



**UNIVERSIDAD DE VALPARAÍSO
FACULTAD DE HUMANIDADES Y EDUCACIÓN
INSTITUTO DE FILOSOFÍA
PROGRAMA DE POSTGRADO EN FILOSOFÍA**

**LA DERROTABILIDAD NORMATIVA
COMO HIPÓTESIS *AD HOC*
DE NIVEL DE APLICACIÓN**

**TESIS PARA OPTAR AL GRADO ACADÉMICO
DE MAGÍSTER EN FILOSOFÍA
CON MENCIÓN EN
LÓGICA Y FILOSOFÍA DE LAS CIENCIAS**

AUTOR TESIS: EDUARDO N. GANDULFO RAMÍREZ

PROFESOR GUÍA: ANDRÉS BOBENRIETH MISERDA

VALPARAÍSO, DICIEMBRE 2019

Resumen de la Tesis

Nombre del autor: Eduardo Nelson Gandulfo Ramírez

Profesor guía: Andrés Bobenrieth Miserda

Grado académico: Magíster en Filosofía. Mención en Lógica y filosofía de la Ciencia.

Título de la tesis: La Derrotabilidad de las Normas como Hipótesis Ad Hoc de Nivel de Aplicación

Datos personales del autor: ednega@gmail.com

Resumen de la Tesis: La tesis busca responder a la pregunta por las similitudes que pueden haber entre la derrota de las normas jurídicas, esto es, la no aplicación de la consecuencia jurídica que ellas mismas expresan para un caso singular, por la interferencia en dicho caso de una excepción implícita originada por un principio del sistema jurídico, respecto de la figura de las hipótesis *ad hoc* cuando la teoría acerca de alguna norma no pueda responder a una anomalía particular. Para la mejor comprensión se examinan ambos conceptos y las nociones acerca de ellos, para luego presentar las similitudes o analogías entre ambas figuras, para efectos de determinar la forma en que se pueda expresar mediante las hipótesis *ad hoc* en el ámbito jurídico, la derrota por vía de excepción implícita y si se pudiese dar una reducción conceptual, aunque finalmente fallida. El trasfondo filosófico mira al problema de la falibilidad humana y cómo los seres humanos intentan responder a los errores y déficit de la razón, mediante respuestas singulares, en disciplinas tan disímiles como la ciencia empírica y el Derecho.

PREFACIO

Toda obra tiene una expresión formal, que el público percibe, disfruta o padece, y una tras bambalina, donde se halla el grueso sostén de la misma, que el público no ve —y quizás no debe ver— con los ensayos de los actores, el aparataje, las coordinaciones, el tramoyista, el director, el vestuarista, y todos los que cooperan en la construcción de la imagen de la puesta en escena. Este prólogo tiene por fin mostrar aquello que está detrás de la obra, y agradecer a quienes han cooperado en la misma.

Escribo estas palabras de entrada a este texto, terminando una larguísima jornada de estudios de filosofía en este prestigioso y exigente Instituto (hoy Facultad) de Filosofía de la Universidad de Valparaíso, luego de un viaje doblemente extenso que el de Odiseo para completar este periplo de llegada.

No puedo dejar de recordar que más allá de lo académico, se inició tomando desprevenidamente un libro de DESCARTES de mi madre, cuando tenía doce años, continuó con la filosofía católica —de la cual hoy me encuentro bastante alejado—, pasó luego por la neokantiana, arribando a la de filosofía de K. POPPER *ad portas* a la entrada al Instituto, filiación que aún mantengo, de manera crítica o racionalista crítica, para con ella.

El texto que el lector tiene frente a sí fue escrito por un abogado y profesor de argumentación jurídica, y trata en su objeto de filosofía aplicada, la filosofía del Derecho (aunque no en puridad, ni completamente). Aquí es pertinente recordar con BOBBIO que en el ámbito jurídico se suele distinguir entre la filosofía del Derecho efectuada por juristas y la practicada por filósofos; siendo usualmente mal mirada esta última, por vaga, realizada a la distancia y poco útil*.

La presente obra, paradójicamente, no se efectúa desde la perspectiva del jurista, sino más bien del filósofo; como corresponde al contexto institucional en que se escribe. Un presupuesto base de esta perspectiva, como buen popperiano, lo constituye la *falibilidad* como condición universal del ser humano, y el problema del *error*. De esta manera, un objetivo mucho más profundo, aunque no expresado en la obra, pero que se puede comprender en su desarrollo, es investigar y comparar las estrategias de los seres humanos para cubrir los errores y falencias en disciplinas distintas y de poca proximidad, cuando las soluciones generales se han acabado o ya no están disponibles, y debemos echar mano a respuestas especiales, *ad hoc* para el caso problemático. Las disciplinas son la del ámbito jurídico y la ciencia empírica.

Es por lo expuesto que el objetivo original de la tesis era expresar la derrotabilidad de las normas o reglas jurídicas, una figura propia de la filosofía del Derecho, en términos de hipótesis *ad hoc*, figura esta última “desarrollada” y teorizada en la filosofía de la ciencia. La respuesta intuitiva a dicho objetivo lo había esbozado el año 2002, en un texto en homenaje a J. RAWLS, donde calificaba a la derrotabilidad y su conflicto subyacente como una “máquina” de producir hipótesis *ad hoc*, para salvar el día provocado por los déficits que la teoría jurídica acerca de las normas jurídico-positivas de cada parcela del Derecho no podía responder adecuadamente. Para aquella época, prefería utilizar un procedimiento de retroalimentación interpretativa para que, usando el razonamiento de aplicación, se pudiesen corregir los problemas de las excepciones implícitas para los casos en cuestión. Para el año 2004, realicé en la Universidad de Alicante, España —mi otra *alma mater* jurídica—, un desarrollo más acabado sobre las hipótesis *ad hoc* en el nivel de reconstrucción normativa (o interpretativa) directamente, y no tanto en la aplicación (aunque no la excluía, no era la protagonista principal), de manera que se entendía que era la teoría o hipótesis jurídica del aplicador la que se derrotaba (como ya había adelantado el 2002), de forma que dicha derrota forzaba al aplicador a no dar por terminada la actividad interpretativa o reconstructiva —como señalase J.C. BAYÓN—. De esta manera, la derrotabilidad en aplicación era una manera de forzar la reformulación teórico normativa, algo que R. GUASTINI expresara al tiempo como una interpretación restrictiva.

Si bien es cierto que la falibilidad y las limitaciones cognitivas humanas eran aprensiones que siempre estuvieron presentes, no fue hasta que me tocó asumir el cargo de “abogado integrante” en la Corte de Apelaciones de Santiago, (una especie de ministro judicial suplente externo), cuando tornó en carne la experiencia de las limitaciones de los seres humanos que estaban investidos de los cargos de

* N. BOBBIO, “Naturaleza y Función de la Filosofía del Derecho”, en *Contribución a la Teoría del Derecho*, Editorial Debate, 2ª edic., trad. A. Ruiz Miguel, Madrid, (1990), pp. 95 a 97.

jueces en la alta magistratura, y de la escasez de tiempo, para comprender en amplia dimensión y profunda experiencia la realidad de carecer de tiempo los magistrados para solucionar ciertos problemas jurídicos que escapan a sus capacidades de velocidad de pensamiento —incluyéndome—, para dar cuenta de las anomalías de ciertos casos muy puntuales, y tener que resolverlos en el momento; sin perjuicio de las ocasionales oportunidades de tener un tiempo mayor para cavar el problema. Allí ya no había tiempo para mayor retroalimentación, y la aplicación acaba con un problema radical de la anomalía entre la regla jurídica y el choque con un principio o valor subyacente del sistema no teorizado en el caso de aplicación.

Precisamente allí es que dimensioné el problema generalizado de no tener soluciones teorizadas generales para los casos singulares o particulares de aplicación en el ámbito jurídico, y me hizo mejor sentido un par de artículos a A. RÓDENAS sobre la derrotabilidad. De forma conjunta, le dio más fuerza al aserto de que en el ámbito jurídico no nos encontramos en una mejor situación de solución de dichos problemas que en la ciencia empírica, pero, a su vez, que en la ciencia, tampoco se encuentran en una mejor posición de solucionar estas dificultades, siendo un problema universal la cuestión del tratamiento de estas anomalías singulares o particulares, donde nos encontremos. Este problema generalizado y unitario, es lo que da pie para nuestra investigación.

Las hipótesis *ad hoc* y las excepciones implícitas que originan derrota de las normas jurídicas, buscan responder a una anomalía singular, salvando la teoría jurídica o científica; es el canon de conservación el que se hace presente en ambas actividades y disciplinas.

El problema se trató, en fin, de cómo hacer calzar las analogías de presupuestos, funcionales y estructurales, entre las hipótesis *ad hoc* y las excepciones implícitas que provocan la derrota. Ha de considerarse que la derrotabilidad ha cruzado la frontera de lo jurídico hacia la epistemología (CHISHOLM), como se verá en la tesis, pero no se había producido lo contrario. Esta obra pretende hacer el camino inverso. Para ello es que se requirió preparar el terreno de los presupuestos subyacentes a las derrotabilidad, para hacer comprensible ciertos vasos comunicantes entre la racionalidad teórica y la racionalidad práctica. —Algo que recuerda un tanto a una escena de la película “Apolo 11”, en que para lograr que los astronautas pudieran tener oxígeno, los ingenieros de la NASA tuvieron que encajar dos dispositivos uno con entrada cuadrada y otro con salida redonda. La inventiva humana, al menos en la película, lo logró, y se salvaron los astronautas.

En nuestro caso, la respuesta requirió expresar, desde el punto de vista diacrónico, la evolución del sistema jurídico codificado, y de esta rareza histórica del Derecho contemporáneo codificado, como garantía del ciudadano, en que el juez fundamentalmente es sólo un *aplicador* del Derecho creado por un potestado, no es un solucionador de problemas, y que sólo marginalmente tiene poderes creativos, propios de la racionalidad práctica; y no obstante ello, lo que realiza sí es una actividad de racionalidad práctica en tanto su discurso argumentativo termina en una acción, la resolución del caso. Además, requirió revisar la distinción que presenta J. SEARLE sobre la dirección de ajuste entre palabras y mundo, frente a esta rareza contingente que es el sistema jurídico, y la forma en que empírica o fenomenológicamente se ha configurado en los hechos nuestro sistema. La solución es una especie de racionalidad práctico-teórica como mejor modo de dar cuenta de la forma que ha tomado el Derecho contemporáneo en la aplicación. La solución deberá juzgarla el lector.

Agrégase, a más, la propia experiencia de que lo que construimos en el ámbito jurídico de los destinatarios es inicial y finalmente una hipótesis que se concreta en el texto y en la práctica, en una perspectiva cognoscitiva de lo práctico predefinida por el potestado normativo. La reconstrucción y adaptación de las hipótesis *ad hoc* al ámbito jurídico, más o menos en la forma en que la ciencia las configuró, presentó ciertos límites que deben ser mayormente discutidos, y el lector sacará sus conclusiones.

Finalmente, el particularismo, aquí técnicamente entendido en relación con la forma del particular “*algún*” que puede implicar un singular, parece ser un punto de encuentro *general* entre las hipótesis *ad hoc* y las excepciones implícitas. Cuestión que debe analizarse más detalladamente que lo que presenta la tesis.

En cuanto a las virtudes de porqué leer el texto, éste ofrece al lector un viaje detallado por la formación del sistema jurídico y la experiencia de la derrotabilidad de las normas o reglas, con una originalidad en torno a la unión histórica desde el Derecho medieval al actual de tipo continental con el *leiv motiv* y punto de unión de las anomalías de los casos singulares, con excepciones implícitas, que

explican cómo funciona nuestro sistema jurídico y que conecta con el tipo de racionalidad requerida y practicada en este tipo de sistemas. En un capítulo intermedio se efectúa el examen más profundo de habla castellana de las hipótesis *ad hoc* en la ciencia empírica, que tenía la pretensión de ser exhaustivo para efectos de lograr un conocimiento cabal del problema del *ad hoc* y no meramente aproximativo, como a veces se da en la praxis de los juristas, lo que resultó en un examen quizás demasiado a fondo y bastante sistemático, que rebasó los límites de la propia sistemática estándar de la filosofía de la ciencia; aunque en esto, adeudo a S. SCHINDLER parte de su sistemática formal de nociones de lo *ad hoc*.

En el capítulo final pasa por el contenido más original que no se encuentra en habla inglesa y castellana, de lo revisado, que importa el cruce de las hipótesis *ad hoc* al ámbito de lo jurídico normativo, y en donde el lector disculpará, espero, las falencias, porque poco había donde apoyarse para la toma de decisiones y elecciones, y la sensación en múltiples ocasiones fue encontrarnos en el barco de Neurath bajo la tormenta, muy sólo y con poco con qué reparar la nave. La estrategia requirió reinterpretar las hipótesis *ad hoc* para adaptarlas a la forma del ámbito jurídico y en particular de la aplicación, para llevarlo luego al caso especial de la derrotabilidad en aplicación. Esto implicaba originalmente combinar de forma exhaustiva en lo interpretativo, las diversas concepciones de las hipótesis *ad hoc* frente a las diversas opciones de concebir la forma en que la ponderación de ellas tenía lugar para producir las excepciones implícitas. A poco andar, caí en cuenta que realizar ello hubiera excedido cualquier enmarcarse mínimamente en los límites de una tesis, así que para determinar la viabilidad de las combinaciones, simplemente se optó por una estrategia popperiana negativa, de ver críticamente cuáles opciones no cumplían la expectativa con ejemplos que atacasen directamente la concepción adaptada, para efectos de ir descartando de forma rápida dichas concepciones, quedando abierto el trabajo para más adelante, de una vía más exhaustiva sobre este punto respecto de la viabilidad de las interpretaciones practicadas.

In fine, en este largo periplo filosófico, académico y de tesista, quisiera recordar y agradecer muy especialmente al maestro C. VERDUGO SERNA, quien me recibió en el Instituto, y luego me acompañó en la salida con la tesis, y me guió con prudencia y sabiduría en los errores y vacíos de la tesis. A mis compañeros ruta del magíster, especialmente a LUIS CARRILLO que si bien con reticencias, siempre tuvo una palabra de guía y crítica. Al doctor ANDRÉS BOBENRIETH que asumió con esfuerzo el apoyarme en el proyecto de tesis, y leer la pesada obra. Al doctor MARCELO ARANCIBIA, por diversas conversaciones y orientaciones en el trayecto de los años, y haberme motivado a no dejar el proyecto de la filosofía y del magíster. Al ahora doctor JOSÉ VÍCTOR GARCÍA con quien la vida nos cruzó en el camino, al desarrollar su tesis en la misma temática, pero en perspectiva y contexto distintos, del jurista, que confirmaban y dieron cierta luz interpretativa a lo que escribí. A mi padre, EDUARDO, de quién escuché las primeras reflexiones teóricas acerca de la filosofía (cristiana y marxista), a altas horas de la noche en el amanecer de mi adolescencia. A mi gran amiga MARCELA GALLEGUILLOS que si no fuera por su apoyo y ánimo, quizás no habría terminado a tiempo. A mis abuelos y mi madre de quienes aprendí la “práctica” de la razón práctica en la vida pública y privada. A mis niñas, CATALINA y PÍA, MARÍN-GANDULFO, como preferían ellas de pequeñas, por todo, y especialmente por ser faro y luz de alegrías en mi vida, y quienes me mostraron desde chiquitas la rigurosidad por el aprendizaje. Y, finalmente, aunque no menos importante, a mi pareja, CARMEN GLORIA GALLARDO por sus múltiples apoyos, comprensión, cariño y sacrificio dispensado más allá de lo exigido por una relación, en este periplo que implicó la tesis. A todos ellos vayan mis agradecimientos, afectuosos y profundos.

Valparaíso, verano de 2022

INDICE

INTRODUCCIÓN	1
CAPITULO I	
NOCIONES DE LA DERROTABILIDAD NORMATIVO JURÍDICO	8
1.1 Doble Pertenencia de la Derrotabilidad	8
1.2 Desambiguación de Derrotabilidad y la Excepción Implícita	14
1.3 Marco Histórico y Presupuestos Diacrónicos a la Derrotabilidad.	
Configuración del Sistema Político-Jurídico y la Noción de Norma Jurídica	22
1.3.1 ¿Es posible hablar conceptualmente de la derrotabilidad en todo contexto?	22
1.3.1.1 Perspectiva sincrónica	22
1.3.1.2 Una mirada diacrónica	24
1.3.1.2.1 El programa del <i>formalismo jurídico</i> , en la versión del modelo de las normas, y del concepto de reglas como norma	27
1.3.1.3 El Modelo de las Normas Translúcidas	59
1.3.2 Estructura de la derrotabilidad y tipos (comparación con las lagunas axiológicas de primer orden)	71
1.3.2.1.1 La cuestión de las lagunas axiológicas	74
1.3.2.2. La derrota o excepción implícita básica	77
CAPÍTULO II	
LA HIPÓTESIS AD HOC	87
2.1 Introducción a las Hipótesis <i>Ad Hoc</i>	87
2.2 Viabilidad Metodológica de las Hipótesis como <i>Ad Hoc</i>	89
2.3 Objetivos Metodológicos de las Hipótesis <i>Ad Hoc</i>	98
2.4 Perspectivas Básicas de las Nociones de <i>Ad Hoc</i>	103
2.4.1. La faz conceptual de las hipótesis <i>Ad Hoc</i>	103
2.4.1.1 Primera cuestión previa: <i>ad hoc</i> en sentido común y <i>ad hoc</i> en sentido técnico	103
2.4.1.2 Segunda cuestión previa: transposición entre maneras y objetos	105
2.4.1.3 Tercer asunto previo: propuestas	106
2.4.1.4 Cuarta cuestión previa: monismo y pluralismo conceptual	107
2.4.1.5 Conceptos técnicos de <i>ad hoc</i> en particular y sus críticas	108
(A) La posición de falta de contrastabilidad independiente	108
(B) Lo <i>ad hoc</i> como falta de corroboración o apoyo independiente	121
(C) El carácter <i>ad hoc</i> como un enfoque subjetivo-estético	125
(D) La <i>ad hocidad</i> como cuestión de no fundacionalidad	133
(E) Las hipótesis <i>ad hoc</i> como una noción de falta de coherencia	145
2.4.2 Objeto de referencia de las hipótesis <i>ad hoc</i>	155
2.4.3 La <i>ilegitimidad</i> o <i>no</i> de las hipótesis <i>ad hoc</i>	161
2.5 Sumario y Algunas Consideraciones	168

CAPÍTULO III	
LA DERROTABILIDAD COMO HIPÓTESIS <i>AD HOC</i>	
DE NIVEL DE APLICACIÓN	172
3.1 Una Nueva Lectura de la Concepción de las Reglas y Principios, su Heterogeneidad	173
3.1.1 Ciertos presupuestos fáctico	173
3.1.2 La concepción compleja de la norma fragmento	177
3.1.2.1 La configuración de los noción compleja de la regla fragmento	177
3.1.2.2 Fundamentos filosóficos de esta concepción	188
3.1.2.3 La contrastabilidad y el apoyo en relación con el principio de juridicidad o legalidad	197
3.2. La Imagen del Derecho en Aplicación	197
3.2.1 El esquema de los enunciados de aplicación	198
3.2.2 Preeminencia metodológica de la teoría reconstructiva de las normas	198
3.2.3 Viabilidad de un enfoque teórico o hipotético del contexto de aplicación	199
3.3 La <i>Ad hocidad</i> en el Sistema Jurídico y las Excepciones Implícitas	204
3.3.1 La hipótesis de excepción en el esquema de aplicación	205
3.3.2 La aplicación como base de analogía	207
3.3.3 Una apelación al sentido ordinario de <i>ad hoc</i> , para un sentido general aplicable al Derecho	209
3.3.4 Nociones de hipótesis <i>ad hoc</i> como respuesta especial	227
CONCLUSION	248
BIBLIOGRAFÍA	263

INTRODUCCIÓN

1. Lo bueno que tiene el Derecho o el ámbito de lo jurídico, es que en él confluyen la filosofía política, la filosofía del Derecho, la epistemología, la filosofía del lenguaje la filosofía de los valores y hasta la lógica, todo lo cual lo hace muy interesante a la vista del curioso observador¹. Lo malo que tiene el Derecho o el ámbito de lo jurídico, es que en él confluyen la filosofía política, la filosofía del Derecho, la epistemología, la filosofía del lenguaje, la filosofía de los valores y hasta la lógica, lo que lo vuelve bastante complejo y muy complicado a los ojos del observador, lego o no, que pretende analizarlo y comprenderlo.

2. Pero, además, se presenta en aquél cierta ambigüedad en el uso del término “Derecho”, referido a diversos dominios que se entrecruzan, que terminan confundiendo la referencia mental y de argumentación que pretendamos efectuar, y que efectivamente pueden terminar confundiendo el lugar donde ubicar el problema de la derrotabilidad. Por lo que es necesario desambiguar el término “Derecho” para intentar evitar dichas complicaciones. En el uso coloquial, “Derecho” abarca diversas construcciones o porciones de realidad, que vamos a denominar genéricamente el “*ámbito jurídico*”, usando este término también muy genérico. Este ámbito jurídico podemos dividirlo en dos grandes porciones: el del Derecho y el del razonamiento jurídico.

Con Kelsen se reserva el uso técnico y relativamente bien asentado de “*Derecho*”, para referir al dominio de las normas jurídicas, más precisamente a los sistemas normativos, con todas sus características técnicas, tales como la coercibilidad, imperativo-atributividad, heteronormatividad, etc. Tales sistemas se componen de diversas clases de normas como, las leyes, los reglamentos, la constitución, etc². Es lo que constituye el ámbito de la *teoría del Derecho*. En ese marco, debe considerarse el aporte de DWORKIN para posicionar dentro de la idea de Derecho a los principios jurídicos, en tanto estándares o directivas junto a las normas como componentes del sistema jurídico³ —frente a lo cual algunos usan el término “*norma*” como de clase y el de “*reglas*” y “*principios*” como subclases de ella⁴—. A un lado o fuera del sistema jurídico quedan las reglas o principios morales y otros tipos de reglas, sin perjuicio de lo cual ellas puedan ser consideradas en diversas instancias jurídicas. —Es menester advertir que no es tan sencillo ocupar tal distinción terminológica —si bien relativamente en lo conceptual— en este trabajo, porque en el sistema jurídico precodificado se habla en general más bien de “*reglas*” que de normas, porque lo que serían las leyes, como nuestra expresión paradigmática de normas jurídicas, se las consideraban como declaraciones acerca del *Ius* (Derecho) y eran parte integrante de la gran clase de fuentes declarativas del Derecho. Por esta razón y la fuerza connotativa de norma jurídica positiva optaré por referir en general a una oposición entre normas y principios, como cuando se habla de binomio entre regla y principio.

¹ Hago uso del término “bueno” en un sentido coloquial, ligado a de interés para el lector, en términos de ser recomendable para una diversidad de funciones que se pretenda. Sobre el término “bueno”, en sentido amplio de recomendación cfr. J.L. AUSTIN, *Sentido y Percepción*, p. 99.

² Vid. H. Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, pp. 15, 17, 44 y ss.

³ Vid. R. DWORKIN, “El Modelo de las Reglas I”, pp. 61 a 101.

⁴ Así, R. ALEXY, “Sistema Jurídico, Principios Jurídicos y Razón Práctica”, pp. 139 y ss.

Frente a aquélla, tenemos el campo de la *argumentación jurídica*. Refiere al dominio de los modos de razonar y argumentar en el ámbito de lo jurídico, cómo son éstos válidos o no, según su estructura interna y sus relaciones. Éste, a su vez, abarca diversos dominios, como el del razonamiento del legislador, el del teórico de lo jurídico, y del aplicador del Derecho al caso singular.

Pero, juntamente, es interesante apreciar que el ámbito de lo jurídico puede verse también, en concreto, como *macrosistemas jurídicos*, esto es, como ciertos conjuntos de sistemas normativos y sistemas de razonamientos jurídicos a la vez. Esto porque las normas jurídicas ciertamente tienen la pretensión de regir el comportamiento y situación de las personas de un lugar, pero también el razonamiento jurídico va determinar la configuración, reconstrucción y aplicación de dichas normas por las que nos regimos. De esta manera, se va a producir una superposición de estos dos sub-ámbitos, si no real, a lo menos de forma aparente. Respecto del razonamiento jurídico, con sus cánones y valores del argumentar, porque se vuelca sobre las normas jurídicas, en tanto objetivos a construir, instrumentos o insumos del razonamiento, y el Derecho porque nos interesa el modo en que se va a producir la configuración, reconstrucción y aplicación de sus normas jurídicas.

3. Sobre este complejo panorama de cuestiones se va a desplegar el problema que pretendo plantear, y ellas se van a proyectar en él, como podemos verlo en cuestiones muy prácticas.

Por ejemplo, un día cualquiera podemos estar en la biblioteca de la facultad estudiando para preparar un examen o una charla. De repente, entra un grupo de personas metiendo ruido. Nosotros, con razonable enojo, podemos exigirle silencio para poder estudiar, invocando la norma que dice “guardar silencio dentro de la biblioteca”. El bibliotecario debería imponer la regla a raja tabla sobre los bulliciosos, incluso bajo apercibimiento de compelerlos a salir de la sala de estudio. Sin embargo, este ejemplo permite un par de diversificaciones, como qué ocurre si es que los que meten bulla es el personal de aseo escuchando música o un partido de fútbol, cuando nos hemos quedado estudiando después de la hora de atención a público. O bien, en qué situación nos encontramos luego de un terremoto sucedido en algún lugar lejano del país, como los que suelen acaecer en nuestra tierra, si estudiando dentro de la hora de atención a público en una universidad de Valparaíso, nos interrumpen gritando que debemos evacuar con urgencia por alerta de tsunami. ¿Debe sumariarse y sancionarse al bullicioso que entró violando la regla? ¿Ha violado una regla? ¿Debemos nosotros salir de la sala de estudio? La clase a la que pertenece este último caso es la que nos interesa de sobremanera, porque bajo el criterio de la *dura lex sed lex* (la ley es dura, pero es la ley), propio de la concepción de las normas jurídicas de la Codificación, pareciese que debiera mantenerse la aplicación de la solución normativa a raja tabla, sin importar la consecuencia en el caso singular; pero es la razonabilidad de la solución construida la que entra a tallar aquí y la que necesita una explicación suficiente. En tal sentido, el presente trabajo presentará una doble dimensión: una del razonamiento jurídico y otra epistémico-metodológica.

4. Pues bien, este trabajo se inserta, en principio, en el dominio del razonamiento jurídico, y tiene por objeto responder la pregunta acerca de la categorización adecuada de la

derrotabilidad de las normas jurídicas, especificada en la forma de las excepciones implícitas de nivel de aplicación.

El supuesto es un gran marco plural de perspectivas que nos den un mejor conocimiento acerca de la categorización de ciertas nociones, y cada una por la que se opte, nos pueda presentar ventajas cognoscitivas de unas sobre otras para tener una visión más completa del rompecabezas a enfrentar (pero sin que necesariamente alguna sea excluyente de otra).

Es así que F. WAISMANN nos ha llamado correctamente la atención respecto a las perspectivas, en cuanto a que siempre podemos ver un objeto tan familiar como una mano desde diversos puntos: tamaño, forma, color, químico, celular, óseo, etc, lo que arrojará una limitación cognoscitiva importante para nuestro conocimiento⁵, y que nos requiere ir aportando diversas explicaciones o teorías acerca de nuestro mundo en esas *perspectivas*⁶. Si esto es correcto, los problemas teóricos son, fundamentalmente, como ha señalado POPPER, preguntas por las explicaciones, por las teorías explicativas: la respuesta a modo de test, que suministran las teorías, son así intentos de explicación⁷.

Para desambiguar un posible problema, es menester entender que “derrotabilidad” se usa y a veces será usado aquí como la temática de acerca de la derrota de las normas jurídica, esto es, en un sentido amplio. Sin embargo, a veces “derrotabilidad” como el sufijo lo indica refiere a una posibilidad o ser susceptible a algo, a ser derrotada la norma. La derrota de la norma refiere a que no se siga en un caso concreto la consecuencia jurídica propia de la norma jurídica, no obstante haberse dado el supuesto operativo o antecedente, por razón de ciertas circunstancias, como las lagunas axiológicas y/o ciertas excepciones. De manera que “derrotabilidad” aquí tiene un sentido más estrecho que la temática, la que implica la derrotabilidad en un sentido estrecho; en el segundo sentido, posibilidad se opone a concreción.

Nuestro problema a enfrentar, como se dijo, es la derrotabilidad de las normas jurídicas, y que voy a centrar en la idea de las *excepciones implícitas a las normas, que se dan fundamentalmente en el contexto de aplicación de dichas normas, y que las desplazan de la aplicación en un caso singular*.

Sin embargo, es menester considerar que existen diversos tipos de excepciones. Como bien señalase A. PECZENIK, se pueden identificar al menos tres tipos de excepciones a las normas, y que nos ayudará con mucho a delimitar desde ya nuestro tema⁸:

a) “excepciones *explícitas*”: que son las que están formalmente expresadas en el Derecho escrito y estricto, como cuando el artículo 140 del Código Civil (“CC”) expresa la excepción, al señalar: “Las reglas de los artículos precedentes sufren excepciones o modificaciones por las causas siguientes”;

⁵ F. WAISMANN, “Verifiability”, p. 124.

⁶ Esa insistencia del aporte de perspectivas o versiones de mundo se puede ver en N. GOODMAN, *Maneras de Hacer Mundos*, pp. 18 a 23.

⁷ K. POPPER, “La Teoría de la Ciencia desde un Punto de Vista Teórico-Evolutivo y Lógico”, p. 31.

⁸ A. PECZENIK, “Una Teoría de la Doctrina Jurídica”, pp. 297 y 298.

b) “excepciones *implicadas*”: éstas tienen su origen en contradicciones lógicas del Derecho. Así, por ejemplo, si dos normas con conclusiones incompatibles son aplicables a un caso, en el sentido de que sus condiciones de aplicación están satisfechas, y dado que no se pueden aplicar las dos a la vez, debe haber una excepción para al menos una de ellas;

b) “excepciones *implícitas*”: cuando hay ciertas razones para no aplicar la norma, las cuales pesan más que la aplicabilidad de la propia norma. La especialidad de la situación se da en que se trata de un conflicto entre un principio subyacente del sistema o de alguna parcela del mismo, que choca con la norma jurídica positiva, aunque ello lo hace con la razón subyacente de la norma misma con la que se conflictúa. Como cuando el principio de libertad de información choca con el artículo del delito de injuria a otro.

Aquella última es la forma de excepción y derrotabilidad de interés para este trabajo. De manera que bajo esta perspectiva debemos entender lo siguiente, nuestro objeto es una subclase de derrotabilidad que refiere a una especie de excepciones, las implícitas; existe otra forma de derrotabilidad como podrían ser las lagunas axiológicas que quedarán fuera del objeto directo de estudio. Ahora bien, dado que las excepciones implícitas producen una no aplicación de la norma jurídica, o al menos no en toda su potencialidad, según su contenido normativo en un caso singular —es su efecto propio—, a esto se le identifica como la derrota o superación de la norma en el caso de aplicación. Luego, la derrotabilidad de la norma es la susceptibilidad de la norma de experimentar excepciones implícitas (en esta variante), lo que implica la posibilidad de verse superada en el caso por un principio subyacente del sistema jurídico.

No obstante, enfrentar este objeto admite diversas formas de aproximación o perspectivas. Una de ellas es la logicista, otra la normativa. La normativa analiza el problema directamente tratando derechamente con normas o estándares jurídicos en conflicto. La logicista es similar pero lo analiza desde el punto de vista del contenido lógico de la norma jurídica; bajo el supuesto de que ello sea posible. El interés para nuestro trabajo consiste en que se introduce un elemento de anomalía en el contexto de aplicación del Derecho, ya que no obstante que se identifique que la norma contiene una consecuencia jurídica *B* y estemos de acuerdo en que efectivamente la contiene y que se corresponde con el caso *c*₁, en la operación de singularización al caso *c*₁, esto es, razonando o argumentando en el caso, concluimos que no debe seguirse la consecuencia *B* (o *b*₁) para este caso *c*₁.

Sin perjuicio de aquéllas, sostendré la perspectiva metodológica y teórico-normativa de la derrotabilidad, sobre una base epistémica, y examinar qué tiene que enseñarnos. Ella implica afrontar la cuestión de las excepciones implícitas y la derrota desde la base del problema real de que los agentes destinatarios del Derecho, no tienen un acceso directo e inmediato al mundo externo, en el cual se encuentra el Derecho con sus normas jurídicas y principios, explícitos o supuestos; ello importa que cualquier agente debe enfrentarse a las normas y principios reconstruyéndolos teórica o hipotéticamente, sin que el mundo externo le ofrezca una criterio decisorio de corte definitivo, y *de esta manera* debe encarar la aplicación de dichas hipótesis en tanto conjeturas de mejor aplicación, es decir, la más adecuada conforme al sistema jurídico. Todo ello es lo que significará una base teórica del conocimiento acerca del Derecho y de la aplicación.

En tal sentido, examinaré la viabilidad de la tesis de que la *derrota* de las normas jurídicas en el nivel de aplicación, concretada en *excepciones implícitas*, se expresa como una *hipótesis ad hoc* de nivel aplicativo desde el punto de vista del destinatario del Derecho que lo reconstruye. En términos de pregunta, la formularé diciendo: ¿la derrota, en los términos expresados, es expresión de una hipótesis *ad hoc*? La razón de dicha pregunta se encuentra en diversas *analogías* que se pueden hallar entre ambas, y, en que justamente, la hipótesis *ad hoc* es una forma de *respuesta especial* a los problemas o anomalías que se presentan en el mundo externo, dentro del cual está el Derecho. Esto implica no sólo las posibles analogías, sino también la confluencia en la perspectiva epistemológica de los problemas del mundo externo.

Esta forma de ver el asunto u objeto entre manos, importará exhibir las diversas analogías que hay entre las excepciones implícitas y las hipótesis *ad hoc*. Si hay analogía suficiente entre unas y otras, entonces se podría sostener que hay razones para afirmar que las excepciones implícitas se expresan mediante hipótesis *ad hoc* del ámbito jurídico. Si no las hay en términos suficientes, sólo se podrá sostener que, o bien que no hay ningún parecido y que las hipótesis jurídicas *ad hoc* no son una manera de concebir la expresión de las excepciones implícitas, o que las hipótesis jurídicas *ad hoc* son viables de expresar las excepciones implícitas, pero que no lo hacen en todos los casos.

La perspectiva de aproximación importará sostener que las excepciones implícitas son hipótesis o conjeturas mediante las cuales construimos o reconstruimos el Derecho. Esto requerirá su revisión en tanto presupuesto. Si aquello es correcto, hemos de asumir que la situación de la derrotabilidad de las normas afecta primeramente a la teoría reconstructiva de las normas, y de forma refleja a las normas jurídicas. Para ello será necesario distinguir entre los diversos niveles de análisis de las teorías reconstructivas, en particular, el general frente al singular. Es en este último nivel en donde se encontrará la sede de la derrotabilidad.

Lograr dicho análisis supondrá que la teoría reconstructiva de las normas se despliegue a nivel general y singular interconectada de forma coherente. Precisamente dicho análisis centrado en la teoría reconstructiva de la normativa, compuesta de hipótesis, permitirá la introducción de la idea de hipótesis *ad hoc*. En ese sentido, analizaré las hipótesis *ad hoc*, en el ámbito epistemológico y metodológico y, en particular, jurídico. Con los diversos tratamientos que reciben por parte de distintos epistemólogos. Desde el punto de vista del ámbito del discurso jurídico, el camino requerirá mostrar diversas categorías analíticas de los niveles en que puede darse este discurso, para analizar las diversas opciones en que pueden presentarse las estrategias *ad hoc*: general o singular; y es en este último nivel, que lo relacionaré con la aplicación en donde la estrategia de las hipótesis *ad hoc* funcionarán concretándose como derrotando la solución que sugiere la teoría sobre una cierta figura jurídica, en un cierto tema, como una forma de enfrentar las cuestiones no solucionadas en general por la propia teoría, porque se considera inadecuada para el caso singular. De esta manera, en vez de falsar una teoría completa, por costosa, la estrategia será una solución singularizada para el caso: una hipótesis *ad hoc* singular, esto es, de segundo nivel.

La ventaja sobre el proyecto logicista consiste en que no tiene que crearse una entidad lógica como los condicionales derrotables, cuando la solución puede darse mediante

una explicación epistemológica-metodológica, aplicándose entonces la navaja de Occam a la propuesta logicista.

5. La importancia de este estudio se proyecta en una doble visión: la metodológica con la hipótesis *ad hoc*, y de razonamiento jurídico con la derrotabilidad, que parecen ponernos en uno y en otro extremo del ámbito de la razón.

– Desde el punto de vista del ámbito del razonamiento jurídico, la derrotabilidad de las normas se relaciona con el proceso de introducción de la necesaria razonabilidad en los esquemas de razonamiento jurídico, de manera tal que no cualquier solución amparada en la formalidad de la norma jurídica sea suficiente como solución. El problema de ello es que dicha razonabilidad debe insertarse dentro de los procesos institucionales que el propio Derecho configura, para efectos de no borrar con el codo del razonamiento lo que se ha escrito con la tinta institucional de los procedimientos democráticos sobre la base de ensayo y error, de negociación y de la autonomía moral agregada.

Aquello implica, entonces, la delicada inserción del proceso de razonabilidad de los esquemas de argumentación jurídica en los esquemas institucionales del Derecho. Esto involucra, a su vez, deslindar y delinear una serie de planos y estructuras de razonamiento del discurso jurídico, que ayuden a explicar y justificar el razonamiento de tal talante.

– Desde el punto de vista metodológico, el problema de las hipótesis *ad hoc* amenaza la racionalidad misma del conocimiento. Porque si el trabajo crítico propio del conocimiento científico puede ser bloqueado mediante la estrategia convencionalista de las hipótesis *ad hoc*, entonces cualquier teoría —por muy deficiente que sea o incluso una pseudocientífica— puede ser salvada de la refutación. Y, sin embargo, parece ser necesaria la estrategia *ad hoc* en consideración de la falibilidad de los seres humanos para poder explicar y dar correcta solución a todos los problemas que se nos presenten.

De esta manera, en las hipótesis *ad hoc* encontramos uno de los límites cognoscitivos de la derrotabilidad y de la necesidad del uso de ella, muy especialmente, cuando se necesitan encontrar soluciones razonables, frente a una capacidad limitada de racionalidad de los seres humanos, para dar explicaciones y soluciones totales y absolutamente correctas, como lo es evitar la aplicación a raja tabla de la ley.

En este sentido, las hipótesis *ad hoc* en el ámbito jurídico no sólo implican una cuestión de epistemológica, sino que al evitar la aplicación la regla *dura lex sed lex* importa una acción para rebajar los costos axiológicos del sistema jurídico de que se trate, el cual no ha proveído solución desde el punto de vista de su reconstrucción, lo que inserta a las hipótesis *ad hoc* de lleno en el razonamiento práctico. De esta manera, se completa el carácter bifronte de las hipótesis *ad hoc* en ámbito jurídico.

6. Desde el punto de vista del marco teórico, la explicitación de los presupuestos tiene que ver con la doble categorización del presente trabajo: del ámbito del razonamiento jurídico y del ámbito metodológico.

• En el ámbito del razonamiento jurídico, mi adhesión se presentará a la versión de la derrotabilidad de Á. RÓDENAS, pero en lo relativo a las excepciones implícitas de nivel de

aplicación (a la cual la siguen ATIENZA y RUIZ MANERO), y trabajada sobre la base de J. RAZ y J.C. BAYÓN, quienes se alejan de la perspectiva logicista, planteando una mirada desde el punto de vista de las razones subyacentes a las normas jurídicas para poder explicar la estructura y funcionamiento de la derrotabilidad normativo jurídica. Sobre dicha base es que intervendré haciéndole algunas modificaciones analíticas.

- En el ámbito metodológico, respecto del proceso teórico reconstructivo y, en particular, de las hipótesis *ad hoc*, revisaremos una perspectiva pluralista de la noción de hipótesis *ad hoc*, en vistas de los trabajos de POPPER, HOLTON, LAKATOS, LEPLIN, SCHINDLER entre otros.

Especial consideración tiene la metodología del ensayo y error, en el marco de la necesidad de la crítica atrevida del teórico. Todo ello sobre la base del falibilismo que POPPER sustenta. Precisamente, parte de ese falibilismo será el que fundamentará, en la perspectiva diacrónica de las teorías, la introducción de las hipótesis de *ad hoc* y la derrotabilidad como expresión de ellas. De la mano con ello se trabajará con la noción de conjeturas respecto de las reconstrucciones cognoscitivas que podemos hacer de la realidad, incluyendo en ese conjunto al Derecho. Esto nos permitirá apreciar con mejor perspectiva la función y racionalidad de las hipótesis *ad hoc*, y el devenir de las teorías en busca de las mejores explicaciones o soluciones a problemas concretos, junto con el peso del pragmatismo y el costo de eliminar ciertas teorías importantes a cambio de nada.

Atención también concitará la noción coloquial de la *ad hocidad*, como guía en la construcción de las hipótesis *ad hoc*, y en particular en la adaptación de la noción al ámbito del Derecho.

7. De manera consistente, el trabajo se dividirá en tres partes. Una, sobre la exposición de la introducción a la derrotabilidad, que nos entregará la idea del surgimiento, necesidad y estructura de la derrotabilidad. Delinearemos aquí su noción. La segunda, sobre las estrategias *ad hoc* desde el punto de vista general. La tercera, una aplicación de las estrategias *ad hoc* a la derrotabilidad. Finaliza con el tratamiento de las conclusiones a que se arriben.

CAPITULO I

NOCIONES DE LA DERROTABILIDAD NORMATIVA JURÍDICA

1.1. Doble Pertenencia de la Derrotabilidad

Dada la perspectiva filosófica de estudio de nuestro tema, quiero fijar las coordenadas en que nos encontremos con la derrotabilidad, en tanto excepción implícita a nivel de aplicación⁹.

Fijar su ubicación en la perspectiva filosófica no es cosa fácil, puesto que la propia noción de filosofía ha tenido diversos cambios, debido a factores internos y externos, lo que hace que cambien su punto nuclear y de referencia. Los factores externos, en particular, la autonomización e interacción con las ciencias han causado precisamente una contracción en la extensión de la disciplina, desde el tiempo de los griegos hasta la actualidad. Y dentro de los factores internos, la disputa ontológica, epistemológica y analítica ha afectado la concepción misma del eje de la filosofía.

Frente a dichas consideraciones, en principio, permítaseme proponer, a manera de tentativa, en esta perspectiva, la centralización del objeto de estudio de la filosofía en la *posibilidad del razonamiento*, incluyendo sus presupuestos. Esto es paradójico, pero, a su vez, programáticamente revelador de la época en que vivimos. Precisamente, en un período en que la filosofía, principalmente, se ve enfrentada a la denominada *crisis de la razón* (o más bien a la razón ilustrada)¹⁰, cobra mucho sentido girar el eje y mirada hacia el razonamiento como expresión de racionalidad. A dicho problema se enfrenta desde fines del siglo XIX, con la presencia de los maestros de la sospecha, pero principalmente en el siglo XX con la caída del paradigma de racionalidad newtoniano, el advenimiento de los cuestionamientos a la certeza epistemológica desde los popperianos, el cuestionamiento a los fundamentos de la matemática y los poderes de la lógica con el teorema de GÖDEL, las sucesivas rupturas del paradigma racional roussoniano de la democracia, muy particularmente las asunciones de manera democrática de gobiernos opresivos, en contra de lo que debió ser la mejor opinión de la mayoría. Entre ambos puntos de tensión —la reducción de su extensión y la crisis de la racionalidad— parece erigirse esta idea de investigación sobre la posibilidad del razonamiento, como una idea que transpone a la pretensión final de saber acerca del mundo, sea el saber cómo es o cómo debe serlo¹¹ —irrenunciable respecto de si se quiere hablar de algo más que de fantasía, y no de las

⁹ Vid. así en esta definición G. PINO, “Los Principios: entre Teoría de la Norma y Teoría de la Argumentación Jurídica”, p. 94.

¹⁰ Vid. B. RUSSELL, ¿Puede el Hombre Ser Racional?, pp. 19 y ss. G.H. VON WRIGHT, *Ciencia y Razón*, pp. 11 y ss.

¹¹ La irrenunciabilidad y la idea final de la cosmología las tomo de K. POPPER, *La Lógica de la Investigación Científica*, pp. 16 a 23.

cuestiones que ocurren en el mundo y al ser humano incluido en él, como forma de concreción del viejo ideario de ruta del amor a la sabiduría—. Aquella es compartida con las demás áreas del conocimiento, pero realizada de una manera especial en la filosofía: en el estudio de la posibilidad del razonamiento, como medio para lograr saber algo acerca del mundo y de nosotros mismos. De esta manera, parece hacerse captura de la propia idea de que la filosofía es un modo de enfrentar los problemas.

La posibilidad del razonamiento puede dividirse en al menos tres ámbitos: *a)* presupuestos, *b)* analítico, y *c)* evaluativo.

a) Presupuestos del razonamiento: se refiere al estudio de las condiciones de viabilidad del razonamiento, en términos materiales. i) Las precondiciones en que pueda darse, esto es, por ejemplo, existe una realidad, y si es así, sus niveles y el mobiliario del mundo; ii) las condiciones en que puede darse, el estudio de la teoría de la verdad y del conocimiento.

b) El analítico tiene una perspectiva formal y en algunos aspectos divaga entre lo descriptivo y constructivo. Presenta tres áreas temáticas: i) las relaciones y estructura del razonamiento, referidas por ejemplo a las formas de la explicación, la predicción, y las formulaciones de la lógica, etc; ii) los conceptos, en cuanto a sus categorías, tipos, condiciones de formación y relaciones entre ellos; iii) el funcionamiento, esto es, la manera típica en que operan las formas del razonamiento.

c) En lo evaluativo refiere al ámbito de examen de los razonamientos, entendidos tanto respecto de la corrección del mismo. En tal sentido, el aspecto evaluativo se puede observar en dos ámbitos: i) los objetivos del razonamiento, esto es, lo que se pretende lograr, entendidas como nociones guía de aquél, tales como la verdad, el conocimiento, lo bueno, lo correcto, etc., y ii) el normativo/correctivo, donde se examinan las reglas de selección de los diversos tipos de razonamientos y ámbitos del conocimiento.

Junto a ello, debe superponerse las perspectivas de enfoque. La revuelta historicista en filosofía de la ciencia, como lo llaman J.A. Díez y C.U. MOULINES¹² y que ha desarrollado la filosofía estructuralista, nos ha mostrado la importancia de la doble perspectiva de análisis: la sincrónica y la diacrónica. La sincrónica, esto es, la mirada estática de las teorías filosóficas, tanto de diagnóstico como solución, en tanto objetos filosóficos, vistas como una abstracción fuera del espacio y tiempo. La diacrónica, que observa los objetos filosóficos, en la evolución dialógica y metodológica concreta o histórica de la práctica filosófica que han tenido, los fragmentos de ideas o teorías afectadas, las estrategias de inmunización y las resistencias *ad hoc*, las mutuas influencias en la dinámica, exponiendo las condiciones y alcances de la evolución. Ahora bien, como se ha resaltado por los estructuralistas, esta última presupone lógicamente la primera, esto es, se habla de la evolución de las teorías en sentido sincrónico¹³.

Además, se plantea la distinción clásica entre la filosofía pura y filosofía aplicada, como separación de dos niveles de investigación de la realidad. Esta última aplicada a los

¹² J.A. Díez y C.U. MOULINES, *Fundamentos de Filosofía de la Ciencia*, pp. 325 y 326.

¹³ Aquí se recoge el aporte de J.A. Díez y C.U. MOULINES, *Fundamentos de Filosofía de la Ciencia*, p. 326.

diversos ámbitos de conocimiento, disciplinas y actividades con pretensiones cognoscitivas. Por ejemplo, la filosofía política, la filosofía moral, la filosofía del derecho, la filosofía de la ciencia, e incluso la filosofía de la pseudociencia (con los tres aspectos sobre la viabilidad, analítica y crítica). Algunas de estas áreas contienen una doble expresión y otras sólo tienen una. Me refiero a que el análisis filosófico puede recaer sobre aspectos teóricos, pero también sobre aspectos tecnológicos o de ingeniería. Es así que la filosofía de la ciencia se encuentra debidamente escindida de la filosofía de la tecnología. Pero otros, tanto la filosofía política como la filosofía del Derecho, recaen sus análisis tanto sobre el aspecto teórico como sobre el ingenieril. La primera se expresa o recae en los razonamientos y categorías de la teoría política (no es claro dónde está la división), así como en los análisis de la ingeniería o tecnología social (POPPER¹⁴). La segunda se concreta con claridad en la teoría general del Derecho (vgr., KELSEN y HART), además de la argumentación jurídica (ATRIA¹⁵), y la ingeniería jurídica, preocupada de las mejores condiciones generales de desenvolvimiento del sistema jurídico, de su mantención o reforma, en protección de las personas y del propio sistema o institucionales, mirando a condiciones tales como, por ejemplo, estabilidad, certeza, claridad, precisión, etc.¹⁶ (se tiende a superponer con la social, aunque parece más una especificación). La primera, referida a los mayores niveles de abstracción, que agrupan al conocimiento sobre el razonamiento en general.

Nosotros nos ubicaremos en la filosofía aplicada, en un doble sentido, tanto desde la perspectiva de la filosofía del derecho y la filosofía de la ciencia, para efectos de examinar si es posible una aplicación de ciertos conceptos de esta última —como expresión generalizable de una filosofía pura—, en un ámbito analítico referido a los conceptos, en la interacción aplicada de los conceptos de hipótesis *ad hoc* y derrotabilidad, en la medida en que esta última pueda ser reconducible conceptualmente a las hipótesis *ad hoc*, no necesariamente de la ciencia empírica, sino a las categorías de una filosofía pura, para efectos de ser aplicadas al ámbito del Derecho. Sin perjuicio de ello, la derrotabilidad también puede ser mirada desde la perspectiva de la filosofía de la ingeniería jurídica, pero ello no es nuestro tema, aunque alguna luz complementaria puede entregarnos.

No obstante aquello, nuestro objeto de estudio todavía puede ser enfocado en dos perspectivas y posiciones: del creador del Derecho (o *deus ex machina*) y del *destinatario del Derecho*. La primera posición mira la derrotabilidad desde el punto de vista del que tiene el poder de reformar institucionalmente el Derecho, y discurre en una racionalidad práctica para la mejor conformación del Derecho y sus dispositivos o mecanismos y sus aparatos o piezas institucionales. La segunda, de quien se encuentra sujeto o subordinado al Derecho, y que debe reconstruir y razonar de acuerdo a Derecho, lo que implica que no tiene capacidad para modificarlo o alterarlo en términos institucionales. En términos metafóricos es quien se

¹⁴ Vid. sobre la tecnología social, K. POPPER, *La Sociedad Abierta y sus Enemigos*, pp. 37 y ss.

¹⁵ Esta incorporación de la argumentación jurídica a la filosofía del Derecho es relativamente reciente. Como señala F. ATRIA, incluso cuando H.L.A. HART publicó *El Concepto de Derecho*, “el razonamiento jurídico no estaba en la agenda filosófica”. R. DWORKIN ha sido uno de los que posicionó en la agenda de la filosofía esta materia, con *mea culpa* de HART incluida en orden a que su libro había “dicho muy poco sobre el problema [...] del razonamiento jurídico” (F. ATRIA, “Del Derecho y el Razonamiento Jurídico”, p. 79).

¹⁶ F. ATRIA señala como una de las culpas de la filosofía del Derecho del s. XX el olvidar la perspectiva institucional, frente a la teórica del Derecho, en orden a omitir las condiciones de estabilidad del mismo, *La Forma del Derecho*, pp. 122 y 123.

encuentra en la “*matrix jurídica*”. Ello no implica que no pueda tener libertades en el sistema, sino que ellas se encuentran circunscritas al propio sistema, por lo que su capacidad de actuación en contra del Derecho, es sólo para, o bien violarlo o desobedecerlo, para los casos de las prohibiciones y mandatos, o no ceñirse a él, en el caso de las competencias que le puede disponer. En cuanto a sus movimientos conforme a Derecho, de nivel superior, pueden implicar reinterpretar el sistema, y descubrir elementos o componentes ignorados en el sistema, o de un impacto desconocido en el mismo¹⁷.

En aquella segunda posición, es diferente de la del mundo de los hechos físicos brutos, aunque no tanto. Este último carece de intencionalidad, y está regida por las leyes de la causalidad. La intencionalidad de los sujetos, sólo se encuentra para los efectos de activar las relaciones de causalidad en el mundo físico, como quien decide accionar el dispositivo de un arma de fuego en contra de otra persona, esto es, mediante la técnica o la tecnología. Es por ello que permite hacer alusión al mismo mediante la ciencia, sin presumir la existencia de una intencionalidad de trasfondo de la naturaleza, ni de valores en ella. Sin perjuicio de que para la actividad humana reconstructiva de ella —lingüística y experimentalmente— el método de científico sí presuponga ciertos valores o virtudes epistémicas para seleccionar nuestra actividad humana, como bien ha mostrado C. HEMPEL, Th. KUHN y L. LAUDAN¹⁸. En este sentido, en tanto que actividad humana, sí actuamos y razonamos en la actividad científica con referencia a valores, mediante los cuales seleccionamos nuestras teorías, tales como simplicidad, unificación, coherencia, generalidad, etc.

En nuestra opción segunda se produce un doble nivel valorativo: (a) en el objeto mismo de estudio, que lo separa del ámbito de la naturaleza y (b) en la actividad misma del destinatario, lo que no lo aparta tanto de la actividad cognoscitiva.

(b) No lo aparta tanto porque también se trabaja con valores metodológicos para el sujeto destinatario, aunque de todas formas algo de actividad ponderativa realiza en la derrotabilidad, que no la efectúa de manera exactamente igual que el científico (pero que se requerirá explicar en la asimilación de las hipótesis *ad hoc*). (a) En cuanto al objeto mismo de la reconstrucción, por encontrarnos en el ámbito formado por una intencionalidad colectivamente aceptada (SEARLE¹⁹), sea mediante una ingeniería social concientemente dirigida (POPPER²⁰), o por una formación de práctica aceptada colectivamente de manera no

¹⁷ Este es el movimiento que realiza DWORKIN para mostrar a HART la incompletitud de su visión de la teoría del Derecho, en lo conceptual, así como en la relevancia de los contextos del Derecho en particular de la aplicación, y del razonamiento jurídico, cuando invoca la noción de principio frente al de regla, respecto a la forma en que se aplican, sobre la base de la jurisprudencia de los tribunales, en los casos ‘*Riggs vs Palmer*’ y ‘*Henningsen vs. Bloomfield Motors, Inc.*’, Vid. “El Modelo de las Normas (I)”, pp. 61 a 101.

¹⁸ Sobre las presuposiciones en la ciencia vid. C. HEMPEL, “La Ciencia y los Valores Humanos”, pp. 99 a 104; el locus clásico en Th. KUHN “Objetividad, Juicios de Valor y Elección de Teoría”, pp. 344 a 364; sobre el rol que juegan los valores en los debates científicos y los compromisos que implican para los científicos, todo ello en combinación con el modelo reticular de progreso científico vid. L. LAUDAN, *Science and Values*, 1984, pp. 42 y ss. y 103 y ss.

¹⁹ Vid. J. SEARLE, *La Construcción de la Realidad Social*, pp. 28 y ss., y 41 y ss.

²⁰ K. POPPER, *La Sociedad Abierta y sus Enemigos*, pp. 37 y ss.

conciente (HAYEK²¹), es lo que habilita “jugar el juego” del Derecho colectivamente. Esta metáfora permite una alusión comparativa con los juegos (aunque como toda metáfora tiene sus limitaciones), pues la intencionalidad colectiva es la que habilita que los partícipes de la actividad del Derecho, se encuentren inmersos en ciertas normas del juego social que pueden reconocer individualmente hablando, de manera que pueda expresarse con verdad ciertos enunciados acerca de las normas sociales, aún siendo disidente social, sobre la base de esa práctica social intencionada²². Pero, además, la racionalidad subyacente a las prácticas sociales, relativas a la función que realizan los dispositivos e instrumentos sociales, es condición concomitante, aunque no suficiente, que funciona como una garantía relativa o parcial de que esas prácticas se desenvuelvan como tales. Dicha racionalidad apunta a lo que se considera necesario para que la práctica social con sus creaciones se pueda desenvolver de modo regular o como se espera; que los billetes intercambien bienes y servicios, que los padres entreguen alimentos a sus hijos, que quien ocupa una cierta posición de magistratura la abandone luego de un cierto plazo, sin derramamiento de sangre. Esta racionalidad implica la consideración de ciertos *desiderata*, cuestiones deseables respecto de cierto orden social, para la mantención de la práctica²³ o para objetivos sociales que operan como fin respecto a la estructura y función de creación social.

Para el Derecho, se trata de hacer posible algo, una acción o resultado, sea porque construye la posibilidad o porque lo hace probable aunque entendido de manera asimétrica con su opuesta. Lo hace posible como cuando la ley habilita a los tecnólogos para recetar lentes ópticos, si es que antes no podían hacerlo. Respecto a hacerlo probable, F. ATRIA señala que se trata de hacer probable lo improbable frente a la opción negativa, por ejemplo, que el padre no dé alimentos a su hijo o que el magistrado de la república no entregue su cargo en cierto plazo. Pero, en verdad, es contingente esta relación de probabilidad/improbabilidad, en cuanto a la acción o resultado buscado sin el Derecho. Es así que los padres, en general, podrían pagar efectivamente la manutención de sus hijos, sin una norma jurídica que los obligue a pagar una pensión de alimentos; el Derecho sólo vendría a reforzar o a regular respecto de una mínima cantidad del universo de casos de una sociedad concreta. Porque ello depende de otros factores que no son propiamente jurídicos, como los emotivos; lo que vale incluso para un magistrado que deja el puesto por cansancio

²¹ F. VON HAYEK, señala que en los grupos humanos la colaboración se basa siempre tanto en el orden espontáneo, de la moral y las costumbres, como en una organización deliberada (*Derecho Legislación y Libertad*, pp. 57 a 78).

²² Ello porque el disidente social que es conciente de su disidencia, se encuentra en una actitud relativa a la *admisión*, no a la creencia. El que acepta o no lo hace por una actitud *estratégica*. Pero es capaz aún quien no acepta por ejemplo, un Presidente de la República, como los disidentes españoles en la España franquista, tenían la capacidad de reconocer que había una persona X, que ocupaba un cierto puesto y generaba ciertas normas, que calificaban de ilegítimas. Situación similar ocurría con quienes no reconocían la Constitución original de 1980, no aceptaban la Constitución como legítima, pero podían reconocer que generaba una actividad de relevancia jurídica.

²³ F. HAYEK reconoce que en los ordenes contruidos existen objetivos o fines, no así en los espontáneos, no obstante lo cual identifica ciertas consideraciones de deseabilidad en la selección de reglas dentro de un orden espontáneo, en torno a posibilitar la vida social, “la sociedad sólo puede existir si, mediante un proceso de selección, se han desarrollado unas reglas que conducen a los individuos a comportarse de tal modo que haga posible la vida social.”, y agrega más adelante, que “las respuestas individuales a circunstancias particulares darán lugar a un orden general sólo si los individuos observan unas reglas capaces de producir semejante orden”. (*Derecho, Legislación y Libertad*, p. 67).

o agotamiento emocional, luego de un cierto tiempo, aun breve. En el fondo, el Derecho como cuestión institucional apunta a producir efectos en el mundo real, físico, que llamo “pretensión pragmática”²⁴, y que efectivamente tiene por objetivo hacer probable una acción o resultado individual o seguidilla de resultados, con independencia de que sea o no probable sin él. Si esto es así, entonces, el Derecho es una *garantía* de probabilidad, *contributiva* a ella en el marco del sistema social. Y esa garantía es la que posee una racionalidad artificialmente construida, sea con una acción conciente o no, para contribuir a hacer probable los resultados.

Esto importa que los conceptos del área social, particularmente la jurídica, no son puros o asépticos valorativamente hablando, sino que, para que se construyan de manera adecuada a la realidad jurídica social relativa a producir un cierto funcionamiento, han de realizarse con aquel doble nivel valorativo. Son relativos a la racionalidad práctica que hace posible el funcionamiento institucional de los aparatos y dispositivos jurídicos, y cubrir la necesidad social a que están avocados, esto es, sobre la base de las *consideraciones* que hacen sustentable la práctica social de las normas jurídicas y el Derecho a través del desarrollo del tiempo. De esta manera, el destinatario del Derecho debe implicar en su reconstrucción teórico-práctica dichas consideraciones de racionalidad práctica que son propias de las instituciones jurídicas.

Pero debe prevenirse que las instituciones jurídicas en una sociedad compleja poseen diversos niveles, a la manera que se articulan las muñecas rusas, una dentro de otra, capa tras capa. Ello implica que la racionalidad práctica de los *desiderata*, involucrada en las instituciones, también se configura en igual medida que la estratificación de las primeras. Es así que se pueden identificar los *desiderata* del Derecho en general, como sistema, los fines y objetivos de aquél, frente a los propios de las instituciones particulares que componen el Derecho, como la pensión de alimentos, el delito de homicidio, la prohibición de fumar en lugares cerrados, la regulación del aborto, etc. La importancia de ello es que como los *desiderata* se involucran en las decisiones institucionales, sea del sistema en general, sea de las instituciones en particular, ellos pueden entrar en conflicto de diversas maneras. Pero uno de los puntos más cruciales en los que pueden entrar en conflicto, es que una evaluación general de los *desiderata* de *nivel superior* involucre la toma de decisión del sistema de Derecho general, de que *no deban ser tomados en consideración* las *cuestiones de racionalidad práctica*, los *desiderata, involucrados en las instituciones de nivel inferior*. Esto va a explicar varias consideraciones más adelante sobre la aparición y desaparición de las excepciones implícitas del mapa jurídico, y permitirá comprender la disímil calificación jurídica del aparato de la derrotabilidad.

²⁴ En esta frase es lo que se puede resumir la argumentación persuasiva de R. VON IHERING, en orden a que el “derecho existe para realizarse. La realización es el elemento que otorga vida y verdad al derecho, es el derecho en sí mismo”. Mientras que mirado en la situación inversa sostiene que: “El derecho que no se traduce en realidad, que únicamente se encuentra sobre el papel, en las leyes, no es sino pseudoderecho, vana palabrería. Por el contrario, lo que se plasma en derecho es derecho, aunque no aparezca ninguna ley y el pueblo y la comunidad científica no se hayan percatado de ello” (IHERING, “Teoría de la Técnica” p. 60).

1.2. Desambiguación de la Derrotabilidad y la Excepción implícita

La derrotabilidad es la *posibilidad* de que algo jurídicamente *Y* sea derrotado por algo jurídicamente *X*. De esta manera, si se llega a concretar la posibilidad, entonces se produce la derrota de *Y* efectivamente; y se excepciona a *Y*.

Entonces, si nosotros pensamos en la derrotabilidad y las excepciones, tenemos que hay algo, una cosa *X*, que hace excepción a la fuerza o dominio de otra cosa *Y*, la cual en una confrontación, precisamente al ser derrotada, por *X*, lo es por ser *X* una excepción. Parece ser el problema del huevo y la gallina. Pero, en verdad, parece ser un problema de contexto.

Ser una excepción admite diversas formas y nociones. Algunas las pasaremos a señalar aquí. Una de ellas es que puede ser enfocada desde el punto de vista *procesal*, esto es, del procedimiento judicial (*a*); desde el punto de vista normativo, es decir, de las normas en juego excepcionadas (*b*), de lo conceptual, esto es, relativo a la referencia del mismo (*c*) o de la argumentación jurídica, es decir, del procedimiento de cómo se produce derrota (*d*).

– La noción de excepción, en su modo más prístino, se encuentra ligada a una concepción procesal, como un instrumento del proceso judicial. Ella tiene su raíz en la vieja *exceptio* romana, de donde hemos tomado o adjudicado su nombre y cierta vaga idea de lo que sea una excepción.

Esta noción romana se desenvuelve en un contexto estrictamente procesal y era una pieza clave del juego dialéctico del juicio: acción (*actio*) y excepción. Como explica de forma sintética M. VILLEY: “Un ciudadano romano no gana su proceso porque tiene derecho, él gana el proceso porque una fórmula determinada se adapta a su situación”²⁵. El Derecho Romano tiene un marcado carácter procesal, en cuanto a que la fuente de eficacia del mismo, se encontraba preferentemente en el *edictum* de un magistrado romano, el *pretor*, dispuesto a dirigir estrictamente el proceso judicial y su resultado, mediante *fórmulas* como la *actio* o la *exceptio*. Esto equivalía a que el *ius* o Derecho, que en esta perspectiva importaba una cierta situación o posición ventajosa que las personas tenían frente a algo u otras personas (como un derecho a algo), se entendía o concretaba según si el proceso jurisdiccional implicaba o contenía un instrumento para hacer valer dicha situación favorable, y no directamente por leyes o normas de fondo, las cuales tenían una participación más bien mediata en el proceso²⁶.

Las características de la *exceptio* eran las siguientes:

- Era un elemento de la dialéctica judicial. Esto quiere decir que la excepción era parte de un enfrentamiento dialógico para solucionar un conflicto ocurrido entre ciertas partes, donde cada una enarbola ciertas circunstancias o las niega, que expresan en su demanda o

²⁵ M. VILLEY, “El ‘*Ius in Re*’ del Derecho Romano Clásico al Derecho Moderno”, p. 128.

²⁶ Vid. así, I. MERELLO, “Derecho y Acción. La Distinta Consideración del Tema en la Visión Dogmática e Histórico-Crítica del Derecho Romano”, pp. 54 a 57.

contestación. Una de dichas circunstancias venía a constituir el contenido de la *exceptio*. Sobre aquellas circunstancias debía pronunciarse el *iudex* o juez, de acuerdo a una fórmula tipográfica que le entregaba el pretor.

Las fórmulas estaban referidas a situaciones concretas en que se podían encontrar las personas en la interacción de la vida social, la que contemplaba una o varias situaciones concretas en relación con la consecuencia de la condena o absolución, como, por ejemplo, un acuerdo de compra de alguna cosa no pagada o el hecho de haberse pagado la deuda o pactado un plazo de espera, y ellas eran las que debían o no ser acogidas por el juez en un juego dialéctico del tipo: *uno demanda/otro se exceptiona* y de *condeno/absuelvo*, al cual las partes y el juez debían atenerse formal y forzosamente.

- La *exceptio* era un *instrumento procesal*²⁷, no sustantivo o del Derecho de fondo, consistente en una *cláusula* escrita de “excepción” (literalmente “*extra quam si*”²⁸), que el pretor concedía al demandado en la fórmula del proceso judicial para *oponer* al demandante. Ejemplo de ellas eran la *exceptio pacti*, la *exceptio doli* y, luego, la excepción de pago.

- Era un medio de *defensa*, propio del demandado, que se concedía para oponerse a la *actio* propia del demandante, para tener en cuenta ciertas circunstancias alegadas por aquel primero.

- Su efecto o función propios era de *interferencia* a la *eficacia de la actio*. Es así que la eficacia propia de la excepción era de interferir el que fuese, a su vez, el efecto jurídico propio de la acción (*actio*), de la siguiente manera. La consecuencia de la *actio* era la condena (*condemnatio*) del demandado, entonces nuestra figura era una excepción a la *condemnatio*, esto es, al efecto propio de la *actio*²⁹. El efecto propio y original era de tipo *total o excluyente*: de la no condena del demandado (o absolución); y luego se agregó un efecto *minutorio*: de ser una limitación o rebaja de la condena (por ejemplo, en monto de indemnización o de pena)³⁰; precisamente, este último efecto es el que permite hablar del genérico “interferencia” y no sólo de mera exclusión.

El efecto de interferencia o excluyente de la condena hace que los hechos se redacten con un sentido negativo, vinculándose la *condemnatio* a la *no existencia* de los hechos de la *exceptio* (por ejemplo, no hubo pacto de no pagar) resaltando el carácter de ser una condición de *efecto negativo* sobre la condena³¹.

- Ella suponía una discusión relativamente diversa, aunque conexa, respecto de los hechos de la demanda. Es así que se señala que ella importaba la aceptación implícita de los hechos de la demanda³². Se señala que la excepción estaba concretamente dirigida a *contraponer* a la acción particular alguna *circunstancia específica* que le *quitase la eficacia*

²⁷ Como instrumento del Derecho Procesal, M. KASER, *Derecho Romano Privado*, p. 36.

²⁸ Así, F. SCHULZ, *Derecho Romano Clásico*, 1960, p. 48.

²⁹ Así, F. SCHULZ, *Ibíd.*

³⁰ En el Derecho romano clásico se apostaba al todo o nada, mientras en el Derecho postclásico se podía obtener una condena mitigada. De esta manera, si él actor pide 100 y debido a la excepción el juez se da cuenta que lo adeudado sólo eran 60, no puede condenar a pagar la diferencia (así, F. SCHULZ, *Derecho Romano Clásico*, p. 52).

³¹ Cfr. F. SCHULZ, *Derecho Romano Clásico*, p. 48.

³² Así, F. SAMPER, *Derecho Romano*, p. 84.

de producir la condena del demandado³³. Para que se entienda, el demandado podía hacer dos cosas defensivas frente a la acción para evitar el efecto de condena:

a) o bien, rechazar o negar el supuesto fáctico de la acción, es decir, los hechos no han ocurrido como señala el demandante;

b) o, no obstante que se aceptan los hechos del supuesto fáctico de la acción³⁴, se agrega un hecho que se opone ya no a los hechos base (porque están reconocidos), sino al efecto mismo de la acción con relación a la condena, razón por la cual podía verse absuelto. Por ejemplo, el hecho del pago, que hubiere engaño de parte del cocontratante, o un pacto de espera.

- Ella supone una *justicia al caso particular*. JUSTINIANO señalaba que la acción podía ser justa en sí misma, pero dado que procedía de *ese* actor, en contra de *cierto* demandado, por esa razón fuese injusto su proceder contra quien se litiga particularmente³⁵. De esta manera, aunque se probasen los hechos que sirven de fundamento a la demanda y la acción, si el juez tiene, a su vez, por probados los hechos de la excepción, se determinaba la injusticia para el caso singular de la acción y correspondía no condenar al demandado (o limitarle la condena en su caso). Por ejemplo, en el caso de que se acordase un pacto de espera por la obligación de pago, el deudor sin negar el acuerdo, podía excepcionarse de pagar en dicho momento (*exceptio pacti*); o si una ley prohibía abusar de la inexperiencia de los menores de edad en los negocios, y alguien lo hacía, el negocio quedaba válido, pero al haber existido abuso, por la *exceptio* correspondiente, se le absolvía al menor de edad.

- Las excepciones podían ser expresas o no. Las excepciones estaban contempladas en el catálogo del edicto del pretor, por lo que en cierto sentido estaban tipificadas en él (*excepciones edictales*). Pero también podían tratarse de excepciones no tipificadas en el edicto, paradigmáticamente eran las *exceptiones in factum*, que eran concedidas o decretadas especialmente para el caso singular, y de acuerdo a las particularidades del mismo³⁶. La razón para obrar así era porque tomaba forma de remedio procesal, la consideración de que la práctica de las “regulaciones” no podía abarcar todos los casos, incluso el propio edicto, sino sólo los que ordinariamente acontecen, y teniendo el Derecho del pretor una función correctora del *Ius civile*, con mayor razón tenía una función correctora de su propia regulación para decretar la concesión de una *exceptio in factum* no prevista.

En parte, esta concepción procesalista se ha heredado en la tradición del Derecho Procesal en occidente, y, particularmente, en los derechos de cuño continental, siendo recogida en la idea de “excepciones”, para defenderse ante la demanda, y, a su vez, junto y

³³ Así, F. SCHULZ, *Ibíd.* y V. ARANGIO-RUIZ, *Instituciones de Derecho Romano* p. 147.

³⁴ Así, V. ARANGIO-RUIZ, *Instituciones de Derecho Romano*, p. 147.

³⁵ “(...) saepe enim accidit, ut, licet ipsa persecutio, qua actor experitur, iusta sit, tamen iniqua sit adversus eum, cum quo agitur.”. *Instituciones de Justiniano*, en *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, t. I, Lib. IV, tit. XIII.

³⁶ Así C. GÓMEZ BUENDÍA, quien agrega que esta excepción era redactada libremente por el pretor sin restricción formularia, agregando que en ella no encontraríamos, en el supuesto de hecho, elementos claros que permitieran establecer un paralelismo al tipo de la excepción edictal, de manera que la redacción quedaba librada a las particularidades del caso (*Exceptio Utilis en el Procedimiento Formulario del Derecho Romano*, pp. 72 a 76).

en alguna medida frente a las denominadas “simples defensas”, que implican la mera negación de los hechos afirmados por la demanda.

– Saltando muchos siglos después, ahora dentro del ámbito de la filosofía del Derecho, pero miradas las cosas desde un marco contextual similar, esto es, desde lo litigioso, H.L.A. HART discurre en *The Adscription of Responsibility and Right*, poniendo en boga en la filosofía jurídica el término “*defeasible*”³⁷ o en castellano “*derrotable*” (según uso más extendido), y comienza la tentativa de mejorar nuestra comprensión de la práctica teórica del Derecho, dirigiendo su mirada hacia los *conceptos jurídicos*³⁸, (para efectos de sostener otra tesis, la de la adscripción de acciones y responsabilidad, que en este ámbito no tocaremos). En efecto, HART busca generar una innovación en la filosofía del Derecho, por medio de traer a la teoría, la experiencia litigiosa de las *defensas* judiciales mediante *excepciones*³⁹, para llegar a la conclusión de que los conceptos jurídicos no pueden ser reducidos eficazmente a condiciones necesarias y suficientes.

En tal forma procesal, HART se aproxima a la noción:

“la defensa que sostiene que la pretensión enfrentada no puede tener éxito, debido a que aun cuando están dadas todas las circunstancias para que la misma progrese, existen otras circunstancias que ponen al caso bajo algún tipo de excepción reconocida, cuyo efecto es o bien derrotar en todas sus partes la pretensión o acusación, o “reducirla”, de modo que sólo una pretensión más débil resulte procedente.”⁴⁰.

Y agrega:

“Cuando el estudiante ha aprendido que en el Derecho inglés hay condiciones positivas requeridas para la existencia de un contrato válido, (...) su comprensión del concepto jurídico de un contrato es aún incompleta, y lo sigue siendo incluso si ha aprendido la técnica de interpretación (...) Pero estas condiciones, aunque necesarias, no siempre son suficientes y todavía tiene que aprender qué puede *derrotar* a una pretensión de que hay un contrato válido, a pesar de que todas estas condiciones estén satisfechas. El estudiante aún tiene que aprender qué puede seguir a la palabra “a menos que”, que debe acompañar al enunciado de estas condiciones. Esta característica de los conceptos jurídicos es una para la cual no existe una palabra en el inglés ordinario. Las palabras “condicional” y “negativo” tienen implicaciones erróneas, pero el derecho tiene una palabra que, con alguna hesitación, tomo prestada y extendiendo: ésta es la palabra “*derrotable*”, usada respecto de un derecho de propiedad que está sujeto a terminación o “*derrota*” en una

³⁷ Así H.L.A. HART “La Adscripción de Responsabilidad y Derechos”, p. 16, publicación original “The Adscription of Responsibility and Right”, pp. 171 a 194.

³⁸ Este texto ha sido bastante estudiado y su referencia a los conceptos, en especial entre nosotros, vid. F. ATRIA, “Las Circunstancias de la Derrotabilidad”, pp. 459 a 462; M.I. PAZOS, sostiene que puede distinguirse la derrotabilidad de conceptos, clásicamente ejemplificado en el contrato, y la de enunciados en el texto de HART (“Derrotabilidad sin Indeterminación”, pp. 441, 442, 450 y 451), y M.A. LEÓN UNTIVERO, “El Concepto de Derrotabilidad en H.L.A. Hart. Un Punto de Vista Lógico”.

³⁹ El mismo HART señaló que gracias a su experiencia litigiosa no habría llegado a ser un jurista ni preguntarse las cuestiones de filosofía del Derecho, J.R. de PÁRAMO, “Entrevista a Hart”, pp. 339 y 340.

⁴⁰ Así H.L.A. HART, “La Adscripción de Responsabilidad y Derechos”, p. 15; “The Adscription of Responsibility and Right”, pp. 174 (el influjo técnico romano es patente en este párrafo).

serie de contingencias diferentes, pero permanece intacto si tales contingencias no fructifican. En este sentido, entonces, el contrato es un concepto derrotable⁴¹.

El aporte de HART, entre otros, es vincular las excepciones con la derrotabilidad en el contexto de aplicación o adjudicación singular. Es así como se puede apreciar su reflexión acerca del concepto de contrato, señalando que las excepciones derrotan dicho concepto (o su referencia), en el dominio de casos singulares en que éste debía aplicarse. Entonces, surgen una serie de problemas tales como: ¿si se está dentro del dominio del concepto, cómo lo va a derrotar?, ¿qué consecuencias tienen para la configuración de los conceptos en términos refutativos?, ¿tiene consecuencias conceptuales para la existencia de la acción misma? o ¿si las tiene para la separación en las nociones de aplicación (potencial o actual)?, ¿cómo afecta a las operaciones de aplicación o adjudicación jurídica de consecuencias al caso?, etc.

En lo inmediato, aquí el pensamiento de HART está centrado en un problema teórico: cómo construir los conceptos jurídicos. De fondo, se puede encontrar una idea filosófica de renovación de nuestro marco conceptual de la semántica del lenguaje jurídico⁴², muy vigente en aquel momento, aunque más de trasfondo aún puede ubicarse todo esto en el “*aggiornamento*” del conocimiento general y jurídico a los nuevos paradigmas de la cosmovisión del siglo XX: entre el mundo determinista newtoniano, que era capaz de dar cuenta de las *condiciones necesarias y suficientes* de aquél; y el probabilista, cuyas leyes nos pueden hablar respecto de lo que ocurría en el mundo *normalmente*⁴³.

La conclusión a que pretende llevarnos es que el entendimiento de la actividad jurídica comprensiva acerca del Derecho, mediante la especificación de las “condiciones necesarias” y “siempre suficientes” de la “aplicación” de un concepto, es errónea⁴⁴. Porque aún queda por aprender una lista indefinida y heterogénea de excepciones o defensas, que vienen después del *a menos que* de la norma, y que no necesariamente dicen relación con el concepto mismo con que se trabaja.

Sin embargo, las defensas con que argumenta pueden tratarse de excepciones expresamente reconocidas o implícitas. Se trata de excepciones o defensas que el abogado puede optar para derrotar las pretensiones de su rival fundadas, por ejemplo, en un contrato. Lo que le importa a HART es el efecto de la excepción.

La *excepción* puede tener diversos efectos sobre la pretensión y consecuentemente sobre los conceptos jurídicos invocados, a saber: un efecto fuerte, la derrota de la pretensión,

⁴¹ H.L.A. HART, “The Adscription of Responsibility and Right”, pp. 174 y 175; “La Adscripción de Responsabilidad y Derechos”, p. 16.

⁴² Aquí HART expresó la deuda con un seminario de J.L. AUSTIN, en entrevista a D. SUGARMAN “Hart Interviewed: H.L.A. Hart in Conversation with David Sugarman”, p. 276.

⁴³ Como señalase HART: el no reconocimiento de los conceptos derrotables, importa “la expresión de una obstinada lealtad al persuasivo pero engañoso ideal lógico de que todos los conceptos deben ser definidos a través de una serie de condiciones necesarias y suficientes” (“La Adscripción de Responsabilidad y Derechos”, p. 19). Sobre el concepto de normalidad y probabilidad, y las anomalías como problemas cognoscitivos véase de I. HACKING, *La Domesticación del Azar. La Erosión del Determinismo y el Nacimiento de las Ciencias del Caos*, pp. 17 a 36, y 231 a 243.

⁴⁴ Así, H.L.A. HART, “La Adscripción de Responsabilidad y Derechos”, pp. 15, 22, y vid. nota 5 de la p. 16.

o un efecto más débil, como es la reducción de la pretensión, o implicando un resultado más débil⁴⁵, como, por ejemplo, que lo condenen a menos pena o indemnización. Así, señala:

a) En lo que nos interesa la derrota del concepto puede importar, la anulación del objeto jurídico, destruyendo totalmente la pretensión de que exista, por ejemplo, un contrato, de modo que resulta nulo *ab initio*;

b) otras, tienen un efecto más débil, resultando en una mera “anulabilidad” a elección de la parte interesada y hasta que esa opción sea ejercida el contrato permanece válido, de modo que los derechos pueden ser adquiridos por terceros interesados;

c) mientras que en otros casos el transcurso del tiempo extingue el derecho a iniciar acciones legales, pero de ninguna forma afecta la existencia del contrato.

Este enfoque HART lo lleva a la argumentación. Señala que la derrotabilidad de los conceptos ayuda a explicar, cómo los enunciados de hechos apoyan o refutan (en el caso de las excepciones) las conclusiones jurídicas en aplicación que son los “efectos jurídicos”⁴⁶. Las excepciones se pueden basar en la aceptación de los hechos de la acción, y mantener el concepto incólume, pero agregan nuevas circunstancias que desvían la consecuencia argumentativa del concepto en juego en un caso de aplicación. De esta manera, el juego de los hechos si bien pueden no tocar los conceptos de manera abstracta, afectan las condiciones de aplicación (su eficacia) para lograr el efecto jurídico concreto.

La conclusión de HART es que no podemos hablar de condiciones siempre suficientes, o asimilarse la existencia de una excepción a la falta de una condición necesaria⁴⁷, ya que ello implica la tarea de dar cuenta de todas las posibles y heterogéneas excepciones lo que parece no ser posible (por su infinitud), ser poco pertinente (precisamente por lo heterogéneo de ellas), y no adecuado al funcionamiento propio de las excepciones (pues las excepciones no parecen alterar los hechos base en que se pretende la aplicación de los conceptos).

Una consecuencia argumentativa de importancia es que la aplicación del Derecho y los conceptos jurídicos *no puede ser entendida de manera deductiva universalista sin más*, sino en el mejor de los casos en *aquellos más simples posibles*, donde no surjan cuestiones o sólo lo sean donde hay un acuerdo de que caen bajo alguna norma⁴⁸. Si esto es así, debemos considerar más bien las condiciones necesarias y suficientes en *casos simples*, al ser derrotables en aplicación por dicho listado de excepciones que siguen al “*a menos que*”⁴⁹.

Sin embargo, el propio HART, más tarde, parece centrar el problema de las excepciones en las normas jurídicas y relacionarlo más específicamente con la textura abierta (y no con cualquier excepción no escrita). Discutiendo con el escéptico de las reglas o normas la propia existencia de las mismas en relación con las excepciones:

⁴⁵ Así, H.L.A. HART, “La Adscripción de Responsabilidad y Derechos”, p. 15, también ver la interpretación y distinción entre *defensas fuertes y débiles* de G. PITCHER, “Hart on Action and Responsibility”, p. 231.

⁴⁶ Así H.L.A. HART, “La Adscripción de Responsabilidad y Derechos”, p. 21.

⁴⁷ Así H.L.A. HART, “La Adscripción de Responsabilidad y Derechos”, p. 23.

⁴⁸ *Ibíd.*, y aún así considera que no puede ser deductiva ya que siempre que haya normas de por medio, como premisa mayor, no puede haber deducción, en tanto no están sujetas a verdadero o falso.

⁴⁹ *Ibíd.*

La concepción del escéptico sobre lo que es la existencia de una regla puede consistir en un ideal inalcanzable, y cuando descubre que lo que llamamos reglas no realiza ese ideal... Así el hecho de que las reglas que, según los jueces, los obligan al decidir un caso, tienen una textura abierta, o presentan excepciones que no son exhaustivamente especificables de antemano... son invocados... a la posición del escéptico...”

y agrega:

“Del hecho de que tales reglas tengan excepciones no susceptibles de un enunciado exhaustivo, no se sigue que en todos los supuestos quedan librados a nuestra discreción y que nunca nos hallamos obligados a cumplir una promesa. Una regla que concluye con la expresión ‘a menos que...’ sigue siendo una regla”⁵⁰.

Aquí HART, además, da un paso importante, pues liga la excepción implícita, bajo la cláusula “a menos que”, a un origen o causa: la textura abierta. Esta última la refiere a la falta de conocimiento sobre la evolución de nuestras circunstancias que provoca la indeterminación aplicativa de las normas, y que permite o habilita la entrada de una excepción implícita, vía “a menos que”. La limitación humana sobre nuestra falta de conocimiento sobre eventos futuros se proyecta en dos subclases de problemas: uno de **raigambre natural** (i) y otro con **ribetes axiológicos** (ii). “El primero es nuestra relativa ignorancia de los hechos; el segundo nuestra relativa indeterminación de propósitos” en relación con las nuevas circunstancias que puedan suscitarse y que producen una incompatibilidad en esos casos⁵¹, y que nos arrastra a excepcionar las reglas que concretan uno de nuestros propósitos. El ejemplo clásico es el de la norma que prohíbe la entrada de vehículos al parque, pero éste puede entrar en colisión con una disposición de rendir homenaje a los soldados de alguna guerra, incorporando al parque un tanque como monumento. Luego, la norma que prohíbe la entrada de vehículos se ve limitada, a menos que se quiera hacer homenaje a los soldados con un tanque en el parque. Entonces, ahora parece explicitar un lazo de derrotabilidad en la relación de: norma, caso singular y propósitos legislativos.

– Pero las excepciones implícitas contienen algo más que el mero problema normativo y conceptual, uno *argumentativo*. En efecto, N. MACCORMICK da un paso más allá, y concibe en términos *dialécticos* la *defeasability*. Pueden tratarse de excepciones implícitas o explícitas respecto de ciertas pretensiones o reclamos jurídicos que tenga cierta persona respecto de otra. Por ello es que el traductor de “*Retórica y Estado de Derecho*” — con la venía M. ATIENZA⁵²— la trata como “rebatibilidad” o de lo “rebatible”⁵³, muy en la línea de discusión retórica. La cuestión con ello es que se introducen una serie de figuras y conceptos de diverso cariz no sólo las excepciones explícitas e implícitas de todo tipo, sino también de problemas de alcance de los valores jurídicos tras las normas jurídicas que por especialidad y no por excepción se oponen a la solución que se reclama. En el fondo, su tratamiento se mantiene como demasiado general.

⁵⁰ H.L.A. HART, *El Concepto de Derecho*, p. 173.

⁵¹ H.L.A. HART, *El Concepto de Derecho*, pp. 156 a 161.

⁵² M. ATIENZA, “Prólogo”, al libro *Retórica y Estado de Derecho*, de N. MacCormick, p. 10.

⁵³ J.A. GASCÓN traduce el capítulo de lo “*defeasible*” como “Argumentación Rebatible”, N. MACCORMICK, *Retórica y Estado de Derecho*, pp. 393 a 418.

No obstante, MACCORMICK, en parte, logra dar en el blanco de sus observaciones, en lo que nos importa:

Las excepciones [implícitas] vienen a ser formuladas cuando eventos particulares en cuestión, ponen en operación algún valor o principio jurídicos de importancia suficiente para anular la presunta suficiencia de las condiciones establecidas expresamente como condiciones para la investidura del derecho. La especial situación activa algún factor del contexto que excepcionalmente vicia la investidura de un derecho, cuya investidura, de otra manera, no debería ser problemática. El enunciado general del derecho es adecuado si estipula lo que es necesario y suficiente para establecer el derecho en el curso común de los casos...⁵⁴.

Si miramos el problema, como sugiere MACCORMICK, podemos entender que derrotabilidad y la derrota misma tienen sentido en un contexto argumentativo, en que precisamente un argumento derrota a otro. Lo que parece propio del contexto de la retórica que pretende mostrar MACCORMICK⁵⁵. Mientras que las excepciones, se encuentran en la misma línea de cuando hablamos de las antinomias, esto es, de ciertas normas que hacen excepción a otras, ya que podemos enfocar el mismo problema desde el punto de vista de la norma jurídica y su fuerza vinculante en el contexto de aplicación: la norma tenía un dominio de casos y fue excepcionada de su dominio por otra consideración de carácter jurídico. Es por ello que RAZ señala que las excepciones pertenecen a la “lógica” de las reglas y no serían aplicables a las razones (no pueden usarse para mostrar que las razones no puedan estar en conflicto). “De hecho, hay excepciones a las reglas precisamente cuando hay razones que están en conflicto”⁵⁶.

– Entonces, los propósitos y los principios comienzan aparecen en la escena de la derrotabilidad como los insumos o instrumentos con los cuales se procede a la derrota de las normas o reglas jurídicas en el caso singular. Sin embargo, concebir esto implica preguntarse por el estatus propio de las normas jurídicas para que sean susceptibles de la derrota, en el marco de un determinado sistema jurídico. En parte cómo se conciba ese estatus implicará determinar cómo se procede a la derrota de la norma, y cuál es el papel y ubicación de los principios en ese marco ¿Poseen el mismo estatus?, ¿si es un mero valor cómo llegaron a influir sobre la norma?, ¿qué estatus le da ello para configurar a la derrotabilidad?, ¿cómo se configura un sistema jurídico que permite la derrotabilidad o hay sensibilidad en la relación derrotabilidad y sistema jurídico? Todas ellas son condiciones de posibilidad que vienen a ser el presupuesto de configuración de la específica forma que toma la derrotabilidad en un sistema jurídico.

⁵⁴ N. MACCORMICK, “Arguing Defeasibly”, p. 244, “Argumentación Rebatible”, p. 404.

⁵⁵ N. MACCORMICK: “El tema principal de este libro es el examen de los tipos de argumentación y razonamiento que son persuasivos en lugar de demostrativos.” (“Argumentación Rebatible”, p. 394).

⁵⁶ J. RAZ, “Postscriptum a la Segunda Edición: Una Reconsideración a las Razones Excluyentes”, pp. 232 y 233.

1.3. Marco Histórico y Presupuestos Diacrónicos a la Derrotabilidad. Configuración del Sistema Político-Jurídico y la Noción de Norma Jurídica

1.3.1. ¿Es posible hablar conceptualmente de la derrotabilidad en todo contexto?

Es un asunto no claro si la derrotabilidad pertenece a todo sistema, o si es una característica de algunas normas o reglas frente a otras que no lo son. La respuesta a este problema, en parte adelantado, tiene que ver con su enfoque desde las perspectivas sincrónica y diacrónica, porque una respuesta nos la ofrecerá la perspectiva sincrónica, que da por supuesto que exista, pero que nos entrega diversas miradas de la misma, y otra perspectiva evolutiva la entrega la diacrónica.

1.3.1.1. Perspectiva sincrónica

Desde el contexto sincrónico, la derrotabilidad o posibilidad de la derrota de una norma puede ser comprendida u observada desde diversos puntos de vista.

A) Como proceso o como resultado:

A.1. La derrotabilidad como proceso. En esta perspectiva la derrotabilidad es vista como una operación, es decir, como un mecanismo de producción de una acción. Cuando la enfocamos en esta perspectiva, se examinan las condiciones, pasos y la operatoria del mecanismo que lleva a conducirnos a excepcionar una norma jurídica en el contexto de aplicación. Aquí se revisa el razonamiento propio del contexto de aplicación, con las razones subyacentes de la normativa, el conflicto de razones, las relaciones de las circunstancias singulares del caso con dichas razones, etc.

A.2. La derrotabilidad como resultado o producto. En ésta se apunta al resultado final del proceso: la *excepción implícita* a la norma. La acción es la *derrota* de la norma jurídica en el contexto de aplicación que sin perder validez general, es decir, sin ser anulada, pierde fuerza obligatoria o vinculante en el caso, es decir, pierde la validez en el contexto particular, resultando desplazada de su dominio de casos, construido en razón de su propio texto. Dado que la derrota se produce en el contexto de aplicación, lo que se analiza es la afectación del dominio de casos singulares —elemento propio de este contexto—, por una razón de principio del sistema jurídico, de cualquier orden de ideas generales, como la buena fe, el *nemo auditur*, la autonomía de la voluntad, etc.

B) Desde el punto de vista del creador del derecho y del destinatario:

B.1. Desde el punto de vista del creador del Derecho, un *deus ex machina* o ingeniero social que controla la producción general del Derecho, siempre hay, en principio, la opción de derrotabilidad como proceso y como resultado. Cuando razonamos en esta perspectiva siempre existirá el mecanismo para producir la derrotabilidad y el resultado de desplazar a

la norma jurídica válida de su dominio de validez de casos singulares, por parte de una resolución judicial sobre la base de un principio o valor del sistema (o incluso extrasistema).

Lo importante en este punto es que el resultado del dispositivo va a pasar a calificarse, por razones de racionalidad práctica como legítimo o ilegítimo. Pero esta calificación en esta perspectiva, se trata de una calificación de clase, es decir, a la clase de derrotas o excepciones implícitas. Esta calificación en esta perspectiva o plano de trabajo está dirigida para el siguiente plano o perspectiva, a efectos de que tenga una eficacia constitutiva acerca de este aparato.

B.2. Desde la perspectiva del destinatario del Derecho. Hay derrotabilidad como proceso, es decir, puede constatarse que existe el mecanismo, pero es contingente que exista o sea válido como resultado.

Desde el punto de vista del resultado, lo obrado en el plano anterior, sobre la legitimidad o ilegitimidad de la clase de la derrotabilidad, afecta interpretativamente los resultados de este plano de los destinatarios del siguiente modo:

i) Si se constata que la clase de aparato se le considera legítimo en general, en el sistema del Derecho, entonces el resultado final se entenderá como una derrota de la norma jurídica a nivel de aplicación. La norma se mantendrá válida o se considerará en general, pero perderá fuerza vinculante para el caso singular. Es por ello que, además, reservamos el término “derrota” para significar el desplazamiento de la norma jurídica del caso singular, cuya semántica abarcaba en principio dicho caso, y reservamos el término anulación o nulidad o invalidez cuando ello ocurre a nivel general.

ii) Si se determina que la clase de aparato previamente descrito es considerado ilegítimo en general en el sistema, ello se traduce en que la resolución judicial ha infraccionado la legislación, la norma jurídica, que tiene dominio sobre el caso singular. Esto es lo que se encuentra de trasfondo al tratarlas de decisiones *contra legem*. No se ha producido una excepción ni derrota, sino que se ha violado la ley (la norma jurídica), se ha desobedecido jurídicamente el sistema por parte de la resolución judicial, y queda como un acto injusto e ilegítimo. El tratamiento específico dependerá de los recursos que le disponga el sistema, y si es en última instancia, quedará como cualquier sentencia que desconoce el Derecho vigente.

Es por aquello que, como se señaló en el apartado B.1, la decisión que se tomó en dicho plano se realizó para tener un efecto constitutivo en este otro plano B.2 del destinatario. Y es constitutivo en términos interpretativo institucionales: no se configura la excepción sino que para el sistema queda como un acto de *no acatamiento* del Derecho, es decir, de no reconocerle su estatus.

La razón de trasfondo, es porque el aparato se encuentra dentro o fuera de la racionalidad práctica y las decisiones institucionales del más alto nivel, de las cuales el destinatario carece de control.

Desde el punto de vista del destinatario del Derecho, si este esquema es correcto, entonces la derrotabilidad normativa no es resultado institucional que pertenezca o que sea parte de todo sistema jurídico, sino sólo del que ha sido reconocido como legítimo, en la instancia del plano *B.1*, y dependerá de la racionalidad práctica del sistema.

Además, estas razones prácticas al estar fuera del control del destinatario deberá reconstruirlas con un discurso teórico-práctico, es decir, teniendo a dichas consideraciones como lenguaje objeto, y no como parte del metalenguaje del destinatario. Lo que implica que la adecuada conceptualización del aparato jurídico, requerirá incorporar las razones prácticas del mismo (valores y principios), y no de forma excluyente de ellas para efectos de realizar una adecuada reconstrucción del sistema jurídico.

En cuanto al modelo, para que existan excepciones implícitas de nivel de aplicación, en un sistema como el del Derecho Codificado, esto es, con normas formales que implican una consideración de cierta autonomía existencial de las mismas, puede distinguirse lo siguiente:

a) Respecto del modelo de Derecho, puede tratarse de un modelo de normas o reglas en exclusiva, o un modelo compuesto de reglas o normas y principios explícitos o subyacentes, entre otras cosas.

b) Respecto de la noción de reglas, ellas pueden ser de cuatro tipos: una es la noción sumaria; la norma formalista; la regla translúcida; y la regla fragmento.

Tomando en consideración aquello, se requieren dos cosas para que haya derrotabilidad por excepciones implícitas: b) un modelo acerca de las reglas, que implique al menos cierta translucidez de las razones subyacentes a las normas desde la perspectiva de aplicación; a) un modelo de sistema jurídico, que implique la existencia de principios y valores conjuntamente con las normas jurídicas en el Derecho, con las cuales puedan interactuar de manera de excepcionar, como veremos más adelante.

1.3.1.2. Una mirada diacrónica

Contemporáneamente, la derrotabilidad es una respuesta de ciertas doctrinas de filosofía del Derecho, a ciertos problemas que origina el modelo del legalismo formalista⁵⁷. Es una respuesta desde la racionalidad práctica que se enfrenta a otra posición de racionalidad práctica, y que ha ido configurando el sistema institucional del Derecho, tanto en sus concepciones teóricas como del razonamiento. Pero en el origen de los problemas de la racionalidad práctica se encuentra la propia derrotabilidad en otro contexto, unida a otros problemas sociales, a los cuales el modelo del legalismo formalista pretendió responder.

Entonces, y para simplificar las cosas la derrotabilidad involucra el enfrentamiento filosófico de modos de concebir el Derecho, y, en particular, las normas jurídicas y el mecanismo de aplicación: el modelo del legalismo formalista y el modelo de la jurisprudencia de intereses. Y entre medio de la disputa se encuentran las excepciones

⁵⁷ Una descripción más fiel de la praxis filosófica es que concurren o coinciden en este choque de modos, diversas doctrinas filosóficas del Derecho, y de la filosofía política. Es así que de un lado, de la jurisprudencia de intereses, concurren positivistas analíticos, positivistas éticos, *ius* naturalistas analíticos, *ius* moralistas, y del otro del legalismo formalista, concurren filósofos *ius* naturalistas racionalistas, escuela de la exégesis, románticos de la escuela histórica, jurisprudencia de conceptos.

implícitas, las cuales aparecen y desaparecen de la escena. El teatro de la confrontación es la racionalidad práctica donde se encuentra la batalla de los dos modos que ha ido configurando la noción de la derrotabilidad. Las razones prácticas han sido las armas de lucha.

La confrontación de la racionalidad práctica aparece de dos actos, pero, en verdad, se ha desarrollado en tres, uno de los cuales, el primero, se encuentra en otra época muy lejana en la cual hunde sus raíces profundamente la derrotabilidad de las excepciones implícitas.

Como ha dicho O.W. HOLMES, “la vida del Derecho no ha sido lógica: ha sido experiencia”⁵⁸. En este sentido, la mirada de posibilidad conceptual sincrónica de la derrotabilidad ha impedido observar la posibilidad conceptual misma en la forma en que se ha concretado en los contextos de los sistemas jurídicos, muy especialmente, si es un problema sistémico universal o un rasgo intrínseco de las normas.

Los filósofos del Derecho han sostenido, a veces, que el problema de la derrotabilidad deviene de la forma en que se configuran las normas jurídicas (con un implícito “a menos que”), o, en otras, achacando al sistema jurídico, entendido como uno normativo o de prácticas, la producción de la derrotabilidad⁵⁹. Esto nos da pie para revisar en una perspectiva diacrónica el contexto del sistema jurídico (en particular, de nuestro sistema jurídico Codificado, que es la clase de sistema que nos rige en América Latina y Europa continental), para que nos dé un marco situacional y teórico de dónde se ubique el problema de la derrotabilidad.

Dicho contexto histórico pretendo que lo revisemos desde una perspectiva jurídica y filosófica, de manera que podamos interpretar adecuadamente el trasfondo de los movimientos, cuáles son las razones que acompañan el diseño del sistema, y la ubicación de esta figura de la derrotabilidad. Su examen nos ha de mostrar la tensión interna de razones pragmáticas subyacentes que configuran el sistema y que tensiona el acogimiento de la derrotabilidad: entre seguridad jurídica y un principio democrático, cuando corresponda, por un lado y las razones de justicia, por otro; ambas reclamando para sí, la mejor forma de realizar la racionalidad evaluada en sus consecuencias. Esto dará pie para mostrar que, además, la derrotabilidad no es una figura de vigencia universal, esto es, que en todo momento haya sido aceptada por los agentes superiores del sistema: el derrotero particular de las excepciones implícitas podría reflejarse en su uso y abuso, de prohibición, aceptación y restricción. A la vez, mostrará que es una figura de discutida legitimación.

Esta perspectiva diacrónica quiero combinarla con el modelo epistemológico dinámico de conocimiento de POPPER, de ensayo y error, que nos ayudará a entender la forja conceptual de las nociones detrás de la derrotabilidad como son de norma, sistema normativo codificado, interpretación y aplicación, y la propia derrotabilidad. Esto me permitirá ver las cosas desde una óptica sistémica institucional, y el encuadre de nuestra figura en estudio.

⁵⁸ O.W. HOLMES, *The Common Law*, p. 17.

⁵⁹ Vid., por ejemplo, F. ATRIA, “Las Circunstancias de la Derrotabilidad”, pp. 457 y ss. J.C. BAYÓN, “Derrotabilidad, Indeterminación del Derecho y Positivismo Jurídico”, p. 104.

En esta línea, sostengo que la discusión teórico-práctica no escapa a la manera del esquema de cuatro fases del conocimiento⁶⁰:

- (i) problema, P_1 ;
- (ii) intentos de solución;
- (iii) eliminación crítica; y
- (iv) nuevos problemas, P_2 precisamente para atacar e intentar acabar con un problema previo.

La razón del punto de partida parece ser orientativo. Para los filósofos griegos, el problema era el origen de la admiración —nos recuerda POPPER—, lo que puede tener mucho sentido desde el punto de vista de la razón teórica, pero también puede ser de la sensación de repulsa que nos lleva a enfrentar el problema, desde el punto de vista de la razón práctica, como en el caso de las injusticias.

Sea como fuere, muchas veces no sabemos cómo es que estamos metidos en un problema, como el actual, que parece haber devenido de la nada. Sucede que cuando el intelecto humano obtiene una “solución”, lo hace precisamente para salvar un problema, pero *no sabemos* si el recurso para solucionarlo va a ser mejor o peor, sin perjuicio de que *pretendemos* que sea para bien. Esto refleja la seguidilla de problemas, a la manera en que hace lo propio el debate: nuestras teorías son respuestas a los problemas que se tienen delante, problemas que pueden ser concretos o teóricos, a los cuales les pretendemos dar la mejor respuesta. En cierto sentido, enfrentarnos a un problema es comparable a atacar un incendio. A veces, nuestros medios de ensayo son como ahogar el fuego con más fuego para quitarle combustión. El problema se produce cuando uno de los dos fuegos se descontrola, puesto que nosotros estamos en medio de aquella vorágine. Lo adecuado, el punto de equilibrio, es sólo una medida de solución incierta a que apuntamos con tal esperanza. En términos racionalista críticos, usualmente la solución de un problema genera otros problemas que debemos controlar. De esta manera, la seguidilla de problemas y de soluciones nos muestra el derrotero de la discusión, de qué o de dónde estamos escapando, dónde nos encontramos y las diversas opciones de salida (las cuales por nuestra falibilidad tampoco sabemos cuál será la correcta o si la hay); da una comprensión del problema y de los ensayos. Sin embargo, el propio racionalismo crítico nos recuerda una advertencia, en razón de nuestra falibilidad humana nunca sabemos si la solución es para mejor, y por ello la discusión no es dialéctica, sino que a veces puede ser pendular y a veces retroceder, y es una discusión de nunca acabar en términos epistemológicos.

Incluso para ser un buen empirista, las propias teorías superadas en la historia pueden servir para ilustrar nuevos problemas teóricos. Precisamente porque los hechos son mirados,

⁶⁰ Como señala K. POPPER, el conocimiento, las ciencias, “como ya advirtieron los filósofos griegos parten del problema, de la admiración por algo, que en sí mismo puede ser algo cotidiano, pero que para el pensador científico se convierte en admiración, en problema. Mi tesis es que todo desarrollo científico sólo puede entenderse admitiendo que su punto de partida es un problema o una situación problemática, es decir, el surgimiento de un problema en una situación determinada de nuestros saber total... sin problema, ninguna observación. Si les pido: ‘¡Por favor, observen!’”, deberían preguntarme... ‘Sí ¿pero qué? ¿Qué debo observar?’”. Más adelante agrega que los problemas pueden ser de dos tipos, de naturaleza práctica (los precientíficos y científicos primarios), y teóricos (esto es, incorporados o generados por las teorías). POPPER, “La Teoría de la Ciencia desde un Punto de Vista Teórico-Evolutivo y Lógico”, pp. 18 y ss. y 30 y ss.

esto es, contruidos, desde la teoría. Y la teoría funciona como antiparras para observar la realidad, de tal manera que diferentes formas de antiparras nos permitirán ver nuevas circunstancias o consideraciones, a la luz de las otras de aberturas de éstas que nos permitan las otras formas teóricas.

De acuerdo a lo expuesto, podemos intuir que un problema no es necesariamente un hecho bruto que precisamente nos sea problemático. Se trata también de un *diagnóstico*, esto es, un análisis y evaluación de lo que se trata la situación y de porqué ésta es un problema. Ello porque un estado de cosas *E* para algunos no es un problema, y se puede tener una actitud indiferente, sea porque no le es pertinente, porque le es beneficioso, porque es un asunto solucionado, mientras que para otros sí puede verse como problemático. La pregunta es ¿por qué puede ser de esta manera? La respuesta involucra una serie de presupuestos de diverso orden que nos llevan a evaluar *E* como problemática desde mi situación. Por ejemplo, si pensamos en las figuras de ciertas piedras, como los fósiles, para alguien que no cree en la teoría de la evolución, ellas no pasan de ser sólo figuras curiosas, mientras que para un evolucionista sí tiene pleno sentido una nueva de dichas figuras. La pregunta del problema nace sólo en ciertos marcos. Por otra, ciertas situaciones históricas de abuso, sólo fueron problemas para los abusados, no para los privilegiados. Esto implica una perspectiva evaluativa en ella. Pero, además, el estado de cosas tiene diversos rasgos que pueden ser alguno de ellos el que origina el problema, lo que implica una actitud analítica respecto de la determinación del problema. Esto constituye una dimensión teórica del problema. Con lo que podemos decir que la constitución del problema es de doble perspectiva: en bruto o preteórica y teórica propiamente tal.

1.3.1.2.1. El programa del formalismo jurídico, en la versión del modelo de las normas, y del concepto de reglas como norma

Este programa del formalismo refiere a dos niveles: *a)* al del Derecho, en cuanto a que éste es un sistema constituido únicamente por normas jurídicas (en su versión más prístina, por leyes) —se trata, del *modelo de las normas*; y *b)* al de la noción de la regla en particular, en orden a que ella constituye una norma, en tanto constitutiva o definitoria de criterios de medición de conductas, sin otra consideración —se trata del *concepto de la norma formal*.

Desde su versión prístina de *legalismo normativista*, esto es, la versión de que el Derecho se constituye por leyes únicamente, y que las leyes son normas, el programa viene originado desde las ideas del pensamiento ilustrado de la época moderna, y es una pieza vital en una enorme *reforma social* donde fueron activos partícipes los filósofos ilustrados.

Curiosamente se le ha atacado a este modelo de que ignora los problemas de la racionalidad práctica. Sin embargo, el problema fundamental de racionalidad práctica de aquél era y es la falta de seguridad de las personas y cómo garantizarla (cómo hacerla posible), primariamente, en relación con la desigualdad de base entre las personas, y, luego, la falta de consideración a la autonomía moral de las mismas y cómo garantizarla. Ello se presenta, precisamente, frente a los abusos concretos que la sociedad estamentaria, del régimen feudal y del antiguo régimen, causaban a la mayoría de las personas. Esto se daba en el contexto de un Derecho antilibertario y antiguitario, concebido de forma moral o

ética, bajo la concepción de la práctica, y en un marco argumentativo centrado en el caso de aplicación. Precisamente, en el centro de estos problemas se encontraban las excepciones implícitas.

En el ámbito de lo jurídico, si bien los problemas eran múltiples —referidos al origen del Derecho, a la forma y contenido del mismo, a la interpretación y aplicación, a la forma de razonamiento—, para nuestro objeto de estudio el problema más próximo será el relativo a la *aplicación* y su razonamiento, que daban lugar a *arbitrariedades* (expresión de los abusos de la sociedad). Desde el punto de vista de la forma del Derecho, se expresaba en relación con la pluralidad de fuentes a las cuales se podía echar mano para resolver un caso.

Justamente uno de dichos problemas de aplicación eran las excepciones implícitas, junto a diversos otros aparatos o piezas del Derecho, de aplicación o que redundaban en un problema de aplicación. Todo lo cual, además, traía como consecuencia una pérdida de eficacia de las normas jurídicas, en particular, de las leyes.

Uno de los mejores diagnósticos del problema se puede encontrar en un viejo texto ilustrado de uno de los patriarcas de la Codificación italiana, el influyente L.A. MURATORI, quien diagnosticaba —unos años antes de *El Espíritu de las Leyes*—, en 1742, los defectos o problemas de la jurisprudencia y la judicatura en relación con nuestro aparato de las excepciones implícitas.

Parte de la base de encontrarnos en una materia, la jurídica, de tipo conjeturable, y de verdad dudosa, lo que había suscitado infinitas cuestiones que pasa a revisar⁶¹. En este sentido parece encontrarse a medio camino entre la certeza del mundo ilustrado y el argumentativo mundo bajo medieval y renacentista⁶².

La observación primaria refiere a la limitación cognoscitiva e imaginativa de los seres humanos y de sus productos, las leyes, para proveer y disponer sobre todos los casos jurídicos posibles, y cómo afecta ello a la tranquilidad de los ciudadanos en relación con los pleitos que origina. Un viejo tópico de la filosofía clásica de PLATÓN y ARISTÓTELES⁶³. Se trata de un argumento clave para las excepciones implícitas —a falta de una decisión convencional en contrario, sugerida por la razón práctica—, porque permite abrir un vano en la muralla de juridicidad de las reglas para dejar y constatar, a la vez, un vacío o espacio que permita la intervención de ciertos agentes en los casos de aplicación y que admitan ciertas maniobras.

“El segundo defecto intrínseco nace del ser de tales leyes, que no proveen, ni pueden proveer para todos los casos, que pueden ser muchísimos, por no decir infinitos. De aquí han tenido origen tantas excepciones y limitaciones aplicadas por los Jurisconsultos a no pocas leyes, y deducidas de otras leyes, o bien de los principios de la llamada o supuesta recta razón, según los cuales parece que el Legislador en ciertos, y de estos muchísimos,

⁶¹ L.A. MURATORI, *Dei Defetti della Giurisprudenza*, p. 2, hay traducción castellana, *Defectos de la Jurisprudencia*, p. 4 (me separo de ésta cuando no sea correcta).

⁶² Vid. S. TOULMIN, *Cosmópolis. El Trasfondo de la Modernidad*, pp. 110 y ss.

⁶³ Vid. el completo estudio de J. LALANNE, en particular, las variaciones del propio PLATÓN, en su “¿Gobierno de la Ley o el Gobierno de los Hombres. El Problema en Platón y Aristóteles?”, pp. 296 a 302, especialmente.

casos no haya podido o querido prohibir o mandar alguna cosa. Es cierto que Justiniano con todo su cuerpo de leyes no proveyó para todos los innumerables casos que pueden suceder. Y aun cuando una ley fuese clarísima y precisa acerca de alguna acción, sin embargo, muchas veces no pueden los Legisladores preveer, ni tener a la vista el concurso de varias circunstancias, por las cuales puede devenir otro aspecto, ya sea para bien o para mal, de la misma cosa, o bien mandada o prohibida. Pero aquí hay un semillero de otras disputas y litigios, con que pretenderán unos que aquella tal acción, aunque revestida de aquellas circunstancias, se comprenda bajo la determinación de esta o de aquella otra ley, y negándolo los otros, con mutuo combate de razones.”⁶⁴. (...)

A primera vista, parece estar hablando de que pueden surgir problemas de interpretación por falta de claridad de las leyes, para efectos de su aplicación. Pero no, agrega el supuesto de que la ley sea clarísima en su redacción, lo que no daría lugar a dudas interpretativas, y, además, incluye el supuesto de que la ley sea *precisa*, por lo que tampoco debiese generar problemas o dudas de aplicación de la norma. Lo que está hablando aquí, es que hay algo en el caso singular, ciertas circunstancias, que tienen la capacidad de ocasionar un cambio al aspecto de la prohibición o el mandato, de manera que el mandato o prohibición no se adecúen al caso de alguna manera. En el fondo, se trata de que el razonamiento de aplicación en el caso tiene el poder de anclar o desanclar ciertas leyes, que en principio parecían por la claridad y precisión de su texto que abarcaban un caso singular *c* dentro de su dominio particular. Su diagnóstico es que ello ocurre *no obstante la claridad y precisión* de la ley aplicable al caso; sino ella ni siquiera sería aplicable *prima facie*. Pero esas mismas circunstancias especiales, al permitir el desanclar una norma clara y precisa, generaban ciertas excepciones y limitaciones a dicha norma *N*.

¿De dónde viene este desanclaje? Para MURATORI ello tiene un sustrato fáctico: las circunstancias del caso; y un sustrato jurídico: los principios de la recta razón u otras leyes. Asentados bajo el presupuesto de clásico de la limitación cognoscitiva de los legisladores.

El desanclaje de las leyes se identifica, al menos parcialmente, con las excepciones y limitaciones. Ellas implican ciertas *soluciones* jurídicas que en principio recaen sobre un cierto caso o problema, pero que no parecen adecuadas a dicho caso, sea respecto de sí misma (que podría exigir una limitación de la solución regular), o que implican incompatibles respecto de aquél, sea porque una solución dispone *A* para el caso y otra implica *no A* (que podría hacerlo respecto de una excepción).

La *limitación* podía tener un doble sentido. El primero se discutía ya en la *Retórica a Herenio*, respecto del aparente desacuerdo entre: la voluntad del legislador y el texto de la ley. Se lo ejemplifica por el caso de quien reclamó la carga de una nave, en virtud de la ley que premia a quien se queda en el barco, en caso de peligro de naufragio, al ser el único que se quedó en ésta; empero reclamado por el dueño de la carga, que la causa de su permanencia habría sido exclusivamente el que se encontraba enfermo y su estado le impidió hacer abandono de la nave, siendo que la ley más bien premiaría al que se queda para salvar el navío⁶⁵. La intención de la ley más adecuada al caso se impone en éste a su

⁶⁴ L.A. MURATORI, *Dei Defetti della Giurisprudenza*, pp. 20 y 21; *Defectos de la Jurisprudencia*, p. 15.

⁶⁵ Cfr. Anónimo, *Retórica a Herenio*, pp. 89 y 90. Vid. posteriormente S. VON PUFENDORF y HEINECIO, en la misma línea, harán famoso el caso del barbero de Bolonia, que para salvar a una persona que sufría de

sentido literal. Lo que puede implicar dos formas de enfrentarlo: mediante una reinterpretación restrictiva de acuerdo a la intención, o mediante la alegación directa de la intención de la ley. La segunda opción, podía tratarse de un caso excepcional que puede ser reconvertido interpretativamente en una condición de la ley. J. DOMAT señala que no obstante la ley fuese clara en su sentido, igualmente da lugar a consecuencias falsas e injustas, respecto de casos comprendidos en la letra misma de la ley. Luego, la evidencia de la injusticia que se seguiría de su sentido, obliga a reinterpretar la ley en busca de su sentido real. Como por ejemplo, cuando la ley obliga sin más a restituir lo depositado a quien lo ha confiado; lo que es lo correcto. Pero si el dueño del dinero depositado cae en locura, sería una injusticia, dice DOMAT, devolvérselo al loco. Hay un principio o regla de equidad que lo impide, e implica una reinterpretación y modificación de la ley para introducir este requisito de equidad⁶⁶.

La forma jurídica en que se concrete la *excepción* puede ser diversa, de acuerdo a la fuente que excepciona a la ley. En efecto, MURATORI distingue correctamente dos formas jurídicas que provocan la excepción: otras *leyes* o los *principios* a título de recta razón. En el caso del choque de soluciones incompatibles entre sí para el caso, la excepción puede provocarse:

a) Porque el contenido regulativo de una ley, choca con el propio de otra ley, de manera parcial, pero de modo particular. Desde el punto de vista de su contenido, dado que el supuesto es que las leyes son claras en su texto y precisas en su dominio de casos de aplicación (lo que presupone que su dominio es distinto *prima facie*), las normas no chocan a simple vista, sino que el choque se “descubre” en el caso de referencia. Ésa es una de las razones por las cuales se produce una excepción implícita. Se trata de un problema cognoscitivo.

b) Porque algo en la ley choca con un principio de la recta razón, cuando son llevados al contexto de aplicación de los casos singulares. Lo que afecta incluso a las leyes claras y precisas. Los principios de la recta razón son principios de la racionalidad práctica que entran en conflicto con las leyes en los casos singulares de aplicación de la ley⁶⁷. Precisamente son estas razones las que entran conflicto en el caso singular.

Este defecto se encuentra interrelacionado con los jueces en un caso de aplicación:

“El cuarto defecto proviene de los entendimientos de los Jueces... sin embargo de que tenemos ideas generales de lo justo, y de lo injusto, nos hallamos perplejos cuando se trata

hemiplejía, procede a hacerle un sangramiento en la calle, estando prohibido y castigado con pena de muerte de acuerdo a la ley de la ciudad, para todo aquel que derramase sangre en la vía pública. La razón de la ley era la seguridad pública, la cual no se vio turbada por la picadura de la vena, por más que estuviere comprendido en las palabras de la ley (J. HEINECIO, *Recitaciones de Derecho Civil*, t. I, lib. 1, tit. 1, § 28, p. 87).

⁶⁶ J. DOMAT, *Las Leyes Civiles en su Orden Natural*, pp. 86. Este impedimento que es uno de los efectos de las excepciones, un siglo más tarde, lo reconstruirá J. BENTHAM, en el sentido de que las excepciones siempre pueden reconvertirse interpretativamente en condiciones positivas de las leyes o normas (*Of Laws in General*, pp. 113 y 114).

⁶⁷ Esto parece ser lo que doscientos años más tarde H.L.A. HART identificó como vaguedad de propósito, (Cfr. *El Concepto de Derecho*, pp. 160 y 161, muy especialmente de la interpretación de F. ATRIA, “H.L.A. Hart y la Textura Abierta del Derecho”, pp. 387 a 388).

*de adaptar a los casos particulares, porque no sabemos si en estas circunstancias precisas nos hemos de valer de esta o de aquella idea, regla, o axioma, en lugar de otra*⁶⁸. (...)

Aquí precisamente entra en juego el problema de la justicia para resolver un caso singular y el razonamiento de aplicación o del debate judicial. La justicia era entendida como la voluntad de dar a cada uno lo suyo. Pero en el sistema antiguo dar a cada uno lo suyo era un asunto más complejo, porque el criterio jurídico, la premisa jurídica del razonamiento, no era unívoca, sino que en el peor de los casos era relativa a aproximadamente diez tipos de fuentes de Derecho diversas, sin una jerarquía muy definida, o cuando la había era objeto de debate o disputa (según el grado de consolidación o no del Estado absoluto y su centralización). En el Derecho antiguo, éste era parte de un *ordo naturae*, donde cada cosa y persona tenía su puesto en el cosmos, y el Derecho era la manifestación de ese orden, especialmente concretado en las costumbres⁶⁹, refinado por los juristas y expresado por múltiples fuentes, todas expresiones de sabiduría acerca del Derecho: *veritas non potestas facit legem*⁷⁰. Por lo que todas las fuentes de Derecho, las reglas jurídicas, eran declarativas del Derecho, y dentro de ellas estaba la ley, los decretos del rey, las costumbres, y entre otras la *aequitas*.

La variedad conectaba con la técnica del razonamiento propio del debate (el de aplicación): la tópica. Se trata de método problemático y casuístico. Como ha resaltado Th. VIEHWEG, este estilo o técnica del debate o litigio supone partir de un problema, un caso de la vida real —general o singular— sobre el cual se debate su tratamiento, y al que debe buscársele la solución⁷¹ más *justa materialmente*⁷² (=la más adecuada a las circunstancias propias del caso, traducida en términos contemporáneos). La razón de dicha búsqueda estaba en que la pluralidad de fuentes existente podía implicar el disponer de diversos criterios de solución de un mismo caso singular; precisamente de ellos —de tales criterios— se discute su aplicación al caso controvertido y su significación para la solución del mismo, hasta que quede clara la decisión de litigio⁷³. La argumentación es de doble grado: una primaria y otra secundaria⁷⁴. El primero es una argumentación o *ars iudicandi*, destinada a establecer el criterio o regla que sea más adecuado al caso; éste ocupa la posición de tópico, la cual es previa a la conclusión del razonamiento. Como se puede entender el tópico en esta etapa *no es fijo*. Mientras que el segundo, la *conclusio*, es la argumentación que razona sobre el encuadre del caso y la adjudicación de la consecuencia. El orden de ambas es primero el *ars iudicandi* y luego la *conclusio*. Pero desde el punto de vista metodológico, ambas se encuentran en un “equilibrio reflexivo” o en una circularidad (según como se le mire): “El modo de buscar las premisas influye en la índole de las deducciones y al revés, la índole de las conclusiones indica la forma de buscar las

⁶⁸ L.A. MURATORI, *Dei Defetti della Giurisprudenza*, p. 13; *Defectos de la Jurisprudencia*, p. 17.

⁶⁹ F. TOMÁS Y VALIENTE, *Manual de Historia del Derecho*, pp. 134 y 135.

⁷⁰ Vid. la discusión entre un jurista y un filósofo en Th. HOBBS, *Diálogo Entre un Filósofo y un Jurista y Escritos Autobiográficos*, pp. 5 y ss.

⁷¹ Vid. Th. VIEHWEG, *Tópica y Jurisprudencia*, pp. 55 a 57.

⁷² Así, M. KASER, *En Torno al Método de los Juristas Romanos*, p. 17.

⁷³ Cfr. M. KASER, *En Torno al Método de los Juristas Romanos*, p. 15.

⁷⁴ Cfr. Th. VIEHWEG, *Tópica y Jurisprudencia*, pp. 48, 67 y 68, y J.A. GARCÍA AMADO, “Tópica Derecho y Método”, p. 179.

premisas”⁷⁵. Esto muestra la base circular del pensamiento problemático, y en cierto sentido cómo forma una unidad de aplicación al problema del caso. Porque para seleccionar la regla o criterio más adecuado al caso, supone para el argumentador tener una reflexión previa de cuál criterio produce la solución que es más justa para el caso. Esto implica que la aplicación se encuentra tentativamente ya en la primera etapa, puesto que si no se carece de criterio de adecuación o justicia en el caso que aplicar. Si la solución S_1 es más justa o adecuada como *conclusión* para c que S_2 , es porque tanto S_1 como S_2 fueron testeadas aplicándolas hipotéticamente como conclusión previamente en la etapa de *ars iudicandi*, para evaluar su resultado, a efectos de seleccionar S_1 como conclusión.

Este presupuesto aplicativo judicial está de trasfondo del razonamiento de MURATORI. Bajo esta argumentación son las circunstancias del “caso de aplicación”, en este contexto de razonamiento aplicativo tópico, lo que nos deja perplejo en múltiples circunstancias respecto a lo que se debe escoger como criterio de solución, porque las circunstancias especiales hacen difícil saber cuál es la decisión más justa, precisamente, debido a que se *carece de un criterio de justicia previo definitivo*. Porque las premisas del caso no son fijas⁷⁶, sino que son tentativas. En términos más contemporáneos, las leyes no funcionan como axiomas.

Pero ello explica, además, cómo funciona la excepción implícita que no es meramente interpretativa o de encaje de leyes. Lo que tiene que ver especialmente con la equidad. Ella era concebida como la interrelación entre las cosas, en tanto era el equilibrio de las relaciones entre las cosas, dentro del orden natural, expresión de justicia y era el aspecto rudo o no construido del Derecho. Para la tradición, la *aequitas* es la gran correctora de la ley, a efectos de corregir la injusticia que puede resultar de la aplicación de la regla general. Si la equidad era fuente y la práctica judicial real implicaba el uso de aquélla, el recurso argumental de ésta, para realizar el sentido de justicia del juez en circunstancias particulares del caso, podía implicar un conflicto de aplicación de una regla con una idea o principio o razón de equidad o de las propias leyes⁷⁷. Es decir, las circunstancias del caso no son siempre del todo claras para la idea o sensación de justicia que posee el juez. MURATORI ofrece un ejemplo diciendo que los jueces “se saltan” o

⁷⁵ Th. VIEHWEG, *Tópica y Jurisprudencia*, p. 68.

⁷⁶ J. LOCKE varios años antes había adelantado una crítica al enjuiciar mediante la apelación a un cuerpo de reglas no fijo, particularmente cuando los jueces no son establecidos, señalando cuando se apela a dicho cuerpo, no es fácil convencer de su error a quien la sostiene (el juez), *Segundo Tratado del Gobierno Civil*, § 136, p. 112.

⁷⁷ L.A. MURATORI es duro en este caso: “Siempre ha habido y habrá de aquellos sujetos, que luego que se ven sentados en los Tribunales se discurren ser ya superiores a todas las Leyes, a todos los contratos, porque saben que pueden juzgar según la equidad” (*Defectos de la Jurisprudencia*, p. 136).

Esto parece corroborar S. PUFENDORF cuando señala, en un giro de palabras un tanto extraño, que “... los legisladores raramente pueden emitir una ley de tal tipo, que no admita ninguna excepción, y que por eso se deba recurrir a la equidad cuando falte la letra de la ley” (*De Jure Naturae et Gentium*, 2ª edic., Joannis Philippi Andreae, 1684, lib. I, cap. 2, §5, p. 26 (la traducción la tomo (modificada) de A. GUZMÁN BRITO, *Codificación del Derecho Civil e Interpretación de las Leyes*, nota, 476, p. 203). Comentando este punto A. GUZMÁN BRITO, señala que para PUFENDORF estaría corroborado por la experiencia de la legislación positiva, el que raramente las leyes dejan de tener excepciones, y a tal punto que se suele admitir por parte de los jueces, un “recurso a la equidad en defecto de letra expresa, como única manera de poderse tomar en cuenta las excepciones no escritas” (ibíd., pp. 202 y 203).

excepcionan el orden legal de concurrencia de los acreedores a pagarse de los bienes del deudor, para reservarles algo a los acreedores de grado posterior, por razón de la caridad⁷⁸. La caridad en este caso sería la razón que satisface la relación de justicia, para excepcionar las leyes en este caso.

En suma, es la utilización de la idea de recta razón de justicia la cuestionada, en torno a la certeza en su utilización, que va de la mano con la forma que adoptaba la racionalidad práctica en el antiguo sistema.

Ahora MURATORI hace un diagnóstico de doble nivel, respecto del cual recaerá la racionalidad práctica, muy importante para esta posición.

“en muchísimos casos a causa de las circunstancias puede ser muy justo el separarse del rigor de las Leyes, y de su mandato, o prohibición demasiado general. Pero al mismo tiempo es también muy cierto, que es un abuso y exceso insufrible haber llenado la ley de tantas excepciones, restricciones, y ampliaciones, por sutileza especialmente de los Consultores, que mutuamente se impugnan unos a otros, que la facultad Legal se ha reducido a un bosque de discordias, y contradicciones, sin que se sepa, en infinitos casos, dónde apoyar el pie”⁷⁹. (...)

“En este caso [el de las excepciones y ampliaciones] no es ya el Legislador quien decide el litigio, sino el ingenio del que le patrocina, o el del Juez, que según le entiende, fulmina su sentencia”⁸⁰.

Desde el punto de vista del caso singular, reconoce el carácter contingente de la justicia de las excepciones restricciones y ampliación, desde la perspectiva de la particular sentencia dictaminada. Es decir, la racionalidad práctica, en el contexto del caso singular, arroja resultados contingentes.

Pero desde el punto de vista del sistema jurídico, se produce el problema. Para algunos, como S. PUFENDORF, la cuestión se queda en el nivel anterior. Señala que es un hecho que los legisladores no se afanan por regular las excepciones de los casos particulares, sino que se quedan en la generalidad, en razón de que las leyes no regulan los casos rarísimos. Esto porque aquéllos pueden ser fácilmente resueltos sobre la base de los principios del Derecho natural⁸¹. MURATORI parece responder a ello sobre la base de que las nociones básicas e innatas de justicia, como el no matar, se encuentran afectadas por la variedad de casos y circunstancias, como el de quien mata a quien viene a matarle⁸². Sin perjuicio de ello, para MURATORI la experiencia y diagnóstico eran otros. Dadas las limitaciones del conocimiento humano respecto a los criterios de corrección generales de la justicia, cuando son llevados o aplicados a los casos singulares, que poseen una infinitud de circunstancias particulares o especiales que alteran el aspecto de los casos que podría considerarse en principio, dada la existencia de una pluralidad de criterios jurídicos con que solucionar un caso particular, provocados por la enorme y vastedad del ingenio humano, en lo creativo, deja abierta la

⁷⁸ L.A. MURATORI, *Defectos de la Jurisprudencia*, pp. 166 y 186.

⁷⁹ L.A. MURATORI, *Dei Defetti della Giurisprudenza*, p. 38, *Defectos de la Jurisprudencia*, pp. 50 y 51.

⁸⁰ L.A. MURATORI, *Defectos de la Jurisprudencia*, pp. 59 y 60

⁸¹ S. PUFENDORF, *De Jure Naturae et Gentium*, lib. I, cap. 2, §5, p. 26 (tomado de la traducción del fragmento de A. GUZMÁN BRITO, *Codificación del Derecho Civil e Interpretación de las Leyes*, nota, 477, pp. 203 y 204).

⁸² L.A. MURATORI, *Defectos de la Jurisprudencia*, pp. 55 y 56.

puerta a la ponderación del juez de dichas circunstancias sin un criterio fijo con que resolver. Dicha ponderación caso a caso queda entregada, entonces al juego interpretativo de las formas que revisten los casos —al modo de la “*gestalt*”⁸³— que hacen que una misma circunstancia cambie de aspecto y se vea justa e injusta a la vez, según sensibilidad del juez, dejando expuesto el caso a la pluralidad de soluciones que éste tiene a la mano al decidir, lo que ha permitido la entrada de las excepciones, ampliaciones y restricciones. Lo que, a su vez, permite la entrada de un factor en el juicio, que vuelve más azaroso el juicio final: la diversa calidad formativa de los jueces. Todo aquello provocó la *multiplicación* de dichas excepciones, limitaciones y ampliaciones hasta una situación intolerable⁸⁴. Esto llevó a diagnosticar una alteración más bien *sistémica*, ya que han provocado una enorme cantidad de discordia y las contradicciones —un caos en el sistema, se calificó y leyó en España de la mano del traductor V.M. DE TERCILLA— lo que provocará que los juicios terminen siendo resueltos por un juego del azar (una mera causalidad), generando así una gran calamidad para la república, y una gran incertidumbre en la vida de los ciudadanos en general y una falta de seguridad sobre sus bienes⁸⁵. Más tarde, MONTESQUIEU concordaría señalando que si los juicios “*fuera una opinión particular del juez [es decir, sin una loi fixe y de texte précis], se viviría en la sociedad sin saber los compromisos contraídos en ella*”⁸⁶. El ejemplo de MURATORI es en materia de interrupción de la prescripción, señala que ha habido tantas excepciones a los plazos que ya no se sabe cuándo prescribirá un bien.

Aquel problema sistémico jurídico nos devuelve al punto anterior. Porque desde el punto de vista del caso, pero ahora de las personas involucradas, se produce un alto grado de incertidumbre en su resolución final, que termina pagando el ciudadano⁸⁷. Lo paga porque el desorden de las cosas provoca un río revuelto de criterios admisibles en principio, lo que da *ocasión* para que el juez, en su amplia discreción de opciones, pueda terminar siendo discrecional o arbitrario con las partes del juicio. Esto es lo que F. BACON parece argumentar cuando señala que: “No tienen derecho para discernir contra estatuto expreso, bajo algún pretexto de equidad, los tribunales civiles”⁸⁸. Lo que origina dos cosas: en el peor de los casos, según los medievales, un criterio de “equidad mercantil”, o en el mejor de los casos, una situación de alta indefensión de lo suyo, según J. LOCKE, que impide que las personas puedan defenderse adecuadamente del error del juez, a efectos de sacarlo de él y defender sus

⁸³ Es interesante notar que MURATORI usa el mismo ejemplo de la “Gestalt” respecto de las figuras, los cuadros en este caso, que mirados desde un cierto ángulo nos dan la impresión de ver una hermosa persona, y desde el otro todo lo contrario (*Defectos de la Jurisprudencia*, p. 57).

⁸⁴ Vid. L.A. MURATORI, *Defectos de la Jurisprudencia*, pp. 57 a 59,

⁸⁵ Vid. L.A. MURATORI, *Defectos de la Jurisprudencia*, p. 58.

⁸⁶ MONTESQUIEU, *Del Espíritu de las Leyes*, t. I, p. 145.

⁸⁷ Varios siglos más tarde esta idea de la no aplicación deliberada de las normas jurídicas al caso, dará pie a la filosofía del Derecho contemporánea para sostener que se viola la dignidad humana de las personas con estas conductas que implican violación del imperio del Derecho de manera deliberada. Esta violación puede llevar a *incertidumbre* o *frustración*. Así J. RAZ ha señalado para el caso de la incertidumbre que “el derecho no permite a la gente prever los desarrollos futuros o formarse expectativas definidas”, mientras que se conduce a expectativas frustradas “cuando la apariencia de estabilidad y certidumbre que estimula a la gente a confiar y planear en base al derecho existente se encuentra destruida por la creación retroactiva del derecho o al impedir una adecuada aplicación del derecho” (“El Estado de Derecho y su Virtud” p. 279).

⁸⁸ F. BACON, “*Decernendi contra statutum expressum, su bullo aequitatis praetextus, curiis praetoriis jus ne esto*”, aforismo recogido en *De Augmentis Scientiarum*, citado por A. GUZMÁN BRITO, *Codificación del Derecho Civil e Interpretación de las Leyes*, p. 147 (la traducción es mía).

posiciones, cuando la ley no se encuentra escrita⁸⁹; el presupuesto de ello es que se produce un atrincheramiento moral de las propias convicciones, respecto de las cuales el *iudice*, termina siendo juez de sus propias convicciones impugnadas, con el problema adyacente de que precisamente ése es el lugar desde donde termina juzgando a las partes. Así, se disputa por MURATORI la insensibilidad para con las razones prácticas, señalando que quien tiene la buena fortuna de poseer lo suyo sin litigio, no se da cuenta o ni siquiera piensa en este enorme y grave enredo. Señala, finalmente, que los doctores en Derecho, los procuradores y jueces, se celebran de este enredo tumultuoso, pues en el camino se enriquecen mediante la pérdida de los bienes de los otros, o la compra dispendiosa de los mismos, y suben así también a los primeros honores⁹⁰.

Precisamente este punto devuelve nuevamente el problema hacia la perspectiva sistemática, ya que sin reglas fijas con que fallar, es decir, pudiendo resolver igualmente A como *no* A, bajo el amparo del Derecho, daba pie para la corrupción de los agentes del sistema, como sugiere MURATORI. Respecto de lo cual, A. BELLO constata efectivamente dicho aserto en la práctica chilena⁹¹.

Sin perjuicio de ello, en la misma óptica del sistema, MURATORI ve una expresión de *suplantación* del legislador, por parte del juez y del jurista mediante estas excepciones, ya que son los criterios de estos últimos los que terminan decidiendo el caso. El diagnóstico de los ilustrados es más duro, y se explica mediante el “argumento del pretexto” y la sustitución. Para ellos lo que está ocurriendo allí con las excepciones, restricciones y ampliaciones, es que no obstante la justicia del caso particular, la interpretación y el razonamiento de aplicación de las excepciones o ampliaciones mediante el recurso a la “equidad” o la “mejoría de la razón”, sólo serían un *pretexto* para imponer sus criterios sobre cómo está o debe estar organizado el mundo, por sobre los criterios del legislador⁹². En el caso de la excepción de la prelación de acreedores, por vía de la apelación a principios morales como la caridad, MURATORI recomienda que el juez haga caridad con su propio bolsillo (no el dinero ajeno)⁹³, signo revelador de la disparidad de criterios, y en el caso de las interrupciones de prescripción, se toma otra decisión que la dispuesta al bien público por la ley⁹⁴. Ésta es la visión sistémica sobre la cual se pronuncia la racionalidad práctica del modelo.

⁸⁹ Cfr. J. LOCKE, *Segundo Tratado del Gobierno Civil*, § 136, p. 112.

⁹⁰ L.A. MURATORI, *Dei Defetti della Giurisprudenza*, p. 3.

⁹¹ Así, BELLO señalaba los males morales para los agentes judiciales de no contar con una regla fija: “Todos deberán recordar el tiempo (no hace 20 años todavía) en que se hacía de la ley y la justicia un tráfico escandaloso, cuando todo dependía del favoritismo o malas influencias, cuando se marchaba al acaso sin medida ni regla en el santuario de la justicia, y que ningún ciudadano podía contar con lo que poseía: todo era confusión y desorden... y casi no había litigante victorioso que no dedujese de su ganancia el valor del cohecho, llegándose a ver figurar con escándalo en los libros de las casas de comercio las sumas destinadas para este objeto.// Entre tanto los crímenes más atroces quedaban impunes” (A. BELLO “Editorial de ‘El Araucano’”, p. 172).

⁹² Vid. L.A. MURATORI *Defectos de la Jurisprudencia*, pp. 59, 60. Y agrega que se “hallará otra turba de Doctores que defienden que aquella ley debe limitarse, que no tiene lugar en el caso presente, no faltando jamás pretextos de equidad y de mejoría de razón para fundar este dictamen.” (vid. *Defectos de la Jurisprudencia*, p. 81).

⁹³ L.A. MURATORI, *Defectos de la Jurisprudencia*, p. 186.

⁹⁴ L.A. MURATORI, *Defectos de la Jurisprudencia*, p. 166.

El problema que acarrea este tipo de atribuciones de juzgar y crear los propios criterios del juzgamiento, está en arrogarse la potestad de regulación, y fundir en una sola mano el poder de juzgar y de regular. Es así que seis años después, en 1748, MONTESQUIEU eleva en abstracción el análisis sistémico: “Tampoco hay libertad si el poder judicial no está separado del legislativo ni del ejecutivo. Si va unido al poder legislativo, el poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos sería arbitrario”, en razón de que sin leyes fijas se viviría en una sociedad en que las personas no conocerían sus compromisos, y quedaría a la voluntad, sin límites, del juez destruir al ciudadano⁹⁵.

Si se fija bien, se produce una cadena sistémica, de que las excepciones, restricciones y ampliaciones basadas en la discrecionalidad de ocupar la equidad y el resto de las fuentes, produce incertidumbre sobre los compromisos sociales y de la justicia de lo que debe ser atribuido a cada uno como lo suyo, entonces ello reafirma la licencia del juez de adoptar la solución “más adecuada” al caso, según sus criterios de adecuación.

Además, es menester tener presente que en el contexto de aplicación de las leyes y otras disposiciones reales, e incluso en la medida que se fueron imponiendo como fuente de Derecho principal en el antiguo régimen, pervivieron otras prácticas de los destinatarios que les quitaban eficacia a dichas normas. Por ejemplo, el artificio jurídico conocido como la regla de “se acata, pero no se cumple”, inicialmente establecido para cuando una ordenanza del rey español violase algún privilegio nobiliario o de alguna ciudad, y en América era utilizado para suspender la aplicación de una disposición real, mediante la evaluación de la oportunidad o conveniencia de la aplicación de aquélla. Hasta allí el diagnóstico del filósofo del Derecho.

Pero lo que realmente introdujo a los grandes filósofos sociales de la ilustración a la escena, fue que estos problemas generaron una caja de resonancia mayor en el marco de la sociedad estamental, que amplificó los malos efectos a toda la sociedad. Dado que la sociedad de la época era profunda y rígidamente antigalitaria y antiliberal, la noción de la moral social acerca de cómo tenía que estar estructurada la sociedad, los términos de interrelación entre las personas, en cuanto a los derechos y deberes de cada estamento para con el otro, pertenecían a quien tenía el poder y administraba la justicia, eran una de las fuentes más importantes por las cuales se entendía el Derecho y se procedía al mecanismo de excepcionar, restringir o ampliar o no las leyes. Es decir, un Derecho que no estaba construido socialmente, sino para mantener las iniquidades sociales y la falta de libertades, se empapaba en su propia aplicación con la forma social antiliberal y antigalitaria, cuando no en los jueces de primera instancia, sí en los concejos del rey formado por los aristócratas de la época (como en la famosa institución jurídica *The King can do, but no wrong*, que se aplicaba para fundar la no responsabilidad del rey⁹⁶, y, posteriormente, del Estado, frente a sus súbditos, la desaplicación arbitraria de las órdenes del rey, por la medida se acata pero no se obedece, para efectos de suspender las medidas de mitigación de la esclavitud en América). De manera que la multitud de excepciones no iban necesariamente dirigidas a ocasionar una justicia social mayor, sino que en muchas ocasiones sólo eran para mantener el *status quo* de la sociedad de tales rasgos, por lo que en su mayoría habrían devenido en

⁹⁵ MONTESQUIEU, *Del Espíritu de las Leyes*, pp. 144 y 145.

⁹⁶ Vid. W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, t. I, pp. 68 y 246.

arbitrarias. Esto es lo que servía como caja amplificadora de los malos efectos a gran parte de la sociedad.

■ Es aquí donde se hace presente la racionalidad práctica para generar los modelos de los nuevos diseños institucionales que enfrentasen y respondieran a todos estos problemas. Estas respuestas exceden con muchísimo nuestro objeto de estudio, muy particularmente, la respuesta a la reforma de la sociedad completa, para evitar un problema sistémico general a la comunidad, de manera de producir una sociedad más libre, segura e igual, por lo que lo reduciremos a lo que se relacione directamente con él, y el resto quedará como conocimiento de trasfondo⁹⁷.

1°. La primera respuesta fue poner como primera preocupación a la seguridad jurídica de las personas individuales y su libertad, y en esa medida la igual aplicación de la ley. Es así que, como señaló J. LOCKE, en el eje del sistema estaba la protección de las propiedades o bienes de los ciudadanos, esto es, de sus atributos como la vida, libertad y dominio⁹⁸. Es así que señala: “*La finalidad máxima y principal que buscan los hombres al reunirse en Estados o comunidades, sometiéndose a un gobierno, es la salvaguarda de sus bienes; esa salvaguarda es muy incompleta en el estado de naturaleza*”⁹⁹, porque en el estado de naturaleza “como la mayor parte de los hombres no observa estrictamente los mandatos de la equidad y la justicia, resulta muy inseguro y mal salvaguardado el disfrute de los bienes que cada cual posee”¹⁰⁰. Con independencia de la virtud de su teoría del estado de naturaleza, dicho estado pasa a reflejar algunos problemas sociales de la época¹⁰¹. En particular, se asimila a aquella situación previamente descrita, en que los jueces no se ciñen a normas fijas, y en donde pueden invocar una equidad propia de ellos, tan válida por lo desconocida, como la equidad no escrita —muy difícil es ganar una discusión y mostrar el error, respecto de una regla no escrita, sino supuesta, a quien es “legislador” y “aplicador” de la propia regla¹⁰²— y en el mismo sentido cuando no se observan los mandatos de la

⁹⁷ Con conocimiento de trasfondo aludo al *background* que señala K. POPPER respecto de cuando se testean las hipótesis (Vid. “Tres Concepciones sobre el Conocimiento Humano”, pp. 147 y 148).

⁹⁸ J. LOCKE, señala que el propósito de las personas para unirse es la mutua “salvaguardia de sus vidas, libertades y tierras, a todo lo cual incluyo dentro del nombre genérico de bienes o propiedades”. *Segundo Tratado del Gobierno Civil*, §123, p. 104.

⁹⁹ Así, J. LOCKE, *Segundo Tratado del Gobierno Civil*, §124, p. 104.

¹⁰⁰ Cfr. J. LOCKE, *Segundo Tratado del Gobierno Civil*, §123, p. 104.

¹⁰¹ El estado de naturaleza en LOCKE, sirve de modelo que hace abstracción de una sociedad concreta, mediante una figura que se transpone a dicha sociedad real o concreta, mediante el propio modelo que se crea. Al hacer abstracción y transponer ya no se habla de los problemas de la sociedad concreta. Ello evita la referencia directa a ello, y permite un análisis factorial, esto es, reflejando sólo los factores de interés, sin que haya problemas provocados por el trasfondo o *background*, en relación con las circunstancias particulares que pueden ser muchísimas e indeterminadas. Funciona de manera análoga a experimento imaginario, como en física y los experimentos de Einstein, pero en este caso se construye un modelo de sociedad el que funciona de campo de pruebas, para diagnósticos y razones con pretensión justificatoria. De esta manera, el modelo permite reflejar y caracterizar los diversos problemas de la sociedad concreta de la época, proyectando las justificaciones de ingeniería social pertinentes, sin tener que hacer una investigación pormenorizada socialmente. Pero, además, se trata de un modelo por aproximación, en donde los defectos de las sociedades concretas se pueden ver reflejados en el modelo, sin referir específicamente a una sociedad o a un análisis histórico concreto como el de MONTESQUIEU. Ello permite analizar no de manera aproximativa los problemas de las sociedades concretas de la época, que es precisamente lo que pretendo mostrar.

¹⁰² Este es el argumento de LOCKE, *Segundo Tratado del Gobierno Civil*, §136, p. 112.

justicia en los casos singulares, porque se produce, o bien una falta de conocimiento de la misma en dicho contexto —por falta de estudio cree LOCKE—, o porque intencionadamente se la deja de observar¹⁰³.

El objetivo entonces es salvaguardar una esfera donde la persona pueda realizar la acción que le plazca, sin temer o prever consecuencia negativa alguna de parte del Estado¹⁰⁴. Una combinación de seguridad jurídica y libertad. En tal esfera, la persona puede desenvolver su autonomía moral para planificar y llevar su vida donde la plazca. —Esto es lo que B. CONSTANT llamó la libertad de los modernos (frente a la libertad de los antiguos)¹⁰⁵.

2°. Sobre la base de este fin de racionalidad práctica, LOCKE plantea lo siguiente: “Siendo la alta finalidad de los hombres al entrar en sociedad el disfrute de su propiedad en paz y seguridad, y constituyendo las leyes establecidas el magno instrumento y medio para conseguirla, la ley primera y fundamental de todas las comunidades políticas es la del establecimiento del poder legislativo”¹⁰⁶, y precisó un poco antes que: “En primer lugar, se requiere de una ley establecida, fija y conocida, que sea recibida y aceptada por el consentimiento común para ser el estándar de lo justo e injusto [right and wrong], y la medida [measure] común para decidir todas las controversias entre ellos”¹⁰⁷.

Lo que implica este razonamiento, en el fondo, es que las razones prácticas recomiendan adoptar, frente a los problemas planteados, ciertas decisiones y convenciones respecto del ámbito¹⁰⁸ de lo jurídico.

A) El ejemplo de LOCKE ilustra y conecta con los requerimientos de la racionalidad práctica del estado del Derecho de la época, respecto a la adopción de cierto tipo de noción de reglas.

Si el requerimiento de seguridad se manifiesta en contar con una regla *fija e instituida*, ella implica tener con un parámetro de decisión de la conducta, que sea formal: que sea un *estándar y medida*¹⁰⁹, al modo de la escuadra o norma (en el castellano derivado del latín), y no de una noción de que ella sea un sumario de aproximaciones discrecionales y dubitadas con resultados tópicos, sujeta a los casos particulares. Además, esta decisión debe

¹⁰³ J. LOCKE, *Segundo Tratado del Gobierno Civil*, §124, p. 105.

¹⁰⁴ Como contemporáneamente dice F. VON HAYEK, de “lo que el hombre libre puede presumir es de que, mientras se mantenga dentro de los límites fijados por las leyes, no tiene necesidad de solicitar permiso de nadie ni de obedecer orden alguna”. (*Los Fundamentos de la Libertad*, pp. 263 y 264).

¹⁰⁵ Para B. CONSTANT, la libertad de los antiguos consistía en ejercer colectivamente, pero de forma directa, varios aspectos de la soberanía. El individuo se encontraba en una situación de casi soberano en asuntos públicos; éste se encontraba en una situación de sujeción al arbitrio de la voluntad colectiva en sus relaciones privadas. *Discurso sobre la Libertad de los Antiguos Comparada con la de los Modernos*, pp. 53, 61.

¹⁰⁶ J. LOCKE, *Segundo Tratado del Gobierno Civil*, §134, p. 295.

¹⁰⁷ J. LOCKE, *Two Treatises of Government*, §124, p. 103.

¹⁰⁸ J. LOCKE, *Segundo Tratado del Gobierno Civil*, §128, 129, pp. 105 y §132, p. 107.

¹⁰⁹ En esta línea escolástica de “regla y medida” [*regula et mensura*] (originalmente expuesta por TOMÁS DE AQUINO) parece recibirse en LOCKE, en una fórmula más bien voluntarista, más cercano a F. SUÁREZ que combina voluntad y razón en la formación de la ley (vid. *Tratado de las Leyes y Dios Legislador*, t. I., lib. 1, cap. 1, 5, 6, pp. 7, 9, 27 y 34).

ser puesta por la sociedad, en LOCKE, mediante la voluntad común. —Esta diferencia la sugiere conceptualmente J. RAWLS al exponer dos conceptos de regla: la *noción de la norma* o de *práctica instituida*, y la *concepción sumaria o estadística*.

— En aquella última, la regla es un sumario de una colección de soluciones particulares que se han obtenido sobre la base de un principio, que es el que justifica o no directamente una acción particular. La “regla” es sólo un resumen estadístico de un modo regular o usual de resolver ciertos casos similares, ya que se resuelven con mayor facilidad. Pero si los casos similares no volvieran a ocurrir, se debería recurrir al principio directamente “caso por caso”. Por lo tanto, las decisiones hechas para los casos singulares, son lógicamente anteriores a la regla que sólo es una inducción estadística, susceptible de variación siempre. Un ejemplo que pone RAWLS es el de la persona que debe decir si debe comunicarles a los enfermos que su padecimiento es terminal. Una vez que avanzan los casos, formula un estándar de acuerdo a lo que ha ido conociendo. Es decir, realiza un razonamiento problemático o casuístico para construir su regla, por ejemplo, la regla es que cada vez que le pregunten no ha de decir la verdad. Entonces, si miramos las reglas con la fórmula “si A, entonces debe ser B”, la posición de A, en realidad es Aes, y de B es de Bes, precisamente porque A y B, sólo son un cúmulo de experiencias prácticas, es como un *topoi*, sin pretensión de formular una regla general fija. Ahora bien, en esta concepción hay una especie de apuesta de buen uso: se estima un porcentaje de casos probables en que se pueda confiar a que se llegue a un resultado correcto (como si se aplicase directamente el principio matriz). Y aquí pueden pasar dos cosas: siempre puede surgir una nueva circunstancia que obligue al aplicador a evaluar de nuevo la regla, porque el “Código sólo es una guía” de ayuda¹¹⁰ o máxima, de manera que pueda saltársela por haber incurrido en un error, una reevaluación; o porque un nuevo hecho presente una circunstancia novedosa, que hace que la decisión tenga una consideración más adecuada al caso mediante otra solución, como, por ejemplo, la persona estaba en la duda de realizar un viaje próximamente a ver a su hija o postergarlo para otro año¹¹¹. —En este sentido, el destinatario actúa como legislador de la propia regla.

En dicha línea, la noción de “excepción particular” se aviene con la noción sumaria, ya que la regla en tanto generalización de la experiencia, se puede dejar de lado en casos extraordinarios, precisamente porque no hay seguridad de que la generalización cuadre con el caso particular, por lo que éste se debe tratar por sus propios méritos en relación con el principio de que se trate, de manera que la excepción singular convierte a la regla en sospechosa¹¹².

F. ATRIA siguiendo a A. WELLMER ha rechazado esta última idea, sosteniendo que no puede haber excepciones implícitas en la concepción sumaria:

¹¹⁰ Ésta es la graciosa deliberación que deben hacer los piratas, en la película “Piratas del Caribe 1”, sobre si deben ir a ayudar al capitán J. Sparrow, arriesgando sus vidas o deben partir, ya que el Código señalaba que debían abandonar a su capitán. Los piratas se van porque así decía el Código, mas, en el último momento, aparecen para salvar la escena y su capitán sobre la base de que reinterpretaron el Código en cuanto a que era una sólo *guía*, y eran libres para deliberar si debían o no ayudar a su capitán.

¹¹¹ J. RAWLS, “Dos Conceptos de Regla”, pp. 230 a 235 y 241.

¹¹² J. RAWLS, “Dos Conceptos de Regla”, p. 236.

“Las reglas como resumen son inderrotables no porque se apliquen mecánicamente a todos los casos, sino porque el surgimiento de un caso al que la regla no debe ser aplicada, no derrota la regla, sino muestra que su formulación era demasiado tosca (...) El jurista romano que formulaba reglas como resumen, que solo pretendían *describir* lo que el derecho era, se encuentra en la misma situación que el discute por referencia al discurso moral post-convencional. Y por eso podía simplemente desechar como *falsa* (no «inválida» o «inaplicable») la regla cuando, en el caso, ella no daba a cada uno lo suyo (no era, recuérdese, que el derecho fluyera de las reglas, sino las reglas del derecho).”¹¹³.

El argumento de ATRIA y WELLMER es más complejo porque involucra la distinción de justificación y aplicación de las reglas y cómo ella colapsa cuando no hablamos de normas positivas, que es lo que veremos en lo que seguirá. Sin embargo, lo que me interesa destacar aquí es que ATRIA se ve arrastrado insensiblemente por una concepción demasiado racionalista que WELLMER asume¹¹⁴. Sin embargo, falta aquí parte del instrumental de la metodología de la ciencia, imprescindible en el discurso de la segunda mitad del siglo XX. Es cierto que el jurista romano pretende describir lo que el Derecho era, y que al no encontrarse con una descripción exacta puede desechar su descripción como falsa, ya que muestra que su formulación es demasiado tosca. Esto es lo que la filosofía de la ciencia señala con la utilización del contraejemplo y el *modus tollens*, para falsar la descripción, y que exige una nueva reconstrucción. El problema es que no toda descripción incorrecta conduce a falsar la reconstrucción completa en términos *metodológicos*, pudiendo terminar en una hipótesis *ad hoc* —como dice J. AGASSI, que “las hipótesis *ad hoc* son repugnantes y útiles es un hecho conocido”¹¹⁵.— Efectivamente, por un asunto de limitación del conocimiento humano, puede sostenerse la descripción errónea sin corrección e introducirse una hipótesis *ad hoc*, respecto de un cierto caso, que regule la situación de otra manera particular. Es así que en el modelo newtoniano del sistema solar se decía que el sistema se comporta de la manera newtoniana, salvo cuatro o cinco casos que se comportan de forma diversa. En el fondo, hacen excepción a la descripción, como diría D. MILLER¹¹⁶. Pero ello no implicaba el cambio del modelo newtoniano. Esto ocurre, como está muy asentado en la epistemología, debido a que todo el conocimiento humano es falible, pero, además, limitado, y no siempre estamos dispuestos, razonablemente, a cambiar la teoría completa, en presencia de un caso en contrario, de manera que puede estimarse como una mera excepción a la regla. Con mayor razón si el método es tópico para la selección y formulación de reglas, ya que puede tenerse una fórmula bien asentada, y descubrir una excepción para el caso particular. Ambas cosas son lo que permiten reconstruir las excepciones particulares bajo la noción de regla sumaria, sin tener que desechar la hipótesis de la regla entera como falsa, como plantean F. ATRIA y WELLMER. De hecho, como veremos más adelante, esta opción ha sido desechada mayoritariamente en vistas de las características antes mencionadas, la falibilidad y la limitación en la creación de nuevas soluciones, junto con el costo epistémico

¹¹³ F. ATRIA, *La Forma del Derecho*, pp. 295 y 296.

¹¹⁴ Es menester recordar que WELLMER si bien no era un popperiano, sí había dedicado su estudio a la metodología popperiana de la ciencia, en su tesis doctoral: *Metodología como teoría del conocimiento. La ciencia en Karl Popper (Methodologie als Erkenntnistheorie. Zur Wissenschaftslehre Karl Popper's)* del año 1966. En donde la clásica visión crítica de POPPER, relativa a la audacia de la ciencia en las correcciones, esto es, en proponer nuevas teorías que pretendan absorber y superar los problemas de teorías anteriores, parece no estar en contra de la postura criticista, en el marco de la dialéctica frankfurtiana.

¹¹⁵ J. AGASSI, *Science in Flux*, p. 189.

¹¹⁶ D. MILLER, “Ad Hoc Hypotheses”, p. 7.

de declarar falsa un conjunto de hipótesis sin tener nada a cambio que la reemplace (expresión de la limitación cognoscitiva humana). Sin perjuicio de lo cual, efectivamente, como señala RAWLS, la regla se vuelve “sospechosa”, gracias a la excepción particular introducida.

– El concepto de la *norma* implica una noción formal y definitoria¹¹⁷. La regla de esta clase es definitoria respecto de una cierta práctica; en cierto sentido, la constituye y delinea. Para RAWLS en su origen hay una razón práctica: decidir caso por caso crearía confusión, además de un problema de falta de eficacia de tal manera de proceder. Esto implica abdicar de la plena libertad de recurrir a las bases de principio y prudenciales¹¹⁸; de ahí también su carácter de formal. A ello es lo podríamos denominar la “paradoja de la norma”: por consideraciones de racionalidad práctica al configurar la noción de norma formal, se auto-veda echar mano a las consideraciones de racionalidad práctica, para evaluar o justificar una acción particular. Como dice RAWLS, debe conocerse la regla y sólo echarse mano a esa regla, si fuese necesario corregir (previa evaluación) la conducta del partícipe (es lo que LOCKE decía que era estándar de lo justo e injusto y medida de decisión de la conducta, y que ROUSSEAU extenderá en su carácter definitorio de la medida, en cuanto a que ley no puede ser injusta¹¹⁹). Al ser definitorias (estipulativamente), ellas implican que deben ser consideradas de tal manera por los partícipes de dicha práctica, e importa, a la vez, que las reglas no se pueden tomar como una mera descripción de los que siguen la práctica. Por ello es necesario que las reglas “se conozcan públicamente y se conozcan como definitivas” (o fijas como diría LOCKE). Aquí no hay generalización de conducta alguna, asevera¹²⁰.

Al ser definitorias de la práctica, ellas son lógicamente anteriores a los casos particulares —y deberían seguirse antes que a la práctica misma. Entonces, las acciones cobran sentido mediante referencia a las reglas y la práctica normativamente constituida (luego se dirá por SEARLE, que es una práctica institucionalmente constituida¹²¹). Es así que,

¹¹⁷ Respecto del término “norma” en vez de “regla” me decanto por las razones que ofrece A. GUZMÁN BRITO, “La Recepción de la Palabra ‘Norma’ en el vocabulario de la Ciencia Jurídica”, pp. 12 a 14. Muy particularmente respecto a la opción de que los juristas romanos, en un Derecho más cercano a la concepción sumaria, hayan preferido “*regula*” a “*norma*”. Con *regula* se trataba de designar una realidad jurídica uniforme, una “regularidad”, y no tanto, pues, una “normatividad”. Por *norma* se alude originalmente al instrumento que sirve no para trazar ángulos rectos, sino para medir la materia (originalmente constructiva) hasta conducirla al ángulo recto. El objetivo de la norma es medir, es decir, determinar lo que falta o lo que sobra. Concluye GUZMÁN, que “esta diferencia explica que los juristas romanos no hayan visto en la palabra *norma* algo idóneo para integrar su vocabulario de la ciencia del *ius*, cuya función no es mensurar algo, no las conductas desde luego, sino describir por tipos las actuaciones de intercambio patrimonial. Por eso, en cambio, ellos se avinieron bien con el uso de *regula*, que sí es descriptiva, como dice Paulo”. En este sentido, regla se adapta mejor a los sistemas de reglas “sumarias”, que el término “norma”.

¹¹⁸ J. RAWLS, “Dos Conceptos de Regla”, p. 235.

¹¹⁹ Ello lo razona ROUSSEAU bajo el supuesto de la ley democráticamente erigida, ya que el argumento expone que el cuerpo social no puede perjudicarse a sí mismo, ni nadie puede ser injusto contra sí mismo, *El Contrato Social*, p. 856.

¹²⁰ J. RAWLS, “Dos Conceptos de Regla”, p. 237.

¹²¹ Vid. J. SEARLE, *La Construcción de la Realidad Social*, p. 56. Por la explicación conceptual que da RAWLS, más bien parece decir que las normas tienen una función institucional de las prácticas, que definitoria, en el sentido de que configuran la práctica de una manera profunda: la constituyen y le dotan de sentido a las diversas acciones —aunque la noción y la terminología no estaban disponibles para la fecha en que hizo este artículo—.

en el fútbol, el que la pelota traspase la línea imaginaria que corre entre la tiza y los tres palos, hacia afuera del campo de juego, es lo que constituye un gol, porque así es definido por las reglas formales, indicando los requisitos correspondientes de ello.

Para evaluar una acción simplemente se la hace encajar en la práctica normativa que la define¹²² —justamente porque es definitoria de la medición—. Por ende, no tiene sentido que alguien se pregunte si una norma de una práctica se aplica correctamente, cuando la acción que está contemplada es, justamente, una forma definida por una práctica; so pena de calificársele de no entender lo que hace en la práctica regulada. Por ello es que un caso particular no podría ser considerado una excepción a una norma de la práctica, a la manera de la tópica o cuasiestadística¹²³. Las opciones que da RAWLS son limitadas para las excepciones: más bien se trata de una cualificación o especificación postrera de una norma¹²⁴ ¿Qué es aquello? Si bien no lo dice directamente, más adelante, da una posible respuesta concordante con la formalidad definitoria de las normas: sólo caben las excepciones en tanto en cuanto “las mismas reglas lo autoricen”¹²⁵. En el fondo, no tiene cabida, sino dentro del propio sistema de normas.

Agrega RAWLS, que si no se aceptase el sistema de normas como respuesta para la evaluación de la acción particular, entonces, en realidad, se estaría cuestionando algo distinto. La crítica sería de segundo nivel, no de la relación norma-acción particular, sino de si alguien está justificado en tener que aceptar o tolerar la práctica normativa. Por lo que acudir a las normas para enfrentar tal cuestión no tiene pertinencia al juicio¹²⁶. En el fondo, se trata de una crítica, dice RAWLS, de un “reformador” o algo se está reinterpretando de manera radical¹²⁷.

Este carácter formal muestra algo que ya habíamos visto, acerca de porqué, desde el punto de vista del destinatario de las normas jurídicas, cuando adoptamos la noción de regla formal o norma, la excepción implícita no existe, y, en el fondo, el destinatario simplemente está infraccionando la normativa. Entenderlo de otra manera, es no comprender las normas que están en juego, como diría RAWLS.

Ahora bien, el carácter definitorio de la norma o regla se puede entender en dos niveles en el Derecho: uno, en lo relativo al carácter factual del Derecho como sistema, esto es, en su carácter artificial, como instrumento o técnica de objetivos sociales generales valiosos para la sociedad¹²⁸; y, otro, en el mismo carácter, referido a las disposiciones específicas que pueda crear el legislador. Especialmente, en este último punto, se puede

¹²² J. RAWLS, “Dos Conceptos de Regla”, p. 240.

¹²³ J. RAWLS, “Dos Conceptos de Regla”, *Ibíd.*

¹²⁴ J. RAWLS, “Dos Conceptos de Regla”, *Ibíd.*

¹²⁵ J. RAWLS, “Dos Conceptos de Regla”, p. 241.

¹²⁶ Cfr. J. RAWLS, “Dos Conceptos de Regla”, pp. 240 y 241.

¹²⁷ Es así que señala en el marco de la concepción de la norma: “Si alguien busca poner en duda esas reglas, el oficio particular [en donde se sitúa la acción singular en entredicho] sufre un cambio fundamental: entonces se presume que el propio oficio tiene poder para cambiar y criticar las reglas, o que se trata del oficio de un reformador”. Cfr. J. RAWLS, “Dos Conceptos de Regla”, p. 241.

¹²⁸ Como dice F. von HAYEK: “la actividad legislativa proporcionó a los hombres un instrumento extraordinariamente poderoso que ellos necesitaban para alcanzar ciertos objetivos” (*Derecho, Legislación y Libertad*, p. 97).

entender su carácter definitorio, en términos de teoría de clase o conjunto. Como señalan dichas teorías, es el criterio eje que construye el conjunto abstracto el que domina la forma de reunión de los casos singulares; la clase o el conjunto precede lógicamente a la colección. De esta manera, la norma crea o define una clase de supuestos de conductas, situaciones y estados jurídicos, sobre la base de ciertos *criterios* de clase que refieren a ciertos rasgos de aquellas conductas, situaciones y estados jurídicos. A aquellos supuestos o antecedentes normativos se les atribuye una clase de consecuencia jurídica con similar técnica. Este punto F. SCHAUER lo ejemplifica con una pregunta, en el marco de la discusión de la unificación europea, relativa a la Constitución europea plurinacional, respecto a: ¿qué tienen en común un francés, un alemán y un turco?¹²⁹ La respuesta consiste en que es el *rasgo* (un criterio jurídico base y de relevancia para el Derecho, como ser “europeo” definido como ser ciudadano de los estados miembros de la Unión Europea) lo que *construye y configura* una *categoría* o clase y es esta última la que erige lo que tienen en *común* dos o más cosas que se colacionan. Las clases no tienden a recopilar bajo un mismo epígrafe, casos singulares que previamente son similares, advierte SCHAUER, sino que más bien agrupan singulares que previamente son diferentes entre sí, y los *hacen* similares en virtud de la categoría misma¹³⁰. Es en este sentido en que podemos decir que la agrupación viene definida por las normas jurídicas.

Es en esta oposición de nociones que puede verse en parte la necesidad de la norma, como dijo LOCKE, pero reflejada en la comparación de DE TOCQUEVILLE, estudiando los documentos de administración pública: “Se puede decir que entre los hombres del antiguo régimen estaba vacante el lugar que la noción de la ley [de norma legal] debe ocupar en el espíritu humano”. En tal sentido, su queja era que: “Cada solicitante pide que se derogue a favor suyo la norma establecida”, mientras que del otro lado del mesón señala que “el gobierno permite continuamente hacer excepción lo contrario de lo que se ordena. Rara vez quebranta la ley, pero la hace plegarse suavemente en todos los sentidos, según los casos particulares, y para facilitar los asuntos”¹³¹. Este espacio de ausencia conceptual y práctica, es el lugar que pasó ocupar la noción de norma y ley, junto con la Revolución.

B) Tomar esta concepción formalista implicó instalar el concepto de *potestas legislativa*, y éste una separación de trabajo. Esta potestad era el poder de dictar reglas generales en tanto normas jurídicas. Se tomó una vieja y aislada idea sobre la competencia y el modo de ser del Derecho. Sólo el que tiene el poder puede hacer leyes (pero eso ya era un asunto discutido respecto a quien tenía la *auctoritas* para *decir* el Derecho, es decir, quién tenía la sabiduría socialmente reconocida, para dar cuenta del Derecho y dictaminar lo mejor para la comunidad). El giro más radical, era que la *potestas, non veritas, facit legem*. Era quien estaba investido de poder, el soberano, el que hacía la ley. Lo que implicó distinguir quién tiene poder frente a quién no.

La razón de ello se radica en una *ratio* de autonomía moral. La decisión acerca de hacer lo que parece bien para la propia salvaguarda y la de las demás personas, de cada individuo que forme la sociedad, directamente o delegada, en su sentido agregativo, como

¹²⁹ F. SCHAUER, “La Categorización, en el Derecho y en el Mundo”, p. 308.

¹³⁰ F. SCHAUER, “La Categorización, en el Derecho y en el Mundo”, *Ibíd.*

¹³¹ A. DE TOCQUEVILLE, *El Antiguo Régimen y la Revolución*, t. I, lib. II, cap. VI, p. 102.

mayoría, permite apoyar la adopción de la idea potestad de regular la conducta de todos y cada uno. Se trata de la capacidad de autonormarse la que está en medio. Porque de trasfondo, en LOCKE está la idea de *planificación individual de su destino* y la *coordinación social* junto a los otros, en vista de su propia salvaguardia y la de los demás. Ésta es la nueva situación en que se encuentran los sujetos en la sociedad, en el sentido de que ya no se trata de mantener el orden natural de las cosas, sino que ahora interviene, en una posición de igualdad, la aleatoriedad de las combinaciones propias de la multiplicidad de variantes de la planificación individual y la coordinación¹³².

Esto se complementa con una distinción analítica que realiza HOBBS entre *consejo* y *ley* (*law*), como base de la distinción de lo propio del consejero-destinatario y del emisor del mandato. Parte su análisis de una ambigüedad pragmática del lenguaje de los términos imperativos “*haz esto*”, el que constituye a veces un mandato, un exhorto o un consejo, por ejemplo. Y construye la distinción sobre la base de la subordinación al poder: “la *ley* [*law*] pertenece a aquel que tiene poder sobre el destinatario de dicha ley; el *consejo* es propio de quienes no tienen poder”¹³³. Con una concepción más amplia, entiende que las personas le deben subordinación al Estado, el cual es el soberano, de manera que sólo serían leyes o Derecho, las locuciones que se dirigieran a aquéllos que están bajo una obligación de obedecer¹³⁴. De esta manera, “nadie puede hacer la ley [*law*] sino el que tiene el poder legislativo”¹³⁵. En la vieja fórmula de Th. HOBBS: “no es esta jurisprudencia o sabiduría de los jueces subordinados, sino la razón del Estado... y sus mandatos, lo que constituye la ley [*law*]”¹³⁶. Desde esta perspectiva, lo que hace LOCKE es especificar las condiciones de HOBBS para atribuir la potestad legislativa, desde el punto de vista del ingeniero social.

Además, se erige así una pared divisoria entre la *actividad del que tiene el poder legislativo o de normar* y la del *destinatario jurídico*¹³⁷. De aquí deriva una distinción categorial entre: (a) el *lenguaje de la normativa legal* y (b) el *lenguaje de los destinatarios jurídicos* que se mantendrá hasta hoy en *planos de diverso cariz*.

Lenguaje Legislativo→	Lenguaje Destinatario
-----------------------	-----------------------

Bajo esta perspectiva se ve con nitidez dos niveles de lenguaje: el del lenguaje objeto y del metalenguaje. El lenguaje del potestado será un nivel de lenguaje objeto, mientras que el de los destinatarios o subordinados a la ley será el metalenguaje (desde el punto de vista del destinatario). La confusión entre diversas fuentes declarativas desaparecerá. Esta separación vendrá acompañada de la gradual construcción de la dicotomía entre *ser* y *deber*

¹³² Dice LOCKE que “ahora [el individuo] se encuentra en una nueva situación y en ella va a disfrutar de muchas ventajas derivadas del trabajo, de la ayuda y de la compañía de los demás miembros de la comunidad que además, lo protege con todo su poder. Así pues tiene que renunciar, en la búsqueda de sus ventajas personales, a la parte de su libertad natural que exige el bien, la prosperidad y las seguridad de la sociedad” (*Segundo Tratado del Gobierno Civil*, §129 pp. 105 y 106).

¹³³ Th. HOBBS, *De Cive*, p. 227

¹³⁴ Th. HOBBS, *Leviatán*, p. 182.

¹³⁵ Th. HOBBS, *Diálogo entre un Filósofo y un Jurista*, p. 6.

¹³⁶ Th. HOBBS, *Leviatán*, p. 186. Así también lo expresa L. FERRAJOLI, *Derecho y Razón*, pp. 35, 36, 71.

¹³⁷ Esta erección de la pared divisoria se corresponde, además y en parte, con el advenimiento de la teoría de la división de poderes, en la *relación* entre el *legislador* y el *juez* (como destinatario del mensaje legislativo), quien pasa a configurarse en un aplicador del Derecho, para la resolución de casos de relevancia jurídica.

ser (sugerida por HUME y asumida por los neokantianos)¹³⁸. La actividad legislativa se ubicará en el perímetro del lenguaje *normativo* o *directivo* y su producción serán las normas jurídicas, mientras que la del destinatario sería *descriptiva* o *interpretativa* o *reconstructiva* respecto a la normativa legal que emita el potestado legislativo. Este núcleo descriptivo tiene un sentido jurídicamente importante, en orden a que el destinatario puede responder a la pregunta acerca de cómo es el Derecho en específico, en tanto realidad externa y ajena al agente de interpretación, de forma tal que pueda contestar si existe una norma que sancione el homicidio en determinada clase de circunstancias o condiciones, en una cierta sociedad, o que el Derecho chileno establece que los pagos deben realizarse en determinada clase de circunstancias, sin necesidad de hacer presuposiciones morales, ni implicar un compromiso moral con su respuesta. Precisamente porque ello es importante para las personas, para que pueda saber la persona bajo qué condiciones podría ir presa; conocimiento y seguridad hacen girar la ingeniería en este punto.

El juez y los comentaristas pasan a ubicarse del lado de los que no tienen poder para crear normas jurídicas generales o leyes. Pasaron a ser destinatarios el Derecho.

C) Sobre la decisión de la poda de las voces o fuentes normativas: claridad normativa. Si el diseño consideró que la ley es la prenda de garantía del ciudadano, es decir, que éste se encuentra a salvo de la coacción dentro de un campo de acciones singulares respecto de las cuales se puede mover libremente, y los límites de ese campo de acciones vienen definidos por el mensaje normativo, bajo la vieja relación intensión-extensión, entonces se requiere que el mensaje normativo sea claro y preciso, tanto en su intensión o sentido y su extensión, para que fije de forma clara y precisa los límites de los casos en los cuales pueda moverse libremente y con seguridad. Uno de los varios factores para lograr aquello, es la estimación de que se contara con sólo una clase (formal) de criterio guía de la conducta, de manera que le señalase al destinatario y así pudiese conocer cuáles sean las clases de conductas que no debe realizar, para no verse expuesto a la coacción del Estado. Precisamente, la ley con sus características de permanencia o fijeza y generalidad, permiten contribuir con esas características necesarias, a juicio de los ilustrados, para lograr esa salvaguarda y detener al poder estatal, así como a las demás personas.

En cierto sentido, existían muchas fuentes de regulación en el sistema antiguo, porque el juez no sólo podía decidir escuchar la voz de la ley, sino que la de los comentaristas, la costumbre, los precedentes y la equidad. Así, por ejemplo, si respecto de la misma conducta C, la ley le decía castigue, los comentaristas decían que no, la costumbre decía distingamos, los precedentes eran contradictorios, y la equidad dejaba abierta la solución, el juez podía crear muchas excepciones o ampliaciones.

El diseño de ingeniería social determinó una forma muy particular de organización del material jurídico: habría una sola clase norma jurídica, y, por tanto, una sola voz de guía,

¹³⁸ D. HUME, *Tratado de la Naturaleza Humana*, t. III, lib. III, parte 1ª sec. I, pp. 689 y 690. Sobre la discusión acerca de cómo interpretar el párrafo sobre “es o debe” del *Tratado*, vid. A. MACINTYRE, *Historia de la Ética*, pp. 168 y ss. Sobre la interpretación de Kelsen sobre Kant y el dualismo vid. su *Teoría General de las Normas*, pp. 89 y ss. Sobre la imposibilidad de derivar el “deber ser” del “ser” como problema lógico (trilema de Jørgensen), vid. J. Jørgensen, “Imperativos y Lógica”, pp. 210 a 215. Y el intento del paso del es al debe en J. Searle, “Cómo Derivar ‘Debe’ de ‘Es’”, pp. 151 y ss.

la ley, la norma por excelencia. La que estaría revestida, además, de ciertas garantías procedimentales. Todas las otras fuentes sólo serían productoras de Derecho, únicamente y en la medida que fueran constituidas por la ley como fuente o norma. Este curioso diseño busca evitar la evasión de las antiguas formas de jerarquización de las fuentes, las que eran por definición todas fuentes del Derecho. Esta nueva rígida jerarquización mediante la constitución de la validez, como enseñó la teoría de A. MERKL y H. Kelsen, evita que se construyan excepciones implícitas desde normas o fuentes inferiores.

En cuanto a la equidad, KANT presuponiendo estos peligros, calificó a la equidad como la divinidad muda, que no puede ser oída¹³⁹. De esta manera, los principios de equidad quedaron relegados a no ser considerados como Derecho, ya que nadie los había dictado, por lo que no eran utilizables bajo ese solo título por los jueces, para generar excepciones¹⁴⁰, y sólo en los casos en que la ley echase mano a ellos podían ser utilizados, esto es, cuando no hubiese solución expresa de ley, por ejemplo, de acuerdo con el artículo 170 n° 5 del Código de Procedimiento Civil chileno. Es así que éste dice que la sentencia deberá contener: “La enunciación de las leyes, y en su defecto de los principios de equidad, con arreglo a los cuales se pronuncia el fallo”. No podía ser usado *contra legem* respecto de la misma Ley que le dio validez, porque al hacerlo por el diseño del sistema se lo quita. Misma suerte corrió la costumbre.

El efecto práctico inmediato, de ambas respuestas, es la *tesis de desatrincheramiento moral* del juez, esto es, de sacarlo de su trinchera de acervo moral con que podía juzgar las reglas y los casos llevándolo a un nuevo terreno. Precisamente, porque desatrincherarlo en juicio sobre la base de puro argumento, por quienes se ven involucrados como partes, era y es muy difícil sin norma escrita, al carecerse de un criterio intersubjetivo de referencia para juzgar la moralidad jurídica (como argumentó LOCKE, según vimos). El Derecho, la norma legal, se crea mediante fuente pública, es el “nuevo terreno” especialmente creado para el encuentro público, en el sentido de encuentro en una *medida pública*, para todo ciudadano, de manera de sacar de su terreno moral de la *aequitas* a la persona del juez, respecto de sus creencias de moralidad jurídico-políticas en sus proyecciones directivas, cualesquiera que sean éstas (usualmente antilibertarias y antiigualitarias), que usaba como fuentes de solución jurídica de los conflictos particulares¹⁴¹. El movimiento supone que se le permite al juez, en virtud de la libertad de conciencia, mantener cualquier posición de creencia evaluativa acerca de las interrelaciones sociales de las personas, y de la propia mensura implicada por la norma legal (esto es, si la ley calificó correctamente o no cierta conducta). Pero ello tiene un costo para la persona del juez, su libertad la paga al costo de que se le califiquen sus

¹³⁹ I. KANT, *Metafísica de las Costumbres*, pp. 44 y 45.

¹⁴⁰ A. BELLO, siguiendo a EMERIGON, escribió: “A pretexto de equidad no deben los jueces de los comerciantes (y lo mismo se aplica a los otros jueces) apartarse de las leyes y reglamentos... Si la ley es clara y precisa, no les es permitido violarla, por dura que les parezca... La conciencia de la ley vale más que la del hombre... Los jueces dan sentencias inicuas, cuando se imaginan ser árbitros y maestros de la equidad... Si el juez pudiera impunemente contravenir la ley, sería por consecuencia infalible dueño de las haciendas, honras, y vidas de los ciudadanos, pues sin temor de pena alguna podría disponer de ellas como quisiese, a pesar de la ley” (“Necesidad de Fundar las Sentencias”, pp. 86 y 87).

¹⁴¹ Desde el punto de vista de los juristas franceses, éstos fueron más bien reaccionarios a esta ideología, según relataban G. BAUDRY-LACANTINERIE y M. HOUQUES-FOURCADE: los primeros comentadores del *Code*, no se imaginaron que la publicación de una ley civil, les había privado del poder creador y de toda independencia en la interpretación; lo que confirma F. GÉNY (Vid. V. PESCIO, en *Manual de Derecho Civil*, t. I, p. 228, n. 6).

ideas como *privadas* acerca de la moralidad jurídico-políticas. La persona titular del órgano judicial, inserta en su función pública institucional, deberá invocar sólo ciertas razones especialísimas: las *razones públicas institucionales*, creadas en el terreno institucional de la discusión política, ante el órgano, instancia y procedimiento normativamente definido para ello. El juez ya no puede crear reglas o criterios desde su propia mejor razón, y así queda limitado en las opciones de tomar correcciones de la norma jurídica¹⁴². Esto implicará, al final de la cadena, un giro interpretativo-orgánico para el órgano juez, dejando de ser un *solucionador* de problemas jurídicos, mediante la mejor solución de moralidad política al caso (i), para pasar a ser calificado de un *aplicador* de la norma legal, esto es, un resolutor de casos mediante la aplicación al caso del sistema legal, éxogeno a él (ii). Ésta aparece como la distinción analítica/ideológica más importante sobre la función de la judicatura para el sistema. Y parece ser la doctrina de J.E.M. PORTALIS y A. BELLO los grandes codificadores en el viejo y el nuevo mundo, correspondientemente. Es así que el primero señala, en representación del legislador francés: “El poder judicial, creado para aplicar las leyes, tiene necesidad de ser dirigido en esta aplicación por ciertas reglas. Nosotros las hemos trazado: son tales, que la razón particular de ningún hombre no podrá prevalecer jamás sobre la ley, razón pública.”¹⁴³; la razón particular del hombre es la razón moral acerca de las cuestiones de lo público, esto es, de los términos de relaciones entre las personas.

Desde el punto de vista de las excepciones implícitas, este movimiento apuntó al cierre de éstas, que se realizaban mediante el instrumental de la equidad, esto es, de las consideraciones de moralidad jurídico-política de los jueces acerca de la mejor forma de entender cómo deben desenvolverse las relaciones sociales. Las consideraciones de moralidad del juez, al quedar calificadas como razones privadas acerca de las interrelaciones sociales, no tienen la fuerza sistémica para enfrentarse a las razones públicas, que reconoce el sistema vigente.

D) La siguiente respuesta fue el modelo de las normas o reglas formalistas en concreto, según se adelantó. Éste constituye el *presupuesto* último desde el cual se construirá y asentará la derrotabilidad, e implica expresar la concreción de la racionalidad práctica en el apoyo (o justificación) de la convención que se adopte acerca de la clase de noción de regla —la noción o concepción “de la regla” o “de la práctica”—, desde el punto de vista del ingeniero social, y su consecuencia para el destinatario. Su resultado tendrá consecuencias directas acerca de la posibilidad de las excepciones implícitas o derrotabilidad, y la pertinencia de nuestro tema.

¹⁴² Viene a responder a la cuestión que expresa entre otros en España, el ilustrado J.P. FORNER: “las ampliaciones, escepciones y limitaciones desviándose de la ley, no se ajustaban á otra regla que á los principios que quería establecer el intérprete; y como esos principios no sujetos á ley podían ser arbitrarios y nacidos de la idea metafísica que cada doctor se formaba de la justicia y de la equidad, muy desde luego comenzaron á dividirse en opiniones: multiplicáronse éstas á un cúmulo incalculable” (*Plan para formar unas buenas instituciones de Derecho Español*, p. 367).

¹⁴³ J.E. M. PORTALIS, *Discurso Preliminar del Proyecto de Código Civil Francés*, pár. 89, p. 51. A. BELLO por su parte señalaba que “tratando de la observancia de las leyes, hemos entrado insensiblemente en una parte de la moralidad de los jueces; pero sabemos que es difícil o imposible separar una materia de otra”, y agrega, en otro lugar, respecto de los jueces, que “no pueden en su desempeño separarse de las leyes; por muy poderosas que sean las razones privadas que les asistan para apartarse de su tenor o declinar un tanto de él, no debiendo oírse en el santuario de la justicia otras voces que aquellas, que, pronunciadas por la razón antes de los casos, dieron a los jueces las reglas seguras de su conducta” (“Observancia de la Ley”, pp. 58 y 61).

Lo importante aquí es identificar si y, en la positiva, *cómo* la racionalidad práctica puede apoyar la toma de ciertas decisiones convencionales que prohíban la toma en cuenta de consideraciones de racionalidad práctica. Para ello es necesario hacer una distinción entre dos niveles: uno general acerca del Derecho, como sistema o un todo (*a*), y otro acerca de las normas particulares (*b*). Además, es menester considerar que la toma de decisiones acerca del tratamiento de una cierta clase de conductas, puede estar apoyada en una o más razones.

Para comprender completamente el alcance del punto, desde la perspectiva de la racionalidad práctica, es muy pertinente tener en consideración el uso de la noción de espíritu de la ley o *ratio legis*, que es de interés para nuestro tema (ya que es expresión de las razones subyacentes que están involucradas en la derrotabilidad). Se trata de la apelación a las *razones* valorativas del legislador, esto es, a sus consideraciones de razón práctica. En general, cuando se plantea un programa de acción para ser llevado a la práctica, si hay un mínimo de racionalidad ello implica discutir: ciertas necesidades que estimar o reconocer como tales y dignas de cubrir (*a*), respecto de las cuales se pretende lograr ciertos efectos prácticos (*b*). Ello es propio y parte de la deliberación legislativa. Por lo que cuando el legislador, en su plano de creador del Derecho, entrega su producto a la población, esto es, las normas jurídicas particulares que emite: $N_1, N_2, N_3 \dots N_n$, pareciese que ello *lleva consigo* las *consideraciones de racionalidad práctica*, tanto para la interpretación como para la aplicación.

D.1. Sin embargo, aquella mirada del acompañamiento de las consideraciones de racionalidad práctica fue expresamente *bloqueada*, también por consideraciones de racionalidad práctica. Esto significa que desde el plano del ingeniero social (A), se optó y adoptó una decisión de sistema: en el plano del destinatario del Derecho (B), no pueden ser tomadas en consideración válidamente, esto es, como una razón reconocida por el sistema para apoyar un razonamiento jurídico y conclusión, las propias consideraciones de racionalidad práctica que acompañan de trasfondo a las normas legales y al sistema mismo.

Esta evaluación desde la posición del ingeniero (A) se puede apreciar en BECCARIA (una de las versiones más fuertes de la Codificación) al sostener lo siguiente:

“No hay cosa más peligrosa que aquel axioma de que es necesario consultar el espíritu de la ley. Esto es un dique roto al torrente de las opiniones. Esta verdad que parece una paradoja a las mentes más vulgares, más impresionadas por un pequeño desorden actual que por las funestas, pero remotas consecuencias que nacen de un falso principio arraigado en una nación. Cada hombre tiene su punto de vista, y cada hombre en tiempos diferentes tiene uno distinto. El espíritu de la ley sería pues, el resultado de la buena o mala lógica del juez... dependería de la violencia de sus pasiones. De aquí que veamos ser castigados diversos delitos por un mismo tribunal de modo diverso en diversos tiempos. Un desorden que nace de la rigurosa observancia de la letra de la ley penal no puede compararse con los desórdenes que nacen de la interpretación”.¹⁴⁴

Esto implicó dos cosas importantes para la Codificación y nuestro tema de las excepciones implícitas: la postura de la caja negra y la asunción del costo axiológico.

¹⁴⁴ C. BECCARIA, *De los Delitos*, pp. 48 y 49.

▸ La *postura de la caja negra* supone una postura respecto de la noción de las normas jurídicas, para el destinatario. Dado que las normas serán disposiciones artificiales, de coordinación de posibles conflictos sociales, ellas implican la aceptación de ciertas razones como *prevalentes* V_1 , (p.ej. ambiente libre de contaminación) y el descarte de otras $\neg V_2$ (p.ej., libertad de fumar), sobre la base de una cierta ponderación legislativa, las que se erigen como razones subyacentes a la norma expresa (prohibido fumar). Pues bien, dicha *ratio* y el balance legislativo de razones subyacentes se van a encontrar *encerrados*, en algo así como en una *caja negra* de tipo *hermética*. Esto implica para el destinatario dos prohibiciones:

(a) no puede abrir la caja de razones subyacentes para examinarlas, y afectar la interpretación.

(b) ni tocarlas para manipularlas: cuestionar el balance de razones en conflicto, ni la procedencia aplicativa de la norma.

▸ La tesis de la *asunción del costo axiológico* es una razón pragmática para desestimar razones. El *costo axiológico*, esto es, el menoscabo de no plasmación y no realización aplicativa de los valores o razones subyacentes a la legislación, para BECCARIA y MONTESQUIEU podía implicar una comprensión y aplicación literalista de la norma jurídica, era un precio que *podía* y *debía* asumirse *racionalmente* en términos *comparativos*. El criterio es relacional: de *mayor que*. La asunción del costo axiológico se da ante los *mayores costos en términos de seguridad jurídica y personal* que implicaba la apertura a recursos de racionalidad práctica de trasfondo, que en la *praxis* se presentaban como *no controlables* en las manos del juez, de acuerdo a su diagnóstico, quedando entregada la ley al arbitrio judicial. Esto plantea un orden lógico: para asumir la forma de norma formalista, debía asumirse, de manera previa, el costo axiológico que ello implica.

Esto era importante porque la falta de control al momento en que se planteó la tesis, precisamente se estaba prestando, en los hechos, para abusos generalizados en contra de las personas, por parte de los jueces y juristas, o de las propias autoridades regias. No era una mera especulación teórica, sino una realidad práctica lo que se sopesaba y encaraba.

E) Desde el punto de vista de la aplicación, se configura aquí la visión *definitoria* de las normas jurídicas (y que tendrá una enorme consecuencia para la actual cuestión de la derrotabilidad). La teoría de la Codificación al ser construida sobre los axiomas evidentes y sus consecuentes desarrollos, seleccionados en la división de trabajo por el legislador, y expresados con un lenguaje claro y preciso en las leyes, requería respecto de sus normas jurídicas nada más que su *aplicación ciega* por parte del juez, como un *autómata* que hace cálculos jurídicos, a través de la mecánica del método deductivo y la comparación subsuntiva. De esta manera, la autonomía metodológica de la aplicación estaría prácticamente anulada por la ingeniería político-jurídica, junto con la actuación creativa de la judicatura. El objetivo pragmático era precisamente que el juez no introdujese excepciones, ampliaciones o restricciones *ad hoc* al caso particular.

- El *more mathematico* se importa al Derecho para formar un sistema jurídico, como sistema deductivo legal, que si bien tenía por objeto primario la presentación del Derecho, no culmina allí en sus potencialidades. El método podía proyectarse a la aplicación. Mediante la deducción, se garantizaría “la verdad” en el paso lógico necesario desde las

premisas normativas claras a las conclusiones aplicativas. De tal manera que este método permita estar seguro de la correcta aplicación de las leyes (bajo el supuesto de estar correctamente establecida la premisa fáctica). El juez tendría que calcular el resultado jurídico al caso singular, con la *mecánica* deductiva, que entrega seguridad de razonamiento, logrando así la exclusión de arbitrio humano. Esto podía tomar la forma del modelo de, sea un silogismo práctico judicial, o cadena de silogismos, o de escala de categorías graduales.

▪ En el *silogismo práctico judicial*, como planteaba BECCARIA, “*la premisa mayor debe ser la ley general; la menor, la acción conforme o no con la ley; la consecuencia, la libertad o pena*”¹⁴⁵. Su forma es de la siguiente manera: *A* debe ser *B* (premisa mayor o jurídica); *a* es (premisa menor o fáctica); luego debe ser *b* (conclusión). Por ejemplo:

- (i) El que mata a otro (*A*), debe ser castigado con 10 años de cárcel (*B*);
- (ii) Juan mató a Pedro (*a*);
- (iii) luego, Juan es castigado con 10 años de cárcel (*b*).

▪ La *escala de categorías* supone el uso de conceptos de *grado* y una relación semántica de subsunción. Se tiene como paradigma el cálculo de la pena, que supone una tabla de penalidades dividida por tiempos, por ejemplo, de 1 día de cárcel a 20 años. Se segmentan los lapsos por tramos (por ejemplo, de 1 día a 60 días, de 61 días a 360 días, 361 a 3 años, etc.), que van a representar un grado de pena, y que son la base móvil del cálculo. A partir de una pena base asignada a un delito específico, que se estima como consumado (por ejemplo, 10 años y 1 día), se le agrega el factor del grado de *iter criminis* que baja grados (frustración, baja un grado, o tentativa, baja 2 grados), luego el tipo de autoría o participación del caso (autor, cómplice o encubridor), que da un resultado determinado en rebaja o suma de grados. A éste se agrega, literalmente, la suma o resta de las agravantes y atenuantes, para el cálculo de la pena, en relación con una escala de penalidades detalladas según tipo de pena, y los diversos grados dentro de cada una de ellas. El juez debe calcular cuánto vale cada factor penal, a favor y en contra, literalmente suma y resta puntos para la individuación de la pena. Por tal razón, el juez es como “autómata”, que se limitaría a *calcular* dicha pena como un mero resultado, sobre la base del mecanismo penal.

Esto evitaría al juez el uso de su arbitrio para fallar, actuando más bien como un calculista (autómata), a través de la *mecánica* deductivista. Dicha actividad intelectual se realizaría *sin pasar por ninguna otra consideración* del caso singular, pues entraría la *mecánica* calculista y, en particular, silogística. En ella no entraría ninguna consideración especial o evaluativa —como los posibles valores del caso—, más que la determinación de los hechos y la letra de la ley. Sobre esta última, la ley, rige el viejo adagio de “*dura lex sed lex*” (la ley dura es ley y debe aplicarse tal cual es). Desde el punto de vista de la ingeniería política, se bloqueaba y borraba así al juez como un actor político de la creación del Derecho siquiera a nivel de aplicación, y se concreta así el postulado de MONTESQUIEU, de que el juez sólo sería la boca de la ley, y así en realizar la calificación de que el Poder Judicial sea un poder nulo¹⁴⁶, frente a los creadores del Derecho.

El esquema del ámbito jurídico quedaría entonces planteado así:

¹⁴⁵ C. BECCARIA, *De los Delitos*, p. 48.

¹⁴⁶ MONTESQUIEU, *El Espíritu*, t. I, pp. 147 y 149.

(A)	(B)
Derecho Legislado	Destinatario Operador Judicial
1) [Ratio Legis]	
2) Norma Legal →	→ → Norma Legal ↓
3)	Aplicación mecánica y concreta

Si se reúnen las condiciones de una buena legislación, la norma legal tiene campo abierto para su paso, sin pérdida semántica, desde la posición del legislador al operador judicial para su aplicación mecánica

- Se erige entonces el viejo adagio “*dura lex sed lex*”, la ley es dura pero es la ley y debe cumplirse en aplicación tal cual como manda. En la fórmula de MONTESQUIEU, la ley, desde el punto de vista de los jueces, no podía ser moderada ni en la fuerza ni en el rigor¹⁴⁷. Esto tuvo una consecuencia gravitante para la configuración de la *noción* de norma jurídica, en el contexto de aplicación, ya que ésta puede ser entendida según dice la filosofía del Derecho, en términos actuales, desde el punto de vista del razonamiento jurídico como lo siguiente: las normas jurídicas son *razones protegidas* para la acción (J. RAZ)¹⁴⁸. Esto importa que tengan el carácter de *perentorias* o *concluyentes* dichas razones, en cuanto su presencia es *decisiva* respecto de un problema en aplicación. Esto último, como expresase Th. HOBBS, refiere a que una orden o mandato se da “*cuando un hombre dice: haz esto o no hagas esto, sin esperar otra razón que la voluntad del que formula el mandato*”¹⁴⁹, es decir, en la medida que se reconozca el mandato de quien tiene poder, éste debe obedecerse.

La interpretación de la filosofía contemporánea de aquello nos la entrega H.L.A. HART. La idea característica es que el receptor acepte la voluntad del superior, como guía de acción, en lugar de la suya propia, *sustituyéndola* por cualquier *deliberación o razonamiento* propio sobre los *méritos* de la acción que ha de adoptarse. En tal sentido, la voluntad del superior no pretendería funcionar en la deliberación del individuo, como una razón de mayor peso o dominante, pues esto supondría que la deliberación independiente fue llevada a cabo. En lugar de esto, el superior pretende separarla o excluirla¹⁵⁰.

Pues bien, esta nueva noción que alumbró HOBBS, entre otros¹⁵¹, implica dos consecuencias, una positiva y otra negativa:

¹⁴⁷ MONTESQUIEU, *El Espíritu*, t. I, p. 149

¹⁴⁸ Vid. así, J. RAZ, *Razón Práctica y Normas*, pp. 240 y 241, en esto lo sigue A. RÓDENAS, “En la Penumbra: Indeterminación, Derrotabilidad y Aplicación Judicial de Normas”, p. 70.

¹⁴⁹ Th. HOBBS (*Leviatán*, cap. XXV, p. 17).

¹⁵⁰ H.L.A. HART, “Mandatos y Razones Jurídicas Dotadas de Autoridad”, p. 92.

¹⁵¹ La noción de que la regla que vale por la voluntad, o regla positiva, tiene varias fuentes. Por una parte, desde el punto de vista filosófico, parte del medievalismo de cuño agustiniano representado por ENRIQUE DE GANTE, GABRIEL BIEL, en Alemania y J. MAYR, J. ESCOTO y G. de OCKHAM en Inglaterra y Escocia, apoyaba esta tesis, según F. SUÁREZ, *Tratado de las Leyes y Dios Legislador*, t. I, lib. I, cap. V, p. 26 (sobre la posible influencia de SUÁREZ sobre LOCKE vid. F. BACIERO, “Francisco Suárez como Gozne entre la Filosofía Política

i.- La *positiva* trata de que para el destinatario, la norma legal constituye una *razón directa para realizar* la acción debida para aquél, y así en términos de que ella es *suficiente apoyo* para dicho destinatario a efectos de decidir lo que hacer en el caso singular. Para el juez, ello importa dictar la resolución cuyo contenido se corresponda con la regla (que le podemos llamar el carácter de *imperatividad* de la regla)¹⁵². Por ejemplo, si la norma decía que hacer algo en aplicación, como, o bien privar de la propiedad a las personas, como Juan, o penar a alguien, como Pedro, entonces debía hacerse lo que ella dictaba directamente, sea privándole de la propiedad a Juan o penando a Pedro, en tanto estuvieren en el caso.

ii.- La *negativa*, si es mirada desde el punto de vista consecuencialista, se entiende como una exclusión de las razones de tipo extranormativas. Esto en el sentido de que viene a excluir la deliberación respecto de un curso de acción a seguir o no. Deliberar significa razonar, argumentando los pro y contra de las razones de una decisión, que en este caso refiere a las razones que indica el Derecho respecto de una cierta conducta o decisión, frente a otras razones que provienen de fuera del Derecho (o que siendo institucionales no son normativas). Las razones extranormativas, como las morales o los valores, como decía A. BELLO, deben *callar* ante las razones públicas de la ley (es el carácter *excluyente* de la norma)¹⁵³. Esto implica, por ejemplo, que si la ley mandaba quitarle la casa a Juan o penar a Pedro, no existía o no tenía validez lo que HART llama un “*a menos que...*” implícito que afectase a la norma¹⁵⁴, de consideraciones que fueran de equidad o de justicia no consideradas por el legislador especial y expresamente en su formulación para el caso discutido —incluso si se produjere un resultado fraudulento o injusto—. La importancia de la no existencia o admisión del “*a menos que...*”, radicaba en que se excluía la argumentación válida de excepciones implícitas, para provocar las distinciones tan gustosas del viejo Derecho.

- A mi juicio, la postura de la caja negra ahora puesta en aplicación, como parte de la noción de regla como norma, tiene como consecuencia lo que actualmente F. SCHAUER designa como el “*atrincheramiento lingüístico*” de las *normas*, con respecto a las razones

Medieval y John Locke”, pp. 263 a 274). Por otra, una generalización de una categoría jurídica de leyes que se resistía a la reducción a la razón eran las “*lege mere positivae*”. Se trataba de leyes que no tenían de trasfondo una relación directa o precisa con la justicia o equidad, sino que implicaban, o bien una decisión política de oportunidad y conveniencia, como las leyes administrativas o de organización, o que dan un corte a una situación de suyo vaga, como las que establecen un plazo, en donde es más o menos arbitraria la decisión de un día u otro (como se explica actualmente). Precisamente, en esos casos la voluntad reemplaza a la razón (Cfr. A. GUZMÁN BRITO, *Codificación del Derecho Civil e Interpretación de las Leyes*, pp. 52 y 53). Éstas parecen haber tenido como precedente la práctica romana de dictar leyes solamente en casos excepcionales respecto de materias cuya naturaleza no dependían de una dictamen jurisprudencial, o reprimir punitivamente abusos sociales, o reformas de carga política y social que vedaban la intervención del jurista, de las cuales habría devenido el dicho *dura lex sed lex* (Vid. A. GUZMÁN BRITO, “La Función Jurisdiccional en las Concepciones Clásica, Moderna y Contemporánea”, pp. 206 y 207). Existe una tercera fuente, más ligada a LOCKE, que refiere a la soberanía y regla contractual o convencional. BODIN señalaba que el poder soberano es de quien lo tiene perpetuamente (así como los hombres salidos del estado de naturaleza en LOCKE), y una de las formas de quedar limitado es respecto de las justas convenciones que ha celebrado, como quedaría obligado un particular; en el fondo, una especie de *pacta sunt servanda* (Vid. J. BODIN, *Los Seis Libros de la República*, pp. 54 y 55).

¹⁵² A. RÓDENAS, “En la Penumbra: Indeterminación, Derrotabilidad y Aplicación Judicial de Normas”, p. 70.

¹⁵³ A. BELLO, “Observancia de la Ley”, pp. 58 y 61.

¹⁵⁴ H.L.A. HART, *El Concepto de Derecho*, p. 174.

subyacentes del sistema jurídico¹⁵⁵. Esto refiere a que las *razones que subyacen* al sistema normativo y a las normas jurídicas, como los valores, intereses, fines o principios, serían *opacos* para el juez al momento de aplicar la norma, porque los términos de la norma adquirirían autonomía semántica respecto de las razones subyacentes. Estas últimas no son una razón jurídica para ser consideradas *en la aplicación*, por lo que el *espíritu* de razón subyacente a la norma o del propio sistema no podía ser utilizado directamente en la aplicación, ni menos el conflicto de dicha razón con otras razones relevantes podría ser considerado. —Lo que constituye una proyección de la propuesta dura de BECCARIA.

La norma jurídica una vez determinada, y trasladada al contexto de la aplicación, *fijaría las condiciones de aplicación* de tipo *normativas* para los casos. Ellas ocupan la posición de la premisa mayor o jurídica en la argumentación aplicativa. De esta manera, deberían ser seguidas fielmente en la aplicación, como requerimiento de fidelidad a la norma y del principio del imperio del Derecho, ya que es el Derecho el que construye el conjunto de casos singulares que quedan abarcados por la normativa aplicable, en torno al cual deberán ordenarse los enunciados singulares de aplicación. Como explica HART este formalismo transforma los conceptos jurídicos en términos de condiciones necesarias y suficientes para la conclusión aplicativa¹⁵⁶. Ahora bien, con base en el principio *dura lex sed lex*, cualquier ley por dura que fuese, prácticamente tuviese la consecuencia que fuera, respecto a las razones jurídicas subyacentes del sistema jurídico (que pueden no alcanzar en un cierto caso o entrecruzarse en situaciones de aplicación) o incluso produciendo un resultado fraudulento, debía ser aplicada sin importar aquéllas o dicho resultado.

Entonces, las razones subyacentes, sean de la propia norma (no consideradas mayormente por el intérprete), sean del propio sistema normativo (pero en principio no consideradas u omitidas por el legislador para la clase de casos), en el nivel de aplicación no podían tener función:

(a) ni *directiva* de la conducta, esto es, no podían legítimamente dirigir o motivar adecuadamente la conducta de la persona del juez en aplicación;

(b) ni *correctiva* de la interpretación, cuando las hipótesis interpretativas chocasen o no se correspondiesen con las razones subyacentes.

(a) Su falta de carácter directivo, les quitaba el carácter de ser un instrumento decisorio para inclinar el juicio de aplicación en otra dirección que no indicaran las normas legales. (b) Luego, con la aceptación de la interpretación, su ausencia de carácter correctivo, la proyección del *dura lex sed lex* a la interpretación, implicó que había que asumir las consecuencias aplicativas de la interpretación de lo que se creía cómo era la norma legal, por lo que no eran una razón válida para ofrecer como argumento que forzara la corrección o rechazo de la interpretación de que se tratara.

La concreción de la decisión convencional de la anulación de la autonomía metodológica de la aplicación, en relación con las razones subyacentes, fue reconocida por la CORTE SUPREMA, en tiempo antaño, en sendos fallos recogidos en extracto en el “Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas”, decretando y reconociendo que “la

¹⁵⁵ F. SCHAUER, *Jugando con Reglas*, pp. 89 a 92, 106 a 112, 113 a 121 y 259 a 269.

¹⁵⁶ H.L.A. HART, “El Cielo de los Conceptos de Ihering y la Jurisprudencia Analítica Moderna”, p. 113.

*misión del tribunal consiste en aplicar la ley escrita, cualesquiera que sean sus consecuencias o las circunstancias especiales del caso fallado*¹⁵⁷. Las circunstancias especiales son las que conectaban con o reconducen a valores subyacentes o razones de moralidad política que eran éticamente pertinentes al caso singular. Esto implicaba, precisamente, que la aplicación debía asumir *todo el costo axiológico* de una aplicación formalista del Derecho, ciega a toda otra consideración valorativa o política que no sea la ley misma, considerada en su forma lingüística. Así, por ejemplo, el art. 11 del Código Civil señala que la nulidad de un acto procederá, incluso cuando se acredite en el caso singular que el particular acto que se examina no ha sido contrario al fin de la ley, asumiendo así el eventual costo no fraudulento para los valores: “*cuando la ley declara nulo algún acto, para precaver un fraude, o de proveer a algún objeto de conveniencia pública o privada, no se dejará de aplicar la ley, aunque se pruebe que el acto que ella anula no ha sido fraudulento o contrario al fin de la ley*”.

¿Cómo se complementó aquello desde el punto de vista de las directivas jurídicas, para evitar intervenciones de ciertas alusiones a los valores o principios en las normas jurídicas, como en el caso de la buena fe que menciona el artículo 1546 del Código Civil? Se estableció una noción de regla de tipo estanco en lo relativo a la aplicación y, de manera conjunta, se interpretaron los principios de forma programática y supletoria a las normas de reglamentación.

a) La concepción de norma como un estanco o ficha de biblioteca, la explica CALAMANDREI:

“cada artículo de los códigos es una ficha, hecha para un determinado modelo de comportamiento humano. Todas las acciones humanas que tienen relevancia para la sociedad... son clasificadas por tipos y registradas en el fichero”¹⁵⁸.

Esto implicaba que la norma se entendía como autónoma y se aplicaba de acuerdo a su materia específica, lo que respondía a un viejo principio de que “a cada norma su materia específica”, según los sujetos involucrados, la materia tratada, los objetos, etc. Entre más específica la norma, mayor prevalencia en aplicación, y al revés, entre menos específica, menor. Por lo tanto, las normas de contenido más genérico, como los principios, aunque por razón de materia tuvieran un factor de relevancia, eran desplazadas por aquella más especial.

b) Los principios mismos podían tener la capacidad de interrelacionar normas, o explicarlas o apoyarlas sobre la base de un eje común, como las normas que especifican la buena fe. Los principios para efecto de no ser aplicados eran tratados como normas *programáticas* desde el punto de vista de la aplicación, es decir, que necesitan ser desarrollados por las normas positivas específicas para ser aplicados. De esta manera, cobra sentido que cuando se producía un conflicto de propósitos, éste no fuera leído como un conflicto normativo, y carecía de sentido jurídico un conflicto entre normas y principios, situación en que regía el *dura lex sed lex*, ya que estos últimos sólo podían apoyar normas.

¹⁵⁷ CORTE SUPREMA, sentencias de 2 de enero de 1936 y 12 de diciembre de 1941, *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia*, t. I, p. 74.

¹⁵⁸ P. CALAMANDREI, *Proceso y Democracia*, p. 61.

Si bien eran programáticos frente a las normas positivas, en el mejor de los casos podía tratárseles como un dispositivo *supletorio*. Esto tenía mucho que ver con la característica anterior del estanco, ya que complementa la especificidad de la materia, al identificarse los principios como normas genéricas, que sólo podrían ser aplicadas no contra las normas, sino que en el mejor de los casos, a falta de norma con contenido material específico, es decir, para llenar vacíos de normas legales específicas (lo que más o menos se sigue sosteniendo hoy pero en términos de una versión más suave¹⁵⁹). Por esto es que el desarrollo de las reglas de solución de antinomias giró en torno a ejes formales, como el contenido material específico, y no sustantivos (valorativos).

Considerando estos aparatos, en coherencia con la nueva construcción del Derecho y su imagen, no era importante jurídicamente un conflicto de principios o de propósitos, y menos entre normas y principios, sino cómo las normas específicas se expresaban respecto de su propio estanco. Éste es parte del trasfondo que tiene la jurisprudencia de la Corte Suprema que hemos citado, en línea con la nueva construcción. Pero ello nos arroja un punto de proyección. Vencer la imagen del Derecho construido por normas formales específicas aplicables, requería alterarla a través de afectar las convenciones metodológicas, así como la propia comprensión y función de los principios y las razones subyacentes.

Desde el punto de vista metodológico, para el destinatario, ello implicaba una distinción, de si se trataba con normas claras y precisas o no (un anuncio que había adelantado MURATORI). La claridad refería a que no fuese ambigua, ni ofreciere una indeterminación de los criterios configuradores de la norma misma. La precisión apuntaba a que efectivamente permitiese una efectiva distinción entre casos que caen dentro del dominio de la norma y de los que no. La explicación entronca con lo que TOULMIN llama la obsesión de la modernidad: la certeza intelectual¹⁶⁰. Subyacente tras ello se encontraba un aspecto filosófico clave: la *evidencia*¹⁶¹. Lo evidente es algo patente o palpable a la mente. Esto juega un papel clave: la claridad y precisión del lenguaje hacía las cosas evidentes, de tal manera que aparecen como dadas por la realidad a la mente, fijadas o grabadas en esta última; en nuestro tema, para que a cualquier ciudadano lector le fuera evidente el Derecho de manera directa en su mente, de modo que le produjese certeza en su conocimiento, en particular, de las áreas en que podía actuar libremente.

a) Si la norma era clara y precisa, todas las características del modelo de la regla formal se imponían. Por lo que no se tenía que interpretar la norma, de acuerdo con la regla *in claris non fit interpretatio*, y debía aplicarse bajo la regla *dura lex sed lex*. Esto suponía una concepción del lenguaje de que podía transmitir los significados sin pérdida, una teoría de la mente del tipo *tabula rasa*, de manera que el lenguaje fijase en la mente del destinatario lo que se pretendía decir.

¹⁵⁹ En cuanto a que para ser aplicadas requieren los principios de ser especificados en reglas Vid. M. ATIENZA, *El Derecho como Argumentación*, pp. 168 y ss. R. GUASTINI, *Interpretar y Argumentar*, pp. 216, 217 y 218.

¹⁶⁰ Es la agenda cartesiana la que se encuentra en el fondo del asunto, junto múltiples otras cuestiones de la filosofía, S. TOULMIN, *Cosmópolis*, pp. 19, 34, 67, 75, 76, 111, 112.

¹⁶¹ La evidencia que se puede interpretar en la historia de la filosofía, como una respuesta de DESCARTES al desafío de M. MONTAIGNE respecto a su escepticismo. Vid. S. TOULMIN, *Cosmópolis*, pp. 9, 75 y 76.

b) Si la norma no lo era. Entonces, el programa original planteaba que había que hacer reenvío del problema legal al legislador (llamado “referimiento al legislador”), para que, o bien desambiguase la norma legal, o completase el criterio faltante, en el caso de que se afectase la claridad; o para que corrigiese la imprecisión de la referencia.

Para algunos se trataba de una evaluación de costos: lamentablemente había que proceder a interpretar por parte del juez¹⁶², de acuerdo a ciertas reglas metodológicas de interpretación, lo que implicó darle primacía, como señaló la Jurisprudencia de Conceptos alemana, a reglas objetivas, como las gramaticales propias de la teoría inferior, y las sistemáticas buscando reconstruir las nociones superiores del sistema jurídico, tales como contrato, negocio, voluntad, error; delito, acción delictiva, tipicidad, antijuricidad, culpabilidad, etc., así como las consecuencias, por ejemplo, de nulidad, indemnización, penas, etc., que eran inducidas desde las proposiciones particulares del mismo texto legal, para efectos de elucidar y completar los diversos problemas que pudiesen presentarse¹⁶³. Ello también incluía principios con sentido técnico, como abstracciones desde ciertas constantes legales, no propiamente morales (aunque pudiesen tener ribetes morales), como el principio de que no hay delito sin ley, el principio de culpabilidad. Pero todo esto, por supuesto, tenía un sentido, la forma conceptual se vuelve una garantía; por lo que se ha señalado, en materia penal, que el esfuerzo de la ciencia penal decimonónica se centró en elaborar conceptualmente el contenido material que corresponde a todo delito, con el fin de crear límites al legislador¹⁶⁴. Sea como fuere, la solución de la causa debía estar unida directa o indirectamente a la ley escrita¹⁶⁵.

Pero de ningún modo podía tomarse en cuenta las circunstancias particulares del caso singular. Cualquier problema de vaguedad extensional estaba sujeto a la fijación del sentido del texto legal, sin consideración al caso, es decir, tenían que asumirse las consecuencias abstractas del resultado de la interpretación. Por lo que no podía considerarse la rigurosidad de la ley para el caso de aplicación.

– Todo esto implicó, de hecho, decisiones o convenciones en doble-doble nivel y cuatro dimensiones, para efectos de la perspectiva del destinatario. En un primer nivel, respecto de las normas jurídicas particulares (a), o del sistema jurídico en general (b); respecto del nivel de interpretación (c) o aplicación (d). Las cuatro dimensiones devienen de su entrecruce.

Por la primera perspectiva (a) respecto de las normas jurídicas particulares dictadas: se puede tener una convención de no consideración de las razones subyacentes a las normas jurídicas para efectos de su interpretación (i) o para los efectos de la aplicación (ii). Ésta encuentra expresión en la tesis de BECCARIA como versión más extrema, de la mano con MONTESQUIEU. Ella es representativa de esta combinación en sentido fuerte, es decir, en ambos aspectos, de la noción de regla como norma (formal). Mientras que la evolución

¹⁶² J.E. M. PORTALIS, *Discurso Preliminar del Proyecto de Código Civil Francés*, pár. 89, p. 51 y A. BELLO, “Observancia de la Ley”, pp. 58 y 61.

¹⁶³ R. VON IHERING, “Teoría de la Técnica Jurídica”, pp. 60 y ss.

¹⁶⁴ Así, RUDOLPHI, citado por J.L. GUZMÁN DÁLBORA, “Estudio Preliminar”, en J. BIRNBAUM, *Sobre la Necesidad de una Lesión de Derechos para el Concepto de Delito*, p. 33.

¹⁶⁵ F. GÉNY, *Método de Interpretación y Fuentes en Derecho Privado Positivo*, pár. 34, p. 50.

subsiguiente fue marcando un apoyo hacia la intención del legislador, no como una cuestión ontológica de la norma, sino como un medio que formaba parte de la interpretación de las normas jurídicas, como en la doctrina de PORTALIS¹⁶⁶, y muy particularmente en la obra de A. BELLO y su referencia al espíritu del legislador (en el artículo 19 del Código Civil).

En un segundo nivel (b), respecto del sistema: la no consideración de las razones subyacentes del propio sistema como totalidad, para efectos de su interpretación (i) o para efectos de su aplicación (ii). En razón de la decisión de segundo nivel, se configuró una teoría expositiva del concepto del Derecho, de su estructura y formas de identificación. Es así que el Derecho pasó a conceptualizarse como un sistema normativo, es decir, compuesto únicamente por normas legales o jurídicas, al modo de un modelo de normas positivas, en tanto reglas generales. En este sentido, el Derecho válido comienza y termina allí donde se encuentra la norma positiva, las que vienen a erigirse en el sistema jurídico. Éste adoptó bajo la forma específica del “legalismo”, al amparo de la doctrina de la escuela de la Exégesis francesa¹⁶⁷, y su ampliación mayor pasó a considerar las categorías o conceptos legales que éste implicaba de forma sistemática, de acuerdo con el programa de la denominada “Jurisprudencia de Conceptos”¹⁶⁸. De ello fue derivando hacia el programa normativo formalista, por mezcla de otras influencias, como la neokantiana, en una concepción exclusivamente normativista, del tipo coactivo del Derecho, construido bajo condiciones dinámicas que determinan su producción, y que desde el punto de vista estático o de contenido las normas jurídicas encuentran su fuente de validez en la norma hipotética fundamental, como señaló Kelsen¹⁶⁹; o en la influencia de la filosofía analítica, como un modelo de unión de reglas, que lo caracterizan en lo medular, teniendo su eje en la regla de reconocimiento, como lo planteó HART: el llamado modelo de las reglas o normas¹⁷⁰. En ambos casos, me parece que se produce una *tesis de convergencia*. Ese modelo ideal de reglas o normas para el destinatario, convergía con la selección neokantiana de buscar las formas puras en Kelsen, y convergía con el modelo analítico acerca de cómo era recibido el Derecho desde el punto de vista del partícipe en la perspectiva de la tradición analítica que

¹⁶⁶ J.E.M. PORTALIS, *Discurso Preliminar del Proyecto de Código Civil Francés*, *Ibíd.*

¹⁶⁷ Como recogió J. BONNECASE respecto del eslogan de la escuela: “el Derecho positivo se identifica por completo con la ley” de tal manera, que recordando a BUGNET cita: “No conozco el Derecho civil, sólo enseño el Código de Napoleón”. Refiriendo las palabras de F. LAURENT señala que el intérprete “no tiene ya por misión hacer el Derecho: el Derecho está hecho. No existe incertidumbre pues el Derecho está escrito en textos auténticos... A ellos no les toca el trabajo de legislar, sino al poder legislativo. La consecuencia es evidente: haciendo el Derecho, los autores y los magistrados usurparían al Poder que la Nación soberana ha investido con esa atribución”. (*La Escuela de la Exégesis en Derecho Civil*, pp. 140 a 143).

¹⁶⁸ Es así que R. VON IHERING, principal exponente de la jurisprudencia de conceptos, generó una especie de realismo conceptual de tipo jurídico, en lo que llamó la “jurisprudencia superior”, mediante la sistematización de ciertas proposiciones repetidas en las leyes; como de las diversas regulaciones de contratos, una concepción *general* del contrato, con cierta estructura y atributos propios. IHERING, “Teoría de la Técnica Jurídica”, pp. 84 y ss.

¹⁶⁹ Vid. H. Kelsen, sobre la pureza del Derecho en *Teoría Pura del Derecho*, pp. 16.

¹⁷⁰ H.L.A. HART plantea la base de su elucidación de lo que sea el Derecho como una unión de reglas primarias y secundarias, así como su acción recíproca, en tanto forma de captación de las características del sistema jurídico (*El Concepto de Derecho*, pp. 13, 18 101, 102, 107, 121, 263 y del mismo “Mandatos y Razones Jurídicas Dotadas de Autoridad”, pp. 92 y ss.).

M.A. RODILLA extiende la relación de HART a HOBBS, como progenitor del positivismo, en “Estudio Preliminar”, en Th. HOBBS, *Diálogo entre un Filósofo y un Jurista*, pp. XIX a XXXII.

asume HART. El modelo metodológico muestra su adecuación o es funcional a la cuestión de trasfondo de la recepción de la concepción formalista del sistema jurídico.

La interpretación de ambas perspectivas implica un movimiento profundo y complicado, pues en cierto sentido aparece como autorreferencial. Las propias consideraciones de racionalidad práctica son las que apoyan o sugieren que las normas jurídicas no puedan ser limitadas por la racionalidad práctica, por una parte, ni que el sistema normativo mismo, su reconocimiento como tal, sea limitado por consideraciones de racionalidad práctica, ya que podría permear hacia las decisiones de aplicación de primer grado, en tanto que las normas tienen sentido por su pertenencia al sistema jurídico mismo, esto es, sin que implique una apertura de fuentes jurídicas hacia la equidad o la moral, por ejemplo: el Derecho es sólo un sistema de reglas, sin cabida de otras consideraciones extranormativas. Esto es lo que dotó al sistema jurídico, el Derecho, de autonomía en esta concepción, desde el punto de vista del destinatario, como un sistema de normas. Y se logra porque el Derecho, al pasar a concebirse como un sistema artificial y no lógico, no como algo dado por el orden natural, sino construido por la voluntad, no necesitó más fundamento que cualquier construcción artificiosa, desde el punto de vista del destinatario, por lo que necesita sólo tener estatuido las bases del sistema. Se vuelve un aparato donde la operatoria o funcionamiento es lo relevante. La noción de Derecho como un conjunto sistémico de reglas, no tiene más sentido que ése; lo que es producido particularmente por las propias razones prácticas de trasfondo autorreferentes.

¿La racionalidad práctica puede ser autorreferente? Parece extraño. Pero aquí se necesita una distinción. La racionalidad práctica efectivamente se autolimita en relación con las normas particulares, pero ésa es una sugerencia general respecto de las normas particulares, por lo que la decisión no se encuentra al mismo nivel. Pero sí la conclusión de limitación de la racionalidad práctica a nivel general tiene ese cariz. Sin embargo, debe precisarse lo siguiente: al menos en la medida en que el apoyo refiera a decisiones convencionales, en donde la voluntad es la condición directa de la validez de las convenciones, la racionalidad práctica funciona prestando más bien apoyo o justificación a dicha razón sobre la base de consideraciones que trasladan la estimación a los efectos o consecuencias de ciertas decisiones. En ese sentido, es la propia convención la que suprime la referencia deliberativa a dichas consideraciones. No es la racionalidad práctica la que se autolimita en la *praxis*, sólo apoya la decisión de autolimitación. Además, no se trata de que no existan las consideraciones de racionalidad práctica, ni que el destinatario no pueda verlas en general, sino que la sugerencia de dicha racionalidad, es que no se las tenga como consideraciones válidas, cuando se razona acerca de la conducta que debe adoptarse. Y ello es lo que se adopta por convención. Por supuesto, esto apoyado en una estructura interpretativa de las piezas del Derecho, en cuanto a su concepción, función y aplicación, que hemos visto de las normas y los principios.

Algunas conclusiones preliminares.

Este programa configuró en el largo plazo, de hecho, el sistema jurídico y de la noción de norma o regla centrada en la expresión formal de aquéllos y la aplicación sobre una base mecánica y semántica.

Como se puede apreciar, bajo la concepción clásica de las normas construidas por los filósofos y juristas ilustrados, no cabía lugar para las alteraciones de las normas en el contexto de aplicación, sea ampliando su alcance, sea restringiendo el mismo a través de excepciones implícitas o lagunas axiológicas en aplicación por parte de jueces y juristas. Ello ponía en peligro los objetivos de racionalidad práctica del diseño institucional del Derecho y de las normas jurídicas, y socavaría la concepción misma de la norma jurídica construida por éstos, cuando se dejasen las consideraciones extranormativas a disposición del juez en el momento de aplicación.

Si este análisis histórico-filosófico es correcto, entonces podemos descartar varias tesis acerca de la noción de derrotabilidad:

1. La tesis de que todas las normas jurídicas, desde cualquier perspectiva, del destinatario o del diseñador, y en cualquier sistema, tengan una doble perspectiva regulativa o directiva y axiológica.

2. La tesis de que las normas jurídicas sean derrotables por estar insertas en un contexto de racionalidad práctica, y que éstas tengan de hecho razones de trasfondo.

3. La hipótesis de que la derrotabilidad es una consecuencia que deriva de estar tratando con un sistema jurídico de reglas.

Los tres formulaciones son incorrectas, aun constatando o considerando que el creador del Derecho haya tenido un determinado fin, porque como hemos visto, no se distingue adecuadamente entre la posición del creador del derecho, respecto de la destinatario del mismo. Y, además, no siempre es el caso, pues, *de hecho*, los sistemas jurídicos pueden adoptar y contener, por razones de racionalidad práctica, decisiones convencionales que excluyan para la posición del destinatario, la consideración válida para el razonamiento de estimación de razones prácticas de trasfondo, como las razones subyacentes del sistema, para efectos de limitar los efectos de aplicación de las normas jurídicas. Esto lo corrobora el que los partícipes de la práctica del Derecho así lo entiendan, como nos muestra la jurisprudencia de la propia Corte Suprema chilena que citamos más arriba.

1.3.1.3. El modelo de las Normas Translúcidas

El modelo de las normas anterior, como solución a los problemas de racionalidad práctica del *ancient regimen* y el *ius commune*, también arrojó ciertos problemas, que aunque ya se encontraban previstos por el propio modelo y resueltos sobre consideraciones consecuencialistas, del tipo *mayor que*, fueron reevaluados con base en nuevas estimaciones de contexto.

Es así que R. IHERING y Ph. HECK, son parte de una larga cadena de filósofos que han planteado una revisión del papel de los valores en juego en el modelo formalista. Reiteradamente se señala que debe reverse la relación entre seguridad o certeza *versus* adecuación o la justicia¹⁷¹. ¿Cómo ocurrió esto, bajo que trasfondo?

¹⁷¹ R. IHERING, “El Cielo de los Conceptos”, pp. 42 y 62. También se puede ver así actualmente en F. SCHUAER, *Las Reglas en Juego*, *Ibíd.*, J. RUIZ MANERO, “Las Virtudes de las Reglas y sus Límites. Una discusión con Francisco Laporta”, pp. 187 y 188.

Se produjo un nuevo contexto político, por una parte, marcado por el carácter republicano, con estricta separación de poderes, y de tendencias democráticas, que implicó desde el punto de vista de la filosofía política, el retiro del tablero del factor del peligro social sistémico en el que se insertaban los jueces del antiguo régimen. A esto se lo podría calificar como la confianza generalizada en el actuar y criterio de los jueces. Desde el punto de vista del contexto económico, social, tecnológico y científico, por otra, el dinamismo de las sociedades industriales implicó e implica un desfase cada vez más rápido entre el modelo o patrón que consagran las normas jurídicas y las realidades. La ley se considera, y al ciudadano se le juzga sobre la base de consideraciones no actuales sino antiguas, dice F. GENY¹⁷². Esto último es lo que HART ha descrito como la imprevisibilidad humana de las nuevas realidades construidas por los propios seres humanos, como causantes de cierto tipo de indeterminación de la aplicación de las reglas y eventualmente el “a menos que”¹⁷³.

Entonces la crítica gira entre la irracionalidad y la arbitrariedad.

Vuelta a la arbitrariedad. La inadecuación de los textos normativos, hace que los dichos textos fuesen inútiles para resolver los casos. F. GÉNY señalaba que dado que la ley no entrega las soluciones para los casos actuales, es el intérprete el que termina superponiendo y sustituyendo sus ideas propias a las de la ley, bajo la apariencia de ceñirse por completo a la norma¹⁷⁴.

Es así que se critica una azarosa construcción y aplicación del Derecho (Ph. HECK). En tal sentido, no todo lo que toca el cetro de la ley formal, incluso en condiciones de claridad y precisión, produce una coherencia interna de los conceptos jurídicos. Los *constructos* jurídicos, de suyo meramente formales, mediante la creación de conceptos abstractos, como antijuridicidad, culpabilidad, formación de consentimiento, en realidad eran soluciones meramente formales, vacías, que podían derivar en cualquier tipo de solución desde la inducción de las figuras jurídicas. En razón de que “la experiencia muestra que son posibles construcciones muy diversas”. Y precisamente ellas eran con las que se procedía a completar interpretar las normas e integrar o completar las lagunas o vacíos normativos. En el fondo, la única excelencia que presenta el método es la ilusión de un proceder absolutamente objetivo, ilusión que anima el creyente crédulo. Le devuelve, entonces, el cargo de azaroso al proceso de decisión del intérprete¹⁷⁵.

Se le achaca una insensibilidad jurídica para con los individuos que trata de proteger, debido a la excesiva sencillez de la teoría, que produce una falta de adecuación de las teorías reconstructivas de la ley. Esto tiene como presupuesto el que las soluciones debían venir de la ley directa o indirectamente¹⁷⁶, en tanto que ésta poseía una racionalidad intrínseca. Ello es cuestionado por IHERING, señalando que, desgraciadamente, en la vida práctica las cosas

¹⁷² F. GENY, *Método de Interpretación y Fuentes en Derecho Privado Positivo*, pár. 33, p. 48.

¹⁷³ H.L.A. HART, *El Concepto de Derecho*, pp. 158 a 160.

¹⁷⁴ F. GÉNY, *Método de Interpretación y Fuentes en Derecho Privado Positivo*, pár. 33, p. 49.

¹⁷⁵ Es así que señala que el método de ascenso inductivo y aplicación de los conceptos jurídicos, “no responde en absoluto al postulado de adecuación, pues ninguna de sus dos operaciones tiene en cuenta las necesidades vitales decisivas en el proceso de complementación de la laguna de la norma”, GENY, *Ibíd.*, pp. 49 y 50.

¹⁷⁶ F. GÉNY, *Método de Interpretación y Fuentes en Derecho Privado Positivo*, pár. 34, p. 50.

no se producen tan sencillamente, como se preveía. Debido a que la concepción jurídica más perfecta formalmente, puede naufragar porque concluye con el escollo de un miserable supuesto de la realidad, que el teórico ha desdeñado. Y agrega que quizás “quinientos ases”, para un señor que se dedica sólo a meditar, pueden representar una pequeñez; pero para quien haya de afrontarlos, pueden representar en muchos casos una suma inasequible¹⁷⁷.

Alterado el contexto, esto es, ya no siendo necesidad la contención del problema sistémico social, se puede percibir que la filosofía del Derecho cambió su sensibilidad evaluativa, y el modelo de las normas formales se pasó a considerar una solución inadecuada para la nueva realidad de las sociedades republicanas, democráticas e industriales, por lo que se requería de soluciones normativas más *adecuadas* a los “intereses vitales” existentes en la sociedad¹⁷⁸. En el fondo, la evaluación del costo axiológico cambió, no porque la seguridad de las personas no fuese importante, sino que su peligro de afectación en estas sociedades, disminuyó altamente por los factores sociales de contexto. Al disminuir, la asunción del costo apareció como excesiva.

– El movimiento estratégico tuvo dos fases. La primera fue la apertura de la caja negra para la incorporación de los valores e intereses jurídicos hacia las normas como factor *interpretativo*, es decir, la premisa normativa. La segunda, fue cuestionar la aplicación mecánica de la ley, y su reemplazo por una noción de norma que hiciera *traslúcidos* los valores e intereses de trasfondo de la norma en el contexto de *aplicación* —que es lo que permitiría instalar de nuevo los mecanismos de excepciones implícitas y otros—.

Desde el punto de vista filosófico, ello implicó algo no previsto por RAWLS en su dualidad de nociones de regla¹⁷⁹. Para RAWLS una cosa es justificar una acción concreta mediante la regla o práctica, una segunda cosa es justificar *una* norma o regla, mediante la alusión a principios de trasfondo. Pero una tercera o de tercer nivel, que no menciona, pero que está implícita, es la que se da en este debate: justificar la *noción* misma de regla o norma. Precisamente, éste fue el debate que se abrió aquí. El debate instala un tercer modelo de regla: la *norma traslúcida*. Ella funciona de otra manera a las identificadas por RAWLS, y permite la inserción de la derrotabilidad.

Este debate ha girado con dos niveles. Por una parte, lo tradicional fue una reinterpretación de las condiciones del Derecho en general, para señalar que el diseño del Derecho, no fue realizado a la manera del modelo formalista. Por otra, y en segundo término, fue desde el punto de vista del diseñador o creador del Derecho, para hacer intervenir otras nociones, como las constitucionales, para efectos de provocar una reapertura de la racionalidad aplicativa. Esta segunda la voy a dejar al margen, porque implica otras consideraciones y perspectivas, que caen fuera del objeto de estudio. Tanto en uno como en otro caso, supuso reinstalar la cuestión de la racionalidad práctica en el debate sobre la configuración del modelo de las normas jurídicas, y reintroducir las razones prácticas en el corazón de la noción de norma y de la aplicación jurídica de las mismas.

¹⁷⁷ R. IHERING, “Ricos y Pobres en el Antiguo Proceso Civil”, p. 221.

¹⁷⁸ Ph. HECK, *El Problema de la Creación del Derecho*, p. 42.

¹⁷⁹ J. RAWLS, “Dos Conceptos de Regla”, pp. 235 y ss.

La comprensión de las reglas, plantea HECK, implica que “toda decisión debe ser interpretada como una delimitación de intereses contrapuestos y como una estimación de esos intereses, conseguidos mediante juicios e ideas de valor”¹⁸⁰.

Esto presupone dos ideas: una, es la función de coordinación social y, la otra, la realización de la tarea. El legislador opera como un ente de coordinación social entre diversos intereses sociales en conflicto de ciertos grupos sociales, dándole un corte mediante una decisión de voluntad al conflicto, privilegiando unos intereses por sobre otros que son descartados o desplazados de diversos modos. Es sobre esta idea que J. RAZ ha señalado que las decisiones del poder normativo *expresan o recogen un compromiso* en solución de un conflicto de razones o valores generales, subyacentes¹⁸¹, que es el que viene a dar solución o corte el legislador con su norma. En este sentido, en el marco de las sociedades pluralistas no se trata de una solución de veracidad moral, como nos recuerda J. HABERMAS, sino que de una solución convencional al problema de los intereses o visiones morales en conflicto¹⁸². De esta manera, siempre puede volver a reverse el problema en cuestión, es decir, siempre puede reabrirse el debate político acerca de la solución legislativa, incluso tratándose de las propias cuestiones constitucionales¹⁸³ —aunque en este último caso, sea de forma más desgarradora o civilizada para la sociedad—. Así, por ejemplo, privilegiamos o no en el conflicto entre los grupos de fumadores y los que no el valor de la libertad de hacer o el ambiente libre de contaminación en ciertos lugares.

El argumento es una relación de medio a fin¹⁸⁴. Las normas jurídicas son el medio, el instrumento para solucionar el conflicto social, y, a su vez, *realizar* el valor o interés de trasfondo. De esta manera, las normas deben responder a ese fin socialmente valorado. Como decía Ph. HECK, “el legislador busca normas adecuadas para satisfacer, tras ajustada consideración, las necesidades vitales históricas dadas e incluso condicionadas por factores intuitivos”¹⁸⁵. Ello implica para el destinatario, a efectos de cumplir adecuadamente la sujeción a la ley o la norma, el captar correctamente esa relación de medio a fin a efectos de no traicionar el objetivo buscado.

Por supuesto, este fin, al ser perseguido por el legislador humano, se hace de manera falible, imperfectamente mediante la norma jurídica¹⁸⁶. Esta limitación adquiere muchas caras. A juicio de HECK, los preceptos jurídicos sólo pueden formularse para “situaciones *normales* que constituyen las reglas”¹⁸⁷. Cuáles sean dichas imperfecciones y qué grado alcance es una cuestión variable, según recoge la filosofía del Derecho. Sin embargo, lo rescatable del asunto, es que este argumento abre la puerta a la norma translúcida, pues si se reconoce que la norma jurídica puede ser imperfecta en su construcción, tanto respecto de su extensión, dejando vacíos que las normas no alcanzan a cubrir, como en la propia

¹⁸⁰ Ph. HECK, *El Problema de la Creación del Derecho*, p. 73.

¹⁸¹ J. RAZ, “Postscriptum a la Segunda Edición: Una Reconsideración a las Razones Excluyentes”, en *Razón Práctica*, p. 232.

¹⁸² J. HABERMAS, “La Soberanía Popular como Procedimiento”, pp. 600 a 602.

¹⁸³ Así, J. FRÖBEL, citado y seguido por HABERMAS, “La Soberanía Popular como Procedimiento”, p. 601.

¹⁸⁴ Así principalmente IHERING, latamente desarrollado en *El Fin en el Derecho*, pp. 24, 25, 209 y 210.

¹⁸⁵ Ph. HECK, *El Problema de la Creación del Derecho*, p. 60.

¹⁸⁶ Ph. HECK, *El Problema de la Creación del Derecho*, *ibíd.*

¹⁸⁷ Ph. HECK, *El Problema de la Creación del Derecho*, p. 64.

construcción de la norma jurídica que no alcanza a dar buena cuenta del alcance de los intereses que están detrás, así como de los diversos conflictos que puedan darse entre los principios e intereses del propio ordenamiento jurídico, y se debe respetar la regla de medio a fin, la racionalidad parece exigir una corrección o adecuación de dicha norma con relación a algún criterio; éste es el de los intereses o valores que se encuentran detrás.

La primera conclusión a que llegó esta Jurisprudencia de Intereses es que la propia necesidad de ajustarse a la sujeción de la norma, de la ley, era que la propia norma al ser comprendida de manera limitada en su poder regulatorio, requería de los propios partícipes del sistema una corrección y tocar la caja negra, pero ello sólo a nivel interpretativo. Es la primera convención alterada en términos propiamente interpretativos.

Como señala R. HERNÁNDEZ MARÍN, en ningún caso este movimiento implicó una reconsideración respecto de la aplicación¹⁸⁸. Por el contrario, se da sólo en la relación de fundamentación de la norma con la comprensión de la norma misma. Es así que el propio HECK recomienda no dejarse impresionar por el caso particular. En el sopesamiento entre “adecuación” y “seguridad” dice HECK, es “mucho más importante la seguridad que la decisión correcta”¹⁸⁹. La implicancia de ello es que fijadas las condiciones de aplicación normativa mediante la interpretación, el juez debía ceñirse a ellos estrictamente. En consecuencia, no había excepciones implícitas que derrotasen a la norma ya fijada en sus condiciones implícitas.

Dos pasos más se dieron para poder comprender la posibilidad de la noción de derrotabilidad como la entendemos hoy, respecto de las convenciones que dan forma a las normas jurídicas. En ambos casos tiene que ver con el contexto de aplicación, y que en cierto sentido implican un redescubrimiento de la *autonomía metodológica* de dicho contexto (pero no al modo que lo tenía con las reglas del tipo sumario, sino a un modo propio de las normas transparentes). El “momento de aplicación” es algo que siempre ha existido. Siempre ha habido jueces para poder aplicar las normas jurídicas, y siempre ha habido algo de razonamiento en este momento. El razonamiento del momento de aplicación es una cuestión de orden complejo, porque implica diversas capas. Una de argumentación respecto de la reconstrucción de las normas, otra de la reconstrucción de los valores e intereses en juego como hemos visto, pero puestos en relación con la normativa a reconstruir. Hay diversos modos en que se razona y argumenta respecto de aquéllos.

Asimismo, razonamos respecto del *contexto o nivel* de aplicación en el *momento* de aplicación. El problema es que dicho razonamiento era sólo el de la *bouche de la loi*, en términos del diseño institucional, quedando el juez como un razonador meramente mecanicista de la ley. Esto implicaba, que para poder seguir expandiendo el sentido correctivo del propio sistema jurídico, requería introducir *otros* elementos que considerar. Esta expansión no podía hacerse sino hacia el único nivel que quedaba en la operatoria jurídica del discurso: la aplicación. Esto significa darle un valor metodológico a aquellos elementos que se identifiquen, justamente, con la metodología jurídica, de manera de que se

¹⁸⁸ R. HERNÁNDEZ MARÍN, “Métodos Jurídicos”, p. 187.

¹⁸⁹ Ph. HECK, *El Problema de la Creación del Derecho*, p. 65.

introdujese en el método ciertos argumentos jurídicos de aplicación que terminasen de realizar la función correctiva en la consideración del fallo.

Entonces, el “descubrimiento” metodológico de este nivel, en particular, se da en lo referido al carácter evaluativo del nivel de aplicación respecto del resto del discurso jurídico del destinatario del Derecho. Las condiciones de aplicación fijadas desde el nivel interpretativo reconstructivo de la norma jurídica no serán el punto final. Ello por cuanto requiere la aceptabilidad de las consecuencias singulares de aplicación del Derecho interpretado. Esto trajo aparejado dos secuelas:

(a) Desde el punto de vista reconstructivo, el punto está referido a la retroalimentación “interpretativa” desde el nivel de aplicación. Esto se concreta en un cambio en la intensión interpretativa de las normas jurídicas, de manera correctiva, sea ampliando sus expresiones, sea restringiendo las mismas, con el objeto de que la interpretación de la norma alcanzase con su dominio a un determinado caso singular que se pretendiese alcanzar, o que la interpretación de la norma lo excluyese, pretendiéndose así, por razones de encontrar la mejor respuesta del sistema normativo a cada caso que se tuviese en frente. La función del caso era correctiva para la interpretación con relación al caso.

(b) Además, trajo la función directiva de ciertas razones subyacentes de las normas y del sistema jurídico global a nivel de aplicación, para efectos de cambiar las soluciones normativas jurídicas (sin cambio de interpretación de las normas). Ésta es la que nos conducirá a las excepciones implícitas. Sin embargo, habrá que distinguirla aún de la anterior, para evitar malos entendidos.

(a) En el primer punto, tenemos un caso singular que presenta ciertos problemas de ajuste en relación con la solución contenida en la norma interpretada en un cierto sentido. Un rasgo o característica r del caso singular no se aviene bien a la solución normativa que provee la norma interpretada N , ¿y cómo sabemos que no se aviene bien? Porque hay un criterio jurídico en el universo de consideraciones jurídicas disponibles, con independencia del sentido del texto, cuya relación argumentativa con el caso provee una razón para realizar la calificación de inapropiada o inadecuada la solución jurídica que prevé la norma N al caso c en vista del rasgo r .

Entonces ¿en qué se concreta la metodología jurídica en este punto? En que hemos de hacer una retroalimentación entre el contexto de aplicación y el de reconstrucción normativa o interpretativa, para efectos de producir un nuevo ajuste interpretativo. Se trata de un *feedback* argumentativo, basado en que la interpretación de la norma es una mera conjetura. Desde el punto de vista popperiano, se señala que la interpretación jamás tiene un punto final en el razonamiento, ya que siempre puede haber un error en el mismo. Dicho error puede identificarse en un nivel general o abstracto, o al nivel de los singulares. Porque la reconstrucción interpretativa de la norma está pensada para la mejor aplicación al conjunto de casos que construye la norma.

Esto implica una especie de circularidad reflexiva, a la RAWLS, que envuelve una doble dirección. Primero que baja para establecer las condiciones de aplicación, pero como ellas son meramente hipotéticas, requiere una revisión del ajuste entre interpretación y rasgos del caso (que por lo demás también son conjeturales), y habiendo problemas de ajuste, entonces, vuelve a subir para requerir el ajuste interpretativo.

• De esta manera, tenemos que, por ejemplo, si la razón subyacente a una norma no logra cubrir de manera *adecuada* el caso singular, no obstante que el caso quede en principio cubierto por el sentido *S* de la norma *N*, entonces esa anomalía exigirá un reajuste teórico interpretativo.

• Cosa similar ocurre cuando un principio *P* colisiona con una norma jurídica *N*, en un caso singular *c*₂, de manera tal que *P* desplace a *N*, en tanto en cuanto, en vistas de las circunstancias de dicho *c*₂, nos exigimos realizar una reconstrucción restrictiva de la norma, por virtud de la retroalimentación desde el caso de aplicación, hipotéticamente un ensayo, y que constituye un argumento para *negar la reconstrucción*, de tal manera que realizamos un reajuste *ad hoc* de nuestra teoría reconstructiva de la norma, de manera que queda como *N'*. Ello supone que la teoría reconstructiva acerca de *N* ha quedado derrotada por la reconstrucción del principio *P*, según una valoración del conflicto sobre ciertas bases ponderativas. De esta manera, la teoría sobre *N* al ser reajustada como *N'*, queda sustraída del caso *c*₂ y se le deja espacio al principio *P* (ya interpretado y vencedor), a efectos de que *c*₂ pase a ocupar parte del dominio de casos (que le correspondía a la norma ahora desplazada)¹⁹⁰. Esta reconstrucción puede ocurrir de dos maneras: a) reinterpretemos la norma restringiendo alguna variable, directamente, especificando una condición, contextualizándola o adjetivándola: por ejemplo, si hablábamos “del vendedor”, ahora decimos que es el “vendedor no doloso” o “de buena fe”; o b) reconstruimos la norma de manera de intervenir con una salvedad o excepción específica: si hablamos de una persona que mató a alguien, introducimos la excepción de que, *a menos que* sea una clase de caso de riesgo legítimo —esto es, una basado en una excusa suprallegal—¹⁹¹.

Posteriormente, R. GUASTINI ha referido una explicación similar, involucrando también a la laguna axiológica, señalando que, en verdad, las lagunas axiológicas y la derrotabilidad son expresión de una técnica de interpretación restrictiva, en el fondo se trata del uso de la técnica de la disociación, o de distinguir¹⁹²: la técnica consiste en introducir en las normas distinciones ‘nuevas’, es decir, no hechas por la autoridad normativa; consistente en descomponer la clase de los supuestos previstos por el texto —según la interpretación literal— en dos (o más) subclases, con el intento de sugerir que dichas subclases, siendo ‘sustancialmente distintas, no pueden tener consecuencias jurídicas diferentes. La disociación, precisamente, es el instrumento argumentativo que permite crear lagunas axiológicas y derrotar las normas”.

Aquí no se puede aplicar la idea de R. POUND, o sólo parcialmente, respecto a que en un momento todos los problemas de aplicación únicamente llegaban a considerarse un problema de interpretación¹⁹³. Precisamente, lo que se está haciendo aquí, es argumentar con el caso de aplicación, y sus circunstancias, aunque se presupone que la teoría reconstructiva de las normas y principios, entendida en un sentido amplio, es decir, incluyendo dentro de

¹⁹⁰ Así lo planteé anteriormente en el año 2002, en E. GANDULFO, “La Validez en los Contextos de Fundamentación y de aplicación”, pp. 521 y ss.

¹⁹¹ Aquella última, de acuerdo a B. CELANO, constituye una excepción no verdadera. Vid. B. CELANO, “True Exceptions: Defeasibility and Particularism”, pp. 268 y 287.

¹⁹² R. GUASTINI, “Variaciones sobre Temas de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin. Derrotabilidad, Lagunas Axioógicas e Interpretación”, pp. 150 a 153.

¹⁹³ R. POUND, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, pp. 69 y 70.

sus diversas actividades la propia ponderación de razones, en conflicto, no logra dar debida cuenta, esto es, de manera precisa y adecuada, de las particularidades de los casos singulares de aplicación.

El carácter correctivo se ve muy claro en este tipo de razonamiento argumentativo. Es la teoría la que resulta derrotada, y la norma finalmente desplazada de su campo de acción.

(b) Pero lejos la cuestión más problemática de todas es aquélla en que se rompe la última convención metodológica, de que no se puede derrotar la propia normativa una vez concluido el proceso de la retroalimentación. Ello se da, a su vez, cuando hemos agotado la aplicación de todas las convenciones interpretativas de la reconstrucción de la norma¹⁹⁴; es donde hallamos nuestro problema de la derrotabilidad producida por las excepciones implícitas.

Este último tema nos lo recuerdan dos autores. A. VODANOVIC señala respecto de la equidad como “justicia referida al caso concreto, pues busca para éste la justicia adecuada, incluso desentendiéndose de la norma general abstracta cuando su aplicación repugna a la justicia natural” y agrega que: “Nuestro ordenamiento jurídico, al revés del Derecho Romano, el Derecho inglés y el Derecho suizo (éste en algunos casos), no permite usar la equidad para corregir la injusticia que en un caso dado puede resultar de la aplicación de la norma general abstracta”. Y si bien no puede corregir las leyes, sí puede ser usada para interpretarlas (ajustándolas al caso concreto), que es más o menos como vimos que podían ser usadas las circunstancias particulares de los casos, y puede suplir a la ley, cuando la norma legal se remite a ella, y la integra cuando haya lagunas¹⁹⁵. Sobre lo mismo, Ph. HECK señaló que: “Es verdad que la ley, como todo orden, puede dar lugar a durezas y rigideces, y también admito que un juez ideal... podría hallar en muchos casos una decisión más adecuada que la de la ley... El sabio ‘juez-rey’ no es la regla, sino la excepción, y la poderosa impresión que produce el caso particular tiene también sus peligros, especialmente cuando en el seno de la población pueden hallarse representadas concepciones diversas a propósito, precisamente, de los ámbitos vitales del litigio. El juez normal correrá el peligro de hacerse partidista o de parecerlo. Por otra parte, el ideal de la adecuación no es el único del derecho. En muchos ámbitos vitales es mucho más importante la seguridad jurídica que la decisión correcta”¹⁹⁶.

Aquello implicaba que si bien hemos extendido la convenciones metodológicas hacia la aplicación, como un asunto que es parte de la teoría reconstructiva de las normas, aún queda el problema de la propia *aplicabilidad*, y la pregunta de ¿cómo es que surge conceptualmente el problema de la derrotabilidad, como excepción implícita de nivel de aplicación en términos de su posibilidad en la filosofía del Derecho?

En parte, ello tiene su origen en la argumentación de DWORKIN acerca de la introducción de los principios frente a las reglas o normas, en cuanto a que el Derecho está compuesto también por principios jurídicos. El caso para mostrar aquello, el muy famoso

¹⁹⁴ J.C. BAYÓN, “Derrotabilidad, Indeterminación del Derecho y Positivismo Jurídico”, p. 104.

¹⁹⁵ A. VODANOVIC, *Curso de Derecho Civil*, pár 162, pp. 138 y 139.

¹⁹⁶ Ph. HECK, *El Problema de las Creación del Derecho*, pp. 64 y 65.

‘*Riggs vs Palmer*’. Se trataba de un caso del siglo XIX (1889), en que el nieto (Elmer Palmer) mata a su abuelo (Francis Palmer) para apurar el mecanismo hereditario y sucederlo legalmente, ya que estaba designado por el testamento de aquél como heredero mayoritario de su fortuna. Las otras interesadas demandan la herencia del fallecido, frente a lo cual el nieto pide la herencia para sí, no obstante saberse que había matado a su abuelo. Al estar el testamento en regla y el caso encajar con la legislación testamentaria del lugar, que le prescribía el otorgamiento de la herencia al heredero sindicado en el testamento, y al no existir norma de incapacidad ni indignidad sobre el tema (*i.e.*, por asesinato), lo que correspondía en aplicación era la adjudicación de la herencia al sobrino asesino por estricta aplicación de la normativa. Esto significaba que se consideraban las condiciones de aplicación legales al caso mediante una mecanización. Sin embargo, la Corte de Apelaciones de Nueva York se la rechazó, invocando el principio de que nadie puede alegar su propia falta o delito, para obtener un provecho¹⁹⁷. Lo interesante del caso es que la normativa legal no permitiría un movimiento interpretativo que ampliase o restringiese por sí sola la legislación, de manera tal que los jueces deben enfrentarse al caso en lo duro (sin suavizar los contornos interpretativos de las normas), en el contexto de aplicación.

El punto de la argumentación de DWORKIN es doble. Trata de mostrar las diferencias entre regla y principio, mediante dos argumentaciones, en lo que nos importa. Primero en que las reglas, como las testamentarias, son de aplicación del todo o nada, mientras que los principios, como el principio de no aprovecharse de su propio delito, exigen la utilización de la discreción para su aplicación¹⁹⁸. Ambas explicaciones son ambiguas, del todo o nada puede implicar que se aplica o no se aplica, y no hay consideración de grados de aplicación al caso o de acomodación al caso, por ejemplo, graduando la consecuencia jurídica u optimizando su aplicación, sino que sería excluyente, mientras que los principios se aplicarían en la mayor medida posible (ésta parece ser la interpretación de ALEXI, expresada en la idea de mandato de optimización)¹⁹⁹; la otra interpretación es que la norma se aplica mecánicamente al caso, mediante la subsunción o instanciación de los hechos singulares a la categoría construida por la norma (como señalase SCHAUER²⁰⁰), mientras que los principios requieren discreción. ¿Qué tipo de discreción? DWORKIN distingue dos tipos básicos: uno, en sentido fuerte, en el sentido de no estar vinculado por estándar impuesto alguno emanado de la autoridad, esto es, que no se encuentra en situación de ser controlado por una norma jurídica, y, en sentido débil, el cual puede ser orgánico o argumental. El orgánico es la que tiene la autoridad final para decidir, sin que su decisión pueda ser revisada por otro funcionario, mientras que la argumental implica que la norma no se puede aplicar mecánicamente, sino que exige un discernimiento de parte del funcionario que aplicará la norma²⁰¹.

Lo que ha dejado la posición de DWORKIN es que la presencia de los principios en el Derecho, exige el uso de la discreción en la aplicación, en cuanto a que no se puede usar simplemente una estructura inferencial del tipo de las normas jurídicas que tienen un

¹⁹⁷ “*Riggs contra Palmer*, Tribunal de Apelaciones de Nueva York -115NY 506”, pp. 2 a 12.

¹⁹⁸ R. DWORKIN, “El Modelo de las Normas (I)”, pp. 74 a 77.

¹⁹⁹ Vid., R. ALEXI, “Sistema Jurídico, Principios Jurídicos y Razón Práctica”, pp. 139 a 151.

²⁰⁰ F. SCHAUER, “La Categorización, en el Derecho y en el Mundo”, p. 308.

²⁰¹ R. DWORKIN, “El Modelo de las Normas (I)”, pp. 84 a 86.

supuesto de hecho, con ciertos criterios jurídicos que refieren a ciertos hechos y la consecuencia de la misma. Como resume F. ATRIA, el argumento de la distinción de DWORKIN entre reglas y principios parecía implicar que se debía ponderar y usar discreción con los principios, pero no cuando se trabajase con reglas, sino aplicación mecánica²⁰².

Ésta es, *en parte*, la vía de la escuela alicantina²⁰³. Se recurre a la estrategia de la división. Las normas regulativas, esto es, aquellas con un supuesto fáctico y consecuencia regulados completamente, de manera que permita la subsunción y aplicación mecánica, sólo es una subclase de normas, que convive con otras que no tienen dicha estructura. Se trata de las normas de principios (como el principio de buena fe, el interés superior del niño, el principio de prohibición de enriquecimiento sin causa) y directrices jurídicas (que se limitan a establecer objetivos colectivos, como limpieza del medio ambiente, vivienda digna y adecuada en España) dentro del propio Derecho, como propiamente normas jurídicas, incluidas a nivel legal o constitucional, que sin contener un supuesto de hecho o tener uno muy abierto, así como sin normar las consecuencias jurídicas de las mismas, pueden entrar un conflicto en un caso particular con una norma jurídicas estándar, así como ésta lo puede hacer con otras normas jurídicas²⁰⁴.

Sin embargo, J. RAZ en réplica a DWORKIN ha sostenido lo siguiente:

“permítanme observar que hay algunos tipos de conflictos en que las reglas se comportan como principios. Éstos son los casos en que una regla entra en conflicto con un principio. Por supuesto, tales conflictos son posibles en la explicación del profesor DWORKIN... Tales conflictos pueden ser resueltos también sobre la base de la importancia relativa de las normas jurídicas en conflicto, sin consideración de las consecuencias para cada objetivo de la normas jurídicas sobre la posible solución (y así el tratamiento del principio como una regla jurídica es normalmente atendido), o tomando dentro de ambas explicaciones la importancia relativa de las normas jurídicas y las consecuencias para los objetivos de cada una de las posibles soluciones (y el tratamiento de la regla jurídica en el camino de los solos principios jurídicos está usualmente atendido). En la mayoría de los casos (aunque no en todos), el segundo método es seguido; pero independientemente de qué método sea usado, es evidente que en estos conflictos de reglas y principios son tratados exactamente de la misma manera”²⁰⁵.

En este sentido, la réplica de RAZ ha dejado una marca importante para la filosofía del Derecho. Se señala que la distinción entre principios y normas o reglas es más bien gradual (a lo cual adhiere HART²⁰⁶), o para algunos difusa en sus límites (M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO²⁰⁷). Ello porque como muestra DWORKIN en “*Riggs vs Palmer*”, el conflicto entre principios y normas se puede *dar de hecho*, entonces, las normas *no pueden tomarse en su aplicación como una mera deducción*, al menos cuando entran en conflicto con los principios. Básicamente, nos encontramos, en la clase de casos que nos importa, en un conflicto del tipo parcial-parcial (o, en ciertos casos, parcial-total), referido a un caso

²⁰² F. ATRIA, “Lo que Importa sobre los Principios”, p. 71.

²⁰³ Particularmente, refiero a sus líderes M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, *Las Piezas del Derecho*, pp. 6 y ss.

²⁰⁴ Vid. por todos, J. RUIZ MANERO, “Las Virtudes de las Reglas y sus Límites”, pp. 188 a 199.

²⁰⁵ J. RAZ, “Legal Principles and the Limits of Law”, p. 833.

²⁰⁶ H.L.A HART, “Post Scriptum”, pp. 247, 249, 250.

²⁰⁷ Vid M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, *Las Piezas del Derecho*, p. 6, y M. ATIENZA, *Curso de Argumentación Jurídica*, pp. 540 543.

singular y que se descubren precisamente en ese caso singular²⁰⁸. En tales circunstancias, se *debe sopesar* el *peso* de ambas normas en aplicación, para lo cual se exige el uso de la discreción en sentido débil y argumental. Ahora bien, parte de la comprensión interpretativa implica que pueda haber un conflicto subyacente, a la justificación de las normas en el caso singular, lo que hace que se abra la caja negra de las razones subyacentes en aplicación para: la evaluación del conflicto, no evaluado por el legislador, y para el examen de la relación de ajuste entre las razones subyacentes a las normas respecto a su propio sentido. Justamente, cuando se dan esos conflictos, es que aparece la *posibilidad* de las *excepciones implícitas* que *derroten* a las normas en el caso singular.

¿Dónde reside la importancia de esta disputa? En que permite interpretar que el creador del Derecho, al introducir los principios con estas consecuencias para la aplicación, ha levantado o derogado, en términos generales, la convención de no tocar las razones subyacentes en dicho contexto. De no ser así, la convención se mantendría (y no habría derrotabilidad en esta manera específica). Al lograr identificar como parte del Derecho los principios jurídicos, permite que éstos entren en conflicto en el nivel de aplicación junto con las normas estándar, así como cualquier otro conflicto normativo que se superpone en un cierto campo. Esto abre la forma de entender la imagen²⁰⁹ del sistema jurídico desde un punto de vista interactivo, esto es, como interactúan las normas entre sí; abre la comprensión de las dimensiones del fenómeno jurídico y las posibilidades de conflicto que se tenga. De consiguiente, lo que cabe es encontrar la especialidad del conflicto y su solución, discutiendo acerca de ello y no negarle existencia.

Sobre la base de dicha apertura es que se abren las posibilidades de investigación de las indeterminaciones o vaguedad de propósito o la extensional, que, a su vez, abre paso a las opciones de derrotabilidad de las normas²¹⁰.

²⁰⁸ Vid. así L. PRIETO SANCHÍS, “Observaciones sobre las Antinomias y el Criterio de Ponderación”, pp. 473 y 474.

²⁰⁹ Vid. F. ATRIA, “The Powers of Application”, pp. 355 y ss. Para F. ATRIA “una imagen del derecho es un conjunto de creencias sobre el tema del discurso jurídico”, y “determina cómo debe entenderse y aplicarse el material jurídico, y un estudio de su contenido y función”. Una observación sí cabe hacer, es que la imagen puede venir de un grupo revolucionario que tiene el poder suficiente para imponerla en la sociedad, desde el punto de vista del creador del Derecho, como ocurrió efectivamente con el Derecho Codificado en América Latina. Desde la perspectiva de los destinatarios supone una actitud de aceptación o de creencia de la misma, al menos en los sistemas del Derecho Codificado. No así en los sistemas del *Common Law*, donde el juez es destinatario y creador del Derecho.

De esta manera, la reconfiguración del sistema se realiza por vía de interpretación del mismo. Si es consonante con la imagen de los destinatarios con la que plasmó el diseñador, ello puede darse de dos maneras: explicitando elementos que estaban allí expresamente, o que están implícitos en el sistema pero desconocidos o no tomados en consideración sea por la práctica o por la propia teoría o filosofía del Derecho; si es disonante, pero muchos la creen que es así y que se produce dos alternativas: o se produce una tensión institucional (o incluso crisis) sobre la forma de entender el Derecho donde van a pugnar diversas forma de comprensión del mismo y de su aplicación (incluso algunos jueces aplican el Derecho a la imagen neoconstitucional y otros a una manera positivista dura), o se reconfigurará interpretativamente el sistema aunque de manera errónea, pero de hecho se reconfigura (sobre la dependencia de la auto-comprensión del sistema, vid. F. ATRIA, “La Ironía del Positivismo Jurídica”, p. 133).

²¹⁰ Vid. F. ATRIA, “H.L.A. Hart y la Textura Abierta del Derecho”, pp. 387 a 392.

Esto implica que si tenemos un principio P , que tiene un dominio de casos D_1 , que se interpone con la norma jurídica N , en su dominio D_2 , sólo para algunos casos singulares como c_1 , ella requerirá una solución específica.

Si puede haber conflicto, y los principios exigen el modelo metodológico de discreción débil, no automático, se debe realizar cierta actividad argumentativa cualitativa en aplicación, esto es, en algunos casos, en que no implique un deslinde conocidamente previo entre principios y normas. Una argumentación ponderativa o de sopesamiento entre los supuestos subyacentes a las normas y los principios del ordenamiento. Lo que abre la puerta a identificar toda clase de conflictos de razones subyacentes y principios (el modo ya es un tema a especificar, así como sus límites).

La presencia de lagunas axiológicas, por falencia de alcance de los principios o valores subyacentes a las normas, y las excepciones implícitas por choque de principios subyacentes del sistema y razones subyacentes a las normas, son *movimientos correctivos* del propio sistema jurídico, respecto de aquellos casos que —como señaló MURATORI— no puede estimarse un ajuste perfecto entre hechos y criterios jurídicos, cuando éstos se solapan con otros que aparecen relevantes a la luz de los propios valores o principios jurídicos que subyacen al ordenamiento jurídico y las normas, o que están explicitados en el mismo.

Por lo mismo, la consecuencia metodológica estriba en que se vuelve necesario revisar, para el mejor conocimiento del sistema jurídico, lo que pasa en la aplicación dotando de cierta autonomía metodológica a este nivel, en el sentido de que: (i) debe extenderse el nivel metodológico a examinar, (ii) debe revisarse lo que ocurre aquí, (iii) lo que pasase debería influir en los niveles superiores de la teoría por la condición de consecuencia de los poderes lógicos del lenguaje; y (iv) ciertas circunstancias especiales adquieren relevancia aplicativa, en sentido correctivo-aplicativa respecto de las razones subyacentes.

Esto trae como consecuencia, que actualmente los enunciados de aplicación *no se agoten* en una función estrictamente *aplicativa de las normas jurídicas* previamente establecidas, sino que también tengan una función correctiva-interpretativa y directiva (o correctivo-aplicativa).

Así, los enunciados de aplicación se convierten en el complemento final e indispensable de la teoría, mediante la cual se conecta con la actual o potencial realidad práctica. Una vez reconstruidas las reglas pertinentes, en el sentido teórico determinado, éstas, para ser seguidas, deben ser aplicadas a los casos particulares. Dicha aplicación sólo se realiza mediante los enunciados de aplicación, donde se correlaciona la circunstancia individual con las reglas.

Lo que se examina en este nivel es el *control* de las consecuencias prácticas, lo que se refiere a dos cosas, al menos: *a)* el cumplimiento de los fines que fundamentan la reconstrucción de la normativa (o su teoría), *b)* la articulación del dominio de casos particulares, con los dominios de otras instituciones teóricas.

1.3.2. Estructura de la derrotabilidad y tipos (comparación con las lagunas axiológicas de primer orden)

Las normas jurídicas paradigmáticamente se conciben con un *antecedente* o *supuesto operativo*, del tipo ‘el que compra algo’, y de una *consecuencia jurídica*, tal como ‘debe pagar el precio de lo comprado’. La conceptualización de la derrota de las normas jurídicas en el caso de aplicación es comprendida como la no aplicación o adjudicación de la consecuencia jurídica propia de la norma a dicho caso regulado por ella (*prima facie* o *pro tanto*). De tal manera que si no se adjudica la consecuencia, se entiende que no se aplica la norma; y es derrotada. La razón de la no aplicación es una razón subyacente de la propia norma o de un principio del sistema jurídico. La derrota, en este contexto, consiste precisamente en cierto bloqueo de la consecuencia jurídica en aplicación, de manera que debiendo proceder ella, no procede en el caso.

Si lo anteriormente expresado es correcto, la derrotabilidad es una *marca* para la *metodología* del Derecho, respecto de la posibilidad de la derrota de las normas en la aplicación —precisamente el lugar donde se encontraba inicialmente vedada la introducción de mayores consideraciones o razonamientos que evitaran la aplicación individual de la norma: el *dura lex sed lex*. La derrotabilidad se erige como una *posibilidad* de derrota de la norma en aplicación, *en tanto* nuestra *comprensión explicativa* del Derecho *supone* la *susceptibilidad* de ser derrotadas aquéllas en el contexto de adjudicación de consecuencias de los casos individuales. Para algunos se trata de una propiedad *disposicional* de las normas jurídicas a ser derrotadas o vencidas en la aplicación, por razones o principios subyacentes al sistema jurídico o a las propias normas, que se realiza cuando es derrotada la norma²¹¹. En particular, es cierto vacío axiológico, manifestado en un contexto de aplicación el que deja expuesta a la norma a verse derrotada en el caso de aplicación, en virtud de cierta primacía de interpretación y alcance de los valores y propósitos²¹². Con lo que se produce una posibilidad de interrelación entre normas y razones.

Cuando hablamos de “aplicación”, ella puede apuntar a dos cosas: o bien al razonamiento que conduce a la aplicación, o al dominio de casos individuales de la norma a que debe aplicar. La derrotabilidad es predicable en ambas perspectivas. *a)* Si la derrotabilidad se da en la normas en el contexto de aplicación o adjudicación de la consecuencia jurídica a un caso singular, entonces ha de referirse a que la norma no se aplica a su dominio de casos: se trata de una anomalía a su dominio de casos. Esta precisa derrota se produce en su dominio. Ella es una anomalía funcional de la aplicación de la norma jurídica (dentro de una serie de anomalías funcionales). *b)* Pero, también, el razonamiento conduce a la aplicación de la norma jurídica a un caso de su dominio, y este razonamiento estándar fijado por la Codificación, y las formas de entender las normas como razones *perentorias* para la toma de una decisión pueden ser *derrotadas* (de manera que no se produzca la aplicación de la norma). Entonces, la derrotabilidad puede ser la susceptibilidad a la derrota de la fuerza vinculante de las normas jurídicas, en tanto *razones*, en un esquema de razonamiento jurídico de aplicación, o puede ser la susceptibilidad a no

²¹¹ Cfr. A. GARCÍA FIGUEROA, *Criaturas de la Moralidad*, pp. 20 y 21.

²¹² Cfr. M. ATIENZA y J. RUÍZ MANERO, *Reglas Principios y Derrotabilidad*, pp. 230, 234, 235 y 249 y J.R. MANERO, “Sistema Jurídico: Lagunas y Antinomias”, pp. 53 y 54.

ser aplicadas las normas jurídicas *a su dominio* de casos. Por supuesto, la derrota, que es la concreción de la derrotabilidad, puede darse en ambos contextos. Esto nos da una base para comprender que la concreción de la derrota es el contexto del razonamiento, toma la forma de *superación de razones* por otras; mientras que en el contexto del dominio de aplicación, pueda adoptar la forma de, o bien *excepción*, o *laguna*, como veremos (siendo nuestro tema la primera).

De la diversa forma de entender las reglas del Derecho, específicamente para el sistema de tipo continental basado en leyes, la construcción de las excepciones implícitas se construye sobre la base del modelo de las *normas translúcidas*. Esto es, de normas respecto de las cuales puede abrirse la caja negra, a efectos de examinarlas y echar mano a ellas en el contexto de aplicación, junto con el modelo de complejo del Derecho —esto es, compuesto de reglas y principios, aunque sea en sentido gradual—, que es el que habilita el conflicto entre normas y principios, o más particularmente, entre las razones subyacentes a las normas y los principios jurídicos.

Trataré las categorías de las *lagunas axiológicas* y la *derrotabilidad*, en correspondencia con las nociones de *alcance*, *excepción*²¹³.

► La base normativa de los problemas se suscita porque el o los casos singulares *están cubiertos, al menos, semánticamente* por la norma jurídica estándar²¹⁴. La norma *N* en principio tendría dentro de su dominio *D* al caso *c* en cuestión. Esto tiene dos implicaciones para el contexto de aplicación, relacionados con la cláusula *prima facie* y sus presupuestos.

– Un sentido de la cláusula *prima facie*, es uno relativo a la falta de profundidad de la investigación del significado de la norma al caso, es decir, que sólo se ha quedado en los niveles de fundamentación de las razones subyacentes y la reconstrucción de la norma, de su sentido. En esta línea, lo que pretende decir “*prima facie*” es que falta extender la investigación al campo de la aplicación, para permitir una retroalimentación desde la aplicación, y la norma que era interpretada de cierta manera, al encontrar la excepción o vacío, será nuevamente reconstruida. En este caso las lagunas y las excepciones son teóricas y tienen un efecto teórico interpretativo²¹⁵. Valiéndonos de una analogía, de ALCHOURRÓN y BULGIN, operamos ante el Derecho, como el sastre que ha reparado un traje con agujeros,

²¹³ Aquí voy a seguir en parte la exposición de J. RAZ, *Razón Práctica y Normas*, p. 232, y A. RÓDENAS, “En la Penumbra: Indeterminación, Derrotabilidad y Aplicación Judicial de Normas”, pp. 69 a 83.

²¹⁴ Esto descarta como lagunas axiológicas casos que no están cubiertos por la semántica de la norma, no obstante que no estén cubiertos por el valor jurídico. Por ejemplo, una norma que prohíbe el aborto en general, frente al denominado “aborto espontáneo”, se ve enfrentado a tener que sacar al feto en un procedimiento similar al aborto terapéutico. Este procedimiento no está dentro de la laguna axiológica, porque la situación fáctica no está cubierta por la norma que prohíbe el aborto, ya que la conducta de abortar supone un feto vivo. No obstante que también queda fuera del alcance del valor “vida del feto”, prima la categoría lingüística de la cobertura semántica.

²¹⁵ Vid. así, E. GANDULFO “La Validez en los Contextos de Fundamentación y de aplicación”, pp. 521 y ss., R. GUASTINI, “Variaciones sobre Temas de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin. Derrotabilidad, Lagunas Axiológicas e Interpretación”, pp. 150 a 153.

pero eso no implica que el traje no tuviese agujeros, ni que haya sido reparado²¹⁶, lo que permite hablar de lagunas axiológicas y excepciones implícitas de reajuste o remienda del traje mediante una confección, y de estricta aplicación, en que la remienda es un parche en el agujero.

– Pero existe otro sentido de *prima facie*, que nos interesa para la presente investigación, que tiene como presupuesto el *agotamiento de las convenciones interpretativas*.

- Por una parte, la interpretación de la norma jurídica está afinada para el caso en particular, esto es, se ha dado por terminado el *procedimiento* interpretativo, y el producto de ella ha quedado fijo (al menos por ahora). La retroalimentación que podía haber tenido lugar ya se produjo, en el caso afirmativo. Esto implica un reconocimiento a los límites interpretativos o flexibilidad interpretativa de las oraciones normativas.

- Por otra, la cláusula *prima facie* refiere a que el resultado final del sentido de la norma *N* que cubre el caso *c*, y que es condición de aplicación normativa, es susceptible de no ser aplicada al final del proceso de aplicación, por la concurrencia de algo que haga no procedente la consecuencia normativa.

► En segundo lugar, lo prístino del análisis es una caracterización de las normas jurídicas, incluyendo las legales, en el sentido de *concretar* cierta *ratio iuris*, en tanto valores a proteger o realizar por parte de aquéllas (con el símbolo ‘*V*’). Dichas razones son, por ejemplo, el honor, la libertad de expresión, la buena fe, etc. Pero ello no es todo. Además, ellas *expresan* o *recogen* un *compromiso* en solución de un conflicto de razones o valores *generales*, *subyacentes*, en pugna (J. RAZ)²¹⁷; que precisamente decide el legislador (el postestado o autoridad normativa) con su norma jurídica. Se trata de una coordinación circunstanciada entre dos o más valores específicos típicamente subyacentes; a dicha relación de coordinación le podemos llamar “*relación cuasi-típica de incompatibilidad de razones subyacentes*”. Dichos compromisos implican de trasfondo un *juicio legislativo de balance* de razones subyacentes a las reglas, entre dos o más valores incompatibles ‘*V₁*’ vs. ‘*V₂*’, para cierta *clase de circunstancias*. De esta manera, las normas son concreción de una *preferencia* o *prioridad* en este conflicto subyacente (‘*V₁* $\wedge$ $\neg$ *V₂*’). La relación de prioridad entre los valores específicos al establecerse o decidirse en la regla legal, se da de forma *indirectamente* típica²¹⁸. De tal manera, tenemos normas como el delito de injuria, en que el legislador típicamente resuelve la cuestión entre el honor y la libertad de expresión, a favor de la primera; en las normas sobre prohibición de lucro en la educación, entre la libertad de empresa vs. el interés general en un libre acceso a la educación; en las normas sobre prescripción extintiva, entre el valor de la justicia vs. la paz, se resuelve a favor de la segunda; etc. Entonces, decimos que la regla legal está construida para resolver determinadas cuestiones, típicas o normales, dándole el favor a un valor (‘*V₁*’). Ahora bien, la concepción de las normas como razones perentorias o concluyentes implicará que el destinatario del Derecho no podrá efectuar un nuevo balance de razones. Su falta de acuerdo

²¹⁶ La analogía es de C. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN, *Sistemas Normativos*, p. 182, vid. la respuesta de M. ATIENZA, “Sobre ‘Creación Judicial del Derecho’ de Eugenio Bulygin”, p. 214.

²¹⁷ J. RAZ, “Postscriptum a la Segunda Edición: Una Reconsideración a las Razones Excluyentes”, p. 232.

²¹⁸ La relación es cuasi-típica porque, en realidad, no está tipificada en sentido técnico, sino que sólo está subyacente. Sólo indirectamente se puede entender que está tipificada en las normas correspondientes; por ello es cuasi-típica.

con el compromiso entre las razones expresado en la norma no es una razón suficiente para que se deje de aplicar²¹⁹. —La *labor del intérprete* sería *expresar*, de forma previa, la *relación cuasi-típica de prioridad* de cada una de las normas jurídicas.

► En tercero, existe *caracterización epistémica* del proceso directivo. Se trata de un reconocimiento a la *limitación cognoscitiva* de *reconocer* y *recoger* en las *normas todas y cada una de las razones relevantes* que *podrían entrar en conflicto*. El viejo diagnóstico de MURATORI, ahora recogido por el mundo contemporáneo, con HART, en orden a que debido a caracterizar la falta de conocimiento de todos y cada uno de los hechos, así como de sus posibles combinaciones, puede traer consigo cierta indeterminación de los propósitos subyacentes del Derecho²²⁰; lo que abre la posibilidad de explorar las excepciones implícitas y la operación de la derrotabilidad²²¹.

Ahora bien, es sobre dicha base que se introduce las nociones de *alcance* y *excepción* por RAZ, que sirve para distinguir y explicar las figuras de laguna axiológica y de derrotabilidad:

“Característicamente, los casos están ‘simplemente’ fuera del alcance de la regla si las principales razones que respaldan la regla no son aplicables a tales casos. Los casos caen bajo una excepción a la regla cuando algunas de las principales razones en pro de la regla son aplicables a ellos, pero el ‘compromiso reflejado en la regla’ considera que prevalecen otras consideraciones en conflicto.... Dado que las excepciones pertenecen a la lógica de las reglas y no son aplicables a las razones, no pueden usarse para mostrar que las razones no puedan estar en conflicto. De hecho, hay excepciones a las reglas precisamente cuando hay razones que están en conflicto”²²².

Esto requiere explicar entonces la diferencia entre problemas de alcance y problemas de excepción, lo que, siguiendo una indicación de A. RÓDENAS, se hará bajo el siguiente ejemplo: qué hace la diferencia frente a la regla de una biblioteca de la universidad que señalé, “prohibido meter bulla”, cuando un funcionario de la biblioteca realiza una actividad bulliciosa, o bien pasado del horario funcionamiento a público de la misma, o en el horario de atención a público, pero para alertar de un tsunami. Ello se explicará de manera correspondiente con las lagunas axiológicas y las excepciones implícitas en lo que nos interesa.

1.3.2.1. La cuestión de las lagunas axiológicas. La laguna axiológica es una *falta de regulación relativa*, desde el punto de vista cualitativo, respecto de un cierto caso, en *razón de las valoraciones subyacentes* a la propia norma jurídica.

²¹⁹ Vid. más o menos así, pero con reservas sobre el “error de segundo grado”, A. RÓDENAS, “Entre la Transparencia y la Opacidad. Análisis del papel de las Reglas en el Razonamiento Judicial”, p.118.

²²⁰ Así, H.L.A. HART, *El Concepto de Derecho*, pp. 160 y 161 y J. RAZ, *La Autoridad del Derecho*, pp. 50 y 51.

²²¹ F. ATRIA, “H.L.A. Hart y la Textura Abierta del Derecho”, pp. 387 a 392.

²²² J. RAZ, “Postscriptum a la Segunda Edición: Una Reconsideración a las Razones Excluyentes”, pp. 232 y 233.

Existe una diversidad de tipos de lagunas. Los autores refieren cuatro tipos de ellas: lagunas de reconocimiento, epistémica, normativa, y axiológica²²³.

Las dos primeras no son pertinentes a nuestro tema. La laguna normativa supone una ausencia absoluta de regulación respecto de un ámbito temático; *cuantitativamente* falta una porción de normativa. Mientras que la laguna axiológica supone una regulación relativa sobre un cierto ámbito temático, pero *deficitaria* en lo cualitativo: hay regulación pero no es la adecuada frente al problema valorativo. El *cómo* sea ello, es lo que se pasará a revisar.

Es importante resaltar que laguna axiológica se puede entender de dos maneras.

a) Una, como ya lo hemos dicho, es en parte una técnica interpretativa, según GUASTINI²²⁴ para poner un caso fuera del alcance de una norma, el cual, en principio, cae dentro de su dominio. Se trata, en el fondo, de una técnica de interpretación restrictiva. Opera sobre la base de la retroalimentación desde el razonamiento de aplicación, cuyo argumento exige un reajuste teórico interpretativo²²⁵. En este caso, la propia construcción semántica cubre *prima facie* el caso. Pero para esta clase de casos, cubrir *prima facie* importa que el propio *sentido* de la norma es *prima facie*, ya que en último término, mediante la retroalimentación aquél se verá alterado en definitiva para estos efectos, por la reinterpretación restrictiva. —Sin embargo, ello no nos importa por ahora, ya que nos interesa el caso más duro de la función directiva (no interpretativa o reconstructiva) de las circunstancias de aplicación.

b) Una segunda forma, es estrictamente aplicativa, es decir, de argumentación aplicativa, que va a hacer variar el resultado de la norma jurídica en el caso singular, sin alterar el sentido de la norma jurídica en juego.

El presupuesto característico es que hay una regulación que cubre semánticamente un caso singular. Dicha interpretación se encuentra operacionalmente *finalizada* para el caso singular de que se trate. No hay más operación de retroalimentación. —Esto puede suponer un cierto respecto a los límites interpretativos de las oraciones normativas, en el sentido de reconocer que las oraciones normativas no pueden decir cualquier cosa a voluntad del reconstructor de la norma.

Luego, estando cerrada la retroalimentación y operacionalmente el sentido de la norma jurídica, la condición de aplicación normativa está fija desde lo reconstructivo, en vistas del razonamiento aplicativo. Ahora bien, como dice F. ATRIA, la expresión de la norma beneficia a una parte o posición de un caso²²⁶, por lo que llevada al razonamiento jurídico, la condición de aplicación y la consecuencia, favorecen una cierta posición *p*₁ y no a *p*₂.

²²³ C. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN, *Sistemas Normativos*, pp. 155 y ss.

²²⁴ R. GUASTINI, “Variaciones sobre Temas de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, Derrotabilidad, Lagunas Axiológicas, e Interpretación”, p. 149.

²²⁵ Sobre la retroalimentación entre la aplicación y la reconstrucción de las normas, vid. E. GANDULFO, “La Validez en los Contextos de Fundamentación y de Aplicación”, pp. 521 a 532.

²²⁶ F. ATRIA, “Jurisdicción e Independencia Judicial: El Poder Judicial como Poder Nulo”, p. 127.

Sin embargo, se considera *axiológicamente inadecuada* la solución normativa que cubre el caso singular ‘*c*₁’. Esto es lo que configura un *déficit* de regulación. Pero ¿cómo es que se le considera inadecuada en esta figura? Ello se da porque el legislador, en el fondo, no tuvo en cuenta una *distinción* (respecto de un juicio de clase de valor ‘*V*’) que debería haber sido considerada²²⁷, en la aplicación singular de ‘*v*’, en su justa medida por la norma.

Veamos las condiciones para que opere sobre la base indicada, presentando el siguiente esquema (en donde las mayúsculas simbolizarán las clases ‘*V*’ y las minúsculas los singulares ‘*v*’).

(i) Se introduce un *análisis* referido a las *razones o valores generales subyacentes* a la *norma legal* que cubre semánticamente el caso singular²²⁸. Se determinan las razones involucradas, esto es, las priorizadas (*V*₁, por ejemplo, tranquilidad de estudio), y se las interpreta conceptualmente (por ejemplo, tranquilidad de estudio en la sala de biblioteca, para evitar el bullicio perturbador del estudio de los alumnos).

(ii) Junto con ello, se *analiza el caso singular* ‘*c*₁’, con todos sus rasgos que parezcan relevantes, en particular, un *rasgo especial de éste*, en relación con las razones subyacentes priorizadas; para efectos de (iii). Algunos le llaman “circunstancias especiales” o “anormales”²²⁹ o nosotros “*sui generis*”, en relación con el sentido de la norma legal; pero son especiales por sus conexiones axiológicas.

(iii) Se pone en *relación* (i) con (ii), *reconstruyéndose* (i) en su *proyección aplicativa* al contexto singular, para determinar el *alcance* de la o las razones prioritarias de la norma en cuestión en el caso individual. Se trata del *valor singularizado* (‘*v*’) en el caso (‘*c*₁’). —Esta operación es parte de la labor teórico-reconstructiva, que se produce en el contexto de aplicación. Si las principales razones (‘*V*’) que respaldan la norma legal *no son aplicables al caso* (‘*v*’), entonces *el caso está fuera del alcance* de la norma legal²³⁰. En cierto sentido, hay una subsunción (o instanciación) para determinar si la clase de valor se ve afectado en el caso singular. Si el caso no alcanza a afectarlo, surge la comprensión de la circunstancia especial, y entonces se forma un vacío axiológico de aplicación, calificado como laguna axiológica del mismo talante.

Al estar fuera del caso, no se da el presupuesto de aplicación de la razón de trasfondo. La norma jurídica no fue construida para el caso ‘*c*₁’. Lo que F. SCHAUER

²²⁷ C. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN, *Sistemas Normativos*, pp. 157 y 158.

²²⁸ Como señala F. ATRIA, el supuesto central de la norma está construido para un determinado caso típico, bajo ciertas razones particulares. Por ejemplo, que las normas más favorables a los trabajadores en el Código del Trabajo, como el artículo 9 inc. 4 del Código del Trabajo, respecto de la relación laboral, son de tal calibre, en razón del presupuesto legislativo de la existencia de una desigualdad en la capacidad negociadora entre trabajador y empleador (“Jurisdicción e Independencia Judicial: el Poder Judicial como Poder Nulo”, p. 126).

²²⁹ En el ejemplo que maneja F. ATRIA (“Jurisdicción e Independencia Judicial: el Poder Judicial como Poder Nulo”, p. 131), en el conflicto entre el empleador y un trabajador gerente, la expresión de la norma beneficia a este último en principio.

²³⁰ Cfr. J. RAZ, *Razón Práctica y Normas*, p. 232. F. ATRIA señala que el caso de un gerente, jefe de la administración de la empresa y quien tenía el deber de escriturar su propio contrato, se encuentra fuera de las razones presupuestas por el legislador laboral que sancionan al empleador por dicha falta (“Jurisdicción e Independencia Judicial: El Poder Judicial como Poder Nulo”, *Ibíd.*).

señala es que se trata de un caso de *sobreinclusión*, esto es, la semántica de la norma se extiende más allá de los casos que la justifican.

Veamos el ejemplo de la prohibición de meter bulla en la biblioteca. El tío Pepe, funcionario de la biblioteca, es hincha de Santiago Wanderers, y justo toca que haya fecha del campeonato entre semana, con partido un miércoles a partir de las 7:30 pm, lo que le impide llegar al estadio a tiempo. Así que se pone a escuchar su radio a todo volumen en aquella dependencia, para celebrar los goles(?) de su equipo. Claramente, Pepe está violando la regla de no meter bulla en la biblioteca, y parece que perturbaría a los estudiantes. Sin embargo, lo particular del caso es que a las 7:00 pm es el horario de cierre de funcionamiento de la biblioteca para el público. Sin embargo, la regla es bastante clara y tajante: no meter bulla en la biblioteca. Desde el punto de vista axiológico, lo particular del caso del día miércoles, es que Pepe, no puede afectar el valor jurídico subyacente, tranquilidad para el estudio, precisamente porque los estudiantes ya no pueden estar en la biblioteca. De esta manera, el valor jurídico queda incólume frente a la acción de Pepe en este caso, no obstante la bulla y de la eventual celebración de los goles, por lo que podemos concluir que hay un problema de alcance, que ampara a Pepe a escuchar su partido en solitario (o con los demás funcionarios) en la biblioteca. Ese problema de alcance es lo que configura una laguna axiológica, es decir, el valor subyacente de la norma, tranquilidad de estudio, no se ve afectado luego de las 7:00 pm, y así la falta de alcance se traduce en laguna aplicativa para el objetivo de la norma. En otros términos, la regla en su conjunción con la del horario no está hecha para alcanzar ese caso singular, desde el punto de vista de sus razones.

En estos casos, se ve que el aplicador no actúa con un papel meramente mecánico y ciego, o pasivo, ante la normativa reconstruida, sino que evalúa y le da una función directiva a las razones subyacentes. De no hacerlo, lo llevaría a asumir el costo axiológico jurídico, respecto de aceptar resultados normativos inadecuados a las razones subyacentes del propio sistema jurídico (reconstruido). Sin embargo, y no obstante su rol más activo, como señala A. RÓDENAS no hay un cuestionamiento del balance de las razones típicas subyacentes que expresa en la norma legal²³¹: tranquilidad de los estudiantes vs libertad de hacer (aunque no todos los casos de laguna axiológica son tan claros, a veces se requiere un pequeño apoyo argumentativo, un pequeño balance en los límites de vaguedad). Lo que sucede es que el balance general es soberano de la competencia legislativa o del autor de la norma, por lo que es intocable para el juez judicial en un sistema de control de constitucionalidad concentrado. Sin embargo, es la reconstrucción teórica (o interpretativa) del alcance de las razones en dicho balance, en situación de duda cognoscitiva de su extensión, la que puede revisar el juez judicial, deslindando dicho alcance, concluyendo que el valor priorizado por la ley no toca al caso en cuestión.

1.3.2.2. La derrota o excepción implícita básica. Esta situación refiere a que una norma puede ver afectada su aplicación en un caso singular, ante una razón subyacente del sistema no considerada en especial por el legislador o su norma, con función directiva en aplicación.

²³¹ A. RÓDENAS, “En la Penumbra: Indeterminación, Derrotabilidad y Aplicación Judicial de Normas”, p. 74.

La situación base es igual como las lagunas axiológicas, también implica que la enunciación de la norma legal N cubre semánticamente el caso singular investigado ' c_2 '. La interpretación de la norma ha sido agotada junto con las convenciones interpretativas. Esto puede entenderse en el sentido de las convenciones metodológicas interpretativas para establecer el sentido de la oración normativa, por lo que el sentido se encuentra finalizado para este caso ' c_2 '. Y también que la expresión de la norma llevada a la aplicación, y transformada en condiciones de aplicación, beneficia a una parte o posición específica y no a otra. Sin embargo, se exigen varias cosas más, sobre la base de la idea de conflicto.

(i) Se determina una *base de razones subyacentes cuasi-típicas* que están en pugna en la norma legal en cuestión (' V_1 ' vs. ' V_2 '), y la *relación de prioridad* concretada en dicha norma (' $V_1 \wedge \neg V_2$ ').

(ii) Igualmente, se *determina el alcance de las razones subyacentes cuasi-típicas al caso singular*. Pero en esta ocasión, se realiza para corroborar que el caso, de acuerdo a ciertas características que presenta, esté bajo el alcance, en el contexto singular, de las razones subyacentes que el *legislador priorizó* (' V_1 ')²³². De esta manera las características singulares se interpretan como ' v_1 '. Éste es el rasgo típico que diferencia esta figura respecto de la laguna axiológica previamente revisada: el caso ' c_2 ' sí está bajo el alcance del valor subyacente de la norma. Es la base del conflicto y su primer cuerno del dilema de excepción²³³.

(iii) Se constata la existencia de una *cierta consideración jurídica* general con dos rasgos importantes. Primero, que esa consideración *no ha sido tomada en cuenta* por el balance de razones del legislador para el caso (' V_3 ')²³⁴, por lo que al no estar en el juicio de prevalencia, ella no ha sido priorizada ni despriorizada normativamente. Segundo, que dicha consideración *también se conecta o alcanza con el caso* en cuestión ' c_2 ', en una característica singular propia del caso. Precisamente porque este criterio lo alcanza, la característica es interpretada como ' v_3 ' (como singularización del valor o principio), y es importante en términos de sistema, tomándose en consideración en el caso *sub lite* (es un valor importante del sistema).

(iv) Se *ponen en relación* interpretativa ambos valores o principios (' V_1 ' y ' V_3 '), y en *proyección de aplicación*, es decir, de singulares (' v_1 ' y ' v_3 '), para efectos de determinar *si son incompatibles* o no, en el caso singular, ambos valores. Si son compatibles, no hay problema. Pero la presencia de la incompatibilidad es lo que

²³² Así J. RAZ, *Razón Práctica y Normas*, p. 232.

²³³ De aquí deriva algo de importancia, de que sin conflicto al caso no hay excepción. L.G. MILLER, lo explica en contexto de aplicaciones o de posibilidad de aplicación: "No hablamos de una acción como una excepción a una regla, por supuesto, a menos que creamos o asumamos que la regla se aplica a la acción. Si la regla no se aplica, no puede haber una excepción; si se aplica la regla, podría haber una pregunta sobre una excepción; y si la regla se aplica pero se justifica no seguirla, se permite una excepción." ("Rules and Exceptions", p. 262). Esto muestra que las excepciones van de la mano o conjuntamente con la regla que se exceptúa, lo que se constata también en las proposiciones de excepción, según señalan I. COPI y C. COHEN, las cuales no son proposiciones categóricas, sino enunciados compuestos por conjunciones, que contienen dos afirmaciones tales como: "Todos los S son P " y "Ningún S es P " (*Introducción a la Lógica*, pp. 316 a 318).

²³⁴ J. RAZ, *Razón Práctica y Normas*, p. 232.

configura un verdadero conflicto (v_1 vs. v_3), entre las razones priorizadas legislativamente, que serían aplicables al caso en principio, y este nuevo criterio; en suma, una nueva relación pero *atípica*.

En este último caso, no se ataca la relación de prioridad cuasi-típica de competencia soberana del legislador ($v_1 \wedge \neg v_2$). Se da la presentación en el caso singular de un *nuevo conflicto* de razones subyacentes, no regulado (en este sentido, hay un vacío o laguna axiológico en el conflicto).

(v) Se procede a enfrentar en el caso a este nuevo conflicto no regulado. El juez judicial procede a realizar un *juicio ex novo* de ponderación, deliberando acerca de las diversas razones que hay respecto de la, a su vez, *nueva combinación de razones en pugna* (no considerada por el legislador)²³⁵, para este específico caso con estas características, en el contexto singular. Es un balance teórico aplicativo, que determina para ciertos valores o principios en juego en el contexto singular (v_1 vs. v_3), cuál debe primar, en una cierta clase de circunstancias, de manera de ser el criterio relevante para decidir el asunto. Si la solución de dar mayor importancia, para este caso especial, es a favor de v_3 , entonces se entiende *derrotada* la razón subyacente que fue priorizada legalmente y excepcionada la norma legal en el caso singular²³⁶.

(vi) Si se excepciona la norma legal, eso implica normativamente que el principio o valor ha producido el efecto de las excepciones: el *interferidor*, en cuanto a que *no se siga* la consecuencia normativa singularizada respecto del antecedente de N ²³⁷, y así excluir o desplazar a la propia norma de la *aplicación* en el caso singular. De esta manera, desde el punto de vista de la fuerza decisoria, la norma excepcionada ha perdido *relevancia* jurídica —total o relativamente— en el caso singular para resolver adjudicativamente dicho caso, en favor de otra razón.

Precisamente, es este cariz de *nuevo conflicto*, no considerado por el legislador (atípico), lo que permite al juez intervenir. Porque no interviene sobre el juicio de balance cuasi-típico de razones de competencia legislativa. —El resultado del balance legal permanece intocado, el juez está subordinado a él en tanto destinatario y si estima que el balance no es el correcto, sólo queda como un disenso de moralidad política no institucional. En consecuencia, este nuevo conflicto se considera abierto y no solucionado, como si hubiera un tipo de *vacío axiológico*²³⁸. Entonces, dado que el juez judicial debe fallar, siéndole inexcusable, y el legislador no se ha pronunciado sobre ello, puede entrar a juzgar este nuevo conflicto e introducir una excepción al caso.

²³⁵ A. RÓDENAS, “En la Penumbra: Indeterminación, Derrotabilidad y Aplicación Judicial de Normas”, p. 74.

²³⁶ Como señala J. RAZ, *Razón Práctica y Normas*, pp. 232 y 233, las razones en conflicto, aunque pueden derrotar a las razones con las que están en conflicto, no crean excepciones a las mismas. Las reglas tienen excepciones, no las razones. La regla refleja un juicio de que esas razones derrotan dentro del alcance de la regla. Y agrega que, de hecho, hay excepciones a las reglas precisamente cuando hay razones en conflicto.

²³⁷ Vid. más arriba la enseñanza romana sobre el efecto interferidor, parcial o total, de las excepciones sin que ello implique la negación del hecho base o antecedente.

²³⁸ R. GUASTINI, “Variaciones sobre Temas de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, Derrotabilidad, Lagunas Axiológicas, e Interpretación”, p. 149, señala que muchas veces las lagunas y la derrotabilidad, son las caras de la misma moneda.

En similar caso de la biblioteca (c_2). Los estudiantes se encuentran en horario de funcionamiento público de la biblioteca. Sin embargo, la ONEMI ha dado una alerta de tsunami, por lo que se ha de evacuar para salvar las vidas de los ciudadanos que viven en los puertos. Dado que la biblioteca queda en Valparaíso, se encuentra afecta a esta alerta. De manera que Pepe corre y grita a los estudiantes de la biblioteca: “tsunami, hay que desalojar la biblioteca y la universidad”. Al encontrarse el evento las 5:00 pm, está dentro del horario de funcionamiento de la biblioteca, por lo que a los estudiantes les alcanza plenamente, a cada uno de ellos, el valor de la tranquilidad para el estudio, y así la regla de “no meter bulla en la biblioteca”. Es más, si les afecta al valor de su tranquilidad de estudio el que Pepe haga el llamado de alerta. Ésa es la base de la excepción implícita. Sin embargo, la regla no contemplaba otra circunstancia, un posible tsunami que inunde las costas de la ciudad con peligro para la vida de los propios estudiantes. Existe entonces un conflicto de valores subyacentes del sistema, no previsto por la regla, entre la tranquilidad de estudio y la vida e integridad de los estudiantes.

Si se actuara de manera *formalista* ante la norma, entonces no habría conflicto, y Pepe no debió haber avisado a los estudiantes, quienes estaban al amparo de la norma en comento. De esta manera, si Pepe avisaba, entonces hubiera violado la regla. La comprensión translúcida de la norma, ha hecho que no obstante se mantenga incólume la interpretación de la misma, haya sido necesario, ponderar en el contexto de aplicación, precisamente si debía aplicarse la norma o no, de acuerdo a dos criterios: i) las circunstancias del caso singular del tsunami, y que la biblioteca se encontraba en una ciudad puerto susceptible de ser inundada por las olas del tsunami, y ii) que si la vida de los estudiantes (el principio o valor) era lo suficientemente valiosa, como para derrotar al valor de tranquilidad en el estudio.

La resolución del problema es crucial. Porque no sólo tiene que ver con la preservación de los valores protegidos del sistema, sino que también respecto de si Pepe merecía o no una sanción, por no haber obedecido la norma en entredicho, lo que en otros términos implica si es que Pepe debió haber aplicado la norma de no meter bulla.

Aquello importa que no se pueda aplicar de manera mecánica la solución, sino que se deba ponderar o balancear las circunstancias y valores o principios en juego sopesando argumentos en pro y en contra: deliberando, como veremos más adelante.

De hecho, la deliberación que se puede ver fácil en el caso, podría afectarse mediante otras circunstancias, lo que muestra la complejidad de la deliberación, y la variabilidad de la relevancia jurídica para la conclusión.

Supongamos que se trata de una alerta de incendio, por cierto humo —pero no fuego— que se ve desde una de las salas de la otra ala de la Universidad. Pero han llegado los funcionarios de la universidad con extinguidores. Pepe debe deliberar si es suficientemente probable que pueda verse afectada la vida de los estudiantes, debiendo hacerlos desalojar, frente al valor de la tranquilidad de su estudio. La variabilidad de las circunstancias altera la evaluación del peso de las razones del caso. Afectándose la probabilidad de un hecho, la relación de peso o de gravedad para decidir se ve alterada a favor o en contra. Quizás le avisaron que sólo fue un corto y no justificaba la perturbación de la tranquilidad, estando

dentro de las diversas circunstancias que pueden ocurrir en la Universidad, etc. Como se puede observar, el procedimiento de deliberación no implica un mero juicio de peso de razones valorativas, sino que el juicio mismo es sensible a las razones singulares que presenta el caso, a sus rasgos singulares, que implica que cada rasgo diverso en su clase, o agregación de rasgos, pueda traer consigo la variabilidad de la *relevancia* de las razones jurídicas subyacentes para la conclusión²³⁹.

En cuanto a la clase del principio derrotador que puede entrar en juego, su determinación depende de diversos factores. A) Puede tratarse de principios jurídicos, esto es, propios del sistema jurídico de que se trate, los que pueden subdividirse en dos clases. A.1) Principios subyacentes al sistema, no explícitos, como una especie de principios teóricos, como, por ejemplo, el principio general de la autonomía de la voluntad. A.2) Principios explícitos en el ordenamiento jurídico, como, por ejemplo, los contenidos en los derechos fundamentales del artículo 19 de la Constitución, en tanto su supuesto operativo se encuentra no determinado. Para el neoconstitucionalista y ciertos positivistas, el compromiso con el sistema jurídico positivo, bajo los sistemas codificados, importa que los aplicadores del Derecho no sean libres de formular cuantas excepciones o exclusiones del alcance de las normas deseen y cuando lo deseen. Por el contrario, el aplicador del Derecho tiene la carga argumentativa de mostrar que, “a la luz del sistema de principios que dotan de sentido a la institución o sector normativo en cuestión, el caso en discusión constituye una excepción o está excluido del alcance de la regla”²⁴⁰. B) Puede tratarse de principios morales o éticos. Su origen puede ser de tres tipos. B.1) Principios morales cuando la propia normativa jurídica se remite a ellos. B.1.1) Puede tratarse en virtud de remisiones específicas de las propias normas a la moralidad social en ciertos casos, como en materia de contratos, como, por ejemplo, si la ley dispone que los contratos no vayan en contra de la moral. B.1.2) Por remisión general en una cierta jurisdicción, como en el caso de la jurisdicción de equidad de los árbitros arbitradores, muy generalmente aplicada por la justicia arbitral en materia de salud en Chile, ejercida por los jueces árbitros de la Superintendencia de Salud. Hasta aquí podemos entender que la evolución jurídica de los sistemas de tipo Codificados fija el límite de intervención de los principios, estableciendo de manera acotada la intervención de los morales. B.2) Para el *ius moralismo*, junto a los principios jurídicos, los morales son base suficiente para producir la derrota, en virtud de una base ética del ordenamiento jurídico, en una vuelta hacia un sistema más cercano al del *Ius Commune*²⁴¹.

Al relacionarse este tema con los principios tenemos que, dado que no es posible determinar de antemano el conjunto preciso de casos gobernados por un principio, entonces *tampoco podríamos determinar de antemano el conjunto preciso de excepciones* ligadas a la presunta “regla”, lo que es tanto como decir que *no podríamos determinar por anticipado en qué casos dicha regla es aplicable*²⁴², generándose una indeterminación en la referencia de las reglas de Derecho. Sin perjuicio de lo cual puede establecerse una preferencia “en

²³⁹ Sobre la relevancia universal o particular de las razones en miras de la conclusión vid. M.C. REDONDO, “Dos Modelos de Norma y Razonamiento Práctico”, pp. 73 y ss.

²⁴⁰ Vid. así. A. RÓDENAS, “En la Penumbra: Indeterminación, Derrotabilidad y Aplicación Judicial de Normas”, p. 76.

²⁴¹ A. GARCÍA FIGUEROA, *Criaturas de la Moralidad*, pp. 20, 133 y ss. 167.

²⁴² J.C. BAYÓN, “Derrotabilidad, Indeterminación del Derecho y Positivismo Jurídico”, pp. 93 y 94.

principio” sobre el caso de la propia norma o regla, en tanto no se argumente un principio en contra que obligue al sopesamiento.

Ambas clases de figuras muestran que el alcance semántico de la norma, no es suficiente para determinar el resultado. También que el principio *dura lex sed lex*, en este tipo de reglas translúcidas, no implica un atrincheramiento semántico a todo evento; muy particularmente en el evento de no alcanzar la norma, la protección de ciertos valores. No obstante todo, si bien ambas clases de casos son complejos y debatibles, en algún sentido siguen respetando la racionalidad del proceso legislativo, en términos del compromiso que la norma implica, la que no está a disposición del judicial de aplicación²⁴³.

Por su parte, es menester considerar que la excepción implícita está construida en términos de *derrota* de razones en el caso singular, pero *no de cancelación* (total) de las mismas, y así no de derogación o anulación de las normas. No sólo porque el conflicto es meramente del contexto singular, sino por la importante razón de que en el propio caso, la norma derrotada puede resurgir en el caso para regular otros aspectos importantes del propio caso singular de los mismos hechos singulares, que no podría hacerlo si la razón subyacente de la norma hubiese sido cancelada²⁴⁴.

Ahora bien, con todos estos ejemplos, se ha remarcado un rasgo diferenciador de importancia entre estas dos situaciones de la excepción y la laguna o alcance. C. FINKELSTEIN ha mostrado con claridad que en el caso de la laguna el fallo deriva de un problema *interno*, en la relación entre el valor de la norma y el alcance de la norma, en la proyección de aplicación. Mientras que el problema de la derrotabilidad de la excepción es *externo*: algo más que la justificación subyacente de la norma. Se trata de un principio o valor diverso al que sustenta la norma el que conflictúa la situación. En el fondo, la posibilidad de excepciones implícitas requiere de la existencia de una pluralidad de principios y valores, para que entren en conflicto. De esta manera, no sólo se trata de un problema externo, sino que la propia derrotabilidad es *externa*²⁴⁵.

En las excepciones implícitas ambas directivas o estándares (‘v₁’ o ‘v₂’) no son condición suficiente para la superación de una respecto de la otra. Ninguna alzaprima la excepción en el caso (o la rechaza) sin más, pues cada una parece ser sólo una razón contribuyente del resultado final. Se requiere de una operación deliberativa especial, al menos una vez, que se encuentra se encuentra tras bambalinas, para la instalación de la excepción subsecuente en el caso. En cualquiera de las opciones que se dé en el caso singular de aplicación, asentado el conflicto, la *deliberación* selectiva de razones en

²⁴³ J. HABERMAS, *Facticidad y Validez*, p. 311.

²⁴⁴ Así, D. PAPAYANNIS, “La Práctica del Alterum Non Laedere”, p. 60, señala que si una persona se pierde en la montaña en medio de una tormenta en medio de una tormenta, encuentra una cabaña, y éste rompe la puerta para entrar a refugiarse, y consume los alimentos, no se le podría acusar de violación de propiedad privada, si es que estuviese en peligro su vida. La vida derrotada a la propiedad privada. Sin embargo, al no estar cancelada la razón de la propiedad privada, eso le da opción de resurgir en el caso. Porque ella puede fundar una razón (quizás junto a otro principio) para que el excursionista indemnice y pague los daños causados sobre la cabaña en su propio provecho de salvación.

²⁴⁵ C. FINKELSTEIN, “When the Rule Swallows the Exceptions”, pp. 155 a 157.

aplicación parece ser crucial para el caso singular. Dicha deliberación puede efectuarse de las siguientes maneras.

a) La ponderación *intuitiva* o *ad hoc*, supone un balance de los principios o valores subyacentes que se hace caso por caso singular, tratando de buscar una estimación razonable de los principios o valores en juego en el caso.

Algunos, extreman su carácter singular sosteniendo que la deliberación ponderativa de los principios o valores en juego, se hace sin regla explícita, o al menos el operador no señala seguir regla alguna, y no dice que será aplicable a casos futuros²⁴⁶. M.B. NIMMER, señaló que: “el balance *ad hoc* por hipótesis significa que no hay una regla que aplicar, sino sólo intereses que se deben pesar. Antes de una adjudicación final por el tribunal superior, un orador dado no tiene un estándar por el cual pueda medir si su interés en hablar tendrá mayor o menor peso que el interés en competencia que se opone a su discurso”²⁴⁷. Esto implica dos cosas: i) los intereses que se deben pesar, son los valores, intereses, bienes o principios en conflicto *en el* caso singular, y ii) éstos se sopesan directamente de acuerdo a las circunstancias del caso singular.

En ese sentido, el juez, o bien no está dispuesto a comprometerse con posibles casos futuros con la formulación de una regla teórica, o es una estrategia del tribunal colegiado, entre diferentes opiniones sobre cómo formar una regla respecto del principio que está en juego, de manera que sólo coinciden en ciertas bases ponderativas para este caso, pero no en cómo debería estar formulada la regla, los matices que deba tener, o de hecho el juez no tiene el tiempo ni la habilidad en el momento para construir una regla específica para el caso singular y que pudiese ser generalizable, de manera que tenga precisión suficiente como para abarcar sólo una subclase de casos pretendidos. ¿Cómo se resuelve el problema? se invocan *desiderata* consecuencialistas para evaluar el impacto que tengan los principios en conflicto para el caso singular, y, por supuesto, la crucial decisión de cuál parece más *importante* o *adquiere más peso* en el caso; que puede o no responder a cuál es el valor que más le importa a las personas²⁴⁸. En el fondo, el juez señala que la solución *a* (que implica el valor v_3), pesa más que la solución *b* (que implica v_1). Radicalidad de lo *ad hoc*, da a entender NIMMER, consiste en que el juicio *ad hoc* al estar centrado tanto en las particularidades del caso, no genera una norma que pueda utilizarse en otros casos²⁴⁹, ya que el tribunal ha ponderado todas las circunstancias que le parecen relevantes a éste del caso singular. Al resultado sobre los valores en conflicto, GUASTINI lo ha calificado de una jerarquía móvil, ya que lo que fue jerarquizado en un caso, en otro puede salir derrotado: el

²⁴⁶ G. PINO, “Conflicto y Balance entre Derecho Fundamentales. Un Mapa de Problemas”, p. 202.

²⁴⁷ M.B. NIMMER, “The Right to Speak from Times to Time: First Amendment Theory Applied to Libel and Misapplied to Privacy”, p. 939.

²⁴⁸ Como señala M.B. NIMMER explicando el caso ‘*NY Times vs Sullivan*’, “Si la Corte hubiera seguido el método *ad hoc*, habría preguntado si ‘bajo las circunstancias particulares presentadas’ el interés de los acusados en publicar su anuncio particular superaba el interés del demandante en la protección de su reputación. Esto, a su vez, habría llevado a problemas tan importantes como: ¿Qué tan importante fue para los acusados (o posiblemente para el público en general) que se publique este anuncio en particular? ¿Cuán ‘grave’ fue el daño a la reputación del demandante causado por el anuncio?” (“The Right to Speak from Times to Time: First Amendment Theory Applied to Libel and Misapplied to Privacy”, p. 943).

²⁴⁹ M.B. NIMMER, “The Right to Speak from Times to Time: First Amendment Theory Applied to Libel and Misapplied to Privacy”, p. 943.

principio P_1 tiene más peso que el principio P_3 , en ciertas circunstancias, pero ello no asegura que en otras sí lo tenga²⁵⁰.

b) La otra modalidad es la *ponderación reglada*²⁵¹, como la señalada por R. ALEXY, a través de su técnica de ponderación. Ella exige el poder medir el peso de los principios, P_1 y P_3 , en el caso concreto según ciertas pautas procedimentales; y aunque pensada para ponderar derechos constitucionales, para efectos de optimizarlos o equilibrarlos —si bien puede en general chocar con el efecto excluyente o interferidor propio de la derrotabilidad—, puede ser de provecho algunas de sus reglas. Se realiza mediante tres cánones o subprincipios metodológicos²⁵²: idoneidad, necesidad y ponderación en sentido estricto. i) El de *idoneidad*, establece una relación de posibilidad fáctica de satisfacción entre el fin perseguido y un medio o acción en particular propuesto²⁵³ —la evacuación de los alumnos será idónea para su seguridad. ii) El de *necesidad*, es una interrelación cruzada de optimización: importa que la satisfacción del principio privilegiado P_3 , sea la más benigna o imponga una carga menos gravosa o costosa, entre varias, para el principio derrotado P_1 ; es un costo en perspectiva de concreción y en relación con los dos principios instanciados —la medida de no avisar del incendio ponía en grave riesgo a la vida de los alumnos. iii) El de *ponderación en sentido estricto*, importa una regla de gradualidad: a mayor grado de afectación o no satisfacción de P_1 , mayor debe ser la importancia de satisfacción de P_3 ; lo que supone, a su vez, tres pasos o variables. El primero, es preciso definir el *grado* de afectación de un principio P_1 , instanciado en el caso singular. Luego, en un segundo, se define la importancia de la satisfacción de P_3 que juega en sentido contrario. En el tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro²⁵⁴.

De todas formas, hay diversas críticas y dudas sobre la posibilidad de realizar una adjudicación de peso a los valores o principios de forma abstracta en vistas a un caso de manera uniforme para toda persona, cuando hay una sociedad plural con diferentes asignaciones de valores por los agentes sociopolíticos sin consenso en una escala abstracta y ordenada de valores; cuando precisamente se señala que los valores se van adjudicando en su relación de uno con otro, en consideración a las circunstancias singulares que lo rodean que determinan cuál tiene más relevancia o ventaja sobre el otro de acuerdo al caso y así su peso —cualquier cambio de circunstancias puede alterar el resultado—; de manera que el peso de cada principio es una cuestión de mera metáfora²⁵⁵; . Para M. ATIENZA, más bien es un recurso heurístico, y reconoce que guarda amplias dosis de discrecionalidad²⁵⁶.

²⁵⁰ R. GUASTINI, *Interpretar y Argumentar*, pp. 216 y 217.

²⁵¹ Vid. F. SCHAUER, “Balancing, Subsumption, and the Constraining Role of Legal Text”, pp. 34 a 45.

²⁵² Vid. R. ALEXY, “Epílogo a los Derechos Fundamentales”, pp. 27 y ss.

²⁵³ Trata de que efectivamente una cierta acción o medida en un caso singular, que es afectadora o invasiva de un principio o derecho fundamental, sea a la vez adecuada para satisfacer el otro valor, principio o derecho que está en juego y que se pretende salvaguardar. —Sin embargo, si la acción no satisface el otro principio en pugna, parece que el principio no fuera pertinente en concreto, de manera que es difícil hablar de derrota.

²⁵⁴ Así, R. ALEXY, “Epílogo a los Derechos Fundamentales”, p. 32.

²⁵⁵ B. CELANO: “la cuestión del peso es sólo una metáfora, lo cual hace que la imagen de un peso absoluto unido a cada razón carezca de contenido. Las razones asumen un peso sólo al contrastárselas unas con otras y en su ponderación” (“¿Podemos Elegir entre Particularismo y Universalismo”, p. 126, n. 35).

²⁵⁶ M. ATIENZA, “A Vueltas con la Ponderación”, pp. 50 51 y 56.

c) Otra solución es el *especificacionismo*. Su base es que efectivamente requerimos de cierta ponderación particular para resolver ciertos casos singulares, y en eso no trae novedad. La ponderación o balance nos señala cuál es el principio subyacente que pesa más en el caso particular y que debe aplicarse.

Sin embargo, J.J. MORESO conjuga la ponderación con una base de *casos paradigmáticos* relacionados con la anomalía jurídica entre manos. Para aquellos casos se dan soluciones ponderativas evidentes u obvias, en tanto hay una intuición moral básica compartida por los ciudadanos que implican la solución a favor de una de las alternativas en conflicto para dichos casos. Son los casos considerados moralmente claros de aplicación de valoración²⁵⁷. Esta combinación termina con un caso paradigmáticamente cargado moralmente, donde ellos representan, precisamente, esa valoración social superior²⁵⁸, entre distintos valores.

Sobre dicha base es que se construye luego “una regla”, en tanto son paradigmas de solución de ciertos casos ponderados. Se deriva así en una especie de “glosado” de los principios, mediante el cual se constriñe o limita la extensión de los principios. El producto resultante es una cláusula específica o particular, no singular, que afecta la norma que en principio puede tener el dominio del caso. Las cláusulas especificarán dónde, cuándo, por qué, cómo, por qué medios, a quién, o por quién se debe hacer o evitar la acción²⁵⁹. Concretamente, la cláusula se agrega a la norma como una excepción particular o específica, que limita a su vez, la extensión de la norma excepcionada, de tal manera que la regla obliga, excepto si conduce a ciertas consecuencias. La ganancia está en la plausibilidad de resolver nuevos problemas, mediante la especificidad de ciertas propiedades (jurídicas) fundamentales que sean instanciables y repetibles²⁶⁰.

En el ámbito jurídico sin embargo, “dicha regla [especificada] es considerada aplicable a una clase de casos genéricos construida de un modo extremadamente inestable: los casos futuros serán fácilmente considerados como supuestos de distintos casos genéricos” Y se agrega que: “La generalización permanece constante solo *coeteris paribus*, expuesta a innumerables e impredecibles excepciones”²⁶¹. La solución de todas maneras sigue siendo igualmente inestable y no definicional. Es así que A. BARAK señala que si como resultado de la aplicación de la ponderación, la regla específica termina protegiendo los derechos de otros, este resultado no significa que la regla haya ampliado el supuesto de hecho del principio o derecho fundamental en forma alguna²⁶².

²⁵⁷ J.J. MORESO, “Principio de Legalidad y Causas de Justificación”, p. 210.

²⁵⁸ J.J. MORESO señala que: “Los casos individuales paradigmáticos son únicamente un síntoma de un trasfondo inarticulado con el cual percibimos las situaciones de la realidad, las revisiones son intentos de articular dicho trasfondo y la admisibilidad de dichas revisiones viene guiada por la capacidad de nuestro esquema articulado de capturar nuestras intuiciones más sólidas.” (“Sobre Revisiones Estables, Casos Paradigmáticos e Ideales regulativos”, p 289).

²⁵⁹ H. RICHARDSON, “Specifying, Balancing, and Interpreting Bioethical Principles”, p. 289. Agrega que la cláusula se puede justificar mediante una especie de equilibrio reflexivo.

²⁶⁰ R. SHAFFER-LANDAU, “Moral Rules”, p, 594.

²⁶¹ G. PINO, “Conflicto y Balance entre Derechos Fundamentales. Un Mapa de Problemas”, p. 202.

²⁶² A. BARAK, *Proporcionalidad. Los Derechos Fundamentales y sus Restricciones*, p. 405

d) Además, puede procederse bajo la operación de *reductio ad absurdum* en un sentido material y singular²⁶³. El caso conflictivo se remite a ciertas convenciones sociales compartidas por la sociedad, convenciones básicas: las que tienen la virtud de constituir una especie de sentido común moral de la sociedad para ciertos casos²⁶⁴. De manera que los resultados prácticos de las normas (entendidas con su razón subyacente) mirados en el caso singular, “conducen para un caso a resultados que la generalidad de los ciudadanos puede tener por absurdos en cuanto que opuestos a dichas evidencias generalmente admitidas.”²⁶⁵. La *reductio* en el caso es la que produce la selección de la preferencia, sobre la base del *ethos*²⁶⁶. Debe haber una conjunción entre el valor o principio con la solución moral básica; si no la hay ese *ethos* compartido no hay derrota posible. Por ejemplo, en el caso de una ambulancia a través de un parque, que tiene prohibición de paso a los vehículos en general, para efectos de ir a buscar a alguien que sufre de un ataque.

Finalmente, de lo visto podemos, además, observar que en el caso de la derrotabilidad, por vía de excepciones implícitas, estamos en presencia de una respuesta sea particularista, sea singularista para el caso, en un escenario en que aquélla se plantea frente a una posible respuesta general de la normativa, alterando mediante la excepción particular la relevancia de la razón general concretada en la norma positiva en principio pertinente al caso singular y así comprometiendo la estructura de respuestas de la normatividad vigente.

²⁶³ La propuesta de todas maneras admite otra lectura como de un choque de convenciones morales con normas jurídicas. No obstante, bajo tal interpretación no servirían para resolver el conflicto de valores, sino que se produciría un conflicto meramente normativo, de normas de diversa naturaleza.

²⁶⁴ J.A. GARCÍA AMADO, expresa que las convenciones sociales básicas “ha de tratarse de todas y de sólo las convenciones que sean auténticamente generales en una sociedad. Una moral determinada, en un contexto social de pluralismo moral, nunca podrá satisfacer ese requisito, por mucho que quienes la profesen la tengan por la moral verdadera. En cambio, el conjunto de convicciones de raigambre moral que son compartidas por prácticamente todos los miembros de la sociedad sí satisface ese requisito, no tanto por su naturaleza moral cuanto por ser tenidas por incuestionables en dicha sociedad” (“Sobre la Derrotabilidad de las Normas Jurídicas”, p. 198).

²⁶⁵ Así, J.A. GARCÍA AMADO, “Sobre la Derrotabilidad de las Normas Jurídicas”, p. 197.

²⁶⁶ J.A. GARCÍA AMADO “De ahí la enorme potencia del argumento al absurdo como límite a las aplicaciones lógica o semánticamente posibles de las normas “positivas” (*Ibíd.*).

CAPITULO II

LA HIPÓTESIS *AD HOC*

Si un hombre pudiera pasar a través del Paraíso en un sueño,
y recibir una flor como prenda de que su alma realmente
había estado allí, y si al despertar encontrase esa flor en su
mano... ¡Ay! ¿y entonces qué?
(S. Coleridge)

2.1. Introducción a las Hipótesis *Ad Hoc*

Las teorías científicas o empíricas y sus componentes, las hipótesis de igual talante, en general, son productos lingüísticos de nuestra cultura, que presentan una doble dimensión. Desde el punto de vista epistemológico, aquéllas son los medios por los cuales se expresa y concreta nuestro conocimiento (conjetural); aunque no cualquier teoría e hipótesis con pretensión empírica lo expresará. Desde el punto de vista metodológico, aquéllas son las herramientas por las cuales examinamos nuestras ideas acerca del mundo o la realidad. Dado que son conjeturas, no nos aseguran un conocimiento sobre el mundo, y siempre pueden dar lugar a error; sea que se trate de hipótesis de enunciados universales o de singulares, necesitan ser examinadas para poder guiarnos respecto a cuál nos pueda entregar mayor información acerca de lo que ocurra en el mundo. En ese marco metodológico-epistemológico, muy brevemente relatado, es donde se nos incrustan las hipótesis *ad hoc*.

Sin perjuicio de la importancia de las hipótesis *ad hoc*, ellas son una de las figuras más paradójales y controversiales de la filosofía de la ciencia y el conocimiento científico. Como de manera perspicaz ha resumido J. AGASSI la esquizofrenia tras ellas: “Que las hipótesis *ad hoc* son repugnantes y útiles es un hecho conocido”²⁶⁷; lo que deja traslucir la complejidad y dificultad de su tratamiento. Su denominación, sistematización y divulgación pertenece a sus críticos, en especial, al racionalismo crítico y sus vertientes, mientras que su origen teórico se dice que lo tiene en el convencionalismo de DUHEM y POINCARÉ, por lo que se les denominó también como “estratagema convencionalista”²⁶⁸, aunque su uso es más extendido, e incluso previo, que el del convencionalista²⁶⁹.

Tanto dentro como fuera del ámbito científico constituyen una “piedra en el zapato” del conocimiento y su racionalidad, provocando una cierta *tensión*, como expusiese AGASSI. Ellas más bien parecen figuras retóricas que nos ponen en la pendiente hacia el

²⁶⁷ J. AGASSI, *Science in Flux*, p. 189.

²⁶⁸ Así, K. POPPER, *La Lógica de la Investigación Científica*, p. 78.

²⁶⁹ Por una parte, L. LAUDAN, en un muy interesante estudio, logra rastrear hasta R. DESCARTES ciertas directrices sobre la confiabilidad o no en el uso de hipótesis con el carácter de *ad hoc*, sobre la base de un criterio parecido al del apoyo independiente (vid. “The Clock Metaphor and Hypotheses: The Impact of Descartes on English Methodological Thought, 1650-1670”, pp. 32 y 33). Por otra, es interesante el llamado de atención de P. POBLETE hacia F. BACON, comentando acerca de la utilización de cuestionamientos *ad hoc* por parte los alquimistas, en el *Novum Organon*, aforismo 85, donde aquéllos no critican a la hipótesis, sino a un error en el procedimiento (*La Crítica Epistemológica de Karl Popper a Francis Bacon*, p. 35).

dogmatismo²⁷⁰, a fin de evitar la crítica y aceptar en todo caso los enunciados de la ciencia (a), y, a la vez, contraintuitivamente, se mostrarían como necesarias en la práctica científica, en particular, a sus objetivos de progreso cognoscitivo, en tanto aumento de nuestro conocimiento sobre los hechos del mundo, al permitir el desarrollo de las teorías incipientes en el debate científico (b). El problema y la tensión subyacente es que cumplen ambas funciones este tipo de hipótesis.

El primer lado de la tensión (a) se ve expresado por dos cuestiones. Por la pseudociencia y los enormes poderes explicativos que ellas poseen, de manera de poder explicar cualquier hecho que se les oponga, mediante todo tipo de argumentos, hasta los conspirativos (K. POPPER y M. BOUDRY²⁷¹). También por la identificación de la ciencia de criterios precisos que ayuden a seleccionar ciertas teorías, muy especialmente, cuando el criterio de la adecuación o correspondencia empírica comienza a flaquear, esto es, no da una guía para la selección de teorías en competencia (K. POPPER y J. WORRALL²⁷²).

El segundo lado (b) está relacionado con las limitaciones cognoscitivas de los seres humanos que hace que las teorías en general no surjan, ni sean perfectas, y, en su versión más fuerte, que todas las teorías sean refutables, por lo que parece que necesitan de cierta ayuda o subvención epistémica (FEYERABEND²⁷³).

Esta tensión influye en gran medida en la consideración sobre las hipótesis *ad hoc*. Porque el tratamiento de su estatus, es decir, la actitud o consideración que se tenga acerca de su condición epistémica y metodológica generales, está influido por qué lado se privilegie en esta tensión. A su vez, este tratamiento influirá, como veremos, en la formación de los conceptos, tratando de ajustarlos a la actitud que se manifieste en su estatus. De ahí que puede verse a la enorme mayoría de los filósofos de la ciencia enfocándose completamente en la actividad científica, concentrados en la búsqueda del perfil o perfiles más precisos de la figura de la hipótesis *ad hoc*, de manera que permitan, a la vez, la protección y desarrollo adecuado de la ciencia, generando connotaciones, o bien peyorativas, o positivas de lo *ad hoc*, según la alta consideración que tengan a la ciencia (olvidándose, en diversas ocasiones, del impacto que las estrategias *ad hoc* tienen para el amparo de las pseudociencias).

Sin perjuicio de lo expuesto, podemos identificar una serie de cuestiones que se han ido descubriendo e identificando en la medida en que el debate de las hipótesis *ad hoc* se ha ido desenvolviendo. Dentro de este ámbito podemos encontrar ciertos temas que se van entrecruzando de diversas maneras e importancia con el desarrollo de nuestra investigación. Dichas cuestiones forman un catálogo temático que podemos agrupar en tres clases. Las dos históricamente tradicionales son sobre la *noción* (en sentido amplio) de hipótesis *ad hoc* (i) y el *tratamiento* de las mismas (ii); la tercera, agregada el 2012 sobre la *viabilidad* metodológica de la propia figura de las hipótesis *ad hoc* (iii). En la primera se examinan las condiciones, referencias y cuestiones anexas a aquéllas. En la segunda, las relativas a su

²⁷⁰ Así, H. ALBERT, *Tratado sobre la Razón Crítica*, p. 51.

²⁷¹ K. POPPER, *Conjeturas y Refutaciones*, pp. 61, 341, 404 y ss. M. BOUDRY, “The Hypothesis that Saves the Day. Ad Hoc Reasoning in Pseudoscience”, pp. 1 a 12.

²⁷² K. POPPER, *La Lógica de la Investigación Científica*, pp. 78 y 79. J. WORRALL, “Programas de Investigación, Apoyo Empírico, y el Problema de Duhem: Respuesta a las Críticas”, p. 328.

²⁷³ Así, P. FEYERABEND, *Tratado contra el Método*, pp. 79 y ss.

evaluación metodológica, tanto el juicio de su ilegitimidad o no y su seleccionabilidad (o aceptabilidad). Esta última referida a las condiciones que llevan a estimar como fiable una hipótesis o teoría *ad hoc* concreta, e implica un juicio de balanceo de diversos criterios y frente a otras teorías o hipótesis. La ilegitimidad, refiere al juicio sobre el estatus de las hipótesis *ad hoc*, como figura general, en cuanto a si se admite su entrada al cuerpo de la ciencia o no, y si es que se lo permite, con qué carga o condición entra ella, para efectos *a posteriori* de su evaluación (por ejemplo, si en igualdad de condiciones explicativas, con una teoría *T* más unificada debe o no ceder la hipótesis *ad hoc*). Ella se encuentra relacionada con el primer ítem, en cuanto determina si es peyorativa o no su connotación y estatus. Además, como se dijo, existe una tercera categoría temática agregada hace muy pocos años, como presupuesto de las otras, sobre la viabilidad de la noción misma (*iii*), un tanto ecléctica, referida a si es posible configurarla en términos conceptuales y de su utilidad.

Aquellas temáticas en específico se pueden resumir en el siguiente catálogo: la viabilidad metodológica de las hipótesis *ad hoc*; la razón de ser de las hipótesis *ad hoc*; el objetivo de las hipótesis *ad hoc*; la tipología de las anomalías o problemas científicos; la relación de las hipótesis con las anomalías y las teorías; los criterios básicos que identifican y configuran esta figura; la relación de coherencia de la hipótesis *ad hoc* con la teoría; la corroboración-refutación-duda empírica de estas hipótesis; la definitividad o temporalidad de la calificación; la gradualidad de la *ad hocidad*; los objetos de su referencia; la relevancia metodológica o no de aquéllas y, dentro de ello, la ilegitimidad o no de la hipótesis *ad hoc*; y la aceptabilidad de la hipótesis. No todas estas cuestiones serán tratadas aquí, ni con igual intensidad, sino en la medida que sea relevante para nuestro objeto metodológico.

2.2. Viabilidad Metodológica de las Hipótesis como Ad Hoc

La cuestión de la viabilidad metodológica de la abstracción de las hipótesis *ad hoc*, tiene un doble sentido. Dice relación con si es posible configurarla en términos conceptuales y de su utilidad práctica (ello con independencia de su relevancia metodológica, sea en su legitimación o aceptación). Existen dos posiciones radicales sobre este tema, y descompensadas en su tratamiento por los autores. Por un lado, está la posición afirmacionista (muy mayoritaria y que serán todas las posiciones que examinaremos) y, por la otra, la negacionista.

A) Para el afirmacionista, ningún tratamiento de los diversos vectores de evaluación utilizados sobre las teorías científicas estaría completo, sin incluir la noción del carácter *ad hoc* de las mismas²⁷⁴. Su importancia radica, *tradicionalmente*, por un lado, en que constituyen hipótesis preparadas para evitar la falsación de una teoría, frente a un problema o anomalía que la contradice y, así, eventualmente su refutación o abandono²⁷⁵, lo que pone en jaque la propia viabilidad o estatus de la ciencia, si es que siempre se puede evitar la crítica mediante ellas²⁷⁶, y, por otro, en que, según la explicación usual, la calificación de tal

²⁷⁴ Cfr., L. LAUDAN, *El Progreso y sus Problemas. Hacia una Teoría del Crecimiento Científico*, p. 153.

²⁷⁵ Más o menos así, K. POPPER, “El Problema de la Demarcación”, pp. 141 y 142.

²⁷⁶ K. POPPER, *La Lógica de la Investigación Científica*, pp. 41, 78 y 79, del mismo *Conjeturas y Refutaciones*, p. 61.

es una razón para apoyar su rechazo como ilegítima o, al menos, su puesta en duda²⁷⁷. Esto ha implicado que la importancia del estudio de las hipótesis *ad hoc* haya sido creciente (muy particularmente entre los '60 y '80 del siglo XX), así como su nivel de complejidad en el tratamiento de parte de los autores, como veremos.

Su presupuesto básico parece encontrarse en dos ideas conexas, pero separadas desde el punto de vista epistémico.

a) Miradas las cosas desde una perspectiva cuantitativa, poseemos un limitado acceso a la realidad completa. Dada nuestra finita percepción de un cosmos vasto y eventualmente de extensión ilimitada, tanto en macrofísica como microfísica, se genera un permanente estatus incompleto de la ciencia. Aquí el convencionalista es clarísimo al explicarlo. En cuanto a las teorías, señala que no se puede contener todo el mundo porque es infinito o demasiado grande para los seres humanos. De esta manera, H. POINCARÉ señala que: “El cerebro del sabio, que no es más que un rincón del Universo, no podrá contenerlo jamás entero”²⁷⁸. Desde la óptica del experimento, éste implica una elección de mano humana, artificialmente, respecto de alguna parcela del mundo que le parezca más importante. H. POINCARÉ explica que: “Nuestra debilidad no nos permite abarcar el Universo entero y nos obliga a dividirlo; tratamos de hacerlo lo menos artificialmente posible” (pero no por ello no-artificial), seleccionamos los hechos más próximos o vecinos al punto o hecho a dilucidar²⁷⁹. En el fondo, nuestras decisiones cognitivas las tomamos sobre la base de una información incompleta²⁸⁰. Lo que provoca un estado esencial de incompletitud en la ciencia.

b) Desde el punto de vista cualitativo, la tesis de la ausencia de fuentes de autoridad cognoscitiva, esto es, de que los seres humanos carecemos de medios que nos entreguen un criterio definitivo y último acerca de la realidad, porque carecemos de un acceso directo a la realidad, y dicha noción de remisión a una fuente de justificación remite a una secuencia recursiva sin término de fuentes singulares, nos obliga a tener un conocimiento meramente *conjetural y tentativo* de las cosas (POPPER)²⁸¹.

Ambas perspectivas implican ciertas limitaciones en el conocimiento humano respecto del mundo, que generan un problema de falibilidad del ser humano y, consecuentemente, de sus productos, como la ciencia. Dicho problema muchísimas veces lleva a tener que plantear ciertas hipótesis *parches*, que logren cubrir o acomodar nuestras conjeturas a los hechos recalcitrantes a nuestro conocimiento, lo que puede realizarse de múltiples maneras, según las concepciones de las hipótesis *ad hoc* que se tenga, pero también de unas formas más válidas que otras.

B) Para el negacionista, en particular, J.C. HUNT, su argumentación se despliega en dos frentes. Por una parte, efectúa una evaluación negativa de las posibilidades de identificar las nociones de las hipótesis *ad hoc* y, por otra, rechaza la utilidad de la noción²⁸².

²⁷⁷ Cfr. L. LAUDAN, *El Progreso y sus Problemas*, pp. 153 y 154.

²⁷⁸ H. POINCARÉ, “El Porvenir de las Matemáticas”, p. 24.

²⁷⁹ H. POINCARÉ, “El Azar”, p. 64.

²⁸⁰ Vid. C. HEMPEL. “La Ciencia y los Valores Humanos”, p. 97.

²⁸¹ K. POPPER, “Sobre las Fuentes del Conocimiento y la Ignorancia”, pp. 48 y ss.

²⁸² J.C. HUNT, “On Ad Hoc Hypotheses”, p. 13. Desde el punto de vista del análisis metafilosófico, Th. JOHANSSON se declara continuador del proyecto de HUNT, pero examinando cómo se usa el concepto de *ad*

Respecto de la posibilidad de conceptualización, su estrategia la construye sobre una noción estética como presupuesto. La argumentación se concentra en el nulo resultado identificador de lo que son las hipótesis *ad hoc*, y el carácter retroactivo de las calificaciones de *ad hocidad*.

Es así que suscribe la tesis estética de G. HOLTON —que veremos más adelante—, de que la ciencia real, la de los científicos, depende de los “gustos” y “sensaciones” de éstos para con las teorías, que quedan encerradas en el mundo privado del científico, pero con consecuencias externas, como atestiguan diversas consideraciones de los propios científicos, acerca de la belleza, armonía y elegancia de las teorías (como cita HOLTON). El problema a que apunta HUNT es que ello no se ha podido reducir a estrictos términos lógicos²⁸³.

Cuestiona el uso peyorativo de la hipótesis *ad hoc*, como de “cocinado” para (“cooked-up”) el acomodamiento de las teorías con los hechos. Se basa en que todas las teorías en algo son preparadas para dicha adaptación a los hechos, a los que finalmente apuntan, y no puede serle reprochado aquello. En este sentido, pretende difuminar o al menos volver borrosa la línea entre *ad hoc* y no *ad hoc*, mediante el argumento de la inevitable preparación de las teorías²⁸⁴. Además, citando en apoyo a FEYERABEND y PUTNAM fuerza a reconocer uno de los lados de la tensión subyacente en las hipótesis *ad hoc*, acerca de su necesidad para las teorías y el desarrollo teórico de la ciencia. Es decir, sobre la racionalidad de la estrategia de su uso, por el papel progresivo que tienen en los programas de investigación científica²⁸⁵.

Agrega, además, —siguiendo los estudios históricos de S.G. BRUSH— que hay poco respaldo evidencial de que los científicos le den mayor valor a las predicciones sobre hechos nuevos que a las “retrodicciones” (más cercanas a las acomodaciones de las teorías a los hechos). Al contrario del predictivismo, señala que para el caso de la teoría de la relatividad —en que aquél ensalza la dramática corroboración de Eddington acerca de la curvatura gravitacional de la luz de las estrellas, testeada en un eclipse de sol—, en verdad, la adhesión de los científicos habría dado, en general, igual o mayor peso a su éxito en dar cuenta del perihelio de Mercurio (documentado por primera vez en 1859), frente a cierta incapacidad de ello de la mecánica clásica que sólo entregaba soluciones *ad hoc* inverosímiles²⁸⁶.

hocidad en la filosofía misma, en particular, en el debate sobre el realismo (“Ad Hoc Philosophy of Science”, p. 298).

²⁸³ J.C. HUNT, “On Ad Hoc Hypotheses”, p. 12.

²⁸⁴ Aunque el mismo HUNT reconoce algo: “¿Esto no quiere decir que todas las hipótesis son iguales?” (“On Ad Hoc Hypotheses”, p. 12.), pero ello no implica que tenga alguna utilidad la categoría de los *ad hoc*.

²⁸⁵ J.C. HUNT, “On Ad Hoc Hypotheses”, p. 2.

²⁸⁶ J.C. HUNT, “On Ad Hoc Hypotheses”, p. 3. Es así que S.G. BRUSH sostiene que en la literatura técnica revisada después de 1923, sólo dos físicos expresaron que la curvatura de la luz constituía mejor evidencia, porque era una predicción novedosa: R.C. Tolman y D.H. Menzel. BRUSH señala varias razones. En primer lugar, un asunto de precisión: porque era muy difícil hacer buenas mediciones de la curvatura de la luz en el eclipse, incluso con la tecnología contemporánea. En segundo, otro de profundidad y coherencia: la consideración de la órbita de Mercurio está insertada en lo profundo de la teoría de la relatividad (general). En tercero, la gran diferencia de oportunidad explicativa: dado que la “discrepancia en la órbita de Mercurio había sido conocida por varias décadas, los teóricos ya habían tenido una gran oportunidad de explicarla a partir de la

Introduce, al mismo tiempo, el argumento de la retroactividad de la calificación. Señala que por más esfuerzos de construir las nociones sobre *ad hocidad*, éstas no logran dar una respuesta al problema de la calificación de lo *ad hoc* de una hipótesis (a su juicio, por la irreductible consideración estética o de gusto del científico)²⁸⁷. Utiliza para ello un argumento sobre el sesgo hacia el pasado. Así, siguiendo a HEMPEL, señala que con el beneficio de la “retrospectiva”, parece fácil descartar ciertas sugerencias científicas del pasado como hipótesis *ad hoc*, mientras que podría ser bastante más difícil emitir un juicio sobre una hipótesis propuesta en un contexto contemporáneo. —En el fondo, lo juzgamos con el resultado en la mano y no como una propiedad intrínseca de la hipótesis. Es así que señala que frente a la estratagema de Le Verrier de plantear la hipótesis de la existencia de un planeta inobservable que alteraría la órbita de Urano, predicha por la física newtoniana, que al final resultó exitosa (era Neptuno el planeta), no habría sido considerada *ad hoc*, precisamente por lo exitosa, mientras que la *misma* estratagema de Le Verrier para explicar lo propio con la órbita de Mercurio, al final infructuosa (el supuesto del planeta “Vulcano”), sí fue considerada como tal *ad hoc*²⁸⁸. En este sentido, algo de arbitrario le parece a HUNT este juzgamiento *ex post*, y poco definido.

Pero, a más, el asunto es que el cambio retroactivo de la calificación, que muchas veces ocurre, “se basa en datos recopilados posteriormente que apoyan o refutan los principios básicos de la teoría en cuestión”²⁸⁹, esto es, en un problema más bien general y no propio de la hipótesis en cuestión. Por ejemplo, en el caso de la hipótesis del neutrino de W. Pauli, en respuesta a la falta de la energía total que expresaban los resultados de los experimentos de “desintegración beta” del núcleo del átomo, en contra de la predicción energética de la teoría atómica de conformidad a todas las partículas conocidas del átomo en el momento. De dicha falta se daría cuenta, si es que suponemos que también se emitió alguna partícula desconocida (lo que llamó “neutrino”) en la reacción de la desintegración beta. Tal hipótesis fue vista inicialmente como un “parche curita” (“*band aid*”), dice HUNT citando a LEPLIN, para hacer frente a un dato problemático, en lugar de algo que cortase la raíz del problema. Pero luego, por un lado, se descubrieron usos teóricos importantes, aparte de explicar la desintegración beta y, por otro, se desbloqueó la visión rigurosa de la conservación de la energía. Todo lo cual fue factor decisivo en la aceptación del neutrino, pero ello implica que se trataría de un asunto más profundo que la *ad hocidad* o no de la hipótesis, sino del apoyo o no de los principios básicos de la teoría en cuestión²⁹⁰.

Agrega, entonces, su argumento de utilidad. Si lo anteriormente expuesto es correcto, entonces ¿en qué se diferencia este juicio retroactivo sobre la *ad hocidad* de la hipótesis, de la propia diferencia entre la validación de una hipótesis por parte de la comunidad (es decir, su asociación con una teoría que es “correcta”, en lugar de una que se ha considerado

mecánica celeste newtoniana y no había podido hacerlo excepto haciendo suposiciones *ad hoc* inverosímiles”. Esto último se podía ver de dos maneras. Por una parte, dadas las oportunidades y manera de explicación de la teoría newtoniana, y su fracaso, daban una buena razón para estimar como implausible que pudiese lograr dar una buena explicación, y, por otra, no se había discutido seriamente el asunto de la desviación de la luz (“Why Was Relativity Accepted?”, p. 198 y 199).

²⁸⁷ J. C. HUNT, “On Ad Hoc Hypotheses”, pp. 10 y ss.

²⁸⁸ J. C. HUNT, “On Ad Hoc Hypotheses”, pp. 6 y 7.

²⁸⁹ J. C. HUNT, “On Ad Hoc Hypotheses”, p. 12.

²⁹⁰ J. C. HUNT, “On Ad Hoc Hypotheses”, pp. 10 y 11.

“incorrecta”)? Su respuesta es que, si no hay distinción entre correcto/incorrecto y *ad hoc*/no *ad hoc*, ¿hay algún uso autónomo para el término *ad hoc*? —La pregunta retórica está formulada para arrastrar la discusión a otro lugar. Su sugerencia va por el del argumento de la utilidad: ser *ad hoc* no es un *desideratum* interesante o útil. Por ello sugiere: “Un concepto más fructífero para evaluar hipótesis podría ser utilizar nociones de ‘garantizado’ o ‘ingarantizado’”. Entonces, concluye que la utilidad de la noción de “hipótesis *ad hoc*”, si alguna la vez tuvo, como cualquier noción, ha llegado a su fin. Y su tesis es que parece que no hay hipótesis *ad hoc*, ni hipótesis no *ad hoc*, sino sólo *hipótesis*: punto final. De esta manera, afina su punto final en orden a que la evaluación de si las hipótesis son o no *ad hoc*, es una energía *desperdiciada*²⁹¹.

—La crítica de HUNT tiene razón en muchas cosas, pero no en su conclusión final. Efectivamente, existen calificaciones retroactivas, efectivamente, existe esta perspectiva progresiva. Efectivamente, parece haber cierto uso subjetivo de los científicos, y, efectivamente, el uso calificativo de ésta como una norma categorial de *desiderata* es abusiva.

Mas del hecho de que los científicos usen en la práctica un criterio subjetivo, no implica que deba descartarse un criterio objetivo de tipo metodológico. Primero, porque nada prohíbe que los individuos tengan consideraciones estéticas, superpuestas a otras consideraciones. En efecto, aquellas consideraciones pueden ser muy motivadoras y luz de guía para comenzar y buscar la punta del hilo del criterio de evaluación. Porque el científico no es un autómatas. Aun la búsqueda de las refutaciones tiene algo de búsqueda a tientas, en un ambiente borroso u opaco —como ha resaltado POPPER—, debido a un problema de acceso epistémico al mundo. Pero, además, porque los científicos, especialmente los de excelencia, son personas preparadas para argumentar o mecanizar y eliminar, borrar u ocultar sus errores. Segundo, nada asegura que los científicos se comporten sin apartarse de los cánones metodológicos, aunque tampoco el canon se encuentra a su libre disposición, sea individual, sea respecto de cierto subgrupo en determinadas condiciones. Ello porque el canon no es una regla técnica del tipo, si *ud.* hace *p*, entonces obtendrá el resultado *q*, como si calienta el agua hasta la temperatura 100° C, hervirá el agua, quedando libre de hacerlo o no el agente, y el resultado es más bien construido sobre la base de una regla de causalidad que conecta el antecedente con el consecuente²⁹². El canon metodológico se acerca a la configuración de la gran mayoría de las reglas morales y del Derecho en un doble sentido. En cuanto a la moral crítica, porque la metodología se va construyendo paso a paso, no por un legislador metodológico (o moral), sino que por la propia práctica científica y filosófica, que va descubriendo y corrigiendo los cánones metodológicos a medida que se va produciendo la experiencia y reflexión de la investigación científica. En cuanto a ciertas reglas morales y del Derecho, en el sentido de que sus reglas son más bien condicionales, que categóricas, tienen un antecedente, al cual se le atribuye una consecuencia. Lo importante aquí es que el resultado no es libre, sino que más bien es una atribución de

²⁹¹ J.C. HUNT, “On Ad Hoc Hypotheses”, p. 12.

²⁹² Esta apreciación se lo debo a A. CALZETTA en su exposición en “Algunas cosas sobre Normas y Verdad”, donde expuso acerca de las reglas anankásticas, en las Jornadas Nacionales de Filosofía del Derecho 2018, en la Universidad de Chile (la cito con autorización de su autor). Para una visión distinta vid. G. VON WRIGHT, *Acción y Norma*, pp. 29 y 30.

consecuencia. Por ejemplo, si la hipótesis es *ad hoc*, entonces es una razón para rechazar la hipótesis, si es que... etc. Lo importante para nuestra discusión es que si se desobedece la regla no pierde vigor, pero muestra que el científico se apartó del canon, más allá de sus consideraciones individuales o gustos estéticos. En tal sentido, la ciencia se aprecia más bien como una práctica colectiva, que fija sus consideraciones metodológicas por encima de las consideraciones individuales, que son constitutivas y reguladoras del juego científico. Esta configuración metodológica —en pos al valor de la verdad, en el mejor de los casos—, permite que algunos científicos puedan identificar individualmente las virtudes epistémicas de una teoría por sobre otra, antes que la mayoría la tome en consideración, y guía la atribución de sentido interpretativo de las teorías, como ocurrió con las adhesiones graduales que fue recibiendo la teoría de la relatividad²⁹³.

De la mano con lo anterior es que se encuentra una crítica más bien limitada en su alcance, pero no menos importante. Cuando HUNT carga el peso de su explicación sobre el gusto y sensaciones, está apartando a la ciencia de la tradición crítica, en el sentido de POPPER. La idea regulativa de la crítica intersubjetiva implica la idea de regulación racional mutua por medio de un debate crítico²⁹⁴. Ella se basa en el modelo básico de ensayo y error, que implica hacer las críticas y corregir, realizando nuevas tentativas de explicación y predicción de los hechos. Una de las condiciones de posibilidad de la discusión crítica es el conocimiento objetivo, el cual se afina en la función argumentativa del lenguaje. Mediante este último se generan argumentos, hipótesis y teorías, que son parte del debate científico. Bajo ciertas condiciones que debe tener la formulación de los argumentos científicos, que implican que puedan ser conocidos y sometidos a crítica por los demás, se permite que la comunidad realice su función en el modelo de ensayo y error. Es por esto que POPPER señala que la ciencia no es un asunto individual sino social de crítica amistosa²⁹⁵. El problema es que si reducimos la ciencia a cuestiones de gusto se rompe el círculo virtuoso del ensayo y error, provocando, en el peor de los casos, una reducción del problema a una cuestión individual de cada científico, y no un problema de comunidad, o, en el mejor, dificultando en alto grado el intercambio crítico objetivo respecto de las teorías (E. MCMULLIN)²⁹⁶. Agrava el problema el que cuando tratamos con las hipótesis *ad hoc*, no tienen una restricción lógica para poder ser introducidas, pudiendo siempre salvar el día a una teoría²⁹⁷. Si esto es así, HUNT parece estar *resquebrajando* el dique de contención respecto de las hipótesis *ad hoc*.

En lo tocante a la preparación de la hipótesis para resolver un problema. Debe reconocerse que efectivamente todas las teorías apuntan a resolver los problemas, incluso

²⁹³ Por ello es que (como señalaba KUHN) la comunidad de científicos dominante puede tener una cierta actitud negativa ante determinadas teorías, para quienes la regla tendrá tanto valor como un semáforo en rojo en la madrugada, cuando son ellos mismos los jueces y parte del enfrentamiento entre nuevas teorías, pero ello no implica que la regla carezca de valor. Ése es el sentido propio de la convencionalidad de las reglas metodológicas.

²⁹⁴ Vid. K. POPPER, *La Lógica de la Investigación Científica*, p. 43 nota *1.

²⁹⁵ Cfr. Tesis duodécima, K. POPPER, “La Lógica de las Ciencias Sociales”, pp. 317 a 336.

²⁹⁶ Así, en esta última variante, E. MCMULLIN, siguiendo a Th. KUHN, a quien cita en el contexto de la revolución copernicana, en orden a que: “Para los astrónomos, la elección inicial entre el sistema de Copérnico y el de Ptolomeo podía ser simplemente una cuestión de gusto, y tales materias son las más difíciles de definir o discutir” (“Rationality and Paradigm Change in Science”, p. 72).

²⁹⁷ Así, K. POPPER, *La Lógica de la Investigación Científica*, pp. 41 y 78.

los pasados, y los propios a los que se enfrenta en la actualidad, y, efectivamente, parece haber una importancia en la existencia de las hipótesis *ad hoc* en el juego del desenvolvimiento teórico y el desarrollo del conocimiento científico. Sin embargo, si bien se puede reconocer que cierta porción de las teorías apuntan a dar cuenta de ciertos hechos pasados, el modo estratégico en que lo hacen las hipótesis *ad hoc* es lo que lo diferencia del resto, y es la investigación que realizan los filósofos aquella sobre cuáles son las condiciones que concretan ese modo. Hay algo de contraintuitivo en poner en un mismo pie una hipótesis científica bien armada y preparada para responder a una serie de cuestiones de forma unificada, como la newtoniana, frente a una hipótesis de parche para remendar a otra teoría, y preparada para resolver un problema específico que surge, como la hipótesis de la contracción de Lorentz, la hipótesis de Vulcano de Le Verrier o las múltiples hipótesis *ad hoc* de la pseudociencia.

Respecto de las distintas calificaciones retroactivas, HUNT parece pretender que se tenga un criterio definitivo que funcione de una vez y para siempre en la ciencia. Sin embargo, HUNT no justifica por qué razón esto debería ser así. Ni tampoco parece haber razones que lo justifiquen. Su pretensión tiene un cierto olor a las del positivismo lógico sobre las certezas, pero aplicadas a la evaluación de las hipótesis *ad hoc*. La calificación de que una hipótesis sea *ad hoc*, no es una consideración lógica de la hipótesis, precisamente porque es una respuesta estratégica ante un problema que enfrenta la teoría científica. Para explicar la no definitividad de la calificación, podemos hacer una distinción analítica entre lo constitutivo y lo fáctico llevado al ámbito de la noción de las hipótesis *ad hoc*. Lo constitutivo es la fijación de las condiciones en que los modos de la *ad hocidad* se producirían. Lo fáctico es el modo concreto que adoptaría en los hechos una hipótesis para enfrentar un problema. Entre ambos puntos se produce un espacio de incertidumbre argumentativa. La aplicación de las reglas metodológicas a la ciencia posee algo de hipotético o tentativo, porque las reglas tienen ciertos antecedentes de hecho que requieren cierta argumentación calificativa. Entre la fijación de las condiciones de los modos en que se producen las hipótesis *ad hoc*, y el modo fáctico en que se dan, se implica un proceso de descubrimiento de ciertos aspectos: interpretativos de las teorías, de las relaciones lógicas y semánticas entre los aspectos lingüísticos de la hipótesis y los eventos anómalos, que en ningún caso son evidentes, sino que en ciertos casos dependen inclusive de circunstancias externas a la propia hipótesis evaluada. Por ejemplo, en el caso de la falta de contrastabilidad independiente, M. BUNGE es claro en señalar que la propia contrastabilidad no es intrínseca a la hipótesis, sino que depende de ciertos medios, como son las teorías y las técnicas empíricas, disponibles en un momento dado²⁹⁸. Esto explica las diversas argumentaciones efectuadas sobre la contracción de Lorentz, por Popper, Grünbaum, Einstein, Leplin, etc. De acuerdo a la tesis de HUNT, también sería prescindible un concepto calificativo de ciencia, ya que la teoría del átomo fue una teoría metafísica y, luego, con el tiempo cambió a científica. De esta manera, perfectamente pueden ir cambiando las calificaciones de las hipótesis, así como también las evaluaciones de las teorías pueden ir cambiando con el paso del tiempo, como le ocurrió a la teoría heliocéntrica que después de cientos de años, pudo obtener tanto una formulación mejor que la geocéntrica, así como evidencia fuerte en su favor.

²⁹⁸ M. BUNGE, *La Investigación Científica*, pp. 248 y 249.

Lo que en verdad parece estar viendo HUNT, es que el recurso de la hipótesis *ad hoc*, tiene un sentido más bien funcional, es decir, la hipótesis *ad hoc* es una hipótesis como las otras, pero su función es lo que complica. Porque la función de “tapar el hoyo” cognoscitivo, mira precisamente a lo que la Teoría T_1 no hace, pero ese vacío puede ser cubierto de varias maneras, algunas mejores que otras. Y lo que HUNT está haciendo es reconocer un efecto de la gradualidad funcional de los mecanismos lingüísticos/matemáticos de tapar los vacíos de las teorías, lo que le da el carácter multiforme a las formas que adoptan las hipótesis *ad hoc*, como se podrá ver más adelante en las diversas nociones, entre la propia contracción de Lorentz (dirigida exclusivamente a un problema específico, y en principio sin aparecer con una contrastación independiente y luego con contrastación independiente pero sin corroboración), frente a la fórmula de Planck para el cuerpo negro (que si bien dirigida a un problema de envergadura, aparecía rompiendo los cánones de la teoría newtoniana dominante), así como las múltiples variantes de las pseudociencias para cubrir sus problemas, como dará cuenta BOUDRY.

Además, el propio FEYERABEND entiende —siguiendo a LAKATOS— que el ideal de una teoría es un nacimiento potente y de poderosa racionalidad, para captar todos los hechos de su dominio. Sin embargo, dado que la realidad es otra, que su nacimiento es más bien altricial²⁹⁹, debemos conformarnos y adecuarnos a dicha condición precaria, y requerir la ayuda de las hipótesis *ad hoc*, y en tal sentido pueden jugar incluso un papel positivo en el desarrollo de la ciencia³⁰⁰. Sin embargo, en vista de la virtud de unificación sistémica de la ciencia³⁰¹, las hipótesis *ad hoc* no constituyen la mejor situación del desarrollo de la propia ciencia. De esta guisa, ellas pueden tener un carácter o sentido *supletorio* para la metodología científica, respecto de teorías unificadoras potentes en términos explicativos, cuando no derechamente negativo. Dicha supletoriedad se da a condición de poder dar cuenta de los eventos problemáticos respecto de los cuales no puede hacerlo la teoría dominante en un cierto ámbito. Pero en igualdad de condiciones entre una teoría dominante unificada sistémicamente y que da buena cuenta de los mismos eventos de que da cuenta una hipótesis especialmente facturada, la *ad hoc* debería ceder, por los *desiderata*

²⁹⁹ El término lo tomo de la zoología y lo uso en analogía. El profesor X. MARIÑO aplicándolo a los recién nacidos de *homo sapiens* alude a una *situación* de precariedad para la supervivencia, al encontrarse en un *estado* el nacer como seres desvalidos y débiles. Es por ello que se encuentran con la *necesidad* de intenso y continuo cuidado de otros para sobrevivir. Dicha situación se *prolonga* por un largo tiempo. (*El Misterio de la Mente Simbólica. Cerebro, Lenguaje y Evolución*, p. 59).

³⁰⁰ P. FEYERABEND explicando la evolución de la teoría galileana la compara con la teoría dominante de la estacionariedad de la Tierra: “desarrollar una buena teoría es un proceso complejo, que tiene que empezar modestamente y que lleva mucho tiempo. Y lleva tiempo porque *el dominio de los posibles fenómenos debía ser circunscrito primero por el desarrollo ulterior de la hipótesis Copernicana*”. Por ello frente a tal situación que no pudo darse, afirma en subsidio: “Es mucho mejor que esta hipótesis continúe siendo *ad hoc* durante cierto tiempo y, mientras tanto, desarrollar el heliocentrismo en todas sus ramificaciones astronómicas que ahondar en las primeras ideas que, después de todo, sólo pueden defenderse con ayuda de otra hipótesis *ad hoc*.” (*Tratado contra el Método*, p. 84).

³⁰¹ Vid. el requisito de unificación en K. POPPER (“La Verdad, la Racionalidad y el Desarrollo del Conocimiento Científico” pp. 294 y 295); el objetivo de penetración en los fenómenos mediante la unificación sistémica en C. HEMPEL (*Filosofía de la Naturaleza*, p. 125), el ideal de sistematización coherente de la racionalidad científica en M. BUNGE (*La Investigación Científica*, p. 4). En fin, un tratamiento más moderno puede encontrarse en Ph. KITCHER, “Explanatory for Unification”, pp. 507 a 531. Y en una explicación en el contexto estadístico, y sustentada en la precisión, M. FORSTER y E. SOBER, “How to Tell when Simpler, More Unified, or Less *Ad Hoc* Theories will Provide More Accurate Predictions”, pp. 11 a 15.

involucrados (lo que configura la supletoriedad y el no encontrarse en la mejor situación epistémico-metodológica). De esta manera, aparte del uso que tengan ellas mismas en términos de utilidad, el no ser una mejor situación, en vistas del ideal científico, ofrece un punto de vista interesante de por qué analizar la categoría de las hipótesis *ad hoc*, y muestra una consideración intuitivamente dura de separación respecto de las hipótesis cocinadas para meramente responder a un problema y nada más, frente al resto de las teorías.

Pero en su propio juego o consideración acerca de la utilidad, HUNT pasa por alto lo útil de la idea de hipótesis *ad hoc* desde el punto de vista *programático*. La propia calificación de *ad hoc* de la hipótesis es un incentivo para la actividad científica, junto con el problema entre manos, al cual se le adosa. Para ello tomaré tres ideas: la de problema como motivador del programa, la de no mejor situación y la de transposición. Si los problemas científicos son los desafíos que enfrentan las teorías, en tanto programas de investigación en la dinámica del tiempo, y las hipótesis *ad hoc* vienen a “solucionar” o parchar el problema, pero no de la mejor manera o situación, entonces se produce una transposición entre el problema y la hipótesis *ad hoc*, en la cual la hipótesis desplaza absoluta o relativamente el problema (ya que tiene la pretensión de ser solución), quedando la hipótesis en su lugar. Esto significa que es la hipótesis *ad hoc* la que pasa a ser el desafío para los programas teóricos correspondientes, en vistas de no ser la mejor situación³⁰².

Como da cuenta GRÜNBAUM, en el caso de la hipótesis *ad hoc* de la existencia de Neptuno, unido con la distorsión de la órbita de Urano, constituía un todo que tensionaba la teoría. Y si bien se sabía que la hipótesis de Neptuno era *ad hoc*, ello constituyó parte de la motivación de trabajo del programa newtoniano, precisamente por la insuficiencia de la respuesta percibida como *ad hoc*³⁰³. Si esto es correcto, diversas hipótesis *ad hoc* tienen una función en la configuración programática de las teorías, junto con los problemas mismos. Una situación parecida podemos ver en la hipótesis de Planck sobre el cuerpo negro y la catástrofe ultravioleta, resumida en la fórmula ($E=hf$)³⁰⁴, que implicó para el propio Planck seguir trabajando en mejorar su hipótesis (que lo llevó incluso a una segunda versión), con mayor razón cuando se dio cuenta que ella estaba desconectada de las ecuaciones de la física clásica³⁰⁵. Mirado más en general, el que sean metodológicamente una molestia, en el

³⁰² Esto origina dos cosas, según el efecto que tenga en el objeto de la actividad científica: a) si la trasposición es total, entonces el problema queda totalmente desplazado y la comunidad científica se ocupa de la hipótesis *ad hoc*, de mejorarla para que no sea *ad hoc*, esto es, de unificarla o de evitar que sea una respuesta anómala, frente a la experiencia recalcitrante; b) si es relativa, entonces, los científicos trabajaran no sólo en mejorar la hipótesis *ad hoc*, sino que también seguirán investigando la propia anomalía, para buscar soluciones alternativas a la hipótesis, como se señala que hizo Planck respecto a su fórmula que solucionó el problema del cuerpo negro y evitó la catástrofe ultra violeta.

³⁰³ Cfr. A. GRÜNBAUM, “Ad Hoc Auxiliary Hypotheses and Falsificationism”, pp. 355 y 356.

³⁰⁴ Vid. B. LOVETT, *Los Creadores de la Nueva Física. Los Físicos y la Teoría Cuántica*, pp. 48 a 89.

³⁰⁵ De acuerdo a Th. KUHN, fueron Ehrenfest y Einstein los que dan cuenta inicialmente de esta situación de no derivabilidad de la hipótesis de Planck de la física newtoniana, muy particularmente respecto de la discontinuidad de la energía, lo que dio pie para la segunda formulación de Planck. Vid. *La Teoría del Cuerpo Negro y la Discontinuidad Cuántica, 1894-1912*, pp. 201 a 220, 228 y 229, 274 y 275. No obstante ello, B. LOVETT recalca mucho la idea de Planck de volver a restaurar la conexión con las ideas matrices de la física clásica (vid. *Los Creadores de la Nueva Física*, pp. 86, 87 y 261). Ello nos muestra una instancia ilustrativa de los efectos de la insatisfacción que respecto de las hipótesis *ad hoc* se puede tener, en términos progresivos y conservadores.

sentido de no ser la mejor situación para la ciencia en vista de los valores (epistémicos) involucrados, incluso cumpliendo una función protectora, es precisamente lo que viene a hacerla parte de las tareas pendientes del programa incorporándose de esta manera en éste³⁰⁶. Ello ocurre así desde la perspectiva diacrónica de las teorías y programas, en sus evoluciones y desafíos que enfrentan. Pero tiene la virtud de explicar porqué las hipótesis —*ad hoc*—, son sensibles al contexto diacrónico y porqué evolucionan en su calificación; precisamente porque se vuelven parte del desafío de tareas pendientes del programa de que se trate (o incluso de más de un programa como en el caso de la hipótesis de Planck), buscando una prueba de ella (como la hipótesis de Neptuno) o trabajando en el pulimento de la hipótesis (como la propia hipótesis de Planck). Entonces, la noción misma de hipótesis *ad hoc* pasa tener una utilidad en la configuración de los programas de investigación, y la posición de HUNT sobre la falta de utilidad de la noción quedaría desplazada.

En este sentido, parece haber mejores razones a favor de la viabilidad conceptual de hipótesis *ad hoc*, configurada como un instrumental analítico, y sobre esta base lograr sortear las problemáticas que el propio HUNT le plantea, lo que abre pie para el examen de las nociones de la *ad hocidad*.

2.3. Objetivos Metodológicos de las Hipótesis Ad Hoc

2.3.1. De manera muy tradicional, se sostiene por los filósofos de la ciencia que las hipótesis *ad hoc* pertenecen a la clase de las denominadas por H. ALBERT como “*estrategias de inmunización*”³⁰⁷. ALBERT generalizó un término referente a la idea que K. POPPER llamó genéricamente “*estrategias convencionalistas*” y que reunió de manera tópica ciertos modos de evitar la refutación³⁰⁸. Recordemos que POPPER señaló cuatro estrategias al menos. (i) Se pueden introducir hipótesis *ad hoc*; que son nuestro tema. (ii) Cambio *ad hoc* en la definición; se trata de modificar las denominadas “definiciones ostensivas”, o las “definiciones explícitas” que pudiesen reemplazarlas. (iii) Adoptar una actitud escéptica, con respecto a la confianza que deberíamos depositar en el experimentador, para efectos de excluir sus “observaciones” que amenazan el sistema teórico o al menos corregir dichas observaciones, sobre la base de: (a) que se carece de base suficiente, (b) en que no son científicas u objetivas, (c) en que el experimentador es un embustero, como cuando se critican los fenómenos ocultistas. (iv) Dudar de la agudeza mental del científico teórico³⁰⁹.

ALBERT y POPPER identificaron la estrategia por el *objetivo* o *fin* metodológico. Se trata de salvar la teoría central *T* frente al problema que se enfrenta, respecto del cual no

³⁰⁶ Este aspecto es un punto pasado por alto no sólo por HUNT, sino por LAUDAN, para quien lo importante es el problema como desafío que estimula al programa desde el punto de vista diacrónico (Vid. LAUDAN, *El Progreso y sus Problemas*, pp. 47 a 56 y 158 y 159). Lo que ambos no ven precisamente es que la hipótesis *ad hoc* se traspone al problema mismo.

³⁰⁷ H. ALBERT, *Tratado sobre la Razón Crítica*, pp. 44, 51, 76. BOUDRY y BRAECKMAN también hablan de los *mecanismos de inmunización* aunque frente a los *mecanismos de defensa epistémicos* propio de las teorías, pero con un sentido mucho más específico, que lo liga más a las hipótesis *ad hoc*, que a un tratamiento general como el que se expone (vid. M. BOUDRY, “The Hypothesis that Saves the Day”, pp. 7).

³⁰⁸ K. POPPER, *La Lógica de la Investigación Científica*, p. 79.

³⁰⁹ K. POPPER, *La Lógica de la Investigación Científica*, pp. 41, 77 y 78.

tiene respuesta adecuada a ciertos hechos problemáticos³¹⁰. Son ciertas seguridades que se provee al conocimiento, autofabricadas, frente al resultado negativo de una investigación³¹¹ (por lo que se le suele adjudicar el rasgo peyorativo de cocinada para un problema especial, como hemos visto)³¹².

Más específicamente, se trata de ciertos movimientos o maniobras especialmente destinados a evitar el impacto negativo de la crítica frente a la pretensión —de verdad o corrección— de una teoría, ante al surgimiento de un hecho o consideración, cognoscitiva, que no estaba contemplada originalmente por la teoría. Su marco viene dado precisamente en los enunciados empíricos, en el contexto de las ciencias empíricas, ya que puntualmente buscan evitar el efecto lógico que produce un contracasos, un hecho negativo, para las hipótesis de una teoría empírica.

El esquema se da en el marco hipotético deductivo de la siguiente manera³¹³. Se tiene una cierta teoría científica T (configurada como un sistema de hipótesis o conjeturas que pretende dar cuenta de cierta realidad fáctica, sistematizándola, sea describiéndola, explicándola, prediciéndola³¹⁴), como la del flogisto, la del éter, la del geocentrismo, la órbita del cometa Halley, etc. Dentro de ella se tiene ciertas consecuencias observacionales, expresadas en enunciados singulares y concretos “ q ”, que representan la hipótesis acerca de un hecho singular, como el cometa Halley se verá en la Tierra al cruzar por su órbita en el año 1757. Ella se enfrenta a una experiencia recalcitrante E , expresada en un informe observacional o enunciado singular (por ejemplo, el cometa Halley sólo se pudo observar recién en el año 1758 y no en 1757), de la cual no puede dar cuenta y es contradictoria con T , al ser la negación de q (“no q ”: no se vio el cometa Halley en 1757). Entonces, en principio se le puede aplicar el *modus tollens*, el cual tiene la siguiente forma:

- 1) “ $p \rightarrow q$ ”, (“si p , entonces q ”)
- 2) $\neg q$ (de lo cual se sigue)
- 3): $\neg p$.

Sin embargo, como ya es un tópico, no se puede derivar ciertas consecuencias observacionales “ q ”, simplemente así de la teoría “ T ” (DUHEM), sino que requiere el auxilio de otras consideraciones: los *supuestos* o *hipótesis auxiliares* “ SA ” (que devienen de otras teorías, como, por ejemplo, las leyes de la óptica que han permitido corroborar ciertas observaciones de la astronomía mediante telescopios, tales como la configuración de los cuerpos celestes, la no interferencia de otros cuerpos celestes, etc.), y ciertas *condiciones iniciales* “ CI ”, que trátase de hechos-condiciones singulares en el antecedente, que deben

³¹⁰ K. POPPER, *La Lógica de la Investigación Científica*, pp. 78 y 79.

³¹¹ H. ALBERT, *Tratado sobre la Razón Crítica*, pp. 51 y 76.

³¹² Esta versión de la inmunización para los racionalistas críticos implica un compromiso con la verdad, y así con el realismo, que no lo tendría la versión del instrumentalismo, en tanto no habría un diálogo con la naturaleza, que encausa la respuesta del experimento, sino que más bien un monólogo del científico, que plantea sus preguntas y encausa su experimento, en busca de los datos. Vid. sobre el instrumentalismo A. RIVADULLA, *Éxito, Razón y Cambio en la Física* pp. 17 y ss.

³¹³ En esto seguiré más o menos a J.A. Díez y C.U. MOULINES, *Fundamentos de Filosofía de la Ciencia*, pp. 83 y 84.

³¹⁴ Cfr., K. POPPER, *La Lógica de la Investigación Científica*, pp. 58 a 60, M. BUNGE, *La Investigación Científica*, pp. 332 a 335.

darse para que, a su vez, se dé q , como las condiciones con que parten los experimentos o las observaciones, por ejemplo, las condiciones atmosféricas en que aquéllos se desarrollan. En términos lógicos, T y SA y CI deben implicar q . De lo que tenemos, entonces, el siguiente esquema:

- 1) Si T y SA y CI , entonces q
- 2) no q
- 3) no (T y SA y CI)

Esto significa que mediante el problema, la experiencia recalcitrante (“no q ”), desde un punto de vista lógico, del *modus tollens*, hemos obtenido la negación y falsedad de todo el antecedente: “no (T y SA y CI)”. Ahora bien, “no (T y SA y CI)” es equivalente a “no T o no SA o no CI ”. Pero esto deja mucho espacio para hacer ciertos movimientos para intentar salvar T o ciertos enunciados nucleares de T , mediante la alteración de ciertos enunciados de la estructura argumental.

—LAUDAN señala que debe distinguirse entre *tipos de problemas*, ya que metodológicamente no son todos iguales. Señala que hay problemas no resueltos y problemas anómalos (y problemas resueltos), los cuales tienen un diverso estatus metodológico. El criterio entre ambos refiere a la competencia y comparación de teorías. Los *no resueltos* son problemas empíricos que todavía no han sido adecuadamente resueltos por ninguna teoría. Mientras que los *anómalos* o *anomalías* son problemas empíricos que una teoría concreta no ha resuelto, pero que sí han sido resueltos por una o más teorías alternativas. Los primeros son un estímulo para el crecimiento y el progreso científico, ya que al transformarse en problemas resueltos, es uno de los modos en que se reafirma la teoría. —En el fondo, no habiendo otra teoría que lo resuelva, por el criterio de competición, no ponen en peligro a las teorías que no han resuelto el problema, por lo que se los califica de “problemas potenciales”³¹⁵. Los segundos, los convierte en una razón para ofrecer una duda racional para el sostenimiento de una teoría y optar por su abandono³¹⁶. Estos últimos, a su juicio, sí que son un vector de importancia para la evaluación de una teoría y su aceptabilidad, aunque diluido junto a otras consideraciones³¹⁷. Ello lo lleva a sostener que la hipótesis *ad hoc* se encuentra ligada a problemas no solucionados por las teorías competidoras, esto es, las *anomalías*. Es así que señala que este tipo de hipótesis apunta a la solución de “problemas empíricos resueltos por una teoría anterior o de sus instancias refutadoras”³¹⁸.

Sin embargo, para estar preparado para el éxito también se debe estar preparado para el fracaso. Porque el éxito en la tarea de lograr un objetivo entraña, en buena medida, la posibilidad del fracaso en lograrla. Esto implica que toda tarea en busca del éxito expone al sujeto a la posibilidad del fracaso en ello. Algo similar le ocurre a las teorías. Esta comparación importa que incluso los problemas no resueltos por nadie estén sometidos a la

³¹⁵ LAUDAN especifica las razones en que: (a) quedan indeterminados los hechos (problemáticos), porque los resultados experimentales son difíciles de reproducir, o porque es imposible aislar los sistemas físicos, a veces los instrumentos de medida no ofrecen fiabilidad suficiente; (b) hay una ambigüedad en la pertenencia del hecho a un específico dominio de la ciencia, es decir, no se sabe que dominio de teorías es la responsable de no haber resuelto el problema. *El Progreso y sus Problemas*. pp. 47 a 49.

³¹⁶ L. LAUDAN, *El Progreso y sus Problemas*, pp. 56 a 62.

³¹⁷ L. LAUDAN, *El Progreso y sus Problemas*, pp. 60 y 61.

³¹⁸ L. LAUDAN, *El Progreso y sus Problemas*, pp. 155, 157 y 159.

dualidad éxito-fracaso. De manera que, aunque sean potenciales, ellos constituyen una amenaza, aunque latente, para la teoría, pues en cualquier momento puede surgir una teoría rival que lo resuelva. Con independencia de que ellos no conduzcan a una refutación inmediata, sí podrían constituir en el futuro, de corto o mediano plazo, en una amenaza. Ello constituye una razón, entre otras, para generar una respuesta *ad hoc* o especial al problema que la teoría *T* no puede solucionar; esto se produce sin necesidad de que haya o no resuelto el problema otra teoría, como erróneamente lo supone LAUDAN. J. AGASSI nos provee de un ejemplo claro en contra de aquél supuesto: la teoría newtoniana no podía dar cuenta adecuadamente del comportamiento secular de Mercurio, y generaciones de matemáticos y astrónomos trataron de solucionarlo; cifrando la diferencia mediante complejos cálculos, ofrecieron diversas hipótesis *ad hoc* para aquel problema, que ninguna otra teoría lograba solucionar. La más importante de las hipótesis *ad hoc* fue la del cuerpo alfa, como causante de las perturbaciones³¹⁹. De manera que si bien tiene interés metodológico evaluativo la distinción entre problema no resuelto y anómalo, parece no tenerlo desde el punto de vista conceptual para la noción de *ad hocidad*³²⁰.

2.3.2. Sin perjuicio de lo expuesto, a mi juicio, este monopolio del objetivo inmunizador ha sido soterradamente socavado por los propios estudios de las hipótesis *ad hoc*. De esta manera se ha abierto paso otro objetivo, cuál es meramente dar cuenta o adaptarse a ciertos problemas muy específicos.

Es así que podemos ver que M. BUNGE ha planteado en su *Diccionario de Filosofía*, que alternativamente la hipótesis *ad hoc* también, y aparte de la inmunización, es una que está “inventada para ‘cubrir’ una gama reducida de datos”. Uno de los rasgos de ellas la identifica con que tienen un poder de explicación o predicción muy restringido³²¹. Los fundamentos de ello no los entrega, pero se pueden conjeturar.

Esta segunda clase de objetivo viene, a mi juicio, de la identificación de LAKATOS, ZAHAR y SCHINDLER —como veremos más adelante—, de la hipótesis *ad hoc* con la idea o noción de cierta falta de coherencia con la teoría dominante o la heurística del sistema (la forma *ad hoc*₃), y que tiene como uno de sus paradigmas la hipótesis de Planck, dirigida a dar cuenta de la radicación del cuerpo negro y evitar el bochorno de la predicción de la catástrofe del ultravioleta, en el contexto del paradigma o programa de la física clásica. Si bien este caso tiene ciertas complejidades derivadas de su interpretación y la evolución histórica, en lo grueso, por ahora, podemos considerar que la hipótesis no podía ser derivable del principio de la continuidad energética propia de la mecánica clásica (como probó Einstein y Ehrenfest)³²², porque la hipótesis importaba que la energía no era continua, sino que sólo podía ser emitida o absorbida en cuantos discretos de energía³²³. Precisamente porque la hipótesis no remienda la teoría newtoniana —sino que la contradice y la falsa—, no puede entenderse que inmuniza a esta teoría. Sin embargo, como señala LAKATOS,

³¹⁹ J. AGASSI, *Science in Flux*, p. 196.

³²⁰ Aquí se presenta una manifestación de una serie confusiones en la teoría de la *ad hocidad*, entre la aceptabilidad y la cuestión conceptual.

³²¹ M. BUNGE, *Diccionario de Filosofía*, p. 97 (la cursiva es mía).

³²² Así, Th. KUHN, *La Teoría del Cuerpo Negro*, pp. 181 a 200, y 201 a 220.

³²³ Cfr. W. HEISENBERG, *Física y Filosofía*, pp. 17 a 19.

constituye simplemente un recurso arbitrario de una teoría desconectada³²⁴, por lo que es que calificada de *ad hoc*. Por dicha razón refuta la *generalidad* de la tesis de la inmunización, y abre espacio para evidenciar otro objetivo relativo a adaptarse o dar cuenta de ciertos problemas específicos (Vid. la explicación en el pár. 3.5).

2.3.3. Existe una distinción que puede superponerse a este punto. Se refiere a la distinción entre acomodación, *ad hoc*, y predicción. Esta distinción se da en el marco del debate sobre qué tiene más valor, o bien a la acomodación de la teoría, o a la predicción, como canon seleccionador de teorías. Esto ocurre porque las teorías tienen un contenido informativo importante para el conocimiento humano. Esto implica que pueden dar información acerca de lo que ocurrió en el pasado o de lo que puede ocurrir en el futuro. Esto abre el debate conceptual acerca de qué es adaptar y qué predecir sobre la base de hechos nuevos. Si bien E.C. BARNES ha resaltado diversas consideraciones sobre los problemas de determinación entre uno y otro concepto de predictividad y acomodatividad³²⁵, los filósofos siguen insistiendo en esta distinción.

La virtud de la acomodación refiere a que una teoría o una hipótesis, sea formulada más bien para adaptarse a una serie de hechos problemáticos existentes o pasados, que a predecir hechos novedosos. Frente a ello es que se presenta la tesis de la *ad hocidad*, que implica también una hipótesis construida para ciertos hechos problemáticos que ya existen. Como señala M. CAAMAÑO, efectivamente se da una peligrosa convergencia en lo extensional entre una y otra. Sin embargo, existe un caso importante que refiere: la teoría de la evolución darwiniana, que no se considera *ad hoc*, no obstante ser más bien de acomodación que predictiva³²⁶. Pues ella, en efecto, realiza una actividad de retrodicción respecto de los hechos. Sin embargo, en las hipótesis *ad hoc* se busca dar cuenta específicamente de una clase de hecho específico, de manera principal, sin otra consideración específica de manera relevante (sea porque no se la considera en absoluto o porque si la consideró, ella fue falsa completamente³²⁷). Es decir, es una respuesta específica al problema específico. Mientras que la primera es una respuesta a una clase general de problemas. Esto permite hacer una separación entre reajustes *ad hoc* e hipótesis *ad hoc*.

Los reajustes *ad hoc* son una corrección interna de la teoría *T* de alguna variable de está, especialmente efectuada en *T*, para enfrentar de forma integral a los problemas que la aquejan. De esta manera, se incorporan de manera coherente en ella. Mientras que las hipótesis *ad hoc*, no aparece como tal corrección interna, sino como una agregación de hipótesis especial exógena.

³²⁴ I. LAKATOS, “La Falsación y los Programas de Investigación Científica”, p. 117.

³²⁵ Cfr. E.C. BARNES, “Prediction versus Accommodation”.

³²⁶ M. CAAMAÑO, “Hacia una Noción más Robusta de Adecuación Empírica”, p. 175.

³²⁷ Las otras consideraciones todas falsas, son la presunción de falta de relevancia en la consideración de la hipótesis.

2.4. Perspectivas Básicas de las Nociones de Ad Hoc

Aceptada la posibilidad de una *noción* de hipótesis *ad hoc*, diversas son las perspectivas que se entrelazan en su estudio, pero que requieren ser separadas analíticamente. En lo que nos interesa ellas son: (i) la conceptual, (ii) la de su referencia, (iii) la del tratamiento de estatus (dentro de ella iremos tratando particularmente su legitimación).

La razón de realizar este tratamiento separado se debe a varias razones. Los autores suelen relacionar inextricablemente la cuestión conceptual de la hipótesis *ad hoc* y con su trato de aceptabilidad o no. Porque el concepto vendrá delineado no sólo mirando el reconocimiento científico, sino que el carácter regresivo de las hipótesis *ad hoc*, de manera que la formulación del canon de rechazo se avenga con las instancias de hipótesis *ad hoc* que se identifiquen de acuerdo a su concepto (es el sentido peyorativo de la hipótesis *ad hoc*). De esta manera, si la hipótesis, siendo especialmente preparada para enfrentar un problema, tiene un estatus que no es de rechazo, ello implicará una razón para considerar la formulación de la misma como fuera de la instancia de *ad hocidad* y afectará así la evaluación de la noción de hipótesis *ad hoc* de que se trate. Separando, podremos ver analíticamente mejor su trato y su concepto.

Además, es menester separar su concepto de su referencia. También ocurren ciertas confusiones entre un concepto y otro, respecto a los objetos de su referencia. Si bien algunas nociones coinciden con el objeto de la referencia, ambos son separables. Pero, además, existe una tendencia a que, al tenerse una referencia más específica, el concepto que se maneje se buscará que sea de mayor intensionalidad, para efectos de que quepan menor cantidad de objetos referenciales (y no pierda legitimación una gran porción de ciencia). Dicha separación permitirá observar las conceptualizaciones con mayor independencia de su referencia, y evitar dicha contaminación de prejuizgamiento.

2.4.1. La faz conceptual de las hipótesis *ad hoc*

Esta se refiere al establecimiento de la noción que diferentes tendencias le han dado, y las diversas críticas que se les han formulado o que fuere posible formularles. Esto proveerá el marco conceptual para efectos de determinar, en el siguiente capítulo, la procedencia de la reconducción conceptual de la derrotabilidad a las hipótesis *ad hoc*. Pero antes veremos unas cuántas cuestiones previas para dilucidar ciertos problemas que puedan surgir.

2.4.1.1. Primera cuestión previa: *ad hoc* en sentido común y *ad hoc* en sentido técnico

J. WORRALL nos cuenta de un seminario en la *London School of Economics* con el título “*Ad Hoc Is Not a Four Letter Word*”³²⁸, para referir a algo más allá de su literalidad, y, así, enfatizar algo más que su sentido ordinario. En esta línea, autores han remarcado la diferencia entre el sentido *común* de *ad hoc* y el *técnico*. El primero viene representado por el uso coloquial del mismo, recogido en los diccionarios como el Webster o la RAE. En el

³²⁸ J. WORRALL, “Error, Tests, and Theory Confirmation”, p. 130.

habla inglesa, E.C. BARNES ha resaltado que algo es *ad hoc*, si está “formado o utilizado para problemas o necesidades específicas o inmediatas”, según el *Collegiate Dictionary* del *Merriam-Webster*³²⁹. Por su parte, en español, la RAE recoge el uso en su segunda acepción: “Adecuado, apropiado, dispuesto especialmente para un fin.”³³⁰. Si bien este último es bastante más genérico, ambas acepciones apuntan hacia su origen latino de *ad hoc*: “*para esto*”³³¹, es decir, el fin específico al que apunta la acción o cosa, que puede ser un problema o necesidad. Entonces, un argumento o hipótesis *ad hoc* sería aquella formulada para adecuarse especialmente al fin específico, que sería abordar un problema específico³³². Si aprovechamos, nuevamente, la discusión entre preductivismo y adaptacionismo, podemos decir que, en el fondo, se trata de una adaptación o acomodamiento al problema de la evidencia problemática³³³.

Sin embargo, como se ha resaltado en el marco de aquel debate, las hipótesis *ad hoc* no son meras adaptaciones, ni toda adaptación teórica se resuelve simplemente en *ad hocidad*. En primer lugar, las formas de las hipótesis *ad hoc* no implican un mero acomodo a los datos. Tales hipótesis pueden implicar también una suspensión del juicio acerca de la corrección o no, de verdadero o falso, de una teoría T_1 , sobre la base de no existir suficientes antecedentes o instrumental técnico para tomar una decisión correcta o precisa (argumento de J. LEPLIN sobre la hipótesis de la contracción de Lorentz, como se verá más adelante). Se señala, además, que hay teorías científicas que apuntan adaptarse a los hechos previos, de manera gravitante para los objetivos de la ciencia, como en el caso de la teoría de la evolución de Darwin, como nos recuerda CAAMAÑO³³⁴, por lo que, lo no *ad hoc* no se agota en el preductivismo. En igual sentido, D. MAYO muestra un convincente ejemplo de la importancia del adaptacionismo, respecto de cuando se enfrenta a la pregunta acerca de saber cuál es el promedio (“SAT”) de sus alumnos del curso de lógica, lo que le implica considerarlo adaptándose a la evidencia previamente disponible de las notas de aquéllos en el semestre³³⁵. En segundo, debe mencionarse que parte de los objetivos de la ciencia es dar cuenta de los problemas históricos que aquejan a las teorías —convertirlos en problemas resueltos—, de manera que las teorías implican esa acomodación argumentativa hacia los hechos, como fue el dar cuenta de los epiciclos de Mercurio. Asimismo, el lento avance de la racionalidad (LAKATOS³³⁶), y la necesidad de defender cierto dogmatismo (POPPER³³⁷), hacen imprescindible no poder renunciar a las estrategias adaptativas de *ad hocidad*.

Si bien es cierto que no comparto con BARNES que las hipótesis *ad hoc* no tengan nada que ver con su sentido ordinario, ya que cierto sentido de su raíz guía intuitivamente la

³²⁹ E.C. BARNES, “Prediction versus Accommodation”, secc. 2^a.

³³⁰ RAE, <https://dle.rae.es/?id=0jmLlgY>.

³³¹ La misma entrada de la RAE da cuenta de su raíz en latina.

³³² Más o menos así también E.C. BARNES, “Prediction versus Accommodation”, *ibid*.

³³³ Algo de esto parece querer sostener M. BORDES SOLANA, cuando señala respecto de la “falacia *ad hoc*” lo siguiente: “Consiste en modificar la tesis defendida a lo largo de una discusión crítica a medida que se descubren datos o razones en su contra con el único fin de mantenerla sin refutar” (*Las Trampas de Circe: Falacias Lógicas y Argumentación Informal*, p. 236).

³³⁴ M. CAAMAÑO, “Hacia una Noción más Robusta de Adecuación Empírica”, p. 175.

³³⁵ D. MAYO, “An Ad Hoc Save of a Theory pf Adhocness?”, pp. 163 y 164.

³³⁶ I. LAKATOS, “La Falsación y los Programas de Investigación Científica”, p. 116.

³³⁷ A. GRÜNBAUM, “Ad Hoc Auxiliary Hypotheses and Falsificationism”, p. 353.

práctica metodológica de fijar lo que es un *ad hoc*³³⁸, y, no sólo ello, sino que funciona a veces como contraste de límites a la configuración de las condiciones de *ad hocidad* (como GRÜNBAUM para la condición de no fundacionalidad de LEPLIN, o de SCHINDLER en un sentido similar a este último³³⁹). Sin embargo, su sentido técnico sí es un asunto más específico —en torno a sus objetivos—, de manera que dicha fijación se debe realizar sobre la base de ir descubriendo los problemas metodológicos que enfrenta el desarrollo científico, sea en concreto, como en las épocas de crisis de las teorías —según señalase POPPER³⁴⁰—, o de forma imaginativa, en ambos casos en cotejo con los objetivos de la ciencia y el conocimiento, de manera de ir fijando las condiciones de su reconocimiento, alcances, orígenes, y tratamiento.

2.4.1.2. Segunda cuestión previa: transposición entre maneras y objetos

En el desarrollo histórico de las investigaciones sobre las hipótesis *ad hoc*, se produjo un insensible, pero importante, cambio de foco conceptual. La transposición, en cierto sentido, trata de la situación de interponer una cosa C_1 respecto de otra C_2 dentro de una escena contextual S , pero sin que la segunda C_2 desaparezca por completo de S , sino que queda en un segundo plano. En las investigaciones sobre las hipótesis *ad hoc*, precisamente se produjo un cambio de foco conceptual, transponiéndose como objeto de estudio, según la tendencia que corresponda, sea la *ad hocidad* como una manera estratégica, o el objeto de la *ad hocidad*.

► Por una parte, el inicial tratamiento popperiano de nuestro tema refiere más bien a una cuestión relativa a ciertas maneras o modos de la conducta de los científicos. Lo *ad hoc* no es una hipótesis, sino una calificación de maneras estratégicas en un contexto de debate. Lo *ad hoc* es una estrategia convencionalista³⁴¹, en el sentido de “la vía de escape de la falsación”, aludiendo al contexto de *debate*. Me parece que así también lo recuerda POPPER, al rememorar su postura cuando escribe: “Como ya expliqué en el primer capítulo de *La lógica de la investigación científica*, podemos siempre adoptar tácticas evasivas ante las refutaciones. Por razones históricas, originalmente llamé a estas tácticas ‘estratagemas convencionalistas’ [o rodeos, ‘desviaciones’]³⁴². En cuanto a la distinción entre la manera estratégica y el objeto: relaciona la vía del escape señalado, agregando que ello se logra mediante “la introducción *ad hoc*” o “cambio *ad hoc*”, que es la manera de realizar la acción estratégica, y ella recae sobre una “hipótesis auxiliar” o “de una definición *ad hoc*”, que son

³³⁸ Vid., por ejemplo, E. ZAHAR quien señala que: “La *ad hocidad*₃ es una buena explicación de esta noción intuitiva de *ad hocidad*” (“Why did Einstein's Programme Supersede Lorentz's? (I)”, p. 105), o G. HOLTON aludiendo al sentido intuitivo de los científicos sobre estas hipótesis como “*cooked up*” aludiendo precisamente al para esto, G. HOLTON, *Thematic Origins of Scientific Thought Origins of Scientific Thought: Kepler to Einstein*, p. 328, o K. POPPER, señalando expresamente que la contrastabilidad independiente pretende cazar la idea de adaptabilidad de las teorías (“La Verdad, la Racionalidad y el Desarrollo del Conocimiento Científico”, p. 295).

³³⁹ A. GRÜNBAUM, “Ad Hoc Auxiliary Hypotheses and Falsificationism”, pp. 353 y 354. S. SCHINDLER, “A Coherentist Conception of Ad Hoc Hypotheses”, p. 57.

³⁴⁰ Cfr. K. POPPER, *La Lógica de la Investigación Científica*, p. 77.

³⁴¹ A veces POPPER hace sinónimo estrategia convencionalista y otras veces no, lo que da a lugar a ambigüedad en el tratamiento de la hipótesis *ad hoc*, al poder interpretarse que su tratamiento es peyorativo en cuanto a la legitimidad del uso de la hipótesis o no (vid. pár. 3.4.3).

³⁴² POPPER comienza luego a reflexionar acerca de cómo se realiza la estrategia para inmunizar las teorías. (“El Problema de la Demarcación”, p. 138).

los objetos. Se ratifica en que es una manera de proceder y no un objeto especial al señalar: “Se reconoce que los científicos no suelen *proceder* de este modo”. En tal sentido, parece entenderlo como un procedimiento retórico del contexto de debate: “el procedimiento aludido [de movimientos *ad hoc*] siempre es lógicamente posible”. De ahí que su respuesta es un bloqueo a las maneras o vías, no al objeto: “voy a proponer... que se caracterice el método empírico de tal forma que excluya precisamente aquellas vías de eludir la falsación”, dice nuestro autor³⁴³. Obsérvese que luego, en coherencia, POPPER señala que la calificación de *ad hoc* o convencionalista (por la estrategia) no puede serle aplicada al objeto auxiliar para excluirlo: “no es preciso rechazar como convencionalista [es decir, como *ad hoc*] toda hipótesis auxiliar que no llegue a satisfacer nuestra norma”³⁴⁴.

La convencionalidad o *ad hocidad* de la estrategia está introducida en términos peyorativos, a causa del bloqueo de la posibilidad de producir la falsación. POPPER lo trata tras el juicio de seleccionabilidad o ilegitimidad de las hipótesis auxiliares. En este sentido, señala que no es preciso rechazar como convencionalista o *ad hoc* toda hipótesis auxiliar. Pero sí es necesario cuando disminuye el grado de contrastabilidad, que es la referencia a la característica objetiva de la hipótesis (e implícitamente a su sentido de *ad hoc* transpuesto)³⁴⁵.

► Sin embargo, y, por otra parte, las hipótesis *ad hoc* son el objeto por sí mismas de estudio, esto es, ciertos objetos lingüísticos de la ciencia, una hipótesis o explicación o teoría con ciertos rasgos o características que la califican de *ad hoc*, y fijamos las condiciones para ello. Es así que en 1965 tenemos a HEMPEL escribiendo un capítulo derechamente del objeto, “Las hipótesis ‘*ad hoc*’, y aseverando que “no hay, de hecho, un criterio preciso para identificar una hipótesis *ad hoc*”³⁴⁶. En la misma línea, LAKATOS identifica diversos tipos de hipótesis *ad hoc* —incluyendo su paradigmática *ad hoc*₃, las teorías desconectadas, enfoque que se encuentra consolidado en las explicaciones sobre lo *ad hoc*³⁴⁷—. BUNGE, más actualmente, distingue entre hipótesis normales e hipótesis *ad hoc*, y, dentro estas últimas, las hipótesis *ad hoc* de buena o mala fe (según si es contrastable de manera independiente)³⁴⁸. En esta línea, el cargo de *ad hocidad*, como manipulación o estrategia, está transpuesto de la escena, aunque concretado, en cierto sentido, en las diversas condiciones que fijan los estudios, expresado en algunas ocasiones en una configuración peyorativa de su noción o incluso, en la versión positiva, expresando la necesidad de su uso, esto es, como un recurso retórico o de debate.

2.4.1.3. Tercer asunto previo: propuestas

Adelantando el punto, la cuestión básica de la hipótesis *ad hoc* es que se trata de que aquella hipótesis o explicación especial H_1 que apunta, usualmente de manera *post hoc*, a cubrir ciertas insuficiencias de una teoría T , a efectos de dar respuesta específica a un problema, anomalía, contraejemplo o puzzle, expresado en un descubrimiento o

³⁴³ Cfr. K. POPPER, *La Lógica de la Investigación Científica*, p. 41.

³⁴⁴ Cfr. K. POPPER, *La Lógica de la Investigación Científica*, p. 80.

³⁴⁵ Cfr. K. POPPER, *La Lógica de la Investigación Científica*, pp. 79 y 80.

³⁴⁶ Cfr. C. HEMPEL, *Filosofía de la Naturaleza*, pp. 51 a 53.

³⁴⁷ I. LAKATOS, “La Falsación y los Programas de Investigación Científica”, pp. 116 y 117, notas 319 y 320, vid. sobre coherencia S. SCHINDLER, “A Coherentist Conception of Ad Hoc Hypotheses”, pp. 54 a 64.

³⁴⁸ M. BUNGE, *Diccionario de Filosofía*, p. 97.

experimento o dato o evidencia *E*, que *T* no puede responder, y que la pone en entredicho de crítica, potencial o actual. Esto es más o menos lo básico que se recoge de los autores.

El punto estriba en su doble relación tanto con la teoría *T*, como con la evidencia anómala *E*, frente a lo cual se han desarrollado diferentes propuestas conceptuales.

Conceptualmente, C. HEMPEL destacó hace mucho tiempo (1965) la falta de un criterio preciso para identificar las hipótesis *ad hoc*³⁴⁹, lo que ha dificultado relativamente la tarea conceptualizadora. En respuesta a este desafío, se han establecido diversas categorías como A. GRÜNBAUM de dos modos (que desechó)³⁵⁰, luego recompuso varias opciones que estaban en el contexto de las teorías anteriores³⁵¹, o LAKATOS que ofrece un esquema de tres partes (las famosas “*ad hoc*₁”, “*ad hoc*₂”, y “*ad hoc*₃”)³⁵² sobre la base de su análisis que recoge de la obra de POPPER³⁵³. Sin embargo, al parecer la más amplia es la que trabaja S. SCHINDLER, que propone un esquema de división del tipo *quinto partita*, desde el punto de vista conceptual de lo *ad hoc*, y que permite recoger distintas propuestas, posteriores a las que recoge LAKATOS³⁵⁴. En este texto voy a recoger las nociones o enfoques o modelos conceptuales de hipótesis *ad hoc* más influyentes, siguiendo relativamente de cerca la selección de SCHINDLER: falta de contrastación independiente (i); falta de apoyo independiente (ii); el enfoque subjetivista estético (iii); la falta de fundacionalidad (iv); la posición de falta de coherencia (v). Sobre dicha base haré una presentación de las tesis y sus críticas para la adopción del sentido más adecuado para nuestro fin de hacer una reconducción de la derrotabilidad³⁵⁵.

2.4.1.4. Cuarta cuestión previa: monismo y pluralismo conceptual.

Como iremos viendo en adelante, las diferentes nociones no implican necesariamente que unas sean excluyentes de las otras.

(i) Para los monistas, se defiende un sentido técnico de hipótesis *ad hoc* en la ciencia, que es el que se trata de rescatar (LEPLIN y SCHINDLER); en términos coloquiales, se “casan” con una noción nada más. (ii) Para el pluralista estándar, las nociones no se agotan en una sola forma, sino que existen diversas maneras importantes en que las teorías pueden incurrir en *ad hocidad*, que metodológicamente es necesario incorporar, según se van descubriendo las prácticas y a medida que se van interpretando las mismas en vistas a ciertos objetivos de

³⁴⁹ C. HEMPEL, *Filosofía de la Naturaleza*, p. 53.

³⁵⁰ Referida por G. HOLTON, *Thematic Origins of Scientific Thought*, p. 329.

³⁵¹ A. GRÜNBAUM, “*Ad Hoc* Auxiliary Hypotheses and Falsificationism”, pp. 331 y ss.

³⁵² Vid. I. LAKATOS, “La Falsación y los Programas de Investigación Científica”, pp. 116 y 117.

³⁵³ I. LAKATOS, “Cambios en el Problema de la Lógica Inductiva”, p. 242, nota 182.

³⁵⁴ S. SCHINDLER, “A Coherentist Conception of *Ad Hoc* Hypotheses”, pp. 55 y ss.

³⁵⁵ Debo advertir que dejaré intencionadamente fuera del estudio de las nociones, la influencia del predecivismo y de su intervención del “hecho novedoso”. Esto porque para el objeto inmediato de estudio del presente trabajo, esto es, el ámbito del Derecho, la actividad de conocimiento no se refiere a predecir hechos, sino que más bien a reconstruir el mensaje del Derecho preexistente, o determinar la corrección de la aplicación, sea potencial o concreta. De esta manera, salvo la posición del realismo jurídico norteamericano, en una versión del primer tercio del siglo pasado, referida a predecir las decisiones del juez desde el punto de vista psicológico y normativo, tesis abandonada en el ámbito de la teoría del Derecho, me avocaré a la cuestión nuclear de las nociones sobre *ad hocidad*, sin interferencia del problema de la predicción del hecho novedoso.

la ciencia (POPPER, MILLER, LAKATOS, ZAHAR, GRÜNBAUM³⁵⁶). (iii) Finalmente, el pluralismo anómalo, se encuentra casi entre el camino de ambas nociones, pero considera que hay una noción legitimada de forma básica o principal por la comunidad científica, sin embargo, admite la posibilidad de otras formas, no principales que podrían surgir (HOLTON)³⁵⁷.

2.4.1.5. Conceptos técnicos de *ad hoc* en particular y sus críticas

(A) La posición de falta de contrastabilidad independiente

Para esta noción, el rasgo característico de las hipótesis *ad hoc* es que no pueden ser contrastadas más que sobre la base de la evidencia problemática que se le presentó, única y exclusivamente para explicarla, reduciendo así la capacidad de contrastación. La sostienen, entre otros, K. POPPER, C. HEMPEL, M. BUNGE, D. MILLER, Ph. KITCHER³⁵⁸.

Su impacto lo tiene en el ámbito de la refutación, puesto que, según POPPER, mediante ellas —aunque no exclusivamente— nunca es posible presentar una refutación concluyente³⁵⁹. Y distingue dos clases de falsación: una empírica o práctica y otra lógica.

La falsación empírica está relacionada con la contrastación empírica o la experiencia perceptiva³⁶⁰, y tiene una importancia enorme en la tradición empirista —una de las fuentes popperianas—, definitoria de una ciencia que pretende decir algo sobre el mundo³⁶¹. Sin embargo, esta contrastación, por una parte, no justifica la verdad de ningún enunciado (tesis anti-lógica-inductivista)³⁶², y, por otra, no entrega certeza para verificarlo o refutarlo, porque siempre puede discutirse los problemas de la observación empírica, mediante diversas consideraciones *ad hoc*³⁶³. Señala que la mayoría de las suposiciones *ad hoc* son afirmaciones de este tipo: “los instrumentos de medición son deficientes; o bien: el observador padece de alucinaciones; o simplemente: se ha cometido un error”, etc.³⁶⁴.

³⁵⁶ Sobre aquello vid. E. ZAHAR, “Why did Einstein's Programme Supersede Lorentz's? (I)”, p. 101, A. GRÜNBAUM, “Ad Hoc Auxiliary Hypotheses and Falsificationism”, pp. 331 a 342.

³⁵⁷ G. HOLTON, *Thematic Origins of Scientific Thought*, p. 329.

³⁵⁸ K. POPPER, *La Lógica de la Investigación Científica*, pp. 41, 73 y 78. C. HEMPEL, *Filosofía de la Naturaleza*, p. 52; M. BUNGE, *La Investigación Científica*, pp. 248 a 250; D. MILLER, “Ad Hoc Hypotheses”, pp. 6 y 7, y Ph. KITCHER, *Abusing Science*, pp. 46, 48 y 49.

³⁵⁹ Así, K. POPPER, *La Lógica de la Investigación Científica*, p. 49.

³⁶⁰ Así, K. POPPER, *La Lógica de la Investigación Científica*, p. 42.

³⁶¹ C. VERDUGO SERNA explica esta posición de POPPER señalando que, para “Popper, ninguna teoría nos puede decir algo sobre el mundo empírico a menos que sea capaz, en principio, de chocar o de entrar en conflicto con ese mundo, y esto significa, precisamente, que debe ser refutable. En resumen, una teoría habla sobre la realidad empírica sólo en la medida en que le pone límites a esa realidad, esto es, que prohíbe la ocurrencia de ciertos sucesos” (“La Filosofía de la Ciencia de Popper”, p. 187).

³⁶² Así, K. POPPER, *La Lógica de la Investigación Científica*, p. 93.

³⁶³ Así, K. POPPER, *La Lógica de la Investigación Científica*, pp. 39 y 40, y del mismo, “Los Dos Significados de Falsabilidad”, p. 6.

³⁶⁴ K. POPPER, *Los Dos Problemas Fundamentales de la Epistemología. Basados en Manuscritos de los Años 1930-1933*, p. 476.

La falsación lógica alude a la forma de operar mediante el *modus tollens*, esto es, la contrastación lógica o deductiva de teorías³⁶⁵, puesto que la única forma de justificar lógicamente un enunciado es mediante otros enunciados³⁶⁶. Por ello es que señala que un requisito de la hipótesis o enunciado falsador “es que deba encontrarse en cierta relación lógica con respecto a los posibles enunciados básicos” (singulares)³⁶⁷. Si bien esta forma ofrece la certeza de la lógica deductiva, POPPER señala que hay una forma de evadirla. Es en este marco donde introduce nuevamente nuestra figura: “este procedimiento aludido [de introducir hipótesis *ad hoc*] siempre es lógicamente posible”³⁶⁸.

El objetivo funcional de la hipótesis *ad hoc* lo expone en su *Lógica de la Investigación Científica*. Sirve meramente para “restaurar el *acuerdo* entre teoría y los hechos o la experimentación”. Introduce aquí un elemento crucial en la funcionalidad de la hipótesis: en cuanto a que ella “eliminará las incompatibilidades que puedan haber surgido”³⁶⁹. De esta manera, es que se introduce un enunciado hipotético que evita la relación lógica adecuada para la falsación.

El ejemplo paradigmático que expone es la hipótesis de la contracción de Lorentz frente al experimento Michelson-Morley³⁷⁰.

Este experimento se da en el marco de la teoría electromagnética del éter, explicativa de la luz como una onda, en un medio como el éter, de acuerdo con la teoría ondulatoria de la luz de Fresnel, bajo el predominio de la física newtoniana. En específico, se trata de la investigación de la relación entre el movimiento de la Tierra y el éter luminífero: “en presencia de cualquier resistencia, por muy ligera que fuese, no podríamos suponer que un cuerpo opaco tal como la tierra ofrece libre circulación a través de toda su masa”. El objetivo específico era poner a prueba precisamente la tesis de la existencia e influencia del éter electromagnético y de la interacción de la luz con éste en la Tierra. El experimento se da respecto de la medición de la luz, la cual permaneció invariable en su velocidad medida en la Tierra, en contra de la predicción teoría del éter luminífero o medio en el cual se desenvolvía la onda de luz, el cual sería atravesado por la Tierra. Dicha tesis implicaba que, dado el desplazamiento de la Tierra por el éter, ésta debía desplazarlo a su vez, generando un movimiento del mismo, lo cual debía verse reflejado en las diferencias de velocidad de la luz³⁷¹. La tesis de Lorentz era que el propio movimiento de la Tierra generaba pequeñas contracciones en los cuerpos terrestres según su dirección, lo que afectaba a los propios instrumentos de medición del experimento (el interferómetro), pero cuya contracción era demasiado pequeña para ser medida. Sin embargo, dicha contracción en los instrumentos podría explicar una compensación en las muy pequeña variaciones que debía tener la luz a través del éter. Sin embargo, dichos deltas no podrían ser medidos por los instrumentos

³⁶⁵ Así, K. POPPER, *La Lógica de la Investigación Científica*, p. 32 y 72 a 74.

³⁶⁶ Así, K. POPPER, *La Lógica de la Investigación Científica*, p. 43.

³⁶⁷ Así, K. POPPER, *La Lógica de la Investigación Científica*, p. 83.

³⁶⁸ K. POPPER, *La Lógica de la Investigación Científica*, p. 41.

³⁶⁹ K. POPPER, *La Lógica de la Investigación Científica*, p. 77.

³⁷⁰ K. POPPER, *La Lógica de la Investigación Científica*, p. 79.

³⁷¹ La conclusión que afectaba a la teoría de Lorentz era la siguiente: “si de acuerdo con el trabajo presente fuese lícito concluir que el éter se halla en reposo con respecto a la superficie de la Tierra [en contra de la interacción de su masa], entonces según Lorentz, no podría haber un potencial de velocidad y su teoría se vendría abajo”. A. MICHELSON y E. MORLEY, “Sobre el Movimiento relativo de la Tierra y el Éter Luminífero”, pp. 34 a 45.

tecnológicos de la época, pero dejaba espacio para poder explicar el resultado del experimento Michelson - Morley³⁷².

La consecuencia que se extrae de la estrategia convencionalista contra la falsación, según POPPER, es que vuelve ambigua la distinción de lo que sea refutable o no refutable, por lo que la refutabilidad no serviría, en principio, como criterio de demarcación entre lo científico y lo no científico³⁷³.

Su rasgo más particular es que no tiene consecuencias empíricas independientes susceptibles de ser falsadas. POPPER, en “*El Conocimiento como Conjetura*”, nos habla de ellas a través de lo que denomina “explicación *ad hoc*”. El punto o eje lo pone en la posibilidad de *contrastación independiente*. Así, expresa que: “Las explicaciones *ad hoc* son las que no son contrastables independientemente; esto es, independiente del efecto [u objeto] a explicar. Se formulan para un problema concreto, por lo que tienen escaso interés teórico”³⁷⁴.

Entonces, la pregunta se desplaza a la no contrastabilidad independiente (lo que LAKATOS consideró una innovación popperiana). Aquí la explicación se divide en dos partes una relativa a la contrastabilidad y otra a la independencia.

a) La contrastabilidad de una teoría o hipótesis es la capacidad de ser puesta a prueba o a examen empíricamente, es decir, con los hechos o los experimentos singulares, y es equivalente, en POPPER, a la falsabilidad de aquéllas, esto es, a la posibilidad de ser falsadas, mediante ciertos falsadores, esto es, enunciados básicos prohibidos por la teoría³⁷⁵. No implica que la hipótesis sea contrastada, ello pertenece a otra noción, afín pero diversa: no es su actualidad lo relevante, sino de su potencialidad o susceptibilidad. Ahora bien, el contenido empírico de una teoría es la cantidad de información que nos aporta aquélla, lo que dice más o menos la teoría acerca del mundo de la experiencia³⁷⁶. POPPER escribe que el contenido empírico de un enunciado *p*, se le define como la clase de sus posibles falsadores, que es lo que la conecta con la contrastabilidad, la falsabilidad y el contenido empírico. La noción de contrastabilidad al estar ligada a la noción de contenido empírico, por transitividad, esta última se encontrará ligada con la de *ad hocidad*.

Esto trae ciertas consecuencias en la teoría popperiana para la noción y la seleccionabilidad de las hipótesis *ad hoc* (para nuestro tema sólo me interesa la primera). En cuanto a su noción, POPPER señala que “una teoría es falsable si existe, al menos, una clase no vacía de enunciados básicos homotípicos prohibidos por ella; esto es, si la clase de sus posibles falsadores no es una clase vacía”³⁷⁷. De esta manera, cuando no es contrastable su dominio es vacío de potenciales falsadores. Éste es el rasgo clave para entender la contrastabilidad desde el punto de vista de la hipótesis, y al cual se debe estar muy atento.

³⁷² H.A. LORENTZ, “El Experimento de Michelson”, pp. 46 a 50.

³⁷³ K. POPPER, *La Lógica de la Investigación Científica*, p. 78.

³⁷⁴ K. POPPER, “El Conocimiento como Conjetura”, p. 28.

³⁷⁵ K. POPPER, *La Lógica de la Investigación Científica*, p. 107.

³⁷⁶ K. POPPER, *La Lógica de la Investigación Científica*, pp. 107 y 108.

³⁷⁷ K. POPPER, *La Lógica de la Investigación Científica*, p. 82.

Además, es menester tener en consideración que el contenido empírico de una teoría aumenta con el grado de contrastabilidad, de acuerdo con la clase de posibles falsadores: si la clase de estos posibles falsadores de una teoría T_1 es mayor que la que corresponde a otra T_2 , “la primera teoría tendrá más ocasiones de ser refutada por la experiencia... por tanto, es falsable en mayor grado” y, así, más contrastable que T_2 . Lo que quiere decir que “la primera teoría dice más acerca del mundo de la experiencia que la segunda”³⁷⁸. Luego tenemos que, a menor contenido empírico la teoría T_2 tiene menos falsadores, y es menos contrastable. Dada cierta ambigüedad en el planteamiento popperiano, ello puede interpretarse de varias maneras³⁷⁹. (i) Puede entenderse que la hipótesis se volvería más *ad hoc*, con lo que entra en el concepto mismo de *ad hocidad*³⁸⁰. (ii) Podría interpretarse que se vuelve más o menos seleccionable la hipótesis³⁸¹. (iii) O bien, puede predicarse que la teoría misma que suplementa la hipótesis sería más o menos *ad hoc*, según las hipótesis que se le incorporan, (iv) o puede predicarse respecto de la aceptabilidad de la teoría³⁸².

Un punto aparte, pero relacionado con la hipótesis *ad hoc* y la contrastabilidad y el contenido empírico, revela cierta asimetría acerca de la posibilidad de gradualidad. Lo no *ad hoc* puede ser graduable en una hipótesis, cuestión sobre lo cual no hay discusión, precisamente por el grado de contenido empírico —el cual puede ser mayor o menor—, pero ello no es traspasable conceptualmente a lo *ad hoc*, porque son grados de *independencia* (o *audacia*) como ha sostenido POPPER (no de contrastabilidad)³⁸³. Todo esto traerá consecuencias a la discusión entre GRÜNBAUM y POPPER acerca de la hipótesis de contracción de Lorentz, que veremos más adelante.

D. MILLER señala que la *ad hocidad* puede tener grados, como la falsabilidad, y ofrece como ejemplo el siguiente: “en el peor de los casos, una modificación sólo cataloga contra-ejemplos conocidos como excepciones”³⁸⁴, que vienen a confirmar la regla (aunque más que grados el ejemplo parecen formas que adopta la *ad hocidad*).

Una aclaración/corrección sobre este punto introduce M. BUNGE. Ello porque da la impresión de tratarse en esta noción de un mero problema lógico —o más bien conjuntista— de la hipótesis *ad hoc* y su dominio inmanente a ésta. Sin embargo, sostiene que la contrastabilidad *no es* (estrictamente) *intrínseca* a la hipótesis, sino que es relativa a los

³⁷⁸ K. POPPER, *La Lógica de la Investigación Científica*, p. 107.

³⁷⁹ Para más sobre este punto vid. pp. 65 a 67 y 69.

³⁸⁰ K. POPPER, “Testability and 'Ad-Hocness' of the Contraction Hypothesis”, p. 50.

³⁸¹ Es así que en su autobiografía intelectual señaló: “Más tarde, en mi *Logik der Forschung*, me ocupé de este problema muy a fondo [de la inmunización por movimientos *ad hoc*]. Introduje grados de contrastabilidad, y éstos resultaron estar estrechamente relacionados con (grados de) contenido, y sorprendentemente fértiles: el aumento de contenido se convirtió en el criterio para *si deberíamos, o no, adoptar* tentativamente una hipótesis auxiliar.”. K. POPPER, *Unended Quest, An Intellectual Autobiography*, p. 43.

³⁸² Como señala POPPER, “siempre que se introduce una nueva hipótesis ha de considerarse que se ha hecho un intento de construir un nuevo sistema”, esto es, si H se incorpora a T_1 , debe juzgarse como si su conjunción fuera T_2 , por lo que “debería ser juzgado sobre la base de si su adopción significaría un nuevo progreso en nuestro conocimiento” (*La Lógica de la Investigación Científica*, p. 79).

³⁸³ Cfr. K. POPPER, “El Conocimiento como Conjetura”, pp. 27 y 28.

³⁸⁴ D. MILLER, “Ad Hoc Hypotheses”, p. 7. LAKATOS señala que esta estrategia de reducir la anomalía a una excepción que confirma la regla, como mera “desdramatización de la anomalía” (“La Falsación y los Programas de Investigación Científica”, p. 125).

medios disponibles en el momento, esto es, de las teorías y técnicas empíricas, como ocurrió en el caso de la contracción de Lorentz; como se verá más adelante, costó bastante tiempo comprender y determinar las consecuencias prácticas medibles de dicha hipótesis³⁸⁵. Esto implica que una *T*, podría ser *ad hoc* en un tiempo t_0 , y luego perder el carácter de *ad hoc* en t_1 .

b) En cuanto a la falta de independencia. Para POPPER la independencia pertenece a la virtud de la audacia (aunque no son equivalentes). Es así que opone expresamente el carácter *ad hoc* a la audacia que es una virtud de una “buena teoría”, y una buena teoría es no *ad hoc*. Las explicaciones *ad hoc*, agrega, no son contrastables independientemente. En cierto sentido, la independencia pasa ser un rasgo de la audacia (pero no se agota en ella, porque la audacia es relativa entre una teoría y sus predecesoras)³⁸⁶.

De manera más específica, POPPER opone independencia frente a dos términos: la *ad hoc*idad y a su extremo circularidad³⁸⁷.

Para dilucidar esto distingue, clásicamente, en una explicación: el *explicandum*, lo explicado o a explicar, esto es, el conjunto de enunciados que describe el estado de cosas a explicar (la experiencia recalcitrante o problemática); de lo que es el *explicans*, lo que explica o explicará (la hipótesis que formará la explicación en sentido estricto). De esta forma, “una explicación es siempre la deducción del *explicandum* a partir de determinadas premisas denominadas *explicans*”. En este sentido, lo explicado es el enunciado de conclusión y debe ser implicado por el contenido del *explicans*³⁸⁸.

Es *ad hoc* la explicación o sus hipótesis cuando el *explicans* no es contrastable en forma independiente, para todo tiempo y lugar. En otras palabras, se “formulan para un problema concreto”, cuando el *explicans* se da especial y únicamente para ese *explicandum*.³⁸⁹

Los dos “casos extremos” de falta de independencia son los siguientes:

▸ La primera oposición es circularidad. Si tenemos un *explicandum* *a*, que es conocido, entonces dado que *a* se sigue del propio *a*, de forma tautológica, siempre se puede ofrecer el enunciado *a* como explicación del mismo.

▸ La segunda es lo *ad hoc*: casi (“almost”) circular. El único elemento de juicio en pro del *explicans* es el propio *explicandum*. El ejemplo que pone, lo saca del mundo griego antiguo. Por ejemplo, a la pregunta “¿Por qué el mar está tan agitado hoy?”, un interlocutor le responde: —“Porque Neptuno está enfadado”; se le replica —“¿Con qué evidencia apoyas tu enunciado de que Neptuno está muy enfadado?; respuesta: —“¿no ves lo muy agitado que está el mar? ¿Y no está siempre agitado cuando se enfada Neptuno?”; en este

³⁸⁵ M. BUNGE, *La Investigación Científica*, pp. 248 y 249.

³⁸⁶ K. POPPER, “El Conocimiento como Conjetura”, pp. 27 y 28.

³⁸⁷ K. POPPER, “El Objeto de la Ciencia”, p. 181, y del mismo *Realismo y el Objetivo de la Ciencia*, p. 173 (voy a seguir esta última traducción por ser más fiel al original).

³⁸⁸ K. POPPER, *Realismo y el Objetivo de la Ciencia*, p. 172.

³⁸⁹ K. POPPER, “El Conocimiento como Conjetura”, p. 28.

caso, señala POPPER, la “única evidencia” en apoyo del *explicans* es el propio *explicandum*³⁹⁰. La forma lógicamente válida de la explicación supone que el *explicandum* esté en una relación lógica adecuada con los enunciados del *explicans*. El *explicans* ha de ser verdadero, para que sea verdadera la explicación en términos empírico-metodológicos. Ahora bien, la forma *ad hoc* de explicación supone que el *explicandum* es el único elemento de juicio, la única forma de validar (justificar) el *explicans*, la cual, a su vez, es la forma de explicar el *explicandum*; sin otras referencias a otros hechos o consecuencias que deriven del *explicans* (para validarlo)³⁹¹.

POPPER parece estar pensando en casos bastante burdos de hipótesis sueltas, prácticamente de acorralamiento del científico, y que ya había adelantado en la *Lógica de la Investigación Científica*. En el fondo, podemos suponer que el interlocutor del diálogo está reemplazando al newtoniano que cuestiona al científico experimentador por sus resultados, en cuanto a que tales secuelas del experimento se dieron por la falta de agudeza mental del científico, y que su única justificación está en los resultados de tal ausencia de agudeza, que siempre conducen a una mala medición³⁹². La hipótesis no tiene consecuencias falsables independientes.

Así, no toda falta de independencia en la contrastabilidad es reflejo de *ad hocidad*, sino sólo la que está en esta especial relación de “casi circularidad”. De manera que la mera circularidad, está fuera de lo *ad hoc*, pero dentro de la falta de independencia. Sin perjuicio de lo cual esta noción de independencia —en la consideración de POPPER— parece seguir girando en una idea más amplia que la sola casi circularidad. El punto de gravedad entiende encontrarlo en la contrastabilidad y el contenido empírico. De esta manera, la independencia de contrastación en relación con el problema aparece mejor explicada mediante la idea del exceso de contenido empírico (respecto a tal problema), de manera de cubrir los casos de hipótesis sueltas y sin conexión a otros problemas. Para que la *hipótesis que explica* “no sea *ad hoc* habrá de tener un contenido muy rico: habrá de tener una gran variedad de consecuencias contrastables”, de manera que si sólo está concentrada en el problema a ser explicado, no será independiente el *explicans*³⁹³.

Es menester señalar que la anomalía a explicar *no es necesariamente algo singular*. El ejemplo que aduce POPPER muestra que la independencia puede referir a un conjunto de casos, que son del mismo tipo: “¿Y no está siempre agitado cuando se enfada Neptuno?”. El término “siempre” conecta con más eventos, pero su cualidad para la no independencia es su *especificidad*, y que no remite a ningún otro hecho fuera de esa especificidad —lo que puede tener en consideración a los epiciclos de la órbita de Mercurio, que son recurrentes y específicos. Se trata de consecuencias distintas del problema del *explicandum*³⁹⁴, y distintas en su especificidad.

³⁹⁰ K. POPPER, *Realismo y el Objetivo de la Ciencia*, p. 173.

³⁹¹ POPPER aquí no es muy claro en su explicación ya que está intentando exponer lo que es una hipótesis aceptable, una “buena teoría” o condiciones satisfactorias, así que a veces confunde “contrastaciones independientes” con “evidencia independiente” (*Realismo y el Objetivo de la Ciencia*, p. 173), en que este último pertenece a otra noción, la de apoyo independiente.

³⁹² K. POPPER, *La Lógica de la Investigación Científica*, pp. 77, 78, 79 y 80.

³⁹³ K. POPPER, “El Objetivo de la Ciencia”, p. 181.

³⁹⁴ *Ibíd.*

Esta posición puede, a su vez, ser resumida y expuesta desde un punto de vista positivo y negativo:

(i) Desde el positivo, las hipótesis solamente refieren a una determinada y específica cuestión. Por lo que se entiende que su capacidad de ser sometida a prueba, de acuerdo a sus propios enunciados, refiere únicamente al problema que pretende solucionar y nada más que él. Por ello es que su contrastabilidad es dependiente de la anomalía experimental o del descubrimiento que pretende explicar.

M. BOUDRY, en este sentido, ha resaltado este rasgo positivo, en cuanto a que las hipótesis *ad hoc* están convenientemente adaptadas a las anomalías que están diseñadas para explicar. Y de la especificación del problema lo lleva a una generalización. De esta manera, indica que en materia de pseudociencias, echando mano a este tipo de recurso, los parapsicólogos están en posición de explicar no sólo una anomalía en particular, sino potencialmente *cualquier número de resultados experimentales negativos*, en tanto que van de uno en uno³⁹⁵.

(ii) Desde el punto de vista negativo, importa que por la falta de exceso de contenido relativo a la anomalía, la hipótesis no conecta con ningún otro hecho que la anomalía pretende enfrentar o no alude a ningún hecho distinto. Por ello es que como dice LAKATOS, para la teoría de Lorentz-FitzGerald, no existe “una contrastación independiente posible para ella”³⁹⁶.

De esta manera, si se califica de *ad hoc* la hipótesis, entonces al menos el “sector” o dominio ajeno al *explicandum* se encuentra vacío de potenciales falsadores, ya que la hipótesis del *explanans* no ofrece contenido empírico adicional al problema o *explicandum*.

Consecuencia de lo anterior es que si la hipótesis logra conectar con otra teoría que tenga una mayor potencialidad explicativa, al abarcar otros hechos ganará en falsadores potenciales y tendrá así contrastabilidad independiente del problema —como sucederá más adelante con la discusión de la contracción de Lorentz—.

En cuanto a la *provisionalidad* de la calificación. Además, esta concepción marca un aspecto de temporalidad de la calificación. Señala que una hipótesis puede ser *ad hoc* en un cierto tiempo (t_1), y luego dejar de serlo en otro momento (t_2). Es el propio desarrollo del conocimiento, a juicio de POPPER, el que puede ocasionar la modificación del estatus de la hipótesis. Expresa que W. Pauli propuso la hipótesis del neutrino (para explicar la pérdida de energía en el experimento beta, y la violación de la ley de conservación de la energía), con bastante conciencia de ser una hipótesis *ad hoc*, sin ninguna esperanza que se descubriera una prueba independiente de su existencia, puesto que en aquel tiempo parecía imposible. Afortunadamente, para la hipótesis, el desarrollo del conocimiento permitió su corroboración. Esto lo lleva a configurar la propia contrastabilidad como un requisito provisional: “no debemos pronunciar un edicto demasiado severo contra la hipótesis *ad hoc*:

³⁹⁵ M. BOUDRY, “The Hypothesis that Saves the Day. Ad Hoc Reasoning in Pseudoscience”, p. 5.

³⁹⁶ I. LAKATOS, “La Falsación y los Programas de Investigación Científica”, p. 100, n. 263.

pueden convertirse en hipótesis contrastables, como también puede ocurrir con las hipótesis metafísicas”³⁹⁷.

Respecto de la *recursividad* de la estrategia del uso de las hipótesis *ad hoc*. Escribe POPPER que una hipótesis *ad hoc* introducida para salvar una teoría, puede convertirse en contrastable con el tiempo (aquí tiene presente la observación de GRÜNBAUM, como veremos más adelante sobre la contracción de Lorentz). Sin embargo, de dicha contrastación puede que resulte una prueba negativa, pero nada nos detiene a cubrir dicha falla de la hipótesis *ad hoc*, con otra hipótesis *ad hoc*. Frente a lo cual señala: “acaso nos obligue, o a renunciar a ella, o a proponer una nueva hipótesis *ad hoc* secundaria, y así sucesivamente, *ad infinitum*.”³⁹⁸.

Observaciones

—Una de las críticas al criterio de contrastabilidad independiente la formula el propio K. POPPER, en el año 1963. Presenta una observación respecto a la suficiencia de su criterio. En el marco del tema del desarrollo del conocimiento formula tres requisitos para aquél, uno de los cuales (el segundo) es precisamente que la teoría sea contrastable independientemente. El planteamiento es práctico en torno a la posibilidad de acercamiento a la verdad. Señala que si tenemos diversas teorías explicativas de un problema específico, y cada una contrastable de manera independiente, pero que quedasen *refutadas inmediatamente*, al someterse al test de las predicciones, tendríamos una sucesión de teorías elaboradas *ad hoc*, con grado creciente de contrastabilidad. Pero, y aquí está el punto de inflexión: “no nos estamos acercando en modo alguno a la verdad”. De lo que concluye que “el mero hecho de que una teoría sea también testeable [o contrastable] independientemente, no asegura de que no sea *ad hoc*”³⁹⁹.

¿Cómo debe interpretarse esto? Como una asimetría de resultado. En cierta forma análoga al resultado de falsación o corroboración del testeo. a) Si la hipótesis tiene contrastabilidad independiente, entonces dicho resultado no asegura que no sea *ad hoc*, es contingente (la explicación puede seguir siendo no satisfactoria), y se requerirá de otro criterio señala POPPER⁴⁰⁰ (como veremos en el siguiente criterio). Lo que abre la puerta a la formulación de otra noción de *ad hoc*. b) Si la hipótesis no tiene contrastabilidad independiente, entonces dicho resultado lo califica como dentro de la idea de hipótesis *ad hoc*.

—Esta noción se queda corta (es insuficiente) al momento de captar la instancia paradigmática de las hipótesis *ad hoc*, la hipótesis de la contracción de Lorentz. Se trata de una de las críticas más influyentes sobre el trabajo de las hipótesis *ad hoc*, efectuada el año 1959 y que marcaran el rumbo de la temática de las hipótesis *ad hoc*. El argumento es de A. GRÜNBAUM, el cual señala que la hipótesis de la contracción de Lorentz tuvo

³⁹⁷ K. POPPER, “El Problema de la Demarcación”, p. 142 (cambié en la traducción “comprobable” por “contrastable”). Sobre este punto, G. RADNITZKY observa que en la metodología popperiana, si se introduce una asunción *ad hoc*, “estás obligado a contrastar esa premisa y tendrás que retenerla o no según se comporte en la contrastación empírica” (“La Extensión de la Idea de Costes-Beneficios a la Metodología”, p. 73).

³⁹⁸ K. POPPER, “El Problema de la Demarcación”, p. 142.

³⁹⁹ K. POPPER, “La Verdad, la Racionalidad y el Desarrollo del Conocimiento”, p. 298.

⁴⁰⁰ Cfr. K. POPPER, “La Verdad, la Racionalidad y el Desarrollo del Conocimiento Científico”, p. 298.

contrastabilidad independiente, sobre la base de la comparación del experimento Michelson-Morley con el ulterior experimento Kennedy-Thorndike⁴⁰¹. Esto en la medida que la hipótesis de Lorentz conjunta la hipótesis de la contracción con la teoría de la existencia del éter, las cuales, además, implicaban un resultado positivo para el experimento Kennedy-Thorndike —el cual no se obtuvo, esto es, los cambios que podían esperarse no se materializaron—⁴⁰². La conclusión que extrajo fue que la calificación de *ad hocidad* de POPPER fue “totalmente incorrecta”, ya que se basó sólo en la hipótesis de la contracción, sin mirar las extensiones de la teoría del éter, que se pusieron a prueba con aquel posterior experimento⁴⁰³. Esto podía derivar en dos cosas: o bien la explicación popperiana era falsa derechamente, o que era insuficiente.

Acto seguido, literalmente, POPPER reconoce que era contrastable de forma independiente, pero mantiene el calificativo de *ad hoc* para la hipótesis, sin expresar un nuevo concepto que abarque la instancia. Por el contrario, intenta reconducirlo a la idea de la gradualidad de la contrastabilidad. Es así que señala: “La corrección del profesor Grünbaum muestra que esta hipótesis era contrastable y, por lo tanto, no es *ad hoc* en el grado que yo creía. En consecuencia, esto *fue un avance*. Pero era, por supuesto, más *ad hoc* que la relatividad especial. En otras palabras, aquí tenemos un excelente ejemplo de ‘grados de *ad hocidad*’ y de una de las tesis principales de mi libro —que los *grados de ad-hocidad* están relacionados (inversamente) con los grados de contrastabilidad y significación.”⁴⁰⁴. ¿Qué es lo que significa esta gradualidad de la contrastabilidad? POPPER la explica en términos de contenido informativo: se “identifican con los grados de contenido empírico (o de contenido informativo)”⁴⁰⁵.

De aquí, desde el punto de vista temático, se seguirán dos líneas importantes de investigación filosófica: i) la interpretación del experimento Michelson-Morley, de si implicaba o no experiencias falsables, y principalmente de su calificación de *ad hoc*; y ii) la discusión de otros criterios identificadores de las hipótesis *ad hoc*, sea en un sentido plural, dando cabida a la no contrastabilidad, o en uno unidimensional poniendo un criterio alternativo excluyente de aquél.

⁴⁰¹ Este experimento pretendió examinar un postulado de la teoría especial de la relatividad respecto de la velocidad de la luz, en particular, acerca de la constancia de esta última. Para ello se buscó variaciones de tiempo en la luz que pudiesen venir originadas de la rotación de la Tierra y de su rotación orbital en torno al Sol, sin que apareciesen dichas variaciones (Vid. A. RIVADULLA, “Experimentos Cruciales en Física, El Caso Einstein-Lorentz-Aspect”, pp. 134 y 135).

⁴⁰² A. GRÜNBAUM, “The Falsifiability of Lorentz-Fitzgerald Contraction Hypothesis”, p. 48. Posteriormente, GRÜNBAUM, en 1964, se desdice de que el experimento Kennedy-Thorndike, haya dado un resultado refutador para la hipótesis de la contracción, vid. del mismo “*Ad Hoc Auxiliary*”, pp. 338 y 339.

⁴⁰³ A. GRÜNBAUM, “The Falsifiability of Lorentz-Fitzgerald Contraction Hypothesis”, p. 50.

⁴⁰⁴ K. POPPER, “Testability and 'Ad-Hocness' of the Contraction Hypothesis”, p. 50.

⁴⁰⁵ K. POPPER, “El Problema de la Demarcación”, pp. 136 y 137. También se puede ver alusiones al grado de contrastabilidad en el “*Apéndice*” a “La Ciencia: Conjeturas y Refutaciones”, pp. 89 y 90 pero no lo desarrolla sino que remite a su trabajo “El Objeto de la Ciencia”.

La implicación que C. HUNT de este reconocimiento de POPPER es que: “lo *ad hoc* [*ad hocery*] puede no ser una propiedad intrínseca de una hipótesis sino más bien algo definido por comparación” (“On Ad Hoc Hypotheses”, p. 5).

—En réplica, se ha sostenido un cuestionamiento acerca de los grados de contrastabilidad. Se ha señalado que si POPPER acepta que la contracción de Lorentz no es *ad hoc*, entonces es equivocado obtener —como aquél indicó— la consecuencia de que las hipótesis *ad hoc* son graduables. En suma, no tiene base fáctica en este ejemplo para sostenerlo, por falta de explicación adicional (GRÜNBAUM)⁴⁰⁶.

—Me parece que POPPER presenta una confusión entre la idea de legitimación y selección de las hipótesis *ad hoc* y la de conceptualización de éstas propiamente tal, en donde esta última precede lógicamente a las primeras. Si el grado de lo *ad hoc* viene predispuesto por el grado de falsabilidad, entonces POPPER tiene un problema de coherencia, ya que la preferencia o seleccionabilidad de la hipótesis *ad hoc*, depende del grado de contrastabilidad como ha señalado expresamente⁴⁰⁷, no es un elemento constitutivo. Mientras que el criterio constitutivo de la hipótesis *ad hoc*, es la posibilidad de contrastabilidad independiente de la hipótesis⁴⁰⁸. En otros términos el criterio se trata de si es o no contrastable la hipótesis, y no de cuán contrastable sea.

Dicho criterio de la contrastabilidad independiente de la hipótesis no aparece como graduable —aunque podría adoptar diversas formas—, ya que la hipótesis es contrastable o no (ni se trata de si lo es en el tiempo). En tal sentido, el criterio dice relación con la capacidad de ser contrastada la teoría, por ello es que POPPER define la no contrastabilidad como la *clase vacía* de falsadores en un dominio. Si tiene esa capacidad (de forma independiente), entonces tiene al menos 1 falsador, y se cumple la condición de contrastabilidad (y no daría lugar a *ad hocidad* en esta noción particular). Cuánto sea aquello, no es relevante, porque con sólo tener el falsador, deja de ser *ad hoc*, bajo este criterio. Tampoco tiene mucha libertad de movimiento, porque la circularidad la excluye expresamente de la noción de *ad hoc* como vimos, y la falta de contrastabilidad absoluta expulsa a la hipótesis derechamente de la calificación de científica o empírica. Estas razones dan cuenta de que pareciese que la posibilidad de gradualidad es asimétrica, en favor de la falsabilidad, pero no en el *ad hoc* por falta de contrastabilidad independiente.

Otra cosa es que la teoría T_1 , entendida como un conjunto de hipótesis, sea auxiliada por una serie de hipótesis *ad hoc*, al volver a ser evaluada como T_2 (en tanto que incorpora dichas hipótesis *ad hoc* H_1+H_2) pueda ser calificada de más o menos *ad hoc* (aunque no es claro que sea de esto de lo que estuviera pensando POPPER, ya que está hablando de que “esta hipótesis era contrastable”, específicamente la de la contracción de Lorentz, no otra).

—LEPLIN cuestiona la posibilidad de distinguir de forma clara la independencia, de acuerdo a los tipos de experimentos. Existen serias dificultades para individualizar tipos de experimentos. Cuestiona si fue el experimento Kennedy-Thorndike lo suficientemente *diferente* del experimento de Michelson-Morley para constituir una prueba independiente de la hipótesis de la contracción. Agrega, que si fuesen de hecho distintos, cómo podríamos

⁴⁰⁶ A. GRÜNBAUM, “Ad Hoc Auxiliary Hypotheses and Falsificationism”, pp. 342 y ss.

⁴⁰⁷ Cfr. K. POPPER, *La Lógica de la Investigación Científica*, p. 79.

⁴⁰⁸ BAMFORD ha notado esta contradicción en la interpretación constitutiva entre grado de contrastabilidad y contrastabilidad, para la configuración de la *ad hocidad* (“Popper's Explications of Ad Hocness: Circularity, Empirical Content, and Scientific Practice”, pp. 344 y 345).

saber por qué razón lo sean, es decir, en virtud de cuál de sus muchas características contrastantes, es que se estimarían distintos. Finaliza señalando que no hay disponible ningún principio general de individuación para tipos experimentales a efectos de decidir tales casos, y sólo existen ciertas soluciones parciales⁴⁰⁹.

—S. SCHINDLER sostiene que al caer la calificación de la hipótesis de la contracción de Lorentz como *ad hoc*, entonces la noción perdió suficiencia explicativa. Es así que señala con aprobación, que esta posición “ha sido defendida sólo por unos pocos filósofos (si es que hay alguno) después de que el propio ejemplo de Popper del CLF [contracción de Lorentz-FitzGerald] demostrara ser, de hecho, contrastable independientemente.”, agrega que las hipótesis pueden tener apoyo independiente, pero ellas permanecen sin corroboración o son derechamente falsas⁴¹⁰.

Sin embargo, sobre este punto, el crítico parece estar demasiado impresionado y entusiasmado por la evidencia. Ello porque lo que muestra el examen profundo del caso de Lorentz es que la explicación de la contrastabilidad independiente, es más bien *no necesaria*, pero no muestra que sea no suficiente para otros casos. Ello si bien es cierto que la explicación popperiana podría ser susceptible de aplicación del *modus tollens*⁴¹¹. No obstante, precisamente lo que expone es que la noción de la contrastabilidad independiente no es susceptible de ser aplicada a la hipótesis de la contracción. Pero no tiene la virtualidad de mostrar que la contrastabilidad independiente no sea aplicable a ninguna otra instancia. Esto porque una explicación *ad hoc*, perfectamente puede estar dirigida al *explicandum* y nada más, y claramente satisface el sustrato intuitivo fuerte de *ad hocidad*, de estar preparada para, como BOUDRY resaltó en los casos de las hipótesis *ad hoc* de la pseudociencia. Un ejemplo más ligado a la ciencia sería éste: si tenemos una teoría T_1 que explica el poder de la vacuna de la viruela para evitar los contagios de los casos o al menos evita su contagio mortal, en ambos casos en un 100%. Tenemos luego que en un colegio mil niños fueron vacunados según los registros, y uno contrajo la enfermedad y murió. Se introduce una hipótesis *ad hoc* de que no obstante los registros, ese niño que falleció no se puso la vacuna. La explicación sólo afecta a la anomalía y por el contenido empírico de la hipótesis no abarca más explicación. Por lo que esta noción es susceptible de ser aplicada también a este tipo de casos de manera suficiente, pero como muestra la hipótesis de la contracción de manera no necesaria.

—Bastante más severo es GRÜNBAUM respecto de la posibilidad de determinar mayores grados de falsación, y así de *ad hocidad*. Su evaluación es escéptica negativa: “la teoría que incorpora la hipótesis *ad hoc* no es demostrativamente más falsable en general que su predecesor”, porque de acuerdo al criterio de POPPER, casi cualquier auxiliar resulta ser al final máximamente *ad hoc*⁴¹². El pronunciamiento de GRÜNBAUM sobre este tema lo había adelantado en parte. En referencia a las tres maneras de comparar los falsadores, señala que: T_1 (teoría del éter original) y T_2 (versión modificada con inclusión de la

⁴⁰⁹ J. LEPLIN, “The Assessment of Auxiliary Hypotheses”, p. 244.

⁴¹⁰ S. SCHINDLER, “A Coherentist Conception of Ad Hoc Hypotheses”, pp. 55 y 58.

⁴¹¹ Vid. la noción de conjetura referida a la función de liberación de la falsación de hipótesis *ad hoc*, y aplicable así a ella, en K. POPPER, “El Problema de la Demarcación”, p. 137.

⁴¹² A. GRÜNBAUM, “Ad Hoc Auxiliary Hypotheses and Falsificationism”, p. 352.

contracción) “son incomparables o no conmensurables” con respecto a cada uno de los estándares declarados por POPPER. Y, agrega, son “lógicamente incompatibles y producen predicciones empíricas contrarias para el resultado del experimento de Michelson-Morley. Por lo tanto, no hay aumentos de CL, CI o CE [i.e., contenido lógico o informativo o empírico] que puedan proporcionar una condición suficiente para que T_2 sea más falsable que T_1 ”⁴¹³.

—La observación de GRÜNBAUM tiene una consecuencia relativa a cierta *vaguedad extensional* de la calificación de las hipótesis *ad hoc*. Ello porque el problema de la contrastabilidad independiente no necesariamente es en todo tiempo y lugar. Como apuntó M. BUNGE, no siempre va a estar claro si la hipótesis va a ser contrastable. La razón es que la contrastabilidad no es intrínseca a la hipótesis, sino que es relativa a los medios disponibles en el momento, esto es, teorías y técnicas empíricas, lo que implica que la calificación puede variar en el tiempo, como le ocurrió a la contracción de Lorentz⁴¹⁴.

—Crítica al tipo de circularidad. G. BAMFORD realiza una dura crítica a la explicación (independiente), respecto a que POPPER se equivoca en la imputación de falacia de circularidad o casi circularidad. Critica como un error el superponer o conjuntar una noción de justificación (o apoyo evidencial), respecto de una explicación (de orden lógico), basado fundamentalmente en una diferencia de lo que cuenta como evidencia de justificación de un enunciado versus lo que cuenta como premisa de explicación⁴¹⁵. E.C. BARNES resume bastante bien el punto. Primero reconstruye el argumento de POPPER formalmente: ofrece T (el enojo del dios Neptuno) como una explicación de f (mar agitado), pero luego cita f como la única razón por la que tenemos que creer en T , (por lo cual POPPER acusa de casi circularidad o algún grado de circularidad). Asevera que esto fue falaz por parte de POPPER, y define la prueba circular: una prueba circular ofrecería una proposición, p , en apoyo de una segunda proposición, q , cuando q ya se ha ofrecido en apoyo de p . Sin embargo, ello no ocurre así en el ejemplo anterior de POPPER: mientras que f se ofrece como evidencia para T , por su parte, T se ofrece como una explicación de (mas no como evidencia para) f . En ese sentido, T no cuenta como evidencia para f , por lo tanto, no hay un razonamiento circular o casi circular⁴¹⁶. BAMFORD agrega que la única ocasión en la que se solicitan u ofrecen evidencias es en respuesta a la pregunta “¿Con qué evidencia puedes apoyar tu enunciado de que Neptuno está muy enfadado?”. En suma, “el mar agitado” se ofrece como evidencia para el “enfado de Neptuno”, pero el “enfado de Neptuno” no se ofrece como evidencia para sostener que el “mar está agitado”⁴¹⁷; en el fondo mezcla “peras con manzanas”.

⁴¹³ A. GRÜNBAUM, “Ad Hoc Auxiliary Hypotheses and Falsificationism”, p. 345.

⁴¹⁴ M. BUNGE, *La Investigación Científica*, pp. 248 y 249.

⁴¹⁵ Así G. BAMFORD, “Popper's Explications of Ad Hocness: Circularity, Empirical Content, and Scientific Practice”, p. 338 y especialmente la nota 5.

⁴¹⁶ E.C. BARNES, “Prediction versus Accommodation”, secc. 2ª.

⁴¹⁷ G. BAMFORD, “Popper's Explications of Ad Hocness: Circularity, Empirical Content, and Scientific Practice”, p. 338.

Agrega que POPPER parece creer que la casi circularidad se da porque la evidencia para el *explanans* es inadecuada, y esto es un error, asevera⁴¹⁸. Es así que en el diálogo de POPPER la afirmación del *explanans* puede ser reemplazada por cualquier otro *explanans*, incluso el correcto, y él todavía estaría obligado a concluir que la explicación que proporcionaría para el *explanandum* fuese “casi circular”⁴¹⁹.

—Existe una ambigüedad más en la teoría de POPPER, un tanto más dura. Por una parte, es la contrastabilidad independiente lo que constituye lo *ad hoc*. Mientras que, por otra, parece que es la acomodación de hipótesis lo que vendría a constituir lo nuclear. La acomodación de hipótesis se refiere a la “virtud” de una teoría de dar cuenta de ciertos hechos pasados. En particular, a las anomalías. Sin embargo, cuando POPPER señala que la admisibilidad de un movimiento *ad hoc* de una hipótesis auxiliar, puede ser aceptable y que ello depende de su grado de contrastabilidad, esto supone algo más: que la hipótesis implica otras contrastaciones, sea adaptativas o predictivas. Esto implica que la *ad hocidad* tiene un núcleo duro referido a la acomodación de la hipótesis a los hechos. Pero si aceptamos que es gradual la *ad hocidad*, e inversamente gradual, de acuerdo con los grados de contrastabilidad, ello implica que puede ser contrastable con otros falsadores. Entonces, la hipótesis *ad hoc* puede hacer otras cosas más que contrastar de manera independiente. Pero ello implica que debe tener un núcleo conceptual que es relativo a la acomodación de la hipótesis a la evidencia problemática. Y es ello lo que parece confesar POPPER respecto del

⁴¹⁸ G. BAMFORD, “Popper’s Explications of Ad Hocness: Circularity, Empirical Content, and Scientific Practice”, p. 339.

⁴¹⁹ G. BAMFORD, “Popper’s Explications of Ad Hocness: Circularity, Empirical Content, and Scientific Practice”, p. 337.

Otra forma de interpretar el asunto estriba en considerar que POPPER, en verdad, es equívoco, al señalar primero que es otro grado de circularidad (en comparación a los grados de *ad hoc*) y luego decir que es casi circular (con lo que afirma que no es circular, pero casi). Más bien parece haber equivocado la categoría, pues debía haber escogido la expresión latina *quasi*, es decir, “como si”, en el sentido de que no lo es, pero se le parece. Esto porque si seguimos a TERENCE PARSON (“What is an Argument”, pp. 180 y 181) existe una circularidad por “combinación de argumentos”, en la tradición de la lógica informal, debido a la interacción de dos o más argumentos, en donde la conclusión de cada uno sirve como premisa del otro:

—“Dios existe, porque lo dice en la Biblia.”

—“Podemos confiar en lo que dice la Biblia, porque es la palabra de Dios.”

Sin embargo, en el argumento de POPPER, como dice BAMFORD, el primero es una explicación, mientras que el segundo es un argumento evidencial; desde el punto de vista expresionista, las acciones de cada locución son diversas, porque su contexto argumental *específico* es disímil, y efectivamente mezcla “peras con manzanas”. Pero el contexto más amplio de la filosofía de la ciencia y de la ciencia lo fuerza a mezclar lo analíticamente diverso (quizás por ello es que los filósofos de la ciencia no han reparado en ello en general, sino más bien un analítico como BAMFORD). No obstante, sí hay un punto a favor de POPPER: la subida hacia el enunciado del *explicans* acerca de Neptuno, al trasladarse al otro argumento (el evidencial), baja y termina en un equivalente al enunciado del *explicandum* (de la explicación). Por supuesto, cada uno tiene un contexto diferente, pero si se los ve como una figura en el contexto más amplio de la filosofía de la ciencia, muestra *algo así como* una anómala circularidad (que no es una circularidad). En el sentido de que si se observan los patrones o caminos, aunque cortados por la categorización nos muestran *como si* hubiera una circularidad, sin que fuese tal; por ello es *quasi* circularidad, algo que no es, pero se le parece. Y ése es el punto de POPPER por el cual los filósofos de la ciencia entienden que a efectos prácticos, la *quasi circularidad*, en esta *combinatoria variopinta o barbárica*, describe bien la ruta de lo que ocurre en los movimientos *ad hoc* a los efectos prácticos del contexto más amplio del conocimiento empírico. Esto parece ser lo que está detrás y da a apoyo a que POPPER distinga entre *ad hoc* y circularidad, cuando señala: “la nueva teoría no puede ser *ad hoc* o circular” (“El Objeto de la Ciencia”, p. 189), porque independencia se opone a “*ad hoc*” y “circular” (“El Objeto de la Ciencia”, p. 181).

requisito de la contrastación independiente, ya que “siempre es posible elaborar una teoría que *se adapte* a cualquier conjunto de *explicanda*”⁴²⁰. En este sentido es que puede entenderse que la contracción de Lorentz es más *ad hoc* que la teoría de la relatividad. Esto saca el modelo de la contrastabilidad independiente y lo pone de plano bajo otro criterio de adaptabilidad o acomodación, en que la contrastabilidad independiente es sólo un subcaso.

En este sentido, como apunta CAAMAÑO, la *ad hocidad* no puede confundirse con la adaptación, porque hay casos que no se incluyen, como la teoría darwiniana de la evolución⁴²¹, por lo que debería especificarse otras condiciones identificatorias.

(B) Lo *ad hoc* como falta de corroboración o apoyo independiente

Esta noción refiere a una especial ligazón o vínculo entre evidencia e hipótesis. La hipótesis *ad hoc* se apoya en una evidencia para la cual la primera está especialmente dispuesta, pero carece de evidencia *corroborativa* para *otras* posibles consecuencias. Bajo esta noción se presupone que hay contenido empírico adicional por parte de la hipótesis *ad hoc*, el cual no está corroborado.

K. POPPER presenta esta segunda noción de *ad hocidad* a principio de los años ‘60 de la siguiente manera. Se enmarca en el debate entre preductivismo y adaptabilidad de las teorías. Invita a que pensásemos en una serie ininterrumpida de teorías explicativas, cada una de las cuales abarcaría todos “los *explicanda*” de su campo, incluyendo los experimentos que refutaran a sus predecesoras. Y aquí introduce una variante en comparación con la noción anterior: expresa que supusiésemos que cada una de dichas teorías o hipótesis fuere también contrastable de manera independiente. ¿Cómo se lleva a efecto aquello? Mediante la predicción de nuevos eventos, no observables aún. Pero —y aquí está el núcleo de la cuestión— cada una de dichas predicciones quedara *refutada* inmediatamente al ser contrastadas⁴²²; quedaría sin corroboración adicional —pero con contrastabilidad independiente—.

Entonces, POPPER escribe la intuición de fondo: “tendríamos la sensación de estar elaborando una sucesión de teorías *ad hoc*, a pesar del grado creciente de testabilidad”. De lo que concluye que “el mero hecho de que una teoría sea también testeable independientemente no asegura de que no sea *ad hoc*”⁴²³.

Ante ello, I. LAKATOS mantiene la misma línea de requisito, porque sostiene que el criterio es que el exceso debe estar refutado para efectos de la *ad hocidad*. Es así que señala la siguiente formulación en términos predictivos: se trata de las “teorías que, mediante ciertas hipótesis, predicen hechos nuevos, pero que fracasan completamente, porque ninguna parte del exceso de contenido era corroborado”⁴²⁴. El ejemplo que nos ofrece la teoría de

⁴²⁰ K. POPPER, “La Verdad, la Racionalidad y el Desarrollo del Conocimiento Científico”, p. 295 (la cursiva es mía).

⁴²¹ Así, M. CAAMAÑO, “Hacia una Noción más Robusta de Adecuación Empírica”, p. 175.

⁴²² K. POPPER, “La Verdad, la Racionalidad y el Desarrollo del Conocimiento Científico”, pp. 297 y 298.

⁴²³ K. POPPER, *ibíd.*

⁴²⁴ I. LAKATOS, “La Falsación y los Programas de Investigación Científica”, nota 319, pp. 116 y 117.

Bohr-Kramers-Slaters de 1924, en que todas las predicciones nuevas fueron refutadas⁴²⁵. Por otra, se trata de una hipótesis “sin corroboración adicional”⁴²⁶. Explicando la *ad hocidad* de la hipótesis de Lorentz y FitzGerald, decía que los físicos la entendían como que “no existía evidencia empírica (positiva) independiente a su favor”⁴²⁷.

E. ZAHAR introduce una corrección muy atinada a esta condición de refutación. La rechaza por ser muy fuerte. Su cuestionamiento es un problema de limitación cognoscitiva, de saber cuándo todo el contenido empírico de la teoría está *refutado*. Por ello toma una variante más débil: la *corroboración*. Señala que una hipótesis es *ad hoc*₂, “(en el tiempo *t*) si nada de su exceso de contenido sobre sus rivales, en el tiempo *t*, ha sido corroborado.”. Las causas de la falta de corroboración pueden deberse a dos tipos de razones, según ZAHAR: por una razón u otra, el experimento en cuestión puede no haberse llevado a cabo, o, lo que es peor, un experimento ideado para probar algún hecho o una predicción nueva puede haber dado un resultado negativo⁴²⁸. Es así que incorpora la condición POPPER-LAKATOS, pero le agrega la situación más suave de que no poder llevarse a cabo.

Analíticamente, podemos desglosar y esquematizar este enfoque en cuatro puntos:

- (i) En estos casos, la hipótesis *H* en cuestión responde a la experiencia recalcitrante *E*.
- (ii) Dicha respuesta es positiva para tal experiencia *E*.
- (iii) Pero también tiene un contenido informativo *CI* de algo más, que la propia anomalía.
- (iv) Sin embargo, o bien no se puede responder (positivamente) al exceso de contenido empírico, o si lo hace, la respuesta es negativa.

(i) y (ii) Responden a lo básico de las hipótesis *ad hoc*, esto es, enfrentar un problema que pone en jaque a las teorías.

(iii) Cumple el requisito de la contrastabilidad independiente, ya que la hipótesis posee contenido informativo en exceso del mero problema que la genera. En este sentido, se aparta de la tesis popperiana inicial de la independencia.

(iv) Refleja que la hipótesis no tiene una corroboración independiente, no obstante su contrastabilidad aparte de la anomalía. Su única corroboración o apoyo es dependiente del caso anómalo que responde; precisamente, para la cual está diseñada para responder.

En el fondo, pareciera de tratarse de una hipótesis *ad hoc*, *prima facie* encubierta. Porque lo que pretende responder es sólo a la anomalía (una acomodación), y el exceso de contenido informativo sólo es para camuflar su carácter *ad hoc*. Ello puesto que, en definitiva, lo único que interesa es corregir la falta de respuesta de la teoría *T* al desafío de la anomalía. Ello daría cuenta de la explicación de POPPER en cuanto a que sólo se requiere conectar la hipótesis, de manera conjunta, con cualquier predicción fantástica *ad hoc*, contrastable pero aún no contrastada, que se le pueda ocurrir a un novelista de ciencia ficción inclusive⁴²⁹.

⁴²⁵ I. Lakatos, “La Falsación y los Programas de Investigación Científica”, p. 56.

⁴²⁶ I. LAKATOS, “Cambios en el Problema de la Lógica Inductiva”, p. 242, n. 182

⁴²⁷ I. LAKATOS, “La Falsación y los Programas de Investigación Científica”, p. 100, n. 263.

⁴²⁸ E. ZAHAR, “Why did Einstein's Programme Supersede Lorentz's? (I)”, p. 101, nota 1.

⁴²⁹ K. POPPER, “La Verdad, la Racionalidad y el Desarrollo del Conocimiento Científico”, p. 298.

Examinemos una variación. Si se quita la condición (iii), volviendo contingente la existencia o no de contrastabilidad independiente, y se mantiene la condición (iv), reformulada bajo condición de que, si es que la hipótesis hiciese predicciones adicionales, entonces las predicciones no resultasen corroboradas, luego, la condición de no contrastabilidad independiente se encontraría incorporada relativamente a este criterio. Ello porque si no realiza predicción adicional, entonces no hay corroboración independiente, y es verdadera la condición (iv) (por regla del condicional), y obviamente si hace la predicción independiente, tiene la contrastabilidad de tal carácter (no cumple el requisito popperiano), pero se da el consecuente negativo, por lo que también es verdadera la condición (iv).

Como ejemplo de esta noción, se trabaja con las hipótesis que supusieron la existencia de dos planetas: Neptuno y Vulcano.

- La irregularidad orbital de Urano era el problema base del caso de la hipótesis de Neptuno. La ley gravitatoria de Newton predecía el comportamiento de Urano de cierta manera, esto es, de las órbitas teóricamente calculadas. Sin embargo, los registros o reportes de la órbita de Urano diferían de aquéllas. Esto significaba que la experiencia ofrecía una anomalía para la teoría. La hipótesis de Le Verrier fue introducir en el modelo de sistema solar otro planeta, uno supuesto e invisible, cuya “presencia” explicase la alteración experimentada de la órbita de Urano de acuerdo a las predicciones de la física newtoniana. Según se ha recogido como testimonio, esta maniobra era una medida subsidiaria para evitar echar mano al último recurso: la alteración de la ley de la gravedad newtoniana⁴³⁰. Entonces, tenemos la teoría de la gravitación como una teoría a salvar de fondo, concretada en la instancia de las órbitas singulares de Urano (hipótesis sobre la órbita de Urano), respecto de las cuales, la hipótesis *ad hoc* trata de salvar mediante el supuesto de un planeta invisible. Ocurre que esta hipótesis sí tenía contrastabilidad además del mero hecho de las perturbaciones de la órbita de Urano (independiente), cual era: determinar la existencia del planeta invisible. Pero no tenía corroboración independiente, precisamente porque era un planeta invisible para la tecnología de la época⁴³¹.

Dicha última cuestión, con el paso de los años, quedó corroborada, determinándose con la evolución de la tecnología la existencia de Neptuno, como planeta trans-uraniano; con ello se obtuvo de la hipótesis un apoyo independiente, pero sólo con el paso de los años⁴³².

- Respecto de Mercurio, presentaba anomalías similares en su órbita (los perihelios), respecto de los esperados de acuerdo a los cálculos de la física newtoniana. Frente a ello, Le Verrier propuso la misma salida, y postuló la existencia de un planeta desconocido que provocaba las alteraciones en su órbita: Vulcano, alterando nuevamente la hipótesis del número de los planetas del sistema solar. El asunto es que el referido planeta nunca se encontró hasta el día de hoy. Y las alteraciones sólo fueron explicadas hasta el advenimiento de la teoría general de la relatividad y el campo gravitacional del Sol. La hipótesis de Vulcano se planteó *ad hoc* y nunca pudo ser corroborada independientemente del perihelio.

⁴³⁰ A. GRÜNBAUM, “Ad Hoc Auxiliary Hypotheses and Falsificationism”, pp. 332, 333 y 356.

⁴³¹ Este ejemplo refuta la tesis M. BORDES SOLANA en cuanto a que las estrategias *ad hoc* son necesariamente falsas, cuando escribe: “se sostienen falsas razones para justificar la posición propia introduciendo los cambios que sean precisos.” (*Las Trampas de Circe*, p. 80).

⁴³² Vid. K. POPPER, *Unended Quest, An Intellectual Autobiography*, p. 43.

Es menester dejar anotado que dentro de esta noción también se ha introducido una variación referida al uso de la novedad (“*novelty*”) o del hecho nuevo, en el marco del preductivismo (que en el propio de una interpretación descriptiva de la *ad hocidad* restringe su alcance). Se trata de que la teoría deba tener o no la corroboración de un hecho independiente pero nuevo, es decir, no previsto anteriormente⁴³³. Sin embargo, para efectos del ámbito acotado de estudio no se profundizará sobre este tema.

Observaciones

—Dentro de los críticos, J. LEPLIN ha sostenido un cargo de falta de relevancia e implicado algo de ocultamiento del problema de fondo, contra la teoría de la corroboración independiente. Señala que ella no es una explicación que apunte a la cuestión fundamental de la *ad hocidad*, sino que se concentra en cuestiones que tienen poca relevancia, como es la ausencia de apoyo independiente para la hipótesis. En tal sentido, expresa que si aquélla produce o no predicciones novedosas o tiene un éxito predecible, para efectos de su corroboración o no, “son preguntas hechas sin tener en cuenta la condición clave de que *T* [la teoría] estará sujeta a problemas serios, distintos de los que existen para conectarse con *e* [resultado empírico] que requiere una solución común”⁴³⁴. Lo que quiere decir LEPLIN es que hay problemas de fondo mucho más graves en la teoría, que los planteados en esta noción, y que en cierto sentido tienen que ver con la cuestión crucial de la viabilidad de la teoría, con sus recursos, para enfrentar las anomalías. En ese sentido, la teoría de la falta de corroboración tiende a ocultarlo, desviando la atención a otras cuestiones no fundamentales. Es así que en el caso de la hipótesis de la contracción el problema de fondo no era si el experimento Kennedy-Thorndike arrojaba un resultado positivo o negativo, sino de la naturaleza insostenible de la teoría del éter —que era la cuestión fundamental—, que continuó siendo un foco de tensiones y presiones en cualquier imagen del mundo en la teoría del newtoniano Lorentz⁴³⁵.

—POPPER en 1957 nos muestra un argumento crítico en contra de la suficiencia de este criterio relativo a la corroboración independiente. Dice que es posible que la explicación tenga apoyo independiente y no obstante ello la hipótesis sea *ad hoc*. Esto lo realiza mediante la conjunción *b* de un enunciado universal con uno singular: “estas ciruelas son jugosas” y “todos los cuervos son negros”, el que constituye el *explicans*. Si lo relacionamos con el enunciado *a*: “este cuervo es negro”, que es el *explicandum*, obtendremos fácilmente corroboración *ad hoc*. La conclusión es que siempre podemos suministrar un *explicans* totalmente insatisfactorio y *ad hoc*, incluso cuando tenga consecuencias contrastables independientemente⁴³⁶.

⁴³³ Vid. E. ZAHAR, y su crítica a la concepción de hecho novedoso en LAKATOS, “Why did Einstein's Programme Supersede Lorentz's? (I)”, pp. 101 y ss. También puede verse el desarrollo de J. WORRALL, “Las Formas en las que la Metodología de los Programas de Investigación Científica Mejora la Metodología de Popper”, pp. 49 a 62, y más actualmente J. WORRALL, “Error, Tests, and Theory Confirmation”, pp. 125 y ss, y la crítica a éste de D. MAYO, “An Ad Hoc Save of a Theory of Adhocness?”, pp. 155 a 168.

⁴³⁴ J. LEPLIN, “The Assessment of Auxiliary Hypotheses”, p. 238.

⁴³⁵ J. LEPLIN, “The Assessment of Auxiliary Hypotheses”, p. 237.

⁴³⁶ K. POPPER, “El Objeto de la Ciencia”, pp. 181 y 182.

—S. SCHINDLER plantea que no es una condición ni necesaria ni suficiente el apoyo empírico.

En cuanto a la no necesidad. Su razón estriba en que es posible una hipótesis *H*, puesta para salvar un problema de la teoría *T*, sin corroboración independiente, e igualmente puede conducir a que no se estime como *ad hoc*. Por ejemplo, en el caso de Urano-Neptuno, la teoría suministraba buenas razones para considerar que debía haber un planeta adicional⁴³⁷. Luego, se apoya en LEPLIN, para estimar, en coherencia, que la hipótesis de Neptuno no fue considerada *ad hoc* en su tiempo⁴³⁸ (cuestión que no parece muy cierta de acuerdo a las citas de autores de esta noción).

En cuanto a la no suficiencia. Dicho calificativo lo funda en una combinación de argumentos, cuya base se encuentra en la “esquivada de Gosse” (“*Gosse dodge*”). El argumento se halla en el marco de la discusión del creacionismo y evolución, y la facilidad de acomodar la evidencia de determinados registros fósiles que se le exhiben al creacionista, en la teoría de que la Tierra y su flora y fauna fueron creadas de manera relativamente reciente por Dios. Entonces, el creacionista puede señalar que, en verdad, las formas de estas rocas derivan de extrañas jugarretas de Dios. Luego el argumento se extiende y se puede decir que, en verdad, no sólo las exhibidas, sino todas las rocas con forma de fósil que se le presentan, tienen tal condición de jugarreta de Dios, incluso las que están por descubrirse, lo que le hace tener una corroboración adicional en nueva evidencia, pero ello no evita de ser considerada como evidentemente *ad hoc* a la explicación⁴³⁹.

(C) El carácter *ad hoc* como un enfoque subjetivo-estético

G. HOLTON presenta su noción como una descriptiva, pues resalta como razones en apoyo que éste es el sentido que se usa en la práctica científica, y que es el principal, sin perjuicio de que puedan existir otros usos para *ad hoc*⁴⁴⁰. Su trabajo lo ejemplifica mediante la tesis de la contracción de Lorentz para dar cuenta de los resultados del experimento Michelson-Morley. El estudio de HOLTON se enmarca, entonces, en el cambio de la tesis del electromagnetismo en el éter, explicativa del movimiento de la luz y de los átomos, y sus relaciones con la teoría de la relatividad de Einstein, principalmente, y de forma conjunta con las investigaciones que dieron origen a la teoría de la mecánica cuántica.

En primer lugar, HOLTON es claro en distinguir entre lo que constituye una hipótesis *ad hoc* (*a*) y su rechazabilidad o aceptabilidad (*b*), como dos problemas distintos pero ambos ligados por una perspectiva subjetiva: por propósitos y gustos o sentimientos. Es así que sus preguntas son claras y directas: “¿Cómo se puede decidir si una hipótesis es *ad hoc* o no? Y, además, ¿si es repulsivamente *ad hoc* o aceptablemente?”⁴⁴¹.

Para enfrentar a dichas preguntas distingue dos contextos de la actividad científica. Por una parte, la ciencia privada o ciencia en desarrollo (*S*₁), donde encontramos al

⁴³⁷ S. SCHINDLER, “A Coherentist Conception of Ad Hoc Hypotheses”, p. 61.

⁴³⁸ S. SCHINDLER, “A Coherentist Conception of Ad Hoc Hypotheses”, p. 56.

⁴³⁹ S. SCHINDLER, “A Coherentist Conception of Ad Hoc Hypotheses”, pp. 55 y 56.

⁴⁴⁰ G. HOLTON, *Thematic Origins of Scientific Thought*, p. 329.

⁴⁴¹ G. HOLTON, *Thematic Origins of Scientific Thought*, p. 328.

científico “mientras imagina, considera, introduce o rechaza una hipótesis”; lo que cubre el diseño y la aceptación de la hipótesis. Por su parte, en la ciencia pública (S_2) vemos un enunciado público con permanencia, de propiedades epistemológicas más o menos claras, señala; uno que ha sido publicado y se ha convertido en parte de la ciencia en tanto institución⁴⁴².

HOLTON, entonces, ubica la actividad de los lógicos —como serían las nociones de la contrastabilidad o apoyo independientes— en la ciencia pública; mientras que en la ciencia privada encuentra el uso real de las hipótesis, contexto en el cual se deberían examinar las propiedades de las hipótesis *ad hoc*⁴⁴³. En este último contexto es que la perspectiva subjetivista tanto para la aceptación como la constitución de las hipótesis *ad hoc* es pertinente, sea en relación con la idea de gusto y sentimientos sea con la de propósito.

Desde el punto de vista de la aceptabilidad, este enfoque se centra en el gusto o las sensaciones de los científicos, careciendo de relación epistémica. Plantea esta tesis en una relación entre la estética y lo psicológico. En lo inmediato, se encuentra la sensibilidad de los científicos junto a los criterios estéticos de las teorías, relativos al orden mismo: en el gusto por la *simplicidad y unidad interior de la teoría*, como lo hacía Einstein⁴⁴⁴; o la *belleza* de las teorías, según señalase Dirac, o las *sensaciones de desagrado*, como las que compartían Heisenberg y Schrödinger por sus mutuas teorías cuánticas rivales. Tales consideraciones pueden pesar incluso en contra de la potencialidad de dar cuenta de los datos. Es por ello que HOLTON expresa que: “Dicho juicio cuasi estético es una forma de compromiso temático con profundas raíces psicológicas. Con frecuencia es la base para las elecciones realizadas en el trabajo científico real (por ejemplo, cuando se acepta una hipótesis *ad hoc* y se rechaza otra, o cuando se adopta o desecha un enfoque completo de un científico retenido)”, aunque reconoce que no es común ver esto confeso en los *papers* de impresión pública⁴⁴⁵. Su conclusión es que el científico que adopta una hipótesis *ad hoc*, en los hechos, lo hace con independencia de su estatus lógico, como la coherencia de la teoría con los datos⁴⁴⁶. Esto se revela en el propio lenguaje científico, con connotaciones *apasionadas* para dar tratamiento a las hipótesis *ad hoc*⁴⁴⁷.

⁴⁴² G. HOLTON, *Thematic Origins of Scientific Thought Origins of Scientific Thought*, pp. 326 y 327. Agrega que, sin perjuicio de la distinción, sería erróneo pensar que S_1 y S_2 están siempre tajantemente separados. Señala que no hay duda de que una hipótesis que es *ad hoc* en S_1 tiene propiedades lógicas; el punto es que *ellas no rigen o gobiernan el actual uso de tales hipótesis*.

⁴⁴³ G. HOLTON, *Thematic Origins of Scientific Thought Origins of Scientific Thought*, pp. 326 y 327.

⁴⁴⁴ Sobre Einstein gira mucho el texto, pero, además, HOLTON ya viene insistiendo desde principios de los ‘60 en que la teoría de Einstein emanó de la teoría electrodinámica de Maxwell-Lorentz, en un sentido estético, citando que aquél expone que la teoría de la relatividad surgió “como un resumen y generalización sorprendentemente simples de hipótesis que con anterioridad habían sido independientes unas de otras...” (HOLTON, “Sobre los Orígenes de la Teoría Especial de la Relatividad”, p. 115).

⁴⁴⁵ G. HOLTON, *Thematic Origins of Scientific Thought Origins of Scientific Thought*, p. 150.

⁴⁴⁶ Es así que HOLTON refiere que “estos asuntos [de selección de teorías] aún se deciden en la práctica sobre la base de que Copérnico confesó, aparentemente de forma tan vaga pero correcta, haber tomado la decisión de no aceptar “la teoría planetaria de Ptolomeo y la mayoría de los otros astrónomos, aunque sea coherente con los datos numéricos” (*Thematic Origins of Scientific Thought Origins of Scientific Thought*, p. 326).

⁴⁴⁷ Entre ellas cita las siguientes: “artificial”, “feo”, “complejo”, “molesto”, apelaciones a complaciente o no, “elegante”, “plausible”, “atractivo”, etc. Mientras que sólo ocasionalmente el lenguaje del trato a las hipótesis *ad hoc* alude cuestiones de gradualidad (cuantitativa), como es más propio de la ciencia para tratar el resto de las hipótesis G. HOLTON, *Thematic Origins of Scientific Thought Origins of Scientific Thought*, p. 327.

En cuanto a su configuración, la tesis de HOLTON rechaza la consideración lógica de la contrastación o apoyo independiente, para poner de relieve, como condición configuradora, la *anomalía* y el *propósito*. Esto lo pone en análisis del lenguaje propio del científico, especialmente referido paradigmáticamente a la teoría de la contracción de Lorentz:

“el gran artículo de H.A. Lorentz que apareció un año antes de la publicación de Einstein y tipificado el mejor trabajo en física de su tiempo —un ensayo en que Lorentz declaró que se basaba en ‘suposiciones fundamentales’ más que en ‘hipótesis especiales’— contenía de hecho once hipótesis ad hoc”⁴⁴⁸.

Si nos fijamos bien, la configuración de la hipótesis *ad hoc* en esta versión, está asimilada a hipótesis *especiales*, y por oposición a *fundamentales*, teniendo así un cierto sentido sustantivo, más bien que de gusto o sentimientos. Entonces, cabe preguntarse cómo se construye esta idea.

a) En cuanto al **problema** o la **anomalía**, éste deja de ser un presupuesto para pasar a ser una condición. El problema, como el resultado del experimento Michelson-Morley o Neptuno, es el objeto de atención de las hipótesis *ad hoc*, en la ciencia privada. Liga la concepción de la anomalía (y lo *ad hoc*) a las *excepciones* a la legalidad en la ciencia. Es así que se pregunta “si es legítimo introducir, al menos provisionalmente, una hipótesis *ad hoc* para explicar una excepción” y critica a los autores que afirman que “una teoría pierde su valor científico si puede modificarse fácilmente para explicar todas las excepciones aparentes”; como la excepcionalidad de Neptuno, que es un “planeta distinto”, teóricamente distinto del resto, en su momento. No exentos de una perspectiva subjetiva, como cuando señala que Einstein: “Sintió que la hipótesis auxiliar [de Lorentz] era una hipótesis ad hoc, que no llegaba al *corazón del asunto*”. Desde el punto de vista teórico, identifica problemas de carácter complejo y los califica como residuales a las explicaciones. Lo complejo del universo da el pie y configura lo excepcional, de manera que sin las hipótesis *ad hoc* “perderíamos toda esperanza de encontrar explicaciones racionales de fenómenos complejos, en especial de los que dependen, primordialmente de uno o dos factores físicos y débil u ocasionalmente de otros”; lo residual es la parte de lo complejo que se sale de lo preciso y completo de la teoría, y así, problemática, lo débil u ocasional que no captura la teoría⁴⁴⁹.

b) La segunda condición es el **propósito**. La especialidad de la hipótesis viene concretada en cuanto a que el propósito de la hipótesis *ad hoc* es de responder de manera especial al problema. Como se puede apreciar el lenguaje subjetivo es el que traduce este elemento nuclear. Hay una dirección de intención o de motivación del científico a la creación específica de esta hipótesis, de manera que se arguye que Lorentz “tuvo la *sensación* de ser ad hoc con respecto a su *propósito*” la hipótesis que creaba (las ecuaciones de transformación)⁴⁵⁰.

⁴⁴⁸ G. HOLTON, *Thematic Origins of Scientific Thought*, pp. 194 y 195.

⁴⁴⁹ G. HOLTON, *Introducción a los Conceptos y Teorías de la Ciencia Física*, pp. 236 y 237.

⁴⁵⁰ G. HOLTON, *Thematic Origins of Scientific Thought*, pp. 329 y 330 (la cursiva es mía).

Es por ello que la cita de Lorentz aparece como pertinente, en cuanto a que éste reconoce que “este curso de inventar hipótesis especiales para cada nuevo resultado experimental es algo artificial”⁴⁵¹. En el fondo, se trata simplemente de una *salida a la dificultad* como asunto central de la hipótesis *ad hoc*, y que le da su carácter especial. Es por ello que en el “lenguaje del laboratorio”, se le llama también una hipótesis “cocinada” (“*cooked up*”) para “el estrecho propósito a servir”⁴⁵². Esto quiere decir que no es simplemente un propósito cualquiera, sino que el tipo de propósito es estrecho: su producción o hechura está orientada al problema específico.

Para explicar la *oposición* a la *fundamentalidad*, toma prestado de M. Wertheimer la idea de ir o no al meollo del asunto de una discusión más amplia y no de la minucia de un problema, esto es, de un caso o resultado: “(...) los sentimientos de Einstein sobre la hipótesis de la contracción de Lorentz: ‘Sintió que la hipótesis auxiliar era una hipótesis *ad hoc*, que no llegaba al *corazón del asunto*... Sintió que el problema era más profundo que la contradicción entre la realidad de Michelson y los resultados esperados”⁴⁵³. —Ello implica un juicio más amplio que el propio problema específico que se trata de solucionar, para examinar la discusión global que se encuentra entre manos, sin el cual puede terminar hablando de modo vacuo o irrelevante (ni siquiera sobre una regularidad). Pareciera que HOLTON llama fundamental, por un lado, a las teorías que tienen rasgos de precisión y completitud respecto de problemas complejos, y, por otro, a las que no son deducidas de otras y que están a la base del conocimiento. Se tratarían de teorías unificadoras e iluminadoras en términos explicativos, respecto a las diversas explicaciones de otras leyes y conceptos, así como de sus aplicaciones. De este modo, señala que: “Hasta que tengamos una teoría más fundamental que explique por qué la ley de Bode [sobre los planetas y sus órbitas] es, aproximadamente, correcta para los planetas hasta Urano inclusive, no sabremos por qué deja de cumplirse más allá de Urano”; así, añade que la ley de gravitación universal no sirvió para introducir “ningún concepto fundamental”, sólo se trataba de una generalización deducida del esquema general de las leyes de Kepler, y, finalmente, agrega que las “leyes deducidas” lo son de “alguna teoría fundamental y también se basa en hechos empíricos, por lo que nos da la sensación de que está ‘explicada’ de manera algo más completa”⁴⁵⁴. Por oposición, la respuesta especial refiere a algo que no tiene dicha característica fundamental, sino que más bien parecen seguir el objetivo estrecho de responder a las aplicaciones problemáticas y nada más. —La perspectiva estética nos ayudará a la elucidación, ya que, como en el caso de Le Verrier, trabajar con una teoría puede considerarse “reconfigurativo”, esto es, tomar la teoría y trabajarla reformulando sus postulados, su forma, o “instrumental”, en el sentido de que se trabaja con la hipótesis o algunos de sus aspectos —como su ontología y otros elementos—, sólo como ayuda a otra teoría, para extraer ciertas consecuencias, sin reconfigurarla⁴⁵⁵; sin perjuicio de que en ese empleo se suponga un cambio de contenido sólo por implicación, derivado de las exigencias del problema pero sin que se haga una reformulación global de la teoría de ayuda, según ocurrió en el caso de la suposición de ciertos planetas (como Neptuno o Vulcano), pues no

⁴⁵¹ G. HOLTON, *Thematic Origins of Scientific Thought*, p. 323.

⁴⁵² G. HOLTON, *Thematic Origins of Scientific Thought*, p. 328.

⁴⁵³ G. HOLTON, *Thematic Origins of Scientific Thought*, p. 332 (la cursiva es propia). Más adelante J. LEPLIN tomará esta idea para transformarla en la idea central de su noción.

⁴⁵⁴ G. HOLTON, *Introducción a los Conceptos y Teorías de la Ciencia Física*, pp. 237 y 238.

⁴⁵⁵ Así también ocurrió en el caso de la explicación de Lorentz sobre Michelson-Morley.

se postuló como una alteración formal de la teoría planetaria, ni se formuló como un descubrimiento, sino que se mantuvo como una *suposición para*, y ése es su título escogido por el científico para su empleo. La operación misma de la hipótesis en conexión con la comprensión estética de la teoría, implicaron la *ad hocidad*. Es por ello que HOLTON señalase que la hipótesis *ad hoc* no importa realmente la conexión con otras teorías, sino sólo la operación de empleo y su objetivo definido en lo estético-subjetivo, según se señalará a continuación. —Ésta parece ser la interpretación más caritativa de su posición.

Aquellas consideraciones implican la irrelevancia de la dependencia o independencia lógica de la hipótesis especial con otros conocimientos con los cuales pudiese estar conectado —como la psicología, para determinar la ineptitud general de un evaluador—. Es decir, la hipótesis *ad hoc* sí puede estar conectada lógicamente con otras teorías y seguir siendo *ad hoc* (como niega la noción de la contrastabilidad y se planteó entre GRÜNBAUM y POPPER más atrás). Hay dos razones que pesan sobre ello, y ambas tienen que ver con el relato interno de la ciencia. El primero es que no obstante la existencia de tales conexiones, puede haber un reconocimiento del propio autor de la hipótesis y su grupo, de que la teoría sólo se dirige a un objetivo, siendo “clara y descaradamente *ad hoc*”⁴⁵⁶; en tal sentido se podría decir que a confesión de parte relevo de pruebas. El segundo tiene que ver con la cuestión sustancial de la especialidad. Como señala: “Estas otras aplicaciones de la hipótesis *ad hoc* no tienen un interés real en ningún caso; no se arguyeron como tests que decidieran sobre su aceptabilidad”⁴⁵⁷. Las otras aplicaciones no entraron al debate para investir un título especial de *test*; la investidura de la hipótesis en el debate de los resultados Michelson-Morley sólo tiene que ver con ese sólo propósito; y ésa es la cuestión relevante de la noción de la hipótesis *ad hoc*.

En cierto sentido, esta expresión de la especialidad parece relacionarse en HOLTON por la necesidad de ponderar ciertas cualidades inconmensurables de las teorías en competencia: “el problema aquí no es simplemente una especie de enumeración de las premisas lógicamente independientes (si algo así fuera inequívocamente posible), sino el de una *especie de ponderación* [“*weighing*”] recíproca de *cualidades inconmensurables*”⁴⁵⁸. Si hay que pesar o ponderar éstas cualidades no conmensurables, entonces no estamos dentro del ámbito del cómputo o conteo de premisas lógicas.

– Una manifestación de hipótesis *ad hoc* HOLTON la encuentra en relación con la simplicidad y la estética de la generalidad. La intervención de las hipótesis *ad hoc* acarrea un aumento en la complejidad y un descenso en la generalidad; manifestación estética de la presencia de las hipótesis *ad hoc* o especiales.

Es así que compara la teoría del electromagnetismo newtoniano de Lorentz frente a la de la relatividad de Einstein señalando: que “la TR [teoría de la relatividad] de Einstein representa un intento de resolver problemas mediante la *postulación* de hipótesis fundamentales apropiadas y restringir esas hipótesis al *tipo más general* y al *menor número*

⁴⁵⁶ G. HOLTON, *Thematic Origins of Scientific Thought* *Origins of Scientific Thought*, p. 328.

⁴⁵⁷ G. HOLTON, *Thematic Origins of Scientific Thought* *Origins of Scientific Thought*, p. 326.

⁴⁵⁸ G. HOLTON, *Thematic Origins of Scientific Thought* *Origins of Scientific Thought*, p. 331 (la cursiva es mía).

posible”⁴⁵⁹. Aquí se presenta una doble elección: de la simplicidad de las hipótesis, reduciendo su tipo al menor número posible, y de generalidad, restringiendo su estructura al tipo más general. Mientras que, por su parte, la propuesta de Lorentz, la mejor expresión de la versión newtoniana en la línea maxwelliana, tenía 11 hipótesis *ad hoc*. Esto implica que la concreción de las hipótesis *ad hoc* disminuyen la simplicidad del sistema (la hipótesis *ad hoc* implica una no respuesta a la anomalía, en cuanto falla de la estructuración teórica en dar la respuesta, y así un desencaje de las bases de fundamentación de ésta produciendo una desarmonía interna). Y, la especialidad misma, hace perder la generalidad de las leyes y simplicidad a la teoría.

– En cuanto a la calificación de *ad hoc*, ella no es absoluta, sino que es relativa en un triple sentido: en cuanto al contexto, en cuanto al tiempo personal y a la intersubjetividad.

▸ En cuanto al *contexto*, señala que las hipótesis pueden ser *ad hoc* en relación con una teoría T_1 , pero no en relación con otra T_2 . Afirma que respecto de la hipótesis de la contracción se pudieron realizar una serie de postulados diversos a ésta. Expresa que varios de ellos pudieron ser dirigidos respecto a la anomalía en cuestión, por la propia teoría de la relatividad de 1905, y en ese sentido podrían haberse calificado de *ad hoc*. Pero argumenta que los que fueron introducidos no para dar cuenta del resultado del experimento Michelson - Morley, no podrían ser calificados de tal⁴⁶⁰.

▸ En cuanto al *tiempo personal*. Para una misma persona, una misma hipótesis puede ser *ad hoc* y no *ad hoc*, según el tiempo en que ésta se halle. Esto habría ocurrido para FitzGerald sobre la explicación de la contracción de Lorentz, ya que en 1884 la consideraba una doctrina probada, por lo que no era *ad hoc*, pero en 1889 para él ya tenía el rasgo de *ad hocidad*⁴⁶¹. Es decir, la hipótesis H puede ser *ad hoc* para el mismo científico cn , en el tiempo t_1 , pero luego en el tiempo t_2 ya puede haber cambiado su calificación para cn . Lo que ocurrió en el espacio intermedio es precisamente las diferencias ocurridas en el fuero interno, que afectan la consideración privada del científico⁴⁶².

▸ En cuanto al ámbito *intersubjetivo*. Una misma hipótesis H puede ser *ad hoc* para una persona, como para Lorentz que introduce la hipótesis con conciencia de su *ad hocidad*, pero no para FitzGerald, ambos en el mismo punto de tiempo: 1884⁴⁶³.

En parte, esto explicaría, además, una intuición relativa al cambio de estatus o calificación de una hipótesis. El contexto privado en que se encuentra la elección de la teoría, permite muchos movimientos calificativos de parte de los científicos que juzgan dicha teoría.

Observaciones

⁴⁵⁹ G. HOLTON, *Thematic Origins of Scientific Thought Origins of Scientific Thought*, p. 194.

⁴⁶⁰ G. HOLTON, *Thematic Origins of Scientific Thought Origins of Scientific Thought*, pp. 329 y 330. Esta relatividad puede incluso corresponderse en HOLTON con la de los experimentos cruciales, respecto de los cuales señala que: “el contexto ‘relativista’ de un experimento ‘crucial’ que, de hecho, puede ser crucial en el contexto de una teoría pero, en el contexto de otra, puede ser trivialmente verdadero y ni siquiera vale una mención específica” (*id.*, p. 5).

⁴⁶¹ G. HOLTON, *Thematic Origins of Scientific Thought*, p. 331.

⁴⁶² G. HOLTON, *Thematic Origins of Scientific Thought*, *idid.*

⁴⁶³ G. HOLTON, *Thematic Origins of Scientific Thought*, *idid.*

—J. LEPLIN ha levantado el cargo de la autocertificación. Sostiene que la calificación de *ad hoc* en esta posición es bastante arbitraria. Distingue lo metodológico, expresando que “las hipótesis deben ser *ad hoc* si se las considera así”, y la cuestión psicológica “de por qué se las considera así”; que es el punto en el cual se centra HOLTON. Señala que HOLTON relativiza los juicios de *ad hoc* a, virtualmente, cada característica que cada individuo puede abstraer de los contextos en los que se hacen. Así, el juicio metodológico de *ad hocidad* termina perdiendo toda sustantividad. Luego, si nos centramos en el aspecto psicológico, entonces “el juicio de un científico de que una hipótesis es *ad hoc* se autocertifica” (reduciendo lo metodológico a una decisión psicológica), y si esto es así, entonces “difícilmente puede expresar una crítica sustantiva”⁴⁶⁴, para los efectos de metodológicos, esto es, atacar el tipo de respuesta que la hipótesis *ad hoc* representa para efectos del tipo de problema que enfrenta la teoría que la hipótesis modifica⁴⁶⁵.

—Es menester observar, además, que la tesis de HOLTON podría implicar una pendiente resbaladiza en cuanto a lo conceptual. En efecto, su argumentación que pretende sostener la existencia de las hipótesis *ad hoc*, es la que presta buen sustento, a su vez, a J.C. HUNT, para sostener la inexistencia de la noción de hipótesis *ad hoc*. En este sentido, la noción de HOLTON no sólo debe luchar con fuego externo, sino que dentro de sus propias filas, se le abre “fuego amigo”, para negar la existencia de su propia caracterización, sobre la base de la variedad de opiniones que genera la noción subjetiva de la *ad hocidad*, y que es utilizada por HUNT al terminar por concluir que ella simplemente se da al mero “ojo del espectador”⁴⁶⁶.

—En cuanto al estatus, pone en cuestión la extensión racional de la ciencia. En este sentido y tomando la sugerencia de LEPLIN, si reduce el que los científicos sean “retratados como condenando las hipótesis de manera caprichosa”⁴⁶⁷, como cuando señala HOLTON que con frecuencia es la base para las elecciones realizadas en el trabajo científico real, entonces buena parte de la actividad científica que podía reducirse a cánones metodológicos, repetibles y objetivamente contrastables, se pierden, y la actividad científica, en buena medida, se torna en un espacio de bastante menor racionalidad. En tal sentido, SCHINDLER objeta a esta posición que si las hipótesis *ad hoc* fueran tan buenas como cualquier otra hipótesis no *ad hoc*, entonces habría muy pocas restricciones sobre la teorización aparte de salvar el fenómeno o no⁴⁶⁸.

—Además, en conexión con lo anterior, tenemos que si, como señala J. AGASSI, lo racional es lo que tiene una razón fundamental de tipo general, en vez de un mero antojo o capricho⁴⁶⁹, entonces, cuando HOLTON utiliza el criterio del gusto estético y se aparta del canon metodológico, compromete, además, a la ciencia en la competencia externa de otras actividades explicativas como las pseudociencias y pseudoconocimiento. En este sentido, como nos ha vuelto a recordar BOUDRY el uso frecuente de argumentos evasivos

⁴⁶⁴ J. LEPLIN, “The Assessment of Auxiliary Hypotheses”, pp. 238 y 239.

⁴⁶⁵ J. LEPLIN, “The Assessment of Auxiliary Hypotheses”, p. 236.

⁴⁶⁶ J.C. HUNT, “On Ad Hoc Hypotheses”, p. 13.

⁴⁶⁷ J. LEPLIN, “The Assessment of Auxiliary Hypotheses”, p. 236.

⁴⁶⁸ S. SCHINDLER, “A Coherentist Conception of Ad Hoc Hypotheses”, p. 58.

⁴⁶⁹ J. AGASSI, *Science in Flux*, p. 189.

y excusas *ad hoc*, todavía se considera ampliamente, y con razón, como un signo revelador del discurso pseudocientífico⁴⁷⁰. Lo que conecta con la argumentación de las hipótesis *ad hoc* de Ph. KITCHER, en el marco de la discusión creacionista. Sucede que el creacionista ataca al teórico de la evolución señalando que aquél también usa hipótesis *ad hoc*, para salvar su propia teoría y que tiene controles muy débiles. Entonces, KITCHER marca una diferencia fundamental, señalando que: “Cuando los teóricos de la evolución esquivan las críticas inventando hipótesis *ad hoc*, no persiguen una práctica endémica de su disciplina, sino que ignoran los límites que impone. En estas circunstancias, son criticados adecuadamente por sus colegas científicos” y agrega que al biológico puede someterse (o mejor, a sus teorías) a controles *independientes*⁴⁷¹. Cuestión que con la posición de HOLTON de dejar al gusto la calificación de *ad hoc* se pierde esta distinción.

—Si se pretende eliminar las razones epistémicas como relevantes por parte de HOLTON, el problema es que se abre el flanco de las pseudociencias y la religión. Esto lo podemos apreciar con BOUDRY, que expresa que el mero hecho de que el agente A esté *motivado* por sus puntos de vista religiosos para favorecer una hipótesis (como la cosmología del Big Bang) no implica que aquél esté equivocado por ese sólo hecho —lo que es razonable—. Esto se apoya no sólo en la aceptación de la cosmología del Big Bang, sino de una idea más general, sugerida por BOUDRY: las fuertes motivaciones religiosas son compatibles con el razonamiento válido. Sin embargo, agrega que podría haber una *sospecha* de que han prevalecido sus motivaciones religiosas, por sobre las razones epistémicas. Pero lo crucial para nuestro tema es que ante la ausencia de buenas razones epistémicas, los puntos de vista religiosos de A son el mejor candidato para explicar por qué A ha respaldado tal o cual teoría⁴⁷². Luego si se plantea cierta renuncia a las consideraciones epistémicas⁴⁷³, entonces se pierde una razón para determinar la prevalencia de las razones epistémicas y deja la puerta de entrada libre para otras consideraciones espurias a la ciencia misma.

—S. SCHINDLER critica esta posición como una mala explicación de las *divergencias* o *variabilidad de las opiniones* de los científicos sobre la identificación de una hipótesis *ad hoc*. Fundamentalmente, señala que *no se sigue* del solo hecho verdadero de las divergencias, la conclusión de la intrínseca subjetividad de las razones de los científicos. Así señala: “algunos científicos podrían simplemente estar equivocados en casos de desacuerdo. Los científicos también podrían cambiar de opinión sobre el estado *ad hoc* de una hipótesis por *todas las razones equivocadas*. Esto, por supuesto, no quiere decir que ninguna de las variaciones reportadas deba tomarse en serio”. La conclusión de SCHINDLER es que, se puede tener en consideración tales varianzas o cambios de opinión mediante explicaciones alternativas que guarden deferencia a la deliberación racional en la ciencia, y la consideración de los científicos por dichas hipótesis⁴⁷⁴.

⁴⁷⁰ M. BOUDRY, “The Hypothesis that Saves the Day”, p. 4.

⁴⁷¹ Ph. KITCHER, *Abusing Science*, pp. 61 y 62.

⁴⁷² M. BOUDRY, “The Hypothesis that Saves the Day”, p. 10.

⁴⁷³ En esto concuerda SCHINDLER con nosotros en cuanto a que en esta concepción “si una hipótesis se considera *ad hoc* o no (por cualquiera) no tiene ninguna relación epistémica.” (“A Coherentist Conception of Ad Hoc Hypotheses”, p. 58).

⁴⁷⁴ S. SCHINDLER, “A Coherentist Conception of Ad Hoc Hypotheses”, p. 58.

(D) La ad hocidad como cuestión de no fundacionalidad*

J. LEPLIN plantea su posición desde el inicial desafío de HEMPEL, en cuanto a la falta de un criterio identificador de las hipótesis *ad hoc*, lo que, refrendado por LAKATOS y ZAHAR, implicaba una visión pluralista de lo *ad hoc*.

Su concepto es *unívoco* para la ciencia, puesto que su objetivo es lograr *el* concepto de lo *ad hoc*, mediante la fijación de condiciones lo más precisas posibles que den la identidad del concepto. Además, su trabajo es de estatus normativo, pero de sentido descriptivo (en el sentido de LOSEE⁴⁷⁵). En el primer sentido, lo liga con la metodología: lo *ad hoc* se tratará como un concepto metodológico más que epistémico. Es decir, no se usa —dice LEPLIN— para evaluar el apoyo o confirmación empíricos existente o prospectivo de una hipótesis, sino para atacar el tipo de respuesta que la hipótesis representa para el tipo de problema que enfrenta la teoría que la hipótesis modifica⁴⁷⁶. En el segundo, el descriptivo, expondrá cual es el sentido de *ad hoc* que se *usa* en la ciencia (en tácita contraposición a HOLTON). Para dicho efecto, se plantea en la búsqueda de determinar el criterio identificador en los casos históricos (muy paradigmáticamente en la hipótesis de contracción de Lorentz), y recogiendo, además, los aportes de las otras teorías sobre la *ad hocidad*, y reconfigurándolas en condiciones necesarias —frente a su insuficiencia—, en particular, la idea de anomalía ya fijada en la teoría de la falta de contrastabilidad o de corroboración independientes, la falta de definitividad que resalta el subjetivista; y, en otras ocasiones, rechazando derechamente las opciones, como la propia de contrastabilidad y la noción subjetivista.

Sus dos ideas eje son: primero, que el cargo de *ad hocidad* está dirigido principalmente a *la teoría*. Sólo indirectamente se le adscribe a las hipótesis particulares propuestas como suplemento⁴⁷⁷. De ésta extrae la segunda, cual es que el cargo calificativo de ser *ad hoc* se da, realmente, sobre el rasgo de fundacionalidad (o su falta) de la teoría misma, como se verá, y, en cierto sentido, la presencia del mismo es el índice que revelará el carácter peyorativo de la noción de hipótesis *ad hoc*, al no ir al fondo del asunto⁴⁷⁸.

Expresa que ella se desglosa en diversas condiciones generales para calificar de *ad hoc* a una hipótesis, las que son necesarias cada una, y en conjunto toman la pretensión de ser suficiente. Tales son: la condición de anomalía experimental (i); condición de

* El término que usa LEPLIN es de “*fundamentality*”, para aludir a que el problema no encuentra solución o apoyo en los fundamentos de la teoría. En castellano, “fundamentar” alude a la acción establecer los fundamentos, y “fundar” a la acción de apoyar con razones eficaces. Si bien ninguno de los dos son exactamente, parece que la acción de dar apoyo o su ausencia, más que de establecerlo o no, se acerca más a lo que pretende decir LEPLIN con “*fundamentality*” (“The Conception of an *Ad Hoc* Hypothesis”, pp. 321 y ss.).

⁴⁷⁵ J. LOSEE, *Filosofía e Investigación Histórica*, p. 57.

⁴⁷⁶ J. LEPLIN, “The Assessment of Auxiliary Hypotheses”, p. 238

⁴⁷⁷ J. LEPLIN, “The Concept of an *Ad Hoc* Hypothesis”, p. 320.

⁴⁷⁸ Es así que LEPLIN señala que “La visión de *ad hocidad* que he propuesto sobre la base de estos hechos históricos retrata a lo ‘*ad hoc*’ como una caracterización infaliblemente peyorativa de las hipótesis auxiliares”, y agrega que las preguntas hechas por las demás explicaciones “sin tener en cuenta la condición clave de que *T* [la falta de fundacionalidad] estará sujeto a problemas serios distintos de los que existen para conectarse con *e* que requiere una solución común” (“The Assessment of Auxiliary Hypotheses”, p. 238).

justificación (ii); condición de tentativa (iii); condición de consistencia (iv); condición de fundacionalidad (v).

i. La *condición de anomalía experimental*⁴⁷⁹. Representa a la situación que se enfrenta una hipótesis *ad hoc*. LEPLIN la define de esta manera:

Si se introduce una hipótesis *H* en una teoría *T* en respuesta a un resultado experimental *E*, entonces si *H* es *ad hoc*, *E* es anómala para *T*, pero no para *T* cuando es suplementada por *H*.

Ello porque sin la idea de la contracción, la teoría de Lorentz y Fresnel no podría dar cuenta del resultado nulo del experimento de Michelson-Morley; el resultado nulo era incompatible con la explicación que la teoría proporcionaba para el experimento.

El concepto de anomalía LEPLIN lo relaciona con la predicción, pero en un sentido negativo. “*E* será anómala para *T* debido al fracaso de *T* en producir alguna predicción para el experimento”. Pero ello lo efectúa bajo la condición de expectativas fundadas: si es que existen razones para tener la expectativa de que la teoría en cuestión pudiese hacerlas. Dichas razones las liga con la competencia de teorías entre *T*₁ y *T*₂. Como ejemplo, nos entrega la variación de las líneas de intensidad espectrales, para la teoría Bohr sobre el átomo de hidrógeno. La mecánica cuántica no tenía previsiones acerca de ellas, frente a los diversos éxitos de la electrodinámica clásica, que hacían esperable la predicción de los mismos⁴⁸⁰. Esto puede interpretarse que, para LEPLIN, aquello presenta un trasfondo comparativo, respecto a que la anomalía supone que otra teoría *T*₂ *sí pudiese* solucionar el problema en cuestión: ya sea que lo haya efectuado, o se tenga la expectativa razonable de que lo pudiese hacer⁴⁸¹.

LEPLIN introduce otra distinción. Escribe que hay “casos en los que se debería aplicar esta condición, pero en los cuales *E* no es incompatible con las predicciones producidas por *T*”⁴⁸². De aquí va a construir dos vías importantes: a) si *E* es incompatible, ello debería derivar en una falsación derechamente; pero b) si *E* es compatible, ella va a construir el camino al uso de las hipótesis *ad hoc*, por incompletitud. —Esto terminará complejizándose, relativizándose y trastocándose radicalmente más adelante.

Esta anomalía tiene una limitación en relación con las condiciones, se excluirá la condición de consistencia de la aplicación a las anomalías experimentales (sin señalar el porqué)⁴⁸³.

⁴⁷⁹ J. LEPLIN, “The Concept of an *Ad Hoc* Hypothesis”, p. 317.

⁴⁸⁰ J. LEPLIN, “The Concept of an *Ad Hoc* Hypothesis”, p. 317.

⁴⁸¹ Podemos conjeturar que LAUDAN recoge en parte esta idea, para construir su tipología de problemas, con terminología de *realización* más que de *expectativa*, entre: problemas resueltos, problemas no resueltos y anomalías (que es en cierta similitud con LEPLIN), pues ellas al ser solucionados por una teoría alternativa, constituyen un desafío refutador por competencia con la teoría alternativa, mientras que los segundos, en la comparación de la competencia, muestra que ninguna teoría es una opción válida frente a este problema, para luego aplicarlo a una definición un tanto tosca de hipótesis *ad hoc* sobre la base de resolver anomalías en este sentido. Vid. L. LAUDAN, *El Progreso y sus Problemas*. pp. 46 a 61 y 154 y 155.

⁴⁸² J. LEPLIN, “The Concept of an *Ad Hoc* Hypothesis”, p. 317.

⁴⁸³ J. LEPLIN, “The Concept of an *Ad Hoc* Hypothesis”, p. 333.

La función de *E*, para LEPLIN, es de ser la base de la calificación de *T* como inadecuada, cuando señala: “En general consideraré *E* como anómalo para *T*, si *E* es fundamento suficiente para juzgar *T* como inadecuada.”⁴⁸⁴.

Finalmente, la función de *H* es que con su introducción se retira la calificación de anomalía para *T* suplementada por *H*.

ii. La *condición de justificación*⁴⁸⁵. Se trata de la expresión de relaciones formales de la hipótesis o la teoría con las razones que den garantía de justificación frente a un problema especial. Aquí se recoge, *en parte*, la influencia del no apoyo *independiente*, en el sentido de que la hipótesis es una introducida en respuesta a *un experimento*, el cual proporciona su *única justificación* y carece de una justificación teórica independiente. Es así que señala, por ejemplo, que “la anomalía que remueve la hipótesis no sólo proporciona su único soporte experimental [de la hipótesis], sino que, en términos más generales, la anomalía es el único problema que enfrenta la teoría”⁴⁸⁶. Esto LEPLIN lo expresa en la siguiente formulación:

Si se introduce una hipótesis *H* en una teoría *T* en respuesta a un resultado experimental *E*, entonces si *H* es *ad hoc*, *E* es evidencia de *H*.

Pero ella, a su vez, es sometida a tres condiciones:

- (a) Ningún otro resultado experimental disponible, que no sea *E*, es evidencia de *H*.
- (b) *H* no tiene aplicación para el dominio de *T*, aparte de *E*, es decir, sólo busca eliminar la anomalía.
- (c) *H* no tiene soporte teórico independiente.

La explicación de la *naturaleza* de esta condición lo señala su propio nombre: de justificación, en el sentido de ser una condición lógica, no empírica (de ello se ocupará la condición tentativa); una estrategia muy parecida a la de POPPER sobre la falsación⁴⁸⁷. La justificación experimental o el apoyo teórico de LEPLIN no implican una base de *contrastación empírica*, sino que los enunciados estén interrelacionados lógicamente con *enunciados de corte empíricos*, del tipo: “la extensión del cuerpo de los brazos del interferómetro sufren una contracción en la interacción con el éter en el experimento Michelson-Morley”, o *enunciado teóricos* con vinculación a otras teorías sobre afectación de moléculas por ejemplo. Pero nada de ello implica existencia real de evidencia confirmatoria o disconfirmatoria, cuestión sobre la cual se encarga la siguiente condición.

Aquí parece recibirse, además, la influencia de K. SCHAFFNER, en cuanto a que la hipótesis *ad hoc* no tiene un “soporte teórico o experimental independiente”⁴⁸⁸. En este

⁴⁸⁴ J. LEPLIN, “The Concept of an *Ad Hoc* Hypothesis”, p. 317.

⁴⁸⁵ J. LEPLIN, “The Concept of an *Ad Hoc* Hypothesis”, p. 318 y ss.

⁴⁸⁶ En contra de esta interpretación J.C. HUNT, basado en que realmente el cargo de *ad hocidad* está dirigido contra la teoría misma, por un problema de fundamentalidad (“On *Ad Hoc* Hypotheses”, p. 10).

⁴⁸⁷ Recordemos que POPPER distingue entre la falsación en un sentido lógico y la falsación en un sentido empírico. La falsación en un sentido lógico es una relación entre enunciados, y se apoya en la lógica del *modus tollens*, mientras que la falsación empírica pertenece al dominio de la psicología de la investigación, y origina la apertura permanente de la discusión (del mismo, “Los Dos Significados de Falsabilidad”, pp. 3 y ss. y *La Lógica de la Investigación Científica*, pp. 42 y 43).

⁴⁸⁸ K. SCHAFFNER, supone una teoría remendada *ad hoc* *T*₁’, sobre la cual recaen los análisis para determinar si las modificaciones poseen un respaldo independiente (por ejemplo, de otra teoría) o si proporcionan resultados

sentido LEPLIN niega tanto que un apoyo experimental adicional, como que un apoyo teórico aparte, se *acumulen* en una hipótesis *ad hoc* en el momento de su introducción. i) En cuanto al apoyo experimental, la hipótesis *H* parece responder a la anomalía: “la anomalía que remueve la hipótesis no sólo proporciona su único soporte experimental, sino que... [es] el único problema que enfrenta la teoría”, pero no más allá de ello. ii) Respecto al apoyo teórico, señala que no hay leyes o principios de otras teorías todavía viables que provean de buenas razones para apoyar la proposición, de manera independiente, de *H*⁴⁸⁹. Así, el requerimiento tiene un carácter “especial” más fuerte que la noción de HOLTON, precisamente por la no conexión con otras teorías.

En el caso de la hipótesis de la contracción, señala LEPLIN, es relativamente claro que ésta se expuso para el experimento Michelson-Morley, y que las ecuaciones fundamentales de la teoría de los electrones aplicadas a la contracción “según admitió Lorentz, no tenían una base adecuada para su imposición”⁴⁹⁰.

iii. La *condición de tentativa (de confirmación)*⁴⁹¹. Esta condición tiene una naturaleza *empírica* (no lógica), relacionándose con el problema de la confirmación, como veremos.

LEPLIN la formula de la siguiente manera:

Si una hipótesis *H* es *ad hoc*, entonces no hay fundamentos suficientes para sostener que *H* es verdadera y no hay fundamentos suficientes para sostener que *H* es falsa, cuando ella es introducida.

Esta condición parece tener una doble influencia. Una explícita de la contracción de Lorentz y otra implícita sobre los inobservables.

▸ Como se puede intuir, ésta es una generalización de la hipótesis de la contracción de Lorentz, para el experimento Michelson-Morley, con dos pies: uno interno y otro externo. El interno refiere al experimento mismo al que se dirige la hipótesis *ad hoc*: se trata de que la hipótesis *ad hoc* es difícil o imposible de probar, como lo planteado por Lorentz, en orden a que en el fondo es muy difícil medir la contracción de los cuerpos (los brazos del interferómetro), porque es extremadamente pequeña. Desde el punto de vista externo, no había otra evidencia que respaldara la contracción, pero ella no es una asunción nuclear o básica, como en el enfoque del apoyo independiente, sino una faceta más del problema: en su momento la hipótesis no tenía otros méritos para apoyarse. Por dichas razones fue calificada de indecidible.

▸ M. HESSE, comentando la hipótesis de la contracción, señaló que si bien *H* se podía reconciliar con la teoría de la electrodinámica, la estratagema “es *ad hoc*”, porque entrañaba

interesantes y/o contrastables adicionales. Luego de ello, pasa a distinguir: si la respuesta es positiva, *T₁'* se aceptará como avance; pero, si la respuesta es negativa, la modificación —la hipótesis tallada— se denominará “*ad hoc*” (“Einstein versus Lorentz: Research Programmes and the Logic of Comparative Theory Evaluation”, pp. 67 y 68).

⁴⁸⁹ J. LEPLIN, “The Concept of an *Ad Hoc* Hypothesis”, p. 319.

⁴⁹⁰ J. LEPLIN, “The Concept of an *Ad Hoc* Hypothesis”, p. 319.

⁴⁹¹ J. LEPLIN, “The Concept of an *Ad Hoc* Hypothesis”, p. 320.

que el movimiento en el éter era en principio *inobservable*⁴⁹², lo que la volvía indecidible en principio. Esta observación es la que aparece estar transformada en una condición técnica, eliminando la problemática noción de inobservable en ciencia, pero absorbiéndola de forma extensiva.

De esta condición LEPLIN deduce que el cargo de *ad hocidad* en contra de una hipótesis, no es un compromiso para su “disconfirmación” (o falsación en sentido empírico) y su consecuente incorrección, ya que si no hay fundamentos suficientes para sostener que la hipótesis es falsa, entonces tampoco lo habrá para tal compromiso disconfirmatorio. Precisamente por ello es que esta condición de tentativa deja abierta la puerta para posteriores revisiones de su calificación acerca de la veracidad empírica⁴⁹³.

iv. La *condición de consistencia*. LEPLIN la formula de esta manera:

Si una hipótesis H , introducida en una teoría T , es *ad hoc*, entonces H es consistente con la teoría aceptada y con las proposiciones esenciales de T ⁴⁹⁴.

Para entenderlo se debe distinguir entre completitud y fundacionalidad como dos ejes. Adelantando, el problema de las hipótesis *ad hoc*, bajo esta condición, se trataría de uno de completitud teórica (a), mas no de falta de consistencia o de sus fundamentos (b).

Entonces, tenemos que: (a) un problema P , perteneciente al dominio de la teoría T ⁴⁹⁵, muestra que tal teoría T es *incompleta*, si una afirmación de P pertenece al dominio de T y si se puede lograr una solución satisfactoria de P suplementando T (mediante H). Por ejemplo, frente al experimento Michelson-Morley, la opinión de Lorentz era que la teoría de los electrones de Fitzgerald y Lorentz simplemente debía ser *extendida*, puesto que no sería necesario ningún cambio en la teoría tal como se había desarrollado hasta dicho momento⁴⁹⁶. Era simplemente la adición o suplementación a dicha teoría la que requería ser efectuada, frente a una teoría que adolecía de incompletitud, en principio.

Mientras que P , en las mismas condiciones, muestra que T es *no-fundacional*, si la solución no satisfactoria de P puede lograrse, sin el rechazo de proposiciones en T y su reemplazo por proposiciones inconsistentes con T . Es decir, tiene fundamentos suficientes para admitir las suplementaciones. El ejemplo que plantea lo obtiene de SHAPER, en cuanto a que la objeción a la teoría de los electrones de Lorentz, “requiere la medida más drástica de abandonar al menos partes de la teoría”⁴⁹⁷, precisamente por la falta de fundamentos para solucionar el problema de forma adecuada, y que no se satisface por la mera suplementación. Porque una extensión relativista constante de la teoría —como se requeriría para solucionar “adecuadamente” el problema— era imposible⁴⁹⁸.

⁴⁹² El argumento de M. HESSE, lo apoya en una concepción operacionalista, en cuanto a que las cantidades inobservables pueden tener un ingrediente esencial en una teoría, que implique ser apoyada por un experimento de otras maneras, pero la ausencia de medios de medición sugiere que la cantidad puede no estar cumpliendo ninguna función en la teoría, y que, por lo tanto, debe ser eliminada. (HESSE, *Forces and Fields*, pp. 228 y 229).

⁴⁹³ J. LEPLIN, “The Concept of an *Ad Hoc* Hypothesis”, p. 321.

⁴⁹⁴ J. LEPLIN, “The Concept of an *Ad Hoc* Hypothesis”, p. 327.

⁴⁹⁵ Una teoría no se juzga incompleta por no dar explicaciones o predicciones fuera de su dominio, señala LEPLIN (“The Concept of an *Ad Hoc* Hypothesis”, p. 325).

⁴⁹⁶ J. LEPLIN, “The Concept of an *Ad Hoc* Hypothesis”, pp. 321 y 322.

⁴⁹⁷ J. LEPLIN, “The Concept of an *Ad Hoc* Hypothesis”, p. 322.

⁴⁹⁸ J. LEPLIN, “The Concept of an *Ad Hoc* Hypothesis”, p. 323.

De aquello señala las siguientes cláusulas: “Tratar a *P* como un problema de completitud es intentar su solución introduciendo nuevas hipótesis en *T* sin abandonar ninguna de las proposiciones que *T* ya contiene. Tratar a *P* como un problema de fundacionalidad es intentar su solución reemplazando proposiciones en *T* por otros, o reemplazando a *T* mismo.”⁴⁹⁹.

Si hay incoherencia o inconsistencia de la hipótesis *ad hoc*, la teoría podría ser estimada como *descartable* e incluso como *falsa*. De esto LEPLIN sigue que un científico que *trata* un problema como de completitud en lugar de fundacionalidad, está intentando una solución que defienda la teoría tal como se desarrolló hasta ahora y la mejore extendiendo su aplicabilidad a su dominio. Por lo que su conclusión preliminar es que, *suplementar* una teoría mediante una hipótesis *ad hoc*, es *tratar* la anomalía como un problema de completitud⁵⁰⁰.

Sin embargo, relativiza esta condición, al parecer siguiendo la sugerencia de QUINE y LAKATOS⁵⁰¹ acerca del cinturón protector del núcleo esencial de una teoría. LEPLIN introduce la distinción entre *aseveraciones periféricas* y *proposiciones esenciales*. Respecto de lo cual permite introducir inconsistencia entre las suplementaciones de hipótesis *ad hoc* con las aseveraciones periféricas. Define las esenciales de la siguiente manera: *P* es una proposición esencial de *T*, si el rechazo de *P* contara, a juicio de la comunidad científica, como un rechazo de *T*, independientemente de la retención de otra hipótesis. La noción de no-esencial (*inesencial*) es residual para LEPLIN⁵⁰². La identificación de esta última se realiza mediante la referencia a teorías que compiten con *T*, en tanto que las proposiciones esenciales las señala como los aspectos cruciales en los que difieren las teorías competidoras. Por ejemplo, en la teoría de Lorentz lo serían el principio del electro-atomismo, la asunción de un éter estacionario y las ecuaciones fundamentales que relacionan campos eléctricos y magnéticos⁵⁰³.

v. La condición de no fundacionalidad:

Si una hipótesis *H*, introducida en una teoría *T* en respuesta a un resultado experimental *E*, es *ad hoc*, entonces hay otros problemas, además de *E*, que confrontan a *T*, por lo que hay buenas razones para creer que están relacionados con *E* en los siguientes aspectos:

- (a) Estos problemas junto con *E* indican que *T* es no fundacional.
- (b) Ninguno de estos problemas, incluido *E*, puede resolverse satisfactoriamente a menos que esta no fundacionalidad sea removida.
- (c) Una solución satisfactoria a cualquiera de estos problemas contribuirá a la solución de los otros.

⁴⁹⁹ J. LEPLIN, “The Concept of an *Ad Hoc* Hypothesis”, p. 325.

⁵⁰⁰ J. LEPLIN, “The Concept of an *Ad Hoc* Hypothesis”, p. 326.

⁵⁰¹ W. QUINE, “Dos Dogmas del Empirismo”, pp. 87 y 88. LAKATOS, “La Falsación y los Programas de Investigación Científica”, pp. 66 a 68 y 71.

⁵⁰² Todo ello es sin perjuicio de que además, la distinción atravesase otra, cual es la de axiomas y teoremas de una teoría interpretada como un sistema deductivo (J. LEPLIN, “The Concept of an *Ad Hoc* Hypothesis”, nota 45, p. 328).

⁵⁰³ Cfr. J. LEPLIN, “The Concept of an *Ad Hoc* Hypothesis”, pp. 326 y 327.

Para LEPLIN, la cuestión de la *ad hocidad* es una relación de tres términos: hipótesis H , evidencia E y la teoría base T ⁵⁰⁴. En una innovación de LEPLIN, cambia el punto de inflexión desde la hipótesis H a la teoría T , de manera que el cargo de *ad hocidad* es revelador, en el fondo, de que la teoría T se encuentra en un entredicho metodológico mayor (esto trastoca por completo el análisis sobre H , el que pasa a relativizarse, lo que se manifiesta en esta condición).

Es así que la hipótesis H es un medio de encubrir los problemas de falta de fundamentos adecuados por parte de T para enfrentar los problemas que la aquejan. Es la expresión técnica de lo que Einstein calificó, quizás más intuitivamente a la contracción de Lorentz, como no ir al fondo del asunto⁵⁰⁵. Desde la perspectiva del autor que la introduce, se trata de un instrumento para encubrir el radical problema de la falta de fundamentos suficientes de la teoría aceptada, para dar cuenta de la anomalía experimental, así como de la falta de adecuación de la fundamentación de T para el conjunto de problemas que la afectan. Así, expresa que Bohr y su principio de la correspondencia es falso, de manera que no puede esperarse una suplementación para corregirlo⁵⁰⁶ (de lo falso se puede seguir cualquier cosa). En el fondo, como dice LEPLIN, “ H evade el problema real”⁵⁰⁷.

Así, en este modelo de LEPLIN existen dos razones, principales, para juzgar que una hipótesis sea *ad hoc*⁵⁰⁸.

En primer lugar, se trata de un tema de tratamiento y contexto: “la hipótesis trata la anomalía experimental que se introduce para eliminar como un problema de completitud, mientras que hay buenas razones para sostener que la anomalía en realidad constituye un problema de fundacionalidad”.

La segunda, “la hipótesis contribuye a la solución de un sólo problema, aunque hay buenas razones para sostener que cualquier solución satisfactoria a este problema también debe contribuir a la solución de otros problemas importantes”.

Sin embargo, por estas razones, no basta la suplementación de la teoría, la que es propia de la categoría de los problemas de incompletitud.

La conclusión de LEPLIN es que desde el punto de vista de la *calificación de la hipótesis*: la evaluación de que H es *ad hoc*, es el juicio de que “estos problemas adicionales requieren una modificación importante de T ”. Mientras que desde el punto de vista de la *función de aquélla*, señala: el “punto de la modificación efectuada por H es preservar T esencialmente intacto”. Luego, la *ad hocidad* de H es simplemente una “respuesta demasiado conservadora” a un problema de la adecuación de los fundamentos de T para responder a un conjunto de cuestiones y que debería provocar una reevaluación de los supuestos esenciales de T ⁵⁰⁹.

⁵⁰⁴ Cfr. J. LEPLIN, “The Assessment of Auxiliary Hypotheses”, p. 237.

⁵⁰⁵ Cfr. J. LEPLIN, “The Assessment of Auxiliary Hypotheses”, p. 237.

⁵⁰⁶ Cfr. J. LEPLIN, “The Concept of an *Ad Hoc* Hypothesis”, p. 324.

⁵⁰⁷ Cfr. J. LEPLIN, “The Assessment of Auxiliary Hypotheses”, p. 237.

⁵⁰⁸ J. LEPLIN, “The Concept of an *Ad Hoc* Hypothesis”, p. 330.

⁵⁰⁹ Cfr. J. LEPLIN, “The Assessment of Auxiliary Hypotheses”, p. 237.

* El rasgo de no definitividad de los juicios de *ad hocidad*

Los juicios relativos a las hipótesis *ad hoc* no son definitivos en un doble carácter: tanto desde el punto de vista de la condición de no fundacionalidad, como de la de tentativa, pero en diferentes planos. Respecto de la primera, dado que la relación de *ad hocidad* es más bien compleja, ya que concierne a un conjunto de problemas relacionados y no sólo con *E*, la conexión con ese paño de problemas puede no ser evidente. Esto trae como consecuencia que el cargo de *ad hocidad* puede ser debatido. De esta manera, puede ser necesaria una investigación posterior que confirme o no la pretendida conexión, base del juicio de la *ad hocidad*⁵¹⁰. Por la segunda, dado que la hipótesis *ad hoc* no constituye un compromiso de disconfirmación de la hipótesis, pero tampoco de confirmación —como en el caso de la contracción de Lorentz, que indica que las variaciones de tamaño serían tan pequeñas que es muy difícil lograr una medición de ellas—, deja abierta la posibilidad de investigación de tal cuestión⁵¹¹.

Observaciones

—En primer lugar, el problema de la no fundacionalidad no es una relación de términos *T*, *H* y *E*, como indica LEPLIN. Precisamente porque el establecimiento de la no fundacionalidad está relacionado con el de adecuación. Dicha adecuación está ligada a un *conjunto de problemas*, en donde sólo uno de los cuales es *E*. Por lo mismo, la relación parece ser más bien cuadrangular, en donde existe el conjunto *P*, que es básico para juzgar el carácter *ad hoc* (pues da origen a la calificación de no fundacionalidad).

—Además, trastoca la visión de las hipótesis *ad hoc*, ya que confunde el problema conceptual con el evaluativo o de tratamiento de las hipótesis *ad hoc*. El problema evaluativo de fondo es si la teoría suplementada por las hipótesis *H*, es aceptable o no metodológicamente. En ese sentido, lleva razón en hacer la evaluación en relación con el conjunto de problemas que tiene la teoría. Sin embargo, dado que el problema conceptual es uno calificativo de la propia hipótesis *H* introducida, es muy poco razonable, para este mero efecto, introducir la cuestión de los fundamentos de la teoría *T*.

No obstante, el trasvasije del problema de la *ad hocidad* a *T*, puede tener un rendimiento. Ello en cuanto a identificar una *situación de ad hocidad*. El escenario de *ad hocidad* es una *T* como teoría auxiliada y básica, que tiene la primacía de aplicación sobre la anomalía *E*, y no por parte de *H*. En dicha situación es *T* la teoría principal “a aplicar” sobre *E* y no *H*. *E* está dentro de su dominio por la propia configuración teórica de *T*, de manera de que *E* debe quedar regida o incluida tanto como fuere posible por *T*. Entonces, en la explicación de no fundacionalidad, la falla del fundamento nos indica que es una explicación auxiliar (no en sentido técnico) la que concurre en ayuda. Pero esto no es una disputa de dos teorías, como la newtoniana y la de la relatividad donde una anula a la otra. Más bien la

⁵¹⁰ J. LEPLIN, “The Concept of an *Ad Hoc* Hypothesis”, p. 331. El ejemplo que plantea LEPLIN tiene relación con la teoría electrodinámica de Maxwell y Lorentz, en donde se requería el planteamiento “una fuerza desconocida y teóricamente extraña para dar cuenta de la estabilidad del electrón”, como así mismo la dualidad de tratamiento del electrón como partícula y como onda (*ibíd.*).

⁵¹¹ J. LEPLIN, “The Concept of an *Ad Hoc* Hypothesis”, p. 321.

situación de *ad hocidad*, importa la concurrencia de un instrumento especial de ayuda, una hipótesis que no está en franca competencia con ella, aunque sus dominios se superpongan y aunque sean incompatibles. La diferencia en los niveles de generalidad y particularidad, hace que se pueda interpretar el escenario de *ad hocidad* no como una carrera por ser la dominante en un ámbito explicativo general. La particularidad de la solución verdadera es el ámbito de acción de la hipótesis, que viene a prestar el servicio explicativo que no puede suministrar *T* por sí misma.

—El juicio de *ad hocidad* es exageradamente peyorativo. Como señala LEPLIN la *ad hocidad* no sólo se pronuncia sobre el problema que hay entre la teoría y el experimento *E*, sino que unido a otros problemas muestra que realmente *T* no tiene fundamentos suficientes para hacerse cargo de los problemas. En tal sentido, el juicio evaluativo sobre *T* supera con creces el de la relación de *T* con *E*, y pasa a pronunciarse, indebidamente, acerca de la propia virtud de *T* para con diversos problemas no sólo con *E*, lo que cae fuera de la propia relación especial de *T* con *E*, que acompaña a la idea de respuesta especial propio de lo *ad hoc*. En tal sentido, este juicio de sólo *ad hocidad* parece implicar más elementos que los propios de lo *ad hoc*, siendo un juicio global de la teoría para responder a los problemas, esto es, de su capacidad explicativa que si bien está relacionado con la *ad hocidad* lo excede como juicio, puesto que precisamente supone un juicio relacional de todos los problemas de *T* con toda la evidencia disponible de la cual debe dar cuenta, no tan sólo con *E*.

—A. GRÜNBAUM efectúa una crítica como analítico del lenguaje. Utiliza los sentidos recogidos en el *New International Dictionary Webster* (2ª edic. de 1958) acerca del término “*ad hoc*”, en cuanto a que éste no recoge en su sentido la condición de no fundacionalidad de LEPLIN, en la medida que recoge el uso científico tradicional (cuestión que además es pretendida por LEPLIN en su definición de condiciones). Cita el texto en cuanto señala: “*perteneciente a, o para el propósito de este solo caso; —dicho de una hipótesis o razón aducida para explicar un fenómeno o clase de fenómenos, y que no tiene otra aplicación por la cual pueda testearse su validez e importancia*”. Agrega, además, que tampoco encuentra respaldo como requisito en la literatura científica —citada por HOLTON en un texto del año 1969—. A su juicio (y dada la pretensión monista de LEPLIN), este reproche no podría ser considerado como “insignificante”⁵¹².

—A pesar de todo, GRÜNBAUM considera en algo valiosa la consideración de la no fundacionalidad. Sin embargo, la estima una consideración muy fuerte, y de este modo demasiado restrictiva o específica, ya que deja muchos casos afuera, pronunciándose en favor de una mirada de mayor amplitud, que abarque más casos epistémicos dentro de la noción de *ad hocidad*, que meramente mostrar la incompatibilidad del auxiliar con el núcleo de la teoría auxiliada⁵¹³. Le critica mediante el caso de la perturbación de la órbita de Urano, en que la intervención de la hipótesis (*ad hoc*) de la existencia de un planeta inobservable y sin corroboración —modificando la configuración del sistema solar— fuese una postulación coherente con la teoría newtoniana, para el cálculo de su órbita, sin que existiese la incompatibilidad con los fundamentos de dicha teoría, según la condición de la teoría de LEPLIN. Y agrega, desde el punto de vista histórico, que los astrónomos de la época

⁵¹² A. GRÜNBAUM, “*Ad Hoc Auxiliary Hypotheses and Falsificationism*”, pp. 353 y 354.

⁵¹³ A. GRÜNBAUM, “*Ad Hoc Auxiliary Hypotheses and Falsificationism*”, p. 360.

—que ya tenían recelos epistémicos sobre una u otra versión de la hipótesis de los planetas intra-Mercuriales (Vulcano)— no parecían haber expresado inquietudes epistémicas con respecto de la no-fundamentalidad de la teoría de la gravitación newtoniana⁵¹⁴. En el fondo cuestiona la necesidad de la condición⁵¹⁵.

—La condición de tentativa no es una condición necesaria. Dicha condición está construida de forma demasiado estricta siguiendo el devenir de la contracción de Lorentz para el experimento Michelson-Morley. Efectivamente, la condición se cumple a cabalidad en la hipótesis de la contracción, ya que en principio el propio Lorentz señalaba que las variaciones de la extensión de los brazos del interferómetro eran tan pequeñas que era muy difícil medirlas. Sin embargo, ello no implica que una hipótesis *ad hoc* se agotase en ese tipo o condición. Si seguimos la línea argumentativa de LEPLIN, y sostenemos que las hipótesis *ad hoc* pueden actuar como complementarias de una teoría T_1 , que no logra dar cuenta de una anomalía E , por problemas en los fundamentos, entonces cabe perfectamente la opción de que la explicación de dicha anomalía mediante una hipótesis especialmente confeccionada H , que se complemente con una teoría, pueda dar una explicación consistente con las anomalías. Ciertamente el reproche de falsedad por la inconsistencia puede recaer sobre aquéllas, e incluso la falsación. Pero como se trata de teorías en competencia, si no existe una teoría alternativa T_2 en competencia no se va a poder prescindir de T_1 , ni de la hipótesis complementaria aunque inconsistente. Esto parece ser el problema de la fórmula de Planck para dar cuenta de las discontinuidades energéticas del espectro del cuerpo negro, de las cuales, justamente, daba cuenta de manera precisa y se sabía desde el principio —aunque era claramente inconsistente con las leyes de la física clásica—, pero al no haber una teoría alternativa como la mecánica cuántica, la teoría clásica se tuvo que mantener, así como el carácter de *ad hoc* de la hipótesis de Planck⁵¹⁶. Si esto es correcto, la condición es meramente contingente, y no necesaria⁵¹⁷.

Por lo demás, la categorización descarta hipótesis que son descaradamente *ad hoc*, pero que sólo implican la corroboración de la anomalía, y nada más.

—Se critica a la condición de anomalía por ser demasiado restrictiva y eventualmente subjetiva. S. FRIEDERICH, R. HARLANDER y K. KARACA⁵¹⁸, han objetado que la frase “en respuesta a” (“*in response to*”) debe entenderse como que implica que la teoría T se tuviese que conocer antes de la existencia de la anomalía E . Pues bien, la restricción “ T antes de E ”, tiene el problema de que vendría a excluir situaciones donde la teoría T , está en conflicto con los datos experimentales E ya existentes antes que T , y es “rescatada” de este conflicto

⁵¹⁴ A. GRÜNBAUM, “Ad Hoc Auxiliary Hypotheses and Falsificationism”, p. 355 a 357.

⁵¹⁵ La réplica de LEPLIN, parte por reconocer que los astrónomos de la época de la hipótesis de Urano y Mercurio, no invocaron una crítica como la que éste invoca con la cláusula de no fundacionalidad. Su estrategia de ataque es más bien comparativa mostrando la mala solución de las nociones que implican la contrastación independiente (Vid. J. LEPLIN, “The Assessment of Auxiliary Hypotheses”, pp. 241 y ss.)

⁵¹⁶ Vid. B. LOVETT, *Los Creadores de la Nueva Física*, pp. 48 a 89.

⁵¹⁷ Además, esto refutaría una distinción que plantea SCHAFFNER en orden a que si analizada la modificación, ésta es confirmada, entonces la teoría es aceptada; mientras que si es negativa, la modificación —la hipótesis tallada— se denomina *ad hoc* (“Einstein versus Lorentz: Research Programmes and the Logic of Comparative Theory Evaluation”, p. 67).

⁵¹⁸ F. FRIEDERICH, R. HARLANDER y K. KARACA, “Philosophical Perspectives on Ad Hoc Hypotheses and the Higgs Mechanism”, p. 3906.

por una hipótesis *H*. —Si bien es cierto que parece difícil que ello ocurra no es imposible. En tal sentido, las teorías no son perfectas, y la mecánica cuántica puede dar buena cuenta de ello, y, en ciertas ocasiones, perfectamente se puede requerir una explicación *ad hoc* para “suplementar” la teoría en términos cognoscitivos, lo que tendría pleno sentido epistemológico y sin quitarle el sentido de *ad hoc*, pues entrega conocimiento de ciertos hechos específicos, y sin la cual, tales hechos se podrían quedar sin explicación. A juicio de los autores, la aplicación de la restricción, impediría adscribir el calificativo de *ad hoc* al mecanismo de Higgs del modelo estándar, no obstante los reparos de los físicos a aquél⁵¹⁹.

Explican dichos autores, que el mecanismo de Higgs fue introducido no para solucionar una anomalía experimental, sino ciertas dificultades teóricas internas, a saber: un déficit matemático de la teoría, un vacío explicativo. Se trató de eliminar los términos masivos de la teoría, de manera que la contabilización de masas de partículas por el mecanismo de Higgs hiciese que la teoría se “re-normalice”, es decir, que sea matemáticamente consistente —según los estándares de la teoría cuántica de campos convencional— y predictiva hasta energías arbitrariamente elevadas⁵²⁰.

—Igualmente, FRIEDERICH, HARLANDER, y KARACA observan a LEPLIN el uso demasiado restringido de lo *ad hoc* como respuesta a un resultado *experimental* que no lo confirma. Esto es, que podría haber casos en los que algunas hipótesis se clasificasen correctamente como “*ad hoc*”, aunque sin estar conectadas a ninguna anomalía experimental; como sería el caso de una anomalía teórica⁵²¹. El asunto se presta para ambigüedad evaluativa. Para el modelo, ello debería constituir un error. Sin embargo, para LEPLIN, como dicen los autores, tal caso aún no se ha presentado en la práctica científica⁵²²; por lo que pudiese ser que para él, sí pudiese calificarse correctamente como tal. El problema para estos autores es que el mecanismo de Higgs del modelo estándar “constituye precisamente ese caso”.

⁵¹⁹ Entre las críticas que citan están la del influyente físico S. Weinberg (ganador del premio Nobel por sus trabajos en este mecanismo): “nuestro modelo tiene demasiadas características arbitrarias para que estas predicciones se tomen muy en serio”. Entre ellas están las siguientes. 1. El mecanismo de Higgs en su momento no tenía evidencia a su favor. 2. Se critica que solamente el campo de Higgs sea el único campo escalar (y no vectorial) en el modelo estándar de partículas; así E. Farhi y R. Jackiw. del MIT señalan que “a menudo se cree que el mecanismo de Higgs [...] es una característica insatisfactoria de la teoría. No hay evidencia experimental para campos escalares fundamentales, que se introducen de manera *ad hoc* con interacciones *ad hoc* únicamente para efectuar el desglose de simetría. No hay otra razón teórica convincente para los campos escalares”. 3. Se critica la concepción del vacío como está impregnado por un campo de Higgs no desvanecible es conceptualmente problemática. Así el físico K. Moriyasu compara el “campo de Higgs [...] con un ‘éter’ anticuado que impregna todo el espacio-tiempo [y] actúa como un medio de fondo continuo incluso en distancias cortas”. Finalmente, M. Morrison critica la artificialidad de un vacío distinto de cero: “estamos tratando con campos cuyo valor promedio es distinto de cero, donde se dice que el vacío tiene un valor de expectativa distinto de cero”. 4. Se critica que todos los demás casos conocidos de ruptura de simetría en la naturaleza son dinámicos, es decir, debido a campos compuestos, en lugar de campos fundamentales como el Higgs. En el mecanismo de Higgs falta una explicación dinámica y la simetría de ruptura se implementa “por decreto” o estipulación. F. FRIEDERICH, R. HARLANDER y K. KARACA, “Philosophical Perspectives on Ad Hoc Hypotheses and the Higgs Mechanism”, pp. 3897, 3900 a 3903.

⁵²⁰ F. FRIEDERICH, R. HARLANDER y K. KARACA, “Philosophical Perspectives on Ad Hoc Hypotheses and the Higgs Mechanism”, p. 3909.

⁵²¹ F. FRIEDERICH, R. HARLANDER y K. KARACA, *ibíd.*

⁵²² F. FRIEDERICH, R. HARLANDER y K. KARACA, *ibíd.*

Para mí esto presenta dos problemas más en este punto. Por una parte, es muy restrictiva frente a ciertas anomalías no experimentales ni teóricas. Es así que usualmente en medicina suele enfrentarse a ciertos problemas que no son experimentales, sino de la práctica médica, que requieren explicación. Como la propagación de ciertas enfermedades en un cierto espacio o territorio, o de un cierto paciente, que muchas veces deben ser explicadas y puede recurrirse a una hipótesis *ad hoc* (la hipótesis de Semmelweis, que recuerda HEMPEL, sobre la fiebre puerperal, provocada por materia infecciosa, admite la hipótesis adicional de que si las personas que atienden a los pacientes se lavan las manos con solución de cal clorurada, decrecerán las enfermedades de este tipo, admite precisamente explicaciones *ad hoc*, fuera de lo experimental⁵²³). Y qué decir de las cuestiones que ocurren en economía y psicología en que no se actúa siempre sobre la base de resultados experimentales. En suma, todas aquellas disciplinas que trabajan aparte o además de los resultados experimentales, y que requieran brindar explicación de ciertos aspectos de la realidad quedarían fuera arbitrariamente de la categoría de las hipótesis *ad hoc*. Esto cobra mucho interés especialmente respecto de las pseudociencias, en donde es un recurso usual el proceder mediante estrategias de inmunización, entre otras, como las hipótesis *ad hoc*, para salvar una explicación. Por otra, la explicación deja afuera todos los problemas de teoría matemática que surten de explicaciones a ciertos resultados o predicciones respecto de las construcciones matemáticas. Es así que existen una serie de cuestiones inciertas en las propias matemáticas sobre las cuales teorizamos, como por ejemplo, la finitud o infinitud de la secuencia de los números primos, la extensión final de π . Sobre todas ellas caben explicaciones y errores, que pueden ser justificadas mediante cambios teóricos o explicaciones *ad hoc*, que quedarían fuera si nos restringimos sólo a las cuestiones experimentales.

—Además, critican los autores mencionados, respecto a las complicaciones que enfrenta la teoría T , en relación con los otros problemas aparte de E , para efectos de la determinación de la no fundacionalidad, que la explicación no especifica que tan severos han de ser los otros problemas⁵²⁴. En ese sentido, si la *ad hocidad* de la hipótesis H , depende de ciertos otros problemas de contexto, es menester determinar la trascendencia para que se pueda estimar que hay un problema más grave de falta de fundamentos adecuados en la teoría, para enfrentar el conjunto de problemas. Si la no fundacionalidad de la teoría depende del conjunto de problemas, y la trascendencia de los problemas depende de que se dé el resultado de falta de fundacionalidad, parece haber un hálito de circularidad en la explicación de LEPLIN.

—S. SCHINDLER, por su parte, realiza una crítica con el trasfondo del conflicto preductivismo y adaptacionismo, relativo al valor de la predicción de hechos nuevos por parte de una teoría y la adaptación de ella a los hechos previos. Estimando como una virtud favorable la predicción como criterio de selección de teorías. Así señala SCHINDLER: si hay un fenómeno E que la teoría en cuestión T acomoda o adapta al invocar una hipótesis H —de forma aparentemente *ad hoc*—, entonces H no podría ser *ad hoc*, incluso cuando no

⁵²³ C. HEMPEL, *Filosofía de la Naturaleza*, p. 43.

⁵²⁴ F. FRIEDERICH, R. HARLANDER y K. KARACA, “Philosophical Perspectives on Ad Hoc Hypotheses and the Higgs Mechanism”, p. 3909.

hubiese fenómenos distintos de *E* que indiquen la falta de fundamentos adecuados de *T*. A su juicio, ello va en contra la noción intuitiva de lo *ad hoc* (“para esto”). Afirma que una explicación plausible de *ad hocidad*, debiese tener en cuenta “la posibilidad de una hipótesis o teoría que es *ad hoc* con respecto a un mismo fenómeno”⁵²⁵.

—Además, SCHINDLER opta por un ataque al contexto de problemas que justifican la noción de no fundacionalidad. A su juicio, el que existan otros problemas para justificar la no fundacionalidad de *T* —y así el carácter *ad hoc* de una hipótesis—, es una cuestión meramente contingente⁵²⁶. El asunto es que de todas maneras estaremos frente a una anomalía, a la cual viene a responder la hipótesis *H* especialmente, para salvar de problemas a la teoría, por lo cual no se ve razón para privarle del carácter de *ad hoc* a la hipótesis *H*.

—Finalmente, GRÜNBAUM critica un aspecto terminológico-categorial. Señala que la suplementación o complementación es propio del aspecto de incompletitud de una teoría, no de un problema con los fundamentos de la misma. Por lo expuesto, es que no puede LEPLIN considerar que la teoría auxiliada, se suplementa o complementa con *H*, si sostiene la condición de falta de fundacionalidad como axial para el modelo⁵²⁷.

(E) Las hipótesis *ad hoc* como una noción de falta de coherencia

E.1. Un antecedente de esta noción se encuentra en I. LAKATOS y E. ZAHAR, y su noción un tanto tosca de *ad hoc*₃. La idea central es que la hipótesis se constituiría arbitrariamente, por no estar fundamentada o no guardar coherencia con el espíritu del programa, por dos razones: porque la hipótesis “entra en conflicto” o porque “no concuerda”, en ambos casos con la “heurística del programa”⁵²⁸.

A juicio de ZAHAR, esta noción logra reflejar la noción intuitiva con que se trabaja en la práctica científica real sobre la *ad hocidad*. Esto es, porque parece arbitraria o si encaja pobremente en el programa de investigación, es decir, presenta un fallo en la *coherencia entre la hipótesis y teoría o teorías base del programa*⁵²⁹.

Desde una perspectiva *positiva*, la consecuencia de la falta de coherencia se puede ver en LAKATOS, en cuanto a que sería la existencia de una serie de hipótesis arbitrarias, aisladas y desconectadas, siendo paradigmática la hipótesis de Planck, utilizada para dar cuenta de la radiación del cuerpo negro y evitar la catástrofe del ultravioleta derivada de la suposición de la teoría clásica del continuo de la energía (esto es, que la naturaleza no da saltos de energía), mediante la introducción *ad hoc* de saltos de discontinuidad de energía. Por razón de esta discontinuidad —de la cual dieron cuenta Einstein y Ehrenfest, antes que el propio Planck—, ella no podía ser explicada o derivada en el seno del programa de la

⁵²⁵ S. SCHINDLER, “A Coherentist Conception of Ad Hoc Hypotheses”, p. 57.

⁵²⁶ S. SCHINDLER, “A Coherentist Conception of Ad Hoc Hypotheses”, p. 57.

⁵²⁷ A. GRÜNBAUM, “Ad Hoc Auxiliary Hypotheses and Falsificationism”, nota 1, pp. 329 y 330

⁵²⁸ E. ZAHAR, “Why did Einstein's Programme Supersede Lorentz's? (I)”, pp. 101 y 105. Es así que aquél escribía que “la teoría es *ad hoc*₃ si se obtiene de su predecesor a través de una modificación de las hipótesis auxiliares que no concuerda con el espíritu de la heurística del programa.”

⁵²⁹ E. ZAHAR, “Why did Einstein's Programme Supersede Lorentz's? (I)”, p. 105.

física clásica⁵³⁰ y se consideró la fundadora de una física cuántica inexistente para aquel momento y por muchos años más. Desde el *negativo*, ZAHAR presenta el ejemplo de porqué la contracción de Lorentz no era *ad hoc*³. Precisamente porque se *dedujo de una teoría más profunda*: la Hipótesis de las Fuerzas Moleculares, y ésta no introduce elementos extraños en el programa teórico de Lorentz (es coherente con éste, junto con la hipótesis de la contracción). Este juicio sobre la coherencia apoya la calificación de que la hipótesis de Lorentz no era *ad hoc*⁵³¹.

Quiero detenerme un poco más en detalle en uno de los casos paradigmáticos, pero complejos, de esta noción: la hipótesis de Planck. Ésta tiene interpretación dual, tanto por su creador como por los intérpretes de la historia de la ciencia. Por una parte, inicialmente, era integrante *prima facie* del programa newtoniano —puesto que bajo el propósito del autor se desarrolla en ese marco— frente a un problema un tanto absurdo y bochornoso. El problema en cuestión es que se predecía de la teoría que un cuerpo negro calentado a altas temperaturas, emitiría radiación en cantidades *infinitas*; lo que era absurdo y no tenía corroboración en la práctica (tenía así la teoría dominante una instancia de falsación o experiencia recalcitrante). Además, la hipótesis era ella misma una recombinación, bastante artificial, de dos hipótesis ya *ad hoc* que daban cuenta parcialmente, cada una por su lado, de aspectos parciales de la radiación de un cuerpo negro. Precisamente, la hipótesis se construyó para dar cuenta sólo de este problema de forma unitaria y reformular las hipótesis existentes. La fórmula se expresó como sigue: $E=hf$ ⁵³². Cuando se presentó, se dice que nadie sabía muy bien como funcionaba, por lo extraña⁵³³. Por otra parte, fue Einstein, principalmente, el que se dio cuenta que la fórmula no era derivable de la teoría newtoniana, sino que más bien se contradice con aquélla (no obstante que a juicio de Planck se habría derivado de las leyes de la teoría clásica newtoniana)⁵³⁴. Lo que implicaba que era una hipótesis suelta. Pero, además, importaba que la hipótesis no guardase coherencia con la teoría que se pretendía ayudar, sino que más bien ella misma era una razón para su refutación. Lo que se revela con mayor claridad en que cooperó en la construcción de teorías alternativas a la teoría newtoniana (la de la relatividad y la cuántica). Pero al no guardar coherencia y ser una hipótesis suelta, hecha para el caso especialísimo de dar cuenta de los resultados del cuerpo negro, adquiere un estatus de *ad hoc* dentro de esta noción.

Sin perjuicio de ello, hay que dejar constancia que desde el punto de vista de las virtudes o valores involucrados, la virtud de la coherencia aparece ligada de manera especial con la unidad (orgánica) en la explicación de ZAHAR, lo que hace que la

⁵³⁰ I. LAKATOS, “La Falsación y los Programas de Investigación Científica”, p. 107.

⁵³¹ E. ZAHAR, “Why did Einstein's Programme Supersede Lorentz's? (I)”, p. 106.

⁵³² La fórmula enuncia una relación de tres partes: entre una porción de energía E , denominado “cuánto” o “quantum” (de lo que deriva el nombre de la física cuántica), por una parte, y la frecuencia de una onda f relacionada con su longitud h , la cual se mantiene constante en su magnitud (la constante de Planck). B. LOVETT, *Los Creadores de la Nueva Física*, p. 83.

⁵³³ Como señala B. LOVETT, la fórmula es extraña porque consigna una igualdad entre la energía concebida como discontinua E , y la energía concebida como continua hf (*Los Creadores de la Nueva Física*, p. 83).

⁵³⁴ Así, Th. KUHN, *La Teoría del Cuerpo Negro y la discontinuidad Cuántica*, pp. 201 y ss.

explicación contenga ciertos elementos de ambas influencias (que luego se intentará depurar)⁵³⁵.

Observaciones

—Sin embargo, K. SCHAFFNER y L. LAUDAN criticaron la formulación de ZAHAR, resaltando la falta de determinación de los términos de su noción. Es así que el segundo expresa que nunca se revela que significaría (técnicamente) no estar en “consonancia” con “el espíritu de la heurística de un programa”, o destruir su “unidad orgánica”⁵³⁶. Mientras que SCHAFFNER señala que el espíritu de la heurística es tan vago que lo tornaría en inaplicable, ya que vuelve difícil determinar qué es lo que admite y qué excluye⁵³⁷.

E.2. E. MCMULLIN ha precisado más la noción mediante el instrumental de los valores epistémicos, separando la *coherencia* de la *unificación*. En tal sentido, señala que existen dos tipos de valores: uno como *objetivos o metas*, que son definitorios de la actividad científica, como la precisión predictiva (adecuación empírica) y el poder explicativo; y otros *instrumentales* a los primeros, que son medios para los fines o metas, son una marca de una “buena” teoría, es decir, ayudan a identificar las teorías con mayor probabilidad de explicar o predecir bien, como el *poder unificador* y la *coherencia*. Precisamente, es en tal marco que reconduce la coherencia a la “ausencia de características ad hoc”, de manera que hay *ad hocidad* cuando hay falta de coherencia⁵³⁸.

En su exposición liga la idea de coherencia en relación con la *posibilidad de explicación*. —Esto debería significar que la teoría para ser coherente debe poder dar una explicación de ciertos hechos de que trata, de manera que si es *ad hoc* la hipótesis no ofrece explicación alguna vinculada a las bases de la teoría; de forma que no basta salvar el fenómeno para la teoría. MCMULLIN lo ejemplifica en la confrontación del modelo copernicano con el ptolemaico. Es así que el modelo heliocéntrico copernicano podía *explicar o fundamentar* —es decir, proporcionar la causa— de toda una serie de características de los movimientos planetarios (muy especialmente de Venus y Mercurio), mientras que la teoría ptolemaica simplemente tuvo que postularlos como *dados*, introduciendo un dispositivo extra, añadido *ad hoc* para dar cuenta de ello, pero *inexplicable* de suyo propio para esta teoría. Sin embargo, la hipótesis *ad hoc* en el modelo ptolemaico no era completamente ajena a aquél, ya que salva el fenómeno para la teoría, dando cuenta de dichos movimientos, pero sólo de manera *predictiva*, *sin poder dar explicación* de aquello.

⁵³⁵ Como se dijo arriba, la explicación de ZAHAR producía cierta alianza entre la virtud de la coherencia con la unidad, en el sentido de una coherencia unificadora, esto es, que producía unificación. Ello porque parte de sus explicaciones aluden también a que se rompe la “unidad orgánica” de la teoría con estas hipótesis. Sin embargo, la explicación de ZAHAR se funda no en los términos propios de la idea de unidad, como sería de todo y parte, sino en las relaciones de conexión, acuerdo y conflicto, todas expresiones que más bien pertenecen a la idea de coherencia. Por el contrario, para ZAHAR la idea de unidad es sólo un *resultado* de la falta de coherencia, no su base constitutiva. E. ZAHAR, “Why did Einstein's Programme Supersede Lorentz's? (I)”, p. 105.

⁵³⁶ L. LAUDAN, *El Progreso y sus Problemas*. p. 158, n. 49.

⁵³⁷ K. SCHAFFNER, “Einstein versus Lorentz: Research Programmes and the Logic of Comparative Theory Evaluation”, pp. 68 y 69.

⁵³⁸ E. MCMULLIN “Rationality and Paradigm Change in Science”, pp. 67 y 68.

Entonces, el modelo copernicano, de acuerdo al criterio de “naturalidad”, elimina los rasgos *ad hoc*, que “podría llamarse coherencia” según MCMULLIN⁵³⁹. De esta manera, el sentido de lo *ad hoc* respecto de la coherencia queda separado de la unificación. Y, por el juego de valores, lo *ad hoc* se vuelve connotativamente peyorativo.

S. SCHINDLER, siguiendo el trabajo de E. MCMULLIN, derechamente apunta refinar esta concepción. Define la noción de *ad hoc*, en términos mucho más precisos que sus antecesores. La separa de la idea de unificación. Pretende que su explicación tiene ventajas conceptuales y descriptivas sobre sus competidoras, junto con una fertilidad de consecuencias para otros rubros, como el debate de la confirmación y el realismo⁵⁴⁰.

Lo primero es que distingue entre una concepción “pre-analítica” de hipótesis *ad hoc*, de un sentido técnico o analítico. La primera, ligada a la intuición de que aquella es introducida con el único propósito de “salvar” una teoría que enfrenta anomalías observacionales. A su juicio, esta concepción se encuentra más bien asociada a las *motivaciones* estratégicas: de porqué se usan estas hipótesis. Mientras que la segunda, es técnica porque pretende responder a la pregunta de por qué las hipótesis *ad hoc* son *epistémicamente deficientes* (lo que estará ligado con los valores en juego, reconstruido en una expresión técnica de coherencia). Esto último es lo que importa a SCHINDLER.

Expone la concepción técnica, bajo la influencia lógica de LEPLIN, presentando una definición en términos de condición necesaria y suficiente, de la siguiente manera:

“Una hipótesis H, cuando se introduce para salvar una teoría T de la refutación empírica por los datos E, es *ad hoc*, si y sólo si (i) E es evidencia de H y (ii) H parece *arbitraria* en cuanto a que H no es coherente con la teoría T ni con las teorías de trasfondo F, es decir, ni T ni F proporcionan una *buena razón* para creer que H (posiblemente especificando un valor particular de una variable), en vez de no H (o algún valor diferente al especificado por H)”⁵⁴¹.

Para comprenderla podemos mirarla en tres perspectivas: la del *definiendum*, la condición (i), y la condición (ii) (ambas del *definiens*).

Respecto del *definiendum*. Pareciera ser trivial, pero en realidad, lo que está haciendo aquí es recogiendo la concepción pre-analítica: que se introduce para salvar la teoría de un problema a efectos de su eventual refutación, frente a ciertos datos que la ponen en jaque. Además, se está comprometiendo con el objetivo específico de la inmunización, precisamente porque se introduce para salvar.

Respecto a la condición (i) del *definiens*. La considera trivialmente verdadera (aunque no lo es tanto). Podemos notar que es una condición empírica, porque la solución,

⁵³⁹ E. MCMULLIN, “Rationality and Paradigm Change in Science”, pp. 72 a 75.

⁵⁴⁰ S. SCHINDLER, “A Coherentist Conception of Ad Hoc Hypotheses”, p. 63.

⁵⁴¹ S. SCHINDLER, “A Coherentist Conception of Ad Hoc Hypotheses”, p. 59. En el original inglés el autor usa la consonante B para el trasfondo o Background, que he cambiado por F al castellano. Además, dado que el autor no utiliza cursivas para las letras símbolos, las mantendré así.

que es la hipótesis H, tiene como apoyo a dichos datos E. Pero según SCHINDLER, esta condición recepciona la idea de “acomodación” o *adaptación* para explicar las hipótesis *ad hoc*⁵⁴² (aunque ello no lo dice la definición, y sólo se puede intuir por el propio *definiendum*, en la equivalencia para salvar, tampoco especifica que sea la única evidencia).

SCHINDLER se manifiesta sobre la falta de suficiencia de estos puntos. Afirma que, salvar una teoría T de la refutación invocando una hipótesis H, no es suficiente para que esa hipótesis sea calificada de *ad hoc*. La razón la ofrece con un ejemplo descriptivo: la introducción de la hipótesis de Neptuno para explicar ciertos problemas en la órbita de los planetas y salvar la mecánica celeste newtoniana. A su juicio, nunca fue considerada *ad hoc*, de hecho. Bajo la interpretación de la coherencia, precisamente la teoría newtoniana proveía de buenas razones para considerar la existencia de otro planeta en las cercanías de Urano (aunque por razones tecnológicas no haya podido descubrirse hasta aquél momento), lo que explicaba las irregularidades de su órbita⁵⁴³. El resto es el camino largo.

La condición (ii) del *definiens* es, por una parte, una respuesta a la errónea consideración —a su juicio— de que basta la introducción de la hipótesis para salvar la anomalía, para calificar de *ad hoc* una teoría o hipótesis. Por otra, es la respuesta de oposición a la propuesta de LEPLIN, respecto a que la dificultad no puede ser de consistencia, esto es, de manera cualitativa. En esta noción, la hipótesis *ad hoc* plantea un problema cualitativo, no cuantitativo: tiene un problema de coherencia; es por ello que plantea el binomio coherente-arbitrario. —La coherencia es un concepto relacional del tipo ‘*pCr*’, *p* está en una relación de coherencia con *r*⁵⁴⁴; por ello SCHINDLER relaciona H con la teoría de la referencia T (la teoría suplementada) o con otras teorías de trasfondo F.

Pero, además, lleva la coherencia hacia una posición subjetivista de la racionalidad: a la idea de *creencia*⁵⁴⁵. De esta manera, estipula la relación de coherencia de la siguiente manera: si H es coherente con T o F, entonces T o F darán una *buena razón para creer* en H, en vez de no H⁵⁴⁶ (“no H”, es no contar con H como suplemento).

La propuesta, contra LEPLIN, es que “cuando una hipótesis no coincide con T o F, H será *ad hoc*”⁵⁴⁷.

La perspectiva de la coherencia argumentativo-teórica, se basa en que T y F proveen razones de tipo *teórico* para creer en H⁵⁴⁸. Para que se cumpla ello deben darse *tres* condiciones *necesarias* que enumera⁵⁴⁹:

⁵⁴² Así, S. SCHINDLER, *ibíd.*

⁵⁴³ S. SCHINDLER, “A Coherentist Conception of Ad Hoc Hypotheses”, p. 60.

⁵⁴⁴ También puede tratarse de una relación reflexiva ‘*pCp*’, en cuanto que si la hipótesis es internamente coherente, según su formulación.

⁵⁴⁵ Esta disposición la había ensayado LAUDAN (tomándola desde una propuesta desechada de GRÜNBAUM), *El Progreso y sus Problemas*, pp. 154 y 155, y nota 44.

⁵⁴⁶ S. SCHINDLER, “A Coherentist Conception of Ad Hoc Hypotheses”, p. 59.

⁵⁴⁷ S. SCHINDLER, “A Coherentist Conception of Ad Hoc Hypotheses”, p. 60.

⁵⁴⁸ S. SCHINDLER enfatiza que, a las luces de esta explicación relativa a la coherencia, “las buenas razones para creer que H, nunca puede ser *solo* razones empíricas, ya que deben ser provistas por T o B, y por lo tanto son razones teóricas” (Así, en “A Coherentist Conception of Ad Hoc Hypotheses”, p. 59).

⁵⁴⁹ S. SCHINDLER, “A Coherentist Conception of Ad Hoc Hypotheses”, p. 59.

(1) T o F deben ser lógicamente *consistentes* con H (esto es, que no ha de ser contradictoria⁵⁵⁰). —Se trata de una disyunción débil o inclusiva, por lo que una de ellas puede ser inconsistente con H. —Pero, a la vez, T o F podrán ser ambas consistentes con H (sino se habría ocupado una conjunción en lugar de una disyunción).

(2) Alternativamente señala las siguientes condiciones que buscan la mayor amplitud extensional, que podríamos resumir en que H ha de encontrarse en una *relación adecuada de apoyo* con T o F⁵⁵¹:

(2.1) H puede deducirse de T o F.

(2.2) Puede estar en una relación *explicativa* de *por qué* H debería ser el caso, “mediante las luces de T o F”. Lo que a su vez podría ser una explicación *causal*, o consistir en una subsunción de H bajo una *regularidad*.

(2.3) Y aún de manera indirecta, podría descartar posibles “escenarios” inconsistentes con H. —Dichos escenarios deben excluir a escenarios teóricos alternativos que vayan en contra de H de manera de garantizarle su espacio teórico (y es de suponer que se puede estar haciendo alusión a uno de los métodos eliminativos de J.S. MILL).

En el fondo, esta condición es el elemento nuclear de la coherencia, pues expresa una relación fuerte —a diferencia de la consistencia— que le brinda a H un soporte teórico para habilitar una *creencia* en ésta, y así evitar el calificativo de *ad hocidad*.

(3) T o F, por su parte, tendrán que tener ellas mismas un soporte *empírico*. Esto porque al ser aquéllas razones de apoyo deben ser *buenas* razones. De otra manera, cualquier teoría cocinada arbitrariamente podría usarse para presentar una hipótesis *ad hoc* como no *ad hoc*.

Luego, si la hipótesis introducida para enfrentar el problema E tiene apoyo teórico mediante la coherencia de T o F, en las condiciones que se señalaron, entonces la hipótesis no es *ad hoc*. Mientras que si carece de tal apoyo en dichas condiciones apuntadas, entonces la hipótesis será *ad hoc*, por no estar fundamentada.

Para ejemplificar ello utiliza el modelo ptolemaico, respecto del fenómeno de máxima elongación de los planetas inferiores, particularmente, Mercurio y Venus. Señala que algunos hechos observacionales referidos a dichos planetas, como el que nunca se observan más allá de cierto ángulo desde la trayectoria aparente del sol en la esfera celeste (“la llamada eclíptica de 28° y 47°, respectivamente”), tenían que ser “simplemente asumidas” en el sistema ptolemaico (debido a que el modelo no era axial respecto al sol). Entonces, para dar cuenta de este hecho, acomodó teóricamente el fenómeno (E) de elongación máxima, mediante una *explicación especial*⁵⁵², lo que sería “claramente *ad hoc*”.

⁵⁵⁰ Esto si bien no lo dice se puede sostener de la concepción tradicional de consistencia, respecto de la cual no la innova SCHINDLER: “Para que T o F proporcionen razones teóricas para creer que H (en lugar de no-H), T o F deben, por supuesto, ser lógicamente consistentes con H. Pero la consistencia es no suficiente...” (“A Coherentist Conception of Ad Hoc Hypotheses”, p. 59).

⁵⁵¹ Sobre este punto SCHINDLER aconseja adoptar una “actitud pluralista” hacia los tipos de razones teóricas permisibles para creer que H, que T o F pueden proveer; consideración pluralista que hace extensible respecto a la naturaleza de las relaciones de coherencia (“A Coherentist Conception of Ad Hoc Hypotheses”, p. 59).

⁵⁵² SCHINDLER explica que “se decretó en el sistema ptolemaico que el centro del epiciclo en el que se movería un planeta interno tenía que fijarse en una *línea que conectara el sol y la tierra*”. Por el contrario, la falta de explicación de dichos movimientos se encuentra en el sistema copernicano, en el que “los planetas interiores no pueden alejarse del sol más allá de cierto ángulo, porque las órbitas de los planetas interiores están

La razón estaría en que, por una parte, ni el sistema ptolemaico en sí (T), ni, por otra, las teorías de trasfondo de la época (F) “proporcionaron ninguna buena razón para creer la hipótesis H de que el centro de los epiciclos de los planetas interiores debe permanecer fijo en una línea que conecta el sol y la tierra. H fue arbitrario, desde que fue teóricamente inmotivado.”⁵⁵³. La consecuencia que extrae es que “incluso cuando una hipótesis no tiene apoyo empírico independiente (sino sólo la evidencia para la que se invocó), podría contar como no ad hoc... (es decir, exactamente cuando hay razones teóricas para creer en H)”. Lo que muestra su incompatibilidad con la posición del apoyo independiente⁵⁵⁴.

Características de la noción: Objetivismo tenue y gradualismo.

Objetivismo tenue. De la mano con lo anteriormente expuesto, se rechaza la noción del subjetivismo, presentando una idea objetivista. Precisamente porque es la falta o no de coherencia lo que determina el carácter objetivo de la calificación de *ad hoc*, en los términos previamente referidos: “cuando una hipótesis no es coherente con T o F, H será *ad hoc*”, y a la inversa “cuando H es coherente con T o F, no será *ad hoc*”⁵⁵⁵.

Sin embargo, SCHINDLER reconoce un elemento irreducible de subjetivismo, respecto a las relaciones conformadoras de la coherencia. Por el efecto de la perspectiva pluralista y alternativa, SCHINDLER admite que se pueden ponderar de diversa manera las distintas conexiones conformadoras de la coherencia de H para con T o F. Frente a ello, propone una salida a la KUHN: deben ponderarse o pesarse las propiedades de la teoría objetiva, de acuerdo con sus propias preferencias (subjetivas)⁵⁵⁶.

Sin embargo, aquella elección subjetiva es acotada. Una vez hecha la elección de la conexión, la relación de coherencia se obtiene o no entre H y T o F. “En consecuencia, el juicio de que alguna hipótesis H es *ad hoc* cuando un hecho real H coincide con T o F sería un juicio *falso*”⁵⁵⁷.

El carácter de gradualidad de lo *ad hoc*. Dado que la *ad hocidad* está construida como una relación de *apoyo teórico coherente*, entonces el diferente grado de apoyo, implicará una mayor o menor coherencia. De esta manera, “cuanto más fuerte sea la coherencia entre H y T o F, menos *ad hoc* H”. En este sentido, SCHINDLER señala que la fuerza de la coherencia podrá medirse tanto en términos del número de relaciones, como de la calidad de las mismas. Esto importa que cuanto más sólidas se presenten las razones teóricas para creer H, proporcionadas por T o F, menos *ad hoc* será la calificación de H⁵⁵⁸.

abarcadas por la órbita de la Tierra alrededor del sol” (“A Coherentist Conception of Ad Hoc Hypotheses”, p. 59).

⁵⁵³ S. SCHINDLER, “A Coherentist Conception of Ad Hoc Hypotheses”, p. 59.

⁵⁵⁴ S. SCHINDLER, “A Coherentist Conception of Ad Hoc Hypotheses”, p. 61.

⁵⁵⁵ S. SCHINDLER, “A Coherentist Conception of Ad Hoc Hypotheses”, p. 60.

⁵⁵⁶ S. SCHINDLER, “A Coherentist Conception of Ad Hoc Hypotheses”, *ibíd.*

⁵⁵⁷ Esta última estrategia recuerda con mucho la relación de la falsación de POPPER desde el punto de vista empírico y desde el punto de vista lógico, respecto del proceso de selección de teoría, en el cual lo empírico queda entregado a una psicología de la contrastación, mientras que una vez efectuada la obtención del resultado empírico, por *modus tollens* puede realizarse la falsación en términos objetivos.

⁵⁵⁸ S. SCHINDLER, “A Coherentist Conception of Ad Hoc Hypotheses”, p. 60.

El rasgo de la gradualidad lo proyecta a la cuestión más general de selección de teorías, para efectos de legitimar su utilidad. El grado de *ad hocidad* de las hipótesis que apoyen a las teorías, es un criterio para seleccionar una teoría como preferible a otra, ya que una teoría T_1 podría invocar menos hipótesis *ad hoc* que otra T_2 (como, por ejemplo, de la competencia del modelo copernicano menos *ad hoc* que el ptolemaico)⁵⁵⁹. De esta manera, ante similar grado de coherencia de dos teorías, podría decirse que la *ad hocidad* podría estimarse como un ajuste fino para dicha selección. A juicio de SCHINDLER, el modelo tiene la virtud de que “permite la base de la elección teórica comparativa sobre la base de grados de *ad hocidad*”, y a su vez, “no sugiere algoritmos simplificados que no reflejen adecuadamente la complejidad de la práctica científica”⁵⁶⁰.

Advierte SCHINDLER, que el modelo de falta de coherencia no implica un compromiso con el modelo coherentista de selección de teorías⁵⁶¹. Lo más importante en una teoría, a su juicio, es su adecuación empírica a los hechos (“*empirically adequate*”). Pero esto marca un punto de gravedad en la selección teórica: aunque se tenga una teoría no *ad hoc*, pero no adecuada empíricamente, se debe preferir la más adecuada. La razón está ligada al progreso teórico que permiten las teorías. Así, las “hipótesis *ad hoc* pueden impulsar el progreso no sólo para ayudar a los científicos a salvar los fenómenos, sino también para incentivarlos a desarrollar teorías que hagan que esas mismas hipótesis no sean *ad hoc* (proporcionando buenas razones teóricas por creer en ellos)”, como en el caso de la hipótesis de Planck que fue el punto de inicio de una revolución teórica⁵⁶².

Observaciones

Dada la novedad de la teoría en la versión de SCHINDLER, no se conocen críticas que se le hayan dirigido por parte de los filósofos.

—La definición tiene un defecto técnico importante en el *definiens*. La condición (2.1.) T o F son una disyunción débil, por lo que podrán ser ambas consistentes con H , si esto es así, y de acuerdo con la condición *H cuenta con evidencia E* (i) ¿qué la hace *ad hoc* de acuerdo al *definiens*? Precisamente en la condición (i). Entonces, importa la forma en que configuró dicha condición. Porque si E es evidencia de H , podría haber más evidencia, ya que sólo tenemos que “*E is evidence for H*”, y no excluye otras situaciones. Si puede haber más evidencia a favor de H , los límites de la *ad hocidad* se difuminan hasta mezclarse con cualquier otra hipótesis o teoría *adaptativa*. Pero, además, se le viene encima la crítica de CAAMAÑO de que adaptación no es *ad hoc*, que vimos al comienzo (aunque sí comparte su sustrato).

⁵⁵⁹ S. SCHINDLER, “A Coherentist Conception of Ad Hoc Hypotheses”, p. 60. Así, señala que era menos *ad hoc* cuando se trataba de explicar las observaciones sobre los planetas, el sol y la luna. Por ejemplo, el copernicano explicaba de manera no *ad hoc* el hecho que únicamente los planetas, pero no el sol y la luna, retroceden, y por qué la frecuencia de retrocesos planetarios disminuye desde Saturno, Júpiter y Marte, pero aumenta desde Venus hasta Mercurio, y también que los planetas superiores son los más brillantes en su oposición (S. SCHINDLER, *id*).

⁵⁶⁰ S. SCHINDLER, “A Coherentist Conception of Ad Hoc Hypotheses”, p. 60.

⁵⁶¹ S. SCHINDLER, “A Coherentist Conception of Ad Hoc Hypotheses”, p. 62.

⁵⁶² S. SCHINDLER, “A Coherentist Conception of Ad Hoc Hypotheses”, p. 60.

—Uno de los problemas que tiene es que mantiene la unidad de objetivo con la inmunización frente a las refutaciones. No se da cuenta de que efectivamente, la hipótesis de Planck —que él mismo califica de *ad hoc* y con razón— de acuerdo a lo visto y en la perspectiva del contenido objetivo de dicha hipótesis y su interpretación discontinuista de las energías, envolvía un *rompimiento* con la física newtoniana, como dejó en claro Einstein, y lo que luego fue asumido, en la segunda versión de la fórmula de Planck (como nos relata KUHN, LOVETT y HEISENBERG)⁵⁶³. Luego, si envolvía un rompimiento y ella misma tenía corroboración frente al problema del cuerpo negro, entonces la hipótesis de Planck no inmunizaba la física clásica, sino que al revés, era una razón para considerarla refutada. En el fondo, esta noción no puede mantener el compromiso con el objetivo inmunizador a todo evento.

—Sin embargo, se puede decir que uno de los principales problemas es que se trata de una noción unitaria, que pretende y requiere abarcar por sí misma todo el resto de las concepciones en que está fragmentada la noción de hipótesis *ad hoc* (y excluir lo que le parezca razonable), lo que pone una gran carga sobre sí, y que le impide tener movimientos de saltos que puedan cubrir el caso las otras nociones.

—Es menester mencionar que un presupuesto metodológico del modelo es que pone todo el peso de su explicación en la física y, de esta manera, en la concepción matemática del cosmos, precisamente porque es el modelo paradigmático con que trabaja (de los cuales la contracción de Lorentz, el mecanismo de Higgs, los epiciclos de los planetas interiores, la hipótesis de Planck son sus casos de trabajo, y los tres primeros, los paradigmáticos)⁵⁶⁴. Al estimar la explicación matemática de los casos paradigmáticos de manera coherente, arrastra a SCHINDLER de forma insensible a asociarlos de modo que aparezca la primera como condición de la suficiencia y necesidad de la calificación de *ad hocidad*. En tal sentido, el libro del universo se está leyendo en términos matemáticos, por lo que si se mantiene una línea de coherencia, la explicación no puede ser *ad hoc*. Sin embargo, el problema de ello es que, por una parte sobrestima los poderes de la coherencia, creo que debido a su ligazón con la matemática (a la precisión de su lenguaje y sus poderes instrumentales de dar cuenta de la realidad), y por otra, atenúa la complejidad del problema de la *ad hocidad*, en cuanto a sus expresiones. Ella es una relación de más factores o temáticas que la mera coherencia, como vimos al principio. Importa la propia anomalía fáctica E, y su relación con la teoría y la hipótesis, y principalmente el sustrato adaptativo o acomodaticio del sentido común de *ad hoc* que guía la construcción de las nociones (y sus condiciones), así como los propios objetivos identificados, etc., lo que implica una multiplicidad de formas de relaciones que se pueden adoptar, así como de concreciones, que tiende a obviar esta tesis cuando carga todo su peso en la coherencia, en el peor de los casos, o a menospreciar cuando subordina el problema a la coherencia reduciendo el campo de lo *ad hoc*, en el mejor.

Es así que si las hipótesis *ad hoc* tienen una extensión más amplia que el ámbito de las explicaciones en lenguaje matemático —que efectivamente lo tienen—, le es aplicable

⁵⁶³ Th. KUHN, *La Teoría del Cuerpo Negro y la Discontinuidad Cuántica*, pp. 201 y ss. y 274, B. LOVETT, *Los Creadores de la Nueva Física*, p. 78, W. HEISENBERG, *Física y Filosofía*, pp. 17 y ss.

⁵⁶⁴ Vid. J. ECHEVERRÍA, “Influencia de las Matemáticas en la Emergencia de la Filosofía Moderna”, pp. 77 a 103.

precisamente el cargo de que con suaves movimientos lógicos que guarden la coherencia, pueden acomodarse específicamente a ciertas anomalías. En cierto sentido, la coherencia no parece ofrecer suficiente molde a la variedad de las hipótesis *ad hoc*. Es así que G. RYLE señala que los enunciados tienen ciertos poderes lógicos, que importa que puedan relacionarse de manera lógica con una cantidad indeterminada de enunciados, mediante implicación, probabilidad, etc., los cuales deben descubrirse. Y agrega, que muchos de esos poderes lógicos no se advierten de buenas a primeras, y algunas no se dejan descubrir aun cuando la persona se concentre en su investigación, por lo que sólo tenemos una comprensión parcial de los poderes entre las proposiciones, y agrega que la gente quedaría sorprendida de algunas relaciones lógicas más remotas de sus proposiciones ordinarias⁵⁶⁵. Por ejemplo, mediante una conjunción podemos agregar trivialmente ciertas verdades singulares, que no sean contradictorias, que den cuenta de ciertas anomalías de manera singular, y cumplir la regla de derivación (2.1) de SCHINDLER. Igualmente, podemos adosar diversas consideraciones sumamente singulares para responder al caso en una conjunción que también pueda ser trivialmente verdadera —como señalase POPPER— pero no inconsistente con el contenido básico de la teoría, manteniendo la verdad de los enunciados compuestos. De esta manera, el modelo exagera su confianza en el control de la coherencia.

—De la misma manera, por su compromiso con la coherencia, pareciera que esta tesis no tiene cómo detener la crítica de LAKATOS al uso de la estadística *ad hoc* en ciencias sociales. En particular, a su uso para generar acomodaciones *ad hoc* de las instancias singulares a los grandes números de la estadística, manteniendo una aparente coherencia. Es así que se pregunta “si la función de las técnicas estadísticas en las ciencias sociales no es, en lo esencial, el suministrar corroboraciones ficticias y, por ello, una apariencia de progreso científico”⁵⁶⁶.

—Pero, además, esta posición olvida que la noción de explicación, de hipótesis y teoría, son de tipo general en el pensamiento y no se agotan en la ciencia. En tal sentido, existen otros campos o disciplinas que pretenden el reconocimiento como de “conocimiento”, y en el mejor de los casos “científico”. Es así que todo el ámbito de las pseudociencias ocupa teorías e hipótesis. Lo interesante de ello es que se utilizan estrategias combinadas de inmunización con cierta coherencia. El trabajo de M. BOUDRY logra mostrar predisposiciones internas de la propia teoría (“*ad rem*”), salvaguardas de protección, como el contenido de alta vaguedad e inespecificidad, que permite la maleabilidad de la teoría (como el psicoanálisis), y se combinan con hipótesis de respuestas muy concretas para el evento negativo, que implican una modificación de la expectativa teórica (“las incontables cartas jokers teóricas y gambitos inmunizantes en la teoría psicoanalítica”), todo para efectos de poder tener una coherencia con su propia teoría y con las soluciones del caso⁵⁶⁷. Así, por ejemplo, el estrés psíquico de quien tiene supuestos poderes mentales por sobre los seres humanos normales, que tenderían a inhibirse mientras está siendo testado, lo que guarda armonía entre la hipótesis de tensión y una teoría de supuestos poderes muy vaga, y así convenientemente evita su testeo negativo de manera sistemática.

⁵⁶⁵ G. RYLE, “Argumentos Filosóficos”, p. 335.

⁵⁶⁶ I. LAKATOS, “La Falsación y los Programas de Investigación Científica”, p. 119 y nota 118.

⁵⁶⁷ M. BOUDRY “The Hypothesis that Saves the Day”, pp. 5 a 8 y 11,

—Una expresión de su confianza excesiva en la coherencia, se puede apreciar en uno de los ejemplos que menciona cuya noción no logra dar cuenta como hipótesis *ad hoc*. Es así que una de las cosas más cuestionables es que pasa de largo frente a la esquivada Gosse, que el propio SCHINDLER califica de “claramente *ad hoc*”⁵⁶⁸. Es así que la hipótesis de Dios es parte fundamental del creacionismo, y la hipótesis de las jugarretas divinas con las extrañas formas, que son claramente *ad hoc*, serían coherentes con la hipótesis del poder creador de dios, por más disparatada que le pareciese al científico. Luego, la tesis de SCHINDLER no sería capaz de ofrecer la debida contención ante dichos movimientos, y, al más puro estilo del defensor duro en el fútbol, pasa de largo ante la esquivada Gosse.

—Finalmente, no deja de extrañar que deje sin explicación una de las hipótesis de Le Verrier. Ciertamente que responde SCHINDLER al caso de Urano señalando que la postulación de Neptuno era coherente con la teoría newtoniana del momento, tuvo respaldo empírico y todo bien. Sin embargo, guarda el más completo silencio respecto de la postulación del planeta Vulcano para explicar las anomalías de Mercurio. Ello porque si bien ambas no tuvieron inicialmente corroboración empírica, siendo que la de Vulcano, al final, nunca lo tuvo, y fue reemplazada por la influencia gravitacional del sol de Einstein, es significativo que ambas hipótesis, alteraban no la propia teoría orbital, sino que el *ceteris paribus* de la teoría de los cuerpos celestes componentes del sistema solar, provocando un conflicto con la teoría astronómica de los cuerpos celestes, y peor, sin apoyo empírico para dicha postulación, sino que como o a título de mero ajuste de cuentas. Quizás en el caso de Urano la postura de SCHINDLER pueda ser más benigna, en retrospectiva, por el resultado final —aunque tiene el sesgo del vicio retrospectivo—, pero la acomodación de Vulcano, ni en retrospectiva logra salvarse de ese núcleo intuitivo de la adaptación de una teoría ajena, para salvar la propia, sin corroboración independiente. Lo ratifica su extensión a todo caso.

2.4.2. Objeto de referencia de las hipótesis *ad hoc*

Se trata aquí de los objetos a los cuales refiere las nociones acerca de las hipótesis *ad hoc*.

En un principio el tratamiento popperiano de las hipótesis *ad hoc* puede llevar a confundir las hipótesis *ad hoc* con las hipótesis auxiliares de manera de ser coextensivas al menos parcialmente de éstas a aquéllas, siendo las hipótesis auxiliares la referencia exclusiva de las hipótesis *ad hoc*. Esto se debe a que POPPER al ser el divulgador y sistematizador de la noción de hipótesis *ad hoc*, se concentró en la *Lógica de la Investigación Científica* de forma exclusiva en la relación de las hipótesis *ad hoc* con las hipótesis auxiliares. De esta manera veremos la relación estrecha de las hipótesis *ad hoc* con las auxiliares en un primer momento, y luego veremos otras alternativas.

A) Sobre hipótesis auxiliares. POPPER ha identificado cuatro *estrategias convencionalistas* principales, aunque no exclusivas, de inmunización de las teorías ante las anomalías críticas, una de las cuales consiste en la introducción de hipótesis *ad hoc* relativas a hipótesis auxiliares⁵⁶⁹.

⁵⁶⁸ S. SCHINDLER, “A Coherentist Conception of Ad Hoc Hypotheses”, p. 56.

⁵⁶⁹ K. POPPER, *La Lógica de la Investigación Científica*, pp. 41, 77 y 78.

La base de comprensión de las hipótesis auxiliares es doble, refiere: a) al experimento y b) la teoría. Asimismo, el experimento también tiene una doble perspectiva, una que liga el experimento a la teoría, y otra que lo ve como un elemento de contrastación ajeno a la teoría; ambas conviven bajo la idea de experimento y en cierto sentido la primera hace viable la posición deductivo contrastadora.

a) Los experimentos científicos son realizados e interpretados en la ciencia, no de manera casual o arbitraria. Por el contrario son planificados de acuerdo con convenciones y razonamientos deductivos que son propios de una teoría⁵⁷⁰. En este sentido, el experimento se diseña sobre la base de las predicciones que la teoría contiene o hace, que en el experimento se interpretan como las expectativas o extensiones de aquél.

Es aquí donde P. DUHEM interviene sosteniendo que el experimento cuenta con dos partes: (i) la observación precisa de un grupo de fenómenos, que puede ser realizado por cualquiera; (ii) la interpretación de los hechos observados, que requiere “conocer las teorías aceptadas” y “saber aplicarlas”. Agrega la tesis de sustitución interpretativa: la interpretación es una operación que sustituye los datos concretos obtenidos realmente de la observación, a cambio de representaciones abstractas y simbólicas que les corresponden en virtud de las teorías admitidas por el observador; precisamente las teorías científicas conexas dotan de sentido a esos datos, pertinente al objeto de estudio. Luego, concluye con que cuando un científico razona, lo hace a través del instrumento, considerado no como cosa, sino como instrumento ideal y simbólico (como un traductor), y a él le aplica las leyes y las fórmulas de su ciencia. De esta manera, el experimento no es solamente la constatación de hechos, sino también su traducción⁵⁷¹.

Ahora bien, esto implica un conjunto de hipótesis de diversa naturaleza. Para comprender el uso de los instrumentos, como el telescopio, y la evolución y resultado del experimento (q). Una que focaliza el experimento al objeto metodológico de estudio, e indica qué observar, qué estado o comportamiento esperar. Por ejemplo, si queremos medir las órbitas de un planeta, la propia teoría de las orbitas, la mecánica celeste, guiará en la interpretación de la observación del planeta y la secuencia de apariciones para interpretarlas como órbitas. Pero, además, para comprender el experimento y el uso de los instrumentos, es necesario trabajar con nociones abstractas de aritmética y geometría; la noción abstracta de masa; las leyes ópticas para medir por el visor; teoría de la gravedad; teoría de la luz y su dispersión; cantidad de planetas del sistema solar, etc.⁵⁷².

Todas estas cuestiones entran y se ponen en juego de corroboración o refutación en un experimento. Pero, por razón de una decisión metodológica, se considera que a una de esas teorías T_1 es a la que se somete a examen (y se le considera la teoría T examen). Al resto se les considera bajo el rótulo de *supuestos o hipótesis auxiliares* (“SA” o “A” o “H”). Su auxilio supone ponerlas bajo la regla *ceteris paribus*, por lo que en principio no deberían alterarse o verse alteradas en el experimento (aunque pueden serlo). Esta enorme cantidad de

⁵⁷⁰ K. POPPER, *La Lógica de la Investigación Científica*, pp. 76 y 77.

⁵⁷¹ P. DUHEM, *La Teoría Física su Objeto y su Estructura*, pp. 204 y 205.

⁵⁷² Cfr. P. DUHEM, *La Teoría Física su Objeto y su Estructura*, pp. 191 a 193.

cuestiones involucradas en el experimento, abren la puerta a una gran cantidad de discusiones que pueden afectar a las teorías y a la discusión de su corrección, que lo que se podría considerar la mera observación. Sin embargo, si la experiencia no se aviene a las expectativas teóricas, entonces como vimos en la secc. 3.3.1, cualquiera de dichas teorías o hipótesis conyuntas puede haber fallado, con lo que, si el conjunto de teorías es condición suficiente del resultado esperado, y cualquiera pudo haber fallado, va a arrojar que no se produzca el resultado. De esta manera por *modus tollens*, si no se ha dado el resultado esperado, se niega todo el antecedente⁵⁷³.

1) “Si T y SA , entonces q ”

2) no q .

3) no $(T$ y $SA)$

Dado que “no $(T$ y $SA)$ ”, es equivalente a “no T ” o “no SA ”, se le puede atribuir a un fallo de SA , y adjudicar la refutación a ello, y postular una modificación de alguna hipótesis de SA .

Pero, además, las hipótesis auxiliares también se encuentran junto con la teoría T propiamente tal. Porque así como vimos que se diseñaba el experimento mediante T y SA , la propia derivación de consecuencias desde T requiere de supuestos auxiliares (aunque no necesariamente exactamente los mismos). Canónicamente, una contrastación concreta de una hipótesis H perteneciente a una teoría T_1 , presupone también ciertos supuestos teóricos pero conexos, que son auxiliares, $A_1, A_2, \dots, A_n$ (hipótesis auxiliares). Ellas, las hipótesis auxiliares, son usadas como premisas adicionales para derivar una hipótesis contrastadora I (que en el experimento representamos por q), precisamente implicada por H . Entonces, un resultado negativo por *modus tollens*, que pretenda mostrar que I es falsa, se limita a decirnos que, o bien H , o algunas de las hipótesis auxiliares debe ser falsa. Lo que exigirá una modificación de ellas⁵⁷⁴. Aquí es donde se introduce el problema de las hipótesis *ad hoc*, y las estrategias de inmunización, que atacan a todo ámbito posible de debate.

Es en este marco que POPPER introduce en “*La Lógica de la Investigación Científica*”, las hipótesis *ad hoc* al movimiento de introducir hipótesis auxiliares. De hecho, lo estudia así directamente respecto al control metodológico de las hipótesis auxiliares⁵⁷⁵, y únicamente refiere a ellas. Una hipótesis auxiliar, señala, es un enunciado singular, que propiamente no pertenece en absoluto a la teoría⁵⁷⁶.

Además, es en este marco que LAKATOS realiza su clásica formulación de la heurística negativa, para enfrentar a los problemas distinguiendo entre el núcleo firme y el cinturón protector. Especifica un núcleo firme para los programas de investigación, y que impide dirigir el *modus tollens* en contra de aquél. Mientras que el científico genera un cinturón protector de hipótesis auxiliares contra las cuales se dirigirá el *modus tollens*. Frente a los diversos impactos generados por las anomalías y el *modus tollens*, es éste

⁵⁷³ No introduciré las condiciones iniciales a fin de simplificar la visión.

⁵⁷⁴ Así, C. HEMPEL, *Filosofía de la Naturaleza*, p. 51.

⁵⁷⁵ Así, K. POPPER, *La Lógica de la Investigación Científica*, p. 79.

⁵⁷⁶ Así, K. POPPER, *La Lógica de la Investigación Científica*, p. 80.

cinturón el que deberá ser ajustado y reajustado o sustituido de manera *ad hoc*⁵⁷⁷. Sin perjuicio de lo cual, LAKATOS reconoce que ciertas derrotas de la teoría podrá sufrir la misma, no obstante lo cual podrá seguir adelante el programa mediante la heurística positiva⁵⁷⁸.

A.A) El profesor César LORENZANO ha sugerido una especificación mayor referido a las *hipótesis factoriales* (que dependiendo de la clasificación que se maneje se pueden ubicar como una subclase de hipótesis auxiliares o aparte⁵⁷⁹). Su noción deriva del análisis estadístico de análisis factorial o diversos factores⁵⁸⁰. De los múltiples factores que pueden incidir en un experimento, aquéllas “proponen que las variables estudiadas sean las únicas que inciden en el resultado de la experiencia”. LORENZANO las relaciona con la cláusula *ceteris paribus* para nuestros efectos. Frente a una cierta experiencia problemática, según lo esperado por la teoría, se cuestiona la reducción de las hipótesis factoriales y se achaca a la cláusula *ceteris paribus* un mal funcionamiento. La idea es que se aduce de manera *ad hoc*, la hipótesis de que han intervenido otros factores desconocidos en el proceso. El ejemplo con que trabaja es la hipótesis del médico C. Bernard sobre el papel del páncreas y el cuarto ventrículo en la regulación del metabolismo de los hidratos de carbono, el cual resultó negativo. Frente a ello se introdujo la hipótesis de la función de otros órganos en dicho papel, no previstos por Bernard⁵⁸¹.

Un mejor ejemplo a mi juicio, lo constituye las hipótesis de Le Verrier tanto de Vulcano como de Urano. Ello porque dentro de los factores inalterados tenidos en cuenta, se encontraba la existencia de siete planetas. Precisamente lo que se cuestionó por Le Verrier y lo llevó a alterarla, y postular las hipótesis de dos planetas nuevos.

B) Para otros, no sólo puede referirse a los resultados y diseños de los experimentos, sino que también a las propias teorías. Tanto POPPER como GRÜNBAUM estiman que las hipótesis *ad hoc* no se agotan en las hipótesis auxiliares⁵⁸². POPPER, en 1974, separa las hipótesis *ad hoc* de las auxiliares claramente señalando lo siguiente: entre los cambios más conservadores puede haber otros dos: *las hipótesis ad hoc* y *las hipótesis auxiliares*⁵⁸³, aunque agrega que la distinción es un tanto vaga, como todo en metodología⁵⁸⁴. Pero esto puede adquirir diversas formas.

⁵⁷⁷ I. LAKATOS, “La Falsación y los Programas de Investigación Científica”, pp. 66 y 67.

⁵⁷⁸ I. LAKATOS, “La Falsación y los Programas de Investigación Científica”, p. 71.

⁵⁷⁹ C. LORENZANO maneja una concepción restringida de las hipótesis auxiliares, referida a los materiales empleados en el experimento, tales como el animal, la aguja utilizada, el líquido inyectado, etc. (“Hipotético-Deductivismo”, p. 47).

⁵⁸⁰ S. DE LA FUENTE FERNÁNDEZ señala que es un análisis de componentes principales o factores comunes, y se trata de una “técnica de reducción de la dimensionalidad de los datos”. El objetivo es simplificar la información que nos da una matriz de correlaciones para hacerla más fácilmente interpretable, ello con el propósito final de “buscar el número mínimo de dimensiones capaces de explicar el máximo de información contenida en los datos” (*Análisis Factorial*, p. 3).

⁵⁸¹ C. LORENZANO, “Hipotético-Deductivismo”, pp. 47 a 49.

⁵⁸² A. GRÜNBAUM, señala en “*Ad Hoc Auxiliary Hypotheses and Falsificationism*”, p. 330, que se ocupa “aquí de una sola especie del género de explicaciones *ad hoc*. Para este género también comprende teorías que se consideran *ad hoc* individualmente sin relación con una teoría anterior problemática”.

⁵⁸³ K. POPPER, “El Problema de la Demarcación”, p. 141.

⁵⁸⁴ K. POPPER, “El Problema de la Demarcación”, p. 142.

B.1) Hipótesis *ad hoc* referidas a los teoremas de una teoría (aunque los científicos no están tan dispuestos a afectar sus teorías, como en la postulación de Neptuno). Sabemos que las teorías son un sistema de hipótesis, pero desde un punto de vista estructural, aquélla está compuesta en su nivel más alto (el axiomático) de ciertas hipótesis que son primitivas (axiomas), de las cuales debería derivarse deductivamente el resto (aunque sabemos que con cierto apoyo), y existen niveles intermedios y bajo (los teoremas). M. BUNGE expresa que se puede hacer la acomodación *ad hoc*, cambiando un teorema inadecuado o falso t —incómodo para nosotros—, por otro más débil, pero empíricamente confirmado de $t \vee u$, en el cual u es la hipótesis *ad hoc*. Agrega que u puede ser trivialmente verdadero como, “Londres es la capital de Gran Bretaña”. Desde el punto de vista lógico, esta transformación aparece como legítima, en tanto que t implica $t \vee u$.⁵⁸⁵

B.2) Pero, asimismo, LAKATOS y ZAHAR con su *ad hoc*₃, y su ejemplo de la hipótesis de Planck nos muestran que las hipótesis *ad hoc* pueden ser mucho más fuertes que una mera hipótesis auxiliar, sino que tratarse derechamente de una hipótesis desconectada con el resto de la teoría dominante, que se adjunta al acervo explicativo de los problemas que enfrentan las teorías. Es más, tal hecho es el que molesta a LAKATOS para tratarlas despectivamente como una serie de hipótesis arbitrarias y desconectadas⁵⁸⁶.

B.3) Pero, además, podrían referir a los enunciados básicos de las teorías.

En *Los Dos Problemas Fundamentales de la Epistemología*, POPPER da una explicación funcional de las hipótesis *ad hoc*, y señala las referencias. Así, comienza explicando que se dice que una teoría está refutada, cuando no se cumplen los pronósticos singulares deducidos de ella misma. Las deducciones singulares son enunciados del tipo aquí y ahora (*hit et nunc*), esto es, que se da un caso que pertenece a la clase de aquellos casos que pueden sustituir en la regla deducida. El cuestionamiento del enunciado *hit et nunc* se realiza de dos maneras. Introduciendo enunciados universales, o mediante enunciados singulares, las llamadas “hipótesis *ad hoc*” dice POPPER.⁵⁸⁷

GRÜNBAUM llama la atención, correctamente, en que POPPER ilustra las teorías *ad hoc*, mediante un *ad hoc* no relacional. Es así que nos recuerda la siguiente explicación, bajo el supuesto de que el *mar está muy agitado hoy*, cuya explicación es que *Neptuno está muy enojado hoy*. Entonces GRÜNBAUM señala que: “Popper considera que la teoría que atribuye la ira de Neptuno hoy es una explicación *ad hoc*, porque la agitación del mar de hoy es probablemente la *única evidencia* de ello”, sin otra relación⁵⁸⁸.

C) Existen dos formas más de hipótesis *ad hoc* que se reconocen como formas interpretativas.

► LAUDAN nos muestra una hipótesis *ad hoc* que refiere al *cambio interpretativo* de la teoría. Señala que si tenemos una teoría que sostiene que todos los planetas que se

⁵⁸⁵ M. BUNGE, *La Investigación Científica*, pp. 333 y 344.

⁵⁸⁶ I. LAKATOS, “La Falsación y los Programas de Investigación Científica”, pp. 105 a 117.

⁵⁸⁷ K. POPPER, *Los Dos Problemas Fundamentales de la Epistemología*, p. 476.

⁵⁸⁸ A. GRÜNBAUM, “Ad Hoc Auxiliary Hypotheses and Falsificationism”, nota 1, p. 330 (la cursiva es mía).

mueven alrededor del sol, lo hacen en una órbita elíptica, y se descubre un cuerpo, un satélite, que gira en circunsferencia entorno al sol, entonces, la propuesta *ad hoc* de LAUDAN es hacer un pequeño giro interpretativo: cambiar las reglas o hipótesis interpretativas de lo que consta como planeta, eliminando la instancia de ese cuerpo problemático de la calificación de planeta, *et violá*, se arregla el problema⁵⁸⁹. En este caso se introducen nuevas hipótesis de las cuales se deduce una nueva hipótesis calificativa de la membresía del objeto, para excluirlo.

M. BORDES SOLANA reinterpreta esta forma (sobre la base de A. FLEW) señalando que es una subclase de “falacia de *ad hocidad*”, bajo el siguiente esquema que simplificado⁵⁹⁰:

- 1) *a*, es un verdadero *B*, y realiza la acción *Y*.
- 2) Ningún verdadero *B* lleva a cabo la acción *Y*.
- 3) *a* no es un verdadero *B*

► En un sentido levemente similar, y en el marco de la discusión del predeductivismo, A. MUSGRAVE argumenta un núcleo básico de *ad hocidad* en la reinterpretación de los hechos antiguos. Así, primero fija una condición de identificación de lo que se reinterpreta: “Cualquier deducción de un hecho antiguo a partir de una nueva teoría se puede decir que envuelve una ‘reinterpretación’ de ese hecho” (en ese sentido, no se trata de un hecho nuevo como indicaba LAKATOS). Luego especifica en relación con las hipótesis *ad hoc*: “ahora cualquier teoría *ad hoc* puede reclamar el respaldo evidencial de los viejos hechos, pero ‘novedosamente interpretados’, que explica”⁵⁹¹. En tal sentido, la reinterpretación de los hechos previos, por una teoría, por más nueva que sea, no le quita el carácter de *ad hoc*; entonces, si no le quita y lo integra es parte de ella.

Un sentido muy específico de hipótesis *ad hoc* interpretativa es la que la señala D. MILLER, quien expresa que la hipótesis *ad hoc* puede catalogar o interpretar los contraejemplos conocidos, como excepciones que confirman la regla, esto es, a la teoría principal⁵⁹². S. TOULMIN desarrolla esta idea señalando que existen dos clases de argumentos en relación a las excepciones: los estrictos y los no estrictos. En los estrictos no se admiten excepciones, por ejemplo, la tesis de la caída libre de los cuerpos de Galileo, porque de hacerlo se cuestionaría el estatus de todo el argumento, es decir, se refutaría directamente el argumento principal, y se reabrirla toda la cuestión de la tesis. Mientras que en argumentos no estrictos, modalizados como “muy posiblemente”, hay margen para las excepciones, que no refutan, sino que el caso en contra es asumido como tal. Mientras que para los estructuralistas una excepción se puede entender, desde el punto de vista de la teoría de *clases*, que se trata de ciertos objetos que deberían estar dentro del dominio, pero que *no* están cubiertos por clase alguna o pueden estar cubiertos por *dos o más* clases a la vez⁵⁹³. Su marco se halla en las *leyes no estrictas o interferibles*. El rasgo típico de dichas leyes es que puede darse su condición antecedente y no el consecuente —con independencia de que tratemos con leyes probabilísticas o no— y se mantendrá la regularidad nómica como

⁵⁸⁹ L. LAUDAN, *El Progreso y sus Problemas*, p. 159.

⁵⁹⁰ M. BORDES SOLANA, *Las Trampas de Circe*, p. 237. Se trata de una falacia informal llamada “*no true scotsman fallacy*”.

⁵⁹¹ A. MUSGRAVE, “Logical versus Historical Theories of Confirmation”, pp. 11 y 12.

⁵⁹² D. MILLER, “Ad Hoc Hypotheses”, p. 7.

⁵⁹³ Así, J.A. Díez, y C.U. MOULINES, *Fundamentos de Filosofía de la Ciencia*, p. 110.

verdadera⁵⁹⁴. La razón de esta posibilidad radica en que se entiende que incluyen la cláusula *ceteris paribus*, de manera que ‘*todos los A son, ceteris paribus, B*’. Que sean interferibles significa precisamente que presentan, en tanto que *admiten*, excepciones⁵⁹⁵. En este contexto, ahora desde el punto de vista sintáctico, hay una excepción cuando ocurre el suceso particular *a* del tipo *A* y no ocurre el suceso particular *b*, del tipo *B*; ello se produce por la interferencia de ciertos factores inhibidores de *b*, que son condiciones adicionales (por la cláusula)⁵⁹⁶. La excepcionalidad o interferencialidad viene a reflejar cierto modo *idealizado* de concebir los antecedentes en las leyes (como, por ejemplo, la ley de la caída en el vacío de Galileo, sin interferencia de otras fuerzas)⁵⁹⁷, y éste, a su vez, la tolerancia hacia las excepciones en las leyes no estrictas, sean o no probabilistas⁵⁹⁸, es decir, la intervención de otros factores del mundo real. Dicha circunstancia define la diferencia frente a las leyes estrictas que no implican ciertas excepciones, esto es, no tienen ni pueden tener interferidores, pues de tenerlos serían una ley falsa⁵⁹⁹.

2.4.3. La ilegitimidad o no de las hipótesis *ad hoc*

Este asunto se encuentra en el marco del tratamiento de la evaluación metodológica de las hipótesis *ad hoc*. Para entender esto se requiere plantear una distinción analítico-metodológica entre: la ilegitimidad y aceptabilidad, que son parecidas pero no iguales, y tienen que ver su trato como clase o instancia. Ambos son puntos relacionados, pero distintos. i) La *ilegitimidad* o no de las hipótesis *ad hoc*, es un juicio previo y general, refiere al tratamiento evaluativo del *estatus* de las hipótesis *ad hoc*, para efectos de su eventual postrero uso en el contexto de la argumentación empírica (sea para su admisibilidad, o su consideración), pero entendida la hipótesis como *clase* del contexto del conocimiento científico o empírico; se trata de una evaluación en bloque de la categoría misma. ii) La *aceptabilidad* de una hipótesis *ad hoc*, refiere a la evaluación de una hipótesis *ad hoc* singular, aquí se discute las condiciones para ser aceptada como verosímil o verdadera, según sea el caso, sea individualmente o frente a otras. El primero es un presupuesto del segundo que se concreta de diversas maneras.

i) El juicio de ilegitimidad de uso, si lo miramos muy en abstracto, vemos que posee al menos dos sentidos: uno fuerte y otro débil, según permita el paso al juicio de

⁵⁹⁴ J.A. Díez, y C.U. MOULINES, *Fundamentos de Filosofía de la Ciencia*, pp. 165 y 407.

⁵⁹⁵ Aunque el margen de admisión de las excepciones no es abierto sino que se da un cierto rango, que como en los casos de las leyes probabilistas no estrictas, las fije la propia ley.

⁵⁹⁶ J.A. Díez, y C.U. MOULINES, *Fundamentos de Filosofía de la Ciencia*, p. 158.

⁵⁹⁷ J.A. Díez, y C.U. MOULINES, *Fundamentos de Filosofía de la Ciencia*, p. 163.

⁵⁹⁸ Para otros, como R. RUDNER, es el carácter probabilista de las leyes el que produce la admisión de las excepciones, al no ofrecer un fundamento concluyente. De manera que en las ciencias sociales las generalizaciones tienen más el carácter de probable con la “observación de excepciones individuales” (*Filosofía de la Ciencia Social*, p. 107). La posición de MOULINES y Díez, es que la interferibilidad de las condiciones refiere a que puede alterarse la probabilidad aseverada en las leyes de probabilidad no estrictas, mediante la intervención de un factor interferidor, mientras que en las de probabilidad estricta, la relevancia de las propiedades en el antecedente es irrelevante para la probabilidad consecuente, la que se mantiene estable (*Fundamentos de Filosofía de la Ciencia*, p. 166).

⁵⁹⁹ J.A. Díez, y C.U. MOULINES, *Fundamentos de Filosofía de la Ciencia*, p. 160.

aceptabilidad singular. Esto da lugar a un tratamiento excluyente o peyorativo duro de las hipótesis *ad hoc*⁶⁰⁰.

▪ En el sentido *fuerte*, el juicio de ilegitimidad nos arroja una calificación de estatus absoluto que implica, que si es calificada de ilegítima, se considera la prohibición de uso de las hipótesis *ad hoc* en la ciencia. Es difícil encontrar una posición así tan tajante; quizás la posición que se acerca mayormente es el “sesgo del tirador texano”, el que para presumir de su buena puntería, disparaba primero, y luego dibujaba una diana alrededor del tiro⁶⁰¹, con lo que no fallaba nunca. Una interpretación sobre el falsacionismo (ingenuo) puede dar lugar también a este tipo de juicio fuerte, sobre la base de cierta ambigüedad de POPPER al proponer su explicación. Por una parte, señala una regla dura: no salvaremos la teoría amenazada por ningún género de estratagema convencionalista como la *ad hoc*, por lo que parece quedar excluido *a priori* su uso⁶⁰². Presupone una prioridad en las condiciones de contrastación, en forma de ser constitutivas de la actividad empírica, absolutamente⁶⁰³, en particular que no reduzca el contenido empírico, de manera tal que si no se cumple, la hipótesis es descartada por ser *ad hoc*⁶⁰⁴.

Es menester notar que es posible que el juicio de ilegitimidad fuerte se asigne a clases de hipótesis *ad hoc*, según el contexto, como parece sostener BOUDRY en los contextos de las pseudociencias⁶⁰⁵. A su juicio, al menos en el contexto de las pseudociencias, el carácter *ad hoc* de estos movimientos deriva: a) de las relaciones lógicas entre la hipótesis principal y la auxiliar *ad hoc* (la cual es a su juicio menos problemática), y b) también de las circunstancias en las que se realizan la introducción de la hipótesis, y su (potencial) rango de aplicación. Este último es el principal factor problemático. Como ejemplo de aquello nos ofrece el clásico caso de un astrólogo que invoca de manera tardía cierta formación de estrellas en el momento de la concepción, que por supuesto es muy difícil de determinar, cuando su predicción destino sobre la base de la fecha de nacimiento ha fallado⁶⁰⁶. Es así que BOUDRY señala dos argumentos, para admitir el rechazo. El primero es el típico popperiano en cuanto que permite cualquier tipo de acomodación o adaptación de la teoría a

⁶⁰⁰ J. LEPLIN plantea una distinción muy similar en “The Assessment of Auxiliary Hypotheses”, p. 237.

⁶⁰¹ M. BORDES SOLANA, *Las Trampas de Circe*, p. 236.

⁶⁰² K. POPPER, *La Lógica de la Investigación Científica*, p. 78.

⁶⁰³ K. POPPER, quien declara que la aceptación de los procedimientos *ad hoc*, de rescate de las teorías, se da al precio de destruir o al menos rebajar el estatus de la ciencia “La Ciencia: Conjeturas y Refutaciones”, p. 61.

⁶⁰⁴ Vid. así la interpretación de M. BOUDRY, “The Hypothesis that Saves the Day”, p. 3. Si bien es cierto que la noción popperiana contiene tales consideraciones, ella no es consistente con la noción de gradualidad de la *ad hocidad*, que planteó POPPER (1959), ya que si es gradual admite la entrada al juicio de aceptabilidad entre diversas hipótesis y teorías *ad hoc* en competencia. Por lo demás, la rebaja del contenido empírico, está puesto más bien como requisito de aceptabilidad. Si no fuese así, muchísimas hipótesis de la ciencia podría siquiera considerarse científicas. Claramente se trata de una interpretación de falsacionismo ingenuo. Obsérvese además, que el mismo POPPER señala a pesar de que se haya sometido a una teoría a una estratagema convencionalista o *ad hoc*, lo someteremos de nuevo a contraste y se le rechazará si las circunstancias lo exigen, lo que implica que puede ser aceptable incluso siendo *ad hoc* (*La Lógica de la Investigación Científica*, p. 79). De lo que se puede concluir que su regla está atemperada y no tiene el sentido absoluto y abstracto que se pretendía, porque siempre será sometida a un juicio de ponderación concreto.

⁶⁰⁵ M. BOUDRY, “The Hypothesis that Saves the Day”, p. 6: “¿Por qué tenemos derecho a rechazar estos movimientos como *ad hoc*? Porque nos damos cuenta de que, si permitiéramos tales movimientos, cualquier tipo de observación puede acomodarse y, por lo tanto, no tenemos restricciones sobre el uso de la (tipo de) hipótesis auxiliar en cuestión.”

⁶⁰⁶ M. BOUDRY, “The Hypothesis that Saves the Day”, p. 6.

los hechos, sin restricción alguna. Esto se puede ejemplificar, nuevamente, en el “sesgo del tirador texano”⁶⁰⁷. Pero el segundo es la arbitrariedad intrínseca que se haya implicado. BOUDRY caracteriza parte de las estrategias de las pseudociencias, basado en cierta predisposición endémica de las estructuras propias de dichas teorías para acogerse a las estrategias de inmunización, muy particularmente, por la vaguedad y no especificidad, y ello permite usos combinados con las hipótesis *ad hoc* (en cierto sentido, dichas teorías son maquinitas bien ajustadas para producir maniobras *ad hoc* de inmunización). Pues bien, señala que ella permite movimientos tales que incluso llega a romper la parsimonia en el uso objetivo del “contenido” de la hipótesis *ad hoc*, de la siguiente manera. La hipótesis o teoría misma es una cuestión lo suficientemente indeterminada, como para permitir ser ignorada a la conveniencia del autor, de manera tal que no se la aplique, cuando los datos sí se ajusten a la explicación o teoría base. Se produce así una asimetría en el uso de la hipótesis, como cuando el astrólogo se jacta de sus aciertos, omitiendo el otrora factor de la concepción del consultante de su destino al oráculo⁶⁰⁸.

Si el resultado del primer test es negativo, no hay presupuesto si quiera para discutir en qué condiciones podemos aceptar las hipótesis *ad hoc*⁶⁰⁹. En este sentido, si las hipótesis *ad hoc* son ilegítimas, entonces tiene poco sentido el que puedan ser evaluadas por su utilidad.

► En el sentido *débil*, el juicio de ilegitimidad permite la entrada de las hipótesis *ad hoc* al juego científico, pero entra con sesgo negativo, con mancha origen. Esto implica que no bloquea la evaluación de aceptabilidad particular. Éste da origen a la concepción peyorativa suave de las hipótesis *ad hoc*, porque la ilegitimidad de la figura, de su estatus, tiñe la propia noción que se tenga de aquélla. En esta variante, el juicio de ilegitimidad *tiende* a confundirse con las condiciones de aceptabilidad, porque el *resultado* de la ilegitimidad es una consideración negativa de base en el juicio de aceptabilidad. Pero no logra confundirse. Esta mancha se traduce, en la siguiente evaluación, en un demérito de la hipótesis, una razón que pesa para su no aceptación (sin perjuicio de que el resultado pueda ser otro). Sobre esta base es que se configura de manera muy especial el propio juicio de aceptabilidad.

Si el resultado juicio es de no ilegitimidad ello puede dar lugar a diversas actitudes.

Sin perjuicio de lo anterior, podríamos ver cuatro tendencias más, que no necesariamente van a implicar una posición del todo o nada⁶¹⁰: La posición peyorativa suave, la positiva, la de tolerancia relativa y la de neutralidad.

a) La posición peyorativa suave fue sostenida inicialmente POPPER, parcialmente por LAKATOS, y luego por LEPLIN muy fuertemente, RADNITZKY y actualmente BOUDRY desde el punto de vista de las pseudociencias, refiriendo a la ilegitimidad metodológica del uso de las hipótesis *ad hoc*.

⁶⁰⁷ M. BORDES SOLANA, *Las Trampas de Circe*, p. 236.

⁶⁰⁸ M. BOUDRY, “The Hypothesis that Saves the Day”, pp. 5 y 6.

⁶⁰⁹ Por la pertinencia al objeto metodológico de la presente tesis, la reconducción conceptual de la derrotabilidad a la de hipótesis *ad hoc*, no se va a tratar la aceptabilidad de esta última, sin perjuicio de breves referencias.

⁶¹⁰ J. LEPLIN propone tres de distinta manera, y como posiciones tipo definitorias, “The Assessment of Auxiliary Hypotheses”, p. 238.

Para POPPER, el tratamiento de las hipótesis *ad hoc* se vierte en una estrategia metodológica, que consiste en que convencionalmente se adopta el *principio de parquedad en el uso de hipótesis*. Refiere a que no nos demos *tan fácilmente* al empleo de hipótesis *ad hoc* y de hipótesis auxiliares⁶¹¹. Esto se estructura de la siguiente manera:

– En primer lugar, una prohibición: “en el caso que se presente una amenaza a nuestra teoría, no la salvaremos por ningún género de estratagemas convencionalista”⁶¹². La razón es que mediante “una suave adaptación de las condiciones, casi puede conseguirse que cualquier hipótesis esté de acuerdo con los fenómenos; con ello la imaginación quedará muy complacida, pero nuestros conocimientos no progresarán” (J. BLACK)⁶¹³.

Aquello implicaría que se reduciría la falsabilidad o contrastabilidad de la teoría, volviendo ambiguo, en el mejor de los casos, su carácter empírico⁶¹⁴. Para la segunda concepción no es claro, pero pareciera ser una especie de simulación de contrastabilidad. Mientras que la quinta concepción suponía una mera serie remendada y arbitraria de teorías desconectadas⁶¹⁵.

– En segundo una condición de aceptabilidad. Si ya nos topamos con una teoría o sistema que utilizó y se salvó mediante la estrategia inmunizadora, “lo someteremos de nuevo a contraste —y lo rechazaremos si las circunstancias lo exigen”⁶¹⁶.

Para LEPLIN su modelo es “infaliblemente peyorativo”. El uso de la no fundacionalidad es la cuestión clave, que corta las aguas entre una y otra posición. Ello no puede ser de otra manera, ya que es una condición fuertísima el que la teoría preste o no fundamento a la solución de las anomalías. Así, señala: “Ya sea que *H* sea difícil o imposible, o no, de probar o realizar contrastaciones de forma independiente, si produce o no predicciones novedosas o tiene un éxito predecible, son preguntas hechas sin tener en cuenta la condición clave de que *T* estará sujeto a problemas serios distintos de los que existen para conectarse con *e* que requiere una solución común.”⁶¹⁷.

b) La posición *positiva* respecto de las hipótesis *ad hoc*, la representa paradigmáticamente FEYERABEND, que la construye sobre la base de la posición de LAKATOS, y se parte desde una perspectiva diacrónica, relacionándose con el estado *altricial* de las teorías. Alude bajo este criterio a la legitimidad del uso de las hipótesis *ad hoc*.

La situación altricial, es una metáfora que utilizo, derivada de la biología, que alude a la situación desvalida en que nacen ciertos animales, por lo que requieren de cierto cuidado especial; en suma, a la precariedad para la supervivencia que puede durar un largo

⁶¹¹ K. POPPER, *La Lógica de la Investigación Científica*, p. 77.

⁶¹² K. POPPER, *La Lógica de la Investigación Científica*, p. 78. G. RADNITZKY señala que el racionalismo crítico, de W. BARTLEY, coincide en sostener que se debe mantener por principio toda posición, abierta a la crítica y no dogmatizar nada (“La Extensión de la Idea de Costes-Beneficios a la Metodología”, p. 61).

⁶¹³ J. BLACK, citado por K. POPPER, *La Lógica de la Investigación Científica*, p. 79.

⁶¹⁴ K. POPPER, *La Lógica de la Investigación Científica*, p. 78.

⁶¹⁵ I. LAKATOS, es muy severo con estas *ad hoc* como la designó, (“La Falsación y los Programas de Investigación Científica”, p. 117). Agrega que la utilización de la estadística en las ciencias sociales, para producir explicaciones particulares *ad hoc*, constituye una polución intelectual (*ibid.*, p. 118 n. 322).

⁶¹⁶ K. POPPER, *La Lógica de la Investigación Científica*, p. 79.

⁶¹⁷ Vid. J. LEPLIN, “The Assessment of Auxiliary Hypotheses”, p. 238 y ss.

tiempo⁶¹⁸. FEYERABEND sostiene que las buenas ideas cuando surgen, lo hacen de manera *ad hoc*, puesto que en su origen no pueden ser de otra manera, de acuerdo al modelo de desarrollo tentativo popperiano. De esta manera, sólo pueden desarrollarse poco a poco, ampliándolas gradualmente, para aplicarlas a situaciones que están mucho más allá de su punto de partida. El propósito de las nuevas teorías es contrastar puntos de vistas antiguos, más bien que probar los nuevos, puesto que desarrollar una teoría nueva es algo sumamente complejo. En tal sentido, FEYERABEND sostiene que como en el caso del heliocentrismo, es mejor que las hipótesis se mantengan como *ad hoc* por mucho tiempo, para efectos de ir trabajando y ahondando las primeras ideas que sólo pueden defenderse de manera *ad hoc*⁶¹⁹.

Alternativamente, Th. KUHN presenta una justificación para el uso de las hipótesis *ad hoc* en la ciencia en su etapa de “madurez”. Señala que en tal fase, dadas las gravitantes características de la “teoría paradigmática” para el desarrollo de la práctica científica, en particular, el sentido convencional o regulador que adquiere la teoría como proyecto a desenvolverse a largo plazo de los científicos, cobra sentido el que éstos se muestren reactivos frente a las anomalías científicas. Poseen buenas razones para no asumir la anomalía como un contraejemplo refutador. Esto implica, a juicio de KUHN, que el paso a la ciencia normal implique el “abandono del discurso crítico”⁶²⁰. En tal sentido, califica a la ciencia normal de una empresa enormemente acumulativa y eficaz en la consecución de sus objetivos⁶²¹. Agrega que no hay ni un objetivo que le imponga descubrir nuevos hechos que se conviertan en anomalía, ni inventar nuevas teorías⁶²². En tal línea, la ciencia normal sólo consiste en la búsqueda y la consecución de la promesa de obtener ciertos éxitos que ofrece el paradigma⁶²³; el trabajo de aumento se da en la medida en que los hechos seleccionados encajan con las predicciones del paradigma y la articulación de éste⁶²⁴. Es aquí donde toma sentido el instrumental *ad hoc*. KUHN enmarca en este contexto la tarea de las articulaciones de la teoría frente a las anomalías: “Ingeniarán [los científicos] numerosas articulaciones y modificaciones *ad hoc* de su teoría a fin de eliminar cualquier conflicto aparente”⁶²⁵. Y hace concurrir como fundamento una virtud⁶²⁶: la paciencia de los científicos que trabajan en la ciencia normal, y que no desechan de manera rápida las teorías paradigmáticas, sino que las retienen y se dan el tiempo para trabajar en la mejora de la teoría⁶²⁷. Todo ello a condición de que no exista otra teoría mejor que la desplace⁶²⁸.

⁶¹⁸ Vid. sobre el concepto de altricial X. MARIÑO, *El Misterio de la Mente Simbólica*, p. 59.

⁶¹⁹ P. FEYERABEND, *Tratado contra el Método*, pp. 79 a 84.

⁶²⁰ T. KUHN, “La Lógica del Descubrimiento”, en *La Tensión Esencial*, p. 297.

⁶²¹ T. KUHN, *La Estructura de las Revoluciones Científicas*, p. 173.

⁶²² T. KUHN, *La Estructura de las Revoluciones Científicas*, p. 134.

⁶²³ T. KUHN, *La Estructura de las Revoluciones Científicas*, p. 133.

⁶²⁴ T. KUHN, *La Estructura de las Revoluciones Científicas*, p. 133.

⁶²⁵ T. KUHN, *La Estructura de las Revoluciones Científicas*, p. 210.

⁶²⁶ Esta virtud concurre en dotar del aspecto positivo a las estrategias *ad hoc*.

⁶²⁷ T. KUHN, *La Estructura de las Revoluciones Científicas*, p. 215. Un ejemplo con el que trabaja y aplicable *mutatis mutandi* era sobre el movimiento del perigeo lunar, el que tan sólo era la mitad de lo observado. Por más de setenta años se mantuvo el problema sin solución, achacándose el problema o bien a la teoría, o las mediciones. Señala que para el año 1750 Clairaut mostró que las matemáticas de la aplicación de la teoría eran las equivocadas y que se podía mantener la teoría newtoniana como era hasta aquel momento. La conclusión de KUHN es que la “paciencia con una anomalía importante demostró estar justificada”.

⁶²⁸ KUHN le encuentra un límite a la actividad de las hipótesis *ad hoc*, relativo a la propia dinámica científica, en la dicotomía: ciencia normal, ciencia revolucionaria. Si bien los movimientos *ad hoc* son propios de la ciencia normal, ellos poseen un costo metodológico doble: la proliferación y frecuencia de articulaciones

c) La posición de tolerancia metodológica⁶²⁹. El tolerante sabe que hay un problema, pero no descarta la hipótesis de manera inmediata, porque el juicio confluye con otras virtudes de la ciencia. Una frase de J. AGASSI puede darnos una idea clara de esta posición: “Que las hipótesis *ad hoc* son repugnantes y útiles es un hecho conocido”. Frente a la prueba de la racionalidad —que las hipótesis *ad hoc* ponen en duda, habría que agregar— a veces es mejor liberalizar los requerimientos de los altos estándares científico-académicos, puntualizando ciertas cosas como irracionales y permitiendo que todo lo demás disfrute del beneficio de la duda, esperando archivar de manera *ad hoc* las dificultades por un tiempo⁶³⁰. Como dice LAKATOS, a veces es racional poner una cuarentena temporal a favor de la hipótesis, para que pueda seguir desarrollando su heurística positiva⁶³¹.

Se sostiene que el rasgo *ad hoc* no es en sí mismo un vicio metodológico absoluto, ya que puede simplemente tratarse de una mera deficiencia empírica transitoria, originada, por el origen altricial de las teorías, que no va a conducir al rechazo de la teoría o hipótesis⁶³². El resultado de ello es que en ciertos casos es tolerable el uso de hipótesis *ad hoc*, mientras que en otros casos puede tratarse de un uso ilegítimo.

Recogiendo el guante, POPPER ha señalado que tanto “la hipersensibilidad respecto a refutar la crítica era igualmente peligrosa” para la ciencia, como evitar la falsación a cualquier precio. Señala que existe un lugar para el “dogmatismo”, aunque reducido. Dos argumentos lo sostienen: i) quien renuncia demasiado fácil a su teoría, no descubrirá las potencialidades de la misma; y ii) que en ciencia siempre hay lugar para el debate, lo que implica el ataque y la defensa. El ejemplo de la hipótesis del neutrino de W. Pauli, propuesto de manera bastante *ad hoc*, que finalmente fue corroborado, influyó en POPPER, para sostener en 1974, el siguiente canon: “no debemos pronunciar un edicto demasiado severo contra las hipótesis *ad hoc*”⁶³³, porque la hipótesis tardó treinta años en ser corroborada y que quedase aceptada⁶³⁴.

Este marco permite hacer aplicable la clásica distinción sobre los programas degenerativos o progresivos de LAKATOS, plantándola frente a la visión de KUHN de la

divergentes, para salvar la teoría, se considerarán cada vez más, “ajustes *ad hoc*”, o parches especialmente dados para la situación; por otra, y si bien tienen un sentido racional éste es limitado, ya que aquéllas afectarán al propio paradigma de la ciencia normal, porque harán cada vez más borrosas las reglas de la ciencia normal. Entre tanto parche sobre la teoría dominante, ella terminará convirtiéndose en “un monstruo” con partes de variopinto cariz y origen (aquí no aplica sino la vieja teoría de DUHEM del peso de la acumulación de las hipótesis *ad hoc*). T. KUHN, *La Estructura de las Revoluciones Científicas*, p. 218.

⁶²⁹ El término tolerancia lo utiliza I. LAKATOS, “La Falsación y los Programas de Investigación Científica”, p. 95.

⁶³⁰ J. AGASSI, *Science in Flux*, pp. XXII y 189. Agrega AGASSI que “observamos la necesidad de una hipótesis *ad hoc* y la toleramos temporalmente, hasta que la deuda se vuelve demasiado grande y se declare la bancarrota, o las hipótesis *ad hoc* vengan con la evidencia fáctica que las apoya”, lo que da origen a diversas conductas respecto de ellas (*ibid.*, p. 197).

⁶³¹ I. LAKATOS, “La Falsación y los Programas de Investigación Científica”, p. 79.

⁶³² Esta reconstrucción la realiza J. LEPLIN “The Assessment of Auxiliary Hypotheses”, p. 240.

⁶³³ K. POPPER, “El Problema de la Demarcación”, pp. 139 y 142.

⁶³⁴ Cfr. D. ANTISERI y G. REALE, *Historia de la Filosofía VII*, p. 173.

ciencia que recurre a hipótesis *ad hoc*, ello sería más bien un desarrollo degenerativo del programa.

d) La *neutralidad* metodológica implica una actitud de no toma de posición respecto al empleo de las hipótesis *ad hoc* en sí misma. Esta posición no niega la existencia de las hipótesis *ad hoc*, sino que su tratamiento implica que no tienen peso o relevancia metodológicos, como para decidir una cuestión metódica entre los científicos. Las razones de ello se dividen en dos:

d.1) Para LAUDAN el concepto mismo de carácter *ad hoc*, —en el sentido de resolutor de problemas— no añade nada en absoluto a nuestro instrumental analítico para la *evaluación* de teorías, precisamente porque dicha noción “es tan sólo un caso especial de generación de un problema conceptual”⁶³⁵. Por el contrario, lo que define, para LAUDAN, el estatus de aceptabilidad o no de la hipótesis son sus efectos epistemológicos según si contribuye a aumentar o reducir la capacidad de resolver problemas de la teoría⁶³⁶.

d.2) La segunda estaría muy ligada a la consideración estética particular. El subjetivista coincide con los demás en que puede ser visto de forma positiva la hipótesis *ad hoc* y no sólo negativa. En el fondo, si sólo se ve fea, desarmónica o de mal gusto la hipótesis *ad hoc*, y depende del juicio de subjetivo de cada científico, desde el punto de vista del debate, cada uno puede sostener la tesis que le plazca en tanto no exista un criterio que permita decidir los desencuentros. En cierto sentido, es lo que pide HOLTON para la configuración de una disciplina sobre estética científica (el criterio es el sentimiento por la “naturalidad” o “simplicidad lógica” de las premisas). Y recuerda nuevamente que Einstein señalaba que una formulación exacta de este problema se encuentra con grandes dificultades, porque el problema no es simplemente uno de una clase de enumeración de las premisas lógicamente independientes (si es que algo así es inequívocamente posible), sino el de un tipo de ponderación recíproca de cualidades inconmensurables⁶³⁷.

—Si miramos la ciencia, como sugiere E. MCMULLIN, desde el punto de vista de los valores y virtudes involucradas, podemos obtener otra forma de ver las hipótesis *ad hoc*. El problema lo traslada hacia la cuestión de los valores, planteando una relación de medio a fin. Como ya vimos, algunos funcionan como metas u objetivos, los cuales —siguiendo a KUHN— califica de definitorios o constitutivos de la actividad científica, tales son la precisión predictiva y la potencialidad explicativa, en el sentido de que si uno renuncia a la meta de producir una *explicación* y que sea *precisa* de la *regularidad natural*, la actividad a la que se dedica puede valer la pena, pero no es ciencia⁶³⁸. Por su parte, agrega que hay otros valores que son instrumentales, los que se justifican cuando se demuestra que sirven como

⁶³⁵ L. LAUDAN, *El Progreso y sus Problemas*, p. 158.

⁶³⁶ L. LAUDAN, *El Progreso y sus Problemas*, p. 156.

⁶³⁷ G. HOLTON, *Thematic Origins of Scientific Thought*, p. 331.

⁶³⁸ E. MCMULLIN, “Rationality and Paradigm Change in Science”, pp. 67 y 69. Sobre este punto se puede entender el reconocimiento de POPPER a que la ciencia es cosmología, esto es, el problema de entender el mundo. Y encontramos su base definitoria de interés en su declaración de que “tanto la filosofía como la ciencia perderían todo su atractivo para mí si abandonasen tal empresa” (*La Lógica de la Investigación Científica*, p. 16).

medios para los fines definidos por los objetivos principales; ejemplos de ellos son la *unificación* y la *coherencia* entre otros⁶³⁹.

Sobre dicha base se puede determinar si las hipótesis *ad hoc* en general pueden servir a la función explicativo/predictiva. Efectivamente ellas sí pueden servir o cumplir dichos valores, y para ello contamos con ejemplos que hemos visto como la hipótesis de Neptuno, la hipótesis de Planck sobre la radiación, y diversas otras que pretenden dar cuenta de la experiencia, lo que les permite a la figura de ser calificadas de no-ilegítimas⁶⁴⁰. Las hipótesis *ad hoc* tienen la potencialidad de rendir tributo a tales valores definitorios.

Pero cuestión distinta es si sirven al resto de los valores no definicionales, relativos al juicio de las hipótesis en general. Es aquí donde puede entrar la relación asimétrica de *mejor situación que*, para hacernos comprender que las hipótesis *ad hoc* en igualdad de condiciones explicativas de cierto conjunto de hechos *h*, no están en mejor situación epistémica que una teoría *T* que ofrece un conjunto unificado y coherente de explicaciones⁶⁴¹. Su estatus podemos entenderlo como de *supletorio* de otra teoría u otras teorías más unificadas, pero que explican menos respecto de ciertos problemas, al menos para ese dominio acotado de problemas.

Sin embargo, no puede dejar de notarse una cuestión relevante. Si es correcto que hay algo intrínseco en algunas teorías de la pseudociencia, que dejan abierto el uso sistemático de las hipótesis *ad hoc*, entonces parece haber una razón demarcatoria de la legitimidad en el uso de las hipótesis *ad hoc*, entre las teorías que presentan esta predisposición de vaguedad e indeterminación, del resto de las teorías.

2.5. Sumario y Algunas Consideraciones

Aquí expondré algunas lecciones que nos queda del examen de las nociones de las hipótesis *ad hoc*, que sean útiles para el siguiente capítulo, más algunas ideas y argumentos pertinentes que sean relevantes.

En **primer lugar**, la viabilidad de la noción de hipótesis *ad hoc* desde el punto de vista funcional, descarta la tesis escéptica de HUNT, ello porque efectivamente en la actividad cognoscitiva, y muy especialmente en las pseudociencias se utilizan estrategias *ad*

⁶³⁹ E. MCMULLIN, "Rationality and Paradigm Change in Science", p. 69.

⁶⁴⁰ Como señalase SCHINDLER, dentro de las consideraciones de importancia en la elección de una teoría, la mayor es que una teoría debe ser empíricamente adecuada. Si no encontramos una teoría que sea empíricamente adecuada y no *ad hoc*, claramente, debemos atenernos a ella en cualquier caso si es empíricamente adecuada ("A Coherentist Conception of Ad Hoc Hypotheses", p. 60).

⁶⁴¹ Es una reformulación de la idea de una aseveración de E. MCMULLIN, "Rationality and Paradigm Change in Science", p. 69, y, además, permite recoger una idea de L. LAUDAN, (*El Progreso y sus Problemas*, p. 155): "Aunque sería un buen *plus* que cada modificación teórica pudiera inmediatamente resolver tanto los nuevos problemas como los antiguos no resueltos, el insistir en esa exigencia (como han hecho POPPER, LAKATOS y ZAHAR, por ejemplo), es rechazar la doctrina de que las teorías que resuelven más problemas acerca del mundo son preferibles a aquellas que resuelven menos."

A su vez, lo expuesto arriba, implica que la potencialidad explicativa no sólo juega en el juicio de ilegitimidad de las hipótesis, sino también en el de aceptabilidad por su gradualidad.

hoc, con lo que borrarlas parece que perdemos una categoría importante para identificar ciertas hipótesis que cumplen funciones alejadas de ciertos valores de la ciencia, como es la coherencia y la explicación unificadora. Es más, el hecho de que sean necesarias aquéllas, no quita que no existan, y que, en cierto sentido, no es parte de nuestro ideal realizar una actividad cognoscitiva a punta de particulares o singulares, versus realizarla mediante generales o universales. La primera constituye un sucedáneo de la segunda, cuando no una estrategia negativa, que la propia noción de *ad hocidad* pasa a concretar no de manera suficiente, pero sí necesaria.

En **segundo**, existe un problema epistémico común a los seres humanos que es la falta de acceso al mundo, a la *totalidad del mundo* y *directamente* al mismo, que genera vacíos, cognoscitivos, e implica que nuestro conocimiento del mismo siempre sea incompleto, y que será el presupuesto que se requerirá para incorporar las hipótesis *ad hoc*, en cualquiera de sus formas.

En **tercero**, la propia idea de problema o anomalía a la cual no puede dar cuenta la teoría *T*, a veces aparece como presupuesto de la *ad hocidad* (como en la teoría de la contrastabilidad y apoyo independientes), y es una condición explícita en la noción subjetivista, la falta de fundacionalidad y de coherencia.

Del examen de las nociones y ejemplos se pudo ver que la hipótesis o teoría *ad hoc* no refiere sólo a un caso singular —único e irrepetible—, sino que también a casos *específicos*, como son las sucesivas distorsiones en las órbitas de Mercurio y Neptuno. En este caso, es la especificidad del problema lo que viene a constituir la base de la *ad hocidad*, y que se pretende captar, con los sucesivos criterios de independencia respecto de la contrastabilidad o de apoyo, o de la propia coherencia, como una forma de delimitar la vaguedad de aplicación de la noción de especificidad.

Además, la anomalía, en tanto problema del cual no puede dar debida cuenta la teoría, puede manifestarse como uno en que la teoría enuncia acerca de algo de manera que no se da en la realidad o el experimento, o en que las teorías o la teoría particiona equivocadamente los hechos de manera que superpone dos conceptos sobre un hecho o no los cubre en modo alguno⁶⁴².

En **cuarto**, se puede constatar en los filósofos cierto nivel de relevancia del sentido común de *ad hocidad* o de lo *ad hoc*, en cuanto a que lo utilizan como guía para determinar las diversas variantes del sentido técnico, y, en parte, como límites tenues del mismo.

En **quinto**, queda una imagen de la pluralidad de nociones sobre la *ad hocidad*, dado que las visiones monistas no logran dar cuenta de las diferentes instancias y formas de lo *ad hoc* usualmente reconocidas como tal, como en el caso de la versión coherentista de SCHINDLER o la fundacionalista de LEPLIN.

En **sexto**, la cuestión del tipo de problema cognoscitivo que enfrenta a la crítica. La teoría es parte de las condiciones reconocidas por los filósofos, y es una de las cuestiones

⁶⁴² Vid. así, J.A. Díez, y C.U. MOULINES, *Fundamentos de Filosofía de la Ciencia*, p. 110.

fundamentales. En tal sentido, parece ser más razonable que se estime que cualquier problema al que se enfrenta la teoría, la pone en cuestión potencial o actual, y que es respondida como un desafío mediante la hipótesis *ad hoc*, más bien que estimar, como LAUDAN, que los problemas a los que se enfrenta se tratarían de desafíos o *leitmotiv* de la teoría, y a los cuales se responde por una hipótesis especial, sin ninguna trascendencia especial, esto es, que no sea una respuesta especialmente *ad hoc*. Esto no implica que la hipótesis no pueda ser el *leitmotiv* de la hipótesis, la propia de Planck lo corrobora, sino que para la teoría dominante la situación es un problema real y que tiene la *potencialidad* de amenazarla.

En **séptimo**, en cuanto al objetivo. Si la explicación de la hipótesis de Planck para dar cuenta de la radiación del cuerpo negro y detener el efecto de la catástrofe ultravioleta es correcta, ello afecta al propio objetivo tradicional de las hipótesis *ad hoc*: evitar una inmunización. Si este tipo de hipótesis *ad hoc* son sueltas y desligadas de otras teorías, como muestra este caso, ella aparecerá desligada de la teoría incluso en función y objetivo. La propia hipótesis no se puede incorporar al sistema de la teoría dominante T_1 (la newtoniana), precisamente porque ella es objetivamente refutadora de T_1 , respecto al principio clásico de continuidad de la energía y la introducción de la discontinuidad energética, sea por implicación o explícitamente⁶⁴³. Esta interpretación de la hipótesis *ad hoc* se daría desde el punto de vista del conocimiento objetivo (como diría POPPER), ya que la hipótesis de Planck nunca pudo apoyar a la física newtoniana. Pero, además, desde el punto de vista intersubjetivo, cuando Einstein da cuenta del problema, también se permite caer en cuenta de que la hipótesis estaba desligada. De tal manera que dicha hipótesis no podía inmunizar la teoría newtoniana, sino que al revés. Si esto es correcto, no toda hipótesis *ad hoc* tiene por objetivo inmunizar, sino que apunta o tiene por objetivo responder a un problema muy específico, conocido de antemano, que empíricamente se ha dado o se lo espera que se dé, lo que nos conecta con el sentido ordinario del término *ad hoc*.

En **octavo**, parece que la hipótesis *ad hoc* puede mantener cierta coherencia o no con la teoría que apoya o la dominante. Esto viene respaldado necesariamente por la visión pluralista que se adopta, y que incluye la noción de falta de coherencia con un alcance parcial, así como la de ausencia de contrastabilidad independiente y de falta de corroboración independiente —estas últimas que aceptan la posibilidad de que la hipótesis *ad hoc* sea coherente con la propia teoría apoyada o, al menos, con su núcleo esencial—.

En **noveno**, en cuanto a la asertividad empírica de la hipótesis *ad hoc* en torno a la triada, corroboración-refutación-duda empíricas. Las razones parecen apoyar tanto que la hipótesis *ad hoc* puede estar *corroborada*, por ejemplo, la hipótesis de Planck o en las pseudociencias la hipótesis de mantener dobladas las piernas como óbice para la canalización de energías y del resultado⁶⁴⁴, como mantenerse en la situación en *duda* por

⁶⁴³ Th. KUHN, *La Teoría del Cuerpo Negro y la Discontinuidad Cuántica*, p. 201.

⁶⁴⁴ Como señalan J.A. Díez y C.U. MOULINES, algunos creyentes del Tarot dicen que, para que la lectura adivinatoria de las cartas sea correcta, se deben mantener las piernas sin cruzar para dejar circular la energía vital, su cruce vendría a corroborar la hipótesis que da cuenta de las instancias frustradas de las predicciones (*Fundamentos de Filosofía de la Ciencia*, p. 86).

años, de acuerdo con LEPLIN respecto de la contracción de Lorentz o la de Neptuno o la del neutrino, según hemos visto.

En **décimo**, hay buenas razones para apoyar una calificación no definitiva del juicio de *ad hoc* para las hipótesis especialmente preparadas para cubrir ciertos problemas. Porque, como se vio, este juicio es uno de tipo complejo, con diversas variantes, que presenta cierta tensión evaluativa entre las condiciones de la *ad hocidad* y las cuestiones fácticas sustantivas, del propio problema, y formales, de la concreta hipótesis que se juzga en relación con la teoría que se apoya. Este punto se ve con claridad en la evolución de la evaluación de la hipótesis de la contracción de Lorentz, frente al experimento Michelson-Morley.

En **undécimo**, existe una amplia coincidencia en que el carácter *ad hoc* admite grados. Lo que no está tan claro es si corre para todas y cada una de las versiones, así como si la discusión es si la hipótesis admite la gradualidad o es la teoría apoyada. En este último caso, el de la teoría, es claro que ésta puede ser más o menos apoyada en diversas formas por diversas hipótesis y que la teoría puede ser la que admita el carácter gradual de *ad hoc*. En cuanto a la hipótesis misma, el que admita o no contrastabilidad aparece más bien como una cuestión del todo o nada (aunque las opciones puedan variar en el tiempo), puesto que el criterio no es de mayor o menor contrastación o posibilidad de aquello, sino de si es posible o no. Lo mismo puede decirse del criterio de falta de corroboración independiente. La falta de la coherencia con la teoría es lo que sí parece admitir grados, ya que la coherencia misma por definición lo admite.

En **duodécimo**, respecto a los objetos referidos, existe una pluralidad de formas que puede adoptar la hipótesis *ad hoc*: puede implicar la afectación de hipótesis auxiliares (o hipótesis factoriales), la erección de hipótesis independientes y aisladas, hipótesis interpretativas, etc.

En **decimotercero**, respecto a la relevancia metodológica relativa a la legitimación de las hipótesis *ad hoc*. En vistas de los objetivos de la ciencia, en particular, la unificación sistémica de los datos o hechos con que trabaja la actividad científica, y el requerimiento de dar cuenta de los hechos de realidad, la figura de las hipótesis *ad hoc* aparece como no la mejor situación, para dichos objetivos, sino más bien supletoria, en el mejor de los casos, de una teoría potente en términos explicativo y sistemáticos —al modo como lo fue la teoría newtoniana, sin perjuicio de sus defectos— para el universo conocido, y, en el peor, un recurso ilegítimo —como en diversas instancias de las pseudociencias—.

En **décimo cuarto**, diversas nociones hipótesis *ad hoc* implican un compromiso fuerte con una forma de respuesta particularista frente a una respuesta general de las teorías empíricas, respecto de un caso fáctico singular o específico, que compromete no sólo la relevancia de la teoría principal del escenario, sino el empirismo de la ciencia, en tanto noción de referencia para el actuar de la ciencia, sea para *explicar* la realidad o para *dar cuenta* de ciertos fenómenos.

CAPÍTULO III

LA DERROTABILIDAD COMO HIPÓTESIS *AD HOC* DE NIVEL DE APLICACIÓN

¿Es la derrotabilidad normativa una hipótesis *ad hoc*? El filósofo del Derecho A. PECZENIK nos da pie para la entrada a discutir sobre otra forma de entrar a concebir la derrotabilidad, en tanto excepciones implícitas, en una comparación entre las ciencias y la argumentación jurídica:

“de acuerdo con la metodología de Popper, cuando una hipótesis es contradicha por creencias más básicas, debería ser dejada de lado o, al menos, modificada. En cambio, en la argumentación jurídica —y en verdad en el razonamiento falsable en general— a menudo conservamos en nuestro conjunto de premisas las ‘hipótesis’ derrotadas y sus ‘excepciones’ y seguimos usando las primeras para el tratamiento de casos futuros, aun cuando hayan sido contradichas en circunstancias específicas. Este es un rasgo típico de los principios. Y es también una gran ventaja de los enfoques no monotónicos. Por cierto, éste no es siempre el caso.”⁶⁴⁵

Este argumento de PECZENIK puede interpretarse de dos maneras: como un falsacionismo ingenuo, o como una invitación a explorar un paralelismo entre falsacionismo y argumentos derrotables.

En cuanto a lo primero, refiere a la imagen de la ciencia como un supuesto ideal y de precisión, según se tiene fuera de su propio ámbito; como una especie de falsacionismo ingenuo, esto es, como si la ciencia discurriera únicamente mediante el grueso método de ensayo y error, y que eso bastase para provocar el cambio de teoría, sin otra consideración metodológica. Creo que esta interpretación debe descartarse, de manera primigenia, porque no es una imagen correcta. De hecho, las metateorizaciones acerca de la ciencia nos muestran que ello no es así, ni que tampoco así podría funcionar aquella. Ni siquiera POPPER lo estimó en su momento en términos tan gruesos, aunque sí de ideales, según vimos, y el propio KUHN puso mucho énfasis en la rigidez del paradigma, para evitar los cambios⁶⁴⁶. Es más, la propia noción de hipótesis *ad hoc*, es una de las nociones claves para el cambio de imagen del proceso de la ciencia y el cambio de teórico. Pero, además, debe descartarse porque el propio PECZENIK era conciente de que la ciencia no funcionaba de acuerdo con un ideal tan grueso⁶⁴⁷.

En tal línea, hay buenas razones para entender que conocía los problemas de las hipótesis *ad hoc* y la rigidez de los paradigmas y programas de investigación, y que las hipótesis en la ciencia no se abandonaban así nada más. En realidad, pareciera que lo que PECZENIK estuviere haciendo es reajustando el *ideal* popperiano básico —ya que el

⁶⁴⁵ A. PECZENIK, “Saltos y Lógica en el Derecho ¿Qué Se Puede Esperar de los Modelos Lógicos de la Argumentación Jurídica?”, pp. 109 y 110.

⁶⁴⁶ Th. KUHN, *La Estructura de las Revoluciones Científicas*, pp. 142 y 143, 209 a 216.

⁶⁴⁷ Vid. A. PECZENIK, *On Law and Reason*, pp. 116 y 117.

razonamiento falsable es parte del modelo racionalista crítico—, en orden a precisarlo, e invitar a observar el razonamiento falsable (no ingenuo) en relación con la argumentación jurídica derrotable, que importa la retención de las hipótesis derrotadas, cuando operan las excepciones implícitas.

En este sentido, las hipótesis *ad hoc*, en un mundo de imágenes ingenuas y gruesas, se asemejan mucho más a la argumentación jurídica que a la argumentación de la ciencia en términos metodológicos. Porque al igual que cuando estamos en el contexto de un sistema jurídico, en la ciencia frente a una experiencia problemática o recalcitrante, se mantienen las hipótesis derrotadas y los mecanismos de respuesta excepcional, del caso particular, no obstante haber sido contradichas por las circunstancias, como hemos visto, por ejemplo, en las propuestas de Le Verrier, o en la convivencia de la hipótesis de Planck con la teoría newtoniana.

Es menester anotar que una intuición inversa parece ser compartida por R. KOONS, en el sentido de que el razonamiento derrotable es uno que puede ser traspasado a la ciencia y la epistemología, respecto a la construcción de leyes de la naturaleza derrotables, en relación con la normalidad de los casos, versus las situaciones excepcionales; y así alguno lo ha intentado⁶⁴⁸. Lo que da pie a entender cierta intercambiabilidad de los términos, los cuales, en cualquiera de los casos, entra en tensión con el problema del error y el cambio de teoría, como señalase POPPER e intuye PECZENIK.

Esta combinación es la que quiero pasar a revisar ahora en este capítulo final. Para ello permítaseme tratar los argumentos jurídicos como hipótesis o conjeturas, para adaptar la confluencia de la *ad hocidad* a las excepciones implícitas, lo que implicará un enfoque metodológico de la práctica de la derrotabilidad por excepciones implícitas. Sin embargo, para justificar ello y acercarnos a la *ad hocidad* en el ámbito jurídico, comenzaré tratando otra noción de norma jurídica (y su aplicación), un poco más ajustada a la práctica de los sistemas de Derecho Codificado. Este acercamiento a la concepción de las normas nos dará una lectura más cercana de la actividad jurídica de los destinatarios del Derecho y de la ciencia.

3.1. Una Nueva Lectura de la Concepción de las Reglas y Principios, su Heterogeneidad

3.1.1. Ciertos presupuestos fácticos

Dentro de los presupuestos de la forma en que se practica el Derecho, y que conforman la imagen del sistema jurídico del Derecho continental, está la intervención de la teoría jurídica en un sentido estrecho y en sentido amplio, y, eventualmente de las políticas públicas.

⁶⁴⁸ R. KOONS, “Defeasible Reasoning”, párs. 2.6, 2.7, 2.8, y 3; un ejemplo claro de ello puede verse en la utilización de las “consideraciones derrotables” de la confirmación de R. CHISHOLM, *The Foundations of Knowing*, cap. 2, pp. 36 a 39.

Para enfrentar el problema de las excepciones implícitas, creo que debemos tomar en cuenta las normas desde el punto de vista argumentativo metodológico, en su interacción con los principios y los valores subyacentes al sistema, como se ha visto anteriormente, y la complejidad de los sistemas jurídicos contemporáneos, lo que implica mostrar cómo interpretamos lo que ocurre en dichos sistemas.

Esta mirada compleja nos llevará a alejarnos de un realismo normativo⁶⁴⁹ ingenuo respecto a la aplicación directa, pura y dura de las normas desde el legislador, en favor de una visión donde las normas se insertarán en la teoría jurídica. La teoría jurídica puede ser entendida desde un punto de vista objetivo y subjetivo. El punto de vista objetivo, refiere a un producto lingüístico, hipótesis, enunciados o argumentos acerca del ámbito jurídico desarrollado por los destinatarios del Derecho, particularmente, referido a la reconstrucción de las normas y su proyección de aplicación⁶⁵⁰. Este sentido objetivo puede entenderse a su vez en uno estricto o amplio. El estricto refiere al producto salido exclusivamente de los juristas, y, en un sentido amplio, a las hipótesis o conjeturas de reconstrucción del ordenamiento jurídico, realizadas por cualquier destinatario del Derecho. Ambos sentidos tendrán participación en la forma de mirar la reconstrucción de las normas y de su proyección, y su importancia consistirá en que la mirada de las normas jurídicas desde el punto de vista teórico, incluso en su aplicación, acercará las visiones de la ciencia con la actividad jurídica.

Asimismo, también suele usarse como “teoría jurídica”, desde el punto de vista subjetivo, en la actividad de los juristas en la formación de la cultura jurídica de ciertos países y así en la formación de la imagen y formación del Derecho, junto con cierto aporte de importancia de la judicatura en este ámbito. En los países del Derecho codificado los juristas son una parte clave en el establecimiento de la hegemonía cultural de la imagen del Derecho, y así en la construcción de la intencionalidad colectiva, en el sentido de SEARLE, para la formación de los hechos institucionales como el Derecho y sus reglas⁶⁵¹.

Recordemos que para SEARLE, el Derecho es uno más de diversos hechos institucionales. Así, distingue entre los “*hechos brutos*”, esto es, aquellos para cuya existencia no se requiere de instituciones humanas, respecto de los “*hechos institucionales*”, como aquellos que requieren cierto tipo de acuerdo humano comunitario para ello⁶⁵². Dichos hechos se construyen sobre la base de ciertas consideraciones de intencionalidad colectiva, que asignan una determinada *función* a ciertas cosas, bajo ciertas reglas maestras (“constitutivas” le llama SEARLE); como, por ejemplo, el dinero, cuya función es de ser un medio de solución de deudas o intercambio de bienes o servicios. Precisamente, a esa función asignada es a la que se le atribuye el carácter institucional, como en el caso del

⁶⁴⁹ El término está tomado en sentido filosófico, no jurídico, para el sentido jurídico, vid. J. FERRER y G. RATTI, *Realismo Jurídico Genovés*, o G. TARELLO, *El Realismo Jurídico Americano*.

⁶⁵⁰ Un uso parecido hace S. HAMPSHIRE pero en materia moral, en *Dos Teorías de la Moral*, pp. 25 a 29.

⁶⁵¹ Vid. J. SEARLE *La Construcción Social de la Realidad*, p. 67. Sobre la perspectiva institucional existe un amplio espectro literario: O. WEINBERGER, “La Existencia Institucional del Derecho”, pp. 213 a 229; N. MACCORMICK, “Introducción: La Teoría Institucional y la Perspectiva del Legislador”, pp. 31 a 46; F. ATRIA, “Games and the Law: Two Models of Institutions”, pp. 322 y ss; M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, “La Dimensión Institucional del Derecho y la Justificación Jurídica”, pp. 9 a 32.

⁶⁵² Vid. J. SEARLE, *La Construcción Social de la Realidad*, p. 21.

dinero y del Derecho, sobre la base de un soporte material: los papeles y el lenguaje, correspondientemente⁶⁵³. De tal guisa, la manera en que socialmente se comprende el Derecho pasa a ser gravitante dentro de su configuración (cobra un sentido subjetivo en su relación con la intencionalidad colectiva).

Si se entiende bien, no es que con aquello se esté sosteniendo que el jurista *per se* pase a ocupar necesariamente la posición del *creador del derecho*, desplazando al legislador (o constituyente o de la autoridad administrativa) en esa función. Sin obviar la trascendencia dirigencial del legislador, hay algo más que viene a delinear la comprensión de este hecho institucional desde el punto de vista social. En tal sentido, la metáfora de encontrarnos en una cárcel cognoscitiva de la cual no podemos salir (aunque si agrandar), es particularmente válida en este sentido. En ese contexto, no es que el jurista tenga sólo *auctoritas* como un reconocimiento de lo que puede decir acerca del Derecho, sino que es la idea de hegemonía cultural la que aparece como de importancia, ya que en la interacción cultural social que implica la formación de los hechos institucionales, como el Derecho, en los países de tradición de Derecho codificado (basados en leyes organizadas sistemáticamente, que cubren amplios campos de la actividad social, como norma jurídica), la producción de los juristas de diversas nacionalidades es influyente de manera decisiva en la forma que tenemos de entender el Derecho y su funcionamiento, en particular, su aplicación. Tan decisiva es que el propio potestado normativo (el legislador), en su actividad, sigue los lineamientos culturales de formación del Derecho que construyen los juristas, así como también lo hacen los propios órganos de aplicación (la judicatura).

La preponderancia de los juristas en la formación de la intención colectiva acerca de la forma o imagen del Derecho, se debe a varios factores. Primero, el jurista aparece como profesor en las escuelas de Derecho que son las formadoras de los abogados y jueces, y éstos salen hacia el desempeño de la actividad social, provistos de las teorías, esquemas conceptuales y metodologías de las doctrinas de los juristas formadores. Luego, la actividad forense de jueces y abogados se realiza sobre la base de dichas teorías, esquemas conceptuales y metodológicos. Incluso más, en refuerzo de aquello, como en Chile, la academia de formación de jueces, refuerza y remoja la formación teórica de sus jueces con cursos de los propios juristas, para efectos de que se empapen de las nuevas teorías que van surgiendo en el marco del debate de los juristas. Segundo, son los propios juristas o los abogados, formados en sus teorías, esquemas y métodos, los que asesoran a los creadores del Derecho (al *deus ex machina*), a los constituyentes y legisladores en la formación de las normas jurídicas positivas. Esto importa que los esquemas conceptuales de los juristas, abogados asesores parlamentarios y funcionarios de la administración, intervienen en la formación o configuración directa de las normas jurídicas positivas. Tercero, los juristas, o bien son formadores en las escuelas de Derecho, en las teorías y esquemas conceptuales de los propios legisladores, ya que muchos de éstos son abogados, o los propios juristas pasan a ser legisladores o constituyentes, como el propio Andrés Bello —en su tiempo—, Arturo Alessandri o el más próximo Juan Bustos, llevando así junto con ellos sus teorías y esquemas conceptuales. La *auctoritas* que ejerce este grupo de abogados y juristas sobre el

⁶⁵³ J. SEARLE, *Creando el Mundo Social*, pp. 32, 33 y 34.

proceso constructivo del Derecho en el sistema codificado es enorme⁶⁵⁴ (sin perjuicio de otras competencias de otros conocimientos como economistas, ingenieros en sus respectivas materias, urbanistas, etc.). Es la “tras bambalina” del sistema jurídico moderno, desde el punto de vista de las teorías, esquemas conceptuales y métodos que se mueven entre los intersticios del poder: esto no es más que decir que los seres humanos piensan dentro de ciertos marcos teórico-conceptuales, con disputas de hegemonía por escuelas y tendencias políticas dentro de las propias teorías, esquemas y métodos, como es propio de las sociedades pluralistas actuales.

Además, porque principalmente el jurista y no el juez tienen esa preponderancia hegemónica, estriba en un problema pragmático: el juez no posee todo el tiempo del mundo para crear soluciones que maximicen diversos *desiderata*, siendo más útil para los objetivos de una mejor justicia, coherente o racional, apoyarse en un grupo que tiene más tiempo para ensayar, errar y pulir sus reflexiones teóricas; y, además, en la famosa frase de que en la judicatura se puede encontrar cualquier solución que se desee (usada incluso de parte de los mismos jueces) en el Derecho codificado, lo que le resta cierta credibilidad o confianza a dichas soluciones (especialmente cuando no son consistentes en el tiempo). Cuestión que no ocurre cuando la judicatura muestra una tendencia teórica firme en la solución de ciertos problemas jurídicos, en donde se puede descansar con ciertas razones de apoyo, en la expectativa de la mantención de la solución, cuestión que en Chile pasa en materia de Derecho laboral, o en Francia en la jurisprudencia contenciosa administrativa del Consejo de Estado. Existe, adicionalmente, otra razón de tipo institucional. Si es el jurista el que realiza las correcciones a los problemas normativos, particularmente a los relativos a las excepciones implícitas como reajustes teóricos *ad hoc*, esto es, mediante una retroalimentación derivada de un caso donde había que ponderar los principios o valores en juego, dicha ponderación efectuada por el jurista le evita tener que crear una propia al juez. ¿Qué ventaja tiene ello?

Esto le arroja una pequeña ventaja al juez. Evita un compromiso *directo* en una decisión de carácter de moralidad política mediante un sopesamiento de los valores en juego. Cuando el teórico reacomoda las piezas teóricas, reconstruyendo y redefiniendo ciertas categorías normativas, el juez puede presentarse como un espectador crítico de la teoría del jurista. Mientras que si el propio juez presenta su propio balanceo, es ahora él quien realiza directamente su balanceo de valores en juego: es parte y juez de su balance en la construcción de la solución jurídica. Se trata de algo que LOCKE parece haber notado en su momento respecto al tema del error⁶⁵⁵ y que la filosofía jurídica medieval hacía notar cuando señalaba que el juez no tenía que usar una equidad cerebrina, esto es, *ad hoc* para el caso singular, ya que podía volverse incontrolable en cuanto a que no era una solución general⁶⁵⁶: un día podía sopesar más un principio, como, por ejemplo, el de la buena fe y otro podía hacerlo con su rival de turno la certeza jurídica. Claro que en cualquier caso el juez debe tomar partido por el sopesamiento del jurista, pero en ello podrán entrar más

⁶⁵⁴ Esto ya lo había notado R.C. VAN CAENEGEM, en *Jueces, Legisladores y Profesores*, especialmente, pp. 173 y ss.

⁶⁵⁵ Cfr. J. LOCKE, *Segundo Tratado del Gobierno Civil*, § 136, p. 112.

⁶⁵⁶ Vid. la reconstrucción de la polémica, en A. GUZMÁN BRITO, “El Significado Histórico de las Expresiones ‘Equidad Natural’ y ‘Principios de Equidad’ en el Derecho Chileno”, pp. 132 y ss.

factores en juego, dentro de la propia reconstrucción jurídica. Creo que algo de esto es lo que señala F. ATRIA cuando expone que la teoría jurídica formula las reglas, haciendo el balanceo, evitando que el juez lo haga en particular (y volviendo los principios redundantes)⁶⁵⁷.

Algo similar puede decirse de la actuación de la Administración del Estado, en el diseño de las políticas públicas, y la conformación de las normas de Derecho público, como veremos más adelante. Igualmente, ello también vendrá mediado por la teoría jurídica, entendida en un sentido amplio, e influirá en la forma de comprender las normas jurídicas.

¿Dónde reside la importancia de ello para la filosofía del Derecho, y la cuestión conceptual acerca de las normas jurídicas? En que el producto teórico ha transformado, de hecho —y para bien o para mal—, la manera de comprender la concepción de la regla en una cuarta noción: la concepción compleja de la norma fragmento, ella es un fragmento de la teoría jurídica en sentido objetivo, sea amplio o estricto. Esto es lo que acercará a la situación de la *ad hocidad* en el ámbito del sistema jurídico en aplicación a la manera en que se trata la *ad hocidad* en la teoría científica: comparten el presupuesto de tratar con problemas hipotéticos y teóricos.

3.1.2. La concepción compleja de la norma fragmento

En este apartado, veremos cómo se inserta en el esquema la noción de teoría en su relación con la idea de regla, desde el punto de vista epistémico cognoscitivo. Primero explicaremos la configuración de noción de regla fragmento, cómo se produce en la práctica, la fusión norma y teoría, y luego veremos el fundamento filosófico de ello.

3.1.2.1. La configuración de la noción compleja de regla fragmento. La concepción de la regla que veremos respecto a la forma de comprender el Derecho, es heredera de la evolución en el debate de la manera de entender la noción de regla, desde el movimiento ilustrado codificador en adelante. Esto tiene una serie de implicaciones que le dan un carácter complejo (de tres niveles) a esta noción.

Primero, que se trata con una noción de regla formal, del tipo norma positiva, es decir, puesta por el creador del Derecho, frente al resto que carecen de dicho poder, y que son los destinatarios del mismo; y estos últimos son los que deben reconstruir las normas positivas para poder aplicarlas, mediante la metodología que corresponda. La norma no es puesta como un sumario de soluciones por el juez destinatario.

Segundo, si bien se trata de una noción de norma formal, ella está debilitada porque es *translúcida* a la hora de interpretarla. Nuestra imagen del Derecho importa observar los valores y fines subyacentes, es decir, los que se hallasen detrás de las normas jurídicas, en su contexto. La caja negra está abierta y es permitido mirar el conflicto subyacente de razones y ocuparla desde el punto de vista reconstructivo del Derecho general. De esta manera

⁶⁵⁷ F. ATRIA, “Lo que Importa de los Principios”, p. 72.

podemos entender, por ejemplo, que en la normativa del delito de injurias hay una solución convencional al conflicto entre honor y libertad de expresión. En este sentido, la influencia metodológica de la jurisprudencia de intereses permanece presente.

Tercero, la norma es translúcida a los valores y razones en conflicto en ciertos casos, muy especiales, en el contexto de aplicación, para efectos de ciertas correcciones que el Derecho tiene como en las lagunas axiológicas y las excepciones implícitas.

Pero, en cuarto, la norma jurídica positiva constituye un fragmento en un diseño mucho mayor, de un esquema teórico conceptual y de un programa de diseño político. Las normas de los sistemas jurídicos desarrollados no se estructuran ni funcionan como la regla de la biblioteca de “prohibido meter bula” (en esto se parece un tanto a la ciencia que no evalúa enunciados aislados, como “las aves son animales que vuelan”, sino que implican un cuerpo complejo de enunciados o teorías que está detrás de aquél⁶⁵⁸).

La influencia de la metodología de la denominada “jurisprudencia de conceptos” alemana marcó el Derecho de manera profunda. Lo que R. VON IHERING conceptualizó como la construcción jurídica⁶⁵⁹ para el Derecho codificado, esto es, una abstracción conceptual de nivel superior, donde se abarcan las grandes nociones que supuestamente traspasan los grandes cuerpos de legislación, para bien o para mal, con sus bemoles y críticas, llegó para quedarse y constituir el marco de acción del legislador y de su producción normativa. De esta manera, el cielo de los conceptos pasó a formar parte de la imagen de la forma del Derecho. Así, en materia de Derecho penal ya desde el siglo XIX se hablaba de los elementos de todo delito —En la concepción clásica: la acción, la tipicidad, la antijuridicidad, la culpabilidad. A ello se le unen reglas de ampliación sobre autoría y participación en el delito y acerca de *iter criminis* o proceso de progresión del delito. Y se dan grandes discusiones sobre si la noción de dolo es parte o no de la culpabilidad, o se incorpora a la tipicidad, por ejemplo.

En una especie de sincretismo, la jurisprudencia de intereses y la de conceptos se unen, en materia penal para, por ejemplo, categorizar los delitos según los valores jurídicos afectados, como los delitos contra la propiedad, contra la libertad, según los valores jurídicos involucrados. Sobre esa base es que las normas jurídico-penales constituyen un fragmento o una instancia de ese gran esquema teórico de los delitos, y cada reforma se inserta en ese marco de la mejor manera posible, según las necesidades de la propia política criminal.

Situación similar ocurre en materia de Derecho contractual con la formación de las nociones de contrato, sus elementos esenciales y de validez, con sus propias consecuencias, la enumeración de los mismos. La categorización de los tipos de contratos con sus especificaciones coordinadas en un programa teórico jurídico. En ellas, las normas civiles pasan a incorporarse como especificaciones de la teoría jurídica.

⁶⁵⁸ Creo que esto anuncia uno de los problemas del razonamiento derrotable, en materia de ciencia al obviar las interconexiones teóricas (vid. el tratamiento de las aves vuelan en R. KOONS, “Defeasible Reasoning”, pár. 2.3).

⁶⁵⁹ R. VON IHERING, “Teoría de la Técnica Jurídica”, pp. 84 y ss.

Estas múltiples formas que adopta el fenómeno normativo pasan a configurar un sistema jurídico complejo, debido a que la teoría jurídica abstracta constituye un marco de esquema teórico, que se superpone y entrelaza con las razones de trasfondo que inspiran a un conjunto de normas positivas. Entonces, estas normas jurídicas lo que hacen es delinear la teoría abstracta que supuestamente está “detrás” de la legislación, el diseño institucional, y da forma, a la vez, a las razones de trasfondo de cada norma jurídica, pero que, en general, tienden a responder a las grandes construcciones abstractas. Por ejemplo, la gran clase del proceso jurisdiccional, que viene a ser instrumental a la gran necesidad de justicia para algunos, adjudicando a cada uno lo suyo, y como instrumento de paz social para otros.

El creador del Derecho y su destinatario sea el jurista o el juez, entonces, conciben el Derecho o el sistema normativo en términos *teórico jurídicos*, en el cual las normas son una pieza clave para *comprenderlo y aplicarlo*.

Por ejemplo, en cuanto a la comprensión, la definición de delito del artículo 1 Código Penal chileno: “Es delito toda acción u omisión voluntaria penada por la ley”. Tanto el jurista como el juez para leer correctamente esta norma deben recurrir a las definiciones jurídicas de los juristas. Estos reconstruyen la norma en combinación con otros preceptos, y con fines de dar garantía a los ciudadanos. De esta manera, se entiende y se lee el artículo 1 del Código Penal, desde el punto de vista del metalenguaje, como la conducta tipificada por la ley, antijurídica y culpable, que está penada por la ley, en la versión clásica⁶⁶⁰. Por supuesto, que si otra teoría viene a pugnar, se va a reconstruir de otra manera en su conjunción de normas. Así, cuando en la asamblea legislativa se discurre acerca de una figura delictiva en particular, ese delito tenderá a insertarse en el marco teórico y valorativo previamente determinado, al menos parcialmente, y con la innovación jurídico valorativa que le interese al legislativo. Entonces, el juez recibirá el *input* de la norma y la incorporará en su contexto teórico, para poder comprenderla y aplicarla. Eso significa que la piensa jurídicamente en el marco de una institución teórico jurídica.

Es así que muchas veces, por ejemplo, la norma jurídica omite expresar un elemento del delito, como por ejemplo, la voluntariedad de la acción. Para quienes gustan de los trenes, el artículo 330 del Código Penal de Chile expresa lo siguiente:

“Art. 330. El maquinista, conductor o guardafrenos que abandonare su puesto o se embriagare durante su servicio, será castigado con presidio menor en su grado mínimo y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales”.

Esta norma se inserta como un fragmento en lo que se llama la parte general del Derecho Penal, y no obstante que parece decir que basta el “abandono”, ese abandono no es cualquiera. No es aplicable al maquinista si una turba lo saca, por ejemplo. Su comprensión se articula en la teoría general del delito, (incluso concebido como ilícitos discontinuos), por lo que la situación debe tratarse de una voluntaria. Hay una cadena sistémica que conecta las normas dentro de un cierto cuerpo normativo.

⁶⁶⁰ Para una lectura de teoría clásica, vid. por ejemplo, A. ETCHEVERRY, *Derecho Penal Parte General*, pp. 164 y ss.

En materia civil pasa algo similar por ejemplo en materia de rescisión de contrato por mutuo acuerdo. El artículo 1567 del Código Civil chileno, señala: “*Toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consienten en darla por nula*”. Esta norma que parece una norma sencilla de entender no lo es cuando se pone en el marco teórico, como un fragmento. Por que la teoría de la nulidad de los actos indica que la nulidad es una sanción o, al menos, una consecuencia jurídica, relativa únicamente a los requisitos del acto o contrato, y queda fuera de la disposición o acuerdo de las partes, y debe ser declarada por un juez, de manera que sin esta forma de entender y configurar los requisitos de la figura no hay nulidad, en general ni en el caso singular. Así, por ejemplo, el artículo 1681 del Código Civil patrio señala: “*Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie y la calidad o estado de las partes*”. Y tanto los artículos 1682 y 1683 ambos del Código Civil regulan la intervención del juez. Entonces, ¿hay una excepción implicada de nivel normativo, un choque de normas? No. La teoría jurídica soluciona el caso teóricamente separando aguas teóricas. La teoría de la nulidad se mantiene intacta, y es el artículo 1567 CC el que pasa a entenderse en otro sentido, bajo el esquema del principio de la autonomía de la voluntad; no necesitan las partes llevar el caso al juez, sino que por su propia autonomía deciden no darla por nula a la convención, sino simplemente dejarla sin efecto. Ésa es la lectura correctiva y la inserción en un sistema teórico y valorativo de principios superior.

¿Cómo afecta todo esto a la actividad cognoscitiva y argumentativa del juez y del jurista destinatarios del Derecho? o, de otra manera, *¿qué tan profunda es la intervención* de la teoría jurídica, del diseño jurídico sobre la actividad jurídica? En el fondo, esta forma de comprender el Derecho o sistema jurídico hace que todo se vuelva más complejo, porque tales destinatarios, para comprender el Derecho, deben reconstruir el diseño y objetivos que se encuentran de trasfondo, no sólo las palabras de la norma positiva, sino de un cuerpo normativo más o menos extenso de Derecho, con diversas interconexiones. Es así que sobre las normas pesan enormes tratados sistemáticos de miles de hojas explicando y reconfigurando breves normas jurídicas.

La necesidad de corrección de las normas positivas se enfrenta desde el punto de vista de la *reconstrucción teórica* del Derecho. En este sentido, el juez y el jurista teorizan acerca del Derecho para comprenderlo y aplicarlo, limando sus asperezas para producir una mejor aplicación posible, que sea coherente y dé pautas o guías de certeza a los ciudadanos⁶⁶¹. Esto se explica mejor en la contrastación entre el Derecho y la moral.

Esto da una imagen de un proyecto de aplicación general y particular en contexto de aplicación. Y conecta, en contraste, con una idea que resalta J. DANCY. Es así que señala:

“Los principios absolutos no pueden entrar en conflicto, y si no pueden entrar en conflicto, un aspecto vital de nuestras vidas morales (es decir, el conflicto) ha quedado totalmente fuera de consideración por cualquier teoría que suponga que la moralidad está completamente gobernada por principios absolutos”⁶⁶².

⁶⁶¹ Así también A. PECZENIK quien señala que uno de los propósitos principales de la interpretación jurídica es dejar de lado las incompatibilidades que se puedan apreciar en las normas (o su reconstrucción), de manera de hacer más coherente y racional el sistema jurídico (*On Law and Reason*, p. 342).

⁶⁶² J. DANCY, “Moral Particularism”, p. 4.

Aquí me interesa desarrollar, más que interpretar, lo expuesto por DANCY, en particular sobre el conflicto. La importancia vital de los principios morales radica en el *conflicto*, y su *supresión*, del conflicto, nos hace perder mucho, algo valioso; en lo que concuerdo con dicho autor. Pero mi razón es porque presupongo una cuestión de moralidad política. Es bueno el conflicto, porque refleja el pluralismo de las opiniones morales acerca de lo bueno para las personas, o un mejor modo de conformar la sociedad. De trasfondo de ello se encuentra la autonomía moral, respecto del entendimiento personal y social, y cómo se debe desenvolver ello, en circunstancias de la dinámica social. En términos sociales, el motor del ensayo y error para la evolución y mejora de nuestras prácticas sociales. En ese sentido, es un aspecto positivo a resaltar.

Pero, en el ámbito del Derecho, aquello no parece ser tan bueno o deseable, porque, en el fondo, mediante el Derecho se busca la coordinación social y se pretende así, en general, evitar los conflictos entre los ciudadanos. Por eso es que preside la idea del Derecho el ser *guía de la conducta de los individuos*. No se trata que las personas no han de tener opiniones distintas en materia moral sobre cómo deben conducirse en la vida, por el contrario, presuponiendo tal base positiva es que se busca evitar que los ciudadanos estén en un conflicto permanente en sus interrelaciones sobre lo que se deben unos con otros, y, además, que cada potencial conflicto lo tenga que solucionar los tribunales. Desde el punto de vista práctico, implica condiciones negativas para la correcta adjudicación de justicia, por la sobrecarga de trabajo de los tribunales, y, desde el punto de vista social, toda clase de litigios, en forma masiva, puede implicar una falta de cohesión social, donde no se reconoce el derecho del otro en el contexto singular de cada ciudadano, al no darse cumplimiento al Derecho por ellos mismos, lo que corre paralelo en el contexto singular con la aplicación.

Para ello es que se teoriza acerca del Derecho, no sólo mediante los tribunales, sino mediante un grupo social como son los juristas, para ir puliendo el Derecho. Se busca generar un sistema coherente que evite, en la mayor medida posible, los conflictos sociales, y los indirectos que pueda provocar la puesta práctica de las soluciones teorizadas. Para mayor pulcritud en su aplicación se van reconociendo las condiciones que le den mayor coordinación y precisión aplicativa al Derecho en los casos, así como eviten la superposición de figuras e instituciones. Asimismo, se van adaptando las normas a los cambios de situación social, volviéndolas sensibles a la evolución de la propia sociedad, en términos fácticos, para efectos de que tengan una mayor utilidad y se cubran los eventuales vacíos que una versión anterior pueda ofrecer en relación a los requerimientos de la sociedad, y a las perspectivas que se vayan descubriendo (como, por ejemplo, nuevas formas de entender y enfocar los daños en materia civil), según los marcos de posibilidades que ofrezca el lenguaje normativo que se reconstruya. Es así que se establecen mecanismos de resolución de controversias, que predeterminen las mismas, y se le dan interpretaciones que ajusten unas normas con otras en su extensión, y en su aplicación. De esta manera, la idea es que se pula el Derecho lo más posible.

Si esta imagen es correcta, la distinción entre lenguaje objeto, como es el normativo, y metalenguaje como el que realiza el teórico, si bien se encuentran separados se tienden a superponer en el momento de aplicación.

Desde el punto de vista del razonamiento jurídico, la premisa de Derecho es una reconstrucción hipotética de la norma jurídica, realizada por su destinatario que debe aplicar el fragmento teórico de la norma. Ésta es la *primera línea* de comprensión y corrección teórica: la búsqueda de la teorización adecuada para comprender la norma jurídica y poder aplicarla al caso (ello nos indicará algo más que adelantaremos, desde el punto de vista de la preferencia de las correcciones, el juez ha de tender a preferir la corrección general o teórica que implique la aplicación de la reconstrucción normativa, antes que disponer una corrección de la operación de aplicación misma que implique un alejamiento de la propia reconstrucción de la norma aceptada).

La imagen del Derecho actual le pide al juez que comprenda el diseño teórico y valorativo que habría, real o presuntivamente, detrás de las normas jurídicas, para que lo pase a incorporar como premisa normativa, en una larga o corta cadena de reflexión. Esa construcción normativa puede ser del jurista, que se recoge en los libros de Derecho, o de propia reflexión del juez que resuelve el caso, o de la jurisprudencia en una larga cadena de casos. Pero requiere comprender aquello.

Aquí podemos constatar la enorme profundidad con que la teoría jurídica ha absorbido a las normas jurídicas y la actividad de los jueces con dos ejemplos prácticos, de algo a veces escondido para los filósofos del Derecho: la práctica judicial.

El artículo 473 del Código Penal de Chile contempla el tipo básico de la estafa, señalando en su oración: “*El que defraudare o perjudicare a otro usando de cualquier engaño que no se halle expresado en los artículos anteriores de este párrafo, será castigado con...*”. Este artículo sobre estafa genera una serie de problemas, se superpone con el fraude en la manera en que se comete el delito, de forma que no establece los modos en que se produce la comisión es decir, la entidad del engaño, no identifica la clase de daño, y, particularmente, no establece cadena causal específica. Es por ello que si alguien contrata con una persona de buena fe, y luego lo engaña con ardides para no pagarle, según el texto quedaría en la misma posición que quien induce a otro a entregarle dinero engañándolo, como “cuento del tío”. La teoría penal ha establecido un íter ordenado, un proceso o flujo para este delito (sobre la base de múltiples razonamientos), de manera que el tipo debe entenderse así. Comete el delito básico de estafa:

- 1) quien engaña a otro, con engaño suficiente, como primer acto,
 - 2) este engaño debe ser causal, de un error en la representación de la víctima o del sujeto pasivo de la situación que tiene presente,
 - 3) ese error debe ser el que lleve a provocar el desplazamiento patrimonial de los bienes de la víctima en favor del tercero que lo engaña o de una tercera persona predispuesta por el estafador.
 - 4) un daño patrimonial para la víctima.
- Y todo ello debe ir con la secuencia causal y temporal numerada en el listado, y no cualquier otra como el texto admite.

Pues bien, para ilustrar aquello me parece pertinente recordar una experiencia común en una sala de audiencia de juicio oral, en donde se ventila la disputa de un juicio de estafa por el denominado “tipo básico”. Si se atiende a lo que habrá de aplicar el juez, podría dar la

opción de adjudicar, o bien el simple texto del artículo 473 del Código Penal, que facilita la incriminación, o el tipo básico que la teoría jurídica dice que contempla el artículo 473 del Código Penal. Esta dualidad implica que las pruebas de cargo y de descargo debían girar en torno a la pertinencia a alguno de los dos sentidos. Para sorpresa de un profano en la litigación forense, la discusión del fiscal, el juez y el abogado defensor gira únicamente en torno al tipo teórico: el artículo 473 quedó diluido y sumergido en la teoría. Es así que, en tal línea, en sentencia de 2012, la Corte Suprema resolvió más o menos lo mismo que se ha venido relatando: juzgó al ciudadano y le aplicó la norma del artículo 473 sobre la base del esquema teórico:

CUARTO: Que el tipo penal que se pretende imputar al agente es una figura residual que exige la presencia de una defraudación o perjuicio a un tercero usando de cualquier engaño que no se halle expresado en los restantes fraudes por engaño comprendidos en el mismo párrafo. Sobre el particular, tanto la doctrina como la jurisprudencia de esta Corte se encuentran contestes en que para configurarse este ilícito deben darse cuatro requisitos: a) engaño (acción de engañar); b) el error que el engaño provoca en la víctima (efecto de engañar); c) la disposición patrimonial, que consiste en el acto que genera el perjuicio causado por el autor mediante su engaño, y d) el perjuicio patrimonial, relativo a la lesión pecuniaria que sufre una persona, el que debe imputarse objetivamente al autor del engaño, debiendo mediar entre todos ellos una relación de causalidad directa e inequívoca. [...]

“SEXTO: Que, con mayor exactitud, la doctrina apunta a que la estructura de la estafa reposa sobre la utilización de un engaño por el sujeto activo que por su naturaleza, entidad y circunstancias, sea suficiente para producir un error en el sujeto pasivo, induciéndole a realizar un acto de disposición patrimonial en detrimento propio o ajeno. A su vez, es necesario que entre el artificio y el acto de disposición exista un enlace causal de tal manera que haya sido el comportamiento del engañado el causante del deterioro originado. [...]

“OCTAVO: Que, bajo este prisma, la estafa no sólo requiere que el autor induzca al perjudicado, mediante engaño, a realizar una disposición patrimonial perjudicial, sino que además demanda que el error sea directamente imputable al artificio, es decir, que sea el motivo por el cual el engañado realiza el acto de disposición patrimonial. [...]

“NOVENO: Que en palabras de Carrara, debe distinguirse entre la mentira y el artificio; mientras la primera no es constitutiva de delito, el segundo, en tanto, presenta las condiciones objetivas del delito pues "para que haya artificio no basta el solo discurso, por elocuente, estudiado y persuasivo que sea, si fuera de las palabras mentirosas no se efectúa algo que compruebe las afirmaciones falsas; y si el artificio logra su intento, tendrá también (por lo menos como regla general) las condiciones subjetivas para constituir un delito". (Francesco Carrara, Programa de Derecho Criminal, Parte Especial, Volumen IV, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1991, página 426 y 427).

Soler define el ardid como un astuto despliegue de medios engañosos; luego concluye que para estar en presencia de un ardid se requiere "el despliegue intencional de alguna actividad, cuyo efecto sea el de hacer aparecer a los ojos de cierto sujeto, una situación falsa como verdadera y determinante"; esto es lo que la doctrina francesa conoce como *mise en scène*. (Sebastián Soler, Derecho Penal Argentino, Tomo IV, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1999/2000, página 348). El mismo autor señala que debe distinguirse entre el artificio material y el verbal, exigiendo que las mentiras vayan acompañadas de algún hecho exterior. La simple mentira no es delictiva. "Las palabras artificiosas, las alegaciones mentirosas, las promesas, las esperanzas, desprovistas de todo hecho exterior, no constituyen maniobras". (op. cit., página 348). Por último, "lo importante es distinguir la situación del que simplemente creyó de la del que fue

engañado: sólo de credulidad puede quejarse el que cedió a simples palabras" (op. cit., página 349).

“DÉCIMO: Que así la cosas, como ya se expresó, los hechos determinados en la instancia no cumplen todos los componentes que integran el tipo de la estafa, en sus dos modalidades, esto es, relativa a la hipótesis general de este tipo de delitos, comprendida en el injusto del artículo 468 del Código Penal, o bien en su figura residual, relativa a lo preceptuado en el artículo 473 del citado Código, ya que en ambas disposiciones se requiere, por una parte, de la presencia del elemento "engaño" concerniente a la presencia de una mentira inserta en un despliegue engañoso externo, y por otra, de la necesaria relación de causalidad directa e inequívoca que debe existir entre las maniobras engañosas y la disposición patrimonial”⁶⁶³.

Como podemos apreciar de la sentencia transcrita, tal como hemos remarcado, al ciudadano se le juzga sobre la base de un esquema especialmente construido por la teoría jurídica, de los autores y la judicatura, de manera que la *oración normativa* queda *entrelazada* en la teoría jurídica de la estafa (algo similar se señala que pasa en la filosofía de la ciencia con los hechos⁶⁶⁴). El sentido y su alcance están predeterminados por la teoría jurídica. La línea causal de las acciones está pulida, porque el ardid para defraudar y no pagar, como simular una venta de bienes del deudor, no es punible por este tipo básico de estafa; si está fuera de las “normas de estafa”, entonces la acción, o bien no es punible, o se reconduce a otro artículo (el 466 inciso 2 del Código Penal). Cuestión aparte es que, además, el daño se evalúa de acuerdo al valor jurídico protegido, teorizado; lo que da lugar a otras discusiones en el momento de “aplicación del Derecho”. De esta manera, la teoría jurídica cumple una función de reconstrucción y pulido de asperezas del sentido de las normas, determinando la extensión de la propia reconstrucción normativa, y se le aplica a los ciudadanos el juzgamiento sobre la base de un complejo teórico importante.

Misma situación podemos observar en materia civil. Hasta un simple choque de vehículos en materia civil, fuerza al juez a revisar una larga serie de ítemes o elementos teóricos de la responsabilidad, para luego traspasarlos como condición de aplicación. Los grandes tratadistas o pequeños manualistas le dirán cómo formar la premisa de Derecho:

- 1) revise la acción;
- 2) si es causal o imputable, (hay que decirse además por el tipo de teoría, la *sine qua non*, la equivalencia de las condiciones, la de imputabilidad);
- 3) si hay una norma de algún tipo que obligaba a cierta conducta u operó el deber general de precaución;
- 4) produjo daño, de qué tipo de daño: emergente, lucro cesante, moral; hay un daño de lucro cesante que se va devengando o es una cuota; y la teoría jurídica incorporó el daño moral no expresamente previsto, y fijó parámetros para el cálculo del monto de los mismos;

⁶⁶³ CORTE SUPREMA, sentencia de 9 de marzo de 2012, dictada en causal rol 4628-2011. Hay diversos otros detalles técnico-teóricos que son discutidos en el caso, pero por temas de espacio no voy a tratarlos. Todo ello se puede consultar en www.pjud.cl.

⁶⁶⁴ Como señala M. HESSE quien interpretando a QUINE expresa que “existe una red de predicados y de sus relaciones legaliformes, pero no está flotando por encima del dominio de la observación; está amarrada él en alguno de sus nudos. Cuáles nudos, dependerá del estadio histórico de la teoría y de su lenguaje, así como de la manera en la cual se formule; y los nudos no son inmunes a cambios en la medida en que se desarrolle la ciencia... todas las relaciones se vuelven leyes... el cual incluye, se recordará, definiciones casi analíticas y convenciones, tanto como leyes empíricas” (“Teoría y Observación”, p. 408).

5) si hay relación de causalidad de los daños con la conducta.
Todo sin contar las especificidades que podría adoptar el caso,

Ello se encuadra en el “*check list*” que debe dar el tribunal para acreditar el caso, y que debe aprender desde las escuelas de Derecho, y que luego lleva al proceso argumentativo de la premisa normativa, reconstructiva de la teoría jurídica y que se traslapa.

Desde el punto de vista filosófico, podemos decir que las normas jurídicas no sólo son fragmentadas en un sistema teórico, sino que *tienden* a “liquidificarse” en el propio complejo de la teoría jurídica; en cierto sentido pierden consistencia ontológica. Aquí concurre la tesis de la norma marco en sentido interpretativo⁶⁶⁵. La tesis de la norma marco postula que, digamos la “oración normativa” como instancia (esto es, en un sentido más bien sintáctico, como dice S. HAACK, “cualquier cadena del lenguaje natural, gramaticalmente correcta y completa”⁶⁶⁶) o la formula gramatical, admite diversos sentidos atribuibles, principalmente por causa de la ambigüedad que puede ser sintáctica, semántica o pragmática⁶⁶⁷. El resultado es una indeterminación metodológica, que podemos interpretar con KELSEN como un *marco de posibilidades interpretativas* igualmente válidas, donde existen varias posibilidades de interpretación de la oración, es decir, pueden adjudicársele a la oración O_1 , los sentidos S_1 , S_2 o S_3 , dando lugar a que las oraciones terminen significando normas diferentes N_1 , N_2 o N_3 ⁶⁶⁸, porque la norma, como señala el propio KELSEN es el sentido del acto⁶⁶⁹ (que para el destinatario en nuestro caso es un sentido teórico reconstructivo). Esta indeterminación en cierto sentido, por causas de falta de acceso directo al mundo institucional del creador del Derecho y limitaciones cognoscitivas humanas⁶⁷⁰ conducen a que las oraciones normativas infradeterminen las teorías jurídicas, lo que permite asignarles diversos significados según las teorías que intenten darles un marco interpretativo. Eso hace que diversas oraciones normativas incluso se mantengan intactas y permitan corroborar distintas teorías sucesivas en el tiempo, en lo que se denomina “jurisprudencia evolutiva”.

Junto con ello existen múltiples problemas teórico-prácticos que los jueces son llamados a asumir en las discusiones *prácticas*, y darles respuesta adecuada, en el marco de los grandes y pequeños sistemas creados por los juristas.

Esta forma de proceder del jurista, es una práctica general, aplicable a los propios principios jurídicos y los valores subyacentes, aunque con alguna salvedad de distinción.

⁶⁶⁵ Aquí sigo E. GANDULFO, “¿Qué Queda del Principio Nullum Crimen, Nulla Poena sine Lege? Un Enfoque desde la Argumentación Jurídica”, pp. 15 y 16, Igualmente C.S. NINO, *Introducción al Análisis del Derecho*, pp. 260 a 264.

⁶⁶⁶ S. HAACK, agrega la siguiente distinción: “entre tipos de oración e instancias de oración. Una instancia de oración es un objeto físico, una serie de marcas en el papel o de ondas sonoras, que constituyen una oración escrita o hablada. Sin embargo, a veces se considera a dos o más instancias como en cierto sentido inscripciones o alusiones de la misma oración; ‘la misma oración’ significa aquí ‘el mismo tipo de oración’”. *Filosofía de las Lógicas*, pp. 96.

⁶⁶⁷ Vid. sobre las diversas formas de ambigüedad, R. GUASTINI, “Problemas de Interpretación”, pp. 125 a 129.

⁶⁶⁸ H. KELSEN, *Teoría Pura del Derecho*, pp. 350 a 352.

⁶⁶⁹ H. KELSEN, *Teoría Pura del Derecho*, pp. 16 y 17.

⁶⁷⁰ W. QUINE, *La Búsqueda de la Verdad*, pp. 152.

En cuanto a los principios, también pueden verse como totalidades o fragmentos, aunque de otra manera. La teoría jurídica los desarrolla conceptualmente, los particiona de manera clasificatoria en subprincipios, y los analiza o los divide, su significado, en elementos categóricos.

Tomemos un ejemplo de la familia alemana de la Codificación. F. WIACKER presenta el principio de buena fe, consagrado en el §242 del BGB (Código Civil alemán), desarrollando su contenido teórico, las extensiones de su alcance, los poderes del juez en relación con dicho principio. Parte de su contenido sirve para fundamentar las normas ya existentes. Por otra parte, refiere a su desarrollo conceptual, de lo que se denominó antiguamente la “*exceptio doli*”, para sancionar los atentados a la buena fe, los que a la vez se subdividen en cuatro máximas teórico jurídicas, que desarrolla: prohibición de ir en contra de los propios actos; prohibición de adquisición de mala fe de un derecho; prohibición de acción claramente inicua y desconsiderada y un mandato de consideración y respeto⁶⁷¹. Es más, el principio de prohibición de ir en contra de los actos propios ha sido desarrollado en elementos conceptualizadores a la manera de las reglas, como lo ha hecho L. DíEZ-PICAZO, indicando sus “presupuestos” de aplicación, tales como: conducta vinculante, la pretensión, la contradicción, los sujetos; así como indicando las consecuencias teórico jurídicas del mismo⁶⁷².

Si miramos bien el principio, entonces, pareciera que ocurriesen dos clases de cosas con él. Por un lado, figura al tope de un conjunto teórico, siendo expuesto y definido, y del cual se derivan otras reglas en general y subprincipios. Por otro lado, pareciera que él mismo constituyese una estructura teórica. Pero el primer punto es el que me interesa destacar, porque apoya o justifica la formación de otras normas jurídicas reconstruidas, pero también sirve para contribuir a la construcción otras reglas, como especificaciones del principio, o expresiones sumarias del mismo a la RAWLS⁶⁷³. En cualquiera de estos dos casos, se tratan de extensiones teóricas o hipotéticas, en tanto conjeturas de construcción de reglas, que pueden cambiarse o verse alteradas por anomalías e hipótesis *ad hoc* como cualquier teoría. Por lo que es erróneo pedirle una estabilidad como si fuese propiamente una norma dictada por un legislador.

Sin embargo, una cosa diferente pasa con los principios constitucionales, como los derechos fundamentales. Por razones de diseño institucional, no pueden reconstruirse como estructuras teóricas densamente construidas, a la imagen de los principios legaliformes. Ello tiene un sentido teleológico y pragmático importante. Dichos principios, en el marco de un sistema democrático, suponen que están dirigidos para formar un marco de acción múltiple y diversa en su naturaleza política. La razón es que si se establece un sistema densamente considerado, esto es, con reglas y soluciones específicas, las soluciones a los problemas sociales no serían resueltas por la decisión de la asamblea política, sino por los tribunales de justicia en virtud de un mandato constitucional cerrado de su gestión judicial. Siendo abierto y escasamente denso jurídicamente, permite que los distintos agentes políticos que lleguen al poder mediante el voto, puedan actuar al amparo de dicho principio marco, para llevar

⁶⁷¹ F. WIACKER, *El Principio General de la Buena Fe*, pp. 49 y ss.

⁶⁷² Vid. L. DíEZ-PICAZO, *La Doctrina de los Actos Propios*, pp. 194 a 251.

⁶⁷³ Vid. J. RAWLS, *Dos Conceptos de Regla*, pp. 230 y 231.

adelante su programa de acción, definido políticamente y no jurídicamente. Respecto de ellos si bien hay una reconstrucción interpretativa de los principios, éstos quedan deliberadamente abiertos, para que la gestión política en una sociedad democrática pueda ir suplementándola.

Junto con los principios debe considerarse la gran producción de Derecho público. Esta implica la construcción de parte de la Administración del Estado de cierta política pública con ciertos objetivos, que involucra un diseño de funcionamiento específico de ciertos sectores importantes de la sociedad, como el eléctrico, hospitalario, urbanístico, etc. Respecto de ellos se crean ciertas expectativas de dicho funcionamiento. Lo cual es doblemente teorizado, al pensar el diseño por parte del creador del Derecho y al momento de aplicarse las normas regulatorias del mismo.

En parte, lo que ha sucedido es que la imagen del Derecho ha ido cambiando, y se revela en la práctica del propio creador del Derecho, el agente más relevante de los sistemas codificados desde el punto de vista de la potestad de crear normas. El legislador con sus asesores interviene en el Derecho no a tontas y a locas (aunque a veces sí sea negligente en su actuar), su intervención es por áreas o por macro campos, y la comprensión de su intervención se da en ese marco. Incluso en la regulación compleja, por ejemplo, como la regulación eléctrica, el sistema normativo no viene creado con reglas para la práctica. Hay una práctica que está previamente imaginada y diseñada desde el Ejecutivo, con sus abogados técnicos, para que precisamente la práctica se desenvuelva de determinada manera en los Estado contemporáneos, esto es, que las normas se apliquen y se acaten de determinada manera. Se trata de la imagen de las normas desde el punto de vista del diseño de las políticas públicas. Esta misma política o programa público debe ser reconstruido, junto con las normas que lo plasman, para su correcta aplicación.

De esta guisa, suceden dos cosas: la ley que se promulga se incorpora a un marco teórico previo, aquél que IHERING llamaba de las “construcciones jurídico-generales”, o la norma se incorpora al sistema de un diseño previo de política pública, para que guíe a los actores en la práctica diseñada.

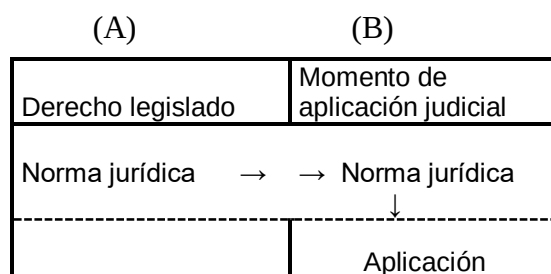
Este cambio de imagen ha sido incorporado de a poco por el propio creador del Derecho, reconociendo la participación de la teoría jurídica, en el momento de aplicación del Derecho, en un sentido muy global en el ámbito del Derecho. Es así que el legislador en el artículo 342 del Código Procesal Penal, en lo relativo a la fundamentación de las sentencias, establece en su letra d), precisamente la necesidad de expresar las razones de doctrina o teoría jurídica que sirven para fundar el fallo: “*La sentencia definitiva contendrá: (...) d) Las razones legales o doctrinales que sirvieran para calificar jurídicamente cada uno de los hechos y sus circunstancias y para fundar el fallo*”, lo que vuelve a repetir en materia de procedimiento abreviado en el artículo 413 letra d) CPP: “*d) Las razones legales o doctrinales que sirvieran para calificar jurídicamente cada uno de los hechos y sus circunstancias y para fundar su fallo*”. En el mismo sentido, se reconoce esta función por parte del legislador en la Ley de Tribunales de Familia, en su artículo 66: “*La sentencia definitiva deberá contener: (...) 5) Las razones legales y doctrinarias que sirvieran para fundar el fallo*”. Esto muestra el cambio de imagen que tiene el creador del Derecho respecto de como funciona el sistema jurídico. Muy particularmente de la realidad que

implica superponer grandes tomos acerca del Derecho, complejos diseños económicos, sobre los escuetos y pequeños códigos o leyes de normas positivas, y, en particular, el entrelazamiento que se produce en aplicación de ambos planos.

Pero, además, nos muestra algo importante dentro del Derecho codificado. No es sólo el destinatario mismo el que dispuso que esto se viera de otra manera, es el creador del Derecho quien reconsidera la imagen del Derecho como punto de legitimación o validación.

3.1.2.2. Fundamentos filosóficos de esta concepción. Una cosa es que ocurra la superposición de los lenguajes y otra es el porqué ocurre ella. En otras palabras, si el creador del Derecho incorpora en la fundamentación para la aplicación la teoría jurídica como aceptable, la pregunta es ¿cuál es la interpretación filosófica para ello? es decir, las razones que la hacen viable interpretativamente ¿Por qué razón se superpone la teoría, si vivimos en un Derecho de normas positivas? Parte de la razón la tiene la distinción entre lenguaje objeto y metalenguaje, la falta de acceso directo de la mente al mundo, y la ya vista tesis de la ambigüedad de los términos legislativos.

Primero, usualmente y desde fuera de la actividad de práctica del Derecho se mira a las reglas de una manera sencilla, esto es, el potestado normativo (vgr., legislador) emite una norma jurídica y en el momento de aplicación, efectivamente se aplica la norma (con algunas dificultades) adjudicando consecuencias, y fin de la consideración. Ello se ve más o menos de la siguiente manera:



Esta forma de ver las cosas parece comprometernos con una especie de realismo normativo ingenuo, y un modelo mental de *tabula rasa*, donde la norma legal pasa sin pérdida desde la posición del legislador hacia la del destinatario judicial, y ahí es donde operarían los correctivos eventuales, que correspondan, como la interpretación ampliativa o restrictiva de algo dado por completo. Es realismo ingenuo, desde el punto de vista epistemológico, porque nos hace modelar el mundo jurídico como si tuviéramos un acceso cognoscitivo directo a la norma positiva, como algo evidente en absoluto; y desde el punto de vista ontológico nos hace creer que efectivamente en la aplicación, estamos frente a una regla que se nos aplica o desaplica, sin mayor distinción. Desde el punto de vista de la *tabula rasa*, los estados y cosas del mundo externo son capaces de fijarse en una mente pasivamente receptora. De esta manera, se entiende que la operación de aplicación de normas es una que se trabaja directamente con las normas puestas directamente por el propio potestado normativo. Se opera con reglas o normas a secas. Para el realista ingenuo de la aplicación, no importa cómo la norma se haya establecido, desde el punto epistemológico, si hubo de interpretarse de manera no cognoscitivista o si hay indeterminación; su modelo de

creencia lo hace estar frente a una norma sin ninguna particularidad mayor en el contexto de aplicación. Esto algo de sentido tiene, pero requiere una explicitación más compleja.

Sin embargo, creo que no hay buenas razones para poner en duda la existencia institucional de las normas jurídico-positivas, en nuestra organización social (así como tampoco las hay para no reconocer el dinero como circulante, en tanto medio de intercambio o para solucionar las deudas), pero no de una forma ingenua: el creador del Derecho emite normas, con independencia de las reconstrucciones de los destinatarios. No se trata de que el potestado normativo, como el legislador, emita sólo ruidos y manchas en el papel y no normas jurídico-positivas. Por el contrario, éste si bien emite ruidos y produce manchas en el papel o formas eléctricas en el computador, ellas son el soporte material del hecho institucional de generar normas, como señala SEARLE⁶⁷⁴, del acto de inscripción de las normas⁶⁷⁵. Es a aquel soporte físico al cual se le atribuye una asignación de función: de construcción de ciertas normas. Se trata de actos con “sentido” que construyen la norma; es el autor el que le da el sentido, en un contexto normativo potestativo, al usar el lenguaje en una determinada manera, que contribuye a fijar el aspecto ilocutorio o performativo del acto. Las propias normas determinan quien tiene el poder para que cuando hable, o se use el lenguaje, en una cierta instancia se entienda o tenga la capacidad de emitir normas generales y abstractas. Es así que en una reunión de funcionarios estatales con cierto rango, en una instancia denominada “Congreso”, bajo ciertas reglas de procedimiento, su discurso y, en particular, su aprobación hará que contribuyan a la emisión de una determinada norma jurídica positiva.

Pero tanto el realismo ingenuo, en general⁶⁷⁶, como la tesis de la *tabula rasa* han sido abandonados por buenas razones, por visiones más sofisticadas. Las comprensiones sobre realismo son más complejas, incluso con apelación al sentido común, como el realismo ilustrado o conjetural de K. POPPER⁶⁷⁷ o el interno de H. PUTNAM⁶⁷⁸, o del propio SEARLE⁶⁷⁹, referidas a que tenemos un entendimiento de que nos falta un acceso inmediato y directo al mundo externo desde nuestra mente —al menos a la manera de la tesis de la *tabula rasa*—, sino mediado, y, parte de ello, dicho mundo externo está constituido por las normas jurídicas emitidas por un emisor que es el creador del Derecho, entonces el paso de la posición (A) del creador de la norma, a la (B) del destinatario implica un paso epistemológico radical. Ello en

⁶⁷⁴ Debe recordarse que para J. SEARLE, todo hecho social o institucional presenta siempre un soporte material respecto al cual se le asigna una función socialmente: “La subjetividad ontológica de la realidad socialmente construida requiere una realidad ontológicamente objetiva a partir de la cual pueda construirse”, a la cual se le asigna la función social creadora. Y agrega que puesto “que la forma lógica de la creación de la realidad socialmente construida consiste en iteraciones de la estructura ‘X cuenta como Y en C’, las iteraciones tienen que acabar fundándose en un elemento X [el soporte material] que no sea una construcción institucional. De otro modo se produciría un regreso infinito o una circularidad”. *La Construcción de la Realidad Social*, p. 197.

⁶⁷⁵ Sobre el acto de inscripción de normas vid. J. LÓPEZ HERNÁNDEZ: “las consideramos como entidades lingüísticas observables, concretamente como enunciados inscripciones”, y de ellas se pueden obtener múltiples copias (“Las Normas Jurídicas como Actos Ilocutivos: Concepto y Clases”, pp. 6, 18 y 19).

⁶⁷⁶ Vid. K. POPPER “Las Dos Caras del Sentido Común”, pp. 65 a 67 y 70 a 72, y del mismo “El Cubo y el Reflector: Dos Teorías acerca del Conocimiento”, pp. 307 a 314.

⁶⁷⁷ Vid. sobre realismo científico, A. CHAKRAVARTTY, “Scientific Realism”, y C. VERDUGO SERNA, “El Realismo Ilustrado de Karl Popper”, pp. 49 a 58.

⁶⁷⁸ Vid. H. PUTNAM, *Las Mil Caras del Realismo*.

⁶⁷⁹ J. SEARLE, *La Construcción de la Realidad Social*, pp. 162 y ss.

cuanto a que el sentido preciso que tenga en el origen la norma jurídica por parte del creador del Derecho, en general, no es algo a lo que las personas tengan acceso por diversas razones, y en general está sometido al mismo problema del conocimiento del mundo externo.

La crítica a la tesis que sostiene que nuestra mente no funciona como una *tabula rasa*, implica una crítica también al estado pasivo de la mente, en donde los estados de cosas pasen a incorporarse o fijarse como una imagen, directamente, en nuestra mente⁶⁸⁰. La captación de las cosas externas está mediada por los sentidos individuales de cada persona, los que, excitados por estímulos externos, transforman a estos últimos en impulsos eléctricos neuronales que requieren ser reconstruidos de acuerdo a los conocimientos mentales de cada ser humano. Dichos conocimientos forman nuestros esquemas mentales —son nuestras hipótesis, teorías y explicaciones— que hemos retenido mediante la memorización. Se trata de un procedimiento de recursos limitados o finitos, y susceptible de ser erróneo.

Además, muchas veces siquiera hay una mínima opción de conocimiento directo y certero —incluso dentro de la línea del realista ingenuo— ya que las normas son antiguas y nadie de los que deben aplicar o debatir su aplicación, tuvo la opción de estar presente, ni coetáneamente, al tiempo en que se promulgaron; y, en general, nadie estuvo en la mente de los legisladores que la crearon, es decir, nadie goza de la posición privilegiada de acceso a la intención individual de los legisladores en la creación de sentido de los enunciados —salvo los propios legisladores—, más aún cuando los legisladores actúan en asamblea⁶⁸¹. Todo aquello implica una separación tajante entre un plano y otro, y ya no hay un vano o brecha por el cual se traspase la norma.

(A)	(B)
Derecho legislado	Derecho operativo
Ratio iuris	Ratio iuris
Norma Jurídica →	→ Reconstrucción normativa
Potencial aplicación	Aplicación

Por lo tanto, cerrado el vano entre el mundo externo donde están las normas jurídicas y el destinatario en el Derecho operativo, en particular del juez, desde el punto de vista epistemológico, a este último, en tanto receptor del mensaje normativo sólo le queda por reconstruirlo desde sus bases, para lo cual utilizará todos los elementos que tenga al alcance y que le permita la metodología jurídica, particularmente la *ratio iuris* y las nociones de potencial aplicación que se puedan tener.

Si nuestro acceso no es inmediato y directo y está simplemente mediado por los sentidos, los cuales desde el punto de vista naturalista nos entregan meramente un impulso eléctrico, frente a un estímulo periférico del mundo externo (predeterminado por múltiples factores evolutivos), como ver las manchas de tinta en los códigos o la preferencia de la

⁶⁸⁰ Vid. K. POPPER “Las Dos Caras del Sentido Común”, pp. 65 a 67 y 70 a 72, y del mismo “El Cubo y el Reflector: Dos Teorías acerca del Conocimiento”, pp. 307 a 314.

⁶⁸¹ Sobre el problema del acceso a la mente de los legisladores en asamblea, R. DWORKIN lo ha examinado en profundidad en *El Imperio de la Justicia*, pp. 223 y ss.

palabra hablada, ante tales estímulos eléctricos el cerebro humano ha de decodificarlos, de acuerdo a un conocimiento de trasfondo que éste contiene. Este modelo de conocimiento obliga a la reconstrucción del mensaje normativo desde sus bases fundamentales. Pero obsérvese que tampoco se trata simplemente de traspasar el aspecto meramente sintáctico, como un “corta y pega” de la expresión formal, ya que ésta carece de la determinación adecuada de los aspectos semántico y pragmático que son lo que nos importa, para poder comprenderla y aplicarla.

Si existe esta separación desde el punto de vista epistémico, el destinatario requiere realizar una reconstrucción del Derecho, esto es, de la norma o conjunto de normas. En tal, sentido la reconstrucción es una operación imprescindible.

Segundo, me interesa destacar el punto sobre lo *conjetural*. Si POPPER está en lo correcto, respecto a que las fuentes de conocimiento no nos dan uno cierto y seguro acerca del mundo externo, y en virtud de la falibilidad humana siempre podemos equivocarnos, y en razón de que el factor de procedencia de la información nos conduce a una recursividad sin fin, ni nada dice acerca de la validez del conocimiento si no lo ponemos a prueba, mediante nuestra actividad crítica, que implica, a su vez, las propias fuentes de conocimiento⁶⁸², entonces lo único que cabe hacer es una actividad *conjetural*, no definitiva, acerca de cómo es el mundo externo y cómo se desenvolverá y cómo está proyectado que debe de desenvolverse. En el fondo, la reconstrucción humana del mundo externo es conjetural, y meramente provisoria desde el punto de vista epistemológico.

Tercero, una reconstrucción es la propia actividad que efectúa el agente destinatario y adjudicador, de manera que éste logre construir una imagen o representación —como se diría a la usanza clásica— de lo que está afuera en el mundo, en nuestro caso de las normas jurídicas o el mensaje normativo.

La forma en que funcionan nuestros esquemas mentales, en la reconstrucción de la imagen del mundo externo, lo hace desde la perspectiva lingüística y teórica. De manera lingüística nos la explica T. VAN DIJK:

“Un lector oyente se enfrentará primero con señales percibidas visual o auditivamente. Éstas serán comparadas con el conocimiento fonológico sistemático que el oyente tenga de la lengua, e interpretadas como fonemas y secuencia de fonemas. Lo mismo pasa con palabras y grupos de palabras que se cotejan con el léxico y con las reglas sintácticas de la lengua... Los usuarios de una lengua aplicarán *estrategias* fácilmente accesibles en el proceso de “decodificación” durante el cual las señales “se traducen” a la representación cognoscitiva de oraciones... Una estrategia sintáctica es una hipótesis acerca de la estructura de la oración; por supuesto, esta hipótesis puede ser rechazada y luego corregida cuando se ha procesado información más tardía”⁶⁸³.

El punto de VAN DIJK, es que la memoria, y así los esquemas mentales juegan un papel fundamental en la reconstrucción y reconocimiento desde las estructuras sintácticas y semánticas, organizando y reduciendo la información manejable, y, simultáneamente, asignando significado y así comprensión de los textos. Construye la estructura conceptual,

⁶⁸² Vid. K. POPPER, “Sobre las Fuentes del Conocimiento y la Ignorancia”, pp. 48 y ss.

⁶⁸³ T. VAN DIJK, *Estructura y Funciones del Discurso*, 1988, pp. 79 y 80.

esto es, la información semántica, mediante el uso de elementos tomados de la memoria, conocimientos de la lengua y el mundo, para cada significado y referencia⁶⁸⁴. De esta manera, se resalta el carácter activo del sujeto cognoscente en la reconstrucción hipotética del significado lingüístico de las oraciones, como las que componen las normas.

El punto de VAN DIJK, y de POPPER, es claramente corroborado en la experiencia práctica de las audiencias orales. Por la velocidad de los juicios, los destinatarios muchas veces no tienen el tiempo para “buscar las normas” en los códigos, de manera que dependen con todo en su memoria acerca de la norma. ¿Qué significa esto? ¿Qué hipotetiza el juez y las partes?, ¿cuál es la estructura sintáctica, la semántica de la misma y la acción ilocutoria que realiza el legislador con su lenguaje? Precisamente todo lo reconstruyen. Y la posición del error en ellos es de radical importancia porque, en el fondo, al confiar en su memoria, quedan expuestos a que el soporte mental sea defectuoso, por cualquier causa, como cansancio, falsos recuerdos, o fragmentación de ellos por somnolencia, cansancio, etc. (de manera tal que puede terminar siendo aplicada una falsa reconstrucción de la norma).

Pero aquí interviene un punto fundamental, la “imagen del Derecho” es mucho más compleja que la mera comprensión lingüística, como saber leer, sino que va de la mano con la idea institucional del Derecho. Ella constituye una idea compleja en los sistemas jurídicos desarrollados, que abarca tres facetas: una ontológica, de cómo se compone y estructura el sistema jurídico, una operativa, cómo funciona el sistema jurídico, y una metodológica, esto es, que reglas o cánones deben seguirse para reconstruir y aplicar el Derecho.

Insisto que esa imagen del Derecho implica más que saber leer, como alguna vez se le pretendió que cada uno sea su propio abogado. Es decir, no se agota en el mero componente lingüístico, aunque lo incluye. La construcción y la reconstrucción de las normas implican un lenguaje conceptual pesado, esto es, configurado a la luz de una teoría o forma de conceptualizar las cosas, de varios niveles. En el fondo, la norma está cargada de teoría.

Cuarto, si entre las posiciones del creador del Derecho y del destinatario el vano comunicante de las normas está cerrado, entonces en el más estricto sentido, la norma jurídica propiamente tal no puede ser aplicada: sólo puede ser aplicada la reconstrucción teórica de la norma.

¿Cómo sabemos que es la reconstrucción normativa y no la norma originaria la que se aplica? Nuevamente la teoría del error viene en la ayuda. Como vimos en el ejemplo de los juicios orales, no sólo hay que reconstruir todo, sino que por la velocidad del juicio, el juez puede estimar como la norma, una reconstrucción errónea de la misma, y terminar aplicando una representación distorsionada de la misma o, derechamente, una no-norma. Básicamente porque se trata de una mera conjetura o hipótesis acerca de la norma: es una hipótesis normativa.

Entonces el siguiente esquema se vuelve muy veraz.

⁶⁸⁴ T. VAN DIJK, *Estructura y Funciones del Discurso*, p. 80.

	(A)	(B)
	Derecho legislado	Destinatario
1)	[Ratio iuris]	Ratio iuris
2)	Norma Jurídica →	→ Reconstrucción normativa ↓
3)	[Potencial Aplicación]	Aplicación

Esto es, tenemos una norma a un lado, el lado (A), creador del Derecho, el cual, sin un acceso directo al mundo, se debe reconstruir en el lado del destinatario (B). Pero el propio discurrir del creador del Derecho, supone una cierta razón subyacente, y una potencialidad de casos de aplicación, los que quedan en el trasfondo o el contexto del producto que pretende entregar. Y, precisamente, ese producto es el que debe ser reconstruido principalmente y el que requiere ser utilizado, pero al cual no hay acceso directo.

Ciertamente que esto puede explicarse, en parte, con la idea de norma como expresión de inscripciones⁶⁸⁵, pero como hemos visto esto es más profundo que la mera copia, ya que la aplicación no se basta con la sola reconstrucción sintáctica desde el punto de vista lingüístico, a lo que deben sumarse problemas lingüísticos propios como los de ambigüedad de las oraciones normativas —las que pueden adolecer de ambigüedad sintáctica, semántica (y pragmática)—, que implican una elucidación importante de las mismas, muy especialmente cuando se encuentran enfrentadas dos posiciones antagónicas, o cuando los propios jueces pueden tener disparidad de criterio. Ello porque la misma oración normativa O_1 , puede, por la ambigüedad, derivar en distintos sentidos o normas N_1 , N_2 , N_3 ,... N_n . Lo que redundan en *marco de posibilidades* de reconstrucción de sentido y normas como ya resaltó H. Kelsen⁶⁸⁶. Por ejemplo, la oración normativa: “*El deudor está en mora: [...] 2º Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto espacio de tiempo, y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla;*”. Esta oración puede ser enunciada reconstructivamente de varias maneras: (1) o bien como si la prestación o la cosa no puede ser dada porque se extinguió; (2) o que la prestación si bien no se ha extinguido pudiendo ser dada, esta prestación no puede ser dada útilmente; (3) o que si bien puede ser aún dada la prestación, se encuentra fuera de la oportunidad jurídica, en que podía ser dada sin consecuencias negativas para el deudor, etc.; cada una de estos enunciados reconstructivos de la teoría tiene consecuencias de aplicación diferentes para los casos singulares. Lo cual puede resolverse al azar, moneda al aire, o en relación con ciertas teorías

⁶⁸⁵ Vid. R. HERNÁNDEZ MARÍN, *Interpretación, Subsunción y Aplicación del Derecho*, pp. 86 y 87.

⁶⁸⁶ H. Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, pp. 350 a 352, sobre el tipo de marco de posibilidades vid E. GANDULFO, “¿Qué queda del Principio de Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege? Un enfoque desde la Argumentación Jurídica”, pp. 15 y 16.

jurídicas en competencia, incluyendo las razones subyacentes teorizadas y las consecuencias aplicativas (existen ciertos cánones metodológicos que nos guían en ello).

Si nuestra imagen del Derecho en los sistemas de Derecho Codificado importa una invasiva intervención de la teoría jurídica, entonces, desde el punto de vista epistemológico, la posición de la norma jurídica en el destinatario es ocupada por el metalenguaje teórico, de los teóricos del Derecho y de los propios jueces (sin perjuicio de otros juristas prácticos), que reconstruyen el Derecho para ser aplicado. Lo que constituye una *superposición débil*. La reconstrucción teórica meramente se superpone al lugar que ha de ocupar la norma jurídica en el razonamiento de aplicación, ocupando la posición de premisa jurídica.

Ahora bien, esto deja expuesto al Derecho —en el sentido de norma jurídica— a ser aplicado de cualquier forma, o incluso a no ser aplicado. Entonces, la propia imagen del Derecho, o llamémosle el “macrosistema jurídico”, entrega *cánones metodológicos*, como cualquier actividad cognoscitiva, para medir la corrección de la reconstrucción y de la propia aplicación. De esta manera, si la reconstrucción aprueba los cánones metodológicos, que son argumentos de control del discurso jurídico, entonces se considera que la reconstrucción jurídica ha sido correcta. ¿Qué implica ello? Que la reconstrucción normativa representa la “correcta” norma jurídica, emitida por el potestado normativo (como el legislador), entendida en el contexto situacional correspondiente⁶⁸⁷. Es una *superposición fuerte* del metalenguaje.

Dada la situación epistémica, el destinatario a lo que mejor puede aspirar es a la superposición fuerte, de manera que equivalga a ella y aplicar la equivalencia.

Desde el punto de vista filosófico esto constituye una combinación tóxica (tanto como la mixtura del hecho y el valor⁶⁸⁸), porque se produce una mezcla en un mismo discurso de la reconstrucción teórico normativa respecto de la norma jurídica positiva, en línea de continuidad con la construcción discursiva del nivel de aplicación con ribetes más bien prescriptivos, ya que dispone qué es lo que deba ser para el caso singular, pero basado en la reconstrucción de la norma (y, agréguese que al mismo tiempo, conjetural acerca de la mejor forma de aplicación, por su necesidad de adhesión o fidelidad a Derecho).

Ahora bien, analicemos el desplome de la dicotomía norma/teoría. Si lo razonado hasta ahora es correcto, se comienza a producir un resquebrajamiento de la tajante separación de lo normativo y la teoría, en la faz del destinatario. Un viejo ejemplo nos

⁶⁸⁷ Al contexto situacional me refiero a que el contexto en que fue dictada la norma puede cambiar, es así, que la tecnología puede cambiar las viejas realidades, la ciencia puede cambiar las imágenes, generando nuevas situaciones y valoraciones, como situaciones de peligros generadas para los seres humanos, propios del desarrollo de las sociedades industriales, que requieren reestructuraciones evaluativas, generando espacios de incertidumbre en aplicación como señala HART (*El Concepto de Derecho*, pp. 157 y ss). Justamente aprovechando esos espacios de indeterminación, y en vistas a la función de corrección adaptativa, a efectos de evitar las incertidumbres, es que la teoría se reconstruye a efectos de cubrir esos casos (en una especie de circularidad reflexiva), situación en la cual se producen nuevas conjeturas, más poderosas en términos comprensivos de la cantidad de normas que abarcar y más coherente en lo axiológico, que comienzan a desprenderse del plan inicial del legislador, en una especie de obediencia reflexiva.

⁶⁸⁸ Vid. H. PUTNAM, *Las Mil Caras del Realismo*, pp. 125 y ss.

apoyará en este punto. Desde el punto de vista de la teoría expresivista, se realizan las acciones tales como dictar normas jurídico-positivas, mediante una expresión, con un cierto sentido, dentro de contexto de poder adecuado, en un procedimiento específico. El típico es el legislador emitiendo enunciados como: “*La ley es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite.*”, que en su momento implicó la promulgación del artículo 1º del Código Civil. Sin embargo, como sabemos, existe un tipo de ambigüedad pragmática. Ésta se da en varias formas, si la misma expresión, como la deóntica “deber”, puede ser utilizada para realizar diversos actos de lenguaje: una aserción o una prescripción (por ejemplo, el maremoto deberá llegar a las 8:00 am a las costas), es por ello que no obstante que se utilicen exactamente las mismas palabras, de acuerdo al contexto de que se trate, el acto va a ser diferente⁶⁸⁹; lo mismo ocurre con los términos descriptivos como el verbo “es”⁶⁹⁰. Si el legislador en 1855 emitió la frase que señalamos, aquél estaba realizando la acción de emitir una norma, mientras que si la misma frase la emite un profesor en su clase, aquél está realizando una reconstrucción, un enunciado asertivo, una teoría acerca de la norma.

Por supuesto que esto tiene implicancias según la dirección de ajuste que tenga, como ha resaltado SEARLE siguiendo a ANSCOMBE⁶⁹¹. La dirección de ajuste es una idea que refiere a que ciertas expresiones tienen como objeto ilocucionario, el llevar las palabras o su contenido proposicional a encajar con el mundo, como en las aserciones, y otras el llevar al mundo a encajar con las palabras, como las promesas y los ruegos. El objetivo contextual de las emisiones *establece* la dirección de ajuste, pero dónde esté el error *marcará* la dirección del ajuste, si en el mundo o en las palabras; el error es expresión de la dirección de ajuste. La dirección de ajuste implica dos extremos: A) el del lenguaje o las palabras, y B) el mundo real o externo. Respecto del lenguaje teórico, la dirección de ajuste es de palabras al mundo; ello implica que puede haber errores en los enunciados cuando se pretendió describir el mundo⁶⁹². En el caso del Derecho se trata del mundo institucional. Respecto del lenguaje normativo o prescriptivo, la dirección de ajuste es de mundo a palabras, el mundo deberá comportarse como indica el lenguaje. Pero en el caso de la reconstrucción del mundo normativo ocurre lo siguiente. Reconstruimos el mundo normativo con un lenguaje teórico,

⁶⁸⁹ Así, G. VON WRIGHT señala que: “Las mismas palabras pueden así usarse para enunciar una norma (dar una prescripción) y para hacer un enunciado normativo. Esta ambigüedad, por otra parte, parece ser característica de las sentencias deónticas en general”, *Norma y Acción*, p. 119.

⁶⁹⁰ Así, R. VON IHERING: “Por lo general, la ley emplea el modo imperativo para expresar su contenido, o sea, la forma directa de la prohibición o de la orden. Que lo emplee realmente o no, es una cuestión de escasa relevancia, ya que se sobreentiende. En el vocabulario legal, «es» significa «debe ser» (por ejemplo, la acción prescribe en dos años equivale a debe prescribir en dos años)”. (IHERING, “Teoría de la Técnica Jurídica”, p. 84)

⁶⁹¹ Vid. J. SEARLE, “Una Taxonomía de los Actos Ilocucionarios”, p. 46; G. ANSCOMBE, *Intención*, p. 109.

⁶⁹² Cómo opere esa dirección de ajuste en la práctica, con qué rapidez y modalidad opere la determinación del error, es otro asunto, que viene mediado por un debate más o menos largo acerca de la proyección del marco teórico en la investigación, dentro de los cuales se encuentran los factores de si hay teorías en competencia alternativas y que sean satisfactorias y los valores epistémicos involucrados. Creo que no es una hipótesis poco razonable de que si los experimentadores con una sustancia X, como el radio, han observado que sospechosamente han muerto varios colegas manipulando sin protección la sustancia, por más que el paradigma teórico les diga que no es una sustancia peligrosa, no van a tomar una decisión tonta, de obedecer el paradigma sin cambio de teoría, a la más inquietante sospecha. Por lo demás un paradigma se puede ver horadado por una hipótesis suelta e independiente tipo *ad hoc*, como la de Planck, para poder ajustarse a los hechos, y a un principio precautorio.

más específicamente teórico normativo, y aquél tiene la dirección de lenguaje a mundo. Allí podemos equivocarnos en reconstruirlo y tendremos que corregir si es que nos damos cuenta, y así también se realiza en el momento de la aplicación.

El resultado de la reconstrucción teórico normativa del destinatario, establece el supuesto operativo de la norma y su consecuencia, junto con una serie de elementos axiológicos como los valores protegidos (libertad, vida, medio ambiente libre de contaminación, todos conjeturales), de hipotéticas interrelaciones entre las normas reconstruidas, marcos de construcción, e incluso ensayos de la propia aplicación teórica, todo ello en lo que sea pertinente se traspasa esquemáticamente a la premisa normativa del razonamiento de aplicación, como condiciones de aplicación: si pensamos en la responsabilidad civil, establecemos cada uno de los elementos teórico-normativos que sean un paradigma para la comunidad jurídica o respecto del cual el juez sea parte de esa tradición, que la sabiduría popular resume en la frase “cada maestrillo con su librillo”, esto es, que cada uno aplica lo que sabe y en general con lo que adhiere. Pero, tenemos que la adjudicación, en contexto de aplicación judicial, tiene en principio un carácter de normativo como diría Kelsen⁶⁹³, *ordena* cosas; por ejemplo, que Juan deba pagar la pensión de alimentos a Greta, que Francisca deba destruir el muro que instaló en el terreno de José. El lenguaje aplica y ordena. Ahora bien, uno podría ser más preciso y decir que su lenguaje es *dispositivo*, en el sentido que dispone cosas señalando que las personas *deben atenerse a un estado de cosas*: para el condenado, que debe realizar ciertas prestaciones; para quien se le rechaza la demanda, debe atenerse a que su situación se mantenga en *status quo*⁶⁹⁴. Algo normativo aunque sea en un sentido muy débil, vinculatorio, se encuentra en su lenguaje, las partes deben estar al estado de cosas que señale la sentencia. Pero ello se basa no en las normas propiamente tales del legislador, como piensa el realista ingenuo, sino que realmente en la reconstrucción teórica-normativa que hizo el juez en su sentencia, y como se dijo su reconstrucción teórica puede alcanzar hasta la propia aplicación, para demostrar un absurdo de una reconstrucción alternativa a la propia. En uno y otro contexto discursivo se trata de lenguajes en principio diversos, en donde el primero pasa a ocupar la posición de premisa del segundo. No sólo del fragmento sino que de todo el aparataje reconstructivo como hemos visto. Con mayor razón, la disimilitud se puede ver en la disparidad de la judicatura, en donde una sala de la Corte entiende una oración normativa en el sentido S_1 , y otra sala entiende la misma oración normativa en el sentido S_2 , con diferente alcance. Y esto no se resuelve con el clásico tema de quién tiene la última palabra —que es un problema más bien competencial—⁶⁹⁵, sino que más bien muestra que la reconstrucción teórico-normativa se encuentra presente en el momento de aplicación como fundamento de la misma.

⁶⁹³ K. Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, p. 33.

⁶⁹⁴ La manera del *status quo* es variable, ella puede tratarse al menos de dos maneras. La primera, la más común en la imagen del litigio, es aquella en que el Derecho reconstruido favorece al demandado, por lo que la sentencia dispone el rechazo de la demanda, porque el Derecho reconstruido precisamente ampara al demandado, quedando vinculado el demandante por la sentencia que le rayó la cancha. La segunda manera, es que el Derecho no favorece a ninguno de los litigantes, en tal caso, la sentencia rechaza la demanda, pero no le da la razón a ninguno de los dos en cuanto al fondo de su pretensión, quedando en libertad de acción ambas partes, sin poder obligarse una a la otra. Sobre esta segunda manera, vid. el ejemplo de la pareja escocesa que busca dónde pasar sus vacaciones, F. Atria, “Creación y Aplicación del Derecho: entre Formalismo y Escepticismo”, pp. 464 y ss.

⁶⁹⁵ Sobre la definitividad, vid. H.L.A. Hart, *El Concepto de Derecho*, p. 176.

3.1.2.3. La contrastabilidad y el apoyo en relación con el principio de juridicidad o legalidad. Si es correcto el análisis de la dirección de ajuste y de trabajo hipotético del destinatario, entonces el principio de juridicidad o legalidad en el ámbito espistémico-metodológico importa la proyección de un compromiso. Las cosas que dice el destinatario acerca del Derecho, debe implicar una *contrastabilidad* respecto de la normativa y una corroboración o apoyo de ella.

Para testear si el destinatario está teorizando correctamente respecto del Derecho, debe poder contrastarse con el propio Derecho; por ejemplo, si asevera que en el Derecho positivo chileno, el homicidio es castigado con la pena de 10 años y un día. Su enunciado debe tener la capacidad de ser contrastable con alguna reconstrucción de la oración del lenguaje objeto que diga aquello, o cuya combinación lo permitiese respaldar. El que su referencia haga alusión al lenguaje objeto de normas positivas es lo que permite dicho testeo. Ello implica un *compromiso* con la legalidad o juridicidad normativo-positiva, pero del *tipo abstracto, en principio o débil*, ya que admite la posibilidad de que sea falsa la enunciación del destinatario. No importa dicho compromiso y, por ende, no es contrastable con el lenguaje objeto especial del sistema jurídico positivo, el que se aluda, por ejemplo, reglas del Derecho natural o del sistema moral. Aquí es muy importante el sistema eje de la referencia como el Derecho positivo.

La corroboración del testeo en la reconstrucción de las oraciones del lenguaje objeto, es una razón para descartar la refutación y presta apoyo para aceptar o creer provisionalmente que el enunciado del destinatario es verdadero o correcto. En este sentido, la corroboración o apoyo importa un *compromiso más fuerte* con la juridicidad o legalidad positiva. Este apoyo puede ser más simple o complejo. Por ejemplo, podemos decir que en materia de Derecho Civil el principio de buena fe, es uno de corte general. Si bien no hay una disposición positiva que así lo diga, una reconstrucción de normas de diversas materias, como contratos, bienes, testamentos, familia y obligaciones, por ejemplo, que consagran esta orientación, permiten brindar corroboración de manera indirecta una vigencia extendida sobre el Derecho Civil de este criterio.

En uno u otro caso, da pie para la comprensión de lo *ad hoc*, como contrastabilidad independiente y apoyo independiente, así como de la condición de justificación y tentativa de la no fundacionalidad, o la condición de tener corroboración las teorías de trasfondo en la teoría de la falta de coherencia, transportadas al ámbito jurídico, ya que implicará que estas nociones no se proyecten más que a un cierto problema específico de su referencia, sin contrastabilidad ni apoyo más que en el ámbito del problema al que referirán.

3.2. La Imagen del Derecho en Aplicación

Este segundo asunto, nos acercará un poco más a la cuestión de la forma cómo enfrentamos el Derecho, y que, sin embargo, también se encuentra relacionada con el tema del desplome de la dicotomía.

3.2.1. El esquema de los enunciados de aplicación. a) El de los enunciados que fijan las *condiciones de aplicación general*; ellos en principio son fijados por el nivel reconstructivo de las normas (interpretación) que determina el sentido de la norma, pero al pasar al contexto de aplicación se entiende que fijan las condiciones de la operación de aplicación, tal como ‘si alguien realiza una compra, entonces debe pagar el precio de la cosa al vendedor’; las condiciones pueden implicar un conjunto de normas, cuyo contenido es recombinado para adaptarse al caso. b) Los *enunciados fácticos*, como ‘Juan, el 15 de mayo, llegó a un acuerdo con Pedro por la entrega de un celular a cambio de \$100.000’. c) Los enunciados de *conclusión calificativa*; que categorizan jurídicamente el hecho base o instancian la condición antecedente de la norma, como ‘Juan *compró* a Pedro un celular por \$100.000’. d) Los *enunciados de aplicación* que adjudican consecuencias jurídicas singularizadas, como ‘Juan debe pagar el precio de \$100.000 a Pedro’.

Para un análisis más sencillo a nuestros efectos, se pueden reducir a tres: los de fijación de condiciones de aplicación, los enunciados calificativos y los enunciados de aplicación. Sobre esta estructura es que se repartirá la diversa problemática de aplicación que nos atañe, esto es, las cuestiones valorativas y los choques en aplicación de las normas y principios. Sin embargo, en la línea de trabajo que emprendemos, esta estructura estará enfocada como compuesta por hipótesis o conjeturas acerca de *cómo debe aplicarse* el Derecho, esto es, los diversos criterios jurídicos que componen un sistema jurídico. Por lo que la fijación de condiciones de aplicación puede consistir en una teoría de una norma ‘TN’, o hipótesis de los principios ‘HP’ (o una especificación de los principios ‘HPE’ o más resumido ‘HE’). Además, tendremos la hipótesis de calificación singular del antecedente (‘HA’), y la hipótesis de consecuencia singular (‘HC’). Esta perspectiva teórica nos requerirá deslindar dos problemas en la imagen de la aplicación.

3.2.2. Preeminencia metodológica de la teoría reconstructiva de las normas. No obstante el gran desarrollo de la teoría sobre los principios y la red teórica que se entrelaza a las propias normas, no debe perderse de vista que la evolución de los sistemas jurídicos codificados aún nos mantiene bajo el gobierno de las leyes o de las normas positivas y el principio de legalidad en tanto juridicidad normativa. Lo que sucede es que por razones epistémicas se encuentra mediatizado por los dispositivos hipotéticos o teóricos. Sin embargo, esta preeminencia sistémica implica para la teoría, en el contexto de aplicación, una preeminencia de la hipótesis o teoría que reconstruye las normas positivas. Ello en razón de que esas últimas son expresión de la voluntad del potestado normativo (como el legislador), es decir, de quién inviste en la sociedad el poder de regular la conducta concreta que los ciudadanos puedan tener en ella. Esto implica una regla metodológica para la teoría jurídica del destinatario sobre el Derecho, en tanto que ella deba reflejar dicha preeminencia aplicativa. La preeminencia consiste en que ellas son las *principales* llamadas por el sistema jurídico para constituir las *razones* que *decidan* el caso singular. Y, fundamentalmente, las normas que importan la determinación del sopesamiento de eventuales intereses o valores en conflicto del tipo V_1 vs V_2 , precisamente por la importancia de reflejar o reconstruir las normas que deciden este tipo de conflictos sociales (que es en buena medida la función de la autoridad normativa). Lo que tiene consecuencias para efectos de establecer el escenario de interacción de las diversas hipótesis en conflicto de aplicación.

3.2.3. Viabilidad de un enfoque teórico o hipotético del contexto de aplicación.

Precisamente se le exige al juez resolver el caso de acuerdo a Derecho, en los ordenamientos codificados. Esto implica dos cosas: que dirima el problema el juez; y que lo haga de acuerdo a las normas jurídicas que rigen, según el conocimiento estándar (aunque históricamente no siempre ha sido así). Siendo un poco más preciso, resolver de acuerdo a Derecho implica realizar una disposición sobre cierto estado de cosas o eventos, según lo dictamine la normativa vigente en el país, pertinente al caso c_1 . De esto deriva una calificación del acto de aplicación como uno de *doble actividad*: dice el fallo del caso y cómo debe aplicarse el Derecho para fallar este caso singular. El primero responde a la faz dispositiva o prescriptiva del acto, que apunta a la necesidad de dar resolución a los problemas intersubjetivos, indicando, por ejemplo, cómo deben comportarse las partes involucradas en el futuro; y el segundo, tiene un cierto sentido teórico, y responde a la configuración de subordinación de los actos inferiores al Derecho creado por el potestado normativo y que son revisables en su mérito, y por aquella razón, por una judicatura superior (cuando corresponda), como una conjetura o hipótesis de solución, así como también permite sujetar al control social las acciones de la judicatura en vistas a su legitimación según lo esperable.

J. RAZ, F. ATRIA y J.J. MORESO estiman —con buenas razones— que la verdad de los enunciados jurídicos aplicados depende tanto: a) de la verdad de los enunciados jurídicos que establecen el contenido de las normas jurídicas, b) así como de la ocurrencia de ciertos hechos⁶⁹⁶. Si esto es correcto, entonces se puede trazar una línea de dirección de ajuste, por la superposición, de manera transitiva hacia el proyecto legislativo, como si fuese una teoría de la aplicación del Derecho reconstruido al caso singular de que se trate.

Desde el punto de vista de los fundamentos axiológicos de la normativa, los valores, principios, fines o propósitos pueden ser estimados o considerados por una formulación explícita del legislador en el precepto, como en el caso de los derechos fundamentales que regulan, por ejemplo, la vida de las personas, o cuando consagra que los contratantes deben comportarse de buena fe. También puede establecerse de manera indirecta por referencia explícita del legislador, en preámbulos legislativos o las actas de las asambleas o comisiones, o puede apoyarse de la normativa reconstruida. De esta manera, implica una referencia a lo que sucedió, explícita o implícitamente, en la cara (A), del legislador o creador del Derecho, y sirve como un elemento de control relativo al compromiso del destinatario del Derecho en la propia aplicación⁶⁹⁷.

En cuanto a la aplicación esto puede mirarse desde una perspectiva muy clásica, en relación simplemente con las normas jurídicas, considerando que el legislador nunca mira al caso singular o a los casos singulares, individualmente considerados. Si esto es así, por una parte, parece una obviedad, porque nunca puede determinarse con certeza la extensión del dominio de casos de una formulación lingüística general. Pero, si se le interpreta en que

⁶⁹⁶ J. RAZ, “Autoridad, Derecho y Moral”, pp. 249; F. ATRIA, “Creación y Aplicación del Derecho: entre Formalismo y Escepticismo”, p. 452; J.J. MORESO, *La Indeterminación del Derecho y la Interpretación de la Constitución*, pp. 68 y 69.

⁶⁹⁷ H. ALBERT califica a este compromiso como uno tecnológico de parte de los destinatarios del Derecho y estima que puede controlarse bajo el criterio de *rendimiento axiológico* (*La Ciencia del Derecho como Ciencia Real*, pp. 51 y 52, y 84 a 86, 93 y ss.).

nunca mira el potestado normativo a caso singular alguno o a un conjunto de casos, esto parece ser falso.

En cierto sentido, el potestado normativo cuando construye la norma parece tener en vista un *modelo* respecto de *cómo deben operar las normas y casos singulares paradigmáticos* abarcados, reales o imaginados, que lo guían respecto a una aplicación potencial: una proyección de aplicación aproximada. Esto tiene sentido en relación con la pretensión pragmática del Derecho. Como decía IHERING, el Derecho existe *para realizarse*⁶⁹⁸. Ello porque éste tiene una función de coordinación social de la vida concreta de los seres humanos individuales, que implica o requiere justamente la aplicación de la norma a la realidad. Esta idea de un proyecto o modelo de aplicación en el legislador lo veremos en diversas concreciones.

A) En cuanto a los casos paradigmáticos. Es así que el propio legislador puede pensar, y lo hace efectivamente, en *casos específicos o singulares* para dictar las normas, los que se vuelven paradigmáticos: por ejemplo, la reforma penal llamada “ley Zamudio”, en vista a un joven asesinado por su tendencia sexual, la ley “cholito” relacionada con un perrito muerto de manera cruel, la “ley Emilia”, en consideración a una niña fallecida a causa de un conductor ebrio. Todos esos casos paradigmáticos constituyen instancias de aplicación potencial o teórica en el plano del legislador (A), pero que están en el trasfondo o contexto de la información normativa que pretende comunicar.

Estos casos paradigmáticos son muy importantes para dos cosas: *comprender* el funcionamiento práctico de las normas que se adopten (por ejemplo, como funciona el cálculo de una pena), y para generar una *expectativa estabilizada* acerca de cómo debe darse la aplicación y cumplimiento de las normas jurídicas.

B) La expectativa estabilizada supone que al dictarse una norma con un cierto texto, ella fue diseñada para aplicarse a cierto dominio de casos previsto: a cierta gente que es acusada de un delito, a empresas concesionarias de aguas, a personas que compran cosas, etc; y todo ello incluyendo ciertas valoraciones o fines en el trasfondo de la norma. Entonces, el acto de dictar una norma se vuelve de racionalidad práctica, porque la acción de dictar una regla está pensada para que se realicen ciertas acciones singulares que se esperan sobre esa base regulativa. De ellas, los casos paradigmáticos —como los “hechos ocurridos a Cholito”— y lo que se espere en la correlación de consecuencias jurídicas, es la forma en que se modela lo esperable en aplicación; aunque ello quede en el trasfondo de la norma jurídica.

C) En cuanto al proyecto de funcionamiento en aplicación de la norma. Lo anterior se concreta y ejemplifica en que se pueden proyectar modelos de funcionamiento de la práctica mediante el diseño de políticas públicas. Esto implica una mirada transicional entre el discurso general y abstracto y el discurso de los singulares en aplicación, y que se puede ver expresado en la legislación como política pública (como la eléctrica, sanitaria, de aguas, laboral, etc.), donde se planifica en sus bases desde la Administración Pública, se discute y revisa en el legislativo, y, en buena en parte, se le entrega la complementación a la propia

⁶⁹⁸ R. VON IHERING, “Teoría de la Técnica”, p. 60.

Administración Pública. Se estiman ciertas formas, subconjuntos específicos de cumplimiento específicos, así como de no cumplimientos, los que se proyectan y ejemplifican en situaciones esperables con sujetos muy específicos, como en el caso de las generadoras eléctricas, o categorías de grupos, como los que se atienden en hospitales. Este diseño implica ciertas consecuencias sociales, y muchas veces sujetos de cumplimiento, muy específicos. Todo esto entraña que la política pública estima y genera una expectativa —que estabiliza mediante las normas jurídicas⁶⁹⁹— de que dichas normas se apliquen de determinada manera, para lograr ciertos efectos sociales, que pueden medirse en el rendimiento de las normas, de acuerdo al comportamiento de aplicación y cumplimiento de las mismas. Esto implica ciertos valores, fines y objetivos a lograr, que el aplicador del Derecho debe tener en cuenta, dentro de sus criterios metodológicos. Al juez se le pide que comprenda la política pública y tenga en consideración ciertos aspectos de ella, para la reconstrucción interpretativa de la normativa y su aplicación. Esto puede entenderse como la existencia de cierta continuidad entre la función legislativa y la función judicial. Tomemos un ejemplo sencillo: una normativa establece una sanción administrativa a las empresas de electricidad que corten el suministro de energía a una ciudad entre 1000 UF a 100000 UF, estableciendo diversos parámetros como costos de reparación, dañosidad, etc. Parte del proyecto de la política pública es que la aplicación de la ley disuada a las empresas de rebajar costos, a costa del buen servicio. Todo considerando la trascendencia práctica del rubro de la electricidad en la sociedad (hospitales, comercio, industrias, estudiantes, investigaciones, la Administración del Estado, etc.), De esta manera, la expectativa razonable del legislador y su política es que la aplicación desincentive esta rebaja de costos empresarial, de manera que el monto de las multas va en relación con los propios costos que a la empresa le cuesta hacer las provisiones, los especialistas en prevención de los riesgos, etc., y es un modelo a ajustarse de parte de la judicatura. Lo mismo ocurre en materia de sanciones por uso ilegal de información privilegiada.

Lo anterior implica que al resolver el caso, el acto de aplicación es, también, una pretensión de que se ha ajustado a Derecho, a la norma jurídica (dictada por el legislador, sea en términos de realismo normativo ingenuo, sea de superpuestos). Esto significa que su acto también tiene la pretensión no sólo de ser normativo-dispositivo, sino que al mismo tiempo de ser teóricamente correcto, pero ya no sólo en lo reconstructivo, sino que en la propia aplicación. Es decir, que en la aplicación se ha ajustado a la potencial aplicación de la norma jurídica, en otras palabras, que su dirección de ajuste es de palabras a mundo institucional (normativo, socialmente construido). Esto tiene apoyo en una idea conjuntista acerca de las normas y su dominio de casos singulares.

D) Si el enunciado normativo tiene un dominio de casos, la norma, o conjunción de normas, debe ser aplicada a ese dominio de casos. Pero si el dominio de casos puede ser infinito, en realidad, es más bien indeterminado (porque el mundo va a tener alguna vez un fin abrazado por el sol, o junto con el universo en un frío cuántico, según nuestras conjeturas científicas), ¿cómo se puede determinar el dominio de casos? parece un imposible. En verdad, ese problema es el mismo que tiene la ciencia con sus enunciados, y el que enfrenta

⁶⁹⁹ Sobre el importante concepto de la expectativa normativa estabilizada, vid. W. KRAWIETZ, “El Concepto Sociológico del Derecho”, pp. 261 a 274, una aplicación de ello puede verse en la doctrina del acto propio en E. GANDULFO, “La Prohibición de ir contra los Actos Propios y el Contexto de Orden Público”.

el conocimiento científico y humano en general. La respuesta parece conducir al escepticismo; nunca podrá haber conocimiento cierto de aquello. La respuesta racionalista crítica es mediante el conocimiento conjetural acerca del dominio de casos de los enunciados científicos, considerando precisamente la indeterminación. Algo así también realiza el juez que actúa de buena fe, hace una apuesta, una conjetura acerca de que su aplicación está conforme a Derecho y es la forma en se debería aplicar, según los modelos convencionales metodológicos. Se trata de una relación de dirección de lenguaje a mundo institucional.

Entonces, el juez desde el punto de vista metodológico realiza una extensión de su razonamiento. Puede jugar con diversas posibilidades de aplicación, en busca del modelo de aplicación que sea coherente en mejor medida con la construcción de la premisa jurídica cargada de teoría. Es por ello que teorizar acerca de la política pública, de los valores de trasfondo, de los objetivos prácticos posee mucho sentido. Y el modelo de aplicación singular puede obtener diversos criterios de veracidad con los cuales revisar la corrección del modelo de aplicación creado, versus el modelo de aplicación esperado.

¿Qué sucede si el caso, con relación al dominio de casos, no es el esperado por el legislador? Si no está dentro de la atención o interés del potestado normativo, la judicatura tendrá la última palabra como guía de conductas en general, en tanto que jurisprudencia. Pero pueden ocurrir dos cosas, si el problema está dentro de su foco de atención: interviene legislativamente para dejar en claro cómo debe aplicarse o presiona institucionalmente vía responsabilidad de los jueces, en lo que le corresponda. Aquí la corrección aplicativa va ir en dirección invertida, esto es, desde los jueces al legislador, de las siguientes maneras (sobre la base de esta proyección aplicativa).

i) El legislador estima que en el dominio de casos de la norma que se proyecta a los casos singulares debe ser resuelto en la manera que entiende. El legislador no es un ente pasivo después del dictado de la ley, sin implicar que simplemente dicte una norma general y abstracta sin importarle cómo se aplique. Recibe los “*inputs*” sociales respecto de la reconstrucción del Derecho y de *cómo se va aplicando*. Así, por ejemplo, la ley N° 19.631, para paliar el no pago de las imposiciones a los trabajadores, estableció que para despedir a un trabajador deberían tenerse pagadas todas las cotizaciones de seguridad social, bajo sanción de que se seguirían devengando las remuneraciones posteriores al despido, hasta que se complete el pago de dichas cotizaciones, todo ello sin contraprestación de trabajo por parte del trabajador. Pues bien, la Corte Suprema y algunos tribunales, al ver que se generaban enormes sumas de dinero en deudas pusieron coto: limitaron en los casos de aplicación las remuneraciones postdespido a 6 meses. Claramente que ello se salía de las expectativas estabilizadas por el legislador respecto a la aplicación de la ley. Mediante ley N° 20.194, una ley interpretativa, el legislador en respuesta a dicha aplicación, indicó que el pago debía ser “completo”⁷⁰⁰, lo que muestra precisamente el aspecto conjetural de la

⁷⁰⁰ El artículo 1° de la ley N° 20194, publicada el 07.07.2007, “interpreta el inciso séptimo de la presente norma [ley N° 19.631], en el sentido que debe interpretarse y aplicarse de forma tal que el pago al cual está obligado el empleador moroso en el pago de las cotizaciones previsionales comprende la totalidad del período de tiempo que media entre la fecha del despido y la fecha de envío o entrega de la comunicación mediante la cual el empleador le comunica al trabajador que ha pagado las cotizaciones morosas.”.

aplicación, junto a la posibilidad de error, en contraste con el modelo de expectativas de aplicación del legislador⁷⁰¹.

ii) Existen algunos casos más dramáticos derechamente vinculados con la aplicación de la normativa, respecto de los magistrados de tribunales superiores de justicia. A ellos se les acusa constitucionalmente por notable abandono de sus deberes, esto es, dejar sin aplicación a las normas jurídicas vigentes, en algún caso singular o conjunto de casos, lo que implica cierta preconcepción de los legisladores respecto a la propia aplicación de las normas jurídicas, como un modelo de aplicación, que alcanza a un cierto dominio de casos, por ejemplo, como dejar sin aplicación normas de derechos humanos en algún caso particular. Ahora bien, corresponde destacar que el propio modelo de funcionamiento del legislador tiene límites, con ciertas conexiones temporales, derivados de lo que HART llamó la vaguedad propia del conocimiento humano, ante nuevas realidades y valoraciones⁷⁰², que genera nuevos modelos de comprensión teóricos del Derecho, y pueden terminar alterando los propios casos paradigmáticos de su aplicación⁷⁰³.

Este problema fue tratado por A. ROSS dándole primacía al aspecto ilocutorio o performativo del lenguaje, pero jamás asumió el doble carácter de la sentencia, frente al deber de aplicar la norma de acuerdo a Derecho, en la doble dirección de ajuste que presenta el lenguaje⁷⁰⁴. Este doble carácter se aprecia muy claramente en las sentencias de primera instancia que resuelven el asunto pero en que el juez sabe que su texto será revisado por la judicatura de grado superior ¿Dónde es más difícil determinarlo? en el caso de los tribunales supremos (porque generalmente no se les revisa por otros magistrados). Pero la distinción de HART entre infalibilidad y definitividad corre en auxilio nuestro, en cuanto pertenecen a dimensiones diferentes del mundo: uno al del epistémico y otro al de los recursos de revisión que contempla un sistema⁷⁰⁵. Las cortes supremas resuelven de manera definitiva, porque no puede revisarse su resolución por diseño institucional a efectos de evitar su cambio, pero son no infalibles, es decir, pueden equivocarse en la relación de dirección de ajuste (utilizando el auxilio de SEARLE). Dicha dirección de ajuste es importante, ya que mediante ella, insisto, se produce la legitimidad del acto de aplicación del Derecho ante la sociedad, por la vía de su propia aplicación.

Es por ello que el discurso de aplicación parece enfrentar una doble dualidad: a) está basado en una argumentación teórica o hipotética acerca de la normativa, y luego su propia aplicación parece tener una doble dirección de ajuste de lenguaje a mundo institucional y de

⁷⁰¹ J. NIEVA, en una propuesta de *lege ferenda* para efectos de mejorar la actividad legislativa, señalaba la conveniencia de la creación de una comisión legislativa que evaluase la aplicación por parte de los tribunales de las normas que emitía el legislativo, de manera de controlar el que no se distorsionara, algo así como el modelo de aplicación de la normativa, entendida como una política pública, teniendo como precedente la creación de las Cortes de Casación como formas de que el soberano controlase la aplicación que las cortes hiciesen de sus normas. Lo que resalta este doble aspecto de las propias sentencias (conferencia, “¿Un Juez Supremo o un Legislador Supremo?”).

⁷⁰² H.L.A. HART, *El Concepto de Derecho*, p. 157.

⁷⁰³ Esto lo he explicado mediante el recurso de la varianza de significación por la variación de teoría, como señalan KUHN y FEYERABEND, en E. GANDULFO, “¿Qué Queda del Principio Nullum Crimen, Nulla Poena sine Lege? Un Enfoque desde la Argumentación Jurídica”, pp. 21 a 23.

⁷⁰⁴ A. ROSS, “Auge y Decadencia de las Expresiones Realizativas”, pp. 180 y 181.

⁷⁰⁵ H.L.A. HART, “El Concepto del Derecho”, pp. 175 y ss.

mundo institucional a lenguaje. b) a doble función del acto, se da en razón de que el contexto normativo le impone al acto la realización de dos misiones a la vez: disponer la resolución del caso y mostrar que ella es apegada a Derecho.

Si esta mirada epistemológica-argumentativa es correcta, la aplicación del Derecho es una aplicación más compleja que lo que parece a primera vista. Se trata de aplicar a los ciudadanos la reconstrucción teórica de las normas con todo el conjunto teórico de trasfondo, tanto del esquema teórico, como de las razones axiológicas subyacentes, en un esquema de aplicación que mira a las condiciones de aplicación reconstruidas teóricamente de la normativa como fragmento, con las correcciones incorporadas, donde la aplicación es una conjetura de cómo debe ser la mejor aplicación para el caso singular (frente a un modelo aplicativo), de acuerdo a Derecho.

Entonces, aquí vale la pena recordar lo señalado por J. DANCY respecto del particularismo moral para los casos singulares. Efectivamente, se pierde algo vital para la moral cuando concebimos los principios de forma absolutista⁷⁰⁶, pero en el contexto jurídico, precisamente para evitar el conflicto y poder guiar la conducta de los ciudadanos, la teoría jurídica, en sentido amplio, pretende completar la labor del legislador, de manera de evitar sucesivos conflictos, para lo cual trabaja ajustando la reconstrucción de las normas, no sólo para la claridad de la comprensión de las mismas, sino también para producir una mejor aplicación, como una circularidad reflexiva. De manera que la teoría se proyecta sobre los fundamentos axiológicos de las normas, reconstruyendo el contenido normativo de la misma, sobre la base de términos generales, e incorpora a la propia aplicación singular en dicha labor, a la vez que examina la corrección de la misma.

Esta situación metodológica es la que va a entregar dos rasgos de la *ad hocidad* muy importantes: la noción de anomalía, y que la solución no esté predeterminada, de manera que haya que recurrir a soluciones *ad hoc*, puesto que no se derivará la solución de la teoría directamente.

3.3. La *Ad Hocidad* en el Sistema Jurídico y las Excepciones Implícitas

Como bien ha precisado PECZENIK, los conceptos con que se trabaja en la ciencia empírica y la filosofía de la ciencia, si bien pueden traspasarse al ámbito jurídico, ellos deben adaptarse a esta realidad particular⁷⁰⁷. La razón radica en que en este último ámbito se actúa reconstruyendo normas jurídicas, esto es, un lenguaje objeto, y en la ciencia empírica su objeto son los hechos u objetos del mundo empírico. Y, por eso mismo, la propia idea de aplicación de la ciencia y el Derecho tienen un sentido y alcance muy diverso. Es por ello que hemos de buscar las posibles analogías entre la ciencia y el discurso jurídico de manera de ver si las excepciones implícitas y la derrota de las normas se ajusta conceptualmente y en la estructura de razonamiento a las hipótesis *ad hoc* así como a su funcionamiento.

⁷⁰⁶ J. DANCY, *Moral Particularism*, *ibíd.*

⁷⁰⁷ A. PECZENIK, *On Law And Reason*, p. 115.

3.3.1. La hipótesis de excepción en el esquema de aplicación. Para refrescar un poco la memoria antes de entrar a revisar el esquema de aplicación, debe recordarse que las opciones de hipótesis de excepciones están en relación con las cuatro variantes, que vimos al final del capítulo I, de operaciones de sopesamiento del conflicto de hipótesis de razones subyacentes a la norma y al sistema en general, del tipo V_1 vs V_3 , aunque instanciados en el caso singular: (i) una ponderación o balance intuitivo o *ad hoc*; (ii) ponderación reglada; (iii) reducción al absurdo material; (iv) operación especificacionista. Las tres iniciales las hipótesis de principios y valores subyacentes son sometidos a deliberación *directamente para el caso singular*, con cierto instrumental, racional o moral como el sentido común moral o el sano sentimiento de justicia legal; en la última, se intermedia a través una hipótesis de excepción específica, creada *para que* resuelva este caso y otros.

La tesis que se examina consiste en que la excepción implícita que concreta la derrota de aplicación es una especie de hipótesis *ad hoc* precisamente del nivel de aplicación, y es allí donde examinaremos la virtualidad del concepto de hipótesis *ad hoc*. Por ello es que hemos de tener presente el esquema de aplicación que hemos reseñado, pero ahora incorporando las hipótesis que pueden funcionar como excepción implícita del Derecho, que al incorporarse a la perspectiva hipotética deben explicitarse e insertarse en el esquema. Es así que tenemos lo siguiente:

- a) *premisa de Derecho*: la teoría o hipótesis que fija las condiciones de aplicación de la *TN*, (y, eventualmente, la hipótesis de excepción de principio, que puede ser, a su vez, una hipótesis de principio jurídico o una hipótesis específica de excepción);
- b) *premisa fáctica*: las circunstancias del caso singular;
- c) *premisa calificativa*: la hipótesis que categoriza jurídicamente los hechos del caso singular en que se proyecta el supuesto o antecedente de la hipótesis normativa ('*HA*');
- d) *conclusión*: la hipótesis de consecuencias singulares adjudicadas a ciertos individuos ('*HC*').

Eventualmente se introduce:

- en a) una base *para* la excepción: esto es, la competencia de una hipótesis de principio ('*HP*'); o la consideración abstracta *de* la excepción: la hipótesis de excepción como principio o la cláusula de excepción '*HE*' (que es una especificación de casos respecto de un principio de referencia); o
- entre c) y d) como una línea de excepción "*c*'", una hipótesis en el esquema, que interfiera *ad hoc* sobre la hipótesis de consecuencia singularizada de aplicación de manera de excluirla (total o parcialmente).

Algo muy importante que nos muestra el esquema es que la interferencia de la hipótesis *adicionada c*') siempre hará más complejo el esquema argumentativo, con una secuencia de hipótesis: a), c), c') para el *desplazamiento* de d). La excepción implicará su propia calificación excepcional c') '*HAE*', que ha de suponer la singularización del antecedente de la excepción; este antecedente se superpone parcialmente con el de *TN* o su instanciación, pero contiene un rasgo más que lo conecta con *HP* (por ejemplo, Juan debe a Pedro, pero el acreedor actuó de mala fe en el caso, o José injurió a Tomás, pero con información relevante y de interés público) y d') '*HCE*', la hipótesis de la consecuencia que

interfiere y reemplaza a *HC* en *d*). *HAE* es una hipótesis enunciada mediante un lenguaje de singulares, y *HCE* con un lenguaje similar hace lo propio con la consecuencia: o bien prohíbe, o habilita una conducta en singular respecto de la cual *TN* hace lo contrario (por ejemplo, Juan no debe pagar a Pedro; o se habilita a José difundir una información injuriosa al honor de Tomás, sin sanción para aquél).

El esquema entonces quedaría formado así:

a) premisa de Derecho: la teoría o hipótesis que fija condiciones de aplicación de *TN*, (y eventualmente, la hipótesis de excepción de principio, que puede ser, a su vez, una ‘*HP*’ o ‘*HE*’);

b) premisa fáctica: las circunstancias del caso singular;

c) premisa calificativa: *HA*;

c’) premisa calificativa de excepción: *HAE*;

d’) conclusión: *HCE*.

Sin embargo, el esquema de todas formas implica una ambigüedad. Cuando hablamos de la conjunción de *TN* con *HP* en la premisa normativa o de Derecho, podemos estar reflejando el conflicto jurídico de *TN* con *HP*, el choque, pero que no está resuelto: requiere ser examinado y resuelto, lo que se puede ver reflejado en diversos niveles, según lo disponga el aplicador. Es decir, no hay una fórmula fija del lugar de introducir la excepción en el esquema. De esta manera:

(i) Si *TN* y *HP* se presentan sin excepción sólo reflejan el conflicto, y nada más; por ejemplo, en general se castiga a quien injurie a otro, y se garantiza la libertad de expresión.

(ii) Si *TN* y *HP* se presentan conjuntamente, pero en forma que *HP* se enuncia explícita en la o como excepción. Se castiga a quien injurie a otro, a menos que prime la libertad de expresión. Ello implica dos cosas una referida al significado detrás de la explicitación de la excepción y otra respecto al alcance de la excepción. Primero, implica que se ha examinado y resuelto el conflicto en favor de *HP*. El problema es que la operación de solución no se ve reflejada en el esquema de razonamiento, sino sólo el resultado expresado en una cláusula o fragmento que indique la preferencia en aplicación de, o bien *HP* con un “a menos que”, “excepto que” general de manera tradicional, o “sin embargo”, “no obstante”, “no admite el amparo de” (o de *HAE+HCE* con la expresión contenida en *HAE*⁷⁰⁸, como veremos a continuación). Segundo, que no obstante su expresión de generalidad sólo son condiciones de excepción para el caso singular en principio; pero lo que no implica es que *HP* rijan para todo caso derrotando a *TN*, como una jerarquía, sino que

⁷⁰⁸ S. TOULMIN, reconoce la posibilidad de la excepción o salvedad sea puesta como un enunciado singular o particular, en sus clásicos ejemplos de Harry nació en Bermuda, por tanto, presuntamente, Harry sea británico, a menos que sus padres sea extranjeros o haya sido naturalizado americano (*Los Usos de la Argumentación*, p. 138 y 142). Sea como fuere, algo en el contenido de la inferencia debe reflejar la fuerza de la preferencia en el esquema, para respaldar la conclusión.

está contextualmente limitada por el caso más allá de su textualidad, en razón de la operación de balance que implica de trasfondo en tanto evaluación para el caso⁷⁰⁹.

(iii) Bajo el modelo de la conjunción *TN* y *HE*, suponemos que el conflicto está resuelto, porque las *HEs* representan la hipótesis de una subclase especificada de casos; de todas maneras *HE* debe contener la referencia de la preferencia o excepción (si no la contiene podría estar dándose alguna otra figura de resolución de conflicto, como la derogación). Por ejemplo, se castiga a quien injurie a otro, a menos que la difusión se dé en condiciones de interés público y ésta sea verdadera.

(iv) Si se introduce en *HAE+HCE*, donde se supone que obra la interferencia de la excepción sobre el antecedente y consecuencias de *TN*, se enuncia, entonces, que *HAE hace excepción*. Por ejemplo, c) Mauricio expresó-injurio el honor de Matías diciendo *R*; c') sin embargo, Mauricio expresó una información veraz y de interés público al decir *R* respecto de Matías; d') Mauricio no será castigado.

3.3.2. La aplicación como base de analogía. Ahora bien, como primera cuestión de discusión de analogía entre lo jurídico y la ciencia, se presenta el problema de si la ciencia empírica tiene este nivel de aplicación con las características propias del ámbito jurídico. Si entendemos por aplicación la operación de instanciación de ciertos enunciados generales a enunciados singulares, entonces, dado que la ciencia discurre principalmente en enunciados generales, cuando ellos se lo llevan a la singularización del lenguaje de observables, entonces sí hay aplicación, y comparten esta operación de singularización con el ámbito jurídico. Pero si pensamos en la especialidad del ámbito jurídico respecto a que la singularización en la faz operativa del Derecho, implica un contexto de mandato o normativo para el ajuste de los hechos a las palabras, entonces en su comparativo vemos que la ciencia sólo llega hasta el nivel de los hechos singulares, y luego continúa en el mismo nivel de los eventos singulares, operando con razonamientos causales, sin poder descender “ontológicamente”, porque no hay ontología más específica. Comparemos la legalidad con lo empírico. El punto de contraste o tope de las *teorías científicas*, y en particular, de las leyes científicas, está dado por los eventos u objetos singulares a los cuales ellas refieren, fuera de ellos no hay más nivel ontológico en ese sentido. Las leyes no son ellas mismas instrumento para el contraste, sino los hechos singulares. Mientras que en el *ambito teórico jurídico*, el nivel de los hechos singulares de contraste lo ocupan las normas positivas que han sido dictadas en algún momento histórico, por ejemplo, como la ley de filiación dictada en el año 2000 por voluntad del legislativo de la época, son ellas los hechos institucionales singulares que se pretenden describir o reconstruir por las concepciones generales de la teoría jurídica. Sin embargo, en el Derecho existe un nivel más de desarrollo y singularización: el de aplicación. En él no aplicamos la teoría a los hechos para ver si la teoría se corresponde a los hechos y su desenvolvimiento. Desde cierta perspectiva, el discurso de aplicación debe adecuarse a las normas reconstruidas, su último escalón. El punto crucial es que las normas jurídicas si bien son normas positivas, tienen una doble faz. Por un lado son hechos institucionales positivos de una sociedad, en términos singulares, en

⁷⁰⁹ Quizás podría implicar algo más particularista (“*algún*”), no sólo singularista, pero el resultado que entrega y que se concreta en el caso es para el caso y la formulación textual universalista no da cuenta de lo que ha ocurrido.

cuanto a su existencia, mientras que, por otro, en cuanto a su contenido son de una ontología de términos generales, clases o abstracciones, de cosas, de sujetos, de estados de situaciones, etc., que están conectados desde el antecedente a la consecuencia entre sí por una relación de imputación⁷¹⁰. Esto implica que la norma vincula una cierta consecuencia al supuesto. La relación de imputación, como Kelsen refirió, implica que respecto de ciertos antecedentes o supuestos (como el que mate a otro), *debe* seguirse una cierta consecuencia, sea de obligación, permisión, de constitución de un estado de cosas, una cierta consideración, etc. (por ejemplo, que alguien deberá ser castigado)⁷¹¹. Esa relación de imputación de consecuencias generales, *refiere* a una realidad singular, de manera estándar a ciertos destinatarios individuales, y es lo que permite descender un nivel más, hacia la aplicación de las normas a los eventos singulares de la realidad, que es a donde pretende regir.

Obsérvese que no opera exactamente igual que las reglas técnicas, como, por ejemplo, si alguien quiere hacer hervir el agua debe calentarla hasta los 100 C°, ya que en el fondo lo que se contiene allí es una relación causal. La libre disponibilidad es un agregado, en cuanto a su voluntad, pero no le quita que aquélla esté describiendo una relación causal y la forma de hacer operar la causalidad, pero en términos utilitaristas o de objetivo⁷¹²; y sin embargo lo dicho, si no se da, queda expuesto a refutación: si el agua no hierve al alcanzar los 100 C° la “hipótesis entimemática” que la sustenta está en riesgo. Y esto nos muestra un punto importante: si hablamos de aplicación en las reglas técnicas o la tecnología, y el resultado no se da, ello puede valer como una instancia de falsación, porque la relación de ajuste es de palabra a hecho (justamente lo que no se dio); pero si el resultado de aplicación en el Derecho no se da, eso no falsa la norma, porque la relación de ajuste es de hecho a las palabras (que es lo que está detrás de la idea kelseniana de imputación de deber), sino que da lugar a un incumplimiento ante la norma, clásicamente (perspectiva que en ningún caso ocurre en el ámbito científico). Sin embargo, como vimos anteriormente en este capítulo, esto nos da pie para mirar la aplicación a su vez desde otra perspectiva y descubrir otras cosas que están presentes en ella en una concepción más compleja del mundo (del Derecho). Justamente, el desafío es, como vimos antes, construir las hipótesis en el nivel de aplicación, y adaptar las nociones de hipótesis *ad hoc* propias de la ciencia al ámbito jurídico de aplicación, teniendo en cuenta las dificultades ya mencionadas.

– La perspectiva de teórica o hipotética nos pone de relieve una diferencia importante entre las excepciones implícitas y las explícitas, que deviene de la conexión con el lenguaje objeto y el metalenguaje. En el caso de las excepciones explícitas, esto es, las que se contienen en el propio lenguaje normativo de las normas, ellas son parte del lenguaje

⁷¹⁰ Uno de podría argüir que las leyes científicas ocupan la misma posición en las ciencias empíricas, en razón su contenido general. El problema es que las leyes no ocupan el puesto de los hechos. En el Derecho, dado que las normas positivas son hechos institucionales, una novedad en el mundo que es construida por la voluntad, ellas pasan a ocupar la posición de los hechos. Esto implica que la norma no es algo dado sino que es construida artificialmente, a través de un hecho simple o complejo que la constituye, por ejemplo, su promulgación o sanción, hecho cuya fuerza ilocucionaria es mandar prohibir o permitir algo sobre el mundo. Es por ello que la norma positiva tiene fuentes sociales. Vid. sobre las fuentes sociales y la artificialidad J. RAZ, “El Positivismo Jurídico y las Fuentes del Derecho”, pp. 55 y ss, en otra perspectiva F. ATRIA, *La Forma del Derecho*, pp. 51 y ss.

⁷¹¹ H. Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, pp. 90 a 96.

⁷¹² La explicación se la debo a A. CALZETTA, en su ponencia en donde enfrenta a VON WRIGHT sobre el concepto de reglas técnicas (ya citada más arriba).

objeto, y son reconstruidas por nuestra teoría. Así, por ejemplo, tenemos uno o más enunciados normativos de excepción donde se establece: “dado un cierto hecho *S*, se seguirá la consecuencia *C*, a menos que se dé el supuesto *E*, debiendo seguirse no *C*”. Ellas se pueden ver reflejadas en las denominadas “proposiciones de excepción”, en tanto proposiciones compuestas⁷¹³. En tal marco, nuestra teoría de nivel de reconstrucción de las normas ha de reflejar fielmente dicha forma lingüística para tenerla por correcta. Pero en el caso de las excepciones implícitas, ellas no tienen tal correlato con el lenguaje objeto, porque no existe aquel “excepto” o “a menos que” en términos *formales*. No sólo ello, sino que las operaciones de nivel reconstructivo de las normas se ha agotado⁷¹⁴, sin que lo reflejen. El problema se ha proyectado al nivel hipotético de la aplicación posible tanto de la reconstrucción aplicativa de la norma *TN* y del principio *HP* y requiere una toma de postura de metalenguaje, que suponga una conjetura o respuesta especial, *ad hoc* al caso, teorizando o conjeturando sobre cómo resolver de la mejor manera, en Derecho, la anomalía singular que la teoría reconstructiva no puede solucionar.

Es menester considerar que en el ámbito científico la hipótesis *ad hoc* no es simplemente una hipótesis individual, sino que puede ser compleja. Justamente, en el esquema argumentativo de la aplicación jurídica, la hipótesis *ad hoc* como respuesta especial, se puede encontrar en: *a*) la fijación de las condiciones generales de aplicación; en *c*) *HAE* junto a la hipótesis de calificación *HA*; y/o *d*) en la hipótesis de consecuencia *HCE* que desplaza a *HC* de *TN*. Esta comprensión esquemática posibilidades nos da una idea sobre la composición estructural de la denominada hipótesis *ad hoc* de aplicación en el Derecho.

3.3.3. Una apelación al sentido ordinario de *ad hoc*, para un sentido general aplicable al Derecho. Así como vimos en materia de ciencias respecto de la cual la concepción coloquial de *ad hoc* jugaba un papel crucial en la guía de la construcción técnica de la *ad hocidad*, análogamente se debe hacer en el ámbito jurídico. La raíz latina de *ad hoc*, “*para esto*”, marca un punto crucial de entendimiento de la noción, tanto en inglés como en español.

Es así que recogiendo su uso ordinario el *Merriam-Webster Dictionary*, en su segunda acepción, lo entiende como algo “*formado o utilizado para problemas o necesidades específicas o inmediatas*”, en el sentido de “soluciones *ad hoc*”⁷¹⁵, mientras que el diccionario de la RAE lo relaciona en dos giros, como “*para referirse a lo que se dice o hace solo para un fin determinado*” y en su segunda acepción lo recoge en su uso como: “*Adecuado, apropiado, dispuesto especialmente para un fin*”⁷¹⁶. Entonces, un argumento o hipótesis *ad hoc* sería aquél formulado para adecuarse especialmente al fin específico, que sería abordar cierto problema o anomalía⁷¹⁷ (de fin especial de que nos hablaba Lorentz en la comunidad científica). Se constituye así una relación especial entre: el *objetivo* o *fin* al

⁷¹³ Vid. I. COPI y C. COHEN, *Introducción a la Lógica*, pp. 316 a 318.

⁷¹⁴ Como dice J.C. BAYÓN las hemos agotado las convenciones interpretativas (“Derrotabilidad, Indeterminación del Derecho y Positivismo Jurídico”, p. 104).

⁷¹⁵ <https://www.merriam-webster.com/dictionary/ad%20hoc>

⁷¹⁶ <https://dle.rae.es/?w=ad+hoc>

⁷¹⁷ Más o menos así también E.C. BARNES, “Prediction versus Accommodation”, *ibid.*

cual se dirige y un *algo* (un instrumento) adecuado o dispuesto —bajo una racionalidad instrumental dirigida por la necesidad de un fin (cerrado o determinado).

Si esto es correcto, un concepto general de algo *ad hoc* implica tres elementos básicos: a) la anomalía,

b) la respuesta especial,

c) una teoría principal, frente a la que se posiciona.

Siguiendo en la línea general, en el ámbito de las hipótesis *ad hoc*, aquello se traduce en que la respuesta especial es la hipótesis —empírica o jurídica—, y la anomalía es el problema empírico o jurídico.

En el ámbito científico, la hipótesis se proyecta al nivel del problema empírico de los hechos singulares, como las anomalías de las órbitas de Urano o Mercurio. En el ámbito jurídico-cognoscitivo, la hipótesis se proyecta en dos niveles de conformidad con la tarea de los destinatarios, referidos a los elementos singulares, representativos de la legalidad en sentido amplio: a) hacia las normas individuales, y su contenido; y

b) hacia el por qué y cómo ciertas adjudicaciones son de acuerdo a Derecho (en tanto sistema global).

Pero, a su turno, la *ad hocidad* trae ciertas *características*: la básica, la *dirección de la respuesta* está referida al objetivo o propósito; y otra contingente pero muy reiterada en los autores: la *particularidad* frente a lo universal, que refiere a la especialidad de la respuesta en un sentido objetivo.

El concepto tiene una cierta carga *subjetiva*, relativa a un *propósito*. No se trata de cualquier propósito, sino que es uno típico: el dispositivo está dirigido a una cierta anomalía. Aquella es su único objetivo estratégico. De esta manera, no se considera en el concepto otro propósito, como obtener becas, logros, reconocimiento. En este sentido, el objetivo estratégico de la respuesta a la anomalía es lo que constituye parte de su centro nuclear. En general, en las nociones de hipótesis *ad hoc* dan por *presupuesto* aquello, pero descargan su concreción en una condición de particularismo (que veremos a continuación). La única salvedad se remite a la teoría subjetiva, pero la cual reconduce la idea de especialidad de respuesta a algo negativo en tanto que no va al meollo del asunto teórico. En las excepciones implícitas también se presupone la respuesta dirigida al problema, por la cual la teoría normativa no tiene una respuesta específica (frente al conflicto) y requiere de una.

Sin embargo, es menester señalar que el objetivo dirigido a la anomalía, puede concretarse en una *operación de instalación* de la hipótesis, que se dirige específicamente al caso singular o especies de casos problemáticos (particulares). Se trata de un procedimiento más o menos objetivo que busca generar una respuesta especial para el problema a tratar. Parafraseando a HOLTON, el procedimiento está dirigido a *cocinar* una *solución para* el objetivo; “*cooked up*”⁷¹⁸. En esos casos, podemos decir que la operación es *ad hoc* al problema. En el caso de las hipótesis *ad hoc* se trata de la operación de intervenir con una hipótesis adicional sobre el problema, interfiriendo sobre la conclusión de la teoría de manera que no se produzca en el caso, y así justifique la no ocurrencia, y en el caso de las

⁷¹⁸ G. HOLTON, *Thematic Origins of Scientific Thought*, p. 328.

excepciones implícitas se opera interviniendo sobre la reconstrucción de la norma en su proyección de aplicación para interferir sobre la consecuencia de la teoría principal *TN*, con el dispositivo de la hipótesis de la excepción, y la operación justifique porqué no se sigue la conclusión de *TN*.

Además, la noción de *ad hoc*, como *respuesta especial*, se concreta en el carácter *particularista* de la respuesta (para la mayoría de los autores, *pace* HOLTON⁷¹⁹). De acuerdo a lo que hemos venido examinando en los capítulos anteriores, tanto las hipótesis *ad hoc* como las excepciones implícitas parecen configurarse de alguna manera como respuestas *particularistas*, sea en el ámbito del científico o jurídico, que se dan respecto de una anomalía específica, frente a una alternativa de una concepción *universalista* respecto de las teorías o las normas o reglas jurídicas generales. Esto implica, por una parte, que el *ad hoc* en la ciencia, en su origen, implica un amago al compromiso con el empirismo universalista, provocado por el particularismo que importa la *ad hocidad*, precisamente por que la estrategia convencionalista implicaba poder eludir y así saltarse el compromiso con la realidad por parte de las ciencias empíricas, mediante hipótesis adaptativas caso por caso problemático, y en el ámbito de la pseudociencia evadir el compromiso empirista importa, a su vez, una acción respecto del compromiso con la búsqueda de la verdad. Por su parte, las excepciones implícitas en el ámbito jurídico, en su origen implican un amago al compromiso con la legalidad, en su versión de normatividad de reglas, originado por el particularismo adaptativo que importa introducir excepciones implícitas adecuadas caso por caso problemático.

Esto nos lleva a preguntarnos por las diversas variedades de concebir el particularismo que pudiese dar comprensión de las opciones de hipótesis *ad hoc* y de las excepciones implícitas.

(1) El particularismo puede entenderse en un sentido de las relaciones *lógico y semántico* de varias maneras:

(1.1) puede ser en lo relativo a las relaciones de referencia respecto de los hechos empíricos o normas positivas, o eventualmente a los casos de aplicación, como la contrastabilidad no independiente;

(1.2) puede tratarse de que las relaciones lógico/semánticas no logran ser corroboradas más que en los casos problemáticos; como en el caso de la noción de falta de apoyo independiente o la condición de justificación de no fundacionalidad que importa aplicación sólo sobre la anomalía.

(1.3) de las relaciones semántico-teóricas que se planteen entre uno o más enunciados de hipótesis *ad hoc* y teorías más generales, expresado en la falta de apoyo teórico, como señala la condición de justificación y la condición de la falta de fundacionalidad de la noción del mismo nombre.

⁷¹⁹ HOLTON centraba el punto más bien la dirección: “operacionalmente no importa si una hipótesis *ad hoc* parece tener algún apoyo en la teoría (...) Tampoco importa mucho que la hipótesis de la contracción no fuera completamente autónoma (...) Estas otras aplicaciones de la hipótesis *ad hoc* no tienen un interés real en ningún caso; no se arguyeron como tests que decidieran sobre su aceptabilidad, *Thematic Origins of Scientific Thought Origins of Scientific Thought*, p. 326.

En el caso de las hipótesis *ad hoc* tanto la falta de contrastabilidad independiente, esto es, que no refiere más que a la anomalía jurídica, la falta de fundacionalidad en su condición de justificación que no obtiene más referencia y apoyo que la anomalía jurídica, o la coherencia, suponen ciertos enunciados que tienen una referencia específica o particular, al cual pretenden responder y no pretenden tener otra referencia. Pero, a su vez, la conexión semántica de ellas no las relaciona con otras teorías que le den otra referencia (no tienen otro apoyo teórico). En el caso de las excepciones implícitas parece establecerse sólo parcialmente una relación semántica entre la hipótesis que resuelve el problema y *HP*, lo que tendremos que ver con detalle.

(2) La *forma semántica* de los enunciados en tanto expresión de particulares (o singulares), ello frente a la expresión de las leyes científicas o las normas en el Derecho. En tal sentido, las hipótesis *ad hoc* y las excepciones implícitas implicarían una expresión a lo menos de forma particular a la anomalía: su forma estaría en relación con la anomalía.

(3) En fin, puede tratarse de un sentido de la *permanencia de la relevancia*. Se trata de que ciertas razones no se mantengan en el tiempo invariablemente relevantes para dar cuenta o solución de ciertos casos problemáticos. En las hipótesis *ad hoc*, la expectativa racional fijada por la propia teoría, fija, a su vez, su propio dominio, por lo que en ese dominio que incluye en principio al propio caso anómalo, la teoría constituye la razón relevante *prima facie* o *pro tanto* (si nada se ve alterado) respecto de aquel caso. Sin embargo, la *ad hocidad* constituye un escenario particularista en tanto que la teoría principal no es la razón final, luego de la deliberación ante la situación problemática, que dé cuenta del caso de su dominio, sino que precisamente otra hipótesis que aparece en escena. Pero, a su vez, la hipótesis *ad hoc* misma es particularista, pues ella misma puede implicar que en algún otro momento no rija para el ámbito de casos específicos, sino incluso otra respuesta o hipótesis adicional o la propia *T* (similar a la objeción de “no restricciones” a la pseudociencia). En el escenario de las excepciones implícitas precisamente *TN* no es una respuesta invariable para su dominio de casos, en todos y cada uno de los casos que lo componen. Su relevancia aparece como cediendo lugar en favor de otra respuesta especial para el caso singular. *HP* es la respuesta especial que se impone en el caso singular, pero de la cual nada asegura que pueda permanecer relevante para un grupo generalizable aunque específico de casos (como en las pseudociencias).

Hasta aquí todo parece funcionar bastante bien, ya que el aspecto de propósito o de operación es plenamente coincidente entre las hipótesis *ad hoc* y las excepciones implícitas. Sin embargo, las nociones de hipótesis *ad hoc* —al menos tres de ellas— se han construido fundamentalmente sobre el aspecto semántico o lógico-semántico del particularismo, mientras que las excepciones implícitas para algunos reviste un aspecto estrictamente semántico y para otros sobre el aspecto de relevancia del mismo⁷²⁰. Es decir, tienen una aproximación de género pero en lo específico no manifiestan una coincidencia relevante.

La estrategia que tomaré es la de “seguir el lecho”. Es parecido a recorrer el lecho de un río para hipotetizar su forma, de manera que las particularidades de forma de éste pueda

⁷²⁰ Para la semántica y la relevancia universal y particularista, vid. M.C. REDONDO, “Dos Modelos de Norma y Razonamiento Práctico”, pp. 73 y ss.

ir guiando e interactuando con la reconstrucción hipotética del mismo. En este caso iré viendo cómo se va adaptando el lecho de las excepciones implícitas a la *ad hocidad*. Finalmente, revisaré las opciones desde el punto de vista de las nociones revisadas de hipótesis *ad hoc*.

– El **escenario** de la *ad hocidad*. El escenario en que se despliega la *ad hocidad* parece reflejar bien lo que ocurre en la situación de las excepciones implícitas. Dicho escenario está caracterizado por una teoría *T*, que no puede resolver una anomalía *A*. Para hacer frente a dicho problema se ayuda o adiciona a *T* con una hipótesis especial *H*. Aquí podemos ver un elemento definitorio de la *ad hocidad* y su escenario. Es así que en el escenario de la *ad hocidad*, tanto la teoría científica como jurídica *T* se encuentran en la posición de ser la actora *principal* en relación con su dominio de casos singulares, que incluye al propio caso problemático. Se reconoce de tal manera, por ejemplo, con la teoría de la órbita de los planetas (en el caso de Le Verrier). La propia teoría es la que fija su campo de expectativas razonable, respecto a lo que ha de aplicarse y *H* aparece con un papel menor —en lo correctivo de la deficiencia de *T*—.

En este sentido, las razones metodológicas que respaldan a *T*, hacen que la teoría principal sea una razón para resolver el caso en el sentido indicado por *T* (constituye así una razón *pro tanto*⁷²¹), siempre y cuando no hayan “factores extraños”⁷²² en el caso. Luego, *T* o *TN* debe ser aplicable al caso singular, y no otra hipótesis de principio *HP*. Esto viene a corresponder también con la primacía de las normas o reglas en el sistema normativo como forma de resolver los problemas, según lo que vimos en el capítulo 1.

Ahora bien, la limitación epistémica que afecta tanto a las ciencias como al ámbito jurídico, puede hacer surgir ese factor extraño y problemático y, correspondientemente, surgir la relevancia de *HP*. En ese sentido, en el escenario de la *ad hocidad*, *H* viene a introducirse sobre la principalidad de *TN*, en ese orden de dirección: en el orden del flujo *TN*, del antecedente a su consecuencia, donde *HP* se puede engarzar a *TN* (para interferir en ella y producir una limitación de su dominio, en las excepciones *ad hoc*). Entonces, en esta línea de direccionalidad *HP* viene *ad hoc* desde *fuera* de la configuración de *TN*, para dar cuenta o asumir la anomalía *A*. Esta hipótesis externa en la línea de flujo de *TN* viene a mostrar que la derrotabilidad es externa a *TN*. Y, a su vez, nos muestra que el engarce de *HP* en dirección a *TN* viene a interferir el efecto del antecedente ‘*p*’ que *TN* reconstruye respecto de su conexión con la consecuencia ‘*q*’ (que veremos más adelante).

– En cuanto al **presupuesto epistemológico**, las hipótesis *ad hoc* comparten con la teoría jurídica la limitación de acceso epistémico al universo completo de situaciones. En ese sentido, a pesar del trabajo de la teoría jurídica objetiva, en sentido amplio, en vista de evitar los conflictos y obtener una mejor resolución de los mismos, en relación con el contexto situacional, de todas formas la teoría tiene un limitado acceso epistémico a todas las combinaciones de circunstancias que pueden darse en aplicación y respecto de cómo se interrelacionan dichas circunstancias con los valores subyacentes a las normas reconstruidas y con los principios del sistema jurídico. Incluso más, los propios principios en su desarrollo

⁷²¹ M.C. REDONDO, “Dos Modelos de Norma y Razonamiento Práctico” p.62

⁷²² Vid. J.A. Díez y C. MOULINES, *Fundamentos de Filosofía de la Ciencia*, p. 158.

por la teoría, logran ser desenvueltos para todo su potencial dominio de casos, y pulidos por ensayo y error, en un balance que practique la teoría jurídica, tanto de la doctrina como la de los jueces.

Entonces, en esta línea de trabajo ¿qué quiere decir que las normas sean *prima facie* aplicables? Creo que ello también implica una respuesta compleja, ligada al falibilismo en términos de explicación comprensiva. Si la normativa es expresada a través de la *reconstrucción teórica compleja*, entonces que la normativa sea *prima facie* aplicable, alude al conjunto de la construcción teórica que está en juego en la adscripción de sentido, sea que ella esté explícita o implícita en el lenguaje objeto. En tanto lo que está en juego es la reconstrucción en su conjunto, que sea *prima facie* o en principio aplicable, refiere a que del conjunto teórico reconstructivo del Derecho aplicable al caso singular, algo *puede* fallar para la solución del este último.

Como señala C. LORENZANO, respecto del análisis factorial, las hipótesis factoriales “proponen que las variables estudiadas sean las únicas que inciden en el resultado de la experiencia”⁷²³. Para nuestro tema, designa a las variables que selecciona el aplicador, de su arsenal teórico reconstructivo; éstas son las que originan un problema de base. A lo menos intuitivamente, se capta que la teoría reconstructiva de la norma algún problema puede presentar en relación con el caso, como, por ejemplo, adjudicarle la herencia a quien mató a su abuelo y causante; acusar de incumplimiento de normas de toque de queda a una mujer que ha sido violada y se dirige al cuartel policial a realizar la denuncia fuera de horario permitido, etc.

Esto entronca, además, en el ámbito jurídico y de ciencia con la cláusula *ceteris paribus*. Dicha cláusula es entendida usualmente como “salvo factores extraños” o “si nada interfiere”, que permite la introducción de hipótesis *ad hoc* y la aceptación de excepciones en la ciencia⁷²⁴. De esta manera, cuando examinamos la teoría principal, si mantenemos la posición teórica y existe algún factor interventor en el caso, pero no hemos incluido ese otro factor en la consideración del caso, un problema grave nos acarreará. Ahora bien, en la teoría de la ciencia esa cláusula puede ser expresa o implícita en las leyes científicas⁷²⁵. En el ámbito del Derecho, la cláusula *ceteris paribus* se encuentra regularmente implícita⁷²⁶, y ella *aparece* en el metalenguaje cuando el trabajo teórico normativo no ha provisto una respuesta *adecuada* al problema, al reconstruir las condiciones normativas de aplicación sin consideración de algún rasgo o factor del caso singular que sea jurídicamente relevante, según la vinculación que este rasgo o factor tenga con toda la teoría jurídica de un sistema, en particular, las hipótesis sobre principios jurídicos. En el escenario de la *ad hocidad*, la cláusula *ceteris paribus* es un aviso que deja abierta la puerta para la entrada en la *TN* de aquellos factores o rasgos extraños y no considerados, de manera que la conexión factor-principio no se encuentra presente explícitamente en la reconstrucción normativa y se halla inmersa en la cláusula *ceteris paribus*. Si es que hay un principio o valor subyacente en el sistema jurídico que choca con la norma reconstruida, aquél no se encuentra desarrollado en

⁷²³ C. LORENZANO, “Hipotético-Deductivismo”, pp. 47.

⁷²⁴ Así, J.A. Díez y C.U. MOULINES, *Fundamentos de Filosofía de la Ciencia*, pp. 84 y 158.

⁷²⁵ Así, J.A. Díez y C.U. MOULINES, *Fundamentos de Filosofía de la Ciencia*, p. 158.

⁷²⁶ Así, H.L.A. HART, *El Concepto de Derecho*, pp. 173 y 174.

tal forma que la teoría jurídica lo haya reconstruido y provisto de un balance razonable entre éste y las razones subyacentes de la norma reconstruida en juego. Esta falta de desarrollo hace que, en principio, captemos intuitivamente algo erróneo tras bambalinas. Luego, la falta de adecuación se revela en la interconexión de los hechos con algún otro valor o principio que chocan con nuestra solución conjetural.

– En cuanto al **carácter sucedáneo** de lo *ad hoc* frente al **preferente de T**. En filosofía del Derecho no es el ideal o el óptimo de solucionar nuestras anomalías jurídicas puntuales a punta de soluciones particulares especialmente creadas, versus realizarla mediante soluciones generales. El que no podamos dar cuenta más que de manera *ad hoc* de ciertas situaciones particulares o específicas en el razonamiento jurídico, incluso en la consideración de la propia teoría jurídica, no implica que no deban tener solución. Similarmente, las propias nociones de hipótesis *ad hoc*, ponen un manto de cuestión a lo óptimo de resolver mediante hipótesis especialmente dirigidas a solucionar particularmente un problema o anomalía. Hay en esta perspectiva un compartir entre lo *ad hoc* y las excepciones implícitas un sentido de menosprecio por este tipo de soluciones derivado de poner el acento en la necesidad de que mediante soluciones generales y formalmente establecidas se encare la solución de los problemas que deban enfrentarse.

Dichas soluciones generales y formales vienen representadas en el ámbito jurídico por las teorías sobre las normas, y no las soluciones particulares creadas para el caso; y en el ámbito de la ciencia, por las teorías generales, y no las soluciones particulares creadas para la anomalía.

– **La anomalía del caso singular.** En la perspectiva teórica que hemos adoptado, las anomalías son, en general, básicamente problemas. En su conceptualización son problemas de las teorías en relación con el mundo que describen o proyectan. Un problema es, en nuestro contexto, algo conceptualmente compuesto, ya que, por una parte, es un asunto que presenta dificultad u óbice para algo, y, por otro, presupone conceptualmente una finalidad, un objetivo metodológico, que impone una necesidad respecto de aquel asunto, cual es dar cierta respuesta apropiada al asunto; es esta exigencia lo que aproblemata. Sobre esa base podemos decir que la anomalía, en el escenario de *ad hocidad*, por un lado, implica la teoría principal *T*, puesto que se define en consideración a *T*, es el parámetro o criterio de su calificación de ser anomalía por virtud de su referencia. Su otro parámetro es la realidad descrita o proyectada, que no encaja de alguna manera con *T*. Entonces, en general, todas las hipótesis o argumentos *ad hoc* deben enfrentar un problema o anomalía respecto del cual las teorías principales no pueden dar debida cuenta o asumir. Pero en el caso del discurso jurídico, la anomalía puede cobrar diversas formas según se dé en el contexto de reconstrucción normativa o en el de aplicación. En cualquier caso, *TN* provee una respuesta deficitaria a cierto objeto.

• Por una parte, en el nivel de la reconstrucción normativa, la anomalía implica el no dar cuenta de ciertas normas jurídico-positivas que no tienen el contenido que se espera por *TN*, porque debiesen de tenerlo o porque no deberían tenerlo de acuerdo a la propia expectativa o referencia que crea *TN* a este nivel. De esta manera, la *TN* sobreexplica o infraexplica comprensivamente las normas de un cierto ámbito del sistema. *TN* supone un contenido *B* de las normas, pero las normas ofrecen un contenido *C*. Luego, comenzamos a

inventar hipótesis *H* de reconstrucción normativa que expliquen dicho problema y darle algún sentido.

• Por otra, se dan aplicaciones a los casos singulares que no son las esperadas por la propia teoría, en tanto desarrollo no deseado, que vuelven no aceptable la extensión de *TN* a ciertos casos de aplicación, sea respecto de uno sólo o un subgrupo específico. A veces, ocurre que el problema es por falta de cobertura, a los casos que debería cubrir, según la expectativa de cobertura de acuerdo a las bases o fundamentos de la teoría (como los valores subyacentes, pero explicitados, que generan una laguna axiológica), por el rendimiento esperado de *TN* según objetivos de protección específicos diseñados⁷²⁷; a veces, por generar un rendimiento deficiente de la aplicación, contrario también a los objetivos políticos fijados, (por ejemplo, podría esperarse que *TN* genere menos conflictividad en los casos, y en realidad los aumente). En otras ocasiones, puede suceder que se dé un “exceso” de cobertura o alcance que implica un traslape en el caso singular con otras normas o principios incompatibles (esto es, que tienen soluciones contradictorias en el caso). El problema es que *TN* en aplicación en el fondo *choca* con esos principios o normas. *TN* tiene una pretensión que sobrejustifica ciertos casos singulares en su cobertura. A este último tipo de anomalías se le pone la hipótesis *H* de aplicación para subsanar el problema teórico de *TN*, y las excepciones implícitas son una especialidad dentro del contexto de aplicación. De esas anomalías sólo el del choque con principios es la que constituye la base técnica de las excepciones implícitas para las hipótesis *ad hoc*. En otras palabras, las hipótesis *ad hoc* en el ámbito jurídico pueden cubrir más situaciones que la mera típica anomalía de las excepciones implícitas⁷²⁸.

Como señalan los estructuralistas en ciencia al tratar los conceptos, las anomalías o excepciones pueden darse en la construcción de una partición de conceptos o hacer una clasificación. Las condiciones necesarias para ello pueden encontrar excepciones, esto es, no ser una relación de equivalencia, sino que serlo de manera *aproximada*. Ello puede implicar que el dominio no ha sido cubierto por ninguna clase o que el mismo objeto pertenezca a diversas clases⁷²⁹. Esa parece ser la situación de las anomalías en el ámbito jurídico en el traslape, que implican en el ámbito de aplicación: una tensión de *TN* y *HP* por el caso de aplicación, la mantención provisoria de los deslindes y que se apunte a solucionar más bien el caso de manera especial.

En cuanto a su extensión, como nos muestra la teoría de las hipótesis *ad hoc*, la respuesta especial no refiere necesariamente a un caso singular, sino que lo puede hacer para *algunos* casos *específicos* de un universo teórico, como el constante movimiento irregular año a año de la órbita de Mercurio, y por supuesto que también permite referirlo a los hechos singularmente considerados, como lo inhabilidad del experimentador en el caso. Si ello es correcto permite calificar el movimiento de la excepción implícita como dentro de lo

⁷²⁷ Sobre los criterios de rendimiento axiológico vid. H. ALBERT, *La Ciencia del Derecho como Ciencia Real*, pp. 93 y ss.

⁷²⁸ Aunque no es claro que pudiese cubrir todas las anomalías indicadas de aplicación, ya que algunas se pudiese utilizar una especie de reajuste *ad hoc*.

⁷²⁹ Cfr. J.A. Díez y C.U. MOULINES, *Fundamentos de Filosofía de la Ciencia*, p. 110.

ad hoc, no sólo a las respuestas para casos singulares sino también los particulares o específicos.

La anomalía, que en términos coloquiales se usa como algo que escapa de la normalidad, sin embargo, no debe ser entendido como relativo a una rareza o fuera de lo usual, como el ave que no vuela por estar lesionada o los pingüinos⁷³⁰. La noción general de hipótesis *ad hoc* nos ayuda a comprender que ellas no sólo cubren algo que necesariamente esté fuera de la normalidad, de la experiencia cotidiana, las hipótesis *ad hoc* cubren regularidades que son esperables en general. Es así que en la pseudociencia las hipótesis *ad hoc* se usan para dar cuenta de cosas esperables y usuales, como que alguien no pueda usar sus poderes mentales para doblar una cuchara, cuando se encuentra sujeto a control crítico. En tales casos, lo que ocurre es que la hipótesis se usa para cubrir lo que está fuera de la expectativa generada por la teoría pseudocientífica. Incluso si tratamos con las irregularidades de las órbitas de Mercurio y Urano, a la larga no se trataba de algo fuera de lo usual, ya que siempre se comportaron con cierta irregularidad, esto es, no de acuerdo con la teoría. Más bien, sólo se trata de una experiencia recalcitrante en vista de la teoría y la expectativa que ella genera respecto de su dominio de casos. Esto apoya la idea de que la anomalía refiere a una cuestión relativa específicamente a la regularidad esperada de acuerdo a la teoría. Es la teoría la que construye el patrón o canon que establece la regularidad o no, de manera que es la adecuación a ella la que falla; y ese fallo puede darse de diversas maneras.

Consecuentemente, en el ámbito jurídico, ha de ser interpretada en el sentido de lo irregular, respecto a la reconstrucción teórica de las reglas o normas, *TN*. La *TN* no logra dar buena cuenta del caso según su construcción.

Por supuesto que en el ámbito jurídico, analizado en la perspectiva de las excepciones implícitas de nivel de aplicación, la hipótesis está tratando con un caso singular *anormal*, en el sentido de que se halla fuera de norma, fuera de lo regular, pero reconstruida teóricamente. Precisamente, lo que señalan los teóricos de la derrotabilidad, de que ciertas circunstancias del caso, la ponen fuera de la (teoría de la) norma jurídica (pero ello implicará una noción de norma más compleja además).

Aquí viene en auxilio la *configuración propia de la teoría jurídica* como una *unidad variopinta*, que incluye desde los valores teorizados, pasando por la reconstrucción de la norma, hasta la conjetura de la aplicación (como conjetura de mejor aplicación posible). Es anormal o está fuera de norma el caso (V_1 vs V_3), con respecto a la relación cuasitípica de los valores que la teoría estima que subyacen a la norma reconstruida del tipo V_1 y $\neg V_2$. El caso no es abarcado por las reconstrucciones axiológicas que marcan la teoría jurídica. Por ejemplo, no se trata de un caso en que se enfrenta la libertad de fumar con el medio ambiente libre de contaminación⁷³¹. En este sentido, la teoría jurídica hipotetiza los valores

⁷³⁰ Vid. así, en general R. KOONS, "Defeasible Reasoning", pár. 1.1, y vid. en materia de Derecho M.I. PAZOS, "La Semántica de la Derrotabilidad", pp. 544 y ss. En sentido contrario, vid. R. HERNÁNDEZ MARÍN, "Defeasible Properties", pp. 143 y ss., con su explicación de que no se trataría ni de un argumento entimemático, ni complementándolo los enunciados sería un argumento sólido.

⁷³¹ En esto la aproximación teórica exhibe una superior capacidad de brindar comprensión de lo ocurrido frente a la perspectiva normativa. Porque la perspectiva normativa siempre pone su énfasis en las normas o

jurídicos comprometidos. Y es a esa hipótesis a la cual la aplicación evalúa si las circunstancias del caso alcanzan a la norma. Pero, y además, se hipotetiza el propio principio o valor subyacentes del sistema y principios que pudiesen entrar en conflicto en aplicación. Todo gira en torno a la construcción teórica conjunta.

Se trata de una anomalía teórico axiológica concretada a nivel de aplicación, de la cual no puede dar cuenta la teoría jurídica; en analogía como señalaban los estructuralistas. Precisamente la anomalía se da porque existe un *nuevo* conflicto con nuevos elementos: los valores en aplicación en la conjunción del tipo ' V_1 ' y ' V_3 ', como hemos visto respecto del cual toda la teoría no da respuestas, sino ya se habría solucionado. En el escenario de la *ad hocidad*, el caso *c* trae ciertos factores o características '*k*', que hacen que *c* conecte no sólo con la norma reconstruida de acuerdo a sus características o factores usuales '*ku*' para la teoría de la norma *TN*, sino que traiga además otros factores extraños '*ke*', respecto de los cuales *TN*: (i) no puede dar buena cuenta, porque para *TN* son irrelevantes para este caso singular o casos específicos, y (ii) dichos factores conectan con algún principio hipotético *HP*.

El carácter de *ad hocidad* en términos del vacío viene por (i) porque *TN* no puede dar cuenta de aquel factor o rasgo *ke*. *TN* es insuficiente para solucionar el problema. De manera que *TN* se agota en los factores *ku*. Es por ello que se hace indispensable una solución, especial, no prevista por el actor principal *TN*. Por supuesto, hay múltiples factores que pueden acompañar a los miles de casos que pueden darse en la realidad aparte de los factores *ku*. Será la presencia de una solución especial conectada con *HP* la que generará el conflicto anómalo. Ésta será la característica que configurará la anomalía en el ámbito jurídico. No obstante, es necesario tener presente que esa conexión puede darse de diversas maneras, intuitiva/subjetiva o formales.

En cierto sentido, es la propia *HP*, la respuesta "correcta", la que genera el problema. Desde el punto de vista formal, el principio es el que genera el problema en el choque (y sin embargo, también es insuficiente para resolverlo. Porque la tensión entre *TN* y *HP* se vuelve una conjunción, que no puede solucionarse por ellas mismas, porque se han bloqueado). Aunque si miramos más a fondo, existe cierto carácter intuitivo en la comprensión ética/jurídica del caso, la que entrega el primer pie para cuestionar la adecuación de *TN*, precisamente porque esa comprensión intuitiva da la comprensión *prima facie* de que el

dimensión regulativa, pero no explica bien porqué se incorpora la dimensión axiológica. Primero, porque los axiológico no es normativo. Segundo, de bases axiológicas se derivan consecuencias axiológicas, no normativas. Tercero, lo valorativo pareciese que se incorporase relativamente bien en lo interpretativo, pero sigue siendo forzado en lo aplicativo, en particular, en el papel correctivo, especialmente si se sostiene que la derrota implica una pérdida de relevancia de la norma universal. Entonces, especialmente en la laguna axiológica por alcance, aparece forzado contrastar el aspecto semántico de la norma con lo valorativo, si ello no implica una reinterpretación semántica de nivel reconstructivo, y no una corrección de alcance, porque en definitiva es la norma la que sigue rigiendo. La perspectiva teórica me parece que a la luz parte de estos problemas en tanto supone una explicitación de todo aquello que sucede, y se incorpora en una unidad teórica con componentes de diversa naturaleza. De esta manera, al explicitarse todo en esta unidad, se permite un juego más armónico de lo que ocurre dentro de la teoría: se explicitan los valores los que están presentes en la construcción de la red junto con los enunciados de aplicación, en la unidad los conflictos también quedan explícitos, y a esa unidad y combinaciones de teorías se les puede aplicar, de manera llana, exigencias de racionalidad instrumental.

factor *ku* hace inadecuada la respuesta de *TN*. Se forma así la anomalía en términos *intuitivos*. Esto puede tener un correlato correspondiente en la teoría de la ciencia, respecto a la posición de que en último término la decisión sobre la evidencia de que no da cuenta la teoría principal, remite a la psicología y la comprensión de tal naturaleza de la forma en que procesamos la información externa del mundo en nuestros cerebros. De esta manera, tenemos una forma intuitiva/psicológica de entender la anomalía y otra formal.

Luego de la intuición de la anomalía es que traducimos la anomalía subjetiva en términos jurídicos, formales. La forma normativa, reconstruida teóricamente por el agente destinatario, es puesta en conflicto con la hipótesis de un principio jurídico del propio sistema (y excepcionalmente moral en los casos que el Derecho se remita a ellos), formalizado en ciertos enunciados jurídicos. Dicho paso es contingente, pero fundamental para construir la anomalía en términos *jurídicos formales*.

Es la anomalía formal lo que ven los lógicos de la derrotabilidad, cuando leen y analizan las normas como condicionales. Ellos señalan que si el antecedente **A** fuera suficiente para la conclusión **R** (lo que debería ser correcto con las normas que tienen un antecedente y un consecuente, por el factor de imputación normativa de la consecuencia al antecedente), la consecuencia **R** vendría de suyo o sería indetenible, ya que es obligatoria (**OB**). La concepción logicista de la aplicación nos dirá, entonces, que con la construcción del *modus ponens* no se podría dar cuenta de la derrotabilidad. Como dice C. ALCHOURRÓN, “si el principio del *modus ponens* (para **R**), fuera válido bastaría con la presencia de (**A R OB**) y **A** para poder inferir **OB**, y como esto es precisamente lo que sucede con las premisas del principio de inderrotabilidad de las razones, este último principio sería válido, en contra de lo indicado anteriormente”⁷³². El sobrino siempre recibirá la herencia de su tío asesinado por propia mano. En ese sentido, algo habrá que hacer para detener el *modus pones* y dar espacio a la anomalía y la derrotabilidad en aplicación. Pero esto podría implicar el mismo cargo que se le hizo al racionalismo crítico ingenuo, es decir, creer que por el sólo hecho de ocupar el condicional para el *modus tollens* o *ponens* fuese suficiente para dar cuenta de la complejidad del razonamiento científico, aunque no implicaba dejar a un lado a aquellos instrumentos, sino incorporar mayor complejidad en el análisis desde el punto de vista metodológico.

El problema que aquí se presenta en la interpretación de las normas es de un excesivo logicismo. Se interpreta que el supuesto operativo de la norma ‘**A**’ es condición suficiente para generar la conclusión ‘**R**’, sin más. Bajo esos términos la equivalencia con el condicional y el *modus ponens* aparece como obvia. De esta manera, aparece como necesaria la intervención del operador de revisión ‘*f*’, sobre el antecedente para que detenga la consecuencia ‘**R**’, quitándole el carácter de condición suficiente al antecedente del condicional. Con el condicional quedaría más o menos así ‘*fA*→**OR**’, mientras no sea eliminado *f* no se puede pasar a **OR**.

Hasta allí parece andar todo perfecto, porque limitando el carácter de suficiencia de la norma, se permite dar entrada a la derrotabilidad, en la concepción lógica de la aplicación.

⁷³² C. ALCHOURRÓN, “Para una Lógica de las Razones Prima Facie”, pp. 116 y 117.

Sin embargo, '*f*', en tanto operador de revisión, da lugar a la cláusula 'todas las cosas consideradas' (*all things considerer*), disponibles. Precisamente la revisión es para que se proceda a dicho examen considerando todas las cosas disponibles del caso singular. Entonces, es necesario pasar a revisar todas las cosas de la aplicación, esto es, si hay circunstancias especiales relevantes, para ver si la norma es derrotada o no. Si no es derrotada, entonces se retira el operador de revisión '*f*', y luego el condicional pasa a ser aplicado de acuerdo al *modus ponens* con instanciación. Porque el antecedente ha quedado libre de la barrera que lo detenía.

No obstante, algo aquí suena mal. Porque el factor de revisión *f*, que detiene el *modus ponens*, no lo detiene para lo que corresponde en lógica, esto es, para realizar otra actividad mecánica. Si hay algo que no tiene la revisión de la derrotabilidad es la mecánica de fondo, porque lo que hace la excepción y presupone es la anomalía y una *ponderación* de principios o razones subyacentes en conflicto, respecto de lo cual aún no tenemos una mecanización de la misma, sino que descansamos en un asunto deliberativo/argumentativo.

Es por ello que la idea de hipótesis *ad hoc* cobra importancia, porque remite el problema a uno de tipo *metodológico*. Lo que estamos viendo con la detención del *modus ponens* no es un problema lógico del *modus ponens*. Lo que sucede es que la lógica es una forma de interpretar las situaciones del lenguaje, entre otras cosas, y si se interpreta la norma una a una da ese resultado. Pero esa no es la imagen del Derecho con que se trabaja en la actualidad: no es la situación de prohibido hablar en la biblioteca.

Como resaltan los autores, el Derecho es un *sistema* normativo, como hemos estado señalando⁷³³. En aquél las normas jurídico-positivas se encuentran interconectadas unas con otras. Una imagen comparativa la puede entregar los diagramas de flujo. Esto tiene que ver con nociones complejas y que se puede ver representada en un diagrama de flujo, en tanto diseño o representación que describe un proceso o sistema. La complejidad se da porque conecta diversas partes, como los fragmentos de normas. Indica una dirección del sistema. La imagen que muestra un condicional para el Derecho es demasiado frugal.

El problema en el fondo pareciera no encontrarse en la lógica, sino en quien interpreta el lenguaje objeto, mediante la lógica, que no es capaz de captar la complejidad del mismo. A la fórmula lógica le faltan otros condicionales o paréntesis o conjunciones para poder siquiera igualar la complejidad de lo que ocurre en el momento de aplicación. Esto es, cuando el juez toma una conjunción de argumentos, en materia penal, o civil de la responsabilidad, en donde las variables son múltiples. Como se dijo en materia de responsabilidad civil es tan compleja, que ni siquiera la norma alcanza al juez para tomar la decisión. Tiene que incorporar una serie de doctrinas jurídicas muy complejas, simplificarlas para el caso, darle sentido a las normas de la responsabilidad civil, de acuerdo con la teoría que adopte, y juzgarla de acuerdo con ello.

En el mismo sentido, es difícil pensar que en materia penal le bastase reconstruir el tipo penal al juez como en un delito de estafa del artículo 473 del Código Penal. Siempre quedará latente la pregunta y ¿qué sucede con el autor o el cómplice? Porque la norma en

⁷³³ Vid. por todos M. BARBERIS, "Estructura y Dinámica de los Sistemas Jurídicos", pp. 23 a 52.

cuestión nada dice de ello ¿Y qué sucede si el delito sólo quedó en grado de tentado?, tampoco dicho artículo nada dice de ello. Quedará impune de acuerdo a la pobre imagen de la lógica de la derrotabilidad.

Claramente que no, porque cualquiera que sabe algo de Derecho Penal, reconoce que debe recurrir a otras normas y debe complementarlas. La premisa de Derecho, que fija las condiciones de aplicación, se vuelve teóricamente más compleja, realmente es una teoría normativa, no sólo de la norma sino del *compuesto* necesario para aplicarla. Entonces, el condicional no se vuelve tan sencillo, parece que es necesario abrir paréntesis. Pero en el mismo sentido, una excepción implícita de nivel de aplicación requiere, mediante la lógica de predicados, incorporar dicha excepción en la instanciación correspondiente. Es decir, si hay un principio que derrote a la norma debe incorporarse como otra hipótesis o enunciado a título de regla del juego, como, por ejemplo, ' $A \wedge \neg E \rightarrow OR$ ' (donde 'E' es la excepción)⁷³⁴. En el fondo, lo que vemos es una mala construcción o interpretación lógica de la dinámica normativa en aplicación.

Es por ello que cobra razón la idea de hipótesis *ad hoc*, porque nos recuerda que existe algo más que la lógica en el Derecho y en las ciencias. Están los serios problemas metodológicos como son las hipótesis *ad hoc*, que pueden hacer excepción argumentativa a las construcciones de la ciencia o del conocimiento como hemos visto.

En las excepciones, como en las hipótesis *ad hoc*, precisamente como decía LORENZANO, el problema está en lo estrecho de los factores a analizar que son los relativos a la teoría entre dicha. Recordemos que la aplicación es más que aplicar la norma, es aplicar una norma reconstruida teóricamente en un sistema, o para decirlo en términos de teoría de la ciencia, aplica una norma cargada de teoría; porque ha sido reconstruida teóricamente. Si esto es así, el lógico debe dar cuenta de la complejidad o su formalización será, en el mejor de los casos, inadecuada, o, el peor, falsa. Es como cuando recién se aprende lógica y el profesor comienza a dar una frase en lenguaje natural para su formalización, y el lógico de la derrotabilidad lo condujera todo a un *modus ponens* simple.

Sobre la base de dicha complejidad teórica, es que se introduce *ad hoc*, en el caso, un principio *P* sobre el problema, que concreta la anomalía *A* en aplicación (generando un conflicto directivo). Y esta forma de verlo se acerca más a la visión metodológica respecto a cómo enfrentar las anomalías, sea mediante la introducción de una hipótesis *ad hoc* o falsar las teorías⁷³⁵. Ahí está el interés en el aspecto directivo de la hipótesis sobre un principio o excepción.

⁷³⁴ Recordemos que dentro de la propia lógica clásica las “proposiciones de excepción” no se escriben con un operador de revisión $\bar{f}$, sino que se trata de una proposición compuesta que “hacen dos afirmaciones en lugar de una”, de que todos los miembros de una clase, excepto los miembros de una subclase, son miembros de alguna otra clase. Así, I. COPI y C. COHEN, *Introducción a la Lógica*, p. 316.

⁷³⁵ Esta opción por la reformulación de la teoría es defendida por el propio C. ALCHOURRÓN: “cuando alguien tiene que encarar la tarea de representar el conocimiento incompleto (...) se enfrenta al siguiente dilema. O utiliza enunciados conceptualmente fuertes (condicionales generales) que poseen muchas consecuencias interesantes y asume los peligros involucrados, disponiéndose por lo tanto a revisar las premisas con tanta frecuencia como sea necesario; o utiliza condicionales derrotables, conceptualmente más débiles, que serán casi completamente seguros al precio de perder la mayoría de (si no todas) las conclusiones interesantes

– Los anteriores puntos nos dan pie para explicar el efecto de **interferencia** que tiene la hipótesis *ad hoc* de excepción.

Algunas hipótesis *ad hoc* complementan las teorías, pero no en un sentido de ser consistente *T* con *H*, sino que simplemente cubren los vacíos que no alcanzan la teoría principal, porque no tienen pronunciamiento sobre nuevos datos, sobre nuevos descubrimientos, respecto de lo cual ninguna teoría se ha pronunciado. Pero otras, funcionan para interferir sobre cierto dominio de otras teorías y dar comprensión de ciertos hechos. Lo problemático en las excepciones implícitas es que la propia hipótesis adicional crea el problema al interferir.

Desde el punto de vista teórico, las hipótesis *ad hoc* en ciencia cuando refieren a las excepciones son hipótesis de interferencia, que justifican la no aplicación de la teoría principal. La explicación estructuralista nos sirve para mostrar que las excepciones, en tanto anomalías, tienen una función de interferencia sobre el efecto del antecedente, para efectos de que no se produzca la consecuencia⁷³⁶. Pues bien, en la medida en que las hipótesis *ad hoc* cubran la anomalía, en particular y *den cuenta* de ella como una excepción, la propia hipótesis *ad hoc* toma los rasgos de excepción⁷³⁷. En tal forma, puede darse el antecedente de la ley científica y de la ley jurídica reconstruida, y no darse el consecuente. Ello en mediando la cláusula *ceteris paribus* que acompaña a las teorías, en orden a que la consecuencia de la ley se dará, “salvo que interfieran factores extraños”⁷³⁸.

En el contexto jurídico, la interferencia implica la presencia de un factor extraño o anomalía, del cual *TN* no puede dar buena cuenta, precisamente porque el factor extraño conecta con otro criterio que viene representado por *HP* o *HE*, agregado adicional. Esto da cuenta que la noción de la hipótesis *ad hoc* en el contexto jurídico tiende a volverse más compleja.

El efecto de interferencia se correlaciona con y da cuenta de, en parte, el efecto *excluidor* de las excepciones en general —explícitas o implícitas—, en virtud de ese factor extraño que conecta mejor con otra hipótesis. Esa conexión compleja en relación con la propia *TN* es la que produce la interferencia; y esa interferencia de *H* es la que *derrota* formalmente a *TN*.

Debemos elegir entre la serena oscuridad del Paraíso o las peligrosas luces de la vida cotidiana”. Y agrega que: “Popper, destacando la segunda alternativa, ha dicho muchas veces que el camino de la ciencia sigue la búsqueda de las hipótesis más falsables y arriesgadas. Yo recomendaría la misma estrategia metodológica y utilizaría condicionales generales para representar las normas generales y los enunciados generales del sentido común” (“Fundamentos Filosóficos de la Lógica Deóntica y la Lógica de los Condicionales Derrotables”, pp. 126 y 127). En tal sentido, las observaciones críticas de ALCHOURRÓN al modelo de la derrotabilidad son paralelas a las propias de POPPER a las hipótesis *ad hoc*, en cuanto a que con suaves adaptaciones a las hipótesis podemos lograr el ajuste de cualquier teoría, pero los conocimientos no progresarán (*La Lógica de la Investigación Científica*, pp. 41, 79).

⁷³⁶ Cfr. J.A. Díez y C.U. MOULINES, *Fundamentos de Filosofía de la Ciencia*, pp. 158 a 164.

⁷³⁷ Así puede entenderse la afirmación de D. MILLER, respecto de que la excepción confirma la regla, como una manera de asumir la excepción mediante la hipótesis (“Ad Hoc Hypotheses”, pp. 6 y 7).

⁷³⁸ Cfr. J.A. Díez y C.U. MOULINES, *Fundamentos de Filosofía de la Ciencia*, p. 158.

En el ámbito jurídico, la concreción de la interferencia puede darse con el efecto excluidor de la consecuencia de *TN*. La hipótesis *ad hoc*, en la metodología, es claro que interfiere o derrota, pero no anula o cancela a *TN*, la teoría corregida o ayudada, pues, por una parte, las hipótesis *ad hoc* pueden estar hechas para salvar la validez de la teoría auxiliada, y, por otra, porque se requiere un sopesamiento de otras consideraciones más bien específicas al caso de aplicación (por eso la hipótesis resultante de la ponderación es una hipótesis de aplicación). —Esto viene a dar cuenta precisamente del efecto no anulatorio de la excepción en materia jurídica (y supone precisamente la necesidad de referencia combinada de *TN* y *HP*, para configurar la excepción)⁷³⁹.

El efecto de interferencia de las hipótesis *ad hoc* se correlaciona con el criterio de que *H* se engarza a una *T* principal, en ciertas ocasiones, y así con la idea de que los enunciados explícitos de excepción son compuestos mediante una conjunción⁷⁴⁰. Esto muestra que la intervención de una excepción implícita para ser tal debe *reconocer* a *TN* en el razonamiento de aplicación, al cual interfiere. Si no lo reconoce, se puede producir en el mejor de los casos una situación de ambigüedad: podría darse la primacía de *H*, porque se desconoce *TN* y así la vigencia de la norma *N*, o considerarse que *H* es derogatoria de *N* en virtud de *P*, situación mucho más grave, que la mera derrotabilidad o interferencia. Esto implica, a su vez, la necesidad de que algo en el contenido de la inferencia *indique* la posibilidad de interferencia o derrota, y no simplemente que se asuma de hecho. Para que ello ocurra, los enunciados de la hipótesis de excepción deben indicar la cláusula “a menos que”, o “salvo que”, o “excepto que”, o “no permite ampararse en”. Las primeras son usuales de los enunciados de excepción, y revela que dichos enunciados son conjunciones de dos enunciados. Pero la última se usa en la praxis judicial para indicar de parte del juez que no obstante que se reconoce la potestad de la norma jurídica positiva (hipotetizada a la manera que la entiende el juez), hay un factor *x* —un criterio jurídico de principio, como la bua fe, de mayor importancia que *TN* en el caso—, que no permite que en el caso de aplicación el sujeto *s*₁ se vea amparado por *N* (en verdad, la teoría normativa del juez). Esto permite que en la conclusión *HCE* tome realmente el carácter de excepción, al invocar y estar presente *TN*.

– La respuesta **especial** va de la mano con la concepción de la falta de fundamentos adecuados. El caso que debía ser resuelto por la teoría jurídica *TN*, al no ser adecuado, requiere de la intervención de una solución especial. Este presupuesto enmarca la forma de respuesta.

En el caso de las hipótesis *ad hoc*, como en parte hemos visto, frente a la anomalía la respuesta está estrechamente dirigida, en cualquier concepción de la *ad hocidad*, para hacer frente a ella. La propia creación de la hipótesis obedece a una *misión* relativa con el problema de manera que: *a*) importa una relación entre la hipótesis y el problema específico, del cual viene a ser una solución o respuesta; *b*) la relación se encuentra en una racionalidad

⁷³⁹ Sin perjuicio de lo expuesto, a veces, la interferencia de *H* puede ser para restaurar el orden de *T*, como en la contracción de Lorentz la interferencia sobre la teoría del electromagnetismo, o la tesis de Le Verrier, para restaurar o reafirmar su real dominio.

⁷⁴⁰ Sobre la conjunción de los enunciados de excepción vid. I. COPI y C. COHEN, *Introducción a la Lógica Simbólica*, pp. 316 a 318.

instrumental, de medio a fin entre la hipótesis y la necesidad que genera el problema, y c) en ese sentido supone, además, un fin específico, cual es sólo cubrir la necesidad del problema específico o singular a atacar, para el cual se crea la hipótesis con una configuración dispuesta a dicho fin, es decir, la relación se construye para un fin concreto y, en cierto sentido, esporádico.

En igual sentido, en el ámbito jurídico, cuando estamos en presencia de una anomalía del tipo que requieren las excepciones implícitas, ocurren dos cosas. Desde el punto de vista de la anomalía subjetiva, esto es, la intuición del problema, seleccionamos dentro del universo de hipótesis de principios alguno que nos *conecte* con el problema de alguna manera. Esto se revela con mayor fuerza, cuando pensamos en que solucionamos el caso con intuiciones fundamentales y casos paradigmáticos (MORESO)⁷⁴¹, que nos dicen este caso debe resolverse contra lo que dice la norma. De manera que construimos la solución para este caso y buscamos el principio de manera que responda a esta intuición relacionado con los casos. Además, cuando se construye la solución, sea intuitivamente, sea con una regla especial, estamos dirigiendo nuestra respuesta precisamente al problema en esa doble manera. Si pensamos en una solución de ponderación reglada, entonces tampoco aparece no *ad hoc*. Tomando por caso la ponderación racional de la necesidad, como vimos en el caso del funcionario de biblioteca. Ella está relacionada no meramente con una relación de causa y efecto, sino que con cierta asignación de pesos o importancia, y puede estar especialmente dirigida al sentido precautorio que se adose a la protección de los valores en juego, de manera que la protección al valor implique la introducción de concepciones que son variables según la consideración interna que se tenga de la propia importancia de dicho valor; como la construcción de un cerco de protección del valor, que implique una menor cantidad de casos o posibilidades de afectación de tal valor, por ejemplo, ¿en el caso de un abuso sexual, separación inmediata del profesor, o cambio del alumno de curso?, la necesidad dependerá de la construcción el cerco imaginario de protección al valor. La propia forma de comprender el caso y la afectación del valor pareciera que giraran en una danza en este caso que configura la especialidad de la respuesta.

Sin embargo, de todas formas alguien podría sostener con razón de que cuando se invoca un principio derechamente, un principio general bien fundado, como el de la buena fe, la respuesta especial si bien está dirigida hacia el punto en cuestión estaría implicando si bien algo *ad hoc* en términos coloquiales, la construcción técnica de la solución misma podría no ser considerada *ad hoc*. Esto tendremos que revisarlo a la luz de las posiciones construidas en la filosofía de la ciencia más adelante.

– **La función adaptativa vs protección** de las hipótesis *ad hoc*. Es muy usual que en la filosofía de la ciencia se entienda que la hipótesis *ad hoc* tiene una función de protección de la teoría principal ante el *modus tollens*. Sin embargo, como vimos en el caso de la hipótesis de Planck en combinación con la idea de paradigma, no todas las hipótesis *ad hoc* buscan aquello, sino que parece haber una función más primordial y básica de la hipótesis:

⁷⁴¹ Vid. J.J. MORESO, “Dos Concepciones de la Aplicación de las Normas de Derechos Fundamentales”, pp. 303 y 304.

adaptarse a la anomalía⁷⁴², esto es, dar una respuesta a aquélla y a la necesidad que genera el problema. La función protectora es una función agregada a la primera y básica, que en múltiples ocasiones tiene un sentido de urgencia, pero ella es no necesaria, sino contingente, a requerimiento de las necesidades del servicio que presta. Sin embargo, la función adaptativa es parte del compuesto conceptual de la *ad hocidad* general; aunque lo rebasa. En ella es que se concreta el sentido de “para esto”, de orientarse a un objetivo o fin: precisamente, adaptarse a la anomalía. Y la hipótesis *ad hoc* concreta este objetivo de adaptación al expresar una respuesta que ataca un problema. Como recuerda HOLTON, cuando hablamos de una hipótesis *ad hoc*, lo estamos haciendo de una respuesta especial. Y su especialidad viene descrita, en *parte*, por una frase coloquial: “*cooked up*”, es una respuesta cocinada para “el estrecho propósito a servir”⁷⁴³. El tipo de propósito es estrecho en vista al fin, en el sentido de que su producción o hechura está orientada al problema específico.

En el ámbito jurídico, en el nivel de la reconstrucción normativa, la adaptación que la hipótesis provee es, o bien al exceso de normas de las cuales la teoría normativa no puede dar cuenta (ella es infraexplicativa), o la falta de norma de la cual la teoría no puede hacer lo propio (ella es sobreexplicativa). Entonces, *H* ayuda a la teoría sobre las normas a ajustarse a ellas.

Pero en el contexto de aplicación sí se puede decir que *el problema del caso* es el *leitmotiv* de la hipótesis de aplicación. Esto puede implicar la necesidad de una suave adaptación de las condiciones de aplicación reconstruidas, para hacerlas *aceptables*. Por ejemplo, las condiciones de aplicación reconstruidas para la teoría de la mora del deudor, que sanciona al deudor que se retrasa de manera culpable en el cumplimiento de la obligación en 3 casos (cuando hay un plazo contractual expreso o tácito o cuando se le requiere el pago al deudor), se desarrolla que en cierto caso en que Francisco no paga a José \$10.000 en el plazo de 10 días de acuerdo a la ordenado por ley, Francisco no esté en mora ni ha incumplido pudiendo no haber pagado incluso por desidia o dolo. Si consideramos el efecto de imperatividad de las normas legales que obligan a cumplir y que si no se cumple hay incumplimiento y que en el fondo se está tratando de proteger al acreedor frente al no pago, la argumentación teórica sería un despropósito en la teoría de la mora. Sin embargo, mediante la intervención del dispositivo de la hipótesis de que es el acreedor el principal interesado en el pago, por lo que es él quien debió cobrar y no simplemente esperar el pago, la teoría introduce una hipótesis externa a la teoría de la mora que pretende dar apoyo a una reconstrucción normativa y la consecuencia de aplicación, mediante el dispositivo que se adapta a una consecuencia de aplicación particular que aparece como contraintuitiva jurídicamente. La hipótesis adicional ayuda entregando una razón de apoyo para la teoría que establece las condiciones de aplicación. En este caso, el dispositivo hipotético funciona a manera protectora de la teoría jurídica para lograr su aceptación (provisoria).

⁷⁴² POPPER mismo, citando a J. BLACK, entiende que las hipótesis *ad hoc* implican lo siguiente: “Mediante una suave adaptación de las condiciones, casi puede conseguirse que cualquier hipótesis esté de acuerdo con los fenómenos; con ello la imaginación quedará muy complacida, pero nuestros conocimientos no progresarán” (*La Lógica de la Investigación Científica*, p. 79).

⁷⁴³ G. HOLTON, *Thematic Origins of Scientific Thought*, p. 328.

Ahora bien, si miramos la excepción implícita como una hipótesis *ad hoc*, precisamente la hipótesis viene a ser una respuesta de la teorización jurídica para responder a la anomalía del caso de v_1 vs v_3 . La anomalía axiológica es la que no tiene respuesta adecuada de parte de *TN* en el escenario de la *ad hocidad*, porque *TN* está configurada teóricamente para dar respuesta a V_1 vs V_2 , y su singularización correspondiente. En otras palabras, la configuración taxonómica de *TN* explicita o subentiende que sólo da respuesta a v_1 vs v_2 en un caso ¿Podría ser de otra manera? Sí. Mediante los múltiples movimientos y evolución de las teorías frente a las anomalías jurídicas, los juristas reconstruyen normas que a veces pueden incluir un conflicto más amplio, mediante una recomposición estructural de toda la teoría para que, en el fondo, *TN* implique que su valor priorizado v_1 pueda enfrentarse a v_2 y v_3 , quizás con una reconceptualización de v_1 , o fijándole un objetivo a v_1 de más amplio alcance, o reconfigurando los valores protegidos agregando a v_1 la conjunción con v_4 que se adapte mejor al conflicto con v_3 , para efectos de superarlo; de esta manera se abarca una serie más grande de situaciones particulares de posibles conflictos. Sin embargo, esa reconfiguración implica la alteración de la teoría completa de *TN*, mediante la sustitución por otra *TN₁*, tocándola en sus bases.

Pero, en otras ocasiones, no estamos dispuestos a hacer ese movimiento teórico o no tenemos tiempo para hacer ese enorme juego en un caso singular, de manera que pretendemos mantener *TN*, ya que no podemos moverla (algo similar al caso de Planck). Entonces, el conflicto singular v_1 vs v_3 que no puede ser asumido por *TN* a cabalidad y donde recurrimos a *HP* por su conexión con un rasgo del caso: v_3 , tampoco asume el problema a cabalidad por el conflicto. La hipótesis de introducir la excepción es precisamente *para esto*, porque está dirigida para este problema en particular v_1 vs v_3 . La hipótesis de excepción se introduce en el razonamiento de aplicación frente a *TN*, para expresar que no obstante darse las condiciones de *TN*, la hipótesis del caso es que: *no va a proceder TN*, sino *HP* sea en sí misma o una especificación *HE* de ella a los casos similares o en su singularización de *HAE+HCE*. Esto va a implicar la adaptación completa de la hipótesis para este conflicto según sus circunstancias.

En el ámbito jurídico, a diferencia del ámbito científico, la operación misma de adaptación puede ser explicitada, aunque no de manera tan diversa. Recordemos que HOLTON distinguía la ciencia como actividad privada y la ciencia como actividad pública, en tanto enunciados, y que era en la ciencia privada, en el ámbito subjetivo de las preferencias donde se encontraba el terreno propio de las hipótesis *ad hoc*⁷⁴⁴. Lo que puede entenderse que es donde se cocina, se “preparar para”. Pues bien, parte de la discusión de las excepciones implícitas enfrentan el mismo problema. De acuerdo a la noción de balance intuitivo, es el sentimiento de justicia, la preferencia subjetiva, la que termina inclinando la balanza. De hecho, incluso para la operación del balance reglado existe un núcleo discrecional o subjetivo de preferencia entre valores inconmensurables, según lo que le atribuya mayor peso⁷⁴⁵. Pero lo más interesante, es cierta aceptación por parte de los autores

⁷⁴⁴ G. HOLTON, *Thematic Origins of Scientific Thought*, pp. 326 y 327.

⁷⁴⁵ Como señala M. ATIENZA, la ponderación supone dosis de discrecionalidad, de libertad, mayores de la subsunción particularmente en el núcleo de la misma: “la asignación de los valores a las variables —como Alexy reconoce— ha de hacerse de manera considerablemente discrecional, en el sentido de que no es algo enteramente predeterminado (como ocurre con la utilización de las reglas sobre la carga de la argumentación o a la hora de asignar cuál es la medida que supone que un principio tiene más peso que otro como para

de esta subjetividad, que implica, en aras de la transparencia, el deber del juez de sacar esa preferencia del ámbito privado en que se reconoce en que está (y que se encuentra en análoga situación con el científico), para llevarlo a la explicitación de las razones públicas y la deliberación acerca de las mismas para el caso específico.

Entonces, aquí se comparte, entre la ciencia y lo jurídico este terreno de lo subjetivo de las hipótesis *ad hoc*, en la decisión de su introducción; y la operación de su introducción está especialmente dirigida a ese ámbito problemático y sólo a ése, que en el contexto jurídico de las excepciones la hipótesis *ad hoc* se dirige a una anomalía particular o singular. Este giro viene a concretar parte del sentido de lo que significa una respuesta especial.

La estructura de la respuesta especial o hipótesis *ad hoc* podría ser compuesta desde el punto de vista de las excepciones implícitas comprendiendo: a) una hipótesis de especificación de la excepción misma, que opera o interfiere sobre *TN*; b) una hipótesis calificativa del antecedente de la excepción; y c) una hipótesis conclusiva de la excepción, que concreta la interferencia. Precisamente, la operación especial viene a introducirse sobre *TN* y construye esta respuesta *ad hoc* sobre el complejo de aplicación.

– Esto permite la entrada en acción de un asunto metodológico. Una de las cosas básicas que comparten las excepciones implícitas con las hipótesis *ad hoc*, es que ambas son formas de corrección de sistemas, mediante una **corrección argumentativa**. En el escenario de la *ad hocidad* la teoría principal no puede dar cuenta del caso anómalo. De manera que la hipótesis especial *H* puede venir a corregir el problema (un problema que puede poner a la teoría principal en peligro potencial o actual de refutación). Pero su sentido más específico es que logra corregir la respuesta inadecuada de la teoría para los hechos. En el ámbito jurídico, la función correctiva de la hipótesis refiere a la inadecuada respuesta de *TN* al caso. Pero, con una diferencia, en cierto sentido es la propia *HP*, la respuesta “correcta”, la que “genera” el problema en términos formales, o la intuición ético/jurídica. Sea como fuere, de manera más o menos equivalente es la comprensión de la inadecuación de la respuesta de *TN*, la que exige la corrección mediante la solución especial *HP*⁷⁴⁶. Pero entendido como un mecanismo sucedáneo, y en ese sentido metodológicamente marcado en favor de los otros mecanismos. Primero es la teoría de las normas del sistema la que debe hacerse cargo en la reconstrucción del sistema jurídico y dar respuestas apropiadas a los casos, y frente a la insuficiencia de ella, debe entrar en acción los márgenes de corrección *ad hoc*.

3.3.4. Nociones de hipótesis *ad hoc* como respuesta especial. No obstante estos rasgos, cabe entrar al meollo del asunto: ¿son las nociones de hipótesis *ad hoc*, la respuesta especial, desarrolladas en el ámbito de la ciencia, aplicables al ámbito jurídico? Es decir, la

desplazarlo), de manera que lo importante no sería, en todo caso, el cálculo en sí, sino la asignación de los valores numéricos. En definitiva, la anterior formulación viene a ser un caso de uso metafórico del lenguaje matemático, que no parece añadir nada a la simple afirmación de que la prioridad de un principio sobre otro se hace” (*El Derecho como Argumentación*, p. 174).

⁷⁴⁶ En este coincide con ATRIA, ATIENZA y RUIZ MANERO que el carácter derrotable de las normas es una forma que tiene el Derecho para corregir sus problemas de anticipación a ciertas cuestiones. F. ATRIA, “Lo que Importa de los Principios”, p. 73, M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, “Reglas, Principios y Derrotabilidad” p. 234.

noción de falta de contrastabilidad independiente; la falta de corroboración independiente; la no fundacionalidad; falta de coherencia; la noción de estética-subjetiva.

A) La noción de contrastabilidad independiente

El carácter *ad hoc* de las hipótesis en esta noción viene dada por dos factores: la contrastabilidad y la independencia, las que deben expresarse en el ámbito jurídico de los destinatarios, labor que en parte ya hemos adelantado.

La contrastabilidad alude a la capacidad de la hipótesis *H* de ser sometida a examen de contraste con los hechos institucionales jurídicos, de acuerdo a su contenido normativo positivo que afirma tener. Que sea independiente hace lo propio a que la capacidad de examen de la hipótesis no refiera más que a la anomalía jurídica al que hace referencia (al específico problema o al singular).

La contrastabilidad, como elemento de la *ad hocidad*, en el ámbito jurídico puede estar dada respecto de dos niveles del discurso jurídico, como hemos visto: i) de los enunciados que pretenden reconstruir el sentido del mensaje normativo positivo, como si se invocase o hablase de una pretendida ley *X*; ii) de los enunciados de nivel de aplicación o adjudicación de consecuencias singulares a las situaciones individuales de la vida de los seres humanos, referido al régimen jurídico al cuál estará sometida cada situación individual.

La contrastabilidad, en general, en el contexto del conocimiento racional, viene a representar una garantía abstracta o *prima facie*⁷⁴⁷; justamente, de la racionalidad respecto de lo que decimos acerca del mundo: la posibilidad de lo que decimos acerca de algún nivel o perspectiva de realidad sea susceptible de ser examinada críticamente mediante su confrontación precisamente con la realidad o con lo que aparece por tal (realidad bruta o institucional jurídica). Lo que no cae dentro de ese marco de racionalidad, pasa a otro contexto, el metafísico, en donde las garantías de racionalidad han de manifestarse de otra manera⁷⁴⁸.

Pues bien, en el ámbito jurídico, el compromiso con la racionalidad está representado en sentido técnico: por la decisión de la *forma* de cómo se salvaguardan ciertos ideales por el sistema jurídico, y que se ve expresada en el principio de legalidad en sentido amplio o juridicidad (esto es, el bloque de normas jurídicas del ordenamiento)⁷⁴⁹, en los sistemas codificados. Dicho principio exige en el actuar de los destinatarios la conformidad con el

⁷⁴⁷ La garantía de racionalidad concreta o decisiva (aunque no definitiva), viene representada por la concreción de si lo que decimos es verdadero o falso, provisionalmente, como resultado del examen con la realidad concreta. Este más fuerte compromiso creo que viene a ser representado por POPPER en la referencia de salir con éxito de los nuevos y severos test. K. POPPER, “La Verdad, la Racionalidad y el Desarrollo del Conocimiento Científico”, pp. 293 y 295.

⁷⁴⁸ Vid. K. POPPER, “¿Qué es la Dialéctica?”, pp. 375 a 402, y “La Demarcación entre la Ciencia y la Metafísica”, pp. 309 a 354.

⁷⁴⁹ El principio de legalidad en sentido estricto importa la exigencia de actuar de conformidad con las normas legales. Ahora bien, dichas normas son sólo una clase de aquellas que componen un sistema jurídico, ya que puede haber reglamentos, contratos, etc.

bloque normativo, en particular, con la ley y la Constitución (y en una extensión de las normas y criterios jurídicos derivados de ellas, como, por ejemplo, los valores y principios de trasfondo emanados de éstas o que permiten reconstruir el sistema jurídico⁷⁵⁰).

La relación de la contrastabilidad de una teoría o hipótesis jurídica con el principio de legalidad se puede concebir también en un sentido abstracto o *prima facie*, que implicará el compromiso en principio de los destinatarios del Derecho con la legalidad o juridicidad y así con la racionalidad —en el sistema jurídico continental o codificado—, en tanto que pretenden hablar de cosas jurídicas, esto es, criterios jurídico normativos, que hay en el sistema normativo: que pueden identificarse en él y ser interpretados⁷⁵¹. Este compromiso es más débil que exigir el paso corroborativo de lo dicho, sino que implica una actitud hacia la propia juridicidad.

(i) Si esto es correcto, entonces en el nivel de la reconstrucción normativa, la contrastabilidad referirá precisamente al compromiso abstracto o *prima facie* de que las hipótesis proferidas en el contexto jurídico de los destinatarios del Derecho, puedan ser examinados con respecto a las normas positivas —o criterios o patrones jurídicos— del sistema jurídico de que se trate. En específico, la identificación o interpretación que se practique diga relación con algo del sistema jurídico positivo. *No lo estaría* si remite, por ejemplo, simplemente a criterios de Derecho natural o un Derecho religioso otorgado por alguna divinidad, y en vistas de dicho título suprapositivo, porque dicho título los pone fuera del compromiso de principio de legalidad respecto de las normas convencionalmente establecidas. Cosa similar ocurre con la equidad en los sistemas de Derecho Codificado, como hemos visto, en los que se desplazó a la equidad fuera del sistema positivo, en la perspectiva de los destinatarios del Derecho⁷⁵². Igualmente, se le aplica a las reglas del *ethos* mínimo, en tanto normas morales sociales fundamentales, como sistema paralelo al Derecho positivo. Los *falsadores potenciales* si lo tomamos en un sentido *estricto* al empirismo popperiano de hechos-topes que producen choque con la realidad, entonces sólo podrán ser falsadores las normas emitidas positivamente por el potestado normativo: las convenciones. En dicho caso, y de todas formas, las normas tendrán que ser reconstruidas por la teoría (en analogía con los enunciados básicos)⁷⁵³. Si se toma más *laxamente*, tomarán la forma de oraciones o enunciados normativos emitidos por el legislador, o enunciados derivados de

⁷⁵⁰ Los criterios implícitos o implicados por el sistema son un tema muy controvertido sobre el cual no hay mucha claridad. Vid. M. BARBERIS, “Lo que los Juristas No Dicen. Normas No Expresadas y Despositivización”, pp. 79 a 118.

⁷⁵¹ El compromiso concreto o decisivo (aunque no definitivo) referirá a si lo que se habla respecto del sistema jurídico tiene una correspondencia en aquél (pudiendo ser correctamente identificado e interpretado por el hablante o la teoría jurídica).

⁷⁵² Lo anterior no importa que los creadores del Derecho puedan echar mano a ella, pero no a título de Derecho vigente, sino como de *lege ferenda*, así como pueden incorporar ideas de teoría política para integrarlas como Derecho vigente.

Sin perjuicio de lo anterior también debe tenerse en cuenta que el Derecho puede remitir soluciones a reglas de equidad sin que ello suponga una incorporación al Derecho, esto es, como Derecho vigente, sino manteniéndolo como un sistema externo, como en el caso, de los árbitro arbitradores que pueden fallar sobre la base de la equidad.

⁷⁵³ En esto se plantea una analogía con los enunciados básicos en la ciencia, ya que los enunciados sobre los hechos, no son entendidos como hechos brutos, sino que requieren de una interpretación para ser usados en la contrastación. Se trata de un lenguaje observacional cargado de teoría.

aquéellos argumentativamente —como principios jurídicos implícitos—, en uno y otro caso reconstruidos por los propios destinatarios en el contexto del debate jurídico⁷⁵⁴. Dichos enunciados serían los enunciados básicos de contrastación.

(ii) La importancia para nuestro tema está en el *nivel de aplicación* de la siguiente manera. Aquí la opción de la contrastabilidad es de doble naturaleza. Una fáctica y otra jurídica (aquí sólo nos interesa la segunda⁷⁵⁵). La contrastabilidad, que remite al compromiso de racionalidad abstracto con el principio de legalidad, se manifiesta primordialmente de manera “indirecta”. Se encuentra también relacionada con el lenguaje objeto del potestado normativo, como el legislador (de la faz A), reconstruido interpretativamente, pero ahora mirado desde la perspectiva de la articulación de condiciones (generales) de aplicación para el caso, en la premisa de Derecho de la argumentación; por ejemplo, si alguien compra una cosa debe pagar su precio, su falsador es un *conjunto de normas positivas* dictadas por el órgano competente, que reglamentan que “si alguien compra una cosa debe pagar su precio”⁷⁵⁶. Hay otro falsador potencial eventual: el diseño de aplicación de la política que implementa la norma. Porque si bien el producto institucional del potestado normativo en la cara (A) es la norma jurídica, éste puede dejar ciertos productos secundarios respecto a la subclase de aplicaciones que espera que se dé, como vimos más arriba⁷⁵⁷. Junto con el popperiano H. ALBERT podría agregarse un tercero, desde el punto de vista tecnológico. Si la jurisprudencia es racional para el análisis de los objetivos sociales de las normas, entonces puede controlar o examinar la eficacia de la propuesta de *TN*, tanto semántica como axiológica, con respecto de su eventual concreción en la vida social; se trata del análisis y control de la vigencia fáctica de la norma⁷⁵⁸. En esta opción ya no se mira hacia el lado o cara A del Derecho, sino que dentro de la cara del propio destinatario hace lo propio para la contrastación de que lo aseverado pueda tener consecuencias singulares, y corregir los problemas que se puedan suscitar. La concreción en la realidad singular es un factor de corrección de la teoría en este caso.

No obstante lo dicho, es menester aclarar que en un sistema de Derecho codificado, cómo resuelvan los tribunales no es un factor de relevancia a predecir, pues el factor

⁷⁵⁴ Aunque el propio legislador podría hacer algo similar en un juicio de constitucionalidad por abandono de deberes en la aplicación de las leyes y normas de la república, contra ciertos funcionarios del Estado.

⁷⁵⁵ Si recordamos el esquema argumentativo de aplicación extendido, dado que las hipótesis de aplicación suponen una hipótesis de enunciado fáctico que es calificado jurídicamente, también son susceptibles de falsadores, como si en los hechos Juan llegó a un acuerdo con Pedro el 10 de julio, por un celular a cambio de \$100.000. Pero ahí la contrastabilidad remite al juicio de hechos, no al jurídico.

⁷⁵⁶ Ello es sin perjuicio del problema planteado por H. Kelsen acerca de que la ambigüedad del lenguaje de las normas jurídicas permite un marco de opciones de sentidos interpretativos que caben en la llamémosle oración normativa (*Teoría Pura del Derecho*, pp. 350 a 352).

⁷⁵⁷ Vid. también H. ALBERT ha sido particularmente llamativo en orden a que este tipo de contrastación respecto del cumplimiento de los objetivos es parte de la racionalidad pragmática del Derecho, en el marco de una comprensión del Derecho como una tecnología social (vid. *La Ciencia del Derecho como Ciencia Real*).

⁷⁵⁸ H. ALBERT, *La Ciencia del Derecho como Ciencia Real*, pp. 51 y 52, y 84 a 86, en donde agrega que: “Los enunciados de la Jurisprudencia son asertos sobre el Derecho, esto es, sobre la regulaciones normativas vigentes en un cierto tiempo y espacio, y sobre los *efectos sociales* que de ella se derivan”, tomando en cuenta en ello los postulados de la jurisprudencia de intereses, y agrega que: “Los enunciados de la Jurisprudencia analizan, pues, el potencial de regulación que tienen las disposiciones normativas que se deriven de las propuestas de interpretación consideradas como válidas a lo interno del sistema jurídico”, no se trata eso sí “de una mera constatación de hechos empíricos” (la cursiva es mía).

relevante en este tipo de sistemas es el apego a la normatividad vigente, no la solución o regla que pueda crear el juez en el caso singular. Si el juez o los jueces toman un precedente equivocado, entonces están derechamente desobedeciendo el Derecho y deben cambiar la decisión —en tanto lo permitan los medios institucionales—. Ello implica que el precedente tenga un valor estrictamente metodológico en los sistemas continentales, como lo que aparece como correcto y unificador, a diferencia de los sistemas de *judge made-law*, que el precedente crea Derecho.

El criterio de independencia de la hipótesis o teoría jurídicas en este marco obedece a la audacia de ellas, en arriesgarse a dar cuenta de o asumir muchas cosas y no únicamente de una especie de cosa o una cosa del mundo. Por eso es que se decía que las explicaciones *ad hoc* no son contrastables independientemente, esto es, no *refieren* a más cosas del mundo que a aquélla que refiere en particular. Aquí hay una combinación entre lo que está dirigido al caso problemático y la respuesta particular. Esto importa para nuestro tema que la hipótesis *ad hoc* no refiera más que a un problema jurídico *A*, sea de dar cuenta de ciertas normas que no encajan en la teoría jurídica que se sostenga (en el nivel de reconstrucción jurídica), o de ciertas consecuencias de aplicación al caso singular que la teoría jurídica no pueda dar buena cuenta (en el contexto de aplicación).

En este último contexto, para que la **hipótesis no sea independiente**, ésta no ha de referir a más normas que fijen condiciones de aplicación que la o las involucradas en la anomalía de la adjudicación, y así también en proyección no debe referir a más caso específico que el problemático; como si una hipótesis jurídica invoca una solución que dice relación con la norma *TN*, reconstruida en específico, y que implica determinada *especie* de problemas en aplicación, y no a otros. Esto bajo una interpretación laxa de la contrastabilidad. El ejemplo de la invocación a que el interés del acreedor en el cobro hace suponer al deudor que no quiere cobrar, en el campo de la mora del deudor, para justificar la consecuencia aplicativa de no incumplimiento de Juan respecto de Francisco, cuando se incumple el mandato de pago en el plazo legal, representa una solución predispuesta para asumir la crítica de una consecuencia adjudicativa injustificada. El movimiento de introducción de la hipótesis específica de no querer cobrar se agota en la solución jurídica del problema que tiene por delante⁷⁵⁹.

Poniendo ahora la mirada en las excepciones implícitas, la falta de contrastabilidad independiente requiere determinar si la hipótesis adicional que importará la excepción implícita a *TN* tiene dicha condición dual. Enfocando el asunto desde el esquema argumentativo, la cuestión es si la *hipótesis de principio*, en cualquiera de sus modalidades que puede adoptar en la excepción, tiene contrastación adicional al caso problemático: a las normas involucradas del caso problemático y así a casos adicionales. La respuesta no es simple ni sencilla.

⁷⁵⁹ En el ejemplo se puede discutir sobre la trascendencia del interés del acreedor en la prestación, pero para nuestros efectos la mantendremos sin conexión.

▪ Si *HP* es una norma moral (incluyendo la equidad) o religiosa, al pertenecer a otros sistemas normativos que no son el jurídico positivo, *HP*, base de la excepción, siempre será *ad hoc*, al no ser contrastable con la legalidad.⁷⁶⁰

▪ Si *HP* es un principio jurídico que interfiere sobre *TN*, entonces se podría distinguir:

i) si *HP* es en sí mismo un principio particularísimo para responder sólo a la anomalía, en el fondo, inventado para ella, entonces *HP* excepcionante será *ad hoc*.

ii) Si *HP* es un principio general, como la buena fe, que excepciona a *TN*, entonces en principio *HP* no será una hipótesis *ad hoc*, por lo que las hipótesis *ad hoc* no pueden asimilarse a las excepciones implícitas, por más *ad hoc* que éstas parezcan. Al parecer, la noción funciona bien frente a las meras excusas sin mayor trascendencia. La hipótesis de excepción que actúa, tiene apoyo teórico en el principio, y al ser éste uno general puede reconstruir más normas jurídicas. Sin embargo, esto puede requerir una mirada más precisa.

Si pensamos en el conflicto v_1 vs v_3 en el caso singular y comprendemos que la anomalía implica que *TN*, bajo la mejor interpretación disponible, no cubre las circunstancias que expresa este conflicto, también nos hemos de dar cuenta que *HP* (representativo de V_3) por más principio general que sea, tampoco soluciona el caso. Tanto *TN* (representativa de v_1) como *HP* (de v_3) implican razones contributivas para resolver el caso, pero ninguna de las teorías o hipótesis lo resuelve por sí mismo el caso singular en las condiciones dadas. Una y otra están en este caso unidas en su suerte, no siendo ninguna decisiva del conflicto. En otras palabras, ninguna de los dos es concluyente para este caso. En este sentido la idea de haberse agotado las convenciones interpretativas que permitan la solución del caso⁷⁶¹, de manera concluyente (aunque siempre conjetural y epistémicamente provisoria), adquiere mayor extensión al abarcar al propio *HP* en esta limitación.

Pero si revisamos en el enunciado de la hipótesis de excepción también podemos razonar que hay algo más que no contiene *HP*, una novedad que no se deduce de *HP* (y que nos hace separar al menos parcialmente *HP* de la hipótesis de excepción). Cuando revisamos el escenario de la *ad hocidad*, *TN* contiene una razón priorizada o *pro tanto* sobre su dominio de casos, en donde en principio está el caso c_1 problemático —en parte y en cierto sentido, por su conexión con v_1 , que es el valor subyacente a la norma y explicitado por *TN*. A *TN* debe adosarse la hipótesis de excepción (representativa de V_3). Es por ello que se señala que todas las normas —en nuestros términos, las *TN*— concluyen o contienen un “*a menos que*”, que es más o menos lo mismo que “*excepto que*” o “*salvo que*”. Excepto que no es sólo una frase cliché. Se trata de lo que es propio de una excepción, el efecto de interferencia sobre la norma. De manera que la hipótesis de excepción, es de excepción porque interfiere sobre *TN*, (que es lo que viene a representar “*a menos que*” o “*excepto que*” u otras formas). Entonces que si la excepción es implícita en el lenguaje objeto, algo en

⁷⁶⁰ Considerar un criterio más extendido de contrastabilidad, de no sólo legalidad, sino que de moralidad, la contrastación se vuelve más compleja, pues tendría que buscarse un mecanismo de contraste en las consideraciones sociales generales, de moral positiva, no de moral crítica.

⁷⁶¹ J.C. BAYÓN, “Derrotabilidad, Indeterminación del Derecho y Positivismo Jurídico”, p. 104.

el enunciado de excepción habrá de representar la interferencia en el metalenguaje de aplicación.

Adicionalmente, debemos considerar que “a menos que”, no deriva de *HP*, porque las convenciones interpretativas se agotaron. “A menos que” deriva de la operación especial de balance en el caso entre $v_1 = TN$ y $v_3 = HP$, o de determinación del absurdo (que implica algo más o menos parecido, pero que incorpora un peso de mayor relevancia en el caso según el *ethos* moral), operaciones que están hechas para enfrentar especialmente esta anomalía, frente a dos razones contributivas. Pues bien, esta especialidad es la que se concreta en el “a menos que” o “excepto que”, “no obstante que” o “sin embargo,” y que en ocasiones puede tomar la forma más extendidas de “*No se admite el amparo de*” la norma *X*, y que es expresión de la *preferencia* y que pasan a ser parte de la propia hipótesis de excepción que se incorpora junto a *TN*. Aquélla es la cláusula que hace a la excepción una excepción, pues produce la interferencia entre el antecedente de *TN* y su consecuencia. De cara a *TN*, lo que está expresándose en términos teóricos es que la norma obliga, excepto que ciertas circunstancias o ciertas consecuencias vayan en contra de v_3 en el caso. Esto que parece una tinterillada, al presentar esta novedad, derivada de la operación de balance, sin embargo efectivamente corta parcialmente la relación con *HP*, e implica que la hipótesis de excepción es una hipótesis especial y, al menos, parcialmente construida y que no tiene derivación de otras consecuencias más que las específicas⁷⁶². Lo que convierte a *la* hipótesis de excepción en *ad hoc*.

Si lo miramos desde el punto de vista del esquema argumentativo de aplicación tenemos que:

- a) en la premisa de Derecho, *TN* aparece como bloqueada por la hipótesis de excepción *HE* o *HP*, expresado en el “excepto que”;
- b) la premisa fáctica;
- c) la conclusión y premisa calificativa *TN* del hecho, que expresa el antecedente;
- c’) la premisa calificativa *HAE* del hecho, que debe ser el mismo que el anterior (para que exista la superposición de *antecedente*).
- d’) la conclusión aplicativa *HCE*.

En términos enunciativos la cláusula que es parte de *HE* o *HP*, es lo que ordena o dispone la excepción (y a *HP* lo transforma en hipótesis de excepción *HE*). No es sólo el resultado de la operación de balance o de reducción al absurdo, es lo que permite argumentativamente la interferencia frente al conflicto teórico-axiológico.

Pero se podría argumentar que “salvo que” está superpuesto a la cláusula *ceteris paribus*, por lo que “excepto” es *redundante*. Sin embargo, dos razones me parece que apoyan su descarte. Primero, que la cláusula más bien parece ser una advertencia de las limitaciones cognoscitivas que se encuentran en los modelos, más que salvedades

⁷⁶² Sin perjuicio de ello, si la excepción aparece creada más bien desde ciertos casos paradigmáticos en los cuales se concreta *HP* y una preferencia intuitiva, como plantea J.J. MORESO, más que una reinterpretación especificativa o restrictiva, aparece como una concreción de un cierto caso y de una generalización de ciertas condiciones base. Vid. J.J. MORESO, “Dos Concepciones de la Aplicación de las Normas de Derechos Fundamentales”, pp. 303 y 304.

derechamente⁷⁶³. Estimar que la conjunción “salvo que” o “excepto que”, pertenezca sin más al enunciado de *TN*, antes que a *HE*, implicaría sostener que la enunciación de las excepciones no parten con, o no es parte de, la propia fórmula que excepciona. Precisamente, ella es la que representa la interferencia de la normatividad en la inferencia, de manera que sin ella pareciese que se mantendría el conflicto, sin opción de salida en el esquema inferencial. “Excepto que” o “no es admisible el amparo de X” es un elemento que algún momento debe aparecer.

Otra alternativa es tratarlos como dos enunciados independientes, sin “a menos que” que disuelva el enunciado de excepción⁷⁶⁴. Por ejemplo, “Todos los ciudadanos pueden votar, excepto quienes hayan delinquido”. Lo que puede separarse en dos traduciéndolos a enunciados categóricos: 1) Todos los ciudadanos pueden votar”; y 2) “ningún ciudadano que delinque puede votar”. En tal evento hemos prescindido de “a menos que”. Sin embargo, las proposiciones de excepción no se comportan exactamente como la derrotabilidad. Primero, porque en el caso de las excepciones implícitas lo complejo reside precisamente en que no podemos echar mano al criterio de especialidad, de otra manera se traduciría en un típico problema de tal naturaleza, resuelto por una regla legal. La incompatibilidad deriva de que hay un conflicto parcial-parcial en aplicación de *TN* y *HP*, y en esa línea no hay una solución especial como en el ejemplo. En parte lo que amerita su estudio por su rareza es que aquello implica que las convenciones interpretativas de selección se han agotado y aún queda por resolver el problema. Segundo, si sólouviésemos las dos teorías o hipótesis en el esquema argumentativo *TN* y *HP*, dicho esquema nada indicaría dónde estaría la preferencia en favor de *HP* respecto de la conclusión. Nuevamente, *algo en el esquema inferencial* debe indicar la preferencia por la hipótesis de excepción. Entonces, “a menos que” no es sólo una mera conjunción, es el elemento de la hipótesis que constituye la preferencia, derivada de la operación especial de balance para el caso, operación que genera la propia excepción, aunque no de manera totalmente independiente.

Si lo expuesto es correcto, entonces la hipótesis de excepción *HE*, no deriva directamente de *HP*, aunque tiene conexión con ella, y *HE* bajo esta interpretación no tendría contrastación independiente por apoyo teórico de *HP*. Y respecto a si refiere a otros casos, *HE* podría tener dos interpretaciones: *HE* podría ser singularmente dirigida al caso anómalo c_1 , pero no para c_2 , o podría ser dirigida para la especificidad de casos anómalos $c_1, c_2, c_3, \dots, c_n$, situación en la cual opera como cualquier grupo particular de casos de la referencia, es decir, como una proposición o enunciado *particular*, por ejemplo, la especie de casos en que el pretendido heredero mata al causante para heredar, o como en los casos en que se use un interferómetro para medir la velocidad de la luz. Dicha particularidad del enunciado, sin otra referencia, nos conducirá a la calificación de *ad hoc* de la hipótesis de excepción.

⁷⁶³ Vid. así M. BUNGE, *Buscar la Filosofía en las Ciencias Sociales*, p. 240. R. BRANDOM ha desdramatizado la cláusula *ceteris paribus* al señalar que ella no es una *abreviatura* de excepciones —su fuerza expresiva no pueda hacerse efectiva de entrada, dado que si pudiese implicaría una lista interminable e indefinida de excepciones—. En tal sentido, la cláusula implicaría decir lo mismo que q se sigue de p , en los casos que por alguna razón, no lo hace (quedando completamente abierta la razón). Vid. BRANDOM, *La Articulación de las Razones*, pp.108 y 109.

⁷⁶⁴ Sobre este tipo de enunciados vid. I. COPI y C. COHEN, *Introducción a la Lógica Simbólica*, pp. 316 a 318.

Ahora bien, la *HE* podríamos complejizarla más. Si consideramos que *HE* es una especificación de *HP*, del tipo *reconstructiva*, mediante la agregación de propiedades específicas que no contiene *HP*, pero que nos parecen importantes para la resolución del tipo específico de anomalías, tales como la siguiente: tenemos que *HP* es la libertad de información, como *está permitido entregar información sobre cualquier tema*, si queremos limitar este principio para ciertos casos, derivados de una *generalización de algún caso singular* que nos parezca relevante, tenemos que introducir la propiedad de que la noticia tenga relevancia pública y que la noticia sea veraz. Entonces, la construcción de la *HE*, una regla hipotética será que la libertad de información está garantizada cuando las noticias sean de relevancia pública y veraz⁷⁶⁵, y hace *excepción* a la teoría reconstructiva sobre el delito de injuria. Lo mismo corre si es que *HE* en vez de ser una reconstrucción de *HP*, es una construcción restrictiva especificada con referencia a un principio general, derivada de casos paradigmáticos en que usualmente reconocemos socialmente o de manera intuitiva que dicha solución es regularmente obtenida en favor de *HP* en determinadas circunstancias⁷⁶⁶, entonces la reconstrucción sigue siendo para esos casos, y *HP* tiene un aspecto contributivo. Es menester notar que en cualquier caso, esas propiedades no son simplemente condiciones iniciales, porque no son singulares y porque son integrantes de la hipótesis de construcción de la hipotética regla de excepción. Justamente por la introducción de estas propiedades en la hipótesis de excepción, tenemos que ella no es una deducción de libertad de información, ésta sólo es un elemento contribuyente importante para su construcción dentro de otros. En tal sentido, la idea de que la especificación se dé con referencia a un principio general, más que una derivación de aquél, da pie para entender la no derivabilidad, y la particularidad de la hipótesis respecto de principio.

Ahora bien, si no obstante se considera que “a menos que” es superficial o no dependiente de la oración y que basta la conexión parcial, entonces *HE* se podría entender que deriva de *HP* y ahí dependería de su generalidad si fuese *ad hoc* o no la excepción. Este problema se manifiesta muy especialmente, cuando la operación de balance, reglado o intuitivo, es sin especificación. Porque, en tal caso, el esquema queda de la siguiente manera:

- a) Premisa de Derecho: *TN + HP*;
- b) Premisa fáctica;
- c) Premisa y conclusión calificativa *TN* (singularizada);
- c') Premisa y conclusión calificativa *HAE* (singularizada);
- d') Conclusión aplicativa *HCE*.

En esta operación es más compleja la determinación de la independencia, porque *HP* no ha sido especificada como excepción, sino que *compite* derechamente con *TN*, pues ambas tienen consecuencias incompatibles. En este tipo de esquemas argumentativos, la hipótesis de excepción se manifiesta en la conclusión *HP* que es la que termina derrotando a la conclusión de *TN* y así imponiendo la excepción. Estrictamente, el enunciado singular c') es la hipótesis de excepción, en conexión con d'), también singular. Al no estar especificada, sólo se concluye que en este caso singular *no se puede ir en contra* de *HP*: no puede ampararse la mala fe de Juan por ejemplo, concediendo la petición bajo el amparo de la

⁷⁶⁵ Este ejemplo lo suministra J.J. MORESO en su teoría de la especificación de los principios. “Los Conflictos entre los Derechos Constitucionales”, pp. 280 y 281.

⁷⁶⁶ Así J.J. MORESO, “La Aritmética de la Ponderación”, pp. 315 a 317.

norma invocada por éste. En cierto sentido intuitivo, al mirar el esquema, *HP* se percibe aún más *ad hoc* que la anterior, dado que no hay ninguna razón de porqué *HP* se impone, pero ello es sólo bajo la consideración de que la operación fue dirigida derechamente sobre el caso. Es el sano sentido de justicia el que lo lleva adelante, o las reglas del balance, el que resuelva la disputa. Pero parece no cumplir la particularidad exigida por esta noción, en relación con la contrastabilidad independiente para los principios generales que pueden excepcionar los casos y proyectarse a dar eventual justificación a diversas normas del ordenamiento jurídico, en tal sentido tienen la potencialidad de presentar más falsadores, y requeriría otra modalidad de noción para cubrir estos casos que quedan fuera. Por ahora nos quedaremos con tal conclusión.

B) La falta de apoyo o corroboración independiente

Esta noción sostiene que las teorías en cuestión como *ad hoc*, si bien dan cierto tipo de respuesta a un evento problemático, ellas tienen ciertas hipótesis que refieren a hechos diversos de aquél —como, por ejemplo, hechos nuevos—, pero que fracasan completamente, porque ninguna parte del exceso de contenido es corroborado, por lo que merecen el calificativo de *ad hoc*⁷⁶⁷. En este caso, la teoría tiene exceso de contenido informativo, por sobre el problema que se pretende solucionar, pero lo *cuestionable* está en que nada del resto de dicho contenido independiente es corroborado. Además, en este punto se mantiene la misma idea sostenida en la noción anterior, en orden a que la anomalía o problema, no necesariamente es singular, sino que puede referir a una especificidad de problemas.

Dado que fijamos que la contrastabilidad en el ámbito jurídico implica un compromiso de garantía meramente abstracta o *prima facie* con el principio legalidad o juridicidad, ahora en esta noción el compromiso vincula de un modo concreto o decisivo con la juridicidad. En efecto, este último modo implica la garantía de que la teoría o hipótesis efectivamente es capaz, no sólo de tener una vocación hacia otros ámbitos de la normatividad o juridicidad que el problema a resolver (el compromiso abstracto o débil), sino que de dar cuenta efectivamente de los otros ámbitos de la normatividad o juridicidad. Ello es lo que supone una garantía fuerte con la legalidad.

Precisamente aquello es lo que falla y merece el calificativo de *ad hoc*. La teoría se enfrenta a una cuestión jurídica que no puede resolver por sí misma, y mediante una hipótesis o conjunto de hipótesis especialmente diseñadas para el caso jurídico problemático da respuesta a dicho problema.

- En el contexto reconstructivo de las normas, la experiencia problemática es precisamente la existencia o no de una norma jurídica⁷⁶⁸, que implique el exceso de

⁷⁶⁷ I. LAKATOS, “La Falsación y los Programas de Investigación Científica”, nota 319, pp. 116 y 117.

⁷⁶⁸ La omisión se asemeja a la falta de observación de Neptuno que afectase la órbita de Urano en la teoría de Le Verrier, o la conjetura Velikovsky acerca de los cataclismos bíblicos en el medio oriente ocasionados por Venus, que debían afectar al resto del planeta, pero sin registro alguno encontrado, ello se debiese a que ninguna cultura fuera del medio oriente lo recordase por cierta amnesia colectiva. Sobre la conjetura de I. Velikovsky, cfr. J. WORRALL, “Error, Tests, and Theory Confirmation”, pp. 128 y 129

contenido normativo pretendido por *H*, esto es, de un criterio o patrón jurídico positivo que no pueda obtenerse por referencia, precisamente, a las normas jurídicas positivas. Es esa norma o ausencia de un criterio jurídico adicional lo que no puede dar cuenta la teoría jurídica que señala *A*, cuando la normatividad expresa una solución *B*, o inclusive no expresa nada.

- En el contexto de aplicación o adjudicación podemos ver cierta equivalencia con la noción anterior y a la referencia del nivel previo, pero, como se dijo, el compromiso con el principio de legalidad y con la contrastación de la hipótesis aplicativa o adjudicativa es mucho más fuerte.

El esquema de la *ad hocidad* frente a un caso anómalo sería el siguiente:

- a) La hipótesis o teoría *H*, frente a *TN*, mediante la afirmación exclusiva de un criterio jurídico, resuelve el caso c_1 , de cierta manera, calificando la conducta de cierta forma φ , y estableciendo o implicando cierta consecuencia *C*, aplicando el criterio teórico jurídico (que puede referir a una norma o un principio o a un valor jurídico).
- b) La hipótesis *H* pretende solucionar otros casos, de otra especie, $c_2, c_3, c_4, \dots c_n$, mediante un criterio jurídico.
- c) La hipótesis *H* no logra solucionar los otros casos $c_2, c_3, c_4, \dots c_n$, mediante un criterio jurídico.

Para calificar la hipótesis de excepción hemos de separar la excepción por vía de especificación frente a la del balance.

En el caso de la hipótesis de excepción *HE* en la denominada de **especificación**, la concepción del exceso es complicada y compleja de concebir. Ella puede tener dos interpretaciones: a) si suponemos que *HE* no es una derivación de *HP*, la especificación es difícil de concebir que refiera más casos que el específicamente refiere, pues está configurada específicamente para la anomalía, a la cual responde, por lo que sería *ad hoc*. b) Sin embargo, si lo consideramos como un *HP*, entonces el resultado es diferente, pues se produce el mismo efecto que con la ponderación o balance al caso de *HP*, y si se trata de principios que tienen la pretensión de generalidad en el Derecho, entonces podemos examinar si cubre más normas que fijan las condiciones de aplicación que las específicas del caso o casos singulares que los específicos. Ahora bien, dado que examinamos un exceso de contenido y de si éste cumple el compromiso concreto o decisivo con la legalidad, esto es, si se corrobora el exceso de contenido normativo hipotético que resuelvan más casos de aplicación que los específicos, esto implica que hay principios generales *HP*, como la buena fe, que pueden regir teniendo corroboración en más patrones jurídicos que las condiciones de aplicación normativa a la especie del caso problemático. Por esta razón es que esta noción no es apropiada para dar cuenta de las excepciones implícitas.

Si el exceso a los casos es inestable, entonces igualmente parece calificar de *ad hoc*.

C) La falta de fundacionalidad

Esta noción sigue los pasos de la noción subjetiva-estética con relación a los fundamentos o fundaciones de las teorías, pero reinterpretándola desde el punto de vista

metodológico, junto con los aportes de las dos primeras, y concretada en cinco condiciones: de anomalía; justificación; tentativa; consistencia y no fundacionalidad. La noción de falta de fundaciones o fundamentos importa un desarrollo en varias condiciones, pero en que el núcleo implica un pronunciamiento mayor que la propia *ad hocidad*, que recae sobre la *T* principal.

i) La condición de anomalía. Para esta condición, la anomalía de la experiencia *E* para *TN*, es razón suficiente para juzgar a *TN* como *inadecuada*, pero no lo será si se introduce la hipótesis *ad hoc* *H* para *TN*.

En el fondo, *H* viene a *adicionarse* a *TN*, para ayudarla, justificando que *TN* no responde al caso, pero sí lo hace con la nueva incorporación, resolviendo el problema. En el caso de las excepciones implícitas es de interés observar que dichas excepciones se construyen de manera similar a los enunciados de excepción como una conjunción de *TN* con *HP*. Por otro lado, muestra que es la formación del conflicto axiológico nuevo respecto del cual *TN* se muestra como *inadecuada* —pero ha de agregarse por la presencia de *HP*—, por la superposición novedosa de v_1 vs v_3 , de manera que *HE* o algo que implique *HAE+HCE* es la solución del problema del conflicto, y no simplemente que se tome la decisión, sin la deliberación o sopesamiento de v_1 vs v_3 . Aparece como una noción *inadecuada* cuando *H* sigue haciendo ver como *inadecuada* a *TN* en las excepciones.

ii) La condición justificación. Esta condición es de naturaleza lógica que expresa las relaciones formales de la hipótesis *ad hoc* con las razones que brinden justificación o soporte, sea del caso o teóricas. En el ámbito del Derecho, la anomalía jurídica que afecta a *TN* es el apoyo para la respuesta jurídica *H*, siempre que cumpla tres subcondiciones, que parafraseo, adaptándolas al ámbito jurídico: (a) *H no tiene más apoyo de razones que en dicha anomalía jurídica a que responde*, esto es, el criterio jurídico invocado o la situación de aplicación; (b) *H no tiene aplicación para el dominio de TN, aparte del propio problema jurídico*, por lo que se agota al cumplir la función; y (c) *H no tiene vínculos con otras teorías independientes de TN, que le suministren otras buenas razones para sostener H*, como señala LEPLIN, aunque hubiese pretensión de conexión de la hipótesis jurídica, con otra teoría aceptable, ésta no parece ser adecuada⁷⁶⁹. El resultado es que la teoría jurídica se encuentra desconectada de otras teorías (carece de coherencia con ellas). Esta condición hace replicable lo que vimos en la noción de apoyo independiente, a lo que me remito.

iii) La condición de tentativa. Se trata de que el apoyo empírico no aparece como decisivo, por lo que, en el ámbito jurídico, hay razones jurídicas a favor y en contra para evaluar la corrección de la hipótesis *H* sobre la anomalía.

Lo interesante de esta condición para las excepciones implícitas es que la decisión de la preeminencia de la *HP*, representativa de v_3 , sobre la *TN*, típica de v_1 , no expresa un juicio decisivo para el caso anómalo. Dado que hay un fuerte elemento subjetivo en la solución del conflicto y las razones para crear *HE* o *HAE+HCE*, tenemos una fuerte *variabilidad* de la propia solución para el caso singular según el tipo de persona que lo resuelva, de acuerdo a la sensibilidad de a ciertas razones. Quizás la sensibilidad para algunos en favor de la

⁷⁶⁹ Cfr. J. LEPLIN, “The Concept of an *Ad Hoc* Hypothesis”, p. 319.

hipótesis de v_1 , en la forma en que es conjeturado, hace que prime más v_1 y así TN : por ejemplo, para alguien podría tener más valor poseer libertad para hacer, como fumar que para otro tener un medio ambiente libre de contaminación o al revés. Son situaciones configuradas de manera opinable, no obstante que existan razones en favor de uno y otro valor. De la misma manera, el peso que pueda tener uno y otro puede influir en la expansión de seguridad del valor. En este caso, se puede aplicar lo que se llama el “cerco de seguridad”, en cuanto a que existen algunos actos que pueden poner en peligro o amagar la vigencia en el caso de un valor jurídico, y dependiendo de la cantidad de importancia que alguien le atribuya a dicho valor, el cerco de actos de seguridad puede ser más amplio o más estrecho. Ello trae consigo que la extensión del cerco, pueda abarcar la superposición de actos y así de otros valores. Luego en la medida en que más importancia le damos al valor, la extensión del cerco puede implicar no sólo el conflicto sino que la propia derrota de otros valores. Por ejemplo, a raíz del terremoto y maremoto de 2010 se discutió si debía darse la alarma de inmediato de un terremoto para escapar de un maremoto, en virtud de un principio precautorio. En aquella época no era para nada claro todas las implicancias de un terremoto. El valor de la vida estaba en juego con otros valores como la salud (de enfermos que sacar si fuera de noche), la seguridad de la propiedad (ya que había que dejar vacías las casas), la integridad personal (de enfermos cardíacos), etc. En vista de la traumática situación vivida el cerco de la vida se extendió, en desmedro de los otros valores y luego frente a sismos menores se adoptaba la solución de las alarmas. El asunto es que frente al mismo sismo menor se cuestionó la extensión del cerco y de su ponderación. De manera, que la adecuación misma de la medida es incluso variable. Lo que refleja lo tentativo que es la solución misma de la instalación de la hipótesis.

iv) La condición de consistencia. Ésta se refiere a que la hipótesis jurídica H para ser *ad hoc*, no debe presentar contradicciones con la teoría T , a la cual viene suplementar.

Esta noción no parece cumplirse en la interpretación de las excepciones implícitas, en particular cuando suponemos que entre HP y TN hay una incompatibilidad de aplicación, por el choque axiológico. Sin embargo, esto puede admitir otra lectura. Puede referir a que TN y HP no sean ellas mismas inconsistentes, en el sentido de que se excluyan mutuamente. Esto es como si hubiera un principio pro servidumbre humana y un principio de libertad. Ambos serían claramente inconsistentes entre sí y eventualmente anulatorias. Sin embargo, sería contingente esta condición en la medida que puede un sistema contener algunos principios o valores que pueden ser derechamente inconsistentes entre sí, en que TN , representando una norma vigente, esté inspirado en uno de ellos, y no obstante producir excepción, aun cuando lo que debiesen producir es una derogación o invalidación uno respecto del otro.

v) La condición de no fundacionalidad. Ésta es el elemento central de la noción. Si una hipótesis jurídica H introducida en una teoría T en respuesta a un resultado experimental E es *ad hoc*, entonces hay otros problemas además de E que confrontan a T , por lo que hay buenas razones para creer que están relacionados con E en los siguientes aspectos:

(a) Estos problemas junto con E indican que T es no fundamental o no tiene fundaciones suficientes.

(b) Ninguno de estos problemas, incluido E , puede resolverse satisfactoriamente a menos que sea removida esta T no fundacional.

(c) Una solución satisfactoria a cualquiera de estos problemas contribuirá a la solución de los otros⁷⁷⁰.

Se trata de una *TN* que no logra dar buena cuenta del sentido de las normas involucradas de un área temática, en la reconstrucción normativa y, de las condiciones de aplicación de la anomalía axiológica, y de los casos en que se proyecta su aplicación. No da buena cuenta no sólo de la norma problemática o del caso problemático, sino de otras cuestiones temáticas; por ejemplo, en materia de mora del deudor, *TN* no sólo no da buena cuenta del caso en donde hay un plazo legal involucrado, sino que tampoco lo hace respecto a casos en que la propia costumbre fija un plazo, o una condición que depende de un hecho del deudor se cumple y éste simplemente desconoce o no quiere cumplir. Las fundaciones de *TN* no son suficientes para resolver las anomalías, por lo que debe echar mano a *HP*, para corregir el problema. Esto es lo que configura un escenario de *ad hocidad* construido en torno a la actuación *TN* y *H*.

Llevada la cuestión a la excepción implícita, el problema básico de la *ad hocidad* no se encuentra en *HE* y su construcción o *HAE+HCE*, sino en que *TN* adolece de esta anomalía, y de otros problemas que implica que no logra dar respuesta adecuada a dicho conjunto de cuestiones.

En el fondo esto importa una consideración global de una teoría, como dispuesta a solucionar una diversidad de problemas jurídicos de aplicación. Pero no es capaz de asumirlos. En el ámbito jurídico así como en el ámbito de la ciencia, esta condición implica un juicio en extremo global que se sale del marco de la propia *ad hocidad*, ya que lo que se cuestiona y es determinante de la *ad hocidad*, es la falta de respuesta de *TN* a más de un problema. De manera que pareciera que si sólo enfrentase a una especie de anomalía, entonces no habría *ad hocidad*. La propia hipótesis que cubre la excepción implícita estaría sujeta a dicha categorización, incurriendo, en algunos casos, en que la excepción podría darse como *ad hoc* y en otras no, precisamente según la calidad de la falta de respuesta de *TN*.

D) La noción de falta de coherencia

Esta noción se encuentra conectada estrechamente con la primera, en relación con la ausencia de apoyo teórico, pero sin relación con la contrastabilidad. Es decir, se prescinde de la relación de referencia independiente, y se concentra derechamente en las conexiones enunciativas de *H* con una *T*.

Recordemos que esta noción es compleja porque contiene la famosa *ad hoc*₃ de LAKATOS y ZAHAR, y la versión sofisticada de MCMULLIN-SCHINDLER. Pasaré a exponerlas aplicadas al ámbito jurídico.

- En *ad hoc*₃, la hipótesis jurídica agregada en el escenario es una hipótesis suelta en relación con la teoría jurídica *TN*, es decir, no deriva del programa *TN* por lo que no está en consonancia con las bases programáticas de *TN*.

⁷⁷⁰ Cfr. J. LEPLIN, "The Concept of an *Ad Hoc* Hypothesis", p. 331

• La versión sofisticada señala lo siguiente: Una hipótesis jurídica *H*, cuando se introduce para salvar una teoría jurídica *TN* de la refutación empírica por los datos jurídicos *E*, es *ad hoc*, si y sólo si:

- (i) *E* es apoyo de *H* y
- (ii) *H* parece *arbitraria* en cuanto a que *H* no es coherente con la teoría *TN* ni con las teorías jurídicas de trasfondo *F*.

El primer requisito revela la dirección *ad hoc*. *H* satisface la relación respondiendo a la anomalía jurídica.

El último requisito desvela lo particularmente *ad hoc*. Ni *TN* ni *F* suministran una *buen razón* para creer que *H* (posiblemente especificando un valor particular de una variable), en vez de no *H* (o algún valor diferente al especificado por *H*)⁷⁷¹. Dado que no suministran una razón de apoyo teórico, *H* es una hipótesis particular para el caso, desconectada de teorías de fondo, bien confirmadas.

De esta manera, la forma de evadir el calificativo de *ad hocidad* es la reconducción de la hipótesis jurídica que soluciona el problema para la teoría, en modo tal que queda conectada con la teoría jurídica principal, o las teorías jurídicas que se encuentran disponibles al conocimiento jurídico. Ello para efectos de que le provean de buenas razones para creer en dicha solución jurídica, sea porque se deduce de *TN* o *F*, o porque *TN* o *F* le proveen un espacio teórico descartando escenarios inconsistentes con la solución (como el efecto de eliminación de los métodos de J.S. MILL). Entonces, es el apoyo de las razones jurídico-teóricas las que decidirán en último término sobre la *ad hocidad* de la solución jurídica.

Sin embargo, para que *H* no sea considerada *ad hoc*, las teorías deben prestarle un apoyo teórico *adecuado*, en cuanto a que no es válido si la teoría contempla conexiones con la solución jurídica *H*, pero no para el ámbito donde se discute. Por ejemplo, las soluciones que recurren a la prohibición de ir en contra de su propio acto a una persona son bastante utilizadas para ofrecer soporte a diversos casos de aplicación, en diversas materias del Derecho. Sin embargo, el contexto del orden público limitativo de la voluntad de las partes constituye una limitación de dichas tesis. Es así que en ciertas áreas, como en el Derecho del Trabajo, para proteger a cierta parte de tener que ceder ante ciertos abusos, se establece un contexto de orden público, cuyo resultado es que pueda haber variación de voluntad del interesado. En tales contextos específicos, por más que haya invocación de la solución del acto propio, y pareciese tener conexión con tal teoría, su conexión no será adecuada según la propia *TN*, y la hipótesis será *ad hoc*.

Veamos su proyección a las excepciones implícitas.

⁷⁷¹ S. SCHINDLER, “A Coherentist Conception of Ad Hoc Hypotheses”, p. 59 (dado que el autor no utiliza cursivas para las letras símbolos, las mantendré así).

(i) La hipótesis jurídica para ser *ad hoc* debe dar solución a la anomalía axiológica jurídica, dando respuesta a ella. Para ello necesita resolver derechamente el caso singular. Lo que no ofrece dificultad; aunque queda pendiente la estabilidad de la solución.

(ii) Respecto de la teoría jurídica *TN*, la hipótesis de excepción debe ser no coherente con aquélla. Esto puede arrojar algunos problemas que es necesario mostrar. J. WALDRON ha mostrado de manera convincente que los conflictos que requieran balance pueden venir de conflictos intra-derechos, esto es, que responden al mismo tipo de derecho constitucional, los cuales tienen una estructura similar a los principios o valores⁷⁷². Presentaré un caso hipotético sencillo: en principio podríamos decir que el derecho a la vida, que estaría detrás de *TN* —respecto del delito de homicidio—, podría entrar en conflicto con otro valor reconstruido teóricamente como es la vida de un atacado (bajo el supuesto de que no estuviere consagrada la legítima defensa ni el estado de necesidad), y preguntarnos en el caso singular si la vida del atacado es una excepción que habilita para responder al atacante y darle muerte en ciertos casos singulares, lo que vendría a configurar en el caso una hipótesis de excepción *HE*. Todo indicaría que la excepción sería coherente con la base de la teoría del valor reconstruido de *TN*. Luego si nuestra respuesta es sí, entonces la hipótesis de excepción no es *ad hoc*.

Sin embargo, si la evaluación de la coherencia afecta al todo teórico, tendríamos que ver que precisamente en los casos de excepción, las consecuencias de aplicación de *HP* y de *TN*, son incompatibles, claramente la estructura teórica de ambas no es coherente como un todo. Aquí se mide la coherencia de manera local, es decir, de acuerdo a la configuración específica de la teoría que entra en juego (como en la teoría del homicidio y una especificación de la legítima defensa). De manera que sí podría haber una falta de coherencia después de todo. En *ad hoc*₃, pareciera que fuera suficiente el requisito de no ser coherente con *TN*, aunque *TN* puede ser una teoría local y acotada más bien que un programa.

¿Pero qué sucede con la coherencia de *HE* o *HAE+HCE* con la teoría de trasfondo? Este caso refiere precisamente al apoyo teórico, y en las excepciones implícitas se transforma en si *HE* es coherente con *HP*. En esta línea, *HP* da buenas razones para creer en o aceptar *HE* en vez de no *HE* (lo mismo que *HAE+HCE* en vez de no *HAE+HCE*). Se establece una condición necesaria: *HP* debe ser *consistente* con *HE*, esto es, no contener contradicciones. Pero no es suficiente. Esta noción expresa que hay varias formas para ello: a) *HE* puede deducirse de *HP*; b) mediante las luces de *HP* debe *explicar* comprensivamente porqué *HE* debe ser el caso, como, por ejemplo, mediante la subsunción de *HE* en cierta regularidad dice SCHINDLER, que puede entenderse bajo el contenido normativo de *HP*⁷⁷³. Aquí se da el mismo problema de conexión o apoyo teórico que vimos en la teoría de no contrastabilidad independiente, ya que únicamente pide una relación de coherencia, sólo que en ella el problema del apoyo o conexión teórica se encontraba implícito. Entonces, lo dicho para dicha noción se hace replicable para esta otra, aunque en este caso la consideración especial de que la exigencia de explicar “mediante las luces” de *HP* deja una situación de

⁷⁷² J. WALDRON, *Los Derechos en Conflicto*, pp. 33 a 35.

⁷⁷³ S. SCHINDLER, *Ibíd.* El problema de SCHINDLER es que si la explicación es una deducción entonces estaría diciendo lo mismo o algo muy similar a que *HE* se derive de *HP*, lo que SCHINDLER no aclara.

incertidumbre, pues esta noción no logra dejar en claro a que refiere a las luces, pues la explicación por subsunción (a una regularidad) a la que alude, puede entenderse en términos de derivabilidad con lo que se aproxima demasiado a la opción de deducción. Si se entiende que las luces sólo implican dar razones en apoyo explicativo, aunque sean condiciones necesarias pero no suficientes, respecto de “*N* salvo que suceda *X*” o “si se da *X* no admite apoyarse en *N*”, entonces bajo esta interpretación los principios generales no darían lugar a excepciones *ad hoc*.

Además, exige esta noción el que *F* ha que tener apoyo empírico para ser *ad hoc*, lo que implica que *HP* tenga corroboración por su parte en referencia a otras normas en el universo jurídico o proyección a otros casos. Si se dan esas condiciones *HP* no será *ad hoc*. Dado que los principios generales justifican diversas normas, entonces ellos no podrían dar lugar a excepciones implícitas mediante hipótesis *ad hoc*, en esta versión.

E) La noción subjetiva-estética

Esta concepción encarna en pureza la idea de *ad hocidad* en el aspecto subjetivo, en tanto el eje principal es el *propósito*. Su marco de construcción se encuentra en la actividad privada del conocimiento; es allí donde se produce el forjamiento y decisión de intervenir con la hipótesis *ad hoc*. En cierto sentido, hay un núcleo subjetivo irreducible en la adopción o construcción de una hipótesis especial. Dos son los elementos entorno a los que gira esta noción:

a) En cuanto al *problema* o la *anomalía*, ella es parte de la condición de *ad hocidad*. Ella es el *objeto* mismo del propósito del dispositivo de la hipótesis. Es así que mientras en las primeras dos nociones la anomalía es un presupuesto, aquí se erige como parte de la condición constituyente de la hipótesis *ad hoc*. Esta centralidad se proyecta hasta la propia discusión de legitimidad del propio dispositivo, en orden a si es legítimo asumir la excepción a una teoría mediante una hipótesis *ad hoc*⁷⁷⁴. La anomalía jurídica en el ámbito del Derecho encuentra aquí centralidad en la configuración de la *ad hocidad* para asumir la excepción o anomalía.

Aquí podemos extender la idea de subjetividad a la construcción de la anomalía, en cuanto a que el caso que debe resolver *TN*, presenta un rasgo que intuitivamente o aludiendo a la sensibilidad del operador jurídico le indica que *TN* no es la solución adecuada del caso por algún rasgo de éste —como, por ejemplo, cuando *TN* le dice que debe sancionar al empleador *EM* que no paga las cotizaciones previsionales de su trabajador *A*, cuando éste era el administrador o contador encargado de pagar sus propias cotizaciones—; y que se concreta, finalmente, en la conexión de cierto rasgo del caso con un principio *HP*.

b) La segunda condición es el *propósito* de manera que la hipótesis se vuelve especial, encarnando el “*cooked up*”⁷⁷⁵. Este punto adquiere la centralidad en la noción: el

⁷⁷⁴ G. HOLTON, *Introducción a la Teoría de los Conceptos y Teorías de las Ciencias Físicas*, p. 236.

⁷⁷⁵ G. HOLTON, *Thematic Origins of Scientific Thought*, pp. 328 a 330 (la cursiva es mía).

propósito estrecho o especial de creación de la hipótesis dirigida a brindar una salida al problema jurídico, sin importar las conexiones lógicas independientes que pudiera tener la teoría. El asunto es dar cuenta, dar respuesta de un resultado o característica molesta de la teoría —que puede ser disconfirmatorio o de interferencia.

Sobre la base de este propósito se introduce la noción de respuesta especial, por oposición a una fundamental. Inicialmente, HOLTON relaciona la respuesta a diversas cuestiones estéticas o de gusto, principalmente, como el criterio de unificación: la respuesta no unifica las teorías. Aunque, sin embargo, opta por la noción de que la hipótesis no va al corazón del asunto, más bien que funciona como un parche.

En el nivel de reconstrucción de las normas el propósito del dispositivo es cubrir el problema de falta o exceso de normas que se espera que debiera cubrir la hipótesis adicional. Un escenario así se da en la teoría del conflicto como base de las nociones de proceso y la jurisdicción. El proceso y el ejercicio de la jurisdicción suponen un conflicto trabado en la voluntad de las dos partes del juicio. El problema es que la ley no contempla una disposición para limitar el juicio si no hay conflicto, y el juicio de todas maneras continúa para acreditar los dichos del demandante, y no ocurre lo esperable que es el corte del proceso al no haber conflicto; por ejemplo, llevarlo a la sentencia directamente. Entonces, se introduce una hipótesis, como de ficción, en orden a que se subentiende en la ley que, en tal clase de situaciones, el demandado niega los hechos de la demanda, esto es, realiza un simple defensa negativa (sin poder alegar hechos que hagan excepción), por lo que se debe seguir con el juicio. Se da cuenta de la anomalía de manera especial, para reconciliar la teoría con el problema. Lo interesante es que esta salida sólo evade la cuestión fundamental o nuclear de si la tesis del conflicto es suficiente para explicar la noción del proceso y la función de la jurisdicción, y la traslada a un problema interpretativo *ad hoc* particular: de si la ley subentiende para este caso particular la actitud del demandado, sin entrar al meollo del asunto. Se capta el carácter artificial de la hipótesis en esta especial forma de entender lo ocurrido.

En el nivel de aplicación, la teoría se enfrenta al problema de la anomalía en el caso singular, sea porque la teoría jurídica tiene alguna consecuencia de aplicación no aceptable en el caso singular, sea porque existe una superposición axiológica en el caso singular (es decir, el caso de las excepciones implícitas).

A diferencia de las otras nociones que implicaban cierto tipo de compromiso lógico-semántico de apoyo teórico, la presente no lo implica. En el caso de las excepciones implícitas sólo busca responder de manera especial al problema, por insuficiencia de la teoría principal en el escenario de la *ad hocidad*. La respuesta es especial porque está generada para el caso.

La respuesta de la hipótesis de excepción está hecha en directa relación a la anomalía del caso singular, de manera que genera un carácter casual. Esto importa que la *operación* de creación esté directamente hecha para responder a la anomalía. En tal sentido, las operaciones del balance están construidas para generar y cubrir la excepción: sea a través de un balance intuitivo al caso, sea con un balance especialmente destinado para el caso según sus circunstancias singulares, sea para generar una excepción especial si bien no para el

caso, pero sí para la especie de casos determinada y específica, o una reducción al absurdo que choca con el ethos básico de la sociedad.

Pues bien, el carácter casual de las hipótesis de excepción respecto de la anomalía axiológica, se manifiesta en dos cosas. La *subjetividad* de trasfondo de *HE* o de *HAE+HCE*, que implica el sopesamiento de elementos inconmensurables, como son los valores y principios en juego, que no implican una jerarquía fija. Análogamente, HOLTON señaló que “el problema aquí [en las hipótesis *ad hoc*] no es simplemente una especie de enumeración de las premisas lógicamente independientes (si algo así fuera inequívocamente posible), sino el de una especie de ponderación recíproca de cualidades inconmensurables”⁷⁷⁶, es por ello que si bien estas hipótesis tienen propiedades lógicas, no son ellas las que gobiernan el uso real de aquéllas⁷⁷⁷. La *variabilidad* de las circunstancias como en el ejemplo del incendio en la Universidad, en que la excepción puede hacer razonable cuidar la vida de los estudiantes, por sobre la tranquilidad como valor de la regla, pero en que la evaluación del detalle fino de las circunstancias, como la extensión del fuego, el control o no del mismo, etc., implica una variación de la deliberación acerca de la preferencia o no de un valor u otro, no obstante que se fije una especificación de la excepción. Si lo pensamos en una generalidad de casos, cada variante de las construcciones podría implicar un nuevo juicio de preferencia y excepción. E incluso para el mismo caso singular o dentro de la especie, la sensibilidad de razones puede generar una asimetría de respuestas según el agente a cargo (como en la pseudociencias). Esta subjetividad y sensibilidad a las circunstancias singulares o específicas cargan a las hipótesis de excepción de un cariz casual.

En este sentido, la respuesta especial implica emplear o trabajar con una hipótesis que no supone un trabajo de conceptos fundamentales hacia otras soluciones específicas alternativas. La teoría se expone como una especie de excusa o correctiva que sólo atiende al problema singular o específico a que se vincula. En el caso de las excepciones implícitas, esto lo podemos observar en que el trabajo teórico o hipotético jurídico sobre la anomalía axiológica-jurídica. El propósito implica el empleo de ciertos materiales jurídicos para la operación especial de dar respuesta al caso c_1 .

Los materiales en estos casos no están siendo usados desde su concepción general como una aplicación más. Por el contrario, es la operación jurídica de respuesta al caso, la que tiene la primacía de la escena. Por lo que el material jurídico de *HP* está allí como un insumo o instrumento de respuesta. No se está trabajando en su construcción, como una teoría unificadora y básica, en este nivel aplicativo singular, sino que más bien sólo es instrumental para el objetivo. Esa instrumentalidad de objetivo se agota en su empleo. Esto tiene como complemento en que los principios jurídicos son usados en los casos de excepciones implícitas sólo como *correctivos* de *TN*, lo que puede suponer, en buena medida, una base subjetiva de la anomalía que se concreta en la construcción de una anomalía objetiva.

De esta manera, si se trata de *HAE+HCE*, no son ellos los que adquieren el protagonismo de la escena (de *ad hocidad*), porque ellos sólo son los que se construyen para

⁷⁷⁶ G. HOLTON, *Thematic Origins of Scientific Thought* *Origins of Scientific Thought*, p. 331.

⁷⁷⁷ G. HOLTON, *Thematic Origins of Scientific Thought* *Origins of Scientific Thought*, p. 321.

responder a la anomalía axiológica jurídica, ya que la propia teoría no ha podido solucionar el problema de la intersección de dos dominios. El protagonismo lo adquieren en la *operación* misma de solución de la anomalía singular, como resultado de la misma; y así son representativos de la excepción singular (de que Juan deba ser castigado por lo que hizo o permitido a algo, no obstante la *TN*). Sea que se trate de un balance o se trate de una reducción al absurdo, las operaciones no se manifiestan en la construcción de la teoría o hipótesis correspondiente, sino sólo en la solución del caso singular. El contexto escénico de la *ad hocidad* singular nos guía en la ubicación del papel de *HP*: éste es sólo *instrumental*. La globalidad de la anomalía explica que el conflicto teórico jurídico no pueda solucionar el caso de aplicación, y, en verdad, se esté discutiendo el “detalle” y no la reconstrucción de las teorías, tanto en el balance intuitivo como en el caso del absurdo —en cierto sentido no está examinando o enjuiciando la teoría, sino solucionando el problema sin más—. Esa función correctora representada en la excepción implícita, muestra el propósito estrecho respecto de ese objetivo corrector. De todas formas, siempre asalta la duda con respecto a un principio general, intuitivamente o ponderadamente balanceado para el caso y su fundamentalidad.

En cuanto al tratamiento de *HE*, como excepción de *especificación* para un grupo de casos anómalos. Aquí se da un problema de interpretación. Por una parte, se puede entender que *HE* es una *conjetura* más específica construida con referencia a *HP*, y que en su confluencia con *TN* viene a cerrar o reconstruir, además, el ámbito de aplicación de esta última. Luego, podría comprenderse que más que una hipótesis *ad hoc* se tratase de una *reconstrucción teórica ad hoc* al grupo de casos específicos, siendo una pseudoexcepción implícita de nivel de aplicación, en el sentido de ser un reajuste interno de la teoría nada más.⁷⁷⁸ Sería *ad hoc* porque deriva de la ponderación para el caso singular del problema, de manera que el balance singular redundaría en la reconfiguración interna. Esto vendría explicado en razón de que se trata de una conjetura, y que los casos se tomarían como elementos de una corrección teórica de *TN* y de ajuste de *HE*, sobre la base de un problema aplicativo. Esta forma de concebirla en términos hipotéticos permitiría explicar con bastante soltura y precisión, el por qué la excepción puede ir cambiando de configuración en la medida que se van conociendo nuevos casos. Lo que permite establecer contraexcepciones desconocidas de antemano: precisamente por el carácter conjetural de *HE*. En efecto, cada balance nos vendría a reflejar la adopción de un ajuste más fino de la reconfiguración de *HP* en relación con *TN* (en una especie de lectura popperiana)⁷⁷⁹. El propósito de la hipótesis vendría a redefinir la excepción implícita.

Otra forma de concebirlo sería dándole prioridad a *TN* en la escena de aplicación. Si el escenario de la *ad hocidad* tiene *TN* como actor principal, luego, *HP* pasa a entenderse como un instrumento meramente correctivo de aplicación que se concreta en *HE* mediante una operación de objetivo especial. *HE* se entiende como la concreción correctiva para *TN*, de manera que cada cambio correctivo en el caso singular, sólo es una *suposición* de cambio

⁷⁷⁸ Si apreciamos bien, la perspectiva epistémica que adoptamos respecto a cómo se reconstruye una regla o norma positiva o la especificación de una norma de experiencia, como la de un principio, se superpone a la visión normativa de la norma o regla y la regla de experiencia.

⁷⁷⁹ Esto iría en contra de la propuesta de R. BRANDOM sobre que la infinitud de excepciones y la indeterminación de excepciones de antemano irían en contra de una reconstrucción monotónica (*La Articulación de las Razones*, pp.108 y 109).

de *HE*, no una propuesta de reconfiguración de *HP* en relación con *HE*. Pero, además, dado que *HE* está construido con la agregación de ciertas propiedades no derivables de *HP*, como en el caso de la libertad de información, que la noticia sea de relevancia pública y veraz, la construcción no nos lleva a trabajar con un concepto fundamental, sino uno más bien de bajo nivel (específico y preparado para la anomalía misma). Se trata de suposiciones especiales. Analógicamente, sería como el tratamiento de la excepción en las órbitas de Urano y Mercurio: sólo la suposición de la hipótesis de Neptuno y Vulcano, y no la reconfiguración de la teoría planetaria.

Lo expuesto implicaría una determinación de propósito de *HE* en relación con *TN* y la teoría jurídica. Sin embargo, no descarta que en algunos casos la configuración de propósito pudiera dar lugar más bien a reconstrucciones *ad hoc*.

CONCLUSIONES

El presente trabajo ha comenzado por la pregunta acerca de si existen analogías suficientes entre la derrota de las normas jurídicas mediante excepciones implícitas y las hipótesis *ad hoc*, ambas consideradas en el nivel de aplicación, y desde el punto de vista del destinatario del Derecho, como para sostener una posibilidad de que ella sea expresada mediante hipótesis *ad hoc*, lo que implicaría, o bien en términos fuertes una identidad conceptual, o una posibilidad de expresión contingente, o ninguna de las anteriores.

1. La primera respuesta en torno a la búsqueda de las analogías nos mostró una respuesta positiva. Efectivamente, hay múltiples semejanzas entre las hipótesis *ad hoc* y las excepciones implícitas que causan la derrota de las normas jurídicas, en diversos niveles, más de las que uno podría esperarse (como detallaré más adelante). Ello implicó un análisis de cada uno de los dos extremos de la comparación analógica.

En cuanto a la derrotabilidad

1.1. El primer punto es la conceptualización de la derrota de las normas jurídicas en el caso de aplicación, centrada en entenderla como la no aplicación de la consecuencia jurídica propia de la norma, relevante y pertinente, en el caso singular, por razón de ser superada en virtud de una razón subyacente de la propia de la norma o de un principio del sistema jurídico. Las normas jurídicas, en su sentido no categórico, paradigmáticamente se conciben con un *antecedente* o *supuesto operativo*, del tipo “el que compra algo”, y de una *consecuencia jurídica*, tal como “deberá pagar el precio de lo comprado”. La derrota, en contexto de aplicación, precisamente consiste en el bloqueo de la consecuencia jurídica en aplicación, de manera que debiendo proceder ella, no procede.

Las condiciones de posibilidad de la derrotabilidad pueden ser variadas y no implicaban ciertas consideraciones sistémicas, tanto de tipo estructural sobre la forma de concebir las reglas (de experiencia) o las normas (formales), como sí de consideraciones pragmático axiológicas globales del sistema, que podían implicar cerrar el espacio a la derrotabilidad mediante ciertos mecanismos e instrumentos jurídicos y metodológicos, según nos entregó la perspectiva diacrónica.

Examinamos que lo usual para una concepción formalista y opaca de las normas radicaba en la formación de una caja negra de las razones subyacentes del sistema, en cuanto a que implicaba una prohibición de la revisión y empleo de dichas razones para efectos de brindarle una consideración y efecto directivo jurídico para la guía de la conducta de las personas, tanto en un nivel reconstructivo/interpretativo como del contexto de aplicación. El principio *dura sed lex* se imponía excluyendo aquella opción de derrota.

Sin embargo, la concepción formalista, pero translúcida, de las normas implicó la apertura de la caja negra y *cierta* posibilidad de revisión y utilización de las razones subyacentes en términos de interpretación y directivos en aplicación. En la perspectiva del creador del Derecho, en el Derecho codificado, siempre se pudo utilizar y supuso la

utilización de los objetivos o fines de la política jurídica generadora de la norma en términos axiológicos. Pero la novedad es la posibilidad en la perspectiva para el destinatario del Derecho. Porque es el destinatario quien debe aplicar las normas, y es el sujeto en tal posición el que no podía hacer uso de la norma, sino que debía centrarse en la dimensión semántica del fenómeno normativo.

1.2. La distinción categorial entre *norma* y *aplicación*, entonces se vuelve una categoría clave para poder deslindar el funcionamiento del Derecho, en tanto, norma jurídica, como algo positivo o fáctico y formal; y la aplicación como la operación de uso o empleo de aquel instrumento para resolver los casos de aplicación. Ella es una consecuencia de la distinción entre el creador del Derecho y el destinatario del mismo, donde el destinatario es mirado desde la perspectiva del que tiene poder para aplicar el Derecho al caso singular, en particular y paradigmáticamente, el funcionario público judicial que debe resolver el caso (aunque no es el único, como, por ejemplo, los jueces árbitros, o la Administración del Estado).

No obstante, la categoría de la aplicación del Derecho, en tanto resuelve casos singulares y ordena cierto estado de cosas para las partes, posee un aspecto directivo o potestativo en su actuar, pero singularizado a aquéllas a las que le piden su actuar o se ven involucradas en la resolución del problema de aplicación. Es aquí, en el contexto de aplicación, donde se encontrará la discusión de la derrotabilidad.

1.3. La distinción entre *reconstrucción normativa* y *aplicación*. Si nos centramos en el órgano aplicador, como el juez, éste en tanto destinatario debe reconstruir el Derecho, es decir, las normas jurídicas, en su aspecto sintáctico, semántico e ilocutorio; a dicha actividad usualmente se le llama “interpretación”, y puede recurrir a diversos instrumentos en diversos ámbitos; es la reconstrucción de la normativa. Otra actividad que realiza el órgano de aplicación es examinar las posibles adjudicaciones de consecuencias jurídicas al caso singular. Ambos constituyen dos niveles distintos, pero interconectados, de la actividad del órgano adjudicador: en la fijación de las condiciones de aplicación como producto obtenido desde la reconstrucción normativa, y la evaluación interpretativa de la potencial aplicación de las normas proyectadas. Si bien, en la faceta operativa del Derecho (para hacerlo operativo en la práctica), el discurso de adjudicación puede expresar o no el primero, la reconstrucción, siempre debe expresar el segundo, con mayor o menor argumentación. En este último contexto, el de aplicación, es donde ubicamos la derrotabilidad para nuestro tema, y muestra su interés: es en este contexto donde debiendo proceder la consecuencia jurídica general de la norma para el caso singular, no va a proceder.

1.4. El nivel de fundamentación o justificación axiológica y su proyección. Ambas distinciones implican dos niveles de afectación para el destinatario: a) el de la reconstrucción normativa o interpretativa, y b) de la aplicación del Derecho. Sin embargo, al abrirse la caja negra para el destinatario, los valores, principios, propósitos y fines entendidos como lenguaje, tendrán una potencial interrelación semántica con los enunciados de la reconstrucción normativa y de la aplicación. Esto muestra una imagen nueva del Derecho: se trata de una interrelación que forma una red de enunciados más amplia y heterogénea, con consecuencias metodológicas. Con esto se abre la ventana de una de las

condiciones de la derrotabilidad en el contexto de aplicación: la relación axiológica y de aplicación.

1.5. De trasfondo de la derrotabilidad hay una opción lógico-metodológica. Una mirada metodológica de la interrelación de los enunciados de principios y valores con los enunciados normativos y los enunciados de la potencial o concreta aplicación (*i.e.*, del nivel 1, 2 y 3 del discurso jurídico), hace que los enunciados se entrelacen bajo criterios de coherencia. Pero también implica que las *interrelaciones no se puedan dar de forma perfecta* en los tres niveles de enunciados, respecto del contexto de los casos de aplicación. En cierto sentido es el exceso de generalidad de las normas el que está causando problemas en los casos de aplicación, como se decía antiguamente.

Se puede producir, y se produce como base de la derrotabilidad por vía de excepción implícita, una tensión entre los valores subyacentes de la norma y los principios subyacentes del sistema jurídico frente al aspecto regulativo de las normas. Es la perspectiva normativa del análisis el que ve el choque entre ambas dimensiones. Pero aquí debemos entender que el choque, en cuanto tal, no implica nada más. Entonces, para abrir la puerta a la derrotabilidad se requiere tomar una *decisión lógico-metodológica*: se establece cierta tipo de *primacía* de los principios y valores sobre las normas, en una integración vertical del discurso, para efectos de interpretación y alcance. Precisamente, cuando debía proceder, en la operatoria, la consecuencia jurídica general de la norma ella no procede por razones axiológicas manifestadas en el contexto de aplicación. Sólo así metodológicamente se puede producir y abrir el paso a la función correctiva de los principios y valores frente a la dimensión regulativa de las normas jurídicas. Dicha función implica retomar una especie de justicia correctiva, como la que cumplía la vieja *aequitas* en relación con la semántica de las reglas.

1.6. La primacía de la norma frente a los principios. Sin perjuicio de lo expuesto, se constata, además, que confluye sobre este tema en perspectiva del sistema jurídico —por su evolución— una primacía escénica de las normas sobre los principios y los valores. Ello porque los principios encarnan un valor no ponderado o balanceado con otros valores, mientras que las normas en su especificidad sí implican cierta ponderación de valores. De esta manera, cuando el potestado normativo produce una norma, presupone la realización de cierta ponderación, como en la legislación que prohíbe fumar, que pondera el valor del medio ambiente libre de contaminación con el valor de la libertad de acción, en tanto que la normativa se concibe como una forma de coordinación social frente a la oferta de valores y sus posibles conflictos. Entonces, la toma de una decisión de potestad para decidir estos problemas de sopesamiento entraña, en este específico sentido, una primacía en la relación con un principio involucrado en la ponderación, y así una primacía escénica en el ámbito jurídico, de las bases de la derrotabilidad por excepciones implícitas.

1.7. El criterio correctivo que opera en la derrotabilidad en los sistemas codificados de principio de legalidad, en sentido de bloque de normatividad, implica una corrección *principalmente interna* dentro del sistema, lo que supone una consideración de sensibilidad de los valores y principios al contexto en que se encuentren, en el contexto del discurso del creador del Derecho (cara A) o del destinatario (cara B).

Son internos en cuanto los principios y valores subyacentes a la propia norma o que son reconocidos por el propio sistema jurídico normativo, de forma explícita o implícita, son los actores de la situación. En la cara A ellos vienen de un punto de fuga del sistema: las consideraciones de moralidad política del potestado normativo. Pero en la cara B, del destinatario, no existe tal punto de fuga, sino que son reconstruidos como parte del discurso normativo, de manera que se observan como internos o jurídicos, frente los externos (no recogidos por el sistema y sus unidades). Esto constituye una buena razón para calificarlos, desde el punto de vista del destinatario (cara B), como *principios y valores jurídicos*, y que los separa de los no jurídicos —aunque juridizables— que no son de alguna manera reconocidos en el sistema. En cierto sentido, para el destinatario del Derecho los valores y principios aparecen con cierto rasgo de formalidad, porque quedan entrelazados en las interrelaciones normativo-formales del discurso jurídico normativo. Esta forma de comprensión trae aparejada una mirada teórico reconstructiva y metodológica. Teórica, porque implica una conjetura de los destinatarios, sobre cómo se construye y desarrolla la normatividad en su contexto axiológico. Y, metodológica, porque se validan los principios y valores en las propias normas jurídicas o en su aspecto semántico. Esto implica una comprensión del razonamiento como una especie de circularidad reflexiva: ya que los principios y valores jurídicos se validan en las normas, pero, a su vez, ellas, las normas jurídicas, toman sentido y alcance de su relación con los principios y valores jurídicos.

Bajo esta comprensión, el juez no puede atrincherarse válidamente para expresar su argumentación en los principios o valores morales (externos) que le parezcan más importantes, sino que debe proceder a reconocer en el sistema jurídico los principios de acuerdo a las normas convencionales que aparezcan como pertinentes y jerarquizados según su raigambre jerárquico normativa y discursivo material.

Sin perjuicio de ello, de todas formas en el sistema codificado sí hay una opción de corrección externa, pero siempre de acuerdo a fórmulas de escape autorizadas por el propio sistema jurídico. Ello se da cuando la normativa misma remite a las fuentes morales, como en ciertas materias contractuales, y se produce un choque entre la ley y la moral (que da lugar a la denominada “derrotabilidad radical”), o en los casos que la ley permite el uso de la equidad al juez en las materias de la jurisdicción arbitral de equidad (muy usualmente utilizada derrotando las normas legales y contractuales en los asuntos de salud en Chile).

1.8. Desde el punto de vista de los modos de producirse la derrota de la norma jurídica, en tanto bloqueo de la consecuencia jurídica general, el examen mostró dos formas que se relacionaban con ella: las *lagunas axiológicas* y las *excepciones implícitas*. En el ámbito del Derecho continental estas últimas se tienden a identificar con la derrotabilidad, y son sólo ellas las que nos importaban en el contexto de nuestro trabajo. Existe una tercera forma que podría implicar la derrota de la norma: el *disenso de moralidad política* trastocando el balance axiológico, cuasitípico, subyacente de la norma, pero que en el diseño de los sistemas jurídicos codificados quedaba fuera de opción, porque no sólo abrir el contenido de la caja negra, sino manipular su contenido alterando el balance de las razones subyacentes estaba prohibido; límite que aún se encuentra vedado por la extensión de las reglas básicas del sistema codificado, que establece competencias preferente al potestado normativo, como el legislador, para la toma de decisiones generales sobre los potenciales conflictos sociales. Pero también de pasada esta tercera opción muestra que el sistema puede vedar las opciones

de la derrotabilidad, de acuerdo a ciertas consideraciones, precisamente, sistémicas generales.

Las dos primeras formas antes vistas son expresiones de la derrotabilidad en el nivel de aplicación, en tanto que, como ya pudo anticipar el lector, la conclusión jurídica de las normas no se sigue, no obstante que el caso *semánticamente* estuviere cubierto por la norma, y es una derrota porque otra cosa la supera o la interfiere para que no se produzca la consecuencia que debía seguirse *prima facie*. La anomalía se da entre la semántica, el valor o principio y un rasgo o propiedad de un caso singular que conecta con las dos primeras.

Ambas expresiones de derrotabilidad se van a conjeturar sobre la base del defecto de *vacío axiológico* en aplicación, es decir, por falta de consideración axiológica. No obstante, se concretan en muy disímil manera (a diferencia del disenso de moralidad política, en que la norma sí implica un pronunciamiento axiológico sobre el caso). Esa diversa forma es la base de la distinción conceptual entre una y otra.

1.9. Las *lagunas axiológicas* tratan básicamente de un problema *de alcance*. Aquí es la razón subyacente de la propia norma pertinente o decisoria del caso, es decir, el valor o principio detrás de aquélla, el que no alcanza o no tiene cobertura sobre el caso singular. Esto es una situación en donde el texto de la norma es sobreincluyente semánticamente respecto de su dominio de casos en contraste con la razón subyacente. Se trata de una anomalía *interna* de las diversas dimensiones (regulativa y axiológica) de la norma jurídica.

1.10. Por otra, en las *excepciones implícitas* la referimos a un caso de un *nuevo conflicto no ponderado de razones subyacentes a la norma o el sistema*. En el caso singular queda cubierto o alcanzado por la semántica de la norma y además queda cubierto o alcanzado por la razón subyacente privilegiada, al menos en principio. La problemática de su especialidad es que la configuración axiológica de trasfondo de la norma está cuasitipificada o taxonomizada en términos de un conflicto de valores de tal manera que un valor V_1 vence al valor V_2 , y ello es lo que expresa el contenido de la norma. Pero lo que ocurre en el caso singular, es que existe un nuevo conflicto no previsto por la taxonomía subyacente de la norma entre el valor preferido por la expresión de la norma V_1 , pero que se encuentra en conflicto con otro valor V_3 , un principio o valor (que tiene las características internas al sistema o marginalmente externa). Situación en la cual exige una nueva ponderación del conflicto.

En ambas formas de derrota, las situaciones son sobreincluyentes en su semántica, en relación con los valores y principios, pero en modos diversos. Sin embargo, el escenario de la derrotabilidad es disímil. En la laguna, es un problema interno a norma concebida de manera compleja, y, en las excepciones implícitas, es un problema externo a la norma originado por la singularización del valor o principio V_3 o eventualmente una especificación del valor general, pero no en la forma especificada o tratada en la norma.

En ambos casos existe un vacío axiológico, en tanto que el caso no está cubierto por la axiología subyacente, en uno, la laguna, por el *valor privilegiado* por la norma; en el segundo, la excepción implícita, por la *conjunción de valores* aceptados y descartados. Sea como fuere, la segunda situación exige alguna operación de selección del caso, como un

balance de razones intuitivo o reglado, o un contraste, que no está presente en la primera, o la mediación de una hipótesis específica de excepción. No lo está, precisamente, porque la primera no importa un problema de conflicto, mientras que la segunda sí que requiere una decisión o hipótesis de solución.

1.11. Al actuar la excepción implícita de un principio ella trae como consecuencia el bloqueo de la norma, de manera que ésta pierde relevancia jurídica para decidir o concluir el caso singular, en un esquema argumentativo y en la decisión final de la resolución del caso. En el fondo, se afecta la relevancia jurídico temporal de la norma, por una solución particular (de algunos o algún), para el caso.

En cuanto a las hipótesis *ad hoc*

1.12. El compromiso con el sentido empirista de la ciencia. La noción de hipótesis *ad hoc*, en cualquier noción implica cierto compromiso de trasfondo con el sentido empirista de la ciencia. Aquí “empirista” está empleado en un sentido amplio, esto es, que no importa un compromiso con el realismo externo. Se refiere aquí tanto para lo empírico como para la apariencia de lo empírico. En este sentido, empírico implica una noción de referencia para el actuar de la ciencia, sea para *explicar* la realidad o para *dar cuenta* de ciertos fenómenos.

Entonces, el problema que viene a plantearse por las hipótesis *ad hoc* es que constituyen un riesgo para el compromiso científico con lo empírico en un sentido amplio, ya que apunta de soluciones para el caso y con tintes particulares, se puede dar cuenta de cualquier problema de la realidad o de lo que aparece en el laboratorio como tal, y así con el propio compromiso de la ciencia con ese sentido empirista.

1.13. El escenario de la *ad hocidad* supone una teoría principal *T* que es la aproblemada; una anomalía: una situación particular respecto del cual *T* refiere pero no logra dar cuenta en la práctica del caso; una hipótesis particular o especial, que viene a dar cuenta de la situación de hecho anómala.

1.14. En cuanto a la función. Es de particular importancia que comprender que la base está en la función de adaptación al problema, y que en algunos casos, quizás los más llamativos, implican la protección de la teoría que se haya en peligro de refutación. Pero ello es más bien contingente. La teoría de los paradigmas implica que no siempre las teorías están riesgo de refutación, y en tanto no haya una teoría competidora el problema no será un riesgo inminente. Es particularmente relevante tener en cuenta que la hipótesis de Planck no surgió como una forma de proteger la teoría de la refutación, como se expresó en el cuerpo principal del texto, sino que más bien como una curiosidad o un campo abierto al cual se enfrentaba la teoría.

1.15. Una noción general de las hipótesis *ad hoc*. Ellas aparecen como respuestas especialmente dirigidas a ser adaptaciones a ciertos resultados o experiencias de la realidad, que se encuentran en una relación anómala para con la teoría que busca explicar o dar cuenta de cierta situación particular, pero que no lo puede hacer.

Luego aparecen dos elementos propios de la hipótesis: la dirección u objetivo de la hipótesis, que implica un propósito estrecho manifestado de diversas maneras, pero que se orienta al problema y busca adaptarse a él. Luego, eventualmente, una respuesta de tipo particular o especial, que implica una no referencia a más problemas, ni apoyo teórico, o que importa instrumentalizar ciertos elementos teóricos, reformulándolos para dar especialmente cuenta del problema.

1.16. Pluralidad de nociones de hipótesis *ad hoc*. La existencia de una gran variabilidad de formas que adquiere el empleo de las hipótesis *ad hoc*, ha traído consigo una diversidad de formas de concebir la respuesta frente a las estrategias que implican tomar una postura frente a las hipótesis *ad hoc*. Es así que existen al menos cinco nociones bien discutidas en filosofía de la ciencia, tales como la noción de no contrastabilidad independiente; la de no corroboración independiente; la subjetivista-estética; la de no fundacionalidad, y la de falta de coherencia. Cada una de ellas implica una respuesta especialmente dirigida al problema, pero salvo la subjetivista-estética, las demás implican una respuesta particularista.

Las versiones de las nociones de las hipótesis *ad hoc* son en parte punto de contraste para la comparación analógica.

1.17. La versión de la no contrastabilidad independiente implica la determinación de la *adhocidad* mediante el criterio de contrastabilidad en el ámbito jurídico. Éste importa en la ciencia que la referencia de la teoría o hipótesis tenga consecuencias contrastables con la realidad. De esta manera, se excluye a las teorías metafísicas. En otras palabras, que tenga falsadores potenciales que hagan que la teoría sea refutable empíricamente, o mejor, por una combinación de contrastación empírico-lógico. Su independencia, por otra parte, quiere decir que la explicación no refiere a más cuestiones que el caso particular o singular anómalo A. En términos coloquiales, sólo es una vulgar excusa para cubrir un caso. El ejemplo paradigmático era la hipótesis de la contracción de Lorentz, para el nulo resultado del experimento Michelson-Morley, para la teoría electromagnética del éter luminífero (dicho ejemplo terminó finalmente refutado).

En combinación implican que la hipótesis no refiera a más puntos que al particularmente problemático. De esta manera, la referencia es particularista: sólo para el caso, que es una forma de concretar la dirección especial o adaptabilidad de la hipótesis sólo a dicho caso. En cierto sentido, es la manifestación objetiva del presupuesto de propósito adaptativo en la confección de la hipótesis.

1.18. La noción de la falta de corroboración independiente a diferencia de la anterior, supone que la hipótesis sí tiene una referencia superior al caso anómalo. Sin embargo, toda la referencia que excede en contenido de información a la anomalía no resulta corroborada. No tiene razones de apoyo para justificar el exceso de contenido. De trasfondo de ello hay una cierta presunción de cierto carácter fraudulento de la generalidad de la hipótesis, que viene a esconder nada más que una respuesta particular para el caso anómalo. El ejemplo paradigmático era la postulación de Le Verrier de los planetas Neptuno y Vulcano, que no fueron corroborados, para explicar una particular anomalía en la teoría referida a la teoría newtoniana aplicada a las órbitas de los planetas.

1.19. La noción subjetivista-estética es la más simple de todas porque en cierto sentido es puramente *ad hoc*. Pone como condición la anomalía, y luego postula una segunda condición que es la explicitación del *propósito*.

La explicación es subjetivista porque refiere al propósito del teórico, y es *ad hoc* pues el propósito es estrecho al estar dirigido directa y exclusivamente a dar respuesta a la anomalía. Es así que la hipótesis se ubica en un contexto de ciencia privada donde se supone que la teoría es “cocinada para” responder a la anomalía. La respuesta no tiene más que *ese objetivo*. Dentro de su conceptualización no importa que la hipótesis presente conexión con otras teorías (apoyo teórico), como en el caso de la hipótesis de la contracción de Lorentz. Eso no es relevante, porque, por una parte, la teoría está derecha y explícitamente dirigida al problema, y, por otra, la hipótesis no es una respuesta *fundamental*, sino *especial*. Esto último, lo hemos traducido en el sentido de que no da una respuesta al fondo del problema o que iría al corazón del asunto de manera de obtener una visión unitaria de la temática de problemas tratados por la teoría que disputa y así dar cuenta de manera global a los problemas.

1.20. La noción de falta de fundacionalidad es la más compleja de todas, pero, a la vez, la que ofrece una respuesta exageradamente global a más problemas que la mera hipótesis *ad hoc*. Ella plantea cinco condiciones, mas sólo cuatro refieren a la hipótesis *ad hoc*. La quinta es un agregado de la situación global problemática en que se encuentra la teoría auxiliada o suplementada.

La *condición de anomalía experimental*, da cuenta específicamente de la relación de problema entre el caso singular y la teoría que refiere a él, pero que en la práctica no le puede dar cuenta por sí sólo. La *condición de justificación*, por su parte, discurre en términos lógicos, en manera tal que el caso singular problemático se encuentra en una relación lógica de justificación respecto de la hipótesis auxiliadora. Se agrega que la hipótesis no debe tener ningún otro apoyo o corroboración (empírica) adicional, y que, además, no tenga apoyo teórico adicional, lo que implica que no hay coherencia con otras teorías. La *condición de tentativa (de confirmación)*, como su nombre lo indica, supone que no hay suficientes razones evidenciales para sostener que sea verdadera o falsa la hipótesis (similarmente como cuando Lorentz postuló la hipótesis de la contracción y sostuvo precisamente que era muy difícil determinar que hubiera antecedentes para corroborarla o refutarla). La *condición de consistencia* se formula en condiciones tales que requiere que la hipótesis introducida sea consistente, es decir, no sea contradictoria, con la teoría principal, para efectos de que no sea considerada como refutada (también en similar concordancia con el apoyo que Lorentz encontraba respecto de su hipótesis de la contracción, en relación con la teoría que apoyaba). La *condición de no fundacionalidad*, es un enjuiciamiento a la teoría auxiliada. Esta condición nos dio pie para un análisis de escenario de *ad hocidad*. Supone que la teoría principal con problema frente a la anomalía, ya que adolece dicho problema, es que presentará otros más y que estén relacionadas con el problema de que adolece, y que ofrecen razones para estimar que la teoría no tiene fundamentos o fundaciones suficientes para dar respuesta a todos esos problemas; si esto es así, ello viene a configurar un escenario global que enmarca la *ad hocidad*.

1.21. La noción de falta de coherencia hunde sus raíces en el famoso *ad hoc*₃ de Lakatos, la que supone una falta de coherencia con el espíritu del programa de investigación científica que esté en la referencia. Aquí el caso paradigmático es la hipótesis de Planck desconectada de la teoría newtoniana cuando surgió.

Su mejor versión está expresada por una explicación más contemporánea que señala que la hipótesis se encuentra dirigida para salvar una teoría de su refutación por un caso singular o particular. Además, el caso problemático es la única evidencia, o razón de apoyo, de la hipótesis introducida. Pero el carácter arbitrario de la hipótesis deviene del hecho de que la teoría no es coherente ni con la teoría que trata de salvar, ni tiene apoyo teórico en el trasfondo de teorías.

Sobre las analogías entre las excepciones implícitas y las hipótesis *ad hoc*

Las posibles analogías que se han encontrado a través del texto refieren en este caso a una noción general de la *ad hocidad*, que fuere aplicable al Derecho y a la ciencia.

1.22. La doble naturaleza y dirección de la aplicación. Éstas son una de las bases para construir la analogía y la más polémica. Por un parte, la aplicación en materia de Derecho se la considera estrictamente normativa o directiva, lo que quiere decir que en aquélla se dispone la conducta que deben seguir los ciudadanos, esto es, deben ajustar su comportamiento al discurso jurídico (y con las cuales éstos se guían para ello). La relación de ajuste es de mundo a palabras. Junto con ello, aparece el argumento de que la aplicación parece ser una operación de razón práctica, con lo que parece suficiente para no ahondar más el asunto.

Sin embargo, la tesis de que en los sistemas de Derecho codificado el destinatario potestativo, como el juez, debe reconstruir el Derecho hipotéticamente, de manera conjetural, porque el Derecho y las normas se encuentran en el mundo exterior, y éste sigue la regla, aparece como igualmente fuerte. De manera que para aplicar se debe hipotetizar. Luego, la base de la aplicación, las condiciones de aplicación, la premisa de Derecho, es una premisa hipotética; por lo que la inferencia tiene una base hipotética (es hipotética-normativa). A lo anterior, debe agregarse la enorme influencia de los esquemas conceptuales, las teorías jurídicas como sistemas de hipótesis y enunciados, en el proceso de formación del Derecho y de formación de los operadores del sistema jurídico, lo que importa en la práctica concebir la normativa como un fragmento de una teoría, donde los enunciados normativos quedan entrelazados en una enorme red teórica y de discusiones. Ellos, en tal carácter, son la base teórica de la adjudicación de consecuencias en el caso, como vimos en el caso del delito o tipo de estafa, una fórmula complemente teórica que se aplica en la práctica aplicativa. Entonces, aquí estamos hablando de otra forma de concebir las normas jurídicas en el contexto de aplicación del destinatario: como de una norma teorizada. Por lo demás, las aplicaciones respecto del juicio sobre la calificación jurídica de los hechos constituyen una aplicación hipotética, y continuación del proceso teórico, respecto también de hechos fijados en calidad de hipótesis. Luego, la propia introducción de la excepción sigue manteniendo una base de tal calidad, es decir, la construcción de la excepción incluso como lo que se denomina como “regla”, es una mera hipótesis. Y ello no

sólo porque está fuera del mundo, sino porque quien genera la hipótesis no es directamente el legislador o creador del Derecho, sino que es el propio destinatario, quien carece de poder para crear una norma jurídico general positiva. Luego, por más que sus enunciados tenga forma deóntica, si el contexto no es potestativo, no hay norma jurídica que crear, sino una hipótesis más o menos fiel al Derecho, con más o menos bases, pero una hipótesis al fin y al cabo.

Además, cuando estamos hipotetizando en la aplicación, también estamos mostrando qué tan apegado a Derecho es nuestro conjunto de hipótesis de aplicación, lo que supone una reconstrucción de lo que se supone que se espera que se desarrolle el Derecho en aplicación; expectativa a la cual puede atender como criterio el propio aplicador. Si todo esto es correcto, entonces hay buenas razones para sostener la doble naturaleza y faz de la aplicación, en términos de direcciones y calificaciones. Lo que da razones para sostener que una *hipótesis adicional*, para el caso de las situaciones de excepciones implícitas, es la que *se está introduciendo* en la derrotabilidad, y que podría haber una derrota teórica en el caso.

1.23. Pero, además, si la línea argumentativa es correcta, y entendemos que las hipótesis *ad hoc* son parte constituyente de nuestra reconstrucción del mundo, y el Derecho es parte de la reconstrucción del mundo, que los seres humanos hacen en la vida diaria, entonces también hay *bases* para sostener que las *hipótesis ad hoc* se pueden aplicar a la reconstrucción del Derecho, tanto a los niveles o contextos de: a) de reconstrucción normativa o interpretativo, y b) al contexto de aplicación del mismo.

1.24. El *presupuesto epistemológico compartido* en ambos casos refiere a la limitación cognoscitiva de las hipótesis *ad hoc* y de las excepciones implícitas. La falta de un conocimiento completo del mundo, tanto en su estado actual, en sus perspectivas, como en su evolución son la base de ambas figuras. Ambas suponen que al no poder dar cuenta completa del mundo, diversos hechos pueden quedar sobreincluidos en nuestras referencias, de manera que hacemos predicciones de ellos o los englobamos en nuestras reconstrucciones teórico-normativas, sin que sea correcto. Nuevas enfermedades, descubrimientos nuevos, nos dejan comprometidos con nuestras teorías, con el potencial lógico de ellas, sin que se corresponda correctamente con esos descubrimientos o con las adaptaciones de nuestras intuiciones normativas. El choque de propósitos jurídicos subyacentes, por desconocimiento de los nuevos casos, es parte de esta realidad del ser humano que comparte en ciencia y ámbito jurídico y que implica un punto de conexión entre ambos mundos.

1.25. El *escenario* de la *ad hocidad*, supone una construcción muy similar. Existe una teoría jurídica o de hecho, que es la teoría principal en el escenario, que puede ser una teoría como la del éter luminífero o una teoría sobre una norma o conjunto de normas *TN*, como la teoría sobre los testamentos y los causantes. Ella es la que pretende dar respuesta a un cierto problema que se concreta en un hecho: una respuesta inapropiada, como el experimento Michelson-Morley, o el sobrino que mató a causante para heredar. Frente a ello se recurre a una respuesta externa a *T*, especialmente dirigida a ese problema: en el ámbito de la ciencia, un problema de cálculo, las diferencias son muy pequeñas, o en el caso de Le Verrier el supuesto de la existencia de planetas invisibles; en el ámbito jurídico, *HP*, *HE*, *HAE+HCE* el principio del acto propio, la libertad de expresión, una excepción especialmente creada para el caso.

1.26. La *anomalía del caso singular*. De acuerdo a lo visto en el texto, y como ya hemos referido, la falta de conocimiento sobre la evolución del mundo y nuestro lenguaje mediante enunciados generales, nos deja comprometidos con nuestras teorías. Tanto en las hipótesis *ad hoc* como en las excepciones implícitas el problema se produce a nivel de ciertos hechos. Tanto en uno como en otro ámbito, un hecho, una situación, puede quedar con una respuesta inadecuada por parte de la teoría, por la teoría jurídica sobre una norma o normas *TN*, como por una teoría fáctica o científica '*TC*'. El concepto es igualmente *relacional* entre la situación de hecho singular y la teoría '*T*', y la inadecuación de respuesta de *TC* frente a un hecho.

La anomalía en ambos casos puede ser singular o particular. Es decir, puede tratarse de un caso que se da una vez o podemos determinarlo una vez, o puede tratarse de una especie de casos de un universo.

Una anomalía tiene un sentido regulativo o normativo. No es una cuestión poco probable o imprevisible, sino que se le define en el marco de la teoría reconstructiva y la metodología, como algo que se sale de norma, en nuestro caso de la teoría reconstructiva.

Involucra una teoría cuyos enunciados declarados o extendidos, refieren al mundo de manera inadecuada en el sentido de abarcar más de lo que debían. En la *TC* se expresa como ha de ser el mundo, y en ciertos hechos no es así; en la *TN* expresa como debe ser el mundo (por referencia al Derecho), y en ciertos hechos no es así: no lo es porque no lo previó, en la conjunción del conflicto axiológico de trasfondo, o porque intuitivamente el valor privilegiado en *TN* se muestra como inadecuado (por percepción de una especie de sentido de justicia). Sea como fuere, *TN* no da respuesta adecuada para el caso singular o grupo de casos, en correspondencia con lo que sucede con *TC*.

1.27. El *carácter sucedáneo* de lo *ad hoc*. Parte de la teoría de la ciencia concuerda en que la respuesta *ad hoc* no es lo óptimo, para algunos ello implica una calificación negativa más fuerte: peyorativa. Sin embargo, por lo que hemos visto, basta este carácter de sucedáneo a la forma de dar cuenta o explicar el mundo, donde una *TC* más potente debería hacerlo y desplazar a la *ad hoc*. En el caso del ámbito jurídico, una situación análoga ocurre pero con su especialidad, una *TN* o conjunto de *TN* más potente debería dar cuenta del hecho, esto es, algo que se incorporara en la *TN*. En este sentido, el carácter sucedáneo da buena cuenta del no favoritismo con respecto a las soluciones particularistas en el Derecho, pero sí en favor de soluciones de teorías generales bien fundadas.

1.28. La *función adaptativa* y de *protección*. Tanto en la ciencia como en las excepciones implícitas la intervención de la excepción como de la hipótesis se da, según lo que hemos visto, de manera adaptativa a la anomalía. Si nosotros vemos la anomalía desde el punto de vista subjetivo, esa adaptación se da con mayor razón cuando interviene el principio o la excepción de principio, ya que pretende responder a la intuición de la anomalía, a esa sensación de injusticia o inadecuación en la manera que está planteada *TN*, para este caso particular. De hecho, todas las construcciones de las operaciones que resuelven la anomalía del choque de *TN* y *HP* importan encarar y adaptarse a la anomalía.

Observamos que también la hipótesis *ad hoc* en el ámbito jurídico puede implicar protección y aun en el ámbito de aplicación: buscar cubrir la respuesta de la teoría, frente a anomalías de aceptabilidad de cierta tesis que se proyecta a un caso con una consecuencia poco aceptable, como en el caso de quien pretende obviar que la inobservancia de un plazo legal no produce incumplimiento, para lo cual se debe introducir una hipótesis protectiva que pretenda justificar el caso. Pero en estos casos, nos encontramos fuera del ámbito de las excepciones implícitas, ya que aquí son puramente adaptativas en el choque de dos entidades hipotéticas.

1.29. La *corrección argumentativa*. Esta idea de corrección va de la mano con la idea de adaptación, pero connotativamente es distinta. En ciencia la hipótesis va a corregir una deficiencia de la *TC* principal, y para eso se adapta. En el ámbito jurídico también corrige la deficiencia de solución de *TN*, respecto de un caso no previsto pero cubierto semánticamente. Pero ello supone la mirada de que *TN*, en tanto reconstruye las normas, debe ser la principal protagonista de las soluciones en el ámbito del Derecho.

1.30. El efecto de *interferencia*. Las hipótesis *ad hoc* tienen un sentido de interferencia no necesariamente para todo caso, pero sí para las anomalías o excepciones. Cada vez que surge una anomalía cuando la cubrimos con una hipótesis *ad hoc*, estamos justificando porqué la teoría no cubre allí el caso —aunque debiera—, y la hipótesis se introduce para bloquear el dominio de *TC*. Precisamente lo mismo ocurre con la excepción implícita, su introducción bloquea en el caso dominio que la semántica de la *TN* cubre para el caso, y la hipótesis de excepción interfiere en el caso sobre el dominio.

1.31. La *respuesta especialmente dirigida*. En este punto encontramos la intervención de la excepción misma junto a la hipótesis *ad hoc*. Ella constituye el elemento nuclear de la *ad hocidad* en términos generales. El estar dirigida la hipótesis hacia el problema. Por supuesto que ello tiene un doble sentido. El propósito de la respuesta es estrecho: en términos de dirección u objetivo, la hipótesis *se la selecciona o surge* al escenario *para encarar* la anomalía, y está dirigida para ello. La hipótesis científica se genera para cubrir el problema que *T* no puede, la órbita de Urano o Mercurio, o el problema del heredero asesino. La respuesta está dirigida a ello, porque se ha seleccionado para cubrir la intuición anómala. No se crea para trabajar la teoría general de alguna figura, sino para *lo implícito*. Por ello es que la respuesta a veces se concibe de manera intuitiva para el caso; o el balance reglado mira las condiciones específicas del caso y ellas intervienen primordialmente, mediante una estimación protectiva de cierto valor, como un cerco construido según cierta importancia que se estime para dicho valor por el aplicador en vistas del caso; o en la generalización desde ciertos casos paradigmáticos relativos a este caso, o ciertas consideraciones básicas del *ethos* o del sentido común, para estos tipos de casos, precisamente por ser este tipo de casos. En ese sentido, se cumple la analogía.

Sin embargo, si ella es complementada en términos objetivos se vuelve mucho más complejo, y va a depender de la respuesta que se de en la posición que se tome. Porque podría abarcar soluciones que son generales o fundamentales, lo que implicaría una toma de posición detallada.

Nociones de hipótesis *ad hoc* en el Derecho

La importancia de las nociones de hipótesis *ad hoc* en el Derecho en vista a la ciencia empírica, es la experiencia que en esta última se ha tenido respecto de enfrentar el problema de la *ad hocidad* en su propio ámbito y huir de la consideración generalista de que la *mera* adaptación de las hipótesis implicaba tener una hipótesis *ad hoc*, en la medida que parece ser un objetivo general del conocimiento adaptarse o acomodarse a los hechos problemáticos.

1.32. De las cinco nociones, las de apoyo independiente y la noción de falta de fundaciones implicaron un descarte rápido por una escasa adecuación a la forma de las excepciones implícitas. Las que mejor resistieron el examen fueron la contrastabilidad independiente y la noción subjetivista-estética. Sin perjuicio de lo cual todas realizan algún aporte interesante a una mejor forma de concebir las hipótesis *ad hoc* en el Derecho.

1.33. La noción de contrastabilidad independiente y el principio de legalidad en sentido amplio. El presupuesto es la anomalía entre la teoría *TN* y el caso singular. Ofrece un concepto de sumo interés en la trasvasije de conceptos adaptados, en la idea de compromiso abstracto, en principio o débil con la legalidad en sentido amplio o de juridicidad que incluya todo el bloque de legalidad y estándares normativos positivos, de modo que una hipótesis *ad hoc* implique que, de alguna manera, no refiera o se extienda más allá del problema jurídico involucrado, sin exceso de contenido, particular o singular: no más normas jurídicas positivas que las que busca reconstruir o condiciones jurídicas de aplicación referidas con la anomalía del problema o no más problemas singulares o específicos.

El desarrollo de la noción a las diversas operaciones de introducción de la excepción implícita trae como resultado que quedan como sin contrastabilidad independiente todas las hipótesis que invocan criterios morales o religiosos o de equidad en tanto están fuera del sistema jurídico.

Si se contempla la introducción de una hipótesis específica, particular, para el caso, entonces será una regla *ad hoc*, ya que carece de otra referencia, salvo a la especie de casos problemáticos.

Curiosamente, el caso más *ad hoc*, el de la invocación del principio, si se trata de un principio general, como la buena fe, y que se resuelve intuitivamente al tener más referencias que el caso en cuestión, no es *ad hoc*, y, sin embargo, se estima en Derecho que la operación de posición de la excepción implícita es *ad hoc*. Esto se debe a que la *ad hocidad* refiere a cosas diversas: la que deriva de la ciencia apunta a las relaciones de *referencia*, mientras que la que se da en el ámbito jurídico de aplicación es *operacional*, alude a la operación de la respuesta, especialmente dirigida a la anomalía singular.

1.34. La noción de falta de corroboración o apoyo independiente, así como la condición de justificación en la noción de falta de fundaciones suficientes, importan un compromiso concreto o decisivo con la legalidad, en tanto que el exceso de contenido de la referencia de la hipótesis por sobre la anomalía, para ser estimada *ad hoc*, requiere que no

esté corroborada en más normas jurídico positivas o condiciones de aplicación de la cuestión problemática. Por lo que nuevamente tratándose de principios generales, como la autonomía de la voluntad o el principio general de la buena fe, al fundar más normas jurídico positivas y solucionar con expectativas justificadas más casos singulares que los problemáticos, y en tanto dichos principios pueden derivar en excepciones implícitas de normas, la hipótesis de solución no será calificada de *ad hoc* en este sentido.

1.35. La noción de falta de coherencia por razones de su configuración nos conducen a una solución más o menos parecida a la contrastabilidad independiente, ya que el apoyo teórico o su falta conduce a una evaluación de resultado similar. Sin perjuicio de ella la relación con deducción o explicación aparece de manera poco técnica desarrollada.

1.36. La noción de subjetivista-estética. Esta noción se centra en el propósito de responder a la anomalía jurídica, y pudimos desarrollarla en términos de una anomalía subjetivista, es decir, siendo coherente con una intuición del problema de la inadecuación de *TN* al caso, sin perjuicio de su manifestación objetiva en el conflicto *TN* con *HP* o *HE*.

Sin embargo, la exposición del propósito y la configuración de la respuesta especial fueron de mayor rendimiento. Primero, porque el objetivo de dirección puede relacionarse con facilidad con el sentido operativo de *ad hoc*, en cuanto a que la operación supone que la hipótesis o excepción está cocinada para introducir la excepción; sin importar otras posibles relaciones casuales. Y hasta allí, la calificación de las excepciones implícitas permite cubrir una gran generalidad de casos.

No obstante, la introducción de la idea de respuesta fundamental, en tanto una respuesta unificadora o de explicación global, pone fuera del margen a los principios generales como forma de caracterizar a la derrota por vía de excepciones implícitas, en la medida en que ellos puedan dar razón de amplias gamas de doctrina teórica-normativa en diversas materias.

1.37. Entonces, de acuerdo a lo visto hay amplias y diversas razones para establecer fuertes analogías entre las hipótesis *ad hoc* con las excepciones implícitas, partiendo desde bases teóricas o hipotéticas que permiten mostrar que puede usarse las hipótesis *ad hoc* para expresar excepciones implícitas, pasando por los presupuesto compartido, la posibilidad de captar el escenario juntamente el escenario de *ad hocidad* externo, y de excepciones implícitas, el rasgo no óptimo, la consideración adaptativa, el viejo aspecto correctivo, el efecto interferidor. Junto a ello, las diversas formas que pueden tomar las excepciones implícitas en el ámbito de aplicación en relación con las nociones surgidas en el ámbito de la ciencia, muestran que es factible expresar las excepciones implícitas en amplio margen a través de una hipótesis *ad hoc* de manera que se predique este calificativo sobre aquéllas.

2. A la pregunta respecto si la analogía que se establece es suficiente como para mostrar que las excepciones implícitas se desenvuelven a través de las hipótesis *ad hoc*, de manera de existir una unidad conceptual, en tanto que dichas excepciones sean reducibles a una variedad de hipótesis *ad hoc*, me parece es que hay razones para sostener una respuesta parcialmente negativa.

Las razones que proveen las nociones derivadas de la ciencia muestran que existen algunos reparos para configurar algunas expresiones de excepciones implícitas como hipótesis *ad hoc*, en el sentido marcado por aquéllas. Especialmente problemático es la presencia de ciertos principios generales del Derecho que son teóricamente contruidos, en particular, como la buena fe; más dudoso son los principios constitucionales no tanto por la extensión, sino por limitada conceptualización derivada de su objetivo pragmático y democrático, que presentan una conceptualización mínima.

Sin embargo, dado que la noción intuitiva de ponderación que es denominada *ad hoc*, por ser dirigida la operación directamente al caso, y obtener una solución en una operación de propósito singular, podría entenderse que por extensión de la operación, entonces la excepción misma se vuelva un calificativo de *ad hoc*. De esta manera, cubriría el caso que no pasaba el test en examen.

¿Dónde estaría el problema? En que estaríamos en presencia de un mosaico de *ad hocidad*: en términos semánticos, de relaciones lógico semánticas y de operación. Pero quizás en ese sentido la gran pluralidad de formas y procedimientos de amañeo de las teorías e hipótesis para acomodar las anomalías de datos y calificaciones, puede constituir una razón de peso para la pluralidad de nociones sobre la *ad hocidad*. En el fondo, podemos verlos como diversas cuadrículas de una gran red metodológica para recoger cierto tipo de especímenes que se dan en la práctica del conocimiento humano, para efectos de que una vez cazados se puedan evaluar metodológicamente con estrategias más finas en su selección. Si fuere así, parece haber una buena razón para producir esta caza.

Sin perjuicio de ello la tesis camina en dirección de una concepción general de la *ad hocidad* que pueda ser fructífera para un camino de unificación. Sin embargo, es posible que el costo para quien sostenga una concepción peyorativa de la *ad hocidad* sea demasiado alto, pues lo más que puede hacer la concepción general es poner un punto de sospecha, y en parte sostener que estamos en presencia de un sucedáneo de otras formas que al paladar o gusto más refinado prefieran de tener.

3. No obstante que no se pueda lograr, por ahora, un criterio unificado respecto de la *ad hocidad* en materia jurídica, las diversas analogías anotadas sobre cuestiones significativas en materia de *ad hocidad* y las excepciones implícitas, son relevantes como para poder intentar construir una noción general de ella, así como algunas nociones en la construcción de las excepciones implícitas, y así generar bases para ir refinando las construcciones *ad hoc* para este tipo de excepciones y para su incorporación en el Derecho para otro tipo figuras, pero ella implica una labor que excede con creces esta tesis de magíster.

BIBLIOGRAFÍA

FILOSOFÍA DE LA CIENCIA Y DE LA LÓGICA

- AGASSI, J: *Science in Flux*, D. Reidel Publishing Company, Dordrecht y Boston, 1975.
- ALBERT, H: *Tratado sobre la Razón Crítica*, Sur, trad. R. Gutiérrez, Buenos Aires, 1973.
- ANSCOMBE, G: *Intención*, Paidós y UNAM, trad. J. Mosterín, Barcelona, 1991.
- ANTISERI, D., y REALE, G: *Historia de la Filosofía VII*, (2ª edic. italiana de 2010), San Pablo y Universidad Pedagógica Nacional, trad. J. Gómez, Bogotá, S/f.
- BAMFORD, G: “Popper's Explications of Ad Hocness: Circularity, Empirical Content, and Scientific Practice”, en *The British Journal for the Philosophy of Science*, v. 44, nº 2 (1993).
- BARNES, E.C: “Prediction versus Accommodation”, en *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Edward N. Zalta (ed.), 2018 [Visto el 15/8/2019].
- BORDES SOLANA, M: *Las Trampas de Circe: Falacias Lógicas y Argumentación Informal*, Crítica, Madrid, 2011.
- BOUDRY, M: “The Hypothesis that Saves the Day. Ad Hoc Reasoning in Pseudocience”, en *Logique & Analyse*, nº 223 (2013).
- BRANDON, R: *La Articulación de las Razones*, Siglo XXI, trad. E. de Bustos y E. Pérez, Madrid, 2002.
- BRUSH, S.G: “Why was relativity accepted?”, en *Physics in Perspective*, nº 1 (1999).
- BUNGE, M: *La Investigación Científica*, Siglo XXI, trad. M. Sacristán, México DF., 2000.
- BUNGE, M: *Diccionario de Filosofía*, Siglo XXI, trad. M. González, México DF, 2005.
- CAAMAÑO, M: “Hacia una Noción más Robusta de Adecuación Empírica”, en *ArtefaCToS. Revista de Estudios de la Ciencia y la Tecnología*, v. 7, nº 2 (2018), 2ª época.
- CHAKRAVARTTY, A: “Scientific Realism”, en *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, EN. Zalta (ed.), 2017, <https://plato.stanford.edu/> [Visto, 24/12/2019]
- CHISHOLM, R: *The Foundations of Knowing*, University of Minnesota Press, Mineapolis, 1983.
- COPI, I. y COHEN, C: *Introducción a la Lógica*, Limusa, 2ª edic., trad. J. Rangel, México DF, 2013.
- DE LA FUENTE, S: *Análisis Factorial*, <http://www.fuenterrebollo.com/Economicas/ECONOMETRIA/MULTIVARIANTE/FACTORIAL/analisis-factorial.pdf> [visto 8/10/2019].
- DÍEZ, J.A. y MOULINES, C.U: *Fundamentos de Filosofía de la Ciencia*, 3ª edic., Ariel, Barcelona, 2008.
- DUHEM, P: *La Teoría Física su Objeto y su Estructura*, Herder, trad. M. Pons, Barcelona, 2003.
- ECHEVERRÍA, J: “Influencia de las Matemáticas en la Emergencia de la Filosofía Moderna”, en *Del Renacimiento a la Ilustración I. Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, E. Olazo (edit.), Madrid, 1994.
- FEYERABEND, P., *Tratado contra el Método*, Tecnos, trad. D. Ribes, Madrid, 1992.
- FORSTER, M. y SOBER, E: “How to Tell when Simpler, More Unified, or Less Ad Hoc Theories will Provide More Accurate Predictions”, en *British Journal for the Philosophy of Science*, nº 45 (1994).
- FRIEDERICH, S., HARLANDER, R. y KARACA, K: “Philosophical Perspectives on ad hoc hypotheses and the Higgs mechanism”, en *Synthese*, v. 191, nº 14 (2014).
- GRÜNBAUM, A: “The Falsifiability of Lorentz-Fitzgerald Contraction Hypothesis”, en *The British Journal for the Philosophy of Science*, v. 10, nº 37 (1959).
- GRÜNBAUM, A: “Ad Hoc Auxiliary Hypotheses and Falsificationism”, en *The British Journal for the Philosophy of Science*, v. 27, nº 4 (1976).

- HAACK, S: *Filosofía de las Lógicas*, 2ª edic., Cátedra, trad. A. Antón, Madrid, 1991.
- HACKING, I: *La Domesticación del Azar. La Erosión del Determinismo y el Nacimiento de las Ciencias del Caos*, Gedisa, trad. A. Bixio, Barcelona, 1991.
- HEISENBERG, W: *Física y Filosofía*, La Isla, trad. F. de Tezanos, Buenos Aires, 1959.
- HEMPEL, C: *Filosofía de la Ciencia Natural*, Alianza, trad. A. Deaño, Madrid, 1992.
- HEMPEL, C: “La Ciencia y los Valores Humanos”, en *La Explicación Científica*, Paidós, trad. N. Míguez, Barcelona, 1996.
- HESSE, M: *Forces and Fields*, Dover Publications Inc., Mineloa NY, 1962.
- M. Hesse, “Teoría y Observación”, en *Filosofía de la Ciencia*, L Olivé y A.R. Pérez (comps.), Siglo XXI, trads. L Olivé y A.R. Pérez, México, 1988.
- HOLTON, G: “Sobre los Orígenes de la Teoría Especial de la Relatividad”, en *La Teoría de la Relatividad*, L. Pearce (comp.), trad. M. Paredes, Alianza, Madrid, 1979.
- HOLTON, G: *Thematic Origins of Scientific Thought: Kepler to Einstein*, 2a edic., Harvard University Press, Cambridge, 1988.
- HOLTON, G: *Introducción a los Conceptos y Teorías de las Ciencias Físicas* (revisada y ampliada por S. Brush), 2a edic., Reverté S.A., trad. J. Aguilar, Barcelona, 2004.
- HUNT, J.C: “On Ad Hoc Hypotheses”, en *Philosophy of Science*, v. 79 (2012).
- JOHANSSON, Th., “Ad Hoc Philosophy of Science”, en *Journal for General Philosophy of Science*, nº 50 (2019).
- KITCHER, P: “Explanatory for Unification”, en *Philosophy of Science*, v. 48, nº 4 (1981).
- KITCHER, P: *Abusing Science*, The MIT Press, Cambridge Massachusetts y Londres, 1984.
- KUHN, T: *La Teoría del Cuerpo Negro y la Discontinuidad Cuántica, 1894-1912*, Alianza, Madrid, 1980.
- KUHN, T: “La Lógica del Descubrimiento”, en *La Tensión Esencial*, FCE, trad. R. Helier, México D.F., 1996.
- KUHN, T: “Objetividad, Juicios de Valor y Elección de Teoría”, en *La Tensión Esencial*, FCE, trad. R. Helier, México D.F., 1996.
- KUHN, T: *La Estructura de las Revoluciones Científicas*, 4ª edic., FCE, trad. C. Solís, México DF, 2013.
- LAKATOS, I: “La Falsación y los Programas de Investigación Científica”, en *Escritos Filosóficos 1*, t. I, Alianza, trad. J.C. Zapatero, Madrid, 2007.
- LAKATOS, I: “Cambios en el Problema de la Lógica Inductiva”, en *Escritos Filosóficos 2*, t. II, Alianza, trad. D. Ribes Madrid, 2007.
- LAUDAN, L: “The Clock Metaphor and Hypotheses: The Impact of Descartes on English Methodological Thought, 1650-1670”, en *Science and Hypothesis. Historical Essays on Scientific Methodology*, Springer-Science y Bussines Media, B.V., 1981.
- LAUDAN, L: *Science and Values*, University California Press, Berkeley Los Ángeles, 1984.
- LAUDAN, L: *El Progreso y sus Problemas. Hacia una Teoría del Crecimiento Científico*, Ediciones Encuentro, trad. J. López, Madrid, 1986.
- LEPLIN, J: “The Assessment of Auxiliary Hypotheses”, en *The British Journal for the Philosophy of Science*, v. 33, nº 3, (1982).
- LEPLIN, J: “The Concept of an ad hoc hypothesis”, en *Studies in History and Philosophy of Science*, v. 5, nº 4, (1975).
- LORENTZ, H: “El Experimento de Michelson”, en *La Teoría de la Relatividad: sus Orígenes e Impacto sobre el Pensamiento Moderno*, L. Pearce (comp.), Alianza, trad. M. Paredes, Madrid, 1979.
- LORENZANO, C: “Hipotético-Deductivismo”, en *La Ciencia: Estructura y Desarrollo*, Trotta, Madrid, 1993.
- LOSEE, J: *Filosofía e investigación Histórica*, Alianza, trad. H. Marraud, Madrid, 1989.
- LOVETT, B: *Los Creadores de la Nueva Física*, FCE, trad. J. Almela, México D.F. 1973.

- MARIÑO, X: *El Misterio de la Mente Simbólica. Cerebro, Lenguaje y Evolución*, Emse Edapp S.L., España, 2018.
- MAYO, D: “An Ad Hoc Save of a Theory of Adhocness?”, en *Error and Inference*, D. Mayo y A. Spanos (eds.), Cambridge University Press, Nueva York, 2010.
- MCMULLIN, E: “Rationality and Paradigm Change in Science”, en *World Changes*, P. Horwich (edit.), The MIT Press, Cambridge (EEUU) y Londres, 1993.
- MICHELSON, A. y MORLEY, E: “Sobre el Movimiento relativo de la Tierra y el Éter Luminífero”, en *La Teoría de la Relatividad: sus Orígenes e Impacto sobre el Pensamiento Moderno*, L. Pearce (comp.), Alianza, trad. M. Paredes, Madrid, 1979.
- MILLER, D: “Ad Hoc Hypotheses”, en *Dictionary of the History of Science*, W. Ebynum, E.J. Browne, R. Porter (eds.), The Macmillan Press Ltd, Londres y Basingstoke, 1981.
- MUSGRAVE, A: “Logical versus Historical Theories of Confirmation”, en *The British Journal for the Philosophy of Science*, v. 25, n° 1 (1974).
- POBLETE, P., *La Crítica Epistemológica de Karl Popper a Francis Bacon*, Tesis de Magíster, USACH, Santiago, 2014.
- POPPER, K: “Testability and 'Ad-Hocness' of the Contraction Hypothesis”, en *The British Journal for the Philosophy of Science*, v. 10, n° 37 (1959).
- POPPER, K: “La Lógica de las Ciencias Sociales”, en *Revista de Ciencias Sociales*, Universidad de Valparaíso, trad. C. Verdugo, n° 18-19 (1981).
- POPPER, K: *La Lógica de la investigación científica*, trad. V. Sánchez, México DF., 1991.
- POPPER, K: “Los Dos Significados de Falsabilidad”, en *Revista de Filosofía*, (Univ. Complutense), v. IV, n° 5, 1991.
- POPPER, K: “El Conocimiento como Conjetura”, en *Conocimiento Objetivo*, 4ª edic., Tecnos, trad C. Solís, Madrid, 1992.
- POPPER, K: “El Objeto de la Ciencia”, en *Conocimiento Objetivo*, 4ª edic., Tecnos, trad C. Solís, Madrid, 1992.
- POPPER, K: “Apéndice: El Cubo y el Reflector: Dos Teorías acerca del Conocimiento”, en *Conocimiento Objetivo*, 4ª edic., Tecnos, trad C. Solís, Madrid, 1992.
- POPPER, K: “El Problema de la Demarcación”, en *Popper Escritos Selectos*, D. Miller (comp.), FCE, trad. S. Madero, México D.F., 1995.
- POPPER, K: *Los Dos Problemas Fundamentales de la Epistemología. Basados en Manuscritos de los años 1930-1933*, Tecnos, trad. M. Albisu, Madrid, 1998.
- POPPER, K: *Realismo y el Objetivo de la Ciencia*, 2ª edic, Tecnos, trad. M. Sansigre, Madrid, 1998.
- POPPER, K: *Unended Quest, An Intellectual Autobiography*, Routledge, Londres y Nueva York, 2002.
- POPPER, K: “Sobre las Fuentes del Conocimiento y la Ignorancia”, en *Conjeturas y Refutaciones*, Paidós, trad. N. Míguez, Barcelona, 2003.
- POPPER, K: “La Verdad, la Racionalidad y el Desarrollo del Conocimiento Científico”, en *Conjeturas y Refutaciones*, Paidós, trad. N. Míguez, Barcelona, 2003.
- POPPER, K: “Tres Concepciones sobre el Conocimiento Humano”, en *Conjetura y Refutaciones*.
- POPPER, K: *La Sociedad Abierta y sus Enemigos*, Paidós, trad. E. Loedel, Barcelona, 2006.
- POPPER, K: “La Teoría de la Ciencia desde un Punto de Vista Teórico-Evolutivo y Lógico”, en *La Responsabilidad de Vivir*, Altaya, trad. C. Roldán, Barcelona, 2008.
- PUTNAM, H: “La Corroboración”, en *Las Revoluciones Científicas*, I. Hacking, FCE, México.
- PUTNAM, H: *Las Mil Caras del Realismo*, trad. M.A. Quintanilla, Madrid, 1994.
- QUINE, W: “Dos Dogmas del Empirismo”, en *Desde un Punto de Vista Lógico*, Paidós, trad. M. Sacristán, Barcelona, 2002.
- QUINE, W: *La Búsqueda de la Verdad*, Crítica, trad. J. Rodríguez, Barcelona, 1992.

- RADNITZKY, G: “La Extensión de la Idea de Costes-Beneficios a la Metodología”, en *Teorema*, v. 14 n° 1/2 (1987).
- RIVADULLA, A: *Éxito, Razón y Cambio en la Física*, Editorial Trotta, Madrid, 2004.
- RIVADULLA, A: Experimentos Cruciales en Física, El Caso Einstein-Lorentiz-Aspect”, en *Hipótesis y Verdad en Ciencia*, Edit. Complutense S.A., Madrid, 2004.
- RUDNER, R: *Filosofía de la Ciencia Social*, Alianza, trad. D. Cano, Madrid, 1973.
- RUSSELL, B: ¿Puede el Hombre Ser Racional?”, en *Ciencia Filosofía y Política (Ensayos sin Optimismo)*, Aguilar, trad. m. Pereyra, Madrid, 1957.
- RYLE, G: “Argumentos Filosóficos”, en *El Positivismo Lógico*, A.J. Ayer (comp.), FCE, México, DF, 1965.
- SCHAFFNER, K: “Einstein versus Lorentz: Research Programmes and the Logic of Comparative Theory Evaluation”, en *The British Journal for the Philosophy of Science*, v. 25 n° 1 (1974).
- SCHINDLER, S: “A Coherentist Conception of Ad Hoc Hypotheses”, en *Studies in History and Philosophy of Science*, n° 67, (2018).
- SEARLE, J: *La Construcción de la Realidad Social*, Tecnos, Paidós, trad. A. Domenech, Barcelona, 1997.
- SEARLE, J: *Creando el Mundo Social*, Paidós, trad. J. Bostelman, Barcelona, 2017.
- TARSKI, A: *Introducción a la Lógica y a la Metodología de las Ciencias Deductivas*, 4ª edic., Espasa-Calpe, trads. T. Bachiller y J. Fuentes, Madrid, 1985.
- VERDUGO, C: “La Filosofía de la Ciencia de Popper”, en *Estudios Públicos*, CEP, n° 62 (1996).
- VERDUGO, C: “El Realismo Ilustrado de Karl Popper”, en *Culturas Científicas*, v. 1 n° 2, (2018).
- VON WRIGHT, G.H: *Norma y Acción*, Tecnos, trad. P. García, Madrid, 1970.
- VON WRIGHT, G.H: *Ciencia y Razón*, Universidad de Valparaíso, trad. R. Vernengo, Santiago, 1995.
- WAISMAN, F: “Verifiability”, en *Proceedings of the Aristotelian Society*, Supplementary Volumes, Vol. 19, *Analysis and Metaphysics* (1945).
- WORRALL, J: “Error, Tests, and Theory Confirmation”, en *Error and Inference*, D. Mayo y A. Spanos (eds.), Cambridge University Press, Nueva York, 2010.
- WORRALL, J: “Programas de Investigación, Apoyo Empírico, y el Problema de Duhem: Respuesta a las Críticas”, en *Progreso y Racionalidad en la Ciencia*, G. Radnitzky y G. Andersson (eds.), Alianza, trad. L. Meana, Madrid, 1982.
- WORRALL, J: “Las Formas en las que la Metodología de los Programas de Investigación Científica Mejora la Metodología de Popper”, en *Progreso y Racionalidad en las Ciencia*, G. Radnitzky y G. Anderson (eds.), Alianza, trad. L. Meana, Madrid, 1982.
- ZAHAR, E: “Why did Einstein's Programme Supersede Lorentz's? (I)”, en *The British Journal for the Philosophy of Science*, v. 24, n° 2 (1973).

FILOSOFÍA DEL DERECHO, DERECHO Y MORAL

- ALBERT, H: *La Ciencia del Derecho como Ciencia Real*, Fontamara, trad. M. Salas, México DF, 2007.
- ALCHOURRÓN, C: “Para una Lógica de las Razones Prima Facie”, en *Análisis Filosófico*, v. 16 n° 2, (1996).
- ALCHOURRÓN, C: “Fundamentos Filosóficos de la Lógica Deóntica y la Lógica de los Condicionales Derrotables”, en *Fundamentos para una Teoría General de los Deberes*, Marcial Pons, trads. M.I. Pazos, A.M. Iglesias, J.L. Rodríguez, Madrid, 2010.

- ALCHOURRÓN, C. y BULYGIN, E: *Sistemas Normativos*, 2ª edic. revisada, Astrea, Buenos Aires-Bogotá, 2012.
- ANÓNIMO: *Retórica a Herenio*, Gredos, trad. S. Núñez, Madrid, 1997.
- ARANGIO-RUIZ, V: *Instituciones de Derecho Romano*, Depalma, trad. J. Caramés, Buenos Aires, 1986,
- ATIENZA, M: *El Derecho como Argumentación*, Ariel, Barcelona, 2006.
- ATIENZA, M: “Prólogo”, al libro *Retórica y Estado de Derecho*, de N. MacCormick, Palestra, trad. J.A. Gascón, Lima, 2016.
- ATIENZA, M: “Sobre ‘Creación Judicial del Derecho’ de Eugenio Bulygin”, en *Para Teoría Postpositivista del Derecho*, Palestra y Temis, Lima, 2018.
- ATIENZA M. y RUIZ MANERO J: *Las Piezas del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1996,
- ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J: “Reglas, Principios y Derrotabilidad”, en *Para una Teoría Postpositivista del Derecho*, Palestra y Temis, Lima-Bogotá, 2018.
- ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J: “La Dimensión Institucional del Derecho y la Justificación Jurídica”, en *Para una Teoría Postpositivista del Derecho*.
- ATRIA, F: “Del Derecho y el Razonamiento Jurídico”, en *Doxa*, n° 22 (1999).
- ATRIA, F: “H.L.A. Hart y la Textura Abierta del Derecho”, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, Univ. de Valparaíso, N° 17 (1999).
- ATRIA, F: “Games and the Law: Two Models of Institutions”, en *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, n° 85 (1999)
- ATRIA, F: “Las Circunstancias de la Derrotabilidad”, en *Revista de Ciencias Sociales*, n° 45 (2000).
- ATRIA, F: “The Powers of Application”, en *Ratio Iuris*, v. 15, n° 4 (2002).
- ATRIA, F., “Jurisdicción e Independencia Judicial: El Poder Judicial como Poder Nulo”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, n° 5 (2004).
- ATRIA, F., “La Ironía del Positivismo Jurídica”, en *Doxa*, n° 27, (2004).
- ATRIA, F: “Lo que Importa sobre los Principios”, en *Principios Jurídicos. Análisis y Crítica*, F. Carbonell, R. Coloma, y R. Letelier (coordinadores), Abeledo Perrot, Thomson Reuter, Santiago 2011.
- ATRIA, F: *La Forma del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2016.
- BACIERO, F: “Francisco Suárez como Gozne entre la Filosofía Política Medieval y John Locke”, en *Pensamiento Político en la Edad Media*, P. Roche (coord.), Centro de Estudios Ramón Areces, 2010.
- BARAK, A: *Proporcionalidad. Los Derechos Fundamentales y sus Restricciones*, Palestra, trad. Villa, Lima, 2017.
- BARBERIS, M: “Estructura y Dinámica de los Sistemas Jurídicos”, en *Doxa*, n° 20 (1997) trad. V. Roca.
- BARBERIS, M: “Lo que los Juristas No Dicen. Normas No Expresadas y Despositivización”, en *Revista Oficial del Poder Judicial (Perú)*, v. 9 n° 11 (2019).
- BAYÓN, J.C: “Derrotabilidad, Indeterminación del Derecho y Positivismo Jurídico”, en *Isonomía*, 13 (2000).
- BECCARIA C., *De los Delitos*, Orbis, trad. F. Tomás y Valiente, Bercelona, 1985.
- BELLO, A: “Necesidad de Fundar las Sentencias”, A. Squella (comp.), en *Andrés Bello Escritos Jurídicos, Políticos y Universitarios*, Lexis Nexis, Valparaíso, 2005.
- BELLO, A: “Observancia de la Ley”, en *Andrés Bello Escritos Jurídicos, Políticos y Universitarios*.
- BENTHAM, J: *Of Laws in General*, Hart edit., The Athlone Press, Universtity of London, Londres, 1970.
- BLACKSTONE W: *Commentaries on the Laws of England*, t. I, 3ª edic., Clarendon Press, Oxford, 1768.
- BODIN, J: *Los Seis Libros de la República*, Tecnos, trad. P. Bravo, Madrid, 1997.

- BONNECASE, J: *La Escuela de la Exégesis en Derecho Civil*, Editorial José M. Cajica jr., trad. J. Cajica, Puebla, 1944.
- CALAMANDREI, P: *Proceso y Democracia*, Ara, trad. Fix-Zamudio, Lima, 2006.
- CELANO, B: “¿Podemos Elegir entre Particularismo y Universalismo”, en *Discusiones: Razones y Normas*, n° 5 (2005).
- CELANO, B: “True Exceptions: Defeasibility and Particularism”, en *The Logical of Requiriments. Essays on Defeasability*, J.Ferrer y G. Ratti (eds.), Oxford University Press, Gran Bretaña, 2012.
- CONSTANT, B: *Discurso sobre la Libertad de los Antiguos Comparada con la de los Modernos*, trad. O. Godoy, recogido en O. Godoy, “Selección de Textos Políticos de Benjamin Constant”, en *Estudios Públicos*, n° 59 (1995).
- DANCY, J: “Moral Particularism”, en *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Edward N. Zalta (ed.), 2017.
<https://plato.stanford.edu/archives/win2017/entries/moral-particularism/> [visto, el 23/12/2019]
- DE TOCQUEVILLE, A: *El Antiguo Régimen y la Revolución*, t. I, Alianza, trad. D. Sánchez, Madrid, 1982.
- DÍEZ-PICAZO, L: *La Doctrina de los Actos Propios*, Bosch, Barcelona, 1963.
- DOMAT, J: *Las Leyes Civiles en su Orden Natural*, 3ª edic., t. I, Librería Estéban Pujal, trads. F. Villarrubias y J. Sarda, Barcelona, 1861.
- DWORKIN, R: “El Modelo de las Normas (I)”, en *Los Derechos en Serio*, Planeta-Agostini, trad. M. Guastavino, Buenos Aires, 1993.
- DWORKIN, R: *El Imperio de la Justicia*, 2ª edic., Gedisa, trad. C. Ferrari, Barcelona, 2012.
- ETCHEVERRY, A: *Derecho Penal Parte General*, t. I, 3ª edic., Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1999.
- FINKELSTEIN, C: “When the Rule Swallows the Exceptions”, en *Penn Law: Legal Scholarship Repository*, v. 19 (2000).
- FORNER, J.P: *Plan para formar unas buenas instituciones de Derecho Español*, en *Obras de don Juan Pablo Forner*, L. Villanueva editor, Imprenta de la Amistad, Madrid, 1844.
- GANDULFO E: “La Validez en los Contextos de Fundamentación y de Aplicación”, en *Revista de Ciencias Sociales, Estudios en Memoria de John Rawls*, N° 47 (2002).
- GANDULFO, E: ¿Qué Queda del Principio Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege?, Un Análisis desde la Perspectiva de la Argumentación Jurídica, en *Política Criminal*, n° 2009.
- GANDULFO, E: “La Prohibición de ir contra los Actos Propios y el Contexto de Orden Público, en *La Razón del Derecho, Revista Interdisciplinar de Ciencias Jurídicas*, n° 3 (2012).
- GARCÍA AMADO, J.A: “Tópica Derecho y Método”, en *Doxa*, N° 4 (1987).
- GARCÍA AMADO, J.A: “Sobre la Derrotabilidad de las Normas Jurídicas”, en *Teoría del Derecho y Decisión Judicial*, P. Bonorino (ed.), España, 2010.
- GARCÍA FIGUEROA, A: *Criaturas de la Moralidad*, Trotta, Madrid, 2009.
- GARCÍA FIGUEROA, A: “La Revancha Neoconstitucionalista de Grecia contra Roma. Notas sobre la Inviabilidad de las Reglas en el Estado Constitucional”, en *Interpretación Jurídica: Modelos Históricos y Realidades*, UNAM, México DF, 2011.
- GÉNY, F: *Método de Interpretación y Fuentes en Derecho Privado Positivo*, Comares, s/t., Granada, 2000.
- GÓMEZ BUENDÍA, C: *Exceptio Utilis en el Procedimiento Formulario del Derecho Romano*, Dykinson, Madrid, 2015,
- GUASTINI, R: “Problemas de Interpretación”, en *Isonomía*, n° 7 (1997), trad. M. Carbonell.
- GUASTINI, R: “Variaciones sobre Temas de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin. Derrotabilidad, Lagunas Axiológicas e Interpretación”, en *Doxa* 31, (2008).
- GUASTINI, R: *Interpretar y Argumentar*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, trad. S. Álvarez, Madrid, 2014.

- GÜNTHER, K: “Un Concepto Normativo de Coherencia para una Teoría de la Argumentación Jurídica”, en *Doxa*, trad. Velasco, nº 17-18, (1995).
- GUZMÁN, A: “La Función Jurisdiccional en las Concepciones Clásica, Moderna y Contemporánea”, en *La Función Judicial*, VV.AA., Depalma, Buenos Aires, 1981.
- GUZMÁN, A: “El Significado Histórico de las Expresiones ‘Equidad Natural’ y ‘Principios de Equidad’ en el Derecho Chileno”, en *Revista de Ciencias Sociales*, Univ. de Valparaíso, nº 18 y 19, (1981).
- GUZMÁN, A: *Andrés Bello Codificador*, t. II, Fuentes, Ediciones Universidad de Chile, Santiago, 1982.
- GUZMÁN, A: *Codificación del Derecho Civil e Interpretación de las Leyes*, Iustel y PUCV, Madrid, 2011.
- GUZMÁN, A: “La Recepción de la Palabra ‘Norma’ en el vocabulario de la Ciencia Jurídica”, en *Persona y Derecho*, v. 74, (2016).
- GUZMÁN, J.L: “Estudio Preliminar”, en J. Birnbaum, *Sobre la Necesidad de una Lesión de Derechos para el Concepto de Delito*, Edeval, Valparaíso, 2010.
- HABERMAS, J: “La Soberanía Popular como Procedimiento”, en *Facticidad y Validez*, Trotta, trad. M. Jiménez, Barcelona, 2005.
- HAMPSHIRE, S: *Dos Teorías de la Moral*, FCE, trad. JJ. Utrilla, México DF, 1984.
- HART, H.L.A: “The Adscription of Responsibility and Right”, *Proceedings of the Aristotelian Society, New Series*, v. 49 (1948 - 1949).
- HART, H.L.A: “Mandatos y Razones Jurídicas Dotadas de Autoridad”, en *Isonomía*, trad. J. Pérez Triviño, nº 6 (1997).
- HART, H.L.A: *El Concepto de Derecho*, 2ª edic. Abeledo-Perrot, trad. G. Carrió, Buenos Aires, 2004.
- HART, H.L.A.: “El Cielo de los Conceptos de Ihering y la Jurisprudencia Analítica Moderna”, en *El Ámbito de lo Jurídico*, P. Casanovas y J.J. Moreso edits., Crítica, Barcelona, 1994.
- HART, H.L.A. y SUGARMAN, D: “Hart Interviewed: H.L.A. Hart in Conversation with David Sugarman”, en *Journal of Law and Society*, v. 32, Nº 2, (2005).
- HART, H.L.A: “La Adscripción de Responsabilidad y Derechos”, en *Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo*, año I, nº 1 (2014).
- HART H.L.A. y DE PÁRAMO, J.R: “Entrevista a Hart”, en *Doxa*, nº 5 (1998),
- HECK, Ph: *El Problema de la Creación del Derecho*, Colofón, trad. M. Entenza, México DF, 1994.
- HEINECIO, J: *Recitaciones de Derecho Civil*, t. I, Imprenta de Cabrerizo, trad. L. de Collantes, Valencia, 1841.
- HERNÁNDEZ Marín, R: “Métodos Jurídicos”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº 3 (1986).
- HOBBS, Th: *De Cive*, Alianza, trad. C. Mellizo, Madrid, 2000.
- HOBBS, Th: *Diálogo Entre un Filósofo y un Jurista y Escritos Autobiográficos*, Tecnos, trad. M.A. Rodilla, Madrid, 2002.
- HOBBS, Th: *Leviatán*, Editora Libertador, Buenos Aires, 2004.
- HOLMES, O.W: *The Common Law*, TEA, trad. F. Barrancos, B. Aires, 1964.
- HUME, D., *Tratado de la Naturaleza Humana*, t. III, Orbis, trad. F. Duque, Buenos Aires, 1981.
- JØRGENSEN, J., “Imperativos y Lógica”, en *Isegoría*, trads. Cabrera, Conte y Strudholm, nº 20 (1999).
- JUSTIANO: *Instituciones de Justiniano*, en *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, t. I, Jaime Molinas, Editor, trad. I. García del Corral, Barcelona 1889.
- KASER, M: *Derecho Romano Privado*, Instituto Editorial Reus, trad. J. Santa Cruz, Madrid, 1968.

- KASER, M: *En Torno al Método de los Juristas Romanos*, Coyoacán, trad. J. Miquel, México DF., 2013.
- KELSEN, H., *Teoría Pura del Derecho*, Unam, trad. R. Vernengo, México DF, 1982.
- KELSEN, H., *Teoría General de las Normas*, Editorial Trillas, trad. H. Delory, México DF, 1994.
- KOONS, R: "Defeasible Reasoning", en *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2017 Edition), Edward N. Zalta (ed.),
 <<https://plato.stanford.edu/archives/win2017/entries/reasoning-defeasible/>>. [visto 28,12, 2019].
- LALANNE, J: "¿Gobierno de la Ley o el Gobierno de los Hombres. El Problema en Platón y Aristóteles?", en *Prudentia Iuris*, N° 79 (2015).
- LEÓN UNTIVERO, M.A: "El Concepto de Derrotabilidad en H.L.A. Hart. Un Punto de Vista Lógico", en <http://blog.pucp.edu.pe/blog/miguel-leon/> [visto 29/12/2019].
- LOCKE, J: *Two Treatises of Government*, edición corregida, Whitmore and Fenn y C. Brown, Londres, 1821.
- LOCKE, J: *Segundo Tratado del Gobierno Civil*, Aguilar, trad. T. Abraham, Colonia Uruguay, 2010.
- LÓPEZ HERNÁNDEZ, J.L: "Las Normas Jurídicas como Actos Ilocutivos: Concepto y Clases", en https://www.uv.es/cefd/11/lopez_hernan.pdf [visto 28/12/2019].
- MACCORMICK, N: "Argumentación Rebatible", en *Retórica y Estado de Derecho*, Palestra, trad. J.A. Gascón, Lima, 2016.
- MACINTYRE, A: *Historia de la Ética*, Paidós, trad. R. Walton, Buenos Aires, 1976.
- MERELLO, I: "Derecho y Acción. La Distinta Consideración del Tema en la Visión Dogmática e Histórico-Crítica del Derecho Romano", en *Revista de Derecho*, PUCV, n° 2 (1978).
- MONTESQUIEU: *Del Espíritu de las Leyes*, t. I, Orbis, trad. M Blázquez y P de Vega, Buenos Aires, 1984.
- MORESO, J.J: *La Indeterminación del Derecho y la Interpretación de la Constitución*, 2ª edic., Palestra, Lima, 2014.
- MORESO, J.J: "Dos Concepciones de la Aplicación de las Normas de derecho Fundamentales", en *La Constitución: un Modelo para Armar*, Marcial Pons, Madrid, 2009.
- MORESO, J.J: "La Aritmética de la Ponderación", en *La Constitución: un Modelo para Armar*, Marcial Pons, Madrid, 2009.
- MURATORI, L: *Dei Defetti della Giurisprudenza*, impresión de Giambattista Pasucali, Venecia, 1742.
- MURATORI, L: *Defectos de la Jurisprudencia*, Imprenta de la viuda de Joaquín Ibarra, trad. V.M. de Tercilla, Madrid, 1794.
- NIMMER, M.B: "The Right to Speak from Times to Time: First Amendment Theory Applied to Libel and Misapplied to Privacy", en *California Law Review*, v. 56 n° 4 (1968).
- NINO, C.S: *Introducción al Análisis del Derecho*, Astrea, Buenos Aires, 2010.
- PAZOS, M.I: "Derrotabilidad sin Indeterminación", *Doxa* n° 25 (2002).
- PAZOS, M.I: "La Semántica de la Derrotabilidad", en *Problemas Contemporáneos de la Filosofía del Derecho*, I. Flores, J. Saladaña y E. Cáceres (edit.), Unam, México DF, 2005.
- PECZENIK, A: "Una Teoría de la Doctrina Jurídica", en *Revista de Ciencias Sociales. Sobre el Razonamiento Jurídico*, trad. A. Valle, N° 45, 2000.
- PECZENIK, A: *On Law and Reason*, Springer, (sin lugar de edición), 2008.
- PECZENIK, A: "Saltos y Lógica en el Derecho ¿Qué Se Puede Esperar de los Modelos Lógicos de la Argumentación Jurídica?", en *Derecho y Razón*, Fontanamara, trad. E., Garzón, México DF, 2003,
- PESCIO, V: *Manual de Derecho Civil*, t. I, Nascimento, Santiago, 1948.
- PINO, G: "Los Principios: entre Teoría de la Norma y Teoría de la Argumentación Jurídica", en *Derechos Fundamentales, Conflicto y Ponderación*, Palestra, Lima, 2013.

- PITCHER, G: "Hart on Action and Responsibility", *The Philosophical Review*, v. 69, n° 2 (1960).
- PORTALIS, J.E.M: *Discurso Preliminar del Proyecto de Código Civil Francés*, Edeval, trad. M. de Rivacoba, Valparaíso, 1978.
- POUND, R: *Introducción a la Filosofía del Derecho*, TEA, trad. F. Barrancos, Buenos Aires, 1954.
- PRIETO, L: "Observaciones sobre las Antinomias y el Criterio de Ponderación", en *Revista de Ciencias Sociales, Sobre el Razonamiento Jurídico*, Univ. de Valparaíso, n° 45 (2000).
- RAWLS, J: "Dos Conceptos de Reglas", en Ph. Foot (edit.), *Teorías sobre la Ética*, FCE, trad. M. Arbolí, México DF, 1974.
- RAZ, J: "Legal Principles and the Limits of Law", en *The Yale Law Journal*, v. 81 n° 5 (1972).
- Raz, J: "El Positivismo Jurídico y las Fuentes del Derecho", en *La Autoridad del Derecho*, UNAM, trad. R. Tamayo, México DF, 1985.
- RAZ, J: *Razón Práctica y Normas*, Centro de Estudios Constitucionales, trad. J. Ruíz Manero, Madrid, 1991.
- RAZ, J: "Autoridad, Derecho y Moral", en *La Ética en el Ámbito de lo Público*, Gedisa, trad. M.L. Melon, Barcelona 2001.
- RAZ, J: "El Estado de Derecho y su Virtud", en *La Autoridad del Derecho*, Coyoacán, trad. R. Tamayo, México DF., 2011.
- RICHARDSON, H: "Specifying, Balancing, and Interpreting Bioethical Principles", en *Journal of Medicine and Philosophy*, v. 25, n° 3 (2000).
- RÓDENAS, A: "Entre la Transparencia y la Opacidad. Análisis del papel de las Reglas en el Razonamiento Judicial", en *Doxa*, v. 21 n° 1 (1998).
- RÓDENAS, A: "En la Penumbra: Indeterminación, Derrotabilidad y Aplicación Judicial de Normas", en *Doxa*, n° 24 (2001).
- RUÍZ MANERO, J: "Las Virtudes de las Reglas y sus Límites. Una discusión con Francisco Laporta", en M. Atienza y J. Ruiz Manero, *Para una Teoría Postpositivista*, Temis, Bogotá, 2018.
- SAMPER, F: *Derecho Romano*, 2ª edic., Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2007.
- SCHAUER, F: *Jugando con Reglas*, Marcial Pons, trad. J.L. Rodríguez y C. Orunesu, Madrid, 2004.
- SCHAUER, F: "La Categorización, en el Derecho y en el Mundo", trad. J.A. Pérez Lledó en *Doxa*, n° 28 (2005).
- SCHAUER, F: "Balancing, Subsumption, and the Constraining Role of Legal Text", *Law & Ethics of Human Rights*, v. 4 n° 1 (2010).
- SCHULZ, F: *Derecho Romano Clásico*, Bosch, trad. J. Santa Cruz, Barcelona, 1960.
- SEARLE, J: "Cómo derivar 'debe' de 'es'", en *Teorías Sobre la Ética*, Ph. Foot (edit.).
- SHAFFER-LANDAU, R: "Moral Rules", en *Ethics*, v. 107, n° 4 (1997).
- SUÁREZ, F: *Tratado de las Leyes y Dios Legislador*, t. I., Instituto de Estudios Políticos, trad. J.R. Eguillor, Madrid, 1967.
- TARDÍO, J.A: "El Principio de Especialidad Normativa (*Lex Specialis*) y sus Aplicaciones Jurisprudenciales", en *RAP*, n° 162 (2003).
- TOMÁS Y VALIENTE, F: *Manual de Historia del Derecho*, 4ª edic., Tecnos, Madrid, 1983.
- TOULMIN, S: *Cosmópolis. El Trasfondo de la Modernidad*, trad. B. Moreno, Barcelona, 1990.
- TOULMIN, S: *Los Usos de la Argumentación*, Península, trad. M. Morrás y V. Pineda, Barcelona, 2007.
- VAN CAENEGEM, R.C: *Jueces, Legisladores y Profesores*, Palestra, trad. M. Higuera, Lima, 2011.
- UGARTE, J.L: "Los Actos Propios en Materia Laboral o Guía de cómo Inventarse una Doctrina", en *Revista Laboral Chilena*, n° 172 (2008).
- VIEWHEG, Th: *Tópica y Jurisprudencia*, Thomson Civitas, trad. L. Díez-Picazo, Madrid, 2007.

VILLEY, M: “El ‘*Ius in Re*’ del Derecho Romano Clásico al Derecho Moderno”, en *Estudios en Torno a la Noción de Derecho Subjetivo*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, trad. N. Mobarec, Valparaíso, 1976.

VODANOVIC A., *Curso de Derecho Civil*, t. I, v. I, 3ª edic., Nascimento, Santiago, 1948.

VON HAYEK, F: *Los Fundamentos de la Libertad*, Folio, trad. Torrente, Barcelona, 1997.

VON HAYEK, F: *Derecho, Legislación y Libertad*, Unión Editorial, Madrid, 2006.

VON IHERING, R: “Teoría de la Técnica”, en *El Ámbito de lo Jurídico*, *El Ámbito de lo Jurídico*, P. Casanovas y J.J. Moreso edits., Crítica, Barcelona, 1994.

VON IHERING, R: “El Cielo de los Conceptos”, en *Jurisprudencia en Broma y en Serio*, Reus y Revista de Derecho Privado, trad. R Riaza, Madrid, 2015.

VON IHERING, R: “Ricos y Pobres en el Antiguo Proceso Civil”, en *Jurisprudencia en Broma y en Serio* Reus y Revista de Derecho Privado, trad. R Riaza, Madrid, 2015.

VON IHERING, R: *El Fin en el Derecho*, B. Rodríguez Serra Editor, trad. L. Rodríguez, Madrid, S/A.

VON WRIGHT, G.H: *Norma y Acción*, Tecnos, trad. P. García, Madrid, 1970.

WEINBERGER, O: “La Existencia Institucional del Derecho”, en *Revista Interdisciplinar de Filosofía*, v. IV (1999).

WIACKER, F: *El Principio General de la Buena Fe*, Civitas, trad. J.L. Carro, Madrid, 1977,

FILOSOFÍA DEL LENGUAJE Y LINGÜÍSTICA

ROSS, A: “Auge y Decadencia de las Expresiones Realizativas”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nº 21 (1974), S/t.

SEARLE, J. “Una Taxonomía de los Actos Illocucionarios”, en *Teorema*, v. 6 nº 1 (1976), p. 46.

VAN DIJK, T: *Estructura y Funciones del Discurso*, 5ª edic., Siglo XXI, México DF, 1988.

CONFERENCIAS

CALZETTA A., “Algunas cosas sobre Normas y Verdad”, dictada en las Jornadas Nacionales de Filosofía del Derecho 2018, Universidad de Chile, 2018 (inérita y referida con permiso de su autor).

NIEVA, J: “¿Un Juez Supremo o un Legislador Supremo?”, video conferencia, <https://www.iej.cl/jordinieva-2015/> [visto 28/12/2019]

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA, Sentencias de 2 de enero de 1936 y 12 de diciembre de 1941, *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia*, t. I, 3ª edic., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1986.

TRIBUNAL DE APELACIONES DE NUEVA YORK -115NY 506, caso ‘Riggs vs Palmer’, en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, nº 11 (2007/2008), trads. R. Jiménez, J. Fabra y C. Guzmán.

CORTE SUPREMA, sentencia de 9 de marzo de 2012, rol 4628-2011, www.pjud.cl [visto 28/12/2019].