

# Razonamiento jurídico y Estado Constitucional

*Una teoría sobre la derrotabilidad jurídica*

Roger Rodríguez Santander



Palestra

Publicación  
editada  
en el Perú  
por Palestra Editores



Cultura Chancay (entre los años 1200 y 1470 d.C.)

RAZONAMIENTO JURÍDICO Y  
ESTADO CONSTITUCIONAL  
Una teoría sobre la derrotabilidad jurídica

Roger Rodríguez Santander

RAZONAMIENTO JURÍDICO Y  
ESTADO CONSTITUCIONAL  
Una teoría sobre la  
derrotabilidad jurídica



Lima — 2022

RAZONAMIENTO JURÍDICO Y ESTADO CONSTITUCIONAL

Una teoría sobre la derrotabilidad jurídica

Roger Rodríguez Santander

*Primera edición Digital, abril 2022*

© 2022: Roger Rodríguez Santandes

© 2022: PALESTRA EDITORES S.A.C.

Plaza de la Bandera 125 - Lima 21 - Perú

Telf. (+511) 6378902 - 6378903

palestra@palestraeditores.com / [www.palestraeditores.com](http://www.palestraeditores.com)

Diagramación y Digitaliación:

Gabriela Zababurú Gamarra

Cuidado de Estilo y Edición:

Manuel Rivas Echarri

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N.º 2022-03252

ISBN Digital: 978-612-325-256-4

Todos los derechos reservados. Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta obra, bajo ninguna forma o medio, electrónico o impreso, incluyendo fotocopiado, grabado o almacenado en algún sistema informático, sin el consentimiento por escrito de los titulares del Copyright.

*“A Delfina María, mi décima nieta, y nuevamente a sus padres  
María Elena Cappelto y Rodolfo Luis Vigo”*



Esta publicación fue sometida a revisión por pares  
(peer review) en modalidad doble-ciego,  
con la finalidad de garantizar la calidad de su contenido.

# CONTENIDO

NOTA PRELIMINAR Y AGRADECIMIENTOS

INTRODUCCIÓN

## *Capítulo I*

### CONCEPTO DE DERROTABILIDAD JURÍDICA

1. Orígenes de la alusión al fenómeno de la derrotabilidad jurídica
2. Delimitación del concepto de derrotabilidad jurídica
3. Derrotabilidad jurídica: una visión descriptiva y otra prescriptiva
4. Relaciones y diferencias entre los conceptos de derrotabilidad, invalidez e inaplicación normativas
5. Relaciones entre los conceptos de derrotabilidad jurídica, lagunas axiológicas y antinomias especiales

## *Capítulo II*

### DIGNIDAD HUMANA Y CAUSAS DE LA DERROTABILIDAD JURÍDICA EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL

1. El concepto de derecho y su vinculación con la moral
2. La dignidad humana como fundamento de los Derechos fundamentales y fin supremo del estado constitucional
3. Los derechos fundamentales como manifestaciones de la dignidad humana
4. Los derechos fundamentales como causa de la derrotabilidad jurídica

## *Capítulo III*

### LA DERROTABILIDAD JURÍDICA EN EL MARCO DE LA SEPARACIÓN CONCEPTUAL ENTRE PRINCIPIOS Y REGLAS

1. Plenitud jurídica y principios: una aproximación histórica a partir de los principios generales del Derecho
2. Las definiciones del concepto «principios»
3. Principios y razonamiento jurídico
4. Tesis sobre la inexistencia de la separación conceptual entre principios y reglas: el Derecho como sistema de reglas
5. Tesis sobre la existencia de la separación conceptual entre principios y reglas

#### *Capítulo IV*

### CONFLICTO ENTRE NORMAS, RAZONAMIENTO JURÍDICO Y DERROTABILIDAD

1. La visión no conflictivista de las normas jurídicas y el escepticismo frente a la ponderación y la derrotabilidad jurídica
2. La visión conflictivista de las normas jurídicas y su relación con la ponderación
3. Las diferencias entre el razonamiento jurídico y el razonamiento moral
4. Las normas jurídicas como razones atrincheradas o excluyentes
5. La derrotabilidad de las razones supuestamente atrincheradas o excluyentes y la actitud deliberativa del intérprete
6. El objeto de la ponderación y de la derrotabilidad jurídica: ¿disposiciones y/o normas?

#### *Capítulo V*

### META-REGLAS PARA LA ARTICULACIÓN RACIONAL DE UN RAZONAMIENTO JURÍDICO DERROTABLE

1. Antinomias constitucionales y derrotabilidad jurídica
2. La estructura del principio de proporcionalidad y la validez de normas infraconstitucionales
3. Convenciones y ponderación
4. Derrotabilidad jurídica sobre la base de la articulación de reglas y principios en los casos individuales

#### *Capítulo VI*

### DERROTABILIDAD, INDETERMINACIÓN JURÍDICA Y PRECEDENTE CONSTITUCIONAL VINCULANTE

1. Principales consecuencias de la derrotabilidad jurídica
2. Jueces y razón, legisladores y voluntad
3. Concepto y características del precedente constitucional vinculante
4. El precedente constitucional vinculante ante la derrotabilidad jurídica y la indeterminación del Derecho: una propuesta

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

# NOTA PRELIMINAR Y AGRADECIMIENTOS

**E**l antecedente más remoto de este libro se encuentra en el trabajo de investigación que fue presentado para obtener la diplomatura en el Diplomado del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de España, en su edición 2007-2008, y que obtuvo el premio a uno de los dos mejores trabajos de investigación en esa edición. También fue un insumo fundamental la investigación realizada para la presentación, en julio de 2008, de la tesina para obtener el título de Máster en Estudios Avanzados en Derechos Humanos en la Universidad Carlos III de Madrid, que llevó por nombre «La acción de la moral en el Derecho. Análisis de la derrotabilidad como propiedad de las normas jurídicas en el Estado Constitucional», y cuya sustentación obtuvo la máxima calificación de 10. Sin embargo, en definitiva, el contenido de esta obra es, en altísima medida, reflejo del contenido de la tesis presentada en enero de 2016 para obtener el grado de Doctor en Estudios Avanzados en Derechos Humanos en esa misma casa de estudios, que llevó por título «Una teoría sobre la derrotabilidad jurídica en el Estado Constitucional», y cuya sustentación mereció la calificación de sobresaliente con la máxima mención *Cum Laude*.

Agradezco al personal del Instituto de Derechos Humanos «Gregorio Peces-Barba» de la Universidad Carlos III de Madrid que me cobijó durante dos años mientras realizaba esta investigación. Singularmente, a María del Carmen Barranco, por su paciente y acertada dirección; a Rafael de Asís, presidente del jurado ante el que sustenté la tesis doctoral, quien siempre estuvo dispuesto a prestarme el apoyo institucional cada vez que lo necesité; y a Rafael Escudero, por su amistad e importantes consejos desde que asomé por España.

Edgardo Rodríguez Gómez y Gilmer Alarcón Requejo, fueron mi guía y mi apoyo personal desde que llegué al Instituto. Mi agradecimiento por ello. A Edgardo, en particular, le agradezco por la invaluable amistad que hemos seguido construyendo desde nuestro retorno a Perú.

Mi agradecimiento a la Unión Europea por concederme una beca Alban (América Latina Becas de Alto Nivel) para la realización de las investigaciones.

Agradezco también al Tribunal Constitucional de Perú, mi centro de labores por muchos años, cuyos magistrados, en 2006, tuvieron el gesto de concederme una licencia oficializada (algo inédito hasta entonces en la institución) para poder realizar los estudios que sirvieron de base a esta obra. Es en el Tribunal en el que nació mi inquietud por los vínculos del Derecho Constitucional con la Filosofía y la Teoría del Derecho.

Aunque mi agradecimiento es con muchas personas que laboraron o laboran en ese motivador espacio de reflexión jurisdiccional, además de agradecer a quienes han sido magistrados en esa institución, agradezco, en particular, a Daniel Figallo, Edgar Carpio, Pedro Grández, Giancarlo Cresci y Javier Adrián, por su amistad, nuestras interesantes conversaciones y sus lúcidas reflexiones.

Cuando un día de junio de 2002, llegué a laborar al Tribunal, por esas cosas del destino, me ubicaron en una oficina en la que se encontraban Edgar y Daniel. A partir de entonces, gracias a su apoyo, mi futuro se condicionó favorablemente en muchos aspectos. Gracias a los dos por ello. En el caso de Daniel, además, le agradezco por abrirme las puertas que me permitieron iniciar varias enriquecedoras experiencias profesionales en el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. A Pedro y Giancarlo les agradezco por la tan valiosa cercanía familiar; y a Pedro, adicionalmente, por tempranamente invitarme a editar este libro.

A Shirley, mi esposa, el amor de mi vida y mi luz, le agradezco porque real y espiritualmente siempre me toma de la mano; por ser mi compañera, mi cómplice, el centro de mi vida y la razón de amor de la que aprendí, y sigo aprendiendo, la paz y el equilibrio.

A mis hijas Lucía e Isabela, y a mi hijo Sebastián, les agradezco por ser mi fuerza interior, mi mayor motivación, mi razón de existencia y por regalarme los momentos más felices de mi vida. Los amo con toda mi alma. Ustedes son y serán siempre solo alegría en mi corazón.

Finalmente, mi agradecimiento a mis padres, Susana y Roger, a quienes va dedicado este libro. Tal como cuando era niño, cuando por algún motivo llega algo de oscuridad, me enfoco en alguna palabra, algún gesto o algún acto suyo, y todo se aclara de nuevo. La esencia de todo lo bueno que hay en mi vida se la debo a ellos. Su enseñanza del pasado y del presente, es la mayor garantía de amor para el futuro de mi familia.

El autor

# INTRODUCCIÓN

**E**l 24 de noviembre de 1996, el Tribunal Constitucional Federal alemán declaró la validez constitucional de unas sentencias penales que condenaban por la comisión del delito de homicidio a unos exmilitares, por unos hechos acaecidos en el año 1984, bajo circunstancias en las que, de conformidad con el Derecho vigente y aplicable en ese año, no podían ser considerados como una conducta típica y antijurídica (BVerfGE 95, 96). El artículo 103° 2 de la Ley Fundamental de Bonn, dispone que «[u]n acto solo podrá ser penado si su punibilidad estaba establecida por ley anterior a la comisión del acto». En ningún extremo de dicha Norma Fundamental se establece expresamente que la aplicación de este artículo pueda ser exceptuado bajo alguna circunstancia.

El 15 de septiembre de 2003, el Tribunal Constitucional español consideró amparada por el derecho fundamental a la libertad de información, la difusión de una serie de datos personales procedentes del sumario de un proceso judicial que aún no había ingresado en la etapa de juicio oral (STC español 158/2003). El primer párrafo del artículo 301° de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española, establece que «[l]as diligencias del sumario serán secretas hasta que se abra el juicio oral, con las excepciones determinadas en la presente Ley». Ningún extremo de la ley prevé que alguna de tales excepciones pueda sustentarse en el ejercicio del derecho fundamental a la información.

El 21 de julio de 2006, el Tribunal Constitucional peruano declaró fundada una demanda de amparo presentada contra una resolución del Jurado Nacional de Elecciones (JNE), por violación del principio de presunción de inocencia, además de otros derechos fundamentales (STC peruano 2730-2006-PA). El artículo 181° de la Constitución peruana dispone que las resoluciones del JNE «son dictadas en instancia final, definitiva, y no son revisables. Contra ellas no

procede recurso alguno». En el sistema jurídico peruano no se recoge ninguna excepción expresa al mandato de este artículo.

La lista de esta clase de casos podría ser muy larga e incluir sentencias de la Corte Constitucional colombiana, de la Sala Constitucional de la Corte Suprema costarricense, de algunos de los más noveles tribunales constitucionales de Europa del Este, y de otros muchos órganos jurisdiccionales en todo el mundo. Pero seguramente con los casos citados basta para advertir un problema jurídico de singular excepcionalidad y relevancia: en todos ellos una regla jurídica semánticamente clara, manteniendo su validez abstracta, ha sido inaplicada, a pesar de haberse verificado un hecho (caso individual) claramente subsumible en su supuesto normativo (caso genérico), y sin que exista en el ordenamiento una excepción expresa a su contenido deóntico.

Una posibilidad de explicar estos sucesos consiste en sostener que los órganos jurisdiccionales ya no aplican el Derecho o que, en todo caso, lo aplican solo cuando se acomoda a su particular sentido de la justicia. En otras palabras, un modo de explicar el fenómeno consiste en afirmar que el Derecho no es vinculante, por ejemplo, para los tribunales constitucionales. Lo curioso es que, si así fuese, estaríamos ante una suerte de órganos anárquicos, que, sin embargo, y más allá de eventuales y atendibles cuestionamientos, suelen contar con el apoyo de los poderes democráticos y de las sociedades en general, que no parecen haber reaccionado institucionalmente (se insiste, más allá de algunos eventuales sucesos que finalmente no suelen trascender) contra estos modos de actuación. Por el contrario, en muchas latitudes, en términos generales, suele existir un manto de legitimidad y de reconocimiento hacia dicha posibilidad de razonamiento por parte de la jurisdicción.

Por ello, parece preciso buscar otra razón. Y ella debe partir de la premisa de que allí donde la dignidad humana y los derechos fundamentales han alcanzado una reconocible fuerza jurídico-vinculante, el Derecho parece haberse transformado, y ahora puede ser aplicado bajo ópticas que ponen a prueba muchas de las clásicas creencias sobre su configuración, entre ellas, la de su certeza o previsibilidad como valores preeminentes. Este nuevo enfoque de lo jurídico alcanza con singular notoriedad a las jurisdicciones constitucionales, llamadas usualmente a definir en última instancia el contenido del Derecho. Es esta relación simbiótica entre la juridicidad constitucional y la jurisdicción

constitucional, la que llevó a W. Kägi a realizar la siguiente afirmación: «dime lo que piensas de la justicia constitucional y te diré qué concepto de Constitución tienes»<sup>1</sup>; frase que, atendiendo a la fuerza vinculante y expansiva de los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente, hoy en día podría ser reformulada del siguiente modo: «dime lo que piensas de la justicia constitucional y te diré qué concepto de Derecho tienes».

Las consecuencias de la acción de la moral incorporada en el Derecho resultan ser más fuertes, trascendentes y complejas de lo que parecía en un primer momento. Originalmente se creía que dotar de vinculatoriedad a la moral reconocida por el Derecho no impediría que aquélla sea delimitada y finalmente sometida por la lógica y la institucionalidad de este. Pero, actualmente, parece ser que la consecuencia ha sido distinta. La moral instituida por el Derecho ha logrado que los rasgos institucionales de lo jurídico ingresen en un proceso de interacción con los principios morales juridificados. La lógica, la subsunción y el razonamiento deductivo, que antes se creía que deberían gobernar el juicio jurídico, incluso estando de por medio la aplicación de normas con alto contenido moral, ahora parecen tener que interactuar con la tópic, la ponderación y el razonamiento problemático o práctico. Se trata, en definitiva, de un panorama que se condice bien con el siguiente diagnóstico de Alexy: más principios que reglas, más ponderación que simple subsunción, más jueces que legislador, y más Constitución que ley<sup>2</sup>.

Este es el escenario que permite que, sin necesidad de explorar más allá de las fronteras del Derecho positivo, puedan verificarse sucesos como los descritos al iniciar estas líneas. Se trata de sucesos que exigen una aproximación teórica al problema jurídico que en ellos subyace.

La tesis principal de este estudio es que, en los sistemas jurídicos cuyas constituciones reconocen e incorporan una moral sustantiva vinculante identificada con la defensa de la dignidad humana y los derechos fundamentales, esto es, por antonomasia, en los Estados Constitucionales, los servidores públicos deben asumir que una norma jurídica, con independencia de la estructura y grado de claridad y autonomía semántica que posea, puede ser inaplicable a un caso individual lógicamente subsumible en ella, en virtud del mayor peso de las razones morales derivadas, directa o indirectamente, de las normas jurídicas que reconocen derechos fundamentales y, en definitiva, de aquella que reconoce a la dignidad como valor jurídico supremo. De esta

manera, se sostiene que, en estos escenarios, debe asumirse que la derrotabilidad es una propiedad de la norma jurídica, sustentada en la acción de la moral reconocida por el Derecho.

No se soslaya que, a partir de los presupuestos de este estudio, *stricto sensu*, todo sistema jurídico que cobije en su Norma Fundamental una moral sustantiva vinculante puede desencadenar la derrotabilidad potencial de sus normas, con prescindencia de si dicha moral se identifica o no con los derechos que tienen como fundamento axiológico a la dignidad humana. Empero, este estudio se circunscribe a analizar el fenómeno en el marco de los denominados Estados Constitucionales.

La derrotabilidad de las normas jurídicas ha sido abordada desde distintos enfoques por la doctrina, y haciendo alusión a fenómenos no siempre relacionados entre sí. Sin embargo, en diversas ocasiones se ha negado su correspondencia cabal con el discurso jurídico, sea porque se cree que no tiene ningún espacio en él, o porque se considera que sus alcances son considerablemente limitados. En este estudio, sin embargo, no solo se defiende su plena correspondencia con el discurso jurídico práctico, sino su potencial conexión con la globalidad del Derecho, dejando a salvo, eso sí, determinadas reglas derivadas de la dignidad humana, cuya inderrotabilidad genera la imposibilidad de establecer una conexión conceptual entre el fenómeno de la derrotabilidad jurídica que aquí se postula y el particularismo jurídico extremo.

El derrotero de la exposición en los seis capítulos del estudio permitirá transitar por cinco aspectos vinculados con la derrotabilidad jurídica: a) su concepto, b) sus causas, c) su operatividad funcional, d) sus consecuencias, y e) una propuesta para aminorar los alcances de la que es su principal consecuencia, a saber, la indeterminación jurídica.

En efecto, el primer capítulo se ocupa de brindar el concepto de derrotabilidad jurídica que aquí se maneja. En tal sentido, se parte de dos elementos que sirven como antecedentes del enfoque de derrotabilidad jurídica que será propuesto. El primero se encuentra relacionado con la siempre incompleta formulación de los conceptos jurídicos que preocupaba al primer Hart, y el segundo con la teoría de los deberes morales *prima facie* de W. D. Ross. Inmediatamente, se hace alusión a ciertas manifestaciones en el Derecho que suelen ser asociadas con la derrotabilidad, pero que no se condicen con la relevancia práctica que aquí se le asigna, para luego hacer énfasis en los

elementos que se consideran necesariamente relacionados con el fenómeno. En particular, se analizará cómo el discurso sobre la derrotabilidad se aleja considerablemente del concepto de invalidez en sentido abstracto que tanto caracteriza al operador jurídico europeo continental, y se asocia más bien con el concepto de inaplicabilidad concreta, tan cercana al pensamiento jurídico anglosajón, a su enfoque práctico del Derecho, a la verificación de lagunas axiológicas y a la constatación de que las normas pueden protagonizar una serie de antinomias especiales, solo apreciables a la luz de un caso concreto.

Al abordar las causas de la derrotabilidad, en el segundo capítulo, se partirá de una visión general de la relación entre moral y Derecho, y de las particularidades que pueden derivarse de la acción de aquella cuando es incorporada a este. Evidentemente, en este ámbito la dignidad humana, conforme al sentido que se le adjudicará —vinculado con la autonomía y con la consideración del ser humano como fin en sí mismo— y los derechos fundamentales, gozarán de un singular protagonismo, analizándose cómo desde su reconocimiento en los documentos jurídicos han ido gobernando con cada vez mayor notoriedad el criterio de los órganos jurisdiccionales. En esa medida, se abordará el tránsito del Estado de Derecho al Estado Constitucional como escenario en el que, de la mano de la jurisdicción constitucional y del principio de interpretación de las normas de conformidad con la Constitución, la dignidad humana y los derechos fundamentales evidencian un efecto irradiatorio hacia todo el ordenamiento jurídico, el cual actúa como principal causa de la derrotabilidad jurídica.

El estudio de la derrotabilidad jurídica exige analizar el modo en el que pueden ser concebidas las normas jurídicas y las relaciones existentes entre ellas. Esto lleva a situarse en el campo de la separación conceptual entre principios y reglas. Es justamente de esta temática de la que se ocupa el tercer capítulo.

Que existan principios en el Derecho no es algo que se acepte pacíficamente, sobre todo considerando que se les concibe de un modo muy diverso. La manera en la que suelen ser relacionados con una particular forma de razonamiento jurídico, muchas veces asociada con una suerte de *iusnaturalismo*, lleva a que desde ciertas perspectivas positivistas sean objeto de un abierto rechazo. Existen, en efecto, algunas posturas que niegan la existencia de la separación conceptual entre principios y reglas, y conciben al Derecho

como un conjunto de reglas, sea porque se considera que las propiedades de los casos genéricos de las normas actúan como razones concluyentes (lógica deóntica), sea porque se considera que no tienen posibilidad de limitarse unas a otras (teoría interna de los derechos fundamentales).

Desde otra perspectiva, se defiende la idea de que en el Derecho pueden convivir tanto reglas como principios, siendo dos clases de normas entre las que existen diferencias cualitativas, pues mientras las primeras son aplicadas como operadores binarios (a la manera de «todo o nada»), los segundos se aplican gradualmente en atención al peso de su fuerza normativa en cada caso concreto (tesis fuerte de la separación conceptual). Frente a esta tesis, surge otra que propugna que la diferencia entre principios y reglas difícilmente puede ser establecida *ex ante* o en base a una característica ontológica de la norma, pues surge en el momento interpretativo, de forma tal que una misma norma puede actuar como un principio en un caso, y como una regla en otro (tesis débil de la separación conceptual).

Afirmar que la derrotabilidad es una propiedad de la norma jurídica, significa afirmar que ella, llegado el momento, puede actuar como un principio. En esa medida, existe proximidad entre la tesis de la derrotabilidad jurídica y la tesis débil de la separación conceptual entre principios y reglas. Aunque lo dicho, desde luego, no impide que paradigmáticamente una regla pueda ser caracterizada como una norma con autonomía semántica, y un principio como una norma con indeterminación semántica y alta carga axiológica, por ser este usualmente expresión en sí mismo de un valor.

En el cuarto capítulo se plantearán argumentos para sostener que es correcto asumir que los ámbitos protegidos por las normas jurídicas —en particular, por las *iusfundamentales*— pueden ser conflictivos, y que, en consecuencia, a veces es necesario ponderar la importancia o peso que sus razones ofrecen para solucionar el trance.

Ello, sin embargo, no debe llevar a confundir el razonamiento jurídico con el razonamiento moral. Se verá que, en el caso de los Estados Constitucionales, si bien el razonamiento jurídico toma en cuenta criterios morales, solo acepta como válidos aquellos que deriven de la moral legalizada que tiene como criterio último de validez el valor de la dignidad humana, a lo cual se suma que los rasgos institucionales del Derecho incorporan principios formales que

interactúan con la moral sustantiva legalizada, cuestión que no ocurre con el razonamiento moral no institucionalizado.

Pero podrá verse también que, a partir de ello, hay muchos modos de entender cómo deben actuar las razones normativas en el razonamiento práctico. En esa medida, se analizará el entendimiento de las normas como razones excluyentes o atrincheradas, y también su concepción como entidades cuyas razones derivadas de su semántica operan en diálogo con sus razones subyacentes cuyo contenido último viene determinado por los derechos fundamentales.

En el quinto capítulo se defenderá la idea de que, si bien no corresponde confundir el razonamiento jurídico práctico con el razonamiento moral no institucionalizado, ello no significa que los principios formales del Derecho sometan necesariamente a sus principios materiales. En concreto, se brindarán argumentos para considerar que la incorporación de una moral sustantiva en el Derecho obliga a situar a las razones morales que de ellas derivan en permanente articulación con las razones derivadas de los rasgos formales del Derecho, de tal forma que, presentado un conflicto normativo, todas las razones relevantes, formales o sustantivas, ingresan en un juicio valorativo que establece su jerarquía para el caso concreto. Se observará que, progresivamente, este análisis desemboca en 17 meta-reglas, es decir, 17 reglas para la articulación racional de reglas entre sí, de reglas con principios, y de principios entre sí, a través del razonamiento jurídico.

Finalmente, el sexto capítulo versa sobre las principales consecuencias de la derrotabilidad jurídica. Tales consecuencias son una fuerte indeterminación jurídica fundamentada en la imposibilidad de conocer plenamente *ex ante* todas las excepciones a la aplicación de una norma, y una crisis de la interpretación literal manifestada en la imposibilidad de que en todos los casos las razones derivadas de la semántica de las normas jurídicas actúen como razones concluyentes y definitivas. En esa medida, será menester explorar en un mecanismo que permita reducir la fuerte indeterminación surgida de la derrotabilidad, lo que llevará al análisis del instituto del precedente constitucional vinculante.

Resulta claro entonces que la perspectiva de este estudio está enfocada, fundamentalmente, en el punto de visto interno del Derecho, en el que la moral jurídicamente reconocida actúa también como criterio para identificar y

aplicar las normas jurídicas. Lo cual resulta compatible con la adopción, a su vez, de una perspectiva positivista metodológica en la aproximación al fenómeno jurídico.

---

<sup>1</sup> Cfr. Kägi, W., *Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates*, Zürich, 1945, p. 147

<sup>2</sup> Cfr. Alexy, R., *El concepto y la validez del Derecho*, 2da. edición, traducción de J. Seña, Gedisa, Barcelona, pp. 159-161.

CAPÍTULO I

CONCEPTO DE  
DERROTABILIDAD JURÍDICA

**E**n este capítulo se desarrollará el concepto de derrotabilidad jurídica que se asume en este estudio. Para tales efectos, en primer término, se realizará una exploración en los orígenes de la referencia al fenómeno (apartado 1), para luego ingresar en una delimitación que permita descartar algunos supuestos similares, hasta arribar al concepto propiamente dicho (apartado 2). Resultará también medular separar el concepto descriptivo de la derrotabilidad jurídica, de su sentido prescriptivo. Es decir, se verá que una cosa es entenderla como algo que *de hecho* o *de iure puede* darse en *cualquier* sistema jurídico, y otra entenderla como un fenómeno que, por razones jurídico-valorativas, *debe* darse en un concreto sistema jurídico (apartado 3). Se defenderá la idea de que un real compromiso con el valor de la dignidad humana y los derechos fundamentales implica entender que la derrotabilidad *debe ser* asumida como una propiedad de las normas jurídicas de los Estados Constitucionales.

Finalmente, se establecerán las relaciones y diferencias de la derrotabilidad jurídica con figuras como la invalidez y la inaplicación (apartado 4), así como el establecimiento del tipo de laguna y antinomia con los que se relaciona la derrotabilidad de las normas (apartado 5).

## 1. ORÍGENES DE LA ALUSIÓN AL FENÓMENO DE LA DERROTABILIDAD JURÍDICA

En este apartado se dará una mirada retrospectiva a los primeros usos del concepto de derrotabilidad jurídica. Aunque los sentidos que originariamente se asignaban al concepto no van a coincidir en su totalidad con el que se adoptará en este estudio, se apreciará que en ellos subyace una premisa que es medular: el análisis abstracto de un sistema normativo —sea jurídico o moral— no permite apreciar todas las propiedades que deberían ser tenidas en cuenta para su aplicación o inaplicación a la realidad; es el razonamiento práctico el que permite determinar excepciones a su aplicación que en abstracto no es posible advertir.

Los orígenes de la alusión al fenómeno de la «derrotabilidad jurídica»<sup>3</sup> suelen ser atribuidos a los primeros trabajos de H. L. A. Hart. En un ensayo

publicado en el año 1949<sup>4</sup>, este autor sostenía la imposibilidad de establecer una lista cerrada de las condiciones necesarias y suficientes para que un concepto jurídico resulte aplicable. En busca de demostrar su afirmación, Hart se valía del siguiente razonamiento aplicable al contrato como concepto jurídico:

Cuando el estudiante ha aprendido que en el Derecho inglés hay condiciones positivas requeridas para la existencia de un contrato válido, su comprensión del concepto jurídico de contrato aún es incompleta (...), pues esas condiciones, aunque necesarias, no siempre son suficientes y debe todavía aprender cómo se puede derrotar una pretensión sobre la existencia de un contrato válido, por más que todas esas condiciones se satisfagan. Es decir, el estudiante debe todavía aprender qué puede venir a continuación de la expresión “a menos que”, la cual debería acompañar a la formulación de tales condiciones. No existe una palabra en el lenguaje ordinario para designar esa característica de los conceptos jurídicos, pero el Derecho tiene una palabra que con cierta vacilación tomaré prestada y extenderé: la palabra “derrotable”. En ese sentido, entonces, contrato es un concepto derrotable<sup>5</sup>.

Con ello Hart está poniendo en duda que las modernas teorías del significado puedan ser aplicadas a los conceptos jurídicos, pues no es posible postular de antemano las condiciones necesarias y suficientes que hacen aplicable un determinado concepto jurídico dado que tales condiciones solo estarán enfocadas a los casos «típicos» o «normales», descuidando la inclusión de determinados supuestos no predecibles desde un análisis previo abstracto, sino solo apreciables desde uno posterior concreto, y que obligan a reconocer que a la formulación de aquellas condiciones cabrá agregar eventualmente unas ciertas excepciones.

¿De qué excepciones se trata? ¿Por qué las condiciones expresadas en una formulación jurídica para referirse a un concepto jurídico no pueden considerarse de antemano suficientes? Más allá de las intenciones originales (posteriormente abandonadas) con las que Hart planteaba esta problemática — referidas a la demostración de que el uso primario de los conceptos jurídicos es adscriptivo y no descriptivo<sup>6</sup>—, de ella resultaba rescatable la indeterminación que padecían los conceptos jurídicos. Como luego se verá, más adelante Hart profundizaría en este asunto aseverando la textura abierta del Derecho, derivada de la textura abierta del lenguaje natural en el que se expresan los enunciados jurídicos.

Con todo, en estas primeras aproximaciones, el problema de la derrotabilidad jurídica quedaba expuesto como un asunto independiente o no necesariamente relacionado con la indeterminación de una moral residente en el Derecho. No obstante, algunas conexiones entre ambos fenómenos

comenzarían a ser puestas en evidencia al advertirse las notorias similitudes — recordadas por J. C. Bayón<sup>7</sup>— entre la frase «a menos que» con la que se diagnosticaba la derrotabilidad de los conceptos jurídicos en el pensamiento del primer Hart, y el «deber u obligación *prima facie*» de uso común entre los filósofos morales del período de entreguerras.

Se atribuye a W. D. Ross, crítico del utilitarismo, la postulación originaria de los denominados deberes *prima facie* (*prima facie duties*)<sup>8</sup>. Ross se oponía al axioma propuesto por G. E. Moore, que transitaba toda su obra *Principia Ethica*<sup>9</sup>, y que quedaba resumido en la frase *right means productive of the highest good* («derecho significa consecución del mayor bien»). Desde la concepción de Ross, lo que hace que una acción sea correcta, no es el mayor bien o la utilidad que deriva de ella, sino la relación que ella guarde con una serie de deberes que consideraba parte de la naturaleza fundamental del universo. Sin ánimo exhaustivo, Ross refería que tales deberes eran la fidelidad (deber de cumplir las promesas), la reparación (deber de compensar a terceros cuando se les produce daño), la gratitud (deber de agradecer a quienes nos ayudan), la justicia (deber de reconocer el mérito), la beneficencia (deber de mejorar la condición de otros), la mejora (deber de mejorar nuestras virtudes y nuestra inteligencia) y la no maleficencia (deber de no dañar a otros)<sup>10</sup>. Pero además consideraba irrazonable e innecesario pretender establecer una jerarquía abstracta entre ellos<sup>11</sup>. Desde su perspectiva, se trataba de deberes morales que gozaban de una igual jerarquía y obligatoriedad de cumplimiento.

Sin embargo, a su vez, Ross consideraba que tal igualdad jerárquica solo pervivía en la medida en que tales deberes no entren en conflicto práctico, pues, en tal situación, la determinación de cuál sea el que ordene la acción apropiada solo podía alcanzarse concediendo supremacía a uno en desmedro de otro:

Cuando estoy en una situación —tal vez lo esté siempre— en la cual es de mi incumbencia más de uno de estos deberes *prima facie*, lo que tengo que hacer es estudiar la situación tan completamente como pueda hasta que me forme la opinión meditada (nunca pasa de ser eso) de que en las circunstancias dadas uno de ellos es más de mi incumbencia que cualquier otro; pues estoy obligado a pensar que cumplir este deber *prima facie* es mi deber *sans phrase* en esa situación<sup>12</sup>.

Es así que, desde una visión pragmática de las obligaciones morales, ninguna de ellas podría considerarse como absoluta, dado que, a la luz de las circunstancias de un caso concreto, todo deber es susceptible de ser derrotado por otro que, en esa situación específica, es el llamado a primar<sup>13</sup>.

De este modo, si, de un lado, se unen las perspectivas de análisis planteadas por H. L. A. Hart y W. D. Ross, y, de otro, se considera que usualmente los ordenamientos jurídicos están presididos por normas con un fuerte contenido moral, entonces puede colegirse que la derrotabilidad de las disposiciones jurídicas, esto es, la excepción de la que puede ser objeto su aplicación, puede tener origen en la confrontación práctica de razones jurídico morales, cuya igualdad de peso, en todo caso, solo podría ser predicable en abstracto.

Desde luego, no se pretende sostener que alguno de los autores mencionados haya estado de acuerdo con esta conclusión. De hecho, ni Hart estaba pensando en la acción de la moral jurídico-positiva (moral legalizada), ni Ross vinculaba su análisis con los sistemas jurídicos; el enfoque de este último se sitúa en el plano de la filosofía moral, no de la filosofía jurídica. Se afirma, sencillamente, que es posible tomar como insumo sus posiciones para articular una tesis que fundamenta la derrotabilidad normativa<sup>14</sup> en el marco de los sistemas jurídicos.

A lo largo de este trabajo se sostendrá que, en efecto, la derrotabilidad jurídica, estrictamente entendida, guarda una relación necesaria con la derrotabilidad práctica de las razones morales derivadas de las normas jurídicas.

A continuación, se ingresa en el desarrollo de una primera delimitación del concepto de derrotabilidad jurídica.

## **2. DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE DERROTABILIDAD JURÍDICA**

«Derrotabilidad jurídica» no es un concepto pacífico ni unívoco. Cuando a él se alude, puede estarse abordando una diversidad de fenómenos, no necesariamente relacionados. J. Rodríguez y G. Súcar, por ejemplo, hacen alusión a distintas acepciones del concepto, algunas atinentes a la derrotabilidad como problema teórico (vinculado con la identificación de normas que pertenecen a un sistema jurídico), y otras referidas a la derrotabilidad como problema práctico (relacionado con la aplicación de ciertas normas a casos particulares, una vez que ellas han sido identificadas)<sup>15</sup>.

Sin embargo, algunos de los significados del concepto de derrotabilidad jurídica, planteados por los referidos autores, parecen exceder los márgenes en los que suele desarrollarse el debate. Así, por ejemplo, consideran que el término derrotabilidad puede ser utilizado para aludir al hecho de que una solución normativa prevista en un enunciado jurídico sea desplazada como consecuencia de la promulgación de otro enunciado jurídico que establezca

una excepción expresa a la aplicabilidad del primero<sup>16</sup>. Incluir este supuesto en el concepto de derrotabilidad implica un exceso innecesario de rigor, porque es pacífico entender que el fenómeno de la derrotabilidad no se ocupa de los casos en los que la aplicabilidad de un enunciado es impedida como consecuencia de la inclusión expresa en el ordenamiento de una excepción por parte de un nuevo enunciado<sup>17</sup>, ni menos aún de los supuestos de abierta abrogación o derogación sobrevinida. Con el concepto de derrotabilidad jurídica, se alude, por el contrario, a la inaplicabilidad de un enunciado jurídico, a pesar de que el marco dispositivo del sistema —es decir, los textos jurídicos que lo conforman— ha permanecido inalterado.

Por otra parte, consideran como susceptible de incluirse dentro de los alcances del concepto de derrotabilidad jurídica el hecho de que toda pretensión formulada ante un juez y apoyada en un enunciado jurídico, puede ser derrotada por la otra parte, en la medida en que demuestre que en el caso ha tenido lugar la verificación de una excepción prevista por otra disposición del sistema<sup>18</sup>. Aunque, en efecto, existen autores que se han ocupado de la denominada derrotabilidad de pretensiones<sup>19</sup>, no es este el tópico sobre el que suele incidir la discusión. La razón de ello estriba en que, como quedó dicho, el concepto de derrotabilidad jurídica no guarda relación con la posibilidad de impedir la aplicación de un enunciado jurídico a partir de las expresas excepciones contenidas en otros enunciados —las cuales, aunque potencialmente numerosas, teóricamente, son susceptibles de ser conocidas *ex ante*, es decir, con anterioridad al análisis de un caso concreto—, sino con la posibilidad de que la referida inaplicabilidad resulte de una serie de excepciones *implícitas* en el ordenamiento, es decir, no extraíbles de la literalidad de los enunciados jurídicos, sino de la carga axiológica o moral de determinadas disposiciones jurídicas y solo apreciables en el marco del análisis de un caso específico.

Además de ello, existe otro problema jurídico que suele ser relacionado con la derrotabilidad, pero que, vistas con detenimiento las cosas, tampoco guarda con ella una estricta conexión. Se trata del problema de la denominada «textura abierta del Derecho», pero que no es privativo del Derecho, sino, en general, del lenguaje natural del que se extraen los términos en los que se formulan los enunciados jurídicos<sup>20</sup>. Este problema parte de considerar que, en todos los campos de experiencia, incluyendo el de las reglas jurídicas, hay un límite

«inherente a la naturaleza del lenguaje, a la orientación que el lenguaje general puede proporcionar»<sup>21</sup>. Dicho límite se manifiesta en que a partir del examen de las palabras contenidas en los textos jurídicos se llegará a la conclusión de que el Derecho es parcialmente indeterminado, pues existen determinados casos a los que claramente son aplicables ciertas disposiciones (contraviniendo la posición del escéptico ante las reglas), mientras que habrá otros en los que dicha aplicabilidad no resultará nada clara (contraviniendo la posición del formalismo)<sup>22</sup>. De este modo, los casos claramente gobernados por las reglas se encontrarían en la «zona de claridad»; los claramente no gobernados por ellas en una «zona de oscuridad», mientras que habrá otros que permanecen en una «zona de penumbra». En este último supuesto se presenta lo que Hart denomina una «crisis de comunicación», pues habrá «razones tanto a favor como en contra de que usemos un término general, y no existe convención firme o acuerdo general alguno que dicte su uso o su rechazo a la persona ocupada en clasificar. Si han de resolverse las dudas, quienquiera sea el encargado de ello tendrá que llevar a cabo un acto de la naturaleza de una elección entre alternativas abiertas»<sup>23</sup>.

Desde luego, la textura abierta del lenguaje guarda estrecha relación con su ambigüedad tanto semántica (derivada del hecho de que una palabra tenga más de un significado) como sintáctica (cuando la variedad de significados resulta de la conexión entre las palabras de una misma frase), así como con el problema, más general, de su vaguedad<sup>24</sup> —del que el propio Hart se ocuparía años después<sup>25</sup>— y sus diversas

No es este, sin embargo, un problema que tenga directa relación con la derrotabilidad jurídica<sup>26</sup>. La textura abierta de los términos utilizados por cierto enunciado jurídico, es un problema que atañe a la indeterminación de las propiedades que deben estar presentes en un caso individual para que aquel sea aplicable a este, o a las propiedades que han sido asumidas como relevantes en el enunciado para dar lugar a su aplicación a un caso individual, y que deriva, a su vez, de la indeterminación del lenguaje. De esta forma, es un problema que bien puede empezar y terminar en la relación de un enunciado con un caso particular, sin necesidad de confrontar el referido enunciado con otros previstos por el ordenamiento, y en el que no tiene por qué estar necesariamente presente alguna consideración de carácter moral o valorativo. Se trata, en definitiva, de una dificultad proveniente de la incertidumbre

lingüística de las disposiciones jurídicas, que no permite determinar con claridad cuándo un caso individual es subsumible en el caso genérico contenido en una norma, o, incluso —como bien se ha señalado<sup>27</sup>— que no permite determinar con claridad cuál es ese caso genérico.

En el caso del problema de la derrotabilidad normativa, en cambio, el dilema en torno a la aplicabilidad o no de los enunciados jurídicos, no surge de una *amoral* dificultad lingüística, sino de los valores incorporados al Derecho, y que tiene su punto de inflexión no en el examen aislado de un específico enunciado, sino en su confrontación con otros cuyo contenido moral aporta razones para que el caso concreto se decante por una solución distinta a aquélla que vendría determinada en el hipotético supuesto de que el mundo del Derecho hubiese quedado reducido a la literalidad del enunciado derrotable<sup>28</sup>.

Es cierto, sin embargo, que no toda dificultad lingüística en la aplicación de los enunciados jurídicos es neutral o avalorativa, pues existen determinadas palabras que no se limitan a describir hechos o a designar objetos, sino que, por antonomasia, tienen, además, una fuerte carga emotiva, y que se prestan a modulación por parte de quien las usa, dependiendo de si quiere utilizarlas en señal de aceptación o repudio de un determinado fenómeno (*vg.* expresiones como «democracia» o «dictadura»)<sup>29</sup>. En estos casos, separar los problemas del lenguaje de los textos jurídicos y los valores a los que hace referencia, sería inadecuado, porque se encuentran en clara conexión. No obstante, es claro también que en estos casos se traspasa el límite de la simple dificultad lingüística para ingresar en un discurso axiológico.

Teniendo en cuenta lo expuesto, a diferencia del escenario de la textura abierta del Derecho propuesto por Hart, en el que existirían determinados casos que ingresan inequívocamente en la zona de claridad de determinados enunciados jurídicos, en el mundo de la derrotabilidad jurídica, ni siquiera éstos podría considerarse que se encuentran a buen recaudo. Y es que en el problema de la derrotabilidad jurídica, como es entendido aquí, los ojos no están puestos tanto en la claridad u oscuridad de las palabras de un texto jurídico, sino en la corrección o incorrección jurídico moral que de su aplicación o inaplicación pueda resultar. En resumidas cuentas, mientras en un caso estamos situados en el marco de un análisis cuasi avalorativo, en el otro nos desenvolvemos en uno profundamente axiológico<sup>30</sup>.

Hace un momento se mencionó que Rodríguez y Súcar consideraban conveniente diferenciar el análisis abstracto del análisis práctico que se puede hacer del mismo fenómeno para arribar a variadas definiciones de derrotabilidad jurídica. También C. Redondo tiene un interesante enfoque en el que distingue la derrotabilidad o inderrotabilidad interna de un enunciado jurídico, de la derrotabilidad o inderrotabilidad de su conclusión jurídica en la práctica. En ese sentido, sostiene que

el primer tipo de derrotabilidad o inderrotabilidad afecta a la identidad de las normas, el tipo de relación en el que ellas internamente consisten y la posibilidad de obtener conclusiones a partir de ellas. En cambio, la segunda clase de derrotabilidad o inderrotabilidad afecta a su capacidad en tanto razones sustantivas para determinar un veredicto concluyente, todas las cosas consideradas, pero deja intacto su contenido y la posibilidad de obtener conclusiones a partir de ellas<sup>31</sup>.

De esta manera, desde esta perspectiva, sería perfectamente posible que un enunciado jurídico inderrotable desde un punto de vista interno, es decir, una regla «genuina» —a la que Redondo describe como aquella que es «invariablemente relevante (...) en el razonamiento en el que se toma una decisión sobre el status deóntico de una acción o situación»<sup>32</sup>— sea, sin embargo, derrotada a la luz del análisis de un caso concreto, debido a que el peso de su conclusión o razón para la acción, es menor que el peso de la conclusión o razón para la acción de otro u otros enunciados jurídicos.

Atendiendo a los enfoques abstracto y práctico de la derrotabilidad, cabe destacar que el segundo reviste una mayor importancia para el análisis del Derecho, máxime si se concibe a este como una disciplina esencialmente práctica. No en vano existe en la actualidad un cierto consenso en describir al Derecho como un instrumento racional de control social, dado que se encuentra orientado a disciplinar la conducta humana en sociedad, con el objetivo de alcanzar un cierto orden. En esa medida, el estudio del Derecho o de los enunciados jurídicos que se realice de espaldas o descuidando la incidencia que este está llamado a generar en la esfera subjetiva de la persona humana, puede derivar en consecuencias artificiosas, que, en el mejor de los casos, aparezcan como indiferentes en su relación con el ser humano, y, en el peor, se opongan al contenido de sus derechos fundamentales.

C. Redondo no pierde de vista ello, y por eso resalta que, desde su perspectiva, la referida separación conceptual entre la derrotabilidad interna de una norma jurídica y la derrotabilidad de sus conclusiones, tiene un apreciable valor práctico. Dicho valor sería el siguiente: «Una norma genuina [entiéndase,

un enunciado jurídico lógica o internamente inderrotable] podrá no tener el peso suficiente para determinar el resultado final; pero su aplicabilidad nunca podrá ser desplazada en virtud de una excepción no expresamente prevista»<sup>33</sup>.

Así, acertadamente, cuando Redondo señala que la aplicabilidad de una norma internamente inderrotable nunca podrá ser desplazada en virtud de una excepción no expresamente prevista, con «aplicabilidad» no hace referencia al definitivo gobierno del caso, sino a la obligación ineludible del juez de incluirla como una razón contribuyente, más no necesariamente determinante, al momento de valorar cómo deberá resolverlo.

Así como el fenómeno de la derrotabilidad jurídica se encuentra ligado con un enfoque práctico del Derecho, está también relacionado con la posibilidad de determinar, por la vía de la argumentación jurídica, excepciones implícitas a la aplicación de las normas<sup>34</sup>. De ahí que se convenga con Bayón cuando, en un sentido similar al utilizado en este estudio, describe una disposición derrotable como «una norma sujeta a excepciones implícitas que no pueden ser enumeradas exhaustivamente de antemano, de manera que no sería posible precisar por anticipado las circunstancias que operarían como genuina condición *suficiente* de su aplicación»<sup>35</sup>.

También se ha señalado que la derrotabilidad jurídica puede hacer referencia a que la interpretación que parece indubitable atribuir inicialmente a una disposición, sea desplazada una vez que es confrontada o interpretada sistemáticamente con otras disposiciones atinentes al caso; a que las propiedades que el legislador parece haber entendido como relevantes y suficientes para dar lugar a la aplicación de un enunciado, resulten irrelevantes o insuficientes para el intérprete en el momento en el que, supuestamente, el enunciado debía ser aplicado; a que los enunciados generales no solo pueden dar lugar a una norma individual para la resolución de un caso, sino a diversas normas individuales, es decir, a que los enunciados generales pueden dar lugar a diversos sentidos interpretativos igualmente válidos, aunque no todos aplicables a los mismos supuestos<sup>36</sup>.

Como puede apreciarse, aunque todos estos significados, en mayor o menor medida, pueden guardar cierta relación, no se ocupan de idénticas cuestiones. De ahí que resulte necesario precisar el concepto de derrotabilidad jurídica que se asume en este estudio a efectos de circunscribir adecuadamente el objeto de análisis.