

LA DERROTABILIDAD DE LAS REGLAS

EL LÍMITE ENTRE EL DERECHO DÚCTIL Y EL DERECHO ARBITRARIO*

Legal Defeasibility. The Limit between Ductile Law and Arbitrary Law

ÁNGELES RÓDENAS**

Fecha de recepción: 05/11/2020
Fecha de aceptación: 12/02/2021

acfs, Protocolo I (2021), 43-66
ISSN: 0008-7750; ISSN-e 2530-3716
<http://dx.doi.org/10.30827/acfs.vi1.16703>

RESUMEN La afirmación de que las reglas jurídicas son derrotables significa que, de acuerdo con nuestras prácticas jurídicas, puede estar justificado que los jueces dejen de lado las normas aplicables en la resolución de disputas y tengan en cuenta en su lugar otras consideraciones. En línea con este enfoque, este trabajo busca esclarecer los tipos de casos y las condiciones en las que, de acuerdo con nuestras convenciones asentadas, es aceptable que los

* Para citar/citation: Ródenas, A. (2021). La derrotabilidad de las reglas. El límite entre el Derecho dúctil y el Derecho arbitrario. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez. Protocolo I*, pp. 43-66.

Este trabajo fue presentado en el II Seminario “Crisis del Derecho Penal en el Estado de Derecho”. Antes, durante y después del seminario se ha beneficiado de ideas y sugerencias de muchas personas. Cuando empecé a prepararlo, Antonio Doval Pais me ayudó a encontrar ejemplos para que mi exposición de los problemas de la derrotabilidad resultara sugerente a mis colegas de seminario penalistas. Cuando presenté la ponencia, Eduardo Demetrio Crespo, Alfonso García Figueroa, Marina Gascón, Gema Marcilla (y algunas otras personas más de las que, ¡ay!, he olvidado su nombre, pero no sus comentarios) me formularon críticas y me hicieron sugerencias que me han sido de gran utilidad. Agradezco enormemente las aportaciones y comentarios que he recibido de todos ellos. Si no he sabido aprovechar todo este caudal de ideas, incrementando el valor de la versión final del trabajo que aquí presento, la culpa es solo mía.

Mención aparte merecen mis dos evaluadores anónimos, a los que también agradezco mucho sus comentarios. Ambos se han tomado muy en serio mi trabajo y me han formulado observaciones muy interesantes. Como eran muchos sus comentarios, no siempre me ha sido posible tenerlos en cuenta en el cuerpo del texto, por lo que en muchos casos he optado por contestarles en notas a pie de página. A fin de facilitar al lector la comprensión de la discusión que mantengo con mis dos evaluadores anónimos en las notas a pie de página, he optado por asignarles un nombre propio: llamo Sempronio a mi informante número 1 y Ticio al número 2.

A la deuda que ya tengo contraída con Alfonso García Figueroa se le suma un nuevo concepto, esta vez por la comprensión y la paciencia que ha tenido conmigo como coordinador de este volumen, concediéndome un plazo de gracia para poder contestar a mis dos informantes, Sempronio y Ticio.

** Facultad de Derecho de la Universidad de Alicante. Carr. de San Vicente del Raspeig, s/n, 03690 San Vicente del Raspeig, Alicante (España). Correo electrónico: angeles.rodenas@ua.es.

jueces se desvíen de lo establecido en las reglas jurídicas. En concreto, en el artículo se diferencian tres tipos distintos de derrotabilidad: D1 (derrotabilidad en el nivel de prescripciones contenidas en la formulación de reglas); D2 (derrotabilidad en el nivel de las justificaciones subyacentes a las reglas), y D3 (derrotabilidad radical o derrotabilidad de la jerarquía de razones que proporciona el Derecho). Finalmente el artículo aborda la cuestión de si podemos considerar como jurídicas las consideraciones alternativas a las que los jueces deben apelar cuando estiman que deben dejar de lado las reglas *prima facie* aplicables. El trabajo concluye apuntando que la clave para trazar los límites entre el Derecho dúctil y el Derecho arbitrario descansa en una respuesta afirmativa a esta última pregunta.

Palabras clave: Derrotabilidad, Derecho dúctil, Derecho arbitrario, aplicación del Derecho, autoridad del Derecho.

ABSTRACT The claim that legal rules are defeasible means that, according to our legal practices, it may be justified for judges to set aside applicable rules in the resolution of disputes and to take other considerations into account in their place. In line with this approach, this paper seeks to clarify the types of cases and the conditions in which, according to our established conventions, it is acceptable for judges to deviate from what is commanded in legal rules. Specifically, three different cases of defeasibility are differentiated in the paper: D1 (defeasibility at the level of prescriptions contained in the formulation of rules); D2 (defeasibility at the level of underlying justifications of rules), and D3 (radical defeasibility, relative to the hierarchy of legal reasons). Finally the paper addresses the question of whether we can regard as legal the alternative considerations to which judges must appeal when they consider that they should set aside *prima facie* applicable rules. The paper concludes by pointing that the key to draw the boundaries between ductile law and arbitrary law lies in the affirmative answer to this last question.

Keywords: Legal defeasibility, ductile law, arbitrary law, application of law, authority of law.

1. INTRODUCCIÓN

Suele afirmarse que sostener que las reglas jurídicas son *derrotables* equivale a mantener que, de acuerdo con nuestras prácticas jurídicas, puede estar justificado que los jueces dejen de lado reglas de entrada aplicables en la resolución de las disputas y tomen en cuenta en su lugar otro tipo de consideraciones¹. Naturalmente esta primera aproximación al concepto de derrotabilidad no aspira a hacer desaparecer de un plumazo toda la com-

1. Voy a tomar como punto de partida para esta aproximación teórica al problema de la derrotabilidad las manifestaciones de este fenómeno en nuestras prácticas jurídicas. Por lo tanto, no seguiré los pasos de las aproximaciones lógicas inspiradas por el aparato conceptual

plejidad que la cuestión plantea; por el contrario, solo pretende introducir al lector en los principales problemas asociados a la derrotabilidad: ¿qué entendemos por regla aplicable? ¿qué significa “dejar de lado” una regla aplicable? ¿cuándo está justificado proceder de esta manera? ¿qué tipo de consideraciones deben ser tomadas en cuenta en lugar de las reglas derrotadas?

A lo largo de las páginas de este trabajo voy a tratar de responder a estas cuestiones pero, antes de abordarlas, parece pertinente ilustrar el fenómeno de la derrotabilidad de las reglas trayendo a colación algunos ejemplos provenientes de nuestras prácticas.

2. ALGUNOS EJEMPLOS DE DERROTABILIDAD PROVENIENTES DE NUESTRAS PRÁCTICAS JURÍDICAS

En concreto, voy a proporcionar tres ejemplos que nos permitirán introducirnos en el fenómeno de la derrotabilidad de las reglas.

(i) Comenzaré con un ejemplo procedente de nuestra práctica jurídica penal: la *exclusión de la tipicidad en los casos de consumo compartido de estupefacientes en un grupo reducido de personas*. Las sentencias del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 1994 y de 27 de mayo de 1994 restringen el alcance punitivo del delito de tráfico de estupefacientes del artículo 344 del antiguo CP². Pese a que el precepto, atendiendo a todo lo que permiten sus términos gramaticales, apenas establecía límites a la punibilidad, ambas sentencias excluyen la tipicidad de los casos de consumo compartido en un grupo reducido de personas (Silva Sánchez 1997, p. 316), fijando un criterio que hoy día ya puede considerarse plenamente asentando en nuestra jurisprudencia. Lo interesante de este ejemplo es que el tribunal se resiste a subsumir el caso del consumo compartido en un grupo reducido en el supuesto de hecho de la norma, alejándose de la “gramaticalidad” del precepto, y, en su lugar, se inclina por una interpretación “teleológica”, lo que le lleva a defender la atipicidad de la conducta, argumentando que el bien jurídico protegido en el precepto —la salud pública— no ha sido puesto en peligro³.

de Alchourrón y Bulygin (Alchourrón y Bulygin, 1971 y Alchourrón, 2010, pp. 77-127, 141-153 y 155-177).

2. Artículo 368 del actual Código Penal.

3. “Partiendo de la distinción doctrinal entre “realización aparente” y “realización efectiva” del tipo, el Tribunal Supremo introduce en su labor de interpretativa el principio político-criminal de exclusiva protección de bienes jurídicos. Así, se inclina por una solución de atipicidad en los casos en los que, aunque gramaticalmente la conducta del sujeto activo

(ii) Separándose igualmente de la “gramaticalidad” de las normas, el Tribunal Supremo *se resiste a subsumir en el supuesto de hecho del robo con escaló aquellos casos en los que la entrada irregular no muestre una “destreza o esfuerzo importante”* que justifique la agravación de la pena respecto del delito de hurto⁴. En estos casos el tribunal practica una restricción sobre el tipo por considerar que, aunque sí se ha producido escalamiento, la gravedad de la pena asociada contraviene el principio de proporcionalidad (Silva Sánchez, 1997, p. 318). Por el momento, lo que me interesa destacar de este segundo ejemplo es que la restricción sobre el tipo no se debe, a diferencia de lo que sucedía en el ejemplo anterior, a que el bien jurídico protegido en el precepto no haya sido puesto en peligro: sí se ha perturbado la legítima relación de dominio sobre las cosas, pero no está justificada la gravedad de la pena. Lo que sucede en este caso es que entra en juego de un nuevo principio —el principio de proporcionalidad— que motiva la inaplicación del precepto, debido al exceso de la pena que lleva asociada.

(iii) Pero donde la derrotabilidad de las normas adquiere, por así decirlo, tintes más dramáticos es en aquellos casos en los que los tribunales enmiendan totalmente la plana al legislador, declarando la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de una disposición jurídica. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional, en la célebre sentencia 341/1993, de 18 de noviembre⁵, anuló el artículo 21, núm. 2 de la Ley Orgánica sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, más conocida como “Ley Corcuera” o “Ley de la patada en la puerta”. Esta disposición consideraba “causa legítima para la entrada y registro en domicilio por delito flagrante el *conocimiento fundado por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que les lleve a la constancia de que se está cometiendo o se acaba de cometer determinados delitos*”⁶. Argumenta el TC que “la eficacia en la persecución del delito, cuya legitimidad es incuestionable, no puede imponerse, sin embargo, a costa de los derechos y libertades fundamentales”. Las expresiones legales “conocimiento fundado”

resulta perfectamente subsumible en los términos legales, parece claro, a la luz del bien jurídico protegido en el precepto de que se trate, que dicho bien jurídico no ha sido puesto en peligro” (Silva Sánchez, 1997, p. 315).

4. Por ejemplo, los casos de entrada a través de una ventana abierta sita en la planta baja (STS de 20 de abril de 1999), o “*a nivel de calle*”(STS de 18 de enero de 1999), o “cuando no conste una especial altura de la misma en relación al suelo o una forma concreta con la que el acusado haya logrado auparse hasta el alféizar que revelen la especial habilidad o esfuerzo propios del escalamiento” (STS de 10 de marzo de 2000).
5. BOE núm. 295, de 10 de diciembre de 1993.
6. La citada disposición se refería a “delitos que, en materia de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, castiga el Código Penal”.

y “constancia” “muestran una amplitud e indeterminación en su enunciado incompatible con el rigor que presenta y requiere, en este punto, el art. 18.2 de la Constitución”⁷, que reconoce la inviolabilidad del domicilio⁸.

3. LA DERROTABILIDAD DE LAS REGLAS VS. LA NATURALEZA AUTORITATIVA DEL DERECHO

Además de proporcionarnos una ilustración preliminar del fenómeno de la derrotabilidad de las reglas, estos tres ejemplos me abonarán el terreno para, más adelante, emprender el análisis teórico del problema. Pero, antes de embarcarnos en dicho análisis, merece la pena destacar la escasa atención que la teoría del Derecho tradicional ha prestado al problema de la derrotabilidad de las reglas. No deja de resultar chocante que, aunque en la práctica aplicativa del Derecho no son inusuales manifestaciones de la derrotabilidad de las reglas como las que ilustran los ejemplos anteriores, haya existido un claro desajuste entre la demanda de análisis teórico procedente de nuestras prácticas jurídicas y la respuesta que frente a esta demanda ha ofrecido la teoría del Derecho⁹.

La razón de este desajuste no es baladí: buena parte de la teoría del Derecho contemporánea se ha construido sobre los cimientos del modelo de ciencia jurídica positivista de comienzos del siglo pasado y este modelo oponía una férrea resistencia a integrar en su análisis fenómenos que pudieran debilitar la naturaleza autoritativa del Derecho, uno de los rasgos más característicos del Derecho moderno positivizado. Si hay algún autor que exprese la culminación de este paradigma en la filosofía del Derecho, este es, sin duda, Kelsen. Como es sabido, la teoría pura del Derecho representa para Kelsen el único modelo aceptable de ciencia jurídica y no hay espacio en la teoría del Derecho para la elaboración racional del Derecho. Kelsen nos conmina a tener bien presente que “de un conocimiento del Derecho positivo que se mantenga dentro de sus límites *no se puede obtener ni un ápice de nuevo Derecho*” (Kelsen, 2006, p. 52)¹⁰. La búsqueda por parte de

7. Tales expresiones, prosigue el tribunal, “van notoriamente más allá de aquello que es esencial o nuclear a la situación de flagrancia. Al utilizar tales términos el precepto permite entradas y registros domiciliarios basados en conjeturas o en sospechas que nunca, por sí mismas, bastarían para configurar una situación de flagrancia”.

8. “El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito”.

9. Una buena muestra de los cambios recientes en esta inercia se puede encontrar en *The Logic of Legal Requirements. Essays on Defeasibility*, Oxford University Press (Ferrer y Ratti, 2012).

10. El énfasis es mío.

la doctrina jurídica del Derecho implícito no sería más que un mito que hay que desterrar (Ródenas, 2017, 11-13). Esta preocupación por la pureza del método va a ir progresivamente permeando el pensamiento de muchos filósofos del Derecho, hasta el extremo de que la derrotabilidad ha constituido uno de los problemas más espinosos de tratar por parte la teoría del Derecho contemporánea¹¹.

Sin lugar a dudas, uno de los filósofos del Derecho que más y mejor ha sabido explicar la naturaleza autoritativa del Derecho moderno ha sido Joseph Raz. De acuerdo con Raz, la naturaleza autoritativa del Derecho se pone de manifiesto en su pretensión de que las normas jurídicas constituyen para sus destinatarios razones protegidas para la acción¹². En relación con los jueces, esta pretensión supone simultáneamente dos cosas: que las reglas constituyen razones de primer orden para que el juez realice la acción exigida, es decir, para que dicte una resolución cuyo contenido se corresponda con el de la regla, y, a su vez, que las reglas son también razones excluyentes para que el juez prescinda del resultado al que le llevaría una deliberación independiente sobre los argumentos en pro y en contra del dictado de esa resolución; es decir, una razón para excluir que el contenido de la resolución se fundamente en la apreciación por parte del juez de cuál sería, atendiendo a los méritos del caso, la mejor resolución a dictar (RAZ, 1990).

Ahora bien, aunque los jueces en la mayoría de casos toman como razones perentorias las reglas jurídicas preexistentes, hay también ocasiones excepcionales —como las que ilustran los ejemplos del apartado anterior— en que entienden que concurren importantes razones jurídicas para dejar de lado una regla en principio aplicable¹³. Precisamente hablamos de

-
11. Esta situación comienza a cambiar en la segunda mitad del siglo XX, a raíz de la célebre crítica de Dworkin al modelo positivista hartiano de las reglas. En “The Model of Rules”, publicado originalmente en 1967, Dworkin defiende que el Derecho no es sólo una cuestión de reglas, sino también de principios, que derrotan a las reglas en su aplicación en algunos casos. Más adelante, en el ámbito de la Europa continental, los trabajos de Robert Alexy acerca de la ponderación abren una nueva vía para la discusión sobre derrotabilidad al plantear en qué condiciones una medida legislativa puede ser inaplicada por resultar superada por consideraciones surgidas de uno de los principios en liza.
 12. Atienza y Ruiz Manero han sostenido que esta caracterización de las reglas como razones protegidas es aplicable sólo a un tipo de norma: las reglas de mandato, pero no a otros tipos de enunciados jurídicos como los principios —que constituirían meras razones de primer orden— o las reglas que confieren poder —que serían razones auxiliares— (Atienza y Ruiz Manero, 2007).
 13. Así, a decir de Silva Sánchez “en la jurisprudencia se advierte una tendencia cada vez más clara hacia la superación del positivismo legalista, que concibe la aplicación de la ley como una operación meramente lógica, como una pura subsunción que seguiría la forma de un

derrotabilidad cuando, de acuerdo con nuestras prácticas jurídicas, entendemos que las reglas no deben ser tomadas como razones excluyentes en la deliberación judicial.

¿Pero cómo pueden las reglas, caracterizadas en los términos que acabamos de ver, ser derrotables? Aparentemente su carácter, en tanto que razones protegidas, excluye el rasgo de la derrotabilidad. Esta tesis dilemática explica, en buena medida, por qué una buena parte de la teoría del Derecho contemporánea viene resistiéndose a reconstruir racionalmente el fenómeno de la derrotabilidad, bien sea por el expediente de ignorarlo, considerándolo un fenómeno marginal, por completo ajeno a la racionalidad jurídica, o bien considerándolo como una eventual facultad de remisión por parte del Derecho a consideraciones extrajurídicas para la resolución de ciertas disputas¹⁴.

La consecuencia de esta estrategia *negacionista* se ha hecho sentir en nuestra disciplina. Al insistir una y otra vez en la dimensión autoritativa o directiva del Derecho e ignorar las tensiones que se producen en su seno entre su dimensión directiva y su dimensión valorativa¹⁵, nuestra comprensión del Derecho ha resultado empobrecida. Percibir adecuadamente el problema de la derrotabilidad de las normas nos exige dejar de ver el Derecho exclusivamente como un conjunto de normas autoritativas y desplazar nuestra atención a los problemas que se les plantean a los jueces y tribunales

silogismo. Ciertamente, a ello puede haber contribuido en alguna medida la exigencia que se contiene en el art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en cuanto a la “interpretación de las normas legales de modo conforme a la Constitución”, pero ello probablemente no daría razón suficiente de la evolución claramente detectable. En ésta parece ponerse de manifiesto que los jueces y tribunales...son conscientes de la necesidad de adoptar una determinada perspectiva valorativa a la hora de proceder a interpretar la ley positiva, de tal modo que el proceso de aplicación de la ley puede caracterizarse correctamente como un proceso de obtención del Derecho. En el caso de nuestro Alto Tribunal, parece que esa perspectiva valorativa adquiere significativos rasgos teleológicos, de modo que la interpretación de los tipos se sujeta a los fines político-criminales materiales del Derecho penal, conduciendo a una aplicación garantista de la Ley (Silva Sánchez, 1997, p. 314).

14. De acuerdo con Raz, es posible distinguir entre un “razonamiento para establecer el contenido del Derecho” y un “razonamiento con arreglo a Derecho”. En el primer caso, el intérprete realiza un razonamiento basado únicamente en las fuentes del Derecho y, por lo tanto, autónomo. Pero es posible que el resultado que tal razonamiento arroje sea el otorgamiento de discrecionalidad a los jueces para apartarse de lo que el Derecho establece si se dan razones morales relevantes para ello. Si este fuera el caso, entraría en escena el segundo tipo de razonamiento, el razonamiento con arreglo a Derecho, en el que el juez tiene discreción para apartarse de las pautas jurídicas identificadas según la tesis de las fuentes y aplicar razones morales (Raz, 1994, p. 310).
15. O, lo que es lo mismo, entre aquello que es ordenado por el ordenamiento jurídico y el conjunto de fines y valores al que sirve el ordenamiento.

en el momento de aplicarlo. La naturaleza compleja del Derecho sólo se nos revelará si, siguiendo la sugerencia de Dworkin, tomamos como punto de partida de nuestra indagación la imagen que los operadores jurídicos tienen del mismo en el momento de afrontar los casos difíciles (Dworkin, 1995); esto es, aquellos que no se resuelven mediante la mera subsunción del caso en el supuesto de hecho en una regla autoritativa (Ródenas, 2017, p. 12).

En suma, si los filósofos del Derecho queremos elaborar una teoría que resulte interesante para la dogmática, debemos incorporar el problema de la derrotabilidad de las reglas a nuestra agenda de trabajo. Para empezar, debemos ser capaces de construir una teoría general de la *derrotabilidad*; esto es, una teoría que, más allá de las especificidades planteadas por cada una de las ramas del Derecho, o de las diferencias que presenten los distintos ordenamientos nacionales, capte lo que de común hay en este fenómeno. Pero, a su vez, también debemos ser capaces de someter el fenómeno a un severo control crítico, planteándonos si hay un fundamento racional en la pretensión de los jueces de que en determinados casos *tienen el deber jurídico de dejar de lado una regla aplicable*, tratando de delimitar en qué tipo de casos y bajo qué condiciones tal cosa sería racional.

4. TRES TIPOS DE DERROTABILIDAD

Para afrontar los retos anteriores voy a partir de la idea de que el fenómeno de la derrotabilidad no se manifiesta siempre de la misma forma en el Derecho. Concretamente propondré diferenciar tres tipos de situaciones en las que se manifiesta este fenómeno. Cada uno de estos tipos de situaciones presenta características distintivas propias, lo que, a su vez, me llevará a diferenciar entre tres tipos de derrotabilidad, a los que denominaré, respectivamente D1, D2 y D3¹⁶ (Ródenas, 2001, pp. 72-82 y 2012, pp. 33-51).

4.1. D1: derrotabilidad en el nivel de las prescripciones contenidas en las formulaciones de las reglas

Empezaré mi análisis con un ejemplo bastante simplificado. Imaginemos una norma que —sin introducir mayores matices— prohíbe fumar

16. Como en breve se verá, a su vez, voy a caracterizar la D1 como la *derrotabilidad en el nivel de las prescripciones* contenidas en la formulación de las reglas; la D2 como la *derrotabilidad en el nivel de las justificaciones subyacentes a las reglas*, y, finalmente, la D3 como la *derrotabilidad radical*.

en los centros de trabajo. Esta formulación podría haberse aprobado por ciertas razones que operarían como justificación subyacente. Usualmente somos capaces de atribuir un significado a la formulación normativa que prohíbe fumar en los centros de trabajo sin necesidad de determinar cuáles son las razones subyacentes a la misma. Siguiendo a Frederick Schauer, podemos afirmar que las formulaciones normativas suelen poseer *autonomía semántica*, esto es, que su significado —lo que las mismas prescriben— puede establecerse, como sucede con la prohibición de fumar, sin tomar en cuenta la justificación que subyace a las mismas (Schauer, 1991, pp. 53-62).

Generalmente seguir las reglas sin preguntarnos por sus razones subyacentes es una buena técnica pero, en algunos casos, pueden producirse desajustes entre aquello que la formulación normativa nos exige y lo que la justificación subyacente a la misma requiere. Volviendo al ejemplo de la prohibición de fumar en los centros de trabajo, aceptemos que pudiéramos determinar con claridad que la justificación subyacente a esta regla fuera la protección del derecho a la salud de los no fumadores. Pues bien, es fácil concebir supuestos que constituirían instancias de aplicación de la regla, pero a los que la justificación subyacente no sería aplicable.

(i) Pensemos, para empezar, en el caso del trabajador de una empresa cuyo trabajo consistiera en atender las consultas telefónicas de los clientes de la compañía, fuera del horario de oficina de los demás empleados. La prohibición contenida en la formulación le afecta, aunque no haya derechos de terceros no fumadores en juego. Diríamos que aquí la prescripción contenida en la formulación de la regla se extralimita respecto de lo que su justificación subyacente permite. En realidad la regla estaba concebida para otro tipo de situaciones. Las razones subyacentes a esta regla no son de aplicación en absoluto en este caso.

(ii) Algo análogo a lo anterior sucedería en el caso de un ensayo clínico que se llevara a cabo en un hospital, destinado a mostrar la cantidad de humo que inhala un sujeto no fumador que comparte un espacio cerrado con fumadores. Puesto que el hospital es un centro de trabajo, la prohibición también parece ser de aplicación aquí. También en este caso diríamos que la prescripción contenida en la formulación de la regla se extralimita respecto de lo que su justificación subyacente permite. Ahora bien, observemos que en este segundo ejemplo concurre un elemento que lo diferencia claramente del anterior: evidentemente el ensayo clínico pone en peligro la salud de los no fumadores que participan en el mismo, pero se estima que las ventajas que se obtienen del mismo, en términos de contribución a políticas públicas de salud, son mayores que los inconvenientes derivados de la merma en la salud de los participantes.

Estos dos ejemplos —el del fumador aislado en su oficina y el del ensayo clínico—, nos van a servir como ilustración del primer tipo de situación en que se manifiesta la derrotabilidad, D1. En estos casos podría parecer razonable que el aplicador del Derecho resuelva no tomar la regla que prohíbe fumar en los centros de trabajo como base para su decisión, debido precisamente a que, de hacerlo así, iría más allá de aquello a lo que le faculta el balance de razones que subyace a la regla.

Cuando los jueces razonan de esta manera están considerando derrotada una regla en una de las posibles acepciones del término *derrotabilidad*: están considerando derrotada la regla en el nivel de las prescripciones contenidas en su formulación (D1); esto es, los jueces entienden que el resultado al que llevaría aplicar una regla con autonomía semántica no se compadece bien con el compromiso entre razones que subyace a la misma regla.

Profundizando algo más en esta idea, la derrotabilidad en el nivel de las prescripciones puede deberse bien a que las principales razones que respaldan la prescripción no sean aplicables al caso —como en el ejemplo del trabajador que fuma en solitario—, o bien a que, aun cuando sean de aplicación algunas de las principales razones en pro de la prescripción, haya otras razones presentes que no han sido consideradas en el balance de razones que la regla contempla —como ilustra el ejemplo del ensayo clínico—. El primer tipo de situaciones —como la del trabajador solitario— puede considerarse como *casos fuera del alcance* de la regla; mientras que el segundo —como el caso del ensayo clínico— se trataría de *excepciones a la regla* (Raz, 1991, p. 82, Ródenas, 1998, pp. 113-115 y Fernández, 2005, pp. 45-48).

Si dirigimos nuevamente nuestra atención a los dos primeros ejemplos que he utilizado en el apartado anterior para ilustrar el fenómeno de la derrotabilidad de las normas —el ejemplo del consumo compartido de estupefacientes en grupo reducido y el del escaló con escasa destreza o esfuerzo— podemos establecer un paralelismo con los casos que ahora acabo de referirme —el caso del trabajador solitario y el del ensayo clínico.

(i) En primer lugar, el razonamiento que opera en trasfondo de la exclusión de la tipicidad en los casos de consumo compartido de estupefacientes en un grupo reducido de personas no está muy alejado del utilizado en el ejemplo del empleado que fuma en solitario. En ninguna de ambas situaciones la principal razón que respalda la regla —la protección de la salud pública en el primer caso y la de los fumadores pasivos en el segundo— es de aplicación. Se trata, por tanto, de supuestos en los que se derrota la prescripción contenida en la formulación de la regla por estar fuera del alcance de las razones subyacentes a la regla.

(ii) En segundo lugar, cabría establecer un paralelismo entre el razonamiento que opera en el trasfondo de la exclusión del tipo de robo con escaló cuando la entrada irregular no muestra una “destreza o esfuerzo importante” y el ejemplo del ensayo clínico del que acabo de servirme. En ambos casos, aun cuando sean de aplicación algunas de las principales razones en pro de la regla, hay otras razones presentes que no han sido debidamente consideradas en el balance de razones que la regla contempla: el principio de proporcionalidad de la pena en el caso del escaló con escasa destreza o esfuerzo y la protección de la salud pública en caso del ensayo clínico. Se trata, en suma, de supuestos en los que se derrota la prescripción contenida en la formulación de la norma debido al peso decisivo de un principio que no ha sido contemplado en el balance de razones subyacentes a la regla.

4.2. D2: derrotabilidad en el nivel de las justificaciones subyacentes a las reglas

Como se advierte en los dos ejemplos anteriores, la derrotabilidad en sentido D1 se predica de la prescripción contenida en la formulación normativa mediante la que la regla se expresa, pero no del balance de razones subyacentes a la misma. Esto es así debido a que podemos apreciar la extralimitación de la prescripción contenida en la formulación de la regla sin reabrir el balance de razones subyacentes. Ahora bien, ¿tiene sentido hablar de derrotabilidad en ambos niveles?; ¿podemos hablar también de derrotabilidad en el nivel de las razones subyacentes a las reglas? Dar respuesta a esta pregunta nos exige detenernos unos instantes en un segundo nivel, más profundo, del Derecho: el de las razones subyacentes a las reglas. En la génesis de toda regla late un conflicto entre razones tuteladas por el Derecho; las reglas resuelven ese conflicto señalando un compromiso entre las razones en conflicto¹⁷.

Para ilustrar la D2 o derrotabilidad de las justificaciones subyacentes, podemos volver al tercero de los ejemplos de derrotabilidad que he mencionado en el apartado anterior: la sentencia de inconstitucionalidad de

17. En realidad esta caracterización de las reglas sería solo aplicable al tipo más característico de reglas jurídicas: las reglas de mandato. Siguiendo la tipología de las normas de Atienza y Ruiz Manero, además de reglas de mandato, el Derecho contendría otros tipos de enunciados normativos, como los principios, las reglas que confieren poder o los permisos. Cada uno de estos enunciados presentaría una estructura normativa distintiva e incidiría de manera diferente en el racionamiento práctico de sus destinatarios (Atienza y Ruiz Manero, 2007).

la Ley Corcuera (o Ley de la patada en la puerta) que permitía a la policía entrar en un domicilio sin orden judicial en condiciones extremadamente imprecisas. Evidentemente esta disposición adolecía de un vicio material de validez, ya que en el balance de razones que subyace a la disposición se hizo prevalecer la eficacia en la persecución del delito sobre el derecho a la inviolabilidad del domicilio, siendo éste último derecho y no la eficacia en la persecución del delito el que goza de un respaldo constitucional más amplio, en tanto que se trata de un derecho fundamental y no de una mera directriz para las políticas públicas, como es la eficacia en la persecución del delito. En suma, en atención a los derechos fundamentales blindados por el sistema jurídico, el balance entre razones que subyace a la disposición anulada por el TC resulta a todas luces erróneo.

Por supuesto, no siempre es fácil determinar con exactitud cuál es el compromiso entre razones que subyace a una regla, pero cuando tal cosa es posible, puede suceder que se den situaciones, como las que ilustra el ejemplo anterior, en las que el *juicio de prevalencia* entre razones que opera como justificación de una regla esté mal construido. Esta contingencia nos permite hablar también de *derrotabilidad en el nivel de las justificaciones subyacente a las reglas* (D2). Hablamos de derrotabilidad en este nivel cuando, a la luz de otros compromisos o juicios de prevalencia entre razones, que se hallan implícitos o explícitos en otras normas jerárquica o axiológicamente superiores del sistema jurídico y que son aplicables al caso en cuestión, se aprecia un error en el propio compromiso entre razones de primer orden que opera como justificación subyacente de la regla¹⁸. En

18. Objeta Ticio que “no es la derrotabilidad [cuando se produce un conflicto entre normas] un fenómeno peculiar de las normas jurídicas que requiera especial explicación. Es como decir que los equipos de fútbol son derrotables porque en cada partido compiten dos de ellos y a menudo sale uno derrotado porque metió más goles el otro. Va de suyo” (del informe n° 2). Creo que Ticio no ha reparado en que el término derrotabilidad adolece de la típica ambigüedad proceso-producto. Como oportunamente advirtiera Guastini “hace falta distinguir cuidadosamente entre derrotabilidad, acción de derrotar, y derrota (en tanto producto de dicha acción). La derrotabilidad es una propiedad disposicional de cualquier norma (en tanto interpretación literal de un enunciado normativo): es decir, cualquier norma es diacrónicamente derrotable, ya que los juristas pueden (en sentido no deóntico, sino fáctico) derrotarla, y lo hacen continuamente. La acción de derrotar, en tanto proceso, es un acto interpretativo; la derrota, en tanto producto, es el resultado «sincrónico» de ese acto” (Guastini, 2008, p. 154). Retomando el símil futbolístico de Ticio, analizar la derrota de un equipo en tanto que resultado del juego no parece una actividad muy interesante: uno de los equipos ha metido menos goles. Lo interesante no es analizar la derrota como producto, sino como proceso, es decir, determinar qué aspectos del juego han llevado al equipo a la derrota. Un buen análisis de un partido no puede limitarse a darnos el resultado final, sino que debe analizar las razones que llevaron a la derrota. Otra cosa es —como sospecho— que Ticio sea escéptico en materia de razones relativas al Derecho (no al fútbol).

suma, es posible que lo que se derrote no sea —como en los dos primeros ejemplos— la prescripción contenida en la formulación normativa, sino el propio compromiso (o juicio de prevalencia) entre razones subyacentes a las reglas. En tal caso, cabría afirmar que el problema de derrotabilidad de la regla tiene su causa en un vicio de validez material¹⁹.

Por lo demás, las consecuencias que se siguen en el caso de que la derrotabilidad se produzca en el nivel de las justificaciones subyacentes a las reglas son característicamente distintas de las correlativas a la derrotabilidad en el nivel de las prescripciones contenidas en las formulaciones normativas: cuando la derrotabilidad se produce en el nivel de las justificaciones subyacentes a las reglas, nos encontramos con que la regla fracasa, tanto en este caso como en casos sucesivos, como razón para guiar la deliberación; lo que se refuta por erróneo es *el propio juicio de prevalencia* que opera como justificación de la regla, por lo que se asume que ésta no debe jugar ningún papel en la toma de decisiones futuras. Por lo tanto, las consecuencias que se siguen de la derrotabilidad en sentido D2 son las propias de la nulidad. En cambio, cuando hablamos de derrotabilidad en el nivel de las prescripciones o D1 la regla derrotada no pierde su validez, sino que resulta inaplicable en relación a un caso concreto y a aquellos otros supuestos que compartan las mismas características esenciales que el caso concreto.

4.3. D3: derrotabilidad radical de las normas jurídicas

Por lo tanto, cuando hablamos de derrotabilidad de las reglas podemos estar refiriéndonos a la derrotabilidad de las prescripciones contenidas en

19. Considera Ticio “inconveniente y oscurecedor el que se considere que una norma es derrotada cuando el Tribunal Constitucional declara su inconstitucionalidad, lo que habrá que entender —prosigue— como declaración de su invalidez... Es decir, meter en el mismo saco derrotabilidad y declaración de nulidad de una norma por razones de genuina antinomia es una operación que oscurece mucho más de lo que aclara. ¿Acaso hasta el más crítico de la idea de la derrotabilidad intrínseca de las normas jurídicas ha cuestionado alguna vez que las normas sean anulables por el órgano respectivamente competente?” (del informe nº 2). Creo que asociar la derrotabilidad a ciertos supuestos de nulidad no resulta en absoluto inconveniente y que la claridad no se puede lograr a costa de cercenar usos lingüísticos de términos ambiguos, sino diferenciando cuáles son sus condiciones de uso en diferentes contextos. En este sentido, algunos autores como Ulises Schmill —por cierto, nada sospechoso de ser postpositivista— abiertamente ha sostenido la tesis de que “la derrotabilidad es anulabilidad condicionada, entre otros motivos, por inconstitucionalidad” (Schmill, 2001, pp. 108 y sig.). Por otro lado, en el ámbito de la literatura anglosajona, cuya contribución al actual debate sobre la derrotabilidad es decisiva, es usual asociar la derrotabilidad a la nulidad. Sin necesidad de ir a buscar testimonios a desiertos remotos o montañas lejanas, el clásico diccionario Merriam-Webster define en los siguientes términos el vocablo *defeasible*: “capable of being annulled or made void”.

las formulaciones normativas (D1), pero también a la derrotabilidad de las justificaciones subyacentes a tales prescripciones (D2). Aunque estos dos primeros tipos de derrotabilidad son los que mejor dan cuenta de la manera en la que la derrotabilidad se manifiesta en nuestras prácticas jurídicas, todavía nos queda un tercer sentido de derrotabilidad por explorar: se trata de la derrotabilidad radical o D3. La derrotabilidad radical o D3 se produciría cuando, de acuerdo con el Derecho, concurren razones para basar una decisión jurídica en criterios extrajurídicos; es decir, en criterios ajenos a nuestras prácticas jurídicas (ya se trate de las prácticas que remiten a las convenciones semánticas imperantes o bien a las convenciones interpretativas)²⁰.

La derrotabilidad radical resulta bastante controvertida, pues supone la renuncia por parte del Derecho a que sean las razones que él mismo proporciona las que orienten la solución a los casos, lo que comporta que la decisión final sea el resultado de un ejercicio de discrecionalidad fuerte

20. Sostiene Ticio que “meter en el mismo saco los casos en que las normas no son “literalmente” aplicadas porque hay un desajuste entre la justificación teleológica o valorativa de la norma y la pura subsunción del hecho bajo la mera “letra” de la norma, por un lado, y, por otro, los casos en que simplemente se opera en la práctica como si las normas no fueran más que ejemplificaciones de soluciones posibles, sin fuerza autoritativa, me parece una manera de oscurecer el concepto mismo de derrotabilidad, de hacerlo poco útil y de condenarlo a la trivialidad: las normas son derrotables porque a veces resultan derrotadas, sea por fas o por nefas; ésa parece que fuera la conclusión” (del informe nº 2). Ticio no ha advertido que no soy yo quien “mete en el mismo saco estos casos”. Por el contrario, lo que hago es tomar como punto de partida la forma en la que este término es utilizado en diversos contextos y constato que no hay uno uso unívoco del mismo, sino que hay, al menos, tres tipos de situaciones diferentes en las que los juristas hablan de derrotabilidad, de las que se infieren otras tantas nociones de derrotabilidad (D1, D2 y D3). Precisamente lo que voy a sostener, como se verá más adelante, es que de estas tres nociones no se extrae un concepto común de derrotabilidad, lo que no significa, como se verá, que no haya un “mínimo común denominador” en las tres nociones, lo que justificaría el interés de estudiarlas de forma conjunta.

La metodología que estoy empleando para el análisis de la noción de derrotabilidad no es muy diferente a la que Hart utilizara en su célebre ensayo sobre el concepto de responsabilidad (Hart 1968, p. 211). Recordemos que Hart diferencia cuatro contextos diferentes de uso del término responsabilidad, que dan lugar a otros tantos conceptos de responsabilidad: responsabilidad como conjunto de derechos y obligaciones derivados de un rol, responsabilidad como factor causal, responsabilidad como capacidad o estado mental y responsabilidad como punibilidad o reprochabilidad moral. No parece razonable objetar a esta metodología “haber puesto en el mismo saco” los cuatro casos de responsabilidad y, menos aún, defender que Hart debería haber optado sólo por unos de estos usos, que sería el “verdadero concepto de responsabilidad”. Por el contrario, no dar cuenta de los diferentes usos del término responsabilidad sí que resultaría oscurecedor. En paralelo a este razonamiento, creo que sería empobrecedor que tomara en consideración un solo uso del término derrotabilidad e ignorara las demás acepciones.

por parte de los órganos encargados de aplicarlo, comprometiendo con ello frontalmente la pretensión de autoridad característica del Derecho. Es por ello que la derrotabilidad radical se nos presenta desde la filosofía del Derecho más como una posibilidad teórica, que como un fenómeno real y, menos aún, recurrente. Pero como, por hipótesis, no podemos excluir que la derrotabilidad radical pueda materializarse en algún sistema jurídico real, merece la pena detenernos, aunque sea brevemente, en el análisis de las condiciones que tendrían que darse para que fuera posible hablar de derrotabilidad radical o D3 en un sistema jurídico.

Uno de los autores que con más detenimiento se ha ocupado de explorar la derrotabilidad en esta tercera acepción que estoy diferenciando ha sido Juan Carlos Bayón (Bayón, 2000, pp. 87-117)²¹. De acuerdo con Bayón, la presencia en el Derecho de normas derrotables (en esta tercera acepción) dependería de la concurrencia de dos variables fácticas que seguidamente voy a tratar de sintetizar.

21. Señala Ticio que los puntos de vista de Bayón sobre la derrotabilidad “marcan unas condiciones muy especiales para que la misma tenga sentido o fuera inevitable. Si, como en el trabajo, eso se reconduce a un apartado en la taxonomía de los tipos de derrotabilidad, en realidad se está degradando o no se está entendiendo del todo lo que Bayón expone (del informe nº 2)”. Admiro profundamente el trabajo de Juan Carlos Bayón sobre la derrotabilidad (y sobre cualesquiera otro tema con el que tenga a bien ilustrarnos), y está lejos de mi ánimo degradarlo en mi forma de presentarlo, pero llevar a cabo un merecido análisis doctrinal de la noción de derrotabilidad de Juan Carlos Bayón no me parece la única manera de honrar su trabajo. Tiene razón Ticio cuando me acusa de “sobrevolar las cuestiones a demasiada altura”, pero es el precio que hay que pagar cuando se quiere dar una panorámica general sobre el problema de la derrotabilidad en un congreso sobre la Crisis del Derecho Penal en el marco de Estado de Derecho que pueda ser interesante para otras disciplinas y no de escribir un tratado general sobre la derrotabilidad. Insisto en que mi intención es analizar diferentes usos del término derrotabilidad y, a partir de los mismos, esclarecer y contraponer diferentes acepciones del término. Ticio parece comprometido con la idea de que solo hay una acepción (verdadera) de derrotabilidad (que intuyo que sería la propuesta por Juan Carlos Bayón). El problema es que las acepciones que propongo en este trabajo no son comparables, pues se encuentran en diferentes planos. D1 y D2 surgen debido a dos problemas de interpretación con origen en causas muy diferentes: D1 obedece a la necesidad de adecuar las formulaciones normativas de las reglas a su justificación subyacente y D2 obedece a la necesidad de adecuar las justificaciones subyacentes de las reglas al conjunto de fines o propósitos del ordenamiento. Lo derrotado en el primer caso sería la formulación normativa mediante la que la regla se expresa y, en el segundo, el balance entre razones subyacente a la disposiciones. Pero en D1 y D2 resulta posible encontrar una respuesta jurídica apoyándonos en el conjunto de convenciones interpretativas (expresas e incluso tácitas) compartidas. D3 es una situación diferente. Lo que llamo derrotabilidad radical —y creo que Ticio llamaría única y verdadera derrotabilidad— es la situación que se produciría si, aun acudiendo a las convenciones interpretativas (explícitas o tácitas), no vamos a poder resolver el caso mediante una solución intrasistémica.

(i) La primera variable fáctica sería la existencia en el Derecho de normas cuya relación de preferencia no esté preestablecida, de acuerdo con las convenciones interpretativas existentes, en relación con algunas de las demás normas del sistema (Bayón, 2000, p. 109). Cuando el sistema no contenga una ordenación completa de todas las preferencias entre normas, el sistema contendrá necesariamente algunas normas derrotables (Bayón, 2000, 107-108)²².

Aunque Bayón no es más explícito respecto del tipo de situación a la que se está refiriendo, no creo traicionar su pensamiento si señalo que lo que se está planteando es una situación de *indeterminación de la jerarquía de las razones proporcionadas por Derecho*²³: una situación en la que el ordenamiento carece de ulteriores criterios jurídicos a los que acudir que nos permitan resolver un conflicto entre dos o más soluciones normativas

22. Se trataría de lo que aquí vengo llamando una derrotabilidad radical o D3.

23. Observa Sempronio que “estos casos son reducibles a la segunda clase de derrotabilidad, puesto que la pregunta es ¿en qué condiciones una determinada norma ha de considerarse inválida, cuando colisiona con otra o colisiona con un principio constitucional? Entonces, la justificación subyacente debe ceder frente a otra más adecuada justificación subyacente”. Efectivamente, si las convenciones interpretativas (expresas o tácitas) permiten determinar la invalidez de una norma, estamos ante un supuesto de derrotabilidad del tipo D2. Tal cosa, por cierto, puede suceder incluso en algunos casos de antinomia de segundo grado entre *lex specialis* y *lex posterior*—supuesto en el que, en opinión de Sempronio, estaría pensando Bayón— y también en casos de antinomias de primer grado de tipo parcial-parcial— Estas antinomias pueden tener una solución sencilla en aquellos casos en los que, de acuerdo con nuestras convenciones interpretativas, podemos atribuir un peso determinante a alguno de los principios en liza. Por ejemplo, si una autoridad dicta una disposición prohibiendo la venta de murciélagos en los mercadillos por razones de salud pública, ya que son agentes de transmisión de enfermedades infecciosas y, posteriormente, la misma autoridad permite la venta de animales en mercadillos, no parece aventurado pensar que si los murciélagos siguen siendo peligrosos para la salud pública y la protección de la salud pública sigue considerándose un valor esencial del ordenamiento, la prohibición seguirá vigente. La resolución de esta antinomia, una vez considerados los principios del sistema, resulta sencilla.

Pero en lo que creo que Sempronio no ha reparado es en que lo distintivo de la derrotabilidad D3 es que no disponemos de ninguna convención interpretativa—expresa o tácita— que nos permita llegar a una respuesta unívoca respecto de la pauta a seguir en el caso. D3 se produce en casos en los que hemos sobrepasado el territorio fértil de nuestras convenciones y ya no disponemos de criterios jurídicos que nos permitan priorizar alguna alternativa: es en D3 dónde vislumbramos los confines del Derecho.

Por cierto que asumir que los límites del Derecho llegan hasta donde nuestras convenciones interpretativas expresas o tácitas nos permiten avanzar no supone, en modo alguno—como Ticio me reprocha— que haya acabado incurriendo en un realismo genovés: supone simplemente asumir una forma, si se quiere débil, de positivismo, no muy distante de la que otros autores como José Juan Moreso o el propio Juan Carlos Bayón—poco sospechosos de ser realistas genoveses— han defendido (Moreso, 2002, Bayón, 2002).

incompatibles aplicables a un mismo caso²⁴. Esto es lo que ocurriría si, por ejemplo, el resultado de aplicar el método de la ponderación entre dos principios constitucionales arrojara en un determinado caso un empate. Si tal cosa sucediera, el órgano encargado de resolver la disputa se vería obligado, en virtud del principio *non liquet*, a resolver el caso aplicando un criterio ajeno al Derecho.

(ii) La segunda variable fáctica cuya concurrencia haría posible hablar de derrotabilidad radical o D3 resulta mucho más compleja de esbozar. De acuerdo con Bayón esta variable concurriría si, una vez que se ha fijado el significado de las formulaciones normativas a la luz de la totalidad de convenciones interpretativas existentes, tales convenciones no incluyeran (en relación a una, algunas o todas las normas del sistema) “una prescripción de considerar el conjunto de propiedades relevantes obtenido al final del proceso de identificación de las normas como condiciones suficientes de las calificaciones normativas correspondientes, o, lo que es lo mismo, de considerar irrelevantes cualesquiera propiedades distintas de ellas”.

En ausencia de tal convención, prosigue Bayón, “el proceso de identificación del Derecho no puede cerrarse con el aislamiento de un conjunto de propiedades que quepa considerar genuinas condiciones suficientes de las soluciones normativas establecidas”²⁵. De manera que las normas deberían

24. Juan Ruiz Manero se ha ocupado de un tipo de conflicto que puede ilustrar este tipo de situaciones. De acuerdo con este autor “por la simple necesidad de evitar el regreso al infinito, si hay un sistema de autoridades, algunas de ellas han de tener competencia para producir resultados institucionales definitivos”, esto es, resultados “consistentes en el dictado y la aplicación de normas que no resultan revisables ya por ninguna otra autoridad”. Si llamamos a las autoridades provistas de una competencia de este tipo “autoridades normativas definitivas”, surge inevitablemente un principio, enunciable como “debe ser lo prescripto por las autoridades normativas definitivas, que resulta ser potencialmente conflictivo en cualquier caso posible en relación con los principios y reglas sustantivos. Bastaría [...] con que la autoridad normativa definitiva de que se trate ejerciera sus competencias violando principios o reglas sustantivos”. Este conflicto no puede encontrar su solución por medio de una regla predispuesta, porque tal regla implicaría la renuncia de alguna de las pretensiones características de cualquier sistema jurídico, la pretensión de instituir autoridades definitivas y la pretensión de que estas autoridades estén sometidas a principios y reglas sustantivos. Si la regla estipulara que, en caso de un conflicto tal, debe prevalecer lo prescripto por las autoridades normativas definitivas, entonces el sistema habría renunciado a su pretensión de normar a estas autoridades y las habría configurado como autoridades *legibus solutae*. Si estipulara que debe prevalecer lo previsto en los principios y reglas sustantivos, el sistema habría renunciado a su pretensión de instaurar autoridades y se habría transformado en un sistema normativo *anarquistamente administrado* (Ruiz Manero, 2018, pp. 30 ss.).

25. Objeta Sempronio que “la idea de Bayón (en su discusión con Rodríguez-Súcar) es ... reducible a la derrotabilidad de la primera clase. Si el sistema jurídico no clausura las propiedades relevantes, entonces en sede de aplicación del derecho es posible considerar

entenderse como meras reglas de la experiencia [*rules of thumb*], lo que supone que solamente a partir de ellas no sería posible derivar ninguna solución concreta respecto de ningún caso particular, puesto que para llegar a establecerla siempre será necesaria una decisión por parte del aplicador entre alternativas abiertas, decisión que no resultaría fundamentable en el sistema (Bayón, 2000, pp. 104-106).

Aunque Bayón tampoco es más explícito respecto del tipo de situación a la que se está refiriendo al ocuparse de esta segunda variable, todo apunta a que se trataría de un tipo de situación en la que las razones que el propio Derecho proporciona pudieran ser —de acuerdo con éste— *arrinconadas*. Pero la idea de que las razones que el Derecho estipula puedan verse relegadas a la categoría de meras reglas de experiencia resulta, cuanto menos, sorprendente: la naturaleza autoritativa del Derecho parece estar en total contradicción con el *arrinconamiento* de las razones que él mismo estipula.

Ello no obstante, quizá no sea necesario acudir a una antología de la ciencia ficción para encontrar algún ejemplo que ilustre este tipo de situaciones, pese a su naturaleza paradójica. La peculiar regulación del “ejercicio del derecho de gracia del indulto” que nuestro legislador ha llevado a cabo en la Ley de Indulto²⁶ bien pudiera constituir una instancia de lo que andamos buscando²⁷ ²⁸. Como es sabido, la citada normativa confiere

alguna propiedad relevante, que no lo era explícitamente, como en el caso del consumo en grupo de estupefacientes o en el caso del robo con escalamiento”. Nuevamente Sempronio simplifica lo que ocurre en este subtipo de derrotabilidad D3. En la derrotabilidad de tipo D1 (como sucede en el caso del consumo en grupo de estupefacientes o en el caso del robo con escalamiento) el Derecho sí contiene razones relevantes que, sin embargo, no habían sido contempladas en la formulación normativa (bastaba con atender a las justificaciones subyacentes para darse cuenta). En D1, el operador que antepone los principios del sistema jurídico a las formulaciones normativas hace lo que el Derecho le exige (hasta la más formalista de todas las escuelas, la Escuela de la Exégesis, recomendaba obedecer el “espíritu de la ley” si este entra en contradicción con su tenor literal).

Pero en este subtipo de D3 las cosas son diferentes. Lo característico de este subtipo es que el Derecho habilita al legislador a pasar por alto las razones contenidas en el Derecho (incluyendo, claro está, los principios y las justificaciones subyacentes a las formulaciones normativas). Esto resulta ciertamente extraño y paradójico, pero tan extraño paradójico como puede serlo la actual regulación de la institución del indulto: un esperpento que muestra una tensión irresoluble entre las razones materiales y las razones autoritativas que caracterizan nuestro Derecho.

26. Ley de 18 de junio de 1870, modificada por la Ley 1/1988, de 14 de enero en los artículos: 2, 3, 10, 11, 15, 20, 22, 23, 24, 26, 28, 29 y 30.
27. Como muestra de su *atipicidad*, así es caracterizado el indulto por el TS: “el indulto es un acto con rasgos de atipicidad en el marco del Estado constitucional de derecho...porque comporta cierta derogación del principio de generalidad de la ley penal y de los de independencia y exclusividad de la jurisdicción” (ATS de 18 de enero de 2001, Recurso 2940/1997).

una amplísima discrecionalidad al Poder Ejecutivo para adoptar tales actos políticos, limitándose a exigir que del acuerdo de indulto se desprendan las “razones de justicia, equidad o utilidad pública”²⁹.

Dado el margen tan amplio de discrecionalidad que el legislador ha conferido al ejecutivo en estos actos, su control judicial ha supuesto un verdadero quebradero para el Tribunal Supremo. Como botón de muestra cabe citar la célebre sentencia de 20 de noviembre de 2013 del TS. En esta sentencia el Tribunal admite que su facultad de control del ejercicio del derecho de gracia tiene un carácter *externo* y se circunscribe a la comprobación de la concurrencia de *exigencias fácticas suficientes* para soportar las razones exigidas por el legislador.

-
28. Sostiene Ticio que “el caso de los indultos y la Ley del Indulto está mal traído, es equívoco o nos lleva de nuevo a la confusión. Si se me permite la comparación —prosigue— es como si dijéramos que el divorcio libre supone la derrota de normas, porque si puedo, sin necesidad de dar razones y solo porque quiero, romper válidamente el matrimonio que conforme a las leyes un día contraje, estoy derrotando esas normas legales. El indulto gubernamental o el divorcio libremente habilitado por la ley no son derrotas de normas, sino poderes o facultades que el sistema jurídico concede a ciertos sujetos u órganos”. La comparación entre el indulto y el divorcio libre me parece sugerente, pero tiene sus límites. En el caso del divorcio libre estamos ante el ejercicio de un poder privado, en el que rige el principio de autonomía de la voluntad: el legislador no introduce un catálogo de causales de divorcio porque entiende que estas no son jurídicamente relevantes. Pero con el indulto sucede algo diferente: el acto jurídico de indultar implica el ejercicio de un poder público o heterónomo, de ahí que —en un Estado de Derecho— resulte paradójica la renuncia por parte del legislador de someter el contenido de tales actos a un control de legalidad. Tampoco Sempronio encuentra acertada mi apelación al indulto para ilustrar el segundo tipo de supuesto de D3, pero por razones diferentes a las de Ticio: “La ley del indulto —señala— no me parece un buen ejemplo: o bien, dado que la institución del indulto se halla prevista en la constitución, es constitucional y, entonces, en relación con ella el Tribunal Supremo tiene las competencias que la ley le otorga (limitadas a algunas cuestiones más bien formales) o bien dicha institución está regulada de modo inconstitucional, porque viola otros principios constitucionales (y su razón subyacente es derrotada), y entonces se trata de una derrotabilidad de la segunda clase”. Aclaro que yo no estoy defendiendo aquí la derrotabilidad (por inconstitucional) de la ley del indulto; la inconstitucionalidad o no de esta ley es una cuestión desplazada del núcleo central de mi argumento. En mi argumento la ley del indulto no es el objeto derrotado, sino el instrumento introducido por el legislador para generar una derrotabilidad en sentido fuerte de las razones suministradas por el Derecho: en virtud de la ley del indulto (y de la interpretación que de la misma lleva a cabo el Tribunal Supremo), el gobierno puede basar su decisión de indultar en principios jurídicos (implícitos o explícitos) aplicables al caso, o puede no hacerlo, tomando como base de su decisión, por ejemplo, razones de conveniencia política no contempladas en el Derecho. Esta prerrogativa es, ciertamente algo extraña, pero lo es porque muestra, como ya he señalado, una tensión irresoluble entre las razones materiales y las razones autoritativas que caracterizan nuestro Derecho.
29. Artículo 11 Ley de Indulto.

“Se trata, pues, de un control meramente externo, que debe limitarse a la comprobación de si el Acuerdo de indulto cuenta con soporte fáctico suficiente —*cuyo contenido no podemos revisar*— para, en un proceso de lógica jurídica, soportar las razones exigidas por el legislador, pudiendo, pues, examinarse si en ese proceso se ha incurrido en error material patente, en arbitrariedad o en manifiesta irrazonabilidad lógica”³⁰.

Sin que el proceso de lógica jurídica revisado por el tribunal pueda sobrepasar el *parámetro exterior de contención de la arbitrariedad*:

“la lógica jurídica en dicho proceso de decisión administrativa se nos presenta como el parámetro exterior de contención de la arbitrariedad, proscrita para todos los Poderes Públicos en el artículo 9.3 de la CE, ya que, al fin y al cabo, la actuación arbitraria es la contraria a la justicia, a la razón o a las leyes, y que obedece a la exclusiva voluntad del agente público. Lo que en dicho precepto constitucional se prohíbe es la falta de sustento o fundamento jurídico objetivo de una conducta administrativa, y, por consiguiente, la infracción del orden material de los principios y valores propios del Estado de Derecho. Y tal exigencia también ha de reclamarse cuando del derecho de gracia se trata, aunque en el marco de la mayor discrecionalidad de que la misma está investida”³¹.

Por tanto, la regulación del derecho de gracia en nuestro ordenamiento sustrae a los tribunales la facultad de control de la coherencia entre el contenido del acuerdo de indulto y las razones internas al Derecho, limitándose esta revisión a un control de la arbitrariedad de carácter *externo*, de lo que parece desprenderse una habilitación al ejecutivo para arrinconar las razones que el propio Derecho proporciona.

En suma, bien sea porque el Derecho *permita arrinconar las razones que él mismo proporciona*, como sucede con la Ley del Indulto, o bien porque sobrevenga una situación de *indeterminación de la jerarquía de las razones estipuladas por el Derecho*, la derrotabilidad radical o D3, aún tratándose de un fenómeno bastante atípico y marginal, puede asomar su peculiar rostro en el Derecho.

5. DERROTABILIDAD DE LAS REGLAS Y DISCRECIONALIDAD DE LOS OPERADORES JURÍDICOS

Una vez expuestos los tres tipos de situaciones ante las cuales es posible hablar de derrotabilidad de las reglas, parece haber llegado el momento

30. Fundamento 8º (el énfasis es mío).

31. Fundamento 8º

de tratar de responder a la siguiente cuestión: ¿hasta qué punto podemos reputar como jurídicas el conjunto de consideraciones alternativas a las que deben apelar los operadores cuando estiman que deben dejar de lado reglas aplicables?

Claramente la respuesta tiene que ser negativa cuando hablamos de la derrotabilidad radical o D3. Como acabamos de ver, en casos de derrotabilidad radical, bien sea porque ante un caso concreto sobrevenga una situación de *indeterminación de la jerarquía de las razones proporcionadas por Derecho*, o bien porque el *Derecho permita arrinconar las razones que él mismo estipula*, sobre el órgano de aplicación del Derecho no gravita la obligación de sometimiento a alguna jerarquía de razones estipuladas por el Derecho.

En cambio, en los casos de derrotabilidad de tipo D1 y D2 no cabría negar que el Derecho determina positivamente la conducta de los jueces y demás aplicadores del Derecho. Como acabamos de ver, la derrotabilidad D1 supone que un juez puede dejar de lado una regla cuando un supuesto está *fuera de su alcance*, como sucedía en el caso del consumo compartido de estupefacientes en un grupo reducido de personas, o constituye una *excepción* a la misma, como ocurría en el ejemplo del robo con escalo que no muestra peculiar destreza o esfuerzo. Pero los aplicadores del Derecho no son libres de formular cuantas exclusiones del alcance de las normas o excepciones a las reglas deseen y cuando lo deseen. Por el contrario, tienen que demostrar que, a la luz del sistema de principios que dotan de sentido a la institución o sector normativo en cuestión, el caso en discusión está excluido del alcance de la regla o constituye efectivamente una excepción.

Tampoco en los casos de derrotabilidad D2 los aplicadores del derecho pueden componer a su arbitrio un nuevo compromiso entre las razones de primer orden contenidas en las reglas. Como sucedía en el caso de la declaración de inconstitucionalidad de la Ley Corcuera, los jueces sólo pueden dejar de lado las reglas oponiendo la *prevalencia de otros compromisos entre las razones de primer orden* aplicables al caso en cuestión que ya figuren expresa o tácitamente en el sistema.

En suma, sólo la derrotabilidad radical o D3 otorgaría a los aplicadores del Derecho un poder genuinamente discrecional de creación de Derecho³².

32. Objeta Ticio que “de discrecionalidad hay nociones contrapuestas en la teoría jurídica y esa que en el trabajo se expresa y que no discierne entre decisión arbitraria o sin límites tasados y decisión que es libre dentro de unos márgenes normativamente impuestos (esta sería la idea de “discreción” de autores como Hart, si no me equivoco), conduce a consecuencias paradójicas en este trabajo...ya que, a fin de cuentas, no tiene cómo diferenciar entre saltarse la norma el juez porque sí o saltársela por un desajuste entre la letra y el fin o valor en el

Pero ya sabemos que esta forma de derrotabilidad resulta un fenómeno bastante atípico y marginal. En los dos supuestos que mejor reconstruyen la manera en la que en nuestras prácticas jurídicas se entiende la derrotabilidad, D1 y D2, para poder dejar de lado una regla en principio aplicable el juez tiene que basarse en el sistema de principios que dotan de coherencia a la institución o sector normativo de que se trate. Por lo tanto, tiene que aludir a razones que en modo alguno pueden considerarse como externas al Derecho.

6. CONCLUSIONES

Ya para concluir, desearía volver sobre una cuestión que he suscitado al comienzo de este trabajo: en las páginas iniciales señalaba que si los filósofos del Derecho queremos construir una teoría general de la derrotabilidad que sea útil para la dogmática jurídica, ésta tiene que ser capaz de responder a dos grandes retos. En primer lugar, debe de captar lo que de común hay en este fenómeno, más allá de las especificidades planteadas por cada una de las ramas del Derecho o de las diferencias presentes en los distintos Derechos nacionales. Y, en segundo lugar, esta teoría general debe de someter al fenómeno de la derrotabilidad a un severo escrutinio de racionalidad, planteándose si hay un fundamento racional en la pretensión de los jueces de que en determinados casos tienen el deber jurídico de dejar de lado una regla aplicable, tratando de delimitar en qué tipo de casos y bajo qué condiciones tal cosa sería racional.

A lo largo de las páginas de este trabajo he tratado de aportar algunos elementos que permitan hacer frente a ambos retos. Partiendo de la constatación de que el fenómeno de la derrotabilidad no siempre reviste

caso concreto: todo son formas de un mismo fenómeno, la derrotabilidad” (del informe n.º 2). Por el contrario, lo que propongo en mi trabajo permite diferenciar entre dos nociones de discrecionalidad: la discrecionalidad en sentido débil y la discrecionalidad en sentido fuerte. Ambas nociones estarían asociadas a los diferentes contextos de derrotabilidad: D1 y D2 estarían asociadas a la discrecionalidad en sentido débil, y D3 a la discrecionalidad en sentido fuerte. Al igual que me parece oscurecedor reducir el concepto de derrotabilidad a uno y sólo uno, también me parece discutible reducir el concepto de discrecionalidad a uno y sólo uno. Sí, manejamos varios conceptos de derrotabilidad (al menos tres) y varios de discrecionalidad (al menos dos). Y el análisis de los términos ambiguos no se solventa ni mediante estipulaciones arbitrarias, ni con la búsqueda de su esencia (no hay tal cosa como una *verdadera* derrotabilidad y una *verdadera* discrecionalidad), sino precisando cuáles son sus condiciones de uso en los diferentes contextos; no tiene sentido abordar los términos derrotabilidad o discrecionalidad resucitando la antigua propuesta metodológica del primer Ihering.

las mismas características, he diferenciado entre tres tipos de situaciones en las que éste fenómeno se manifiesta. Cada uno de estos tipos de situaciones presenta características distintivas propias, lo que, a su vez, me ha llevado a diferenciar entre tres tipos distintos de derrotabilidad, a los que he denominado D1, D2 y D3, cada uno de ellos, a su vez, con condiciones justificativas diferentes.

¿Suponen estas diferencias que carezca de sentido hablar de la *derrotabilidad* en un sentido amplio, más allá de sus tres tipos de manifestaciones? Creo que la respuesta a esta cuestión tiene que ser negativa y ello, en primer lugar, porque tiene todo el sentido predicar ciertos rasgos comunes a las tres acepciones analizadas. Hemos visto como, no obstante las diferencias entre D1, D2 y D3, a estos tres tipos de derrotabilidad subyace un *mínimo común denominador*: los tres tipos de derrotabilidad limitan la autoridad del Derecho expresando condiciones racionales para dejar de lado reglas *prima facie* aplicables; de que se cumplan o no tales condiciones dependerá que la decisión sea discrecional o arbitraria.

De este mínimo común denominador que subyace a los tres tipos de derrotabilidad se desprende otra importante razón por la que tiene todo el sentido hablar de derrotabilidad en sentido amplio: el fenómeno de la derrotabilidad desempeña una función común en el Derecho. La *función común* de la derrotabilidad, en cualquiera de sus tres manifestaciones, sería la de garantizar el suficiente grado de ductilidad del Derecho³³ para que éste pueda realizar los fines y valores que le encomendamos. A la inversa, las condiciones para la derrotabilidad expresan también los límites de la ductilidad del Derecho, dibujando el punto de inflexión entre el Derecho dúctil y el Derecho arbitrario.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alchourrón, C. (2010). *Fundamentos para una teoría general de los deberes*. Madrid, Barcelona y Buenos Aires: Marcial Pons.
- Alchourrón, C. y Bulygin, E. (1971). *Normative Systems*. Nueva York y Viena: Springer-Verlag.
- Atienza, M. y Ruiz Manero, J. (2007). *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona: Ariel.

33. La expresión “ductilidad del Derecho” está inspirada por el título de la traducción al castellano del conocido libro de Gustavo Zagrebelsky *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia* (Zagrebelsky, 2003).

- Bayón, J. C. (2000). Derrotabilidad, indeterminación del Derecho y positivismo jurídico. *Isonomía*, 13, 87-117.
- Bayón, J. C. (2002). “Derecho, convencionalismo y controversia”. En Redondo, C. y Navarro P. (eds.): *La relevancia del derecho: ensayos de filosofía jurídica, moral y política*. Madrid: Gedisa, pp. 57-92.
- Dworkin R. (1995) “Positivismo y Derecho”. En *La crisis del derecho y sus alternativas* (pp.73-93). Madrid: Consejo General del Poder Judicial.
- Ferrer, J. y Ratti, J. (eds.) (2012). *The Logic of Legal Requirements. Essays on Defeasibility*. Oxford: Oxford University Press.
- Fernandez, T.R. (2005). *Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*. Madrid: Iustel.
- Guastini, R. (2008). “Variaciones sobre temas de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin. Derrotabilidad, lagunas axiológicas, e interpretación”. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 31, pp. 143-155.
- Hart, H.L.A. (1968). *Punishment and Responsibility*. Nueva York y Toronto: Oxford University Press.
- Kelsen, H. (2006). ¿Qué es la teoría pura del Derecho? (trad. de Ernesto Garzón Valdés). México: Fontamara.
- Moreso, Josep Joan (2002). “En defensa el positivismo jurídico inclusivo”. En Redondo C. y Navarro P. (eds.): *La relevancia del derecho: ensayos de filosofía jurídica, moral y política*. Madrid: Gedisa, pp. 93-116.
- Schmill, Ulises (2001). “Observaciones a ‘Inconstitucionalidad y derogación’”. *Discusiones: Inconstitucionalidad y Derogación*, núm. 2, pp. 79-119.
- Raz, J. (1990). *Practical Reason and Norms*. New Jersey: Princeton University Press.
- Raz, J. (1994). “On the Autonomy of Legal Reasoning”. En *Ethics in the Public Domain*. Oxford: Oxford University Press.
- Ródenas, A. (1993). Entre la transparencia y la opacidad: análisis del papel de las reglas en el razonamiento judicial. *Doxa*, 21, vol. 1, pp. 99-122.
- Ródenas, A. (2001). En la penumbra: indeterminación, derrotabilidad y aplicación judicial de normas. *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho* 24, pp. 63-83.
- Ródenas, A. (2012). *Los intersticios del Derecho*, Madrid: Marcial Pons.
- Ródenas, A. (2017). “La investigación en Filosofía del Derecho”, *Lineamientos metodológicos para la investigación jurídica* 3, pp. 1-38.
- Ruiz Manero, J. (2018). Rule of Law y ponderación. En Juan Pablo Alonso (coord.). *Imperio de la ley y ponderación de principios*. Buenos Aires: Astrea.
- Silva Sánchez, J. M. (1997). Nuevas tendencias político-criminales y actividad jurisprudencial del Tribunal Supremo. En Romeo Casabona, C. M. (ed.), *Dogmática Penal, Política Criminal y Criminología en evolución*. La Laguna: Centro de Estudios Criminológicos-Universidad de La Laguna.
- Schauer, F. (1991). *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-based Decision-making in Law and in Life*. Oxford: Clarendon Press.
- Zagrebelsky, G. (2003). *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta.