas como punto de partida para formular nuevas tesis, o bien son objeto de largas e intensas discusiones en la literatura especializada. Ahora bien, voy a sostener que, tras analizar estas teorizaciones, podemos identificar dos maneras de entender la derrota de una norma. Veamos, brevemente, cada una de estas.

En primer lugar, un grupo de teóricos de derecho (especialmente quienes se dedican al estudio de la estructura de las normas) emplea la noción de derrotabilidad como un concepto teórico que permite esclarecer parte de los actos necesarios para cambiar la calificación normativa de una acción, esto es, la variación de su *estatus* deóntico².

Dentro de esta primera manera de entender la derrotabilidad, los teóricos del derecho están tratando de clarificar que un caso individual, en un primer momento, parecía ser una instanciación del caso genérico previsto en el antecedente de una norma, pero, todos los aspectos normativamente relevantes considerados, nos damos cuenta de que no es así. Esta idea ha sido expresada de dos maneras:

- a) Como una manera de expresar que hemos reducido el alcance de una norma, esto es, hemos introducido una especificación en su antecedente a efectos de que incluya una distinción entre circunstancias

2 «Cambio de calificación normativa de un caso individual» quiere decir que, en un primer momento, una acción tenía una calificación X y, en un segundo momento (luego de la derrota), pasa a tener una calificación Y. De manera más precisa: i) una acción era calificada como obligatoria y ahora es calificada como prohibida o como facultativa; ii) una acción era calificada como prohibida y ahora es calificada como obligatoria, facultativa o permitida; iii) una acción era calificada como facultativa y ahora es calificada como obligatoria o como prohibida; o iv) una acción era calificada como obligatoria, prohibida, facultativa o permitida y ahora su calificación está indeterminada.

en las que se puede realizar la acción y solo regule una de estas³. Como podemos ver, se trata el problema de cuál es el contenido de la norma.

Esta sustitución de una norma por otra norma con un alcance más restringido es una de las formas más usuales de entender la noción de derrotabilidad en el derecho. Gran parte de las discusiones en los últimos años ha recaído en cómo dar cuenta de esta operación y resultado. En extrema síntesis, son discusiones sobre cómo debe ser identificado el antecedente de la norma y qué hacer en caso el antecedente haya sido identificado de manera insatisfactoria, conforme a un criterio de corrección que el aplicador del derecho considere debe emplear para evaluar el contenido de las normas⁴.

- b) Como una manera de presentar el producto de haber variado la caracterización del caso judicial. Un grupo de autores ha concentrado su análisis en como los operadores del derecho caracterizan los casos

3 La especificación puede ser entendida de dos maneras: como una forma de admitir o rechazar ciertas normas derivadas. Una manera de entender la especificación es como una manera de explicitar que determinadas normas derivadas forman parte del sistema de normas que pertenecen al derecho y/o que son aplicables a un caso individual (depende del tipo norma que se esté manipulando). Otra manera de entender la especificación es como una manera de explicitar que no forman parte de uno de los indicados sistemas normativos (de o ambos), determinadas normas derivadas. Veamos un ejemplo a efectos de clarificar este punto. Supongamos una norma que regula el permiso de maternidad de la siguiente manera: «si una persona es madre, entonces obligatorio que deje de trabajar por un plazo de 90 días». En términos formales, esta norma puede ser representada como $(p \rightarrow Oq)$. Esta norma también obliga a que quienes son padres puedan tener dicho permiso. Si estamos dispuestos a considerar ambos tipos de personas, entonces será necesario especificar el supuesto dentro del alcance de la norma de manera disyuntiva: «si persona es madre o padre, entonces obligatorio que deje de trabajar por un plazo de 90 días». En términos formales se expresa como $[(p \vee r) \rightarrow Oq]$. En cambio, si no estamos dispuestos a considerar ambos tipos de personas, entonces será necesario especificar el supuesto dentro del alcance de la norma de manera conjuntiva: «si persona es madre y no es padre, entonces obligatorio que deje de trabajar por un plazo de 90 días». En términos formales, se expresa como $[(p \wedge \neg r) \rightarrow Oq]$. Como podrá notarse, la derrotabilidad de las normas entendida de esta manera supone el uso de una especificación como el resultado de haber incorporado una nueva propiedad en el antecedente en relación conjuntiva con el resto de propiedades.

4 Dicho en breve, lo que hacen los teóricos del derecho al hablar de derrotabilidad (parte de ellos) es ofrecer formas de presentar qué es lo que hacen los aplicadores del derecho al momento de realizar una reinterpretación correctiva restrictiva. Como veremos en el próximo capítulo, ello quiere decir que identifican una primera forma de interpretar una disposición que califica deónticamente a una acción (u omisión) que se lleva a cabo (o se omite) en un determinado tipo de circunstancias. Luego de tomar en consideración todos los aspectos normativamente relevantes (incluyendo sus ideologías sobre la interpretación), dejan de lado dicho posible significado y optan por otro, bajo el cual la norma no regula la realización de la acción (o su omisión) en dicho tipo de circunstancias. Es decir, entienden la derrotabilidad de las normas como la posibilidad de despojar de aplicabilidad a una norma sobre un determinado tipo de casos individuales.

judiciales dentro de los procesos de toma de decisiones institucionalizados y qué efectos produce que el demandado incorpore nuevas especificaciones sobre dichos casos.

Estos autores comparten la tesis, expresada en lenguajes jurídicos diferentes, que el demandante le ofrece al aplicador del derecho una identificación del caso judicial, esto es, un conjunto de enunciados descriptivos de una acción (u omisión) ocurrida en determinadas circunstancias, junto con una pretensión de que sea calificada normativamente conforme a una norma interna y externamente aplicable (supongamos N1). Esto supone que, conforme a la información disponible, dicho caso judicial debe ser resuelto por la norma N1.

Ahora bien, el demandado puede aceptar la caracterización del caso judicial propuesta por el demandante, pero incorpora información adicional sobre este. Si el aplicador del derecho decide incorporar dicha nueva información como premisas fácticas, verifica que la norma N1 no es, todo considerado, interna y externamente aplicable para resolver el problema normativo. Tomada en cuenta esta nueva caracterización, descarta la aplicabilidad interna de N1 y, por tanto, su aplicabilidad externa. En vez de ella, el caso judicial pasa a estar regulado por otra norma, N2. Dicho en breve, la noción de derrotabilidad, para este conjunto de autores, da cuenta de la modificación de la aplicabilidad interna de la norma producto del aumento de nuestra información disponible sobre el caso judicial⁵.

En segundo lugar, otro grupo de teóricos del derecho (especialmente quienes se dedican al estudio de los conflictos normativos) emplea la noción de derrotabilidad como un concepto teórico que permite esclarecer los actos por los cuales un aplicador del derecho deja de considerar aplicable una norma. Esto quiere decir que el aplicador del derecho, en un primer momento, tenía la obligación de usar una norma a un caso judicial que está resolviendo, pero en un segundo momento este ya no tiene el deber de usarla más.

Bajo esta conceptualización no han cambiado ni el contenido de la norma, ni nuestra información disponible sobre el caso judicial. Lo que ha sucedido es que la norma ha dejado de formar parte del microsistema de normas aplicables al caso judicial. En otros términos, el caso sigue siendo regulado por una norma, pero el aplicador del derecho ha dejado de tener el deber de usarla para calificar el caso judicial.

5 Dicho de manera breve, esta primera manera de entender la derrotabilidad supone el cambio de calificación normativa de una acción como resultado de: i) sustituir el alcance de una norma por otro más reducido, a efectos de que esta no sea más internamente aplicable a la acción; o ii) identificar aspectos de la acción que permiten identificar que esta, bien entendida, está fuera del alcance de la norma.

Para alcanzar esta conclusión tomaré los siguientes pasos. En el capítulo I realizaré un análisis de las teorizaciones sobre la noción de derrotabilidad formuladas desde la teoría de la estructura de las normas. Dicho en breve, estudiaré a quienes consideran que la derrotabilidad nos permite aclarar un elemento del antecedente. Para ello, analizaré y criticaré las tesis de H.L.A. Hart, Giovanni Sartor, Neil MacCormick, y Luis Duarte d'Almeida.

En el capítulo II realizaré un análisis de las teorizaciones sobre la noción de derrotabilidad formuladas desde la teoría de los conflictos normativos. Dicho en breve, estudiaré a quienes consideran que la derrotabilidad nos permite aclarar un resultado de haber resuelto una antinomia. Para ello, analizaré y criticaré las tesis de H. Andrea Dolcetti, Giovanni Battista Ratti, Jorge Rodríguez, y Jordi Ferrer.

Finalmente, en el capítulo III realizaré una síntesis y balance de las teorías de la derrotabilidad analizadas para poner de relieve cuáles son sus tesis comunes y cuáles son las divergentes. Ello me permitirá justificar que podemos diferenciar entre dos formas de entender la derrotabilidad en la teoría del derecho: por un lado, quienes han conceptualizado esta noción para dar cuenta de una norma que ha dejado de ser relevante para responder el problema normativo; y, por el otro lado, quienes han conceptualizado esta noción para dar cuenta de la pérdida del deber del aplicador del derecho de tener que usar una norma en la justificación de su decisión institucional que resuelve el problema normativo.

CAPÍTULO I

DERROTABILIDAD Y ESTRUCTURA DE NORMAS

1. Introducción

En el presente capítulo, analizaré y criticaré las propuestas teóricas que emplean la noción de derrotabilidad como parte de discusiones sobre cuál es la mejor manera de presentar la estructura de las normas⁶. Ello en dos sentidos: como noción que nos permite aclarar un tipo de condición en el antecedente (condición derrotante o excepción) y como noción que nos permite especificar un tipo de norma condicional (norma con un antecedente o con una conectiva debilitada).

Para tales efectos, dividiré el análisis en tres apartados. En la sección 2 presentaré algunas clarificaciones y precisiones con tres propósitos: i) identificar, brevemente, a qué aluden las discusiones sobre la estructura de normas; ii) aclarar cuáles son los elementos estructurales de las normas relevantes al momento de discutir sobre derrotabilidad; y iii) aclarar la noción de aplicabilidad que emplearé a lo largo de esta investigación.

En la sección 3 analizaré las aproximaciones a la noción de derrotabilidad que la entiende como un concepto que nos permite identificar un tipo de condición dentro del antecedente de las normas. De manera más precisa, analizaré dos aproximaciones diferentes, pero vinculadas entre sí: por un lado, las propuestas que entienden la derrotabilidad como una forma de

6 Debo precisar que el análisis del presente capítulo estará centrado, principalmente, en normas prescriptivas, esto es, normas empleadas para guiar la conducta de sus destinatarios.

señalar que el antecedente de las normas está compuesto por conceptos jurídicos sujetos a excepciones que no pueden ser determinadas *ex ante* a la aplicación del caso. Por el otro lado, analizaré las propuestas que entienden la derrotabilidad como una noción que clarifica el efecto que poseen determinados actos procesales y probatorios del demandado sobre la pretensión del demandante.

Por último, en la sección 4 analizaré la aproximación a la noción de derrotabilidad que la entiende como un concepto que nos permite aclarar un tipo de norma condicional: normas que poseen un antecedente compuesto por condiciones contribuyentes para el consecuente. Para ello, me concentraré en analizar, dada su trascendencia en la literatura especializada, la propuesta de Carlos Alchourrón.

Como veremos, el punto compartido por todas estas aproximaciones a la noción de derrotabilidad es teorizar sobre cómo están estructuradas las normas. Dentro de esta discusión, como veremos, la noción de derrotabilidad, desde la teoría de la estructura de las normas, ha sido empleada para: i) diferenciar entre tipos de propiedades contenidas en el antecedente; y ii) caracterizar formas de entender las normas condicionales.

2. Estructura de las normas: nociones y distinciones relevantes

Para los efectos de la presente investigación entiendo por norma al significado atribuido a una disposición (norma expresa) o una construcción jurídica (norma implícita), por la cual se correlaciona un caso genérico a una consecuencia normativa⁷. Me explico de manera más clara.

7 Asumo como presupuesto teórico una teoría no cognitivista moderada y, en especial, las distinciones de Riccardo Guastini (Guastini, 2018). De todas ellas, es oportuno resaltar las siguientes: a) distinción entre disposición y norma; b) distinción entre interpretación como un acto de conocimiento, de creación de derecho, o de decisión; y c) distinción entre interpretación en sentido estricto y construcción jurídica.

En primer lugar, por disposición se hace referencia al enunciado lingüístico que es objeto de interpretación. En cambio, por norma se alude al significado atribuido a la disposición.

En segundo lugar, por interpretación como un acto de conocimiento se entiende la identificación de los significados que pueden ser atribuidos a una disposición, habiéndose aplicado las reglas lingüísticas sintácticas, semánticas y pragmáticas compartidas, las distintas técnicas interpretativas en uso y las tesis dogmáticas difundidas en la doctrina. Por interpretación como acto de creación del derecho se entiende la acción del intérprete de crear un nuevo significado para un texto —esto es, un significado que no forma parte del conjunto de significados atribuidos en el pasado ni atribuibles— empleando métodos interpretativos disponibles en la comunidad jurídica. Por interpretación como acto de decisión se entiende la acción del intérprete de elegir uno de los posibles sig-

Por «norma explícita» entiendo todos aquellos significados que se pueden atribuir a textos normativos. Da cuenta, en este sentido, de los posibles significados que podemos identificar a partir de un texto, empleando las técnicas de interpretación disponibles⁸. Esta noción comprende todos aquellos resultados interpretativos que han sido formulados habiéndose aplicado al menos alguna de las reglas lingüísticas sintácticas, semánticas y pragmáticas compartidas, las distintas técnicas interpretativas en uso y las tesis dogmáticas difundidas en doctrina. Dicho en breve, se refiere a los significados posibles (en un determinado espacio-tiempo en una comunidad jurídica) de una/as disposición/es⁹.

Por «norma implícita» entiendo todas aquellas normas que han sido creadas por una autoridad competente en sede de aplicación del derecho. En otros términos, este tipo de normas son el resultado de haber empleado una técnica de construcción jurídica¹⁰. Esto último quiere decir que son normas que: i) no se pueden atribuir como un significado posible de un texto normativo; y ii) no son implicaciones lógicas de una norma expresa.

Si bien el origen puede ser diferente (por interpretación de una disposición o creación judicial del derecho), ambos tipos de normas comparten un mismo tipo de estructura: condicional. Las normas como estructuras condicionales que se componen (en términos generales) de tres elementos: un antecedente, una conectiva que de cuenta de la relación de implicación y un

nificados identificados o creados para atribuirlo como significado de una disposición.

En tercer lugar, la interpretación en sentido estricto engloba a todos aquellos métodos y resultados consistentes en identificar significados posibles y elegir entre uno de ellos como significado de una disposición (o combinación de estas). Por último, por construcción jurídica se alude todas aquellas operaciones de creación de normas por parte de los aplicadores del derecho. Desde esta teoría, para atribuir un significado a un texto se debe formular una premisa normativa («el texto debe ser entendido como»), significado que puede ser producto de una actividad de descubrimiento (interpretación cognitiva) o no.

8 Chiassoni, 2011, p. 311. Chiassoni, 2019a, pp. 22, 105.

9 Guastini, 2018, p. 49. Las normas expresas, en este sentido, serían todas aquellas normas que forman parte del marco de significados posibles (aquellos significados identificados mediante una interpretación cognitiva). Aclarado el sentido de norma expresa, ello permite poder introducir algunas precisiones respecto a qué es exactamente lo que producen los legisladores. Siguiendo a Chiassoni (quien, además, formula su propuesta desde la teoría del marco), los legisladores son creadores de disposiciones, esto es, de enunciados lingüísticos que son objeto de la interpretación. Qué normas expresa esta disposición como hemos visto, depende de las técnicas interpretativas disponibles que poseen los intérpretes en una determinada comunidad jurídica. De ser esto así, entonces, los legisladores no crean normas, sino textos a los cuales podemos atribuirle un conjunto de normas expresas. Chiassoni, 2019b, p. 111. En este mismo sentido Waldron al señalar «*w/jords do not determine meanings, people do. No amount of staring at the words of a rule, then staring at the world, then staring at the words again, will tell us when we have a proper application*». Waldron, 1994, p. 510.

10 Guastini, 2018, p. 166. Guastini, 2012a, p. 34, Guastini, 2019a, p. 17. Guastini, 2012b, pp. 215-16.

consecuente normativo. El antecedente está compuesto por el caso genérico que incluye una propiedad o conjunto de propiedades relevantes combinadas¹¹. La conectiva representa la relación de implicación se refiere al tipo de conexión que se pretende expresar entre el antecedente y el consecuente. Finalmente, el consecuente representa la acción o actividad deónticamente modalizada que ha de ejecutarse tras verificarse (en un caso individual) las propiedades contenidas en el antecedente.

Cabe precisar que el orden de estos elementos es determinante respecto al tipo de norma condicional que se pretende dar cuenta. De manera breve, el debate sobre representar la estructura de las normas condicionales jurídicas se ha caracterizado por dos posturas en competición: la concepción puente y la concepción insular de normas¹². Sobre estas profundizaré un apartado posterior¹³.

Para los fines de este capítulo, en el presente subapartado presentaré algunas nociones y distinciones sobre cómo están estructuradas las normas. Ello con el propósito de clarificar algunos puntos relevantes sobre la discusión sobre la estructura de normas y, posteriormente, emplear estas nociones para esclarecer las aproximaciones a la noción de derrotabilidad que han incidido sobre la identificación de elementos estructurales de las normas. En este sentido, no pretendo hacer una reconstrucción exhaustiva de las discusiones sobre cómo han sido entendidas las normas condicionales en la literatura especializada¹⁴, únicamente pretendo aclarar algunas herramientas conceptuales que me permitirán esclarecer aún más las discusiones sobre este tipo de aproximaciones a la noción de derrotabilidad.

Asimismo, dentro de las discusiones sobre la estructura de normas la literatura especializada en derrotabilidad se suele presentar esta noción de manera vinculada a la noción de excepciones. Esto es, como un concepto teórico que nos permite o bien identificar excepciones, o bien clarificar las ope-

11 Sobre este punto profundizaré en breve. Cabe agregar que la terminología a emplear para denominar a cada componente estructural de la norma varía conforme al autor. Por ejemplo, Schauer llama al antecedente «predicado fáctico» (Schauer, 2004, p. 82), MacCormick utiliza la etiqueta «hechos operativos» (MacCormick, 1978, p. 43), y Gottlieb le llama «prótasis» (Gottlieb, 2020, p. 48, de igual forma, Twining y Miers, 2010, p. 90). Para los propósitos de esta investigación utilizaré «antecedente» para dar cuenta al conjunto de propiedades que determinan el alcance de una norma.

12 Rodríguez, 2005b.

13 Para los efectos de este apartado general asumiré la concepción puente de las normas. De acuerdo con esta, las normas condicionales son representadas de la siguiente forma: (p->Oq). De esta forma el operador deóntico solo afecta el consecuente. Esto quiere decir que el compromiso deóntico asumido bajo esta propuesta es que las normas condicionales son un puente que vincula lo que es (o podría ser) un caso con lo que debe ser.

14 Para una presentación breve de cómo las estructuras condicionales son empleadas para expresar diferentes tipos de conexiones (o conectivas) y dependencias entre elementos (relaciones conceptuales, de causalidad y epistémicas entre dos objetos) ver Cantwall, 2018.

raciones por las que creamos excepciones. Ahora bien, previo a profundizar sobre este punto, es menester preguntarse qué quiere decir «excepciones».

Para estos propósitos pasaré a presentar breves respuestas a dos preguntas de clarificación: i) qué pretenden aclarar las teorías sobre la estructura de normas; y ii) qué quiere decir que un elemento del antecedente opera como excepción.

2.1. Discusiones sobre la estructura de normas

En relación con la primera pregunta, cabe señalar que dentro de las diversas discusiones teóricas sobre las normas jurídicas podemos diferenciar entre discusiones sobre cómo individualizar normas y discusiones sobre cómo están estructuradas las normas. Las primeras son discusiones teóricas sobre cómo descomponer el material jurídico a efectos de presentar el derecho en unidades que sean calificables de normas jurídicas¹⁵. Las segundas, en cambio, son discusiones teóricas sobre qué elementos conforman las normas identificadas, cómo están articulados estos elementos, y qué implican estos elementos. Como podemos ver, son problemas distintos, pero interdependientes entre sí.

Parto por asumir que no existe una forma teórica de exponer la estructura, identidad o individualidad de las normas que sea correcta, en abstracto, por sobre las demás. De lo que disponemos son de nociones empleadas para analizar el derecho desde un plano teórico con distintos propósitos. Suponer lo contrario es, como bien señala Honore, convertirse en víctima de una extraña forma de metafísica analítica¹⁶.

La identificación y la estructuración de las normas forman parte de preguntas teóricas diferentes, pero vinculadas estrechamente, pues las respuestas que demos a la segunda esclarecen de los elementos de la primera. Las discusiones sobre la identificación de normas parten por preguntarse cómo interpretar el material jurídico para formular prescripciones a partir de este. En otros términos, engloba las propuestas y debates sobre qué criterios se deben emplear para determinar la identidad de las normas (qué es una norma, qué es un fragmento de norma, entre otras)¹⁷.

15 Bayón, 2003b, p. 290.

16 Honore, 1977, p. 100. Dicho autor ha resaltado el problema de la individualización a partir de cómo los dogmáticos (anglosajones) entienden el término «norma». En efecto, no se realiza una equivalencia entre un acto de promulgación y una norma, no es lo mismo, necesariamente, una regla que un artículo de una ley. Tampoco lo es una regla jurisprudencialmente creada y una sentencia. Lo que hacemos es extraer reglas, no mediante actos de reproducción, sino por actos de individualización empleando material jurídico que puede ser diverso. Honore, 1977, pp. 100-101.

17 Raz, 1986, p. 97, Hart, 1982, p. 107. Las preguntas sobre cómo identificar normas, conforme los presupuestos teóricos asumidos en esta investigación, es entendida como una pregunta sobre cómo interpretar el material jurídico.

CONFLICTOS ENTRE NORMAS Y DERROTABILIDAD: UNA PROPUESTA DE ANÁLISIS

Los teóricos jurídicos suelen emplear la noción de derrotabilidad para explicar, de mejor manera, qué es lo que hacen los aplicadores del derecho al crear excepciones implícitas a normas. Sin embargo, existen muchas discusiones abiertas sobre cómo entender dicho concepto.

En este contexto, el presente libro analiza las principales teorizaciones sobre la noción de derrotabilidad en la teoría del derecho, organizando la discusión en tres capítulos. En el primero, discute las teorizaciones formuladas desde la teoría de la estructura de las normas. En el segundo capítulo, analiza las teorizaciones formuladas desde la teoría de los conflictos normativos. Finalmente, en el tercero, se ofrece una síntesis y balance de las teorías analizadas, poniendo de relieve cuáles son sus tesis comunes y las divergentes.

A partir de este análisis se justifica que podemos diferenciar dos formas de entender la derrota de normas o creación de excepciones implícitas en la teoría del derecho: por un lado, quienes han conceptualizado esta noción para dar cuenta de que una norma que ha dejado de ser relevante para resolver un determinado problema normativo; y, por el otro lado, quienes han conceptualizado esta noción para dar cuenta de la pérdida del deber del aplicador del derecho de tener que usar una norma en la justificación de su decisión institucional que resuelve el problema normativo.



VÍCTOR GARCÍA YZAGUIRRE

Abogado por la Universidad de Lima. Máster en Derechos Fundamentales por la Universidad Carlos III de Madrid. Máster en Argumentación Jurídica por la Universidad de Alicante y la Universidad degli studi di Palermo. Máster en Estado de Derecho Global y Estado Constitucional por la Universidad degli studi di Genova. Doctor en Derecho por la Universidad Austral de Chile y la Universidad degli studi di Genova. Profesor de Teoría del Derecho de la Universidad de Los Lagos (Chile).

PVP: 20,00 €

ISBN: 978-84-1359-506-1



9 788413 595061