

**LA VALIDEZ *PRIMA FACIE* Y EL PRINCIPIO DE
DERROTABILIDAD
DE LAS NORMAS JURÍDICAS**

***PRIMA FACIE* VALIDITY
AND THE PRINCIPLE
OF DEFEASIBILITY OF THE LAW**

**A VALIDADE *PRIMA FACIE* E O
PRINCÍPIO DE DERROTABILIDADE
DAS NORMAS JURÍDICAS**

JOSÉ VÍCTOR GARCÍA-YZAGUIRRE*



Universidad de
La Sabana

* Universidad de Lima, Perú. garciayzaguirre@gmail.com.

RECIBIDO 12 DE AGOSTO DE 2012. ACEPTADO 24 DE OCTUBRE DE 2012

459

RESUMEN

El presente artículo pretende explorar las implicancias teóricas del concepto *prima facie* y como este se relaciona con el principio de derrotabilidad, el cual es aplicable para justificar el incumplimiento de un deber jurídico a causa del acatamiento de otro en un contexto en el que ambos son incompatibles entre sí. Partiremos desde su sustento conceptual analizando cuál es el rol y la importancia del contexto en el razonamiento jurídico hasta arribar a pautas concretas de cómo opera en la práctica judicial ofreciendo algunos ejemplos hipotéticos y jurisprudenciales.

PALABRAS CLAVE

Interpretación jurídica, deberes jurídicos, *prima facie*, validez definitiva, principio de derrotabilidad.

ABSTRACT

This article explores the theoretic implications of *prima facie* and how it relates to defeasibility, a principle that can be applied to justify the failure to fulfill a legal obligation when there is a duty to comply with another obligation in a context in which the two are incompatible. We will start from the support of the concept by analyzing the role and the importance of context in legal reasoning; then, we will arrive at specific guidelines on how it works in judicial practice by providing some hypothetical and judicial examples.

KEY WORDS

Legal interpretation, legal duties, *prima facie*, final validity, defeasibility principle.

RESUMO

O presente artigo pretende explorar as implicações teóricas do conceito *prima facie* e como este se relaciona com o princípio de derrotabilidade, o qual é aplicável para justificar o incumprimento de um dever jurídico por causa do acatamento de outro em um contexto no qual ambos são incompatíveis entre si. Partiremos do seu sustento conceitual, analisando qual é o papel e a importância do contexto no raciocínio jurídico, até chegar a pautas concretas de como opera na prática judicial, oferecendo alguns exemplos hipotéticos e jurisprudenciais.

PALAVRAS-CHAVE

Interpretação jurídica, deveres jurídicos, *prima facie*, validade definitiva, princípio de derrotabilidade.

INTRODUCCIÓN

Las antinomias en el Derecho son naturales e inevitables. La coherencia del ordenamiento constituye un mandato interpretativo para eliminar las contradicciones normativas cuando estas se presenten en un caso, mas no como un elemento constitutivo propio del ordenamiento dado que no se ha creado ni es posible que sea coherente.

¿Qué sucede en un escenario en el que tenemos el deber de realizar una determinada acción u omisión, pero a la vez estamos dentro del supuesto de hecho de otro deber que nos ordena hacer exactamente lo contrario? ¿Cuál debemos ejecutar? ¿Deberíamos sufrir las consecuencias jurídicas derivadas del incumplimiento del deber no ejecutado?

En las líneas siguientes exploraremos cómo la doctrina ha propuesto resolver esta problemática y cómo estas ideas pueden ser puestas en práctica.

1. LA VALIDEZ *PRIMA FACIE*

¿Son las normas jurídicas suficientes por sí mismas para dar una solución categórica a un caso por parte de una institución con poderes jurisdiccionales? Nos adherimos a las posturas que niegan tal posibilidad para todas las normas del ordenamiento jurídico.

En el ámbito de la filosofía moral es célebre la configuración del concepto *prima facie* por el autor escocés W. D. Ross en su obra *The Right and the Good* publicada en 1930, la cual concibe a todos los deberes morales como sujetos a condiciones de excepción implícitas o explícitas que la desaparecen para favorecer el cumplimiento de otro deber moral. Este suceso solo se manifiesta a la luz de un caso concreto en el que entran en conflicto deberes, en el cual uno es vencido dada la importancia del otro. Entonces, “lo que parecía en principio que era nuestro deber, lo era solo en una ‘primera apariencia’, pues un examen más minucioso de la situación nos revela que las cosas no son realmente así”¹. Para ilustrar dicho concepto, veamos el siguiente ejemplo propuesto por Klaus GUNTHER²:

El sujeto X ha prometido a su amigo Smith que asistirá a su fiesta. Al poco tiempo de empeñar su palabra, recibe la noticia de que su amigo Jones se encuentra gravemente enfermo y con gran necesidad de ayuda.

1 David MARTÍNEZ ZORRILLA, *Conflictos Constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, Madrid, Marcial Pons, 2007, pp. 216.

2 Klaus GUNTHER, “Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica”, en *Doxa*, 17-18 (1995), pp. 284 y ss.

Quien propone el conflicto realiza el siguiente razonamiento:

- Norma 1: se debe ayudar a un amigo que se encuentra en estado de necesidad.
- Norma 2: se deben mantener las promesas.

Ambas normas poseen en primera instancia y por sí mismas una exigencia de cumplimiento y de respeto por todos aquellos que estén bajo sus fines. En un caso concreto se encuentran en una posición de aparente mutua irreconciliación. Al respecto, debemos precisar que este no es un criterio de validez sino de adecuación general, es decir, determinar cómo bajo dichas condiciones ambas pueden ser compatibles entre sí³. En este sentido, quien sustenta la norma 1 debe descartar cualquier intento argumentativo por declarar la invalidez de la norma 2, se le exige construir la solución con base en una ponderación de intereses. La conclusión resultante entonces sería la siguiente asumiendo la ventaja de la norma 2 sobre la 1:

- Norma 3: para ayudar a alguien que de repente se encuentra en un caso de extrema necesidad, no debe mantenerse una promesa insignificante.

En efecto, partiendo de la distinción entre disposición (texto lingüístico) y norma (la interpretación que se hace de esta), la interpretación adscrita resulta válida *prima facie* para cada norma mientras se les considere aisladamente.

Cada interpretación no tiene por qué perder su vinculatoriedad para quien goza o se obliga a partir de una posición derivada de dicha norma, salvo que con una interpretación sistemática de los hechos y con otras normas posibles de adscribir a la disposición se elabore una razón de mayor peso a una interpretación contraria, en cuyo caso esta ha de primar para el caso concreto.

El carácter *prima facie* ha sabido encontrar relevancia dentro de las obligaciones jurídicas. Como bien lo ha definido LOPERA MESA, “la adscripción *prima facie* consiste en una operación interpretativa mediante la cual se establece la posición afectada por la ley enjuiciada comprendida dentro del significado normativo de una disposición de derecho fundamental”⁴. En este mismo sentido, BERNAL PULIDO explica que “consiste en un análisis interpretativo de las disposiciones iusfundamentales mediante el cual se persigue establecer si la norma o posición que resulta afectada por la intervención legislativa, puede considerarse como una parte del derecho fundamental que la respectiva disposición tipifica”⁵.

3 Como afirma el citado autor, “el proponente de una norma aplicable *prima facie* no defiende pues la validez sino la adecuación de la aplicación de una norma sobre la que se apoya un juicio particular”, Klaus GUNTHER, ob. cit., pp. 287.

4 Gloria LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, Madrid, CECP, 2006, pp. 268.

5 Carlos BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, CECP, 2003, pp. 630. En este mismo sentido, dicho autor se expone señalando que “Las normas y posiciones iusfundamentales tienen en un primer momento una validez *prima facie*. Cuando el contenido del derecho se integra en este primer momento por las normas o posiciones válidas *prima facie*, se define un ámbito de protección inicial bastante amplio. El contenido de este ámbito de protección inicial está conformado por todo el espectro de normas y de posiciones jurídicas que sea posible relacionar en principio semánticamente con el derecho tipificado en la Constitución. Como tal, este vasto contenido ya constituye de por sí una entidad jurídica; es la sustancia normativa adscrita

A fin de dar mayores luces al respecto, Klaus GUNTHER define el concepto con gran precisión al afirmar que:

“la reserva *prima facie* significa meramente que para una justificación de un juicio particular no basta con invocar que es aplicable una norma válida. Quien aduce una razón tal debe poder mostrar en caso de duda que es compatible con todas las demás normas aplicables *prima facie* en dicha situación. Con esta reserva *prima facie* se impone a los participantes en el discurso una carga de argumentación recíproca en virtud de la cual se obligan a fundamentar la restricción o suspensión de una razón válida que era aplicable en una descripción completa de la situación”⁶.

MARTÍNEZ ZORRILLA realiza una interesante y didáctica distinción entre los dos sentidos de obligación y deber *prima facie* que nos parece de gran ayuda citar para dar un mejor entendimiento a la arista en comentario⁷:

1. Se le atribuye en la filosofía moral a la posición que ocupa el razonamiento moral sobre cuál es la opción “correcta” en una situación concreta. Este es el sentido original ideado por Ross, quien con gran acierto desconfió de la concepción kantiana de la moral fundada en imperativos categóricos (mandatos autónomos capaces de regir toda actividad humana), la cual no daba cabida a los conflictos morales. En vista de los ejemplos citados, la realidad demuestra que en determinadas condiciones un deber moral se ve vencido por otro. Según este autor, ‘nos hallamos ante un deber u obligación *prima facie* (*prima facie duty*) cuando una acción presenta una característica [...] que en condiciones normales haría que fuese nuestro deber, pero que por presentar también otra/s característica/s moralmente relevante/s [...] consideradas de mayor importancia y que constituyen el fundamento de otro deber incompatible, deja de serlo (o resulta solo aparente), al ser desplazado por esta última, que es nuestro

prima facie a las disposiciones iusfundamentales. Esta adscripción *prima facie* se lleva a cabo con criterios muy laxos. Basta que la norma o la posición jurídica correspondiente tenga por lo menos una propiedad que la relacione con la disposición iusfundamental, para que se le pueda considerar como una norma o posición adscrita *prima facie*. Como es lógico, este amplio contenido *prima facie* del derecho fundamental no puede garantizarse de modo definitivo en toda su extensión. Esto ocurre, bien porque las normas o posiciones protegidas *prima facie* en el ámbito inicial a veces se contradicen y entran en conflicto con normas protegidas por otras disposiciones constitucionales, o porque —como en el caso de algunos derechos sociales—, no se cuenta con las circunstancias empíricas indispensables para satisfacer todas las exigencias derivadas de este extenso contenido normativo o, en fin, por las necesidades de garantizar al legislador una órbita de acción política propia e independiente. Por esta razón, es legítimo que los poderes públicos, sobre todo el legislador, tengan competencia para intervenir e incluso para restringir el ámbito de protección inicial de los derechos fundamentales. Cuando el derecho fundamental ha sido restringido, pasa a un segundo momento en donde adquiere una nueva posición jurídica. Una vez restringido, todo derecho fundamental adquiere su posición jurídica definitiva o, en otros términos, ciñe sus contornos, ya no a un ámbito de protección inicial, sino a un contenido efectivamente garantizado. Este contenido está formado por el conjunto de normas y posiciones que resultan vinculantes desde el punto de vista jurídico. En síntesis, desde el punto de vista de la teoría externa, el contenido de los derechos fundamentales tiene dos momentos: un primer momento en que es un contenido amplio, cuyas normas valen *prima facie* (el ámbito de protección inicial), y un segundo momento en el que es un contenido reducido, cuyas normas valen definitivamente (el contenido efectivamente garantizado)”. *Ibid.*, pp. 462-463.

6 Klaus GUNTHER, ob. cit., p. 284.

7 David MARTÍNEZ ZORRILLA, ob. cit., pp. 216-218.

definitivo o auténtico deber⁸, esto último denominado por la doctrina como 'obligación *all-things-considered* (ATC)'. En pocas palabras, un deber para ser obedecido no depende ni del contenido sustantivo que comanda ni del tipo de estructura condicional sobre el que se erige, sino por su lugar dentro de un caso concreto que requiere de decisión.

2. En el ámbito de la filosofía jurídica, se relaciona el carácter *prima facie* con el principio de derrotabilidad, el cual desarrollamos de forma separada.

Para los propósitos de nuestro trabajo debemos centrar nuestra atención en las normas condicionales, es decir, aquellas que se sustentan por un antecedente (supuesto de hecho) para aplicarle a este un consecuente (consecuencia jurídica). Al respecto, siguiendo el ejemplo propuesto por MORESO⁹, veamos el siguiente caso:

Norma penal 1: si x mata a otro, entonces x debe ser castigado con la pena P.

Norma civil 1: si x compra una cosa, entonces x debe pagar el precio de dicha cosa.

La pregunta que se nos propone resolver es ¿significa esto que la norma penal 1 establece en su antecedente las condiciones suficientes en las cuales surge el deber de castigar a x con la pena P? ¿Sucede lo mismo con la norma civil 1 respecto a si siempre quien compra contrae el deber de pagar su precio? La respuesta a ambas es, obviamente, no. Para la primera, en casos de legítima defensa la anti-juridicidad desaparece, y respecto al segundo supuesto, si el contrato es realizado bajo coacción, es nulo.

Lo citado nos deriva a la primera idea principal de este principio: las formulaciones normativas son derrotables dado que las condiciones plasmadas en los antecedentes de las normas condicionales no son suficientes, *solo son contribuyentes*. Esto significa que se agotan en la elaboración de una condición suficiente. Las normas creadas a partir de disposiciones podrán generar posiciones jurídicas válidas y amparables por el Derecho, una vez que el proceso interpretativo se nutra de toda la información que requiera. En efecto, las normas tomadas individualmente son premisas incompletas dotadas de valor *prima facie* que han de ponderarse con sus adversos para adquirir el carácter ATC y prevalecer en el caso concreto¹⁰. Cuando es la judicatura quien realice dicha operación y nos brinde un resultado con dicha propiedad, constituye una concreción o adscripción vinculante de derecho fundamental.

8 Ibid., p. 217.

9 Juan José MORESO, "Condicionalidad, derrotabilidad y conflicto entre normas", Santiago ORTEGA GOMERO en *Interpretación y razonamiento jurídico*, vol. II, Lima, Herminia Editores, 2008, pp. 92-93.

10 Conforme a Carlos BERNAL PULIDO, "el principio iusfundamental *prima facie* debe tener un peso suficiente para desplazar al principio material que sustenta a la norma legislativa y a los principios formales que estatuyen que las normas prescritas por el legislador deben ser obedecidas por los destinatarios del Derecho y que gozan de una presunción de constitucionalidad. Si el principio iusfundamental no es derrotado por los principios materiales y formales que sustentan la ley, la norma iusfundamental adscrita que de él se deriva transforma su validez *prima facie* en una validez definitiva y la norma legal que la contradice debe ser declarada inconstitucional". Carlos BERNAL PULIDO, ob cit., p. 645.

Es menester precisar que la adscripción *prima facie* de una norma a una disposición, sea esta realizada por una parte del proceso para dar sustento a su posición, o por el Tribunal para dar contenido sustantivo a una disposición interpretándola, o mediante el estudio de las circunstancias del caso, la normativa internacional, los precedentes u otras fuentes del Derecho, no es un acto caprichoso o custodiado por interpretaciones ligeras, todo lo contrario. Volviendo a citar a BERNAL PULIDO, debemos tomar en consideración los límites que propone para dichas asignaciones:

1. Límites semánticos: solo son admisibles aquellas adscripciones que guarden atención a la semántica de las disposiciones. Salvo en casos de exagerada mutación interpretativa, las connotaciones interpretativas deben guardar una conexión directa, necesaria y dependiente con la denotación de los términos empleados por el supuesto de hecho analizado. Si el nexo es falaz, inexistente o improbable, dicha adscripción es incorrecta, por tanto, de inminente descarte por el intérprete constitucional. Al respecto, NINO remarca la distinción entre la denotación y la designación estableciendo que la primera contiene al universo de hechos y objetos que define el término interpretado, mientras que el segundo evoca a todas aquellas características necesarias que debe poseer una idea para poder incorporarse a la categoría denotada¹¹.

Un ejemplo de una norma con validez ATC respetuosa de este primer criterio fue la adscripción que hizo el TC a la “inviolabilidad de domicilio” al expandirlo a todas las “actividades realizadas por una persona en la habitación un hotel”¹².

2. Límites impuestos: no pueden adscribirse normas que evoquen aquello que la propia disposición excluye para sí misma. No puede interpretarse como una razón correcta y sustentadora de una posición un sentido que coincide con lo que la propia disposición se ha propuesto erradicar, restringir o excluir de forma explícita. La Constitución establece qué acciones son consideradas por el constituyente como “prohibidas” o políticamente indesarrollables. Sin embargo, es menester precisar que esta frontera guarda una ventajosa flexibilidad en casos en los que la propia norma sea derrotada, la adscripción genere una mayor protección a los derechos fundamentales o un caso difícil.

Creemos que no todas las cláusulas restrictivas generan un mismo efecto sobre lo que debe entender el intérprete. El artículo 2.12 de nuestra Constitución, el cual reproduce con gran fidelidad el 21.1 de la Constitución española, positiviza el derecho a “reunirse pacíficamente sin armas”. Los límites impuestos de “pacífico” y “sin armas”, nos parece, toman direcciones en extremo distintas. ¿La asamblea de una asociación de propietarios de armas de fuego auto-

11 Carlos Santiago NINO, *Introducción al análisis del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1983, p. 251.

12 STC 06712-2005-HC. Caso Magaly Jesús Medina Vela y Ney Guerrero Orellana. En este mismo sentido se ha indicado que “la institución del domicilio en términos constitucionales debe ser entendida de manera amplia; por ejemplo, la habitación de un hotel constituye domicilio, la oficina particular donde una persona ejerce su profesión debe ser entendida como domicilio”. STC 04085-2008-HC. Caso Marco Antonio Mendieta Chauca. F.j. 3.

rizadas administrativamente en la cual todos sus miembros asisten armados quebranta la restricción? Son evidentes, pues, las dificultades interpretativas involucradas con ese segundo límite, por lo que creemos aquí mantener la vocación principio *pro homine* y el principio de fuerza expansiva¹³.

En cuanto al primero, guía al operador del Derecho a acudir a la adscripción que asigne el mayor contenido posible a una disposición de derecho fundamental, de tal forma que “se interprete de manera más limitada una norma que establezca restricciones permanentes o suspensiones extraordinarias”¹⁴. En este mismo sentido, nuestro Supremo Intérprete ha referido que es “un principio hermenéutico que al tiempo de informar el derecho de los derechos humanos en su conjunto, ordena que deba optarse, ante una pluralidad de normas aplicables, siempre por aquella norma *iusfundamental* que garantice de la manera más efectiva y extensa posible los derechos fundamentales reconocidos; es decir, aquella que despliegue una mayor eficacia de la norma. O como reiteradamente ha señalado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el principio *pro homine* implica que los preceptos normativos se tengan que interpretar del modo que mejor se optimice el derecho constitucional y se reconozca la posición preferente de los derechos fundamentales [STC 1049-2003-PA, fundamento 4]. Asimismo pero de manera inversa, también implica que debe preferirse la norma o interpretación más restringida cuando de lo que se trata es de fijar restricciones al ejercicio de los derechos, sean estas de carácter permanente o extraordinario. Esta directriz de preferencia de normas o de interpretación alcanza a ser aplicable incluso en los casos de duda sobre si se presenta una situación en que se encuentran en juego derechos fundamentales u otros derechos”¹⁵.

Por otra parte, el principio de fuerza expansiva involucra la titularidad, eficacia vertical y horizontal, límites, respeto por el contenido esencial, el aspecto objetivo y subjetivo y la interpretación progresiva de sus contenidos¹⁶.

En vista de las reflexiones hechas, los límites impuestos por el constituyente o legislador no deben ser leídos como frenos inquebrantables a posibilidades jurídicas, sino como invitaciones a realizar ponderaciones en casos concretos para dar fuerza normativa a la parte dogmática de la Constitución. De ser entendidas como límites consagrados sería considerar la Norma Fundamental como un texto terminado del cual pueden obtenerse respuestas finales para

13 Recomendamos revisar el texto de Edgar CARPIO, “La interpretación de los derechos fundamentales”, en Eduardo FERRER MAC-GREGOR, *Interpretación Constitucional*, t. I, México, Porrúa, 2005, pp. 321- 384.

14 Víctor GARCÍA TOMA, *Los Derechos Fundamentales en el Perú*, Lima, Jurista Editores, 2008, p. 45.

15 STC 02005-2009-AA. Caso ONG Lucha contra la corrupción. F.J. 33.

16 Normativamente consagrado en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos el cual prevé que: “Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”.

toda controversia o ambigüedad jurídica, lo cual es una visión como hemos tratado de sustentar, errada.

La adscripción *prima facie* que supere dichas limitaciones gozará en apariencia de todas las garantías que ofrece el ordenamiento para proteger la eficacia de la disposición que la sustenta. Toda medida que contradiga dicha norma tendrá el carácter de intervención. Sin embargo, según ha sido mencionado, no será hasta que todos los hechos relevantes del caso sean vistos y se argumente conforme a la Constitución que el conflicto entre contrarios derivará que sea una (ya sea una interpretación propuesta, una elaborada a partir de ellas o una propia del órgano jurisdiccional) norma la que adquiera carácter ATC o definitivo. En pocas palabras, de la unión de contrarios en un proceso surge una síntesis que será vinculante para las partes en conflicto y que servirá, conforme veremos luego, como antecedente normativo para una regla jurisdiccional.

Para dar sustento a esta última afirmación, nos recuerda LOPERA MESA que:

“mientras la adscripción *prima facie* solo requiere establecer un vínculo semántico entre la posición afectada por la intervención legislativa y el contenido de una disposición de derecho fundamental, sin atender a los argumentos que juegan en contra de dicha adscripción (de ahí su carácter *prima facie*), la adscripción definitiva solo se produce una vez consideradas todas las circunstancias relevantes en el caso en el que dicha norma debe ser aplicada y una vez resueltas todas las colisiones que se plantean con otras normas del sistema jurídico”¹⁷.

La citada autora emplea el conocido Caso Alcoholemia¹⁸, en el cual un ciudadano consideró que el artículo 380 del Código Penal español que ordenaba el empleo de pruebas de alcoholemia a conductores cada vez que la autoridad policial lo considerase pertinente era una violación del derecho a “no declarar contra sí mismo”, cuya disposición se consagra en el artículo 24.2 de la Constitución ibérica. Ante tal oposición de adscripción de normas, se realiza una descripción bastante útil sobre cuáles son los pasos que el intérprete toma para asignar una norma a una disposición desde el punto de vista del demandante, veámoslo¹⁹:

- a. El supuesto de hecho F tiene la consecuencia jurídica C.
- b. El caso f presenta al menos una de las propiedades descritas en el supuesto de hecho F.
- c. El caso f tiene la consecuencia jurídica C.

En este sentido:

- d. Si una acción constituye una declaración en contra de sí mismo por parte de un individuo, entonces está *prima facie* permitido a dicho individuo negarse a realizarla.

17 Gloria LOPERA MESA, ob. cit., p. 272.

18 STCE 161/1997.

19 Gloria LOPERA MESA, ob. cit., p. 274, pie de página 26.

- e. Una práctica probatoria que pueda conducir a verificar que el individuo sometido a ella ha cometido un delito no constituye un supuesto de declaración en contra de sí mismo.
- f. Si una acción constituye una práctica probatoria que pueda conducir a verificar que el individuo sometido a ella ha cometido un delito, entonces está permitido *prima facie* a dicho individuo negarse a realizarla.
- g. La práctica de una prueba orientada a detectar si el individuo sometido a ella conduce bajo los efectos del alcohol, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas constituye una modalidad de declaración autoinculpatória.
- h. Está permitido *prima facie* a los individuos negarse a la práctica de pruebas orientadas a detectar si conducen bajo los efectos del alcohol, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.

Como vemos, el punto b) es el que representa todo el desarrollo interpretativo del operador, quien aplica los métodos tradicionales a las disposiciones a fin de obtener la norma conveniente para sustentar su posición (en este caso, la resistencia del ciudadano a someterse a una prueba de alcoholemia sin tener que soportar la consecuencia jurídica que para ello se ha estipulado). Sin embargo, la propia naturaleza del antecedente de la disposición, como vemos en este caso, puede ejercer cierta influencia en cuanto a si se debe optar por una norma abierta o de sentido restrictivo en cuanto a los alcances que deba poseer.

El ejemplo anterior hace oportuna la reiteración a la no incorporación del criterio de validez dentro de la adscripción *prima facie* de una norma a una disposición. Sobre este punto, es importante precisar que una norma no es un enunciado normativo dado que este es el vehículo semántico por el cual una autoridad con potestad legislativa puede regular una determinada arista de la sociedad, mientras que la norma es el sentido interpretativo que le asignamos a la misma. ALEXY nos ilustra el caso con un claro ejemplo²⁰:

- Enunciado normativo: *ningún alemán puede ser extraditado al extranjero* (segundo párrafo del artículo 16 de la Ley Fundamental de Bonn).

El mandato de prohibición no se construye con lo escrito por el constituyente. En efecto, bien pudo formularlo de una manera diversa como:

- *Está prohibido extraditar alemanes al extranjero, o*
- *Los alemanes no pueden ser extraditados al extranjero.*

Incluso es posible elaborar la restricción sin emplear las expresiones “prohibido” o “no pueden ser”: *los alemanes no serán extraditados al extranjero.*

²⁰ Robert ALEXY, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, CEC, 1993, p. 51.

“puede diferenciarse entre una variante desligada del concepto de validez y otra que no lo está. Según la variante que no se desliga de la validez, se acepta la inclusión de este elemento en el concepto de la norma. De este modo, solo aquella norma válida es conceptualmente una norma. Parece pertinente señalar que una ampliación semejante del concepto de norma no es necesaria ni deseable. Por ejemplo, aseveraciones como “la norma N ya no tiene validez” o “la norma N todavía no tiene validez” serían imposibles, es preferible adoptar la variante que desliga la validez del concepto semántico de norma. Así, *la validez no es entonces una propiedad necesaria de las normas, sino únicamente una propiedad posible*”²¹ (énfasis agregado).

Es menester apuntar en este momento, como bien lo hace MEDINA GUERRERO²², la vinculación entre una adscripción y la figura del “abuso de derecho”. Este se refiere al ejercicio antisocial, desproporcionado, irracional o injustificado de una norma para alegar una posición jurídica contraria al Derecho, o como fue expresado por ATIENZA y RUIZ MANERO, son “ilícitos atípicos”²³. En este sentido, advertimos que este fenómeno no se circunscribe a un caso de rechazo por no superar un límite semántico o impuesto, sino que su ejercicio se vio favorecido de una validez *prima facie* que se descarta a la luz de los hechos, es decir, un nivel de validez definitiva, porque escapa a los límites inmanentes de un derecho fundamental. En efecto, bajo este supuesto no se puede hablar del ejercicio de un derecho, sino de una posición jurídica injustificable.

Por otra parte, la adscripción bajo el esquema presentado para ofrecer normas opuestas bien podría generarse por una lectura distinta a la compatibilidad entre las propiedades que evoca la semántica de la disposición, en virtud de entender que los hechos no son coincidentes con el antecedente sino con la cláusula de excepción o por enfrentarse a una norma derivada de otra disposición que requiere una lectura respetuosa del principio de concordancia práctica constitucional o que necesite la formulación de una regla de precedencia condicionada creada por una ponderación (ambas opciones se condicionan por la opción interpretativa que se escoja para resolver el caso, como veremos más adelante).

2. LA DERROTABILIDAD DE LAS NORMAS JURÍDICAS

La premisa fundamental de la derrotabilidad consiste en asumir que todos los principios constitucionales (e infraconstitucionales) son estructuralmente derrotables en tanto están siempre sujetos a condiciones y excepciones implícitas, al

21 MARTIN BOROWSKI, *La estructura de los derechos fundamentales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 28.

22 MEDINA GUERRERO, Manuel, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Madrid, McGraw Hill, 1996, pp. 79-81.

23 ATIENZA, Manuel y Juan RUIZ MANERO, *Ilícitos atípicos. Sobre el abuso del derecho, el fraude a la ley y la desviación de poder*, Madrid, Trotta, 2000, p. 125. Señala dicho autor que el abuso de derecho se configura al existir una regla que le permite a un sujeto realizar determinadas acciones bajo un determinado supuesto de hecho. Dicho sujeto le ha causado daño a otro en la realización de dichas acciones. En este escenario, el daño es injustificado si el sujeto no persiguió otro fin que el causarlo, actuó sin un propósito serio o el daño tiene la especial característica de ser excesivo. De ser catalogado como injustificado la acción escapa a los principios que sustentan la regla, por lo que surge una nueva cláusula de excepción implícita diseñada por la forma en la que se causó el daño.

margen del alto grado de determinación de su antecedente, por lo que la respuesta a la pregunta inicial de este apartado a si la norma por sí misma es suficiente para dar respuestas categóricas es negativa, no basta la norma ni mucho menos la interpretación *prima facie* que demos de ella. En este sentido, la derrotabilidad de las disposiciones es entendida como la imposibilidad de comprender todas las condiciones necesarias a las que se debe incurrir para formular una excepción, es decir, existe un abanico de posibilidades no determinadas que suponen casos en los que el enunciado jurídico se satisface, pero aun así no se le aplican las consecuencias jurídicas. En virtud de ella, hasta las conductas socialmente más reprochables pueden encontrar en el campo de los hechos una justificación legal que atenúe su condena o incluso la libere de ella. Este punto sostiene que dicha exoneración no requiere una tipificación expresa, sino que puede ser construida por medio de la interpretación.

Sobre este punto, Thomas BUSTAMANTE es sumamente claro al iniciar su exposición sobre esta temática. Refiere que:

“la existencia de normas derrotables solo podría ser negada en caso de que se admitiese un sistema jurídico cuyas normas fueran, sin excepciones, capaces de regular todas las situaciones de su aplicación. Todas las excepciones a las normas jurídicas estarían contenidas en las propias normas. El sistema jurídico sería así un sistema axiomático completo y cerrado”²⁴.

Una compleja pero a la vez sumamente ilustrativa definición nos la da Alfonso GARCÍA FIGUEROA al señalar que:

“la manifestación de la derrotabilidad de una norma puede definirse como la exclusión de su consecuencia jurídica como resultado de la ocurrencia en el momento T2 de una excepción no contemplada en el antecedente total de norma en T1 [...] la derrotabilidad reside en el carácter disposicionalmente moral de numerosas normas jurídicas y singularmente de los principios iusfundamentales. Se asume, pues, que la derrotabilidad jurídica es una derrotabilidad sobre bases morales y que la derrotabilidad moral presenta a su vez como base una teoría moral constructivista atenta al pluralismo como elemento constitutivo del discurso moral”²⁵.

24 Thomas BUSTAMANTE, “Principios, reglas y derrotabilidad, el problema de las decisiones contra legem”, en Pablo BONORINO RAMÍREZ (ed.), *Teoría del derecho y decisión judicial*. Disponible en: <http://www.bubok.es/libros/175862/Teoria-del-Derecho-y-decision-judicial>. Asimismo, dicho autor anota que “Admitir la derrotabilidad de las normas jurídicas significa, por lo tanto, reconocer dos circunstancias importantes: (i) inicialmente, es inviable suponer la existencia de una ‘norma perfecta’, capaz de proporcionar una descripción completa de todas las circunstancias en las que debería ser aplicada. Tal hipótesis es francamente poco realista, de modo que, al lado de un *discurso de justificación* en que se elevan pretensiones de validez para las normas generales, es conveniente tener un *discurso de aplicación* del derecho al caso concreto que justifique la revisión y reinterpretación de dichas normas; (ii) en segundo lugar, ninguna norma jurídica regula por sí misma su aplicación. De acuerdo con Alexy, el sistema jurídico tiene tres niveles, divididos en un costado pasivo y otro activo. El costado pasivo está formado por los niveles de los principios (1) y de las reglas (2), que son las dos clases de normas utilizadas en el discurso jurídico. El costado activo, a su turno, está formado por el nivel de la teoría de la argumentación jurídica (3), que dice cómo, sobre las bases de ambos niveles (1 y 2), es posible una decisión racionalmente fundamentada”.

25 Alfonso GARCÍA FIGUEROA, “La incidencia de la derrotabilidad de los principios iusfundamentales sobre el concepto de Derecho”, en *Diritto e Questioni Pubbliche*, 3 (2003), p. 197.

En este sentido, es importante señalar que derrotabilidad no es una propiedad categórica o intrínseca del Derecho, esta es de tipo *disposicional*. En efecto, solo se hará presente luego de cumplidas ciertas condiciones que activan su acción: “la concurrencia en T2 de otra norma en colisión que excluya los efectos o la aplicación del principio sin que ello fuera previsible en T1”²⁶.

Este problema fue planteado formalmente por primera vez por el gran positivista H. L. A. HART, quien en su conocido artículo “The Ascription of Responsibility and Rights” señaló que:

“la consideración del *carácter derrotable de los conceptos jurídicos* [...] pone de manifiesto cuán *equivocado sería sucumbir a la tentación, ofrecida por las modernas teorías del significado, de identificar el significado de un concepto jurídico, digamos “contrato”, con la formulación de las condiciones en las cuales se sostiene que los contratos existen*”²⁷ (énfasis agregado).

En efecto, se ha escrito al respecto que:

“según HART el concepto de contrato del derecho inglés es derrotable por ciertos hechos. Lo explica del siguiente modo: en ese orden jurídico hay ciertas condiciones necesarias para la existencia de un contrato, tales como la concurrencia de dos partes, una oferta de la primera y aceptación de la segunda, etc. Además hay excepciones o condiciones negativas para la existencia de un contrato. Las excepciones tienen la propiedad de que no puede hacerse una lista completa de ellas. Las excepciones a los conceptos jurídicos como el de contrato, afirma HART, conforman así *listas abiertas*. La consecuencia importante que extrae de ello es que *no es posible formular condiciones suficientes para pertenecer a la categoría o concepto en cuestión*. Afirma que *es absurdo usar en conexión con los conceptos jurídicos el lenguaje de las condiciones necesarias y suficientes*. Un intento de dar ese conjunto de condiciones, sostiene, *distorsionaría los conceptos*”²⁸ (énfasis agregado).

El desarrollo teórico de este concepto se ha nutrido gracias a las aspiraciones científicas por desarrollar una inteligencia artificial, con base en la construcción de una lógica no monótona, como descarte de la lógica deóntica por su insuficiencia. Dado que es usual estar más familiarizado con este segundo concepto, demos una vista rápida a la manera como la operamos²⁹:

1. El antecedente constituye una razón suficiente para obtener el consecuente (satisfecho el supuesto de hecho, ocurre la consecuencia jurídica).
2. Aplicación de la Ley del Refuerzo del Antecedente: dada la verdad de un condicional, también lo será todo condicionante cuyo antecedente forme un conjunto no contradictorio entre ese mismo antecedente y otros elementos. Por ejemplo:

26 *Ibid.*, p. 215.

27 Citado por María Inés PAZOS, “Derrotabilidad sin indeterminación, en *Doxa*, 25 (2002), p. 441.

28 *Ibid.*, p. 442.

29 Una exposición más elaborada puede ser encontrada en David MARTÍNEZ ZORRILLA, *ob. cit.*, p. 219.

el agua calentada a una temperatura superior a los cien grados centígrados, entra en un estado de ebullición. Esto es tan cierto como decir que El agua calentada a una temperatura superior a los cien grados centígrados y Universitario de deportes gana el torneo apertura, entra en un estado de ebullición. En breve, cumplida una propiedad necesaria del antecedente, todos los elementos que se le agreguen serán irrelevantes para la consecuencia, siempre que no contradigan dicha propiedad.

3. Aplicación de la regla de inferencia *modus ponens*. Dada la condicional y la afirmación de su antecedente, se deduce de forma lógica la consecuencia. A partir del ejemplo propuesto, la sola existencia de la afirmación “el agua se calienta a una temperatura superior a los cien grados centígrados”, podemos deducir que entra en ebullición. A su vez, es entendible de forma inversa, si el agua entra en ebullición, es deducible que ha sido calentada a más de cien grados centígrados.

Esta lógica es a la que usualmente están acostumbrados aquellos que operan con proposiciones normativas³⁰, pero dicho modelo ha empezado a fracasar dada la evidente existencia de condicionales derrotables. Veamos cómo fracasa la aplicación de la ley del refuerzo y la regla *modus ponens* en un simple ejemplo:

- a. *Todas las aves vuelan.*
- b. *Si x es un ave, entonces x vuela.*
- c. *X está muerto.*
- d. *Si x es un ave y x está muerto, entonces x vuela.*

La muerte no contradice el punto a), por lo que incorporarla no debería perjudicar la obtención de la consecuencia. Sin embargo, es manifiesto que dicha lógica deviene en insuficiente, asimismo, la aplicación de la regla *modus ponens* es desestimable, pues la verdad del antecedente no genera la correcta deducción de lo consecuente (si x está muerto no es verdadero que pueda volar).

La forma de desarrollar argumentos descrita es propia de un razonamiento monótono porque “siempre que alguien mate a otro sin que concurra una excepción jurídica, deberá ser condenado. Se cumple la ley de refuerzo del antecedente, porque por más que añadamos nuevas condiciones en el antecedente, sigue valiendo el consecuente”³¹.

Como bien nos resume Inés PAZOS,

“la derrotabilidad es una forma compleja de vaguedad y, en general, se sostiene que es una forma de indeterminación semántica. La idea básica es que la derrotabilidad de

30 Término propuesto por Juan Carlos BAYÓN para expresar el “significado de una expresión deóntica usada para enunciar que cierta acción o cierta clase de acciones es obligatoria, o está prohibida o permitida de acuerdo a una norma o conjunto de normas dados”. Citado por Jorge RODRÍGUEZ, “La derrotabilidad de las normas jurídicas”, en *Revista Isonomía*, 16 (1997), p. 149.

31 ALFONSO GARCÍA FIGUEROA, cit., p. 204.

un concepto o de una norma depende de una indeterminación del significado del concepto o norma derrotable. Estos no tendrían condiciones suficientes para su aplicación (dado que las excepciones —hechos derrotantes— no pueden precisarse en una regla semántica), en particular, las excepciones no estarían determinadas en el significado”³².

Las razones de por qué el razonamiento jurídico es derrotable, nos explica BAYÓN³³ en un célebre artículo, son bastante divergentes al punto que ni siquiera existe un pleno acuerdo respecto a si son todas las normas derrotables o solo algunas. Nosotros nos adscribimos a la primera postura, pero antes de dar el sustento necesario veamos las tres grandes posturas que han dado origen a este concepto de acuerdo con el citado autor:

Primero, es debido a la *derrotabilidad procesal*. La pragmática de los procesos hace que el demandante para que vea satisfecha su pretensión deba probar que el hecho es coincidente con las propiedades —o por lo menos una de ellas— del antecedente de la regla o principio que sustenta jurídicamente su posición. El demandado, por su parte, deberá probar que su caso es coincidente con un supuesto de excepción, por lo que no le deben ser aplicables las consecuencias jurídicas. Bajo este esquema el demandante, al probar que la condición ha sido satisfecha, crea una aparente realidad en la que no existe aplicación de la excepción, esta apariencia es lo que debe destruir el demandado. El autor hace uso de los términos procesales *probanda* para asignar los hechos probados por el demandante, y *non-refutada* para las suposiciones que no han sido desvirtuadas por prueba en contrario. El fracaso del demandante estará si el demandado consigue refutar un *non-refutada* mediante pruebas que demuestren que dicha apariencia es en realidad falsa.

Este escenario trae consigo una primera y débil evidencia de que el razonamiento jurídico es derrotable, si no lo fuese “no habría forma de explicar cómo es que una decisión puede estar realmente justificada a partir de un conjunto de premisas P1 cuyo contenido (en lo que concierne al juicio de hecho) es que todos los *probanda* han sido probados y, sin embargo, no estarlo a partir de un conjunto ampliado de P2 que añade a P1 la premisa adicional de que algún *non-refutandum* ha quedado refutado”³⁴.

Segundo, se debe al *conocimiento incompleto*. Los razonamientos jurídicos se elaboran a partir de información imperfecta vista desde dos grandes frentes: es imposible determinar, como hemos señalado al ver la distinción entre reglas y principios, una relación completa de excepciones a las reglas y porque pueden existir hechos relevantes para el caso ignorados o no considerados como es debido³⁵. En este sentido, todas nuestras creencias terminan siendo derrotables dado que están su-

32 María Inés PAZOS, ob. cit., p. 452.

33 Juan Carlos BAYÓN, “¿Por qué es derrotable es razonamiento jurídico?” en *Doxa*, 24 (2001), pp. 35-62.

34 Ibid., p. 40.

35 “Si no somos conscientes de la trascendencia jurídica de que cierta circunstancia pueda tener como determinante una excepción, la cuestión de su presencia o ausencia en la situación que estás considerando nos pasa sencillamente desapercibida”, ibid., p. 44.

jetas a un universo finito de datos, cuando estas pertenecen a uno infinito. Será en un momento posterior que se confirmará la justificación de la pretensión, su rechazo o la necesidad de reemplazo.

Este criterio muestra una evidencia bastante seria, pues todo razonamiento realizado con información incompleta es derrotable. Ello en cuanto

“dados dos conjuntos de premisas P1 y P2, tales que P2 conserva toda la información de P1 y añade a ella alguna más, tiene perfecto sentido decir que una creencia C está justificada sobre la base de P1 pero deja de estarlo a la luz de P2, mientras que sería un dislate afirmar que antes del incremento de información que media entre P1 y P2 era verdadera pero después de él es falsa”³⁶.

Si bien este argumento guarda bastante coherencia, el confundir la derrotabilidad con la falibilidad no es un acierto. Los razonamientos no monotónicos se apoyan en suposiciones por defecto para inferir conclusiones que se creen justificadas en condiciones de gran incertidumbre, de las cuales procede retractarse tan pronto se dispone de evidencia que descarta dichas suposiciones. Esta justificación no despoja ninguna premisa, por lo que crear una regla de inferencias a partir de incorporación de nuevos datos no es algo sostenible.

El argumento que nos convence y asumimos como válido es aquel que *identifica la derrotabilidad de las normas a su carácter “abierto” por estar sujetas a excepciones implícitas no identificables de forma previa a un caso en concreto*. En primer lugar, hemos de mantener presente que las normas son susceptibles (y efectivamente lo hacen) de colisionar entre sí, situación en la cual se crea una metanorma de preferencia fundada en una relación de precedencia entre supuestos de hecho sin que ello signifique un cambio en la norma. En razón de ello, y por la indeterminación del lenguaje, se considera que es imposible establecer una relación de supuestos de excepción tanto individuales como genéricos.

Se sostiene que es:

“una consecuencia de la interacción entre principios y reglas, [...] es posible hallar excepciones implícitas por razones de principio a lo que, de no ser así, habría que considerar una regla claramente aplicable. Y ello podría suceder por dos razones. En primer lugar, y habida cuenta de lo que Schauer ha denominado el carácter infra y supraincluyente de las reglas [...], es posible que la aplicación de una regla a ciertos casos en los que de hecho resulta aplicable vaya en realidad en contra de su propósito o justificación subyacente. En una situación semejante se podría decir que un caso comprendido en el antecedente de la regla no merece, desde el punto de vista de aquel mismo balance anticipado de razones en el que la regla se basa y al que trata de reemplazar, la solución normativa que ella establece. A pesar de lo cual, la justificación que por ello mismo existiría para apartarse de la regla tendría que ser contrapesada con las razones para aplicarla en sus propios términos (que

36 Idem.

no son otras que las razones mismas para tener reglas), con lo que en definitiva para decidir el caso no habría más remedio que recurrir a la ponderación. Y en segundo lugar, en un caso en el que sea aplicable una regla puede concurrir una razón fundada en un principio que no fue tomado en cuenta en ese balance anticipado que la regla refleja. Con lo que para decidir el caso habría que recurrir de nuevo a la ponderación, esta vez entre lo que cabría llamar el principio que está tras la regla (i.e., el resultado de aquel balance anticipado) y el principio que quedó fuera de ella. Ahora ya podemos juntar las piezas que integran el argumento según el cual toda norma jurídica sería derrotable: *dado que no es posible precisar de antemano en qué casos genéricos prevalecerá un principio sobre otros y que cualquier regla está sujeta a excepciones implícitas por razones de principio (lo que nos reconduciría de un modo u otro a un balance entre principios), toda norma jurídica, ya sea un principio o una regla, tendrá excepciones implícitas que no es posible identificar genéricamente por anticipado*³⁷ (énfasis agregado).

Por otra parte, el sustento que nos propone Thomas BUSTAMANTE para explicar el porqué de la derrotabilidad del Derecho es bastante interesante. Parte de la concepción del Derecho como un sistema dinámico como lo entendió Kelsen, en cuanto las normas no se deducen lógicamente unas de otras, sino que de la relación entre una norma general (superior) y otra individual (inferior) la segunda se produce de conformidad con la primera. En este sentido, apunta que:

“el acto de aplicación de la norma general es un acto de creación de la norma individual, por cuanto esta tiene un contenido normativo adicional con relación a la norma que la fundamenta. Y dicho acto de creación normativa es necesario porque toda norma posee cierto grado de indeterminación. Sin embargo, la norma general (superior) dirige el proceso de creación de la norma individual (inferior) y anticipa sus sentidos posibles. La relación entre la norma general (establecida por el legislador) y la norma individual (establecida en una sentencia judicial) es una relación de fundamentación (ya que la sentencia se fundamenta en la ley), pero ello no elimina la caracterización de la interpretación como un proceso creativo o constructivo: el juez crea una norma individual al aplicar la norma legal que le sirve de fundamento. De este modo, si la ley prevé para el homicidio una pena mínima de seis años de prisión, la decisión judicial que establece la pena de seis, siete u ocho años de prisión para Pedro por el hecho de haber matado a Juan contiene una norma individual que todavía no estaba contenida en la norma que le sirvió de fundamento”³⁸.

Entendiendo que la aplicación de la norma general es producto de una norma individual, es decir, se ejecuta a través de un acto de creación normativa necesario a razón de la indeterminación del lenguaje (entendiendo que la general condiciona a la individual al articular sus posibles orientaciones), es interpretable que la aplicación del Derecho es producto de la argumentación, por tanto, este es un sistema necesariamente abierto e incompleto. Aquí surge la concepción de la derrotabilidad.

37 Ibid., pp. 53-54.

38 Thomas BUSTAMANTE, ob. cit., p. 208.

Este autor, quien sigue la tesis de ALEXY de forma precisa, reconoce que los principios establecen un estado ideal de cosas mientras que las reglas una relación de conducta. Las primeras deben ser materializadas en el mayor grado posible, por lo que “del hecho de que estas permitan que se justifique el incumplimiento de aquellas es que se deduce la derrotabilidad de las reglas jurídicas”³⁹.

Robert ALEXY realiza una distinción fuerte entre principios y reglas, en tanto considera que el núcleo de la diferenciación parte de la dinámica estructural. Señala que:

“las reglas son normas que obligan, prohíben o permiten algo en forma definitiva. Ellas son, en este sentido, mandatos definitivos. Su forma de aplicación es la subsunción. Si una regla es válida, entonces es obligatorio hacer exactamente aquello que ella exige. Si esto se hace, la regla es cumplida; si no se hace, la regla no es cumplida. Las reglas son entonces normas que solo pueden ser cumplidas o no. Por el contrario, los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades fácticas y jurídicas. Por tanto, los principios son mandatos de optimización. Como tales son caracterizados por el hecho de que pueden cumplirse en diferentes grados y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades fácticas sino también jurídicas. Las posibilidades jurídicas se determinan, además de reglas, esencialmente por principios opuestos. Por esta razón, los principios, cada uno tomado en sí, siempre contienen solo un mandato *prima facie*. La determinación de la debida medida de cumplimiento de un principio, relativa a las exigencias de un principio opuesto, es la ponderación. Por esta razón, la ponderación es la forma específica de aplicación de los principios”⁴⁰.

De acuerdo con esta concepción, las reglas están constituidas por un sistema cerrado en el cual es expreso el supuesto de hecho, el nexo deóntico (la orden, la prohibición o la posibilidad de hacer o no hacer) y la consecuencia jurídica. En una célebre y muy citada frase de AARNIO, “las reglas pueden compararse con las vías del tren: se siguen o no. No hay una tercera alternativa”⁴¹. Un claro ejemplo de ello es el artículo 106 de nuestro Código Penal: “El que mata a otro será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de veinte años”. En cambio, los principios se elaboran bajo una concepción abierta, carente de un supuesto de hecho o de causales de excepción explícitas que se aplican gradualmente proporcionando razones o criterios para formular una decisión con base en el caso individual. En esa línea se inscribe el artículo 1 de nuestra Constitución: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”. Los principios, en este sentido, no proporcionan razones concluyentes o definitivas para una solución, como lo hacen las reglas⁴².

39 Ibid., p. 225.

40 Robert ALEXY, “La construcción de los derechos fundamentales”, en Laura CLERICO y Jan-R. SIECKMANN, *Derechos fundamentales, principios y argumentación*, Granada, Comares, 2011, p. 2.

41 Aulis AARNIO, “Las reglas en serio”, en A. AARNIO, E. GARZÓN VALDÉS y J. UUSITALO (comps.), *La normatividad del Derecho*, Barcelona, Gedisa, p. 17.

42 Es fundamental en la tesis alexiana la distinción hecha a partir de la manera como se aplican y como se solucionan las antinomias. Dicho autor indicó que “un conflicto de reglas solo puede ser solucionado o bien introduciendo en una de las reglas una cláusula de excepción que elimina el conflicto o

Sobre este aspecto, BUSTAMANTE expone su punto más polémico: considera que solo son derrotables las reglas y no los principios, en tanto, lo derrotable es la consecuencia jurídica. Como los principios carecen de tal característica (esta se construye a partir de las condiciones fácticas y jurídicas), no pueden ser sometidos a excepciones implícitas para la ejecución de ello, es necesario convertir los principios en reglas para manifestar una aplicación concreta. En efecto, sostiene que “los principios tienen que ser convertidos en reglas para que sus consecuencias en un caso concreto sean conocidas. Únicamente después de la ponderación de principios es que se llega a una regla en que se permite subsumir el caso concreto para determinar la conducta exigida por el Derecho”⁴³.

El Derecho se crea vía interpretación, ello hace que las decisiones por parte del operador jurídico siempre partan, cuando apliquen reglas en su razonamiento, de elementos que han sido creados con solo un conjunto de información ya determinado aplicable para un universo de situaciones indeterminadas e inciertas. En virtud a ello, para este autor la derrotabilidad es una característica derivada de la existencia de principios en el ordenamiento jurídico. En efecto, señala que:

“no se puede hablar de derrotabilidad sin referirse a los principios, pues ellos sirven como razones o como fundamento para la adscripción de una norma excepcional que derrotará a la regla general establecida por la legislación positiva. Los principios son los materiales que serán empleados en la justificación de la derrotabilidad. Hay dos características altamente relevantes para la derrotabilidad. En primer lugar, los principios, a diferencia de las reglas, constituyen una institucionalización *imperfecta* de la moral, ya que solo establecen un propósito o un valor que debe ser perseguido, aunque en la mayor medida posible. En segundo lugar, los principios, en vista de su carácter axiológico, constituyen el fundamento de las reglas jurídicas”⁴⁴.

De acuerdo con ATIENZA y RUIZ MANERO, los principios constituyen una fuente justificadora de las reglas, así como la pauta para establecer su significado, propósito y ámbito de aplicación, es decir, son su fundamento. Así como un principio in-

declarando inválida, por lo menos una de las reglas”, ello contrastándose con el mundo de los principios, “Cuando dos principios entran en colisión —tal como es el caso cuando según un principio algo está prohibido y, según otro principio, está permitido— uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro. Pero, esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede al otro”, por lo que la diferencia se resume en que “los conflictos de reglas se llevan a cabo en la dirección de la validez; la colisión de principios —como solo pueden entrar en colisión principios válidos— tiene un lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso”. Robert ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 88.

43 Thomas BUSTAMANTE, ob. cit., p. 226. Al respecto, este autor indica que previamente se expresó en un sentido contrario. Afirma que “los principios serían normas cuya derrotabilidad es inmanente porque ellos pueden ser soslayados y restringidos siempre que entran en colisiones con otros principios. Como los principios tienen por vocación entrar en colisión con otros principios, podría decirse que ellos son normas cuya derrotabilidad es inmanente. La principal razón por la cual estoy apartando de esta explicación del fenómeno de la derrotabilidad normativa es que pienso que en mi primer estudio no he tenido en consideración el hecho de que los principios son normas cuya institucionalización es parcial y que, por consiguiente, no pueden ser derrotadas porque ellas no establecen ningún supuesto de hecho. Si se define la derrotabilidad como la capacidad para inserir excepciones en una norma jurídica, se debe necesariamente presumir que dicha norma tenga la estructura de una regla jurídica”.

44 Ibid., p. 263.

forma el porqué de una regla, también puede informar el porqué no de ella en un caso concreto. En efecto, en aquellos supuestos donde las razones que motivan un determinado mandato no son aplicables a las características del caso concreto y, al contrario, existen otras que orientan su no aplicación, se entiende que el principio que sustenta la no aplicación de las consecuencias jurídicas sirve para derrotar la regla.

Como bien afirman,

“el Derecho no está compuesto solo por reglas, sino también por los valores y propósitos (esto es, por los principios, en sentido amplio) explícitos o implícitos, a los que las reglas sirven. Y esas mismas razones apoyan entender, asimismo, que las reglas pueden resultar derrotadas por consideraciones derivadas de los principios. La más importante de esas razones es la siguiente: si partiésemos de una imagen del Derecho como compuesto exclusivamente por reglas no dispondríamos de mecanismo alguno para evitar que el conjunto de las decisiones fundadas en Derecho (aun las fundadas en las mejores reglas concebibles, servidas por los mejores aplicadores que quepa imaginar) presentase un cierto número de graves anomalías valorativas. Y ello porque ningún legislador, por no ser omnisciente, puede prever todas las combinaciones de propiedades que puedan presentar los casos futuros, lo que implica que, cuidándose que sea en el diseño de los casos genéricos, no pueda nunca evitar por completo los fenómenos, subrayados por Schauer, de la suprainclusión y de la infrainclusión. Esto es, de incluir en el ámbito de aplicación de las reglas casos que no debieran estar incluidos a la luz de los propios valores y propósitos subyacentes a la regla de que se trate y de no incluir en ese mismo ámbito de aplicación casos que sí deberían estar incluidos a esa misma luz”⁴⁵.

3. ¿CÓMO SE MANIFIESTA LA DERROTABILIDAD?

Entendamos que existen dos elementos hasta el momento plenamente identificables en todo caso que involucre un conflicto de deberes jurídicos:

Concepto derrotable en sentido estricto: un concepto X es derrotable respecto de otro, el concepto Y, si y solo si Y determina una clase de elementos que son normalmente de X, pero es posible que existan elementos de Y que no le sean propios a X.

Elemento derrotante: dado que existe un elemento de Y que no le pertenece a X, de ocurrir un hecho que manifieste dicha propiedad, se dice que el concepto X ha sido derrotado por ese hecho.

La norma de tal forma funcionaria como un pronóstico, en el cual se pretende asegurar un resultado ante una eventualidad, pero la práctica de la misma dependerá de una serie de factores identificados en el caso individual. Veamos dos ejemplos

45 Manuel ATIENZA y Juan RUIZ MANERO, *Para una teoría postpositivista del Derecho*, Lima, Palestra, 2009, pp. 234.

bastante claros a fin de concretizar el problema en discusión para luego dar vista a los elementos necesarios para derrotar una norma jurídica:

Ejemplo 1: autorizada doctrina nos propone como primera muestra⁴⁶ el artículo 582 del Código Civil español en su primer inciso: “No se puede abrir ventanas con vistas rectas, ni balcones u otros voladizos semejantes, sobre la finca del vecino, si no hay dos metros de distancia entre la pared en que se construyan y dicha propiedad”.

Esta disposición contiene una regla bastante clara: pueden construir aquellos que estén a una distancia de dos metros o más, los que no la tengan, no pueden construir. ¿Qué sucedería si se pretende abrir una ventana a un metro y 98 centímetros de distancia para dar luz a personas enfermas y sin que tal acto represente un perjuicio significativo para el propietario del predio adyacente?

Quien propone el ejemplo, a su vez, nos recuerda el artículo 47 de la Constitución española que consagra el “derecho de disfrutar de una vivienda digna y adecuada”. En vista del caso presentado y la diferencia entre reglas y principios, así como el principio de irradiación constitucional, dicho principio actúa como una excepción de la regla contenida en el Código Civil, reformulándola de la siguiente forma: “no se pueden abrir ventanas con vistas rectas, ni balcones u otros voladizos semejantes, sobre la finca del vecino, si no hay dos metros de distancia entre la pared en que se construyan y dicha propiedad, salvo cuando ello vulnere el derecho a disfrutar de una vivienda digna”.

Ejemplo 2: nuestro Código Civil en el artículo 378 establece los requisitos indispensables para poder adoptar. En su segundo inciso señala que “la edad del adoptante sea por lo menos igual a la suma de la mayoría y la del hijo por adoptar”.

En caso de que un caballero de 27 años casado con una viuda que ya es madre de una criatura de que 10 años y que cumple con el resto de requisitos para adoptar desee adoptar dicho menor, no podrá hacerlo dado que la norma le exige tener por lo menos 28 años. Si el niño vive desde hace 6 años con el mencionado señor, a quien reconoce y quiere como si fuese su padre biológico, ¿la aplicación del requisito (regla) es suficiente para dar una respuesta justificada? Volveremos sobre este supuesto más adelante.

Ambos casos nos llevan a la primera pregunta que debe hacerse todo operador del Derecho ante la solución de un caso por subsunción: ¿en verdad está justificada la decisión?

Debemos partir, como ya ha sido mencionado, de que una norma deviene derrotable (léase superable o revisable) cuando el universo de excepciones a la aplicación de sus consecuencias no puede ser determinado *ex ante*, es decir, en abstracto.

46 Alfonso GARCÍA FIGUEROA, “Neoconstitucionalismo, derrotabilidad y razón práctica”, en Miguel CARBONELL y Leonardo GARCÍA JARAMILLO (coords.), *El canon neoconstitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, pp. 251 y ss.

En efecto, es bastante real que existe una imprevisibilidad en cuanto a los participantes y en el conjunto de propiedades relevantes de los casos particulares en la configuración del discurso, por lo que las contingencias concretas son algo imprevisible en las que su respuesta y solución se elabora a partir de sus propias premisas. Al respecto, se afirma que “la derrotabilidad responde a una exigencia de la razón práctica, porque nuestros juicios prácticos deben ser revisables para poder enfrentarnos satisfactoriamente a las particularidades de casos que no podemos prever. Sería irracional que canceláramos la posibilidad de deliberar y revisar nuestras normas ante la emergencia de casos imprevisibles”⁴⁷.

Partiendo de este último sustento para la derrotabilidad, es preciso que hagamos la siguiente distinción (citada con otra terminología por BAYÓN líneas arriba) a fin de entender el fenómeno en comentario⁴⁸:

1. Justificaciones subyacentes. Las disposiciones prescriptivas representan una ponderación decisional respecto a cómo promover un determinado estado de cosas, desalentar otros, proteger valores y condenar otros. El operador del Derecho debe identificar la *ratio* teleológica de la misma en función al fenómeno social que desea constituir, así como los valores éticos a los cuales se debe.
2. Prescripciones normativas. Son las órdenes de hacer, se puede hacer o no hacer que dicta el ordenamiento. Estas poseen una autonomía semántica respecto a las justificaciones subyacentes, de forma tal que la norma adscrita puede guardar independencia de esta, al punto de toparnos con situaciones de desajuste entre ambas. Al respecto, RODENAS las llama “experiencias recalcitrantes”⁴⁹. Estas se refieren a los casos en los que la norma aspire a estados de cosas que escapen a la justificación subyacente de la regla, ya sea por un grado supraincluyente (la prescripción incorpora supuestos en los que no sería aplicable la justificación) o por ser infraincluyente (al no comprender propiedades que puedan contribuir en casos individuales a la obtención de la justificación, es decir, cuando no se incorporan supuestos en los que esta sí sería aplicable).

Para ilustrar dicha dicotomía emplearemos el ejemplo propuesto por la citada doctrina⁵⁰: “En la puerta de la biblioteca se ha colocado una señal que indica la prohibición de los reproductores de música en la biblioteca universitaria”.

Dicha regla tiene la justificación subyacente de evitar que el ruido moleste a los usuarios. En cuanto a la prescripción normativa, solo nos dice que están prohibidos los reproductores de música. Con base en ello veamos dos casos concretos: ¿le es aplicable dicha prohibición al trabajador de limpieza de la biblioteca que escucha

47 Ibid., p. 262.

48 Para la vinculación entre derrotabilidad e indeterminación es recomendable revisar el texto de Ángeles RODENAS, “En la penumbra: indeterminación, derrotabilidad y aplicación judicial de normas”, en *Doxa*, 24 (2001), pp. 63-83.

49 Ibid., p. 73.

50 Ibid., p. 72.

la radio mientras trabaja momentos antes de la apertura al público? (experiencia recalcitrante de tipo supraincluyente), ¿los celulares estarían prohibidos? (de tipo infraincluyente, pues el ruido de un móvil es capaz de molestar a los demás).

En cuanto al caso del adoptante visto líneas arriba y dejado pendiente, la prescripción normativa es en extremo desproporcionada con los principios que sustentan la postura de aspirante a padre con reconocimiento legal, dado la grave afectación que le resulta en contraposición a los beneficios que le genera. Ahondaremos sobre esta arista al ver el concepto de ponderación.

Veamos un caso judicial ya resuelto. En el caso Noara⁵¹ se discutió el supuesto en el que una niña requería con gran urgencia un transplante de hígado, dadas las características de la operación (podía ser llevada a cabo con éxito con solo una parte del órgano de una persona viva) existía la fortuna de contar con un donante perfecto: su madre. La alegría se opacó por la ley, pues esta señora era una menor de edad, por lo que estaba imposibilitada para efectuar cualquier tipo de actos de dicha naturaleza.

Este supuesto presenta un reto para el positivismo clásico y para aquellos que confían en la infalibilidad de las normas, aquí la ley guarda la apariencia de inderrotabilidad, pues es una restricción explícita que cubre plenamente el caso. Sin embargo, no debemos perder de vista que la respuesta que ofrece la subsunción carece de justificación ética y revela la imprevisibilidad de los hechos que se pueden suscitar en casos individuales. Este es un caso en el que la justificación subyacente no se encuentra satisfecha, por lo que es menester identificar si existe o no un supuesto de excepción implícito (el cual creemos que lo hay con base en el derecho a la vida).

Como bien nos apunta la doctrina que venimos siguiendo,

“¿de dónde surge la nueva excepción a la regla que prohíbe a los menores donar órganos? Todo parece indicar que no surge del ordenamiento jurídico tal y como un positivista suele configurarlo. Este caso confirmaría (como otros en cierto sentido semejantes) que las (presuntas) reglas jurídicas presentarían excepciones no previsibles *ex ante* y que tendrían su origen en una argumentación basada en criterios de justicia. En tal caso, el Derecho ya no podría ser concebido como un mero conjunto de reglas positivas, sino más bien como un conjunto de reglas, principios y en general argumentos que solo adquieren inteligibilidad mediante su adscripción a la más amplia esfera de la razón práctica general. No podemos argumentar jurídicamente sin argumentar moralmente en ningún caso y ello deviene manifiesto y especialmente dramático en casos como el de Noara”⁵².

51 Citado por Alfonso GARCÍA FIGUEROA, Neoconstitucionalismo, derrotabilidad y razón práctica, cit., p. 265. Auto 785/07 del 18 de octubre de 2007 del juzgado de Primera Instancia de Sevilla.

52 Alfonso García Figueroa, Neoconstitucionalismo y derrotabilidad. Disponible en: http://www.fun-civa.org/uploads/ficheros_documentos/1248355441_alfonso_garcia.pdf. Fecha de consulta: 12 de junio de 2012.

Lo ilustrado no debe considerarse viendo a la derrotabilidad como un efecto propio de la impresión legislativa, nos parece que es una característica que proviene de la naturaleza de los enunciados normativos y su manifestación lingüística. La anticipación es un lujo y a la vez un costo que se goza e incurre sobre la base de la información y las necesidades del momento, pero la dinámica social siempre será sumamente eficiente en volver obsoleta o incompleta toda anticipación. POPPER, en una recurrida cita, ilustra la dinámica de la imprevisibilidad:

“En cierta ocasión, en la Edad de Piedra, usted y yo estamos discutiendo sobre el futuro y yo predigo que dentro de los próximos diez años alguien inventará la rueda. ‘¿Rueda?’, pregunta usted. ‘¿Qué es eso?’ Entonces yo le describo la rueda, encontrando palabras, sin duda con dificultad, puesto que es la primerísima vez que se dice lo que serán un aro, los radios, un cubo y quizá un eje. Entonces hago una pausa, pasmado: ‘Nadie inventará la rueda, porque acabo de inventarla yo’. En otras palabras, la invención de la rueda no puede ser predicha. Una parte necesaria para predecir esa invención es decir lo que es una rueda”⁵³.

Esta distinción, junto al ejemplo indicado, muestra supuestos que están fuera del alcance de una regla y que constituyen excepciones implícitas. Con base en ello podemos hacer manifiestas las principales características de este tipo de concepción de las normas: a) Si las principales razones que sustentan una regla no son aplicables para el caso, podemos sospechar que estamos frente a una excepción implícita a su consecuencia, y que b) cada regla representa una ponderación entre fines por proteger o desproteger. Si un caso es subsumible al antecedente, pero posee en sí mismo razones que no fueron tomadas en cuenta para elaborar el tenor de la prescripción, es necesario verificar la aplicabilidad de dicha norma mediante una nueva ponderación (esto es verificable en el caso de un desastre natural local, si un trabajador enciende su radio dentro de la biblioteca para estar atento a las noticias, las razones de dicho acto priman sobre las de la prohibición).

La dinámica de la derrotabilidad en el Derecho constituye una arista que refleja con gran fidelidad las características específicas del razonamiento jurídico. Un jurista que sea devoto del constitucionalismo contemporáneo no apuesta ni confía plenamente en la subsunción de los hechos en las disposiciones legales, enfoca la solución por un debate entre las razones a favor y en contra de tomar tal solución.

En este escenario hay quienes acusan a este tipo de consideraciones como una modalidad de desmocratización del sistema democrático en aras de transformar el Estado en un Estado jurisdiccional en el que las políticas, las órdenes y los mandatos sean dados de forma definitiva por magistrados no electos antes que por representantes del pueblo. La objeción democrática al constitucionalismo, en concreto, acusa a quienes defienden los mecanismos contramayoritarios (para nuestro contexto quienes interpretan y aplican normas constitucionales) de hacer precisamente aquello que tratan de evitar: restringen derechos fundamentales. En específico, el derecho a la participación política en condiciones de igualdad

53 Idem.

de cuota de poder y de acceso. En efecto, se acusa que la voluntad política se ve disuelta en la discrecionalidad de unos pocos magistrados que no hacen otra cosa que repetir el procedimiento de toma de decisiones visto en un fuero parlamentario, solo que con otro sendero de argumentos y con una menor calidad de insumos informativos.

La aplicación práctica de interpretaciones que derroten reglas dictadas por el Parlamento implica que los jueces, en razón de su criterio, consideran que existen mejores opciones a las decididas por el legislador para casos generales. Ello implicaría que mediante la interpretación la magistratura habría encontrado forma para diluir las ponderaciones legislativas para aplicar las suyas en casos concretos.

Nosotros consideramos que la derrotabilidad opera como una manifestación de la constitucionalización de los márgenes de acción del legislador en función de los límites establecidos a través de sus permisiones, órdenes y prohibiciones. La división de poderes tradicionalmente entendida queda perfeccionada mediante un modelo de aplicación argumentativa del Derecho. Ello es explicado de mejor forma por PIETRO SANCHÍS:

“el modelo argumentativo no yugula la libertad de configuración que corresponde al Parlamento, sino que solo lo somete a una muy modesta exigencia de racionalidad, o de prohibición de la arbitrariedad [...] es difícil concebir una opción legal que no pueda exhibir alguna razón sustantiva con respaldo constitucional, pero, en todo caso, ocurre que la propia libertad de configuración del legislador opera siempre como argumento a favor de la conservación de la norma; cabe decir entonces que la democracia y su exigencia de respeto a la ley no solo no quedan sacrificados por la ponderación, sino que forman parte de la misma. Pero, como las demás libertades y principios, en su aplicación concreta también el principio mayoritario o democrático ha de poderse conjugar con los demás y, por qué no, habrá de ceder cuando no sea capaz de superar el juicio de razonabilidad que la ponderación comporta”⁵⁴.

La derrotabilidad del Derecho, consideramos, opera como manifestación de control jurisdiccional de los actos normativos con el propósito de generar aplicaciones razonables en aras de desterrar manifestaciones desproporcionadas en casos concretos. La aplicación categórica y no hipotética de las proposiciones normativas, lejos de legitimar el ordenamiento jurídico, es fuente de potenciales desgracias las cuales la judicatura puede y debe evitar mediante la argumentación jurídica.

BIBLIOGRAFÍA

AARNIO, Aulis, “Las reglas en serio”, en A. AARNIO, E. GARZÓN VALDÉS y J. UUSITALO (comps.), *La normatividad del Derecho*, Barcelona, Gedisa.

⁵⁴ LUIS PRIETO SANCHÍS, “El Constitucionalismo de los Derechos”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, ob. cit., p. 57.

ALEXY, Robert, "La construcción de los derechos fundamentales", en Laura CLERICO y Jan-R. SIECKMANN, *Derechos fundamentales, principios y argumentación*, Granada, Comares, 2011.

ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, CEC, 1993.

ATIENZA, Manuel y Juan RUIZ MANERO, *Ilícitos atípicos. Sobre el abuso del derecho, el fraude a la ley y la desviación de poder*, Madrid, Trotta, 2000.

ATIENZA, Manuel y Juan RUIZ MANERO, *Para una teoría postpositivista del Derecho*, Lima, Palestra, 2009.

BAYÓN, Juan Carlos, "¿Por qué es derrotable es razonamiento jurídico?" en *Doxa*, 24 (2001).

BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, CECP, 2003.

BOROWSKI, Martin, *La estructura de los derechos fundamentales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

BUSTAMANTE, Thomas, "Principios, reglas y derrotabilidad, el problema de las decisiones contra legem", en Pablo BONORINO RAMÍREZ (ed.), *Teoría del derecho y decisión judicial*, en <http://www.bubok.es/libros/175862/Teoria-del-Derecho-y-decision-judicial>.

CARPIO, Edgar, "La interpretación de los derechos fundamentales", en Eduardo FERRER MAC-GREGOR, *Interpretación Constitucional*, t I. México, Porrúa, 2005.

GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, "La incidencia de la derrotabilidad de los principios iusfundamentales sobre el concepto de Derecho", en *Diritto e Questioni Pubbliche*, 3 (2003).

GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, "Neoconstitucionalismo, derrotabilidad y razón práctica", en Miguel CARBONELL y Leonardo GARCÍA JARAMILLO (coords.), *El canon neoconstitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010.

GARCÍA TOMA, Víctor, *Los Derechos Fundamentales en el Perú*, Lima, Jurista Editores, 2008.

GUNTHER, Klaus, "Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica", en *Doxa*, 17-18 (1995), Alicante, Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Alicante.

LOPERA MESA, Gloria, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, Madrid, CECP, 2006.

MARTÍNEZ ZORRILLA, David, *Conflictos Constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, Madrid, Marcial Pons, 2007.

MEDINA GUERRERO, Manuel, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Madrid, McGraw Hill, 1996.

486 MORESO, Juan José, "Condicionalidad, derrotabilidad y conflicto entre normas", en *Interpretación y razonamiento jurídico*, vol. I, Lima, Herminia Editores, 2008.

NINO, Santiago, *Introducción al análisis del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1983.

PAZOS, María Inés, "Derrotabilidad sin indeterminación, en *Doxa*, 25 (2002), p. 441.

PRIETO SANCHÍS, Luis, "El Constitucionalismo de los Derechos", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, p. 57.

RODENAS, Ángeles, "En la penumbra: indeterminación, derrotabilidad y aplicación judicial de normas", en *Doxa*, 24 (2001).

RODRÍGUEZ, Jorge, "La derrotabilidad de las normas jurídicas", en *Revista Isonomía*, 16 (1997).