

Derrotabilidad procedimental y la creación de excepciones. Apuntes críticos

Procedural Defeasibility and the Creation of Exceptions. Critical Notes

Víctor García Yzaguirre *

Resumen: Quienes adoptan una aproximación procedimental de la noción de derrotabilidad suelen señalar que la distribución de la carga de la prueba permite: i) explicar qué operaciones realiza un juez al momento de crear nuevas excepciones; y ii) aclarar la labor del demandado en la propuesta de creación judicial de nuevas excepciones. El objetivo del presente artículo será dar razones para dejar de lado dichas tesis. En primer lugar, sostengo que la creación de excepciones no es un problema derivado de la incorporación de nueva información probada al proceso, sino que es resultado de haber resuelto un conflicto valorativo sobre qué propiedades deberían ser consideradas normativamente relevantes. En segundo lugar, sustento que el rol del demandado no es aclarado con la noción de carga de la prueba, sino con la de argumentación dialéctica entre partes confrontadas dentro de un proceso.

Abstract: Those who adopt a procedural approach to the notion of defeasibility usually point out that the distribution of the burden of proof is used to: i) explain what the judges do when they create new exceptions; and ii) clarify the work of the defendant in the proposal for the judicial creation of new exceptions. In this regard, I argue that we should put this proposal aside. In the first place, I argue that the creation of exceptions is not a problem derived from the incorporation of new proven information to the process, but is the result of having resolved a value conflict regarding which properties should be considered normatively relevant. Second, I maintain that the role of the defendant is not clarified with the notion of burden of proof, but with the notion of dialectical argumentation between confronted parties within a process.

Palabras clave: Derrotabilidad procedimental, excepciones, relevancia normativa, creación judicial del derecho, carga de argumentación

Key words: Procedural defeasibility, exceptions, normative relevance, judicial creation of law, burden of argumentation

Fecha de recepción: 24-8-2021

Fecha de aceptación: 3-11-2021

1. Introducción

Uno de los principales problemas de la práctica jurídica que ha captado la atención de los teóricos del derecho es qué hacen los aplicadores del derecho al momento de crear una excepción en una norma. Para esclarecer dicha operación los teóricos del derecho han y siguen manteniendo discusiones empleando, como concepto teórico explicativo, la noción de derrotabilidad. De

* Profesor Doctor de la Carrera de Derecho. Universidad de Los Lagos (Chile). garciayzaguirre@gmail.com

Quiero agradecer a Álvaro Núñez Vaquero, Daniela Accatino, Marcos Andrade, Sebastián Reyes, Donald Bello Hunt, Alejandro Calzetta, y Pedro Caminos por todas sus críticas y sugerencias realizadas a versiones previas de este artículo.

manera muy breve, el carácter derrotable de las normas jurídicas usualmente es entendido como la imposibilidad de listar sus excepciones de manera exhaustiva y *ex ante* a su aplicación a un caso individual.

Dentro de estas discusiones hay un conjunto de autores¹ que sostienen que con esta noción podemos explicar la creación de nuevas excepciones a partir de cómo están estructurados los procesos judiciales. En breve, sostienen que juez desestima pretensiones esgrimidas dentro de un proceso jurisdiccional si la contraparte prueba que una acción o hecho (que forma parte del caso individual analizado) que debería ser calificada como una excepción². La literatura especializada denomina a esta aproximación como «derrotabilidad procedimental».

Quienes predicán esta aproximación procedimental de la noción de derrotabilidad sostienen alguna o algunas de las siguientes tres tesis: i) la distribución de la carga de la prueba entre las partes respecto de una norma permite identificar las propiedades del antecedente que operan como condiciones derrotantes (todas aquellas propiedades que deben ser probadas por el demandado); ii) las reglas de aplicación de normas dirigidas al juez permiten tomar decisiones justificadas empleando normas cuyo antecedente no está compuesto por condiciones suficientes (sea por ausencia de regla de clausura de las propiedades del antecedente³ o debido a que revisamos nuestras

¹ Hart, H.L.A., "The Adscription of Responsibility and Rights", *Proceedings of the Aristotelian Society*, Vol. 49, 1948-1949, pp. 171-94. Baker, G., "Defeasibility and Meaning". en: P.M.S. Hacker y Joseph Raz (ed.), *Law, Morality and Society. Essays in Honour of H. L. A. Hart*, Oxford: Clarendon, 1977, pp. 26-57. Finkelstein, C., "When the rule swallows the exception", *Penn Law: Legal Scholarship Repository*, N° 19, 2000, pp. 505-537. Rodríguez, J. "Defeasibility and burden of proof", *Materiali per una storia della cultura giuridica*, N° 1, 2017, pp. 243-257, MacCormick N., *Retórica y Estado de Derecho. Una teoría del razonamiento jurídico*. Lima: Palestra, 2016, Loui, R. "Hart's Critics on Defeasible Concepts and Ascriptivism", *Proceedings of the 5th International Conference on Artificial Intelligence and Law*, 1995, pp. 1-11, Sartor, G., "Defeasibility in legal reasoning", en: Bankowski, Z., White, I. y Hahn, U. (ed), *Informatics and the foundations of legal reasoning*, Dordrecht: Springer, 1995, Prakken, H. y Sartor, G., "A logical analysis of the burden of proof", en: Kaptein, H., Prakken H., y Veheij, B. (ed), *Legal evidence and proof. Statistics, stories, logic*, Surrey: Ashgate, 2009, Duarte d'Almeida, L. *Allowing for exceptions: A Theory of Defenses and Defeasibility in Law*, Oxford: Oxford University Press, 2015 por señalar los principales.

² Rodríguez, J. "Defeasibility and burden of proof", *Materiali per una storia della cultura giuridica*, N° 1, 2017, p. 253. Esta forma de presentar la noción de derrotabilidad puede ser entendida por lo menos de dos formas. Se puede entender el enunciado «una norma N es derrotable» como sinónimo de «la norma no se aplica debido a que los argumentos a favor de su aplicación han sido refutados o debilitados»; o como sinónimo de «se ha probado un hecho que califica como excepción». La primera forma de entender esta aproximación a la noción de derrotabilidad se refiere al análisis del razonamiento jurídico empleando lógicas no monotónicas. En el presente artículo me ocuparé sólo de la segunda forma, es decir, de la vinculación entre excepción y carga de la prueba

³ La regla de clausura de propiedades del antecedente refiere a la directiva interpretativa dirigida al juez de tratar como irrelevante toda propiedad adicional que no haya sido considerada como relevante por la norma, de manera tal que este no puede otorgar relevancia normativa a ninguna otra propiedad.

creencias sobre el contenido del antecedente⁴); y iii) los procesos de toma de decisiones jurisdiccionales (por lo menos los adversariales), están estructurados de tal forma que la incorporación de información se da en diversos momentos procesales, lo cual es mejor analizado y representado formalmente mediante el empleo de lógicas no monotónicas⁵.

Dentro de esta multiplicidad de argumentos la idea compartida por todos los autores de esta aproximación es que la distribución de la carga de la prueba tiene como efecto que las pretensiones sean derrotables. Postulan que toda pretensión presentada por una parte ante un juez, fundada en normas generales de un sistema normativo, puede ser descartada si la contraparte prueba que el caso discutido está presente una acción o hecho que es una ejemplificación o instanciación de una excepción (reconocida previamente en el sistema normativo en función a cómo está distribuida la carga de la prueba o creada por el aplicador del derecho a partir de los hechos de caso). En otros términos, las pretensiones pueden ser derrotadas en el sentido de que, si la contraparte prueba que el caso es subsumible en un supuesto de excepción, entonces no estará justificado decidir a favor del demandante.

En el presente artículo me voy a ocupar de analizar y criticar la tesis que sostiene que la noción de carga de la prueba permite: i) identificar dentro del antecedente de la norma qué propiedades operan como excepciones⁶; y ii) clarificar la creación de nuevas excepciones por parte de los jueces, en tanto da cuenta del tipo de operación que realizan, como del rol del demandado en su creación. En relación a ellas, el objetivo del presente artículo será demostrar que no es correcto sostener que el uso de la carga de la prueba permite clarificar la creación de nuevas excepciones. Voy a justificar que dicha operación es mejor entendida como la resolución de un conflicto normativo y que el demandado no

⁴ Refiero en este punto a los supuestos en los cuales consideramos que se podrá incorporar una nueva propiedad en el antecedente como resultado de revisar nuestras creencias sobre el contenido del antecedente, de manera que explicitamos todas aquellas condiciones que se encontraban presupuestas o asumidas.

⁵ A manera de ejemplo: el proceso es iniciado con la demanda la cual es el primer acto de incorporación de información a la discusión. Tras ello, el demandado mediante la contestación introduce nueva información. Luego, el demandado podrá responder a la contestación incorporando información nueva y así sucesivamente en función a cuanta información nueva sea posible incorporar y a las oportunidades que ofrezca el sistema procedimental aplicable para hacerlo.

⁶ Para los efectos del presente artículo entenderé las normas jurídicas como estructuras condicionales que se componen (en términos genéricos) de tres elementos: un antecedente, una conectiva que da cuenta de la relación de implicación y un consecuente normativo. El antecedente está compuesto por el caso genérico que incluye una propiedad o conjunto de propiedades relevantes combinadas. La conectiva que da cuenta de la relación de implicación refiere al tipo de conexión que se pretende expresar entre el antecedente y el consecuente. Finalmente, el consecuente da cuenta de una acción o actividad deónticamente modalizada que ha de ejecutarse tras verificarse (en un caso individual) las propiedades contenidas en el antecedente.

realiza una actividad probatoria sino argumentativa al momento de proponer la creación de nuevas excepciones.

Para alcanzar este propósito analizaré y criticaré a dos autores que han defendido esta aproximación procedimental a la noción de derrotabilidad: Luis Duarte d'Almeida y Neil MacCormick. He elegido estas, pues las tesis de ambos autores suelen ser consideradas, por la literatura especializada, como representativas de este tipo de aproximación a la noción de derrotabilidad.

Debo precisar que los autores que esgrimen una noción procedimental de la derrotabilidad emplean la noción de carga de la prueba sin haber pretendido realizar un análisis conceptual de la misma⁷. Sus tesis no resultan del todo precisas si son analizadas, con detalle, desde la teoría de la prueba. Al respecto, en este artículo no me haré cargo de tales críticas y sólo me ocuparé de si las conclusiones de estas propuestas se siguen de sus propias premisas y si cumplen con aquello que ofrecen. En este sentido, al criticar sus posturas y proponer que su forma de presentar el carácter derrotable de las pretensiones pretendo variar algunas claves de la discusión sobre derrotabilidad procedimental⁸.

Para alcanzar el objetivo propuesto realizaré los siguientes pasos. En el apartado 2 partiré por reconstruir la tesis de Duarte d'Almeida de considerar que la noción de carga de la prueba nos permite justificar la creación de nuevas excepciones. Tras ello, presentaré la tesis de Neil MacCormick quien sostuvo que hay una conexión conceptual entre carga de la prueba y el rol del demandado en la propuesta de nuevas excepciones ante el juez. En el apartado 3 ofreceré razones para considerar que ambas propuestas son inadecuadas, pues las acciones del demandado son mejor reconstruidas como actos argumentativos y la creación de nuevas excepciones como actos valorativos del juez. Finalmente, en el apartado 4 ofreceré como conclusión que las discusiones sobre la derrotabilidad procedimental pueden ser más fructíferas si introducimos dichas precisiones.

⁷ En la literatura especializada hay diversos estudios metateóricos relevantes. Al respecto, me remito a Prakken, H. y Sartor, G., "A logical analysis of the burden of proof", en: Kaptein, H., Prakken H., y Veheij, B. (ed), *Legal evidence and proof. Statistics, stories, logic*, Surrey: Ashgate, 2009, pp. 224 y ss., Taruffo, M., *La prueba*, Madrid: Marcial Pons, 2008, pp. 145 y ss., Fernández, M., *Prueba y presunción de inocencia*, Madrid: Iustel, 2005, pp. 134-36. Nieva Fenoll, J., Ferrer Beltrán, J. y Giannin, L., *Contra la carga de la prueba*, Madrid: Marcial Pons, 2019. En relación a la denominación «carga» como lenguaje emotivo negativo para esta obligación ver Schauer, F. *Pensar como un abogado*, Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 227.

⁸ De manera más clara, considero que este tipo de teorizaciones podrían resistir de mejor manera las discusiones que tienen con los teóricos de la prueba y del proceso si abandonaran dicha terminología, pues no están discutiendo sobre lo mismo.

2. Derrotabilidad procedimental y la creación de nuevas excepciones

2.1. Duarte y la creación de excepciones implícitas

La primera tesis a discutir de la derrotabilidad procedimental es que la distribución de la carga de la prueba puede ser usada para clarificar cómo los jueces crean excepciones. A efectos de aclarar este punto tenemos que partir por hacernos dos preguntas: por un lado, ¿cómo identificar excepciones dentro de un antecedente? Por otro lado, se suele sostener que los jueces pueden crear nuevas excepciones a las normas en caso de que su aplicación genere un resultado axiológicamente insoportable, ¿qué operación está realizando?

Al respecto, Luís Duarte d'Almeida ha propuesto responder ambas preguntas sostenido lo siguiente: i) podemos identificar excepciones en el antecedente de las normas a partir de cómo ha sido distribuida la carga de la prueba sobre el demandado; y ii) la creación de nuevas excepciones es un problema de mejor comprensión de los hechos ocurridos en un caso individual. Analicemos cada una de estas.

El autor propone distinguir la noción de excepción de la noción de elemento negativo contenido en el antecedente de una regla. Para mostrar la diferencia contrasta dos escenarios: i) una condena por violación está justificada si no hubo consentimiento por parte de la víctima; y ii) una condena por homicidio está justificada si no hubo, entre otras cosas, una legítima defensa. El elemento «si no hubo» no es equivalente en ambos supuestos, pues no operan de la misma forma: no es lo mismo la falta de consentimiento que la falta de una legítima defensa⁹. La diferencia que hay entre estas es la misma que podemos identificar en las afirmaciones «yo no lo hice» y «lo hice, pero...». La primera implica negar un hecho («no soy un agresor sexual»), la segunda, en cambio, alude a aceptar el hecho, pero que este es concurrente con otros hechos que le exoneran de la consecuencia normativa («le quité la vida, pero lo hice defendiéndome»). El punto problemático está en que ambas usan elementos negativos en el antecedente, pero cada una expresa una idea diferente.

A partir de esta idea Duarte propone dos distinciones para analizar la estructura de los antecedentes. En primer lugar, diferenciar entre circunstancias positivas y negativas: por «circunstancia positiva» da cuenta de una proposición sobre hechos con la que se afirma que ocurrieron ciertos hechos; por «circunstancia negativa» se refiere a una proposición sobre hechos con la que se afirma que no ocurrieron ciertos hechos.

⁹ Duarte d'Almeida, L. *Allowing for exceptions: A Theory of Defenses and Defeasibility in Law*, Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 6. En relación a la misma problemática, pero con aproximaciones diferentes: Williams, G., "The logic of 'exceptions'", *The Cambridge Law Journal*, N° 47, 1988, pp. 261-295, Finkelstein, C., "When the rule swallows the exception", *Penn Law: Legal Scholarship Repository*, N° 19, 2000, pp. 505-537.

En segundo lugar, diferenciar entre *P-Facts* y *D-Facts*: «*P-Facts*» da cuenta de las proposiciones sobre hechos (conjunción de circunstancias positivas y/o negativas) que, en caso sean probadas en un proceso, conllevan que la decisión a favor del demandante esté justificada. «*D-Facts*» refiere a las proposiciones sobre hechos (sean estas circunstancias positivas o negativas) que, en caso sean probadas en un proceso, conllevan que la decisión a favor del demandado esté justificada¹⁰. En este sentido, lo que el demandante debe realizar (en materia probatoria) es ofrecer prueba suficiente para todos los *P-Facts* (en adelante P). En cambio, el demandado, para evitar perder el proceso, le basta con ofrecer prueba suficiente para, por lo menos, un *D-Fact* (en adelante D).

Como podemos ver, un D y una circunstancia negativa no son equivalentes. El D da cuenta de cómo está distribuida la carga de la prueba del demandado en un determinado caso y la circunstancia negativa del tipo de proposición que debe ser probada. La D puede implicar la prueba o bien de una circunstancia positiva (como sería el caso, siguiendo el ejemplo, de tener que probar la legítima defensa) o bien de una negativa¹¹.

Una circunstancia (positiva o negativa) puede ser considerada por un aplicador del derecho como probada o no probada, y lo mismo puede decirse de su negación. Esto nos lleva a formular una nueva precisión: no es lo mismo señalar que una proposición sobre hechos «no está probada» a decir que «se ha probado que algo no ocurrió». La primera es una negación externa (no se ha probado D) y la segunda una negación interna (se ha probado \neg D), respectivamente. Esto nos lleva a la pregunta respecto a qué debe estar probado o debe no ser probado para que esté justificado decidir a favor del demandante o demandado.

Partamos por el demandante¹². Estará justificado decidir a favor del demandante en caso: i) haya probado todas las P; y ii) no esté probado ningún D (negación externa). Puede ser el caso que este actor haya probado \neg D (negación interna). Lo que resultaría de dicha actividad probatoria es que \neg D formaría parte del conjunto de proposiciones sobre hechos probadas que justifican una decisión favorable al demandante. En este último supuesto (de negación interna), dicha condición es tratada como un elemento de P¹³. En

¹⁰ Duarte d'Almeida, L. *Allowing for exceptions: A Theory of Defenses and Defeasibility in Law*, Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 17.

¹¹ Probar circunstancias negativas es lo mismo que decir que hemos de probar que un hecho no ocurrió. Esta es una forma elíptica de expresar que se debe probar hechos incompatibles a efectos de que se infiera que fue posible que un hecho haya ocurrido. Asimismo, cabe anotar que la prueba de un D no implica la negación de una P. En efecto, la prueba de una excepción no equivale a la negación de una propiedad del antecedente, sino de un hecho concurrente que, de ver verificado, conlleva que no esté justificada la aplicación del consecuente.

¹² Duarte d'Almeida, L. *Allowing for exceptions: A Theory of Defenses and Defeasibility in Law*, Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 54.

¹³ Cabe anotar que la situación del demandante para satisfacer su carga es más compleja. Agrego algunos escenarios: i) probó P y el demandado no probó D (por no haber realizado

relación al demandado, estará justificado decidir a favor de éste en caso la proposición sobre hechos D esté probada o que ninguna proposición sobre hechos P esté probada. En este punto cabe resaltar que el demandado no tiene el deber de probar $\neg P$ (si lo hace es por estrategia procesal) y sólo tendrá la carga de probar D en caso el demandante haya podido probar P¹⁴.

A partir de las distinciones señaladas Duarte propone entender las excepciones como las D, es decir, proposiciones sobre hechos que deben ser probadas por el demandado y que, en caso pruebe por lo menos una, conlleva que la decisión a favor del demandante no esté justificada¹⁵. Asumiendo esta definición, una excepción no es lo mismo que una circunstancia negativa, pues puede que el demandante deba probar una circunstancia negativa para probar P (por ejemplo, hechos desde los cuales se pueda inferir la ausencia de consentimiento en el caso de violación)¹⁶.

Ahora bien, ¿esta noción de excepciones nos permite clarificar la creación de nuevas excepciones por parte del juez, esto es, excepciones implícitas? La diferencia entre una excepción explícita de una implícita, sostiene Duarte, recae en aquello que debemos hacer para conocerlas, es decir, esta es una distinción epistémica. Las excepciones explícitas serían aquellas circunstancias clasificadas como D por una norma expresa (en otros términos, hechos que pueden ser identificados como excepciones como parte del proceso de identificación de los hechos a probar por parte del demandado conforme a una norma ya identificada)¹⁷. Las implícitas, en cambio, dan cuenta de circunstancias clasificadas por un juez (o cualquier aplicador del derecho) como excepciones (D), a partir de una valoración realizada sobre hechos normativamente irrelevantes presentes en casos particulares. Paso a precisar esta idea.

actos probatorios suficientes o por aportar descripciones del mundo falsas, por ejemplo) o aceptó expresamente P; ii) que el sistema normativo califique las omisiones del demandado como prueba la ocurrencia de P; entre otras. Duarte d'Almeida, L. *Allowing for exceptions: A Theory of Defenses and Defeasibility in Law*, Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 93.

¹⁴ La carga de la prueba depende de lo que necesite cada parte para tener éxito procesal (esto es, que esté justificado que se decida a favor suyo), lo cual puede incluir que ciertas proposiciones sobre hechos estén probadas, como que ciertas proposiciones sobre hechos no estén probadas. Duarte d'Almeida, L. *Allowing for exceptions: A Theory of Defenses and Defeasibility in Law*, Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 91 y ss.

¹⁵ El autor lo expresa de la siguiente forma: i) «si está probado P y no está probado ningún D, entonces está justificado decidir a favor del demandante»; y ii) «si está probado P y está probado D, entonces está justificado decidir a favor del demandado». Duarte d'Almeida, L. *Allowing for exceptions: A Theory of Defenses and Defeasibility in Law*, Oxford: Oxford University Press, 2015, pp. 52, 122.

¹⁶ De manera precisa, una excepción es entendida como propiedades: i) cuya prueba impide que la decisión a favor del demandante esté justificada; y ii) que no son incompatibles de P (ni sus negaciones). Duarte d'Almeida, L. *Allowing for exceptions: A Theory of Defenses and Defeasibility in Law*, Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 77.

¹⁷ Duarte d'Almeida, L. *Allowing for exceptions: A Theory of Defenses and Defeasibility in Law*, Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 135.

Una excepción implícita, desde esta aproximación, se diferencia de las explícitas en la forma en que identificamos esos hechos (positivos o negativos) que previenen el éxito de una demanda en caso sean probados. A efectos de una mejor explicación tenemos que retomar el punto de cuándo, conforme a las tesis de Duarte, está justificado decidir a favor del demandante. ¿Es suficiente que se haya probado P para que esté justificado decidir a favor del demandante?

El autor nos propone considerar que, al probar P, puede ser el caso que tengamos un falso positivo, es decir, un hecho probado que no sea una proposición verdadera. También puede ser el caso que tengamos un falso negativo, esto es, una proposición descriptiva de hechos pasados verdadera que no pudo ser probada. Esto supone que estará justificado decidir a favor del demandante cada vez que P, si solo conocemos P¹⁸.

A efectos de representar este desconocimiento de cualquier hecho adicional a la información disponible en un determinado espacio-tiempo (dentro de un proceso de toma de decisiones), Duarte propone la cláusula *ceteris ignotis*: todo lo demás es desconocido o no está probado¹⁹.

Asumiendo que se ha probado las P y ninguna D, opera la cláusula *ceteris ignotis* si: i) el juez considera que no es posible que puedan verificar más hechos relevantes en un caso individual de manera que concluye que está justificado decidir a favor del demandante; o ii) juez considera que debe considerar que está justificado, considerando todas las cosas, descartar, de antemano, cualquier hecho relevante adicional posible que pueda ocurrir en el caso particular²⁰. A la conjunción de lo expuesto en i) y ii) llamémosle conjunto A.

Ahora bien, puede suceder que en un caso se prueben diversas proposiciones, incluidas proposiciones ajenas a P. Siguiendo la nomenclatura de Duarte, pensemos en un caso en el que se prueba un conjunto de proposiciones P+, esto es, las proposiciones P y proposiciones adicionales. Si el juez decide convertir esas otras proposiciones en circunstancias de excepción, es decir, quiere considerarlas D, ello lo compromete a realizar ciertas acciones.

La creación de excepciones implica un análisis evaluativo del aplicador del derecho de circunstancias que no fueron consideradas normativamente relevantes (pero que están presentes en el caso). Esto quiere decir que el aplicador del derecho valora si decidir a favor del demandante estará justificado o no, en vista de todas las proposiciones probadas dentro del caso

¹⁸ Duarte d'Almeida, L. *Allowing for exceptions: A Theory of Defenses and Defeasibility in Law*, Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 171.

¹⁹ Duarte d'Almeida, L. *Allowing for exceptions: A Theory of Defenses and Defeasibility in Law*, Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 171.

²⁰ Duarte d'Almeida, L. *Allowing for exceptions: A Theory of Defenses and Defeasibility in Law*, Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 171 y ss.

(esto es, $P+$ o el conjunto de proposiciones probadas en un caso que son P y adicionales a P) tomando en cuenta un criterio evaluativo extrasistémico (derivado de un sistema normativo axiológico, por ejemplo). Este criterio evaluativo es llamado por Duarte como estándar S para efectos de representación²¹.

En este sentido, que un juez pueda crear o no excepciones implícitas supone negar el conjunto A o asumirlo²². La negación conlleva que los aplicadores del derecho puedan clasificar hechos como excepciones, siempre que tenga ello justificación de una evaluación de estos en vista del criterio evaluativo. La creación de una excepción implícita se traduce en que, a partir del conjunto de propiedades probadas, el juez aplica un criterio evaluativo que tiene como resultado que una determinada propiedad (irrelevante) sea calificada como D . Lo que conlleva que, a pesar de haberse comprobado P , no será correcto decidir a favor del demandante²³.

2.2. MacCormick y el rol del demandando en la propuesta de nuevas excepciones

La segunda tesis a discutir de la derrotabilidad procedimental es que la distribución de la carga de la prueba permite aclarar el rol del demandado como agente que propone la incorporación de nuevas excepciones. El autor que mejor ha presentado esta idea es Neil MacCormick quien, además, asume que podemos identificar cuáles son las excepciones en una norma a partir de propiedades del antecedente que deben ser probadas por el demandado.

Dicho de manera breve, este autor nos propone dos escenarios: i) una norma prevé en su antecedente la propiedad $\neg r$, cuya prueba recae en el demandado, por lo que es una excepción; y ii) una norma que no prevé en su antecedente la $\neg r$. En este último escenario, el demandado podría dar razones para justificar porqué se debería incorporar una propiedad en el antecedente y que opere como excepción (que el juez cree la propiedad $\neg r$).

²¹ Duarte d'Almeida, L. *Allowing for exceptions: A Theory of Defenses and Defeasibility in Law*, Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 173.

²² Duarte d'Almeida, L. *Allowing for exceptions: A Theory of Defenses and Defeasibility in Law*, Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 174. Al decir que se debe asumir el conjunto A quiero señalar que se está de acuerdo con por lo menos uno de sus elementos, no necesariamente con ambas ideas.

²³ A efectos de precisión la negación del conjunto A supone sostener: si P está probado, entonces está justificado decidir a favor del demandante, a menos que: i) el aplicador del derecho considere que decidir a favor del demandante en el supuesto de que $P+$ contraviene el estándar S ; y ii) es el caso que P , pero los efectos de aplicar la norma en el caso concreto contravienen el estándar S . Tanto i) como ii) refieren a cómo identificar excepciones implícitas en la teoría de Duarte. Ambos se dan en el caso que el conjunto de proposiciones $P+$ incluya un hecho adicional a P que sea considerado relevante por el aplicador del derecho para hacer una diferencia. Este hecho, como habíamos señalado antes, será el que sea calificado como D . Duarte d'Almeida, L. *Allowing for exceptions: A Theory of Defenses and Defeasibility in Law*, Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 176.

A efectos de aclarar las implicancias de los dos escenarios señalados anteriormente, MacCormick²⁴ propuso diferenciar entre derrotabilidad expresa y derrotabilidad implícita. Por «derrotabilidad expresa» se refiere al efecto excluyente que posee haber probado una excepción en contra de la pretensión del demandante. Dicho de otro modo, da cuenta del efecto generado por el demandado sobre la pretensión cuando este ha satisfecho su carga de la prueba.

Por «derrotabilidad implícita», en cambio, da cuenta de la imposibilidad de identificar todas las propiedades relevantes del antecedente y a la reinterpretación de las disposiciones normativas con la consecuencia de identificar normas con antecedentes más finos (que contiene más propiedades que especifican más el ámbito de aplicación de la norma)²⁵. Dicho en breve, refiere a tratar a las normas como si estuvieran compuestas por un antecedente sin regla de clausura de propiedades²⁶.

Esta noción, sostiene MacCormick, esclarece una de las formas en que se propone la creación de nuevas excepciones. Este último escenario se puede dar en, por lo menos, dos supuestos: i) el demandante debe probar todas las propiedades del antecedente, de manera que la norma carece de excepciones, ante ello el demandado considera que se debe incorporar una nueva propiedad en el antecedente que opere como excepción; o ii) el demandado considera que su caso no está previsto en ninguna de las excepciones hasta el momento determinadas, sino que se debe incorporar una nueva. Veamos estos supuestos:

- i. Ausencia de carga de la prueba por parte del demandado: en el momento que el demandante ha satisfecho su carga de la prueba, el demandado está facultado para contraargumentar. En su contraargumentación puede esgrimir razones suficientes para que el aplicador del derecho considere que se debe atribuir relevancia normativa a una determinada propiedad (la cual corresponde ser probada a la parte demandada). En caso de tener éxito, el juez incorporará dicha propiedad en el antecedente (convierte una pretensión inderrotable en una derrotable).
- ii. No previsión de la excepción deseada: la norma puede contener un conjunto de excepciones a ser probadas por el demandado, pero es el caso que este considera que se debe adicionar una nueva. En este

²⁴ MacCormick N., *Retórica y Estado de Derecho. Una teoría del razonamiento jurídico*. Lima: Palestra, 2016, pp. 399-400.

²⁵ MacCormick N., *Retórica y Estado de Derecho. Una teoría del razonamiento jurídico*. Lima: Palestra, 2016, pp. 403. Esto en, por lo menos, dos escenarios: por una interpretación sistemática considerando normas pertenecientes en el sistema no consideradas antes o por la introducción de una nueva norma en el sistema normativo que genera la necesidad de realizar nuevas interpretaciones de las disposiciones vigentes.

²⁶ Cabe resaltar que la derrotabilidad explícita e implícita no son mutuamente excluyentes, sino que se emplean para referir a objetos diferentes. De hecho, como precisaré luego, puede ser el caso de que se den situaciones de derrotabilidad expresa e implícita simultáneamente.

supuesto el demandado puede esgrimir razones suficientes para que el aplicador del derecho considere que se debe atribuir relevancia normativa a una determinada propiedad que no había sido considerada relevante. En este supuesto, se propone agregar al elenco de excepciones una nueva, de manera que se cree un nuevo supuesto por el cual el demandado puede derrotar la pretensión del demandante.

Ambos casos permiten ilustrar que esta aproximación a la noción de derrotabilidad, además de identificar qué propiedades del antecedente operan como excepciones, aclara el rol del demandado en la incorporación de excepciones no previstas en una norma. En efecto, le corresponde al demandado ofrecer razones para que el juez considere que una determinada propiedad irrelevante debió ser normativamente relevante y que, a mérito de ello, la incorpore como excepción²⁷.

3. Creación de excepciones implícitas como resultado de una labor argumentativo-valorativa

Las propuestas vistas pretenden aclarar cómo se crean excepciones tomando en cuenta la estructura adversarial de los procesos. En las siguientes líneas voy a sostener que la forma en que han sido presentadas estas ideas es imprecisa y que las discusiones sobre derrotabilidad procedimental serían más fructíferas si cambiamos los términos (y conceptos) de la discusión.

3.1. Creación de excepciones como juicios valorativos

Como hemos visto, Duarte propone que los jueces, al crear nuevas excepciones, lo que hacen es una operación de mejor entendimiento de las circunstancias del caso. Al respecto, una de las principales debilidades de esta propuesta es no haber clarificado lo suficiente qué quiere decir que un hecho debe ser entendido como jurídicamente relevante. Partiré por ofrecer una reconstrucción posible que nos permita mostrar, con mayor claridad, el tipo de operaciones y resultados que realiza un juez al momento de introducir una excepción.

Que una propiedad sea normativamente relevante quiere decir que su presencia o ausencia implica consecuencias normativas diferentes. Que una propiedad sea normativamente irrelevante quiere decir que su presencia o ausencia en un caso individual no varía la consecuencia normativa aplicable.

²⁷ Debo señalar que también puede ser el caso que el demandado no ofrezca razón alguna y sea el aplicador del derecho quien, en su proceso deliberativo, considere que debió ser normativamente relevante una determinada propiedad. Este supuesto no es relevante en este momento, pues no es abordado por esta aproximación a la noción de derrotabilidad. La conclusión a sostener en este momento es que en caso de normas sin regla de clausura del antecedente la distribución de la carga de la prueba da al demandado la posibilidad de proponer y justificar la introducción de una nueva excepción. En las siguientes líneas daré razones por las cuales considero que esta conclusión de MacCormick es incorrecta.

La relevancia normativa de una propiedad es producto de un juicio de valor realizado por la autoridad con competencia normativa para identificar normas en el sistema jurídico. Esto es, de todas las posibles formas de describir una clase de circunstancias se ha considerado que una o unas en específico son descripciones que han de tener consecuencias normativas. Señalar que estamos ante propiedades irrelevantes sería una forma de expresar que son circunstancias que no le interesan al derecho o que el derecho no pretende regular.

Sostener que una propiedad es relevante puede ser entendido de manera descriptiva o prescriptiva. Para evitar esta ambigüedad Alchourrón y Bulygin han propuesto la distinción terminológica entre tesis de relevancia e hipótesis de relevancia²⁸. Por tesis de relevancia se nombra a la proposición con la que identificamos todas las propiedades relevantes en el sistema normativo. En cambio, por hipótesis de relevancia, bajo esta propuesta, se nombra a la proposición con la que identificamos a las propiedades que deberían preverse (o dejar de preverse) en el sistema normativo para que este sea axiológicamente adecuado²⁹. Si la hipótesis de relevancia posee más propiedades que la tesis de relevancia, entonces tendremos un caso de laguna axiológica, es decir, un sistema en el que no se han introducido todas las distinciones que se deberían haber introducido.

Con estas precisiones y distinciones podemos entender, de mejor manera, qué quiere decir Duarte con estándar S y creación de excepciones. El estándar S da cuenta de un criterio que el aplicador del derecho utiliza para identificar el conjunto de propiedades que considera que deberían estar previstas en el sistema jurídico a efectos de que sea valorativamente satisfactorio. En caso no estén previstas³⁰, entonces será necesario adecuar el sistema jurídico. Como podemos ver, el estándar S es una forma de expresar una hipótesis de relevancia.

Si esto es correcto, entonces ahora podemos presentar de mejor manera el problema sobre cómo entender el estándar S. Por un lado, el estándar S puede ser entendido como una proposición que da cuenta de normas del propio sistema normativo que deben ser empleadas para evaluar la corrección de una

²⁸ Alchourrón C. y Bulygin, E., *Sistemas Normativos. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas*, Buenos Aires: Astrea, 2012, p. 152. Navarro P., y Rodríguez, J., *Deontic Logic and legal systems*, Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 168.

²⁹ La hipótesis de relevancia, así entendida, supone la identificación y uso de un criterio valorativo. Sobre ello, Alchourrón y Bulygin precisan que el criterio de valor «puede ser subjetivo; por ejemplo, cuando expresa las preferencias personales de una persona (que puede ser un juez, un jurista o un simple mortal). Pero también puede ser objetivo; la objetividad, a su vez, puede ser relativa a algún otro valor o conjunto de valores, o absoluta, como acaece cuando el criterio de valor está dado por el Derecho Natural». Alchourrón C. y Bulygin, E., *Sistemas Normativos. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas*, Buenos Aires: Astrea, 2012, p. 154.

³⁰ Para ser más preciso: estamos frente a un sistema en el que no se han introducido las distinciones que, conforme al estándar S, deberían haberse realizado.

interpretación (en términos de Jorge Rodríguez, como hipótesis de relevancia descriptiva³¹). En este sentido, lo que está sosteniendo es que no se ha incluido una distinción que debería ser introducida conforme a otra norma que forma parte del sistema de normas aplicables al caso. De esta manera, lo que estaríamos señalando es que dentro del antecedente hay propiedades normativamente relevantes implícitas que, a efectos de lograr una adecuada identificación de la norma, deben ser explicitadas. Bajo esta forma de presentar el estándar S, la introducción de una excepción implícita en una norma sería una manera de presentar un ejercicio de interpretación sistemática³² a efectos de evitar (o resolver) un conflicto normativo dentro del sistema normativo³³.

Por el otro lado, el estándar S puede ser entendido como una proposición que da cuenta de normas del sistema axiológico del juez, es decir, de normas extrajurídicas (en términos de Jorge Rodríguez, como hipótesis de relevancia prescriptiva). En este sentido, lo que está sosteniendo es que no se ha incluido una distinción que debió ser introducida conforme a un determinado sistema axiológico. Lo que estamos señalando aquí es que una propiedad descriptivamente irrelevante debería ser relevante, a efectos de obtener una norma «justa». Esto supone que un juez introduzca sus propias valoraciones para la creación de nuevas distinciones.

La manera de resolver la no coextensividad entre una tesis de relevancia y una hipótesis de relevancia es sustituyendo la norma elegida, esto es, dejando de lado la tesis de relevancia y adoptar la interpretación de la disposición contenida en la hipótesis de relevancia. En otros términos, para resolver una laguna axiológica debemos tratar a la hipótesis de relevancia como la nueva tesis de relevancia. En este sentido, usar un estándar S para crear una excepción implícita es una manera alternativa de presentar que un juez ha decidido reemplazar una tesis de relevancia por una hipótesis de relevancia (creada por el mismo).

³¹ Rodríguez, J., *Lógica de los sistemas jurídicos*, Madrid: CEPC, 2002, p. 75. Navarro P., y Rodríguez, J., *Deontic Logic and legal systems*, Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 168.

³² Cabe resaltar que «interpretación sistemática» es un método interpretativo problemático dado que el término «sistemática» es ambiguo. Este argumento puede ser entendido de múltiples maneras, pero el sentido que empleo es como argumento de la coherencia, interpretación adaptativa y de las construcciones dogmáticas: las disposiciones deben ser interpretadas de manera que no generen un conflicto con normas previamente identificadas. En otros términos, tras haber adoptado una norma, cualquier otra norma a ser identificada posteriormente tiene que tener un contenido que no produzca una antinomia. Sobre este punto ver Velluzi, V., “Interpretación sistemática’: ¿un concepto realmente útil? consideraciones acerca del sistema jurídico como factor de interpretación”, *Doxa* N° 21-I, 1998, p. 77.

³³ ¿Cómo identificar con qué otras normas realizar la interpretación sistemática a efectos de averiguar si la excepción implícita ha sido explicitada en otra norma? Ello es una decisión valorativa. Dependerá de cada intérprete determinar qué normas son relevantes para dicha operación y cuáles no

¿Qué supone esta operación de reemplazo? Al respecto, me parece que este punto es mejor presentado desde el lenguaje de la teoría de la interpretación³⁴. Desde esta perspectiva, voy a reconstruir la solución de las lagunas axiológicas como una forma de dar cuenta de un proceso y resultado de identificación de normas. En términos más precisos, al sustituir una tesis de relevancia por una hipótesis de relevancia de lo que estamos dando cuenta es de un proceso de reinterpretación restrictiva por el cual descartamos por una interpretación por otra con un alcance más restringido por ser más específica (en otros términos, sustituimos un caso genérico por otro caso genérico más fino, esto es, que contiene una o más propiedades adicionales). Paso a precisar esta idea.

Un aplicador del derecho, para resolver un problema normativo, toma en cuenta una o varias disposiciones a ser interpretadas. Para atribuirle significado a dichas disposiciones poseen, siguiendo a Chiassoni, discrecionalidad que se manifiesta como la posibilidad de elegir uno de múltiples métodos interpretativos y uno de los múltiples resultados interpretativos que cada uno de esos métodos puede ofrecer³⁵.

Frente a un elenco de posibles interpretaciones³⁶, será necesario introducir una jerarquización o criterio de preferencia que permita diferenciar entre interpretaciones incorrectas e interpretaciones correctas. Dicho de manera más precisa, requieren de directivas interpretativas de segundo orden (generadas a partir de preferencias ideológicas sobre cómo debe ser interpretado un texto), las cuales establecen prioridad entre los diferentes resultados obtenidos mediante los métodos interpretativos³⁷. En breve, usan un criterio que determina qué significado debe ser preferido sobre el resto de significados posibles.

Este criterio de preferencia puede ser construido como³⁸: i) preferencia absoluta, es decir, que en cualquier actividad interpretativa siempre se optará un determinado tipo atribución de significado (por ejemplo, siempre se preferirá un significado teleológico sobre cualquier otro posible significado); o ii) preferencia criterial, es decir, se debe preferir un significado posible sobre

³⁴ En este punto sigo de cerca a Guastini quien propone que las lagunas axiológicas no son un problema de sistematización sino de identificación de las normas. Al respecto, ver Guastini, R., "Defeasibility, axiological gaps, and interpretation", en J. Ferrer y G.B. Ratti (editores), *The logic of legal requirements, essays on defeasibility*, Oxford: Oxford University Press, 2012.

³⁵ Ver Chiassoni, P., "The pragmatics of Scepticism", *Analisi e Diritto*, 2016.

³⁶ Las cuales pueden ser identificadas a partir de un acto de descubrimiento o de creación de nuevos sentidos. Las primeras, siguiendo a Guastini, formarían parte de una interpretación cognitiva y las segundas una interpretación creativa. Ver Guastini, R. *Interpretar y argumentar*, Madrid: CEPC, 2018.

³⁷ Chiassoni, P., *El problema del significado jurídico*, Ciudad de México: Fontamara, 2019, p. 168.

³⁸ Chiassoni, P., *El problema del significado jurídico*, Ciudad de México: Fontamara, 2019, pp. 93-94.

otro en función si se dan ciertas condiciones (por ejemplo, se debe preferir el significado que sea el más coherente con un determinado valor ético-político).

Esto ya permite aclarar, de mejor manera, qué es el estándar S: es una directa interpretativa de segundo orden que permite determinar qué resultados interpretativos deben ser considerados correctos. Dicho esto, entonces, ¿la identificación de las excepciones implícitas es una operación epistémica o valorativa?

No puede ser epistémica, pues conforme al análisis presentado el uso de un estándar S supone formular, necesariamente, por lo menos una premisa normativa sobre cómo interpretar el material jurídico. En primer lugar, en el escenario de una laguna axiológica (tanto epistémica como prescriptiva), el estándar S solo supone presentar una toma de decisión sobre cuál es la mejor manera de ordenar normas en un sistema normativo. Ello no es un acto de descubrimiento, sino de toma de decisiones por parte del operador del derecho.

En segundo lugar, cabe preguntarse sobre la fuente del estándar S. Una opción es considerar que debe ser identificado, necesariamente, mediante una operación cognitiva a partir del material jurídico. Otra opción es considerar que puede tener fuente extrajurídica. Cada una de estas opciones supone compromisos teóricos diferentes sobre cómo entender la aplicación del derecho y la identificación de normas. Sin perjuicio de ello, ambas opciones comparten un punto común: ante una pluralidad de formas de identificar un estándar S, será necesario introducir criterios de preferencia que permitan determinar cuál, de todos los posibles, es la mejor.

Como podemos ver, la creación de excepciones implícitas mediante la identificación y aplicación de un criterio valorativo (el estándar S), nos da cuenta de un proceso valorativo por el cual un agente considera que una interpretación es mejor que otra. Este no es un problema epistémico ni está vinculado con cómo la carga de la prueba ha sido distribuida. Lo único que nos está presentando es cómo operan las directivas interpretativas de segundo orden.

A lo señalado, por último, cabe agregar que la idea de estándar S, además de ambigua, resulta incompleta al dejar de lado un aspecto relevante: el problema actitudinal de los jueces al momento de crear excepciones. Afirmar que una norma carece de excepciones implícitas puede ser entendido de manera descriptiva o prescriptiva. Si es entendido de forma descriptiva ello da cuenta de que no se ha realizado ninguna operación (interpretativa) para exceptuar dicha norma. Si es entendido de forma prescriptiva ello refiere a que el juez posee una directriz interpretativa que le obliga a considerar como irrelevante toda propiedad que no está prevista en el antecedente de la norma.

La posibilidad de introducir excepciones implícitas requiere, en este sentido, considerar que el juez carece de una prescripción interpretativa de este tipo³⁹.

Esto supone que, al hablar de estándar S, además, se está sosteniendo una directriz interpretativa de que toda discordancia entre una norma y el estándar S (todo caso de laguna axiológica) deba ser resuelta a favor del estándar S. Esta posición está lejos de ser obvia y pacífica, estando, por lo pronto, injustificada.

Como podemos ver, este no es un problema epistémico o en el que incida la carga de la prueba. La creación de excepciones implícitas es mejor entendida como un problema interpretativo, tanto respecto de reinterpretaciones en base a valoraciones (sobre cómo entender de mejor manera el sistema normativo o sobre cómo entenderlo de manera correcta) como de actitudes de los jueces sobre cómo tratar a las normas.

3.2. Demandados dan razones para crear nuevas excepciones

La propuesta de MacCormick tiene un punto interesante, pero equivocado: es incorrecto sostener que uno de los efectos de la distribución de la carga de la prueba es la generación de este rol propositivo de excepciones. Para que el demandado sea proponente de nuevas excepciones estaríamos frente a actos adicionales a la sola satisfacción de la carga de la prueba. En este sentido, en aras de realizar una reconstrucción caritativa de lo que está tratando de explicar el autor, considero que está dando cuenta del rol dialéctico que tiene el demandado como parte de un proceso adversativo.

Esto nos lleva a una distinción relevante: las partes procesales tienen tanto un rol procesal como un rol dialéctico. Para abordar este punto me voy a concentrar en dar cuenta de la distinción entre tener la carga de la prueba de una proposición sobre hechos respecto de tener un rol procesal y un rol dialéctico dentro del proceso. Para tales efectos voy a reconstruir la idea de roles dialécticos propuesta, principalmente, por Henry Prakken.

La distribución de la carga de la prueba en una parte (sea demandante o demandada) tiene incidencia tanto dialéctica como procedimental en un proceso de toma de decisiones jurídicas⁴⁰. Por dialéctico Prakken da cuenta de la situación conflictiva entre dos argumentos (justifican conclusiones contradictorias entre sí), para lo cual se pone atención a cómo una

³⁹ Sobre este punto ver Schauer, F., *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basadas en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*, Madrid: Marcial Pons, 2004, pp. 145 y ss.

⁴⁰ Prakken, H., "Modelling defeasibility in law: logic or procedure?", *Fundamenta Informaticae*, N° 48, 2001, p. 255, Prakken, H., "On formalizing burden of proof in legal argument", en: van den Herik, H., Moens, M., van Buggenhout, B., Zeleznikow, J., y Grütters G. (ed), *Legal knowledge-based system: Jurix 99, the Twelfth Conference*, Nijmegen: Gerard Noodt Instituut, 1999, pp. 86 y ss.

contraargumentación puede vencer a una argumentación. Por procedimental se refiere a las reglas procedimentales que regulan los momentos y medios a través de los cuales se introduce o confronta información y argumentos en un caso compuesto por dos partes contrapuestas.

Prakken lo que nos está proponiendo es analizar la argumentación judicial como un intercambio dialéctico entre argumentos ofrecidos por actores contrapuestos. En este sentido, en una disputa un proponente da un argumento para justificar una determinada conclusión, es decir, quiere formular un argumento justificado. Frente a este, su oponente introduce argumentos para atacar el argumento inicial a efectos de vencerlo. En respuesta, el proponente inicial puede atacar la contraargumentación y así sucesivamente. La victoria se concede al participante que consiga que su contraparte no pueda seguir contraargumentado (lo que tiene como resultado tener un argumento que tuvo más fuerza que sus contraargumentaciones)⁴¹.

Veamos el ejemplo que propone este autor⁴²: un demandante pretende exigir el pago de un contrato verbal. Como demandante, el sistema normativo vigente le asigna la carga de la prueba de los hechos relevantes por los cuales es posible afirmar que hubo un contrato. En contraposición, al demandado le corresponderá probar que, a pesar de los hechos, ocurrieron circunstancias de excepción que no permiten considerar que el contrato es exigible⁴³. El demandante, para probar sus proposiciones sobre hechos (para cumplir con su carga de la prueba), ofrece testigos. Frente a esto, el demandado debe probar la ocurrencia de alguna excepción: se encontraba fuera de su sano juicio cuando aceptó la oferta. En este punto hay una inversión, no necesariamente de la carga de la prueba, pero sí del rol dialéctico: el demandado ahora pasa a ser proponente de una argumentación para atacar al demandante.

La noción de rol dialéctico, de esta forma, da cuenta del carácter de proponente o de oponente de una argumentación. En este sentido, la propuesta bajo análisis nos permite diferenciar entre lo dialéctico de lo procedimental, lo cual es útil para esclarecer dos ideas: i) la carga de la prueba no se corresponde, necesariamente, con el rol dialéctico en un proceso; y ii) la propuesta de incorporación de nuevas excepciones en el antecedente no es resultado de la actividad probatoria, sino de una actividad argumentativa formulada a partir de enunciados descriptivos de hechos probados.

La primera idea requiere que precisemos tres puntos: la relación demandante-demandado, la relación entre proponente y oponente, y la

⁴¹ Prakken, H., "Modelling defeasibility in law: logic or procedure?", *Fundamenta Informaticae*, N° 48, 2001, p. 256.

⁴² Prakken, H., "Modelling defeasibility in law: logic or procedure?", *Fundamenta Informaticae*, N° 48, 2001, p. 259.

⁴³ También podría esgrimir que esos hechos nunca ocurrieron, pero este no es el escenario que se quiere esclarecer.

vinculación de estos dos pares de nociones con la distribución de la carga de la prueba. La relación demandante-demandado se refiere al rol procesal que posee cada parte dentro de un litigio o, dicho de otro modo, de quién es la pretensión (lo llamaré el rol procesal). La relación proponente-oponente da cuenta de qué parte en un proceso esgrime un argumento (proponente) y quién debe contraargumentar para no perder la discusión sobre ese argumento (oponente). Dicho en breve, refiere al rol dialéctico que asume cada parte en un litigio. El rol procesal que se posee y del rol dialéctico que se adopta incide en la forma en que se distribuye la carga de la prueba.

El rol procesal determina la asignación de una carga de persuasión y producción de la prueba de un requisito (demandante) o de una excepción (demandado). El rol dialéctico conllevará asumir una carga de la persuasión y, de ser el caso (en función al riesgo de perder el proceso), una carga táctica respecto de un argumento⁴⁴.

Siguiendo el ejemplo del demandante que pretende exigir el pago de un contrato verbal y el demandado que se defiende argumentando no haber estado en sus cabales en el momento del contrato, el demandado tiene la carga de la producción y de la persuasión respecto a su falta de sano juicio. En un plano dialéctico él es proponente de un argumento y el demandante es el oponente, quien tiene, a su vez, la carga de demostrar que el argumento no tiene fuerza probatoria suficiente (que la proposición sobre hechos no está suficientemente sustentada para ser calificada como probada).

Como vemos, los roles procesales de demandante y demandado son estáticos; en cambio, los roles proponente y contraponente son variables en función a quien esgrime o refuta un argumento, lo cual, a su vez incide en la distribución de la carga de la prueba (varía a quién le corresponde la carga de la persuasión y asumir una carga tácita en función a si se es proponente u oponente de una argumentación y cómo ello va cambiando dependiendo de si se incorpora un nuevo argumento y quién lo hace).

De acuerdo con lo señalado hasta el momento, es posible diferenciar entre participantes en un proceso (demandante y demandado) y roles dialécticos que pueden tener en cada etapa del proceso (proponente u oponente de una argumentación). El demandante siempre empieza el proceso, pero su rol dialéctico puede ir variando. Pasa a ser oponente, por ejemplo, cuando el demandado propone un argumento que sustente que no se le apliquen las

⁴⁴ Por carga de la persuasión refiero a la obligación que posee cada parte de dar razones suficientes para considerar que una proposición sobre hechos está probada. Por carga de la producción aludo a la obligación que tiene cada parte de ofrecer elementos probatorios sobre un determinado hecho. Por carga táctica a las decisiones estratégicas que adopta cada parte de introducir nuevos medios de prueba a efectos de reducir el riesgo de perder frente al adversario. Prakken, H. y Sartor, G., "A logical analysis of the burden of proof", en: Kaptein, H., Prakken H., y Veheij, B. (ed), *Legal evidence and proof. Statistics, stories, logic*, Surrey: Ashgate, 2009, p. 243.

consecuencias jurídicas de la norma sobre la que se sustenta la posición del demandante (propone una argumentación que justifica la aplicación de una excepción). El rol dialéctico incide en la forma en que se distribuye la carga de la persuasión y la táctica entre las partes⁴⁵. De esta forma, la distribución de la carga de la prueba es una noción procedimental que se determina en función a las reglas procedimentales y a los roles dialécticos. De lo dicho se sigue que las reglas procedimentales tienen incidencia respecto a la carga de la persuasión y de la producción, y los roles dialécticos tienen incidencia respecto de la carga de persuasión y carga táctica.

Resumiendo lo visto hasta el momento se puede afirmar que: i) la posibilidad de derrotar una pretensión en un proceso judicial es un rasgo derivado de la forma en que están estructurados dialéctica y procesalmente los procesos de toma de decisiones, en específico, de la posibilidad de contraargumentar (tener rol de oponente y satisfacer la carga de la prueba de persuasión); y ii) la inversión del rol dialéctico y de asumir cargas tácticas a mérito de ello muestran que la derrota de la pretensión puede ser producto de un intenso intercambio argumentativo.

De esto se sigue la segunda idea a esclarecer: la propuesta de incorporación de nuevas excepciones en el antecedente no es resultado de la actividad probatoria, sino de una actividad argumentativa formulada a partir de hechos probados. El demandado puede asumir el rol de proponente de una argumentación abocada a que asigne relevancia normativa a una propiedad normativamente irrelevante. En este punto, el demandado será proponente de una argumentación a efectos de que el juez otorgue relevancia normativa a dicha propiedad y el demandante será el oponente, a efectos de señalar que hay mejores argumentos para mantener la irrelevancia normativa de dicha propiedad.

Como vemos, este no es un aspecto vinculado con la carga de la prueba, sino a la forma en que están estructurados los procesos adversariales (al intercambio dialéctico entre proponente y oponente de una argumentación). En este sentido, retomando el punto de MacCormick, en un proceso la incorporación de excepciones en una norma se debe a que el demandado formule razones suficientes para crear esta condición y que sea empleada para respaldar su ataque contra los argumentos que sostienen la pretensión.

Resumiendo lo visto, el rol dialéctico del demandado al esgrimir que se debe incorporar una excepción es la de proponente de una argumentación. Para

⁴⁵ Prakken, H., "Modelling defeasibility in law: logic or procedure?", *Fundamenta Informaticae*, N° 48, 2001, p. 261. En otra sede Prakken y Sartor precisaron que la incorporación de argumentos, contraargumentos y criterios de prioridad entre argumentos es muestra de la vinculación entre la dimensión dialéctica de los argumentos y el aspecto procedimental de estos (manifestada en la colocación de cargas de la prueba). Prakken, H. y Sartor, G., "The three faces of defeasibility in the law", *Ratio Juris*, N° 17, 2004, p. 126.

que esta argumentación tenga éxito debe tener la fuerza suficiente como para superar la contraargumentación a la que se enfrente.

De esta forma la vinculación entre la incorporación de una nueva propiedad en el antecedente de una estructura condicional (dicho de otro modo, que se asigne relevancia normativa a una propiedad que era irrelevante) y su aplicación resulta de la conjunción de dos actuaciones: i) el demandado, tras haber asumido el rol dialéctico de proponente de una argumentación, tuvo como resultado un argumento justificado (tuvo más fuerza que la contraargumentación del demandante) cuyo contenido era justificar que se debe dotar de relevancia normativa a una propiedad que, al momento del proceso, era normativamente irrelevante; y ii) una vez incorporada la propiedad en el antecedente el juez verifica si en el proceso está lo suficientemente probada como para concluir su verificación en el caso (que el caso sea una instanciación de esta propiedad), lo cual se satisface en caso el demandado haya incorporado medios de prueba para ello.

En relación a este último punto cabe resaltar que no podemos hablar de carga de la prueba de una propiedad normativamente irrelevante. En este sentido, el juez al momento de tomar su decisión realizará dos cosas: dotar de relevancia normativa a una propiedad; y verificar si la carga de la prueba de esta nueva propiedad ha sido satisfecha⁴⁶. Ambas situaciones están estrechamente vinculadas debido a que la argumentación para asignar relevancia estará fundada en la verificación de esta propiedad en el caso y como ella hace indeseable (bajo algún criterio obtenido del propio sistema normativo o de otro sistema normativo, por ejemplo, uno axiológico) la consecuencia jurídica⁴⁷.

4. Conclusiones

La aproximación procedimental de la noción de derrotabilidad de Duarte y de MacCormick pone de relieve problemas teóricos relevantes, pero de forma problemática. La primera por considerar que el problema de la creación de excepciones es, principalmente, epistémico; y la segunda por confundir la actividad probatoria con la actividad argumentativa.

⁴⁶ Cabe indicar que no hay una conexión conceptual en este punto entre la incorporación de una nueva propiedad y la carga de la prueba que recae sobre el demandado. Es posible que este sea usualmente el caso, pero no es teóricamente inviable que la carga recaiga sobre el demandante.

⁴⁷ Esta argumentación del demandado a que se incorporen nuevas excepciones opera como propuesta al aplicador del derecho a que adopte dicha decisión. La decisión jurisdiccional, en este contexto, es analizable desde una tesis descriptiva o desde una tesis prescriptiva: i) tesis descriptiva: el aplicador del derecho está facultado para incorporar o no incorporar la nueva excepción. Esta, a su vez, puede ser una incorporación justificada o injustificada; y ii) tesis prescriptiva: el aplicador del derecho debe incorporar nuevas excepciones en todos aquellos casos en los que una norma no sea coherente con principios o valores objetivos que operan como criterios de corrección del derecho. MacCormick N., *Retórica y Estado de Derecho. Una teoría del razonamiento jurídico*. Lima: Palestra, 2016, p. 411.

En atención a estos puntos, en el presente artículo he propuesto las siguientes reformulaciones. En primer lugar, podemos aclarar la creación de excepciones implícitas como un proceso y resultado de crear una directiva interpretativa de segundo orden. En segundo lugar, esta aproximación a la noción de derrotabilidad pone de relieve el rol argumentativo (o dialéctico) que posee la parte demandada en la creación de nuevas condiciones de excepción. En este sentido, la creación de una excepción puede ser descrita como el resultado de que un aplicador del derecho acogió la argumentación de la parte demandada para considerar que una propiedad normativamente irrelevante debía ser calificada como relevante.

Bibliografía

Alchourrón C. y Bulygin, E., *Sistemas Normativos. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas*, Buenos Aires: Astrea, 2012.

Baker, G., "Defeasibility and Meaning". en: P.M.S. Hacker y Joseph Raz (ed.), *Law, Morality and Society. Essays in Honour of H. L. A. Hart*, Oxford: Clarendon, 1977, pp. 26-57.

Chiassoni, P.: "The pragmatics of Scepticism", *Analisi e Diritto*, 2016, pp. 275-304.

Chiassoni, P., *El problema del significado jurídico*, Ciudad de México: Fontamara, 2019

Duarte d'Almeida, L. *Allowing for exceptions: A Theory of Defenses and Defeasibility in Law*, Oxford: Oxford University Press, 2015.

Fernández, M., *Prueba y presunción de inocencia*, Madrid: Iustel, 2005.

Finkelstein, C., "When the rule swallows the exception", *Penn Law: Legal Scholarship Repository*, N° 19, 2000, pp. 505-537.

Guastini, R., "Defeasibility, axiological gaps, and interpretation", en J. Ferrer y G.B. Ratti (editores), *The logic of legal requirements, essays on defeasibility*, Oxford: Oxford University Press, 2012, pp.182-92.

Guastini, R. *Interpretar y argumentar*, Madrid: CEPC, 2018.

Hart, H.L.A., "The Adscription of Responsibility and Rights", *Proceedings of the Aristotelian Society*, Vol. 49, 1948-1949, pp. 171-94.

Loui, R. "Hart's Critics on Defeasible Concepts and Ascriptivism", *Proceedings of the 5th International Conference on Artificial Intelligence and Law*, 1995, pp. 1-11.

MacCormick N., *Retórica y Estado de Derecho. Una teoría del razonamiento jurídico*. Lima: Palestra, 2016.

Navarro P., y Rodríguez, J., *Deontic Logic and legal systems*, Oxford: Oxford University Press, 2014.

Nieva Fenoll, J., Ferrer Beltrán, J. y Giannin, L., *Contra la carga de la prueba*, Madrid: Marcial Pons, 2019.

Prakken, H., "On formalizing burden of proof in legal argument", en: van den Herik, H., Moens, M., van Buggenhout, B., Zeleznikow, J., y Grütters G. (ed), *Legal knowledge-based system: Jurix 99, the Twelfth Conference*, Nijmegen: Gerard Noodt Instituut, 1999, pp. 85-98.

Prakken, H., "Modelling defeasibility in law: logic or procedure?", *Fundamenta Informaticae*, N° 48, 2001, pp. 253-271.

Prakken, H. y Sartor, G., "The three faces of defeasibility in the law", *Ratio Juris*, N° 17, 2004, pp. 118-139.

Prakken, H. y Sartor, G., "A logical analysis of the burden of proof", en: Kaptein, H., Prakken H., y Veheij, B. (ed), *Legal evidence and proof. Statistics, stories, logic*, Surrey: Ashgate, 2009.

Rodríguez, J., *Lógica de los sistemas jurídicos*, Madrid: CEPC, 2002.

Rodríguez, J. "Defeasibility and burden of proof", *Materiali per una storia della cultura giuridica*, N° 1, 2017, pp. 243-257.

Sartor, G., "Defeasibility in legal reasoning", en: Bankowski, Z., White, I. y Hahn, U. (ed), *Informatics and the foundations of legal reasoning*, Dordrecht: Springer, 1995, pp. 119-158.

Schauer, F., *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basadas en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*, Madrid: Marcial Pons, 2004

Schauer, F. *Pensar como un abogado*, Madrid: Marcial Pons, 2009.

Taruffo, M., *La prueba*, Madrid: Marcial Pons, 2008.

Williams, G., "The logic of 'exceptions'", *The Cambridge Law Journal*, N° 47, 1988, pp. 261-295.

Velluzi, V., "'Interpretación sistemática': ¿un concepto realmente útil? consideraciones acerca del sistema jurídico como factor de interpretación", *Doxa*, N° 21-I, 1998, pp. 65-82.