

CONFLICTOS ENTRE PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES*

José Juan Moreso
Universitat Pompeu Fabra (Barcelona)

1. Introducción

La aplicación del Derecho suele concebirse como la actividad consistente en determinar la norma individual que establece una cierta consecuencia normativa para un caso individual determinado.¹ Para tal fin, se trata de mostrar que dicho caso individual es una instancia de un caso genérico al que una norma jurídica aplicable correlaciona con esa consecuencia normativa. A dicha operación se la conoce con el nombre de *subsunción*.

Sin embargo, cuando se trata de la aplicación de los principios constitucionales (en especial de principios que establecen derechos), se argumenta, a veces, que la operación de la subsunción no es adecuada y que debe sustituirse por otra operación denominada *ponderación*. Es más, suele considerarse que la ponderación es uno de los rasgos centrales de la aplicación del Derecho en la cultura del *constitucionalismo*.²

Pues bien, este trabajo trata, por una parte, de presentar más precisamente la idea de ponderación, para ello me valdré de los enfoques de R. Guastini y R. Alexy y también de los aspectos de dichos enfoques que considero insatisfactorios. A partir de dichos enfoques, por otra parte, trataré de presentar una noción de ponderación que no se contrapone a la de

* Una versión previa de este trabajo, aunque limitada a la presentación y crítica de la posición de R. Guastini sobre la ponderación, fue presentada el 4 de julio de 2000 en la sección de Filosofía del Derecho del *Dipartimento di Cultura Giuridica Giovanni Tarello* de la Universidad de Génova. Otras versiones previas fueron presentadas en el III Seminario Internacional de Teoría del Derecho en La Universidad del Sur (Bahía Blanca, Argentina) el día 1 de septiembre de 2000, en el IX Seminario Internacional de Teoría y Filosofía del Derecho en la Universidad Nacional de Córdoba (en Vaquerías, Argentina) el 8 de septiembre de 2000 y en el Seminario de Derecho Constitucional de la Universitat Pompeu Fabra (Barcelona) el día 22 de enero de 2001 y en la V Settimana di studio (Costituzione, Democrazia, Diritti), Dottorato su 'I diritti dell'uomo: evoluzione, tutela e limiti' en la Universidad de Palermo (Italia) el 8 de junio de 2001. Agradezco las observaciones de todos los participantes en dichos seminarios y, en particular, las sugerencias de Juan Carlos Bayón, Eugenio Bulygin, Marc Carrillo, Ricardo Carraciolo, Bruno Celano, Pierluigi Chiassoni, Paolo Comanducci, Jordi Ferrer, Riccardo Guastini, Giorgio Maniaci, Josep Lluís Martí, Daniel Mendonca, Pablo Navarro, Cristina Redondo, Jorge L. Rodríguez, Carlos Rosenkrantz, Aida Torres, Josep Maria Vilajosana, Vittorio Villa y Francesco Viola. La investigación que ha dado lugar a este trabajo ha contado con el soporte del Ministerio español de Educación y Cultura al proyecto de investigación sobre *La indeterminación del Derecho: inconmensurabilidad y conflictos entre principios* (PB98-1061-C02-02) y a una estancia de tres meses en la Universidad de Génova para desarrollar un proyecto sobre *Constitución y positivismo jurídico* (mayo a julio de 2000, PR2000-0078).

¹ En realidad, no todos los fallos contenidos en las sentencias judiciales expresan prescripciones, e.g. cuando un fallo judicial establece que determinada persona tiene determinada nacionalidad no prescribe nada, no correlaciona un caso con una solución normativa, sino dos casos entre sí. Por esta razón, la doctrina procesalista suele clasificar las sentencias en sentencias declarativas, constitutivas y de condena. Sin embargo, en esta presentación del problema prescindiré de dicha complicación dado que, según creo, es irrelevante para mis propósitos.

² Vd., por ejemplo, Gustavo Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, (Torino: Einaudi, 1992), pp. 149-150, en donde sostiene con especial énfasis la dicotomía entre subsunción y ponderación.

subsunción. Con arreglo a esta noción, la ponderación es sólo un paso conceptualmente previo que hace posible la inevitable subsunción.

2. Guastini sobre la ponderación

Para presentar la concepción guastiniana de la ponderación, es conveniente exponer, si bien de forma muy sumaria, algunas de las tesis de Guastini sobre interpretación jurídica. En concreto, las dos siguientes:

I. La tesis de la distinción entre *disposición* y *norma*.³ Aunque la expresión 'norma' se usa con muchos sentidos en la literatura jurídica, es importante distinguir el texto de los documentos legislativos, que son el objeto de la actividad interpretativa y que Guastini denomina *disposición*, del contenido de significado de dichos textos, que Guastini denomina *norma*; la norma no es más que el resultado de la actividad interpretativa. Por otra parte, no se da una relación biunívoca entre disposición y norma, dado que, por ejemplo, una disposición puede expresar una pluralidad de normas y una sola norma puede ser expresada por varias disposiciones.

II. Esta distinción tiene una importante consecuencia para la concepción de la interpretación jurídica elaborada por Guastini, siguiendo a G. Tarello. Dado que los significados, las normas en cuanto contenidos significativos, no son previos a la interpretación, sino el resultado de la actividad interpretativa; la interpretación jurídica no ha de ser comprendida como una actividad consistente en *descubrir* el contenido de los textos o documentos normativos, sino como una actividad consistente en la propuesta o estipulación de determinados significados a determinados textos. Esta es la segunda tesis: la tesis del escepticismo interpretativo. En palabras de Guastini: 'el significado no es algo preconstituido respecto a la actividad interpretativa, ya que es una variable de las valoraciones y las decisiones del intérprete. La elección de atribuir un cierto significado a un enunciado y no a otro es fruto de la voluntad y no del conocimiento'.⁴

Es decir, Guastini defiende una concepción *escéptica* de la interpretación jurídica. Con arreglo a esta concepción, los enunciados interpretativos no son aptos para la verdad ni para la falsedad, porque son producto no del conocimiento sino de la voluntad. Las únicas actividades descriptivas posibles en materia de interpretación son, de acuerdo con Tarello y Guastini, aquellas consistentes en mostrar cómo determinados textos han sido interpretados en el pasado y predecir cómo lo serán, con algún grado de probabilidad, en el futuro. Claro que en

³ Vd. el origen de la distinción en Giovanni Tarello, *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, (Bologna: Il Mulino, 1974) y *L'interpretazione della legge*, (Milano: Giuffrè, 1980). Vd., por ejemplo, Riccardo Guastini, *Dalle fonti alle norme*, 2ª ed., (Torino: Giappichelli, 1992) y, con referencia al origen en Tarello de tal distinción, Riccardo Guastini, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho*, trad. castellana de J. Ferrer, (Barcelona: Gedisa, 1999), pp. 32-35 y 50-54.

⁴ *Distinguiendo* (supra n.3), p. 34.

esta sede, como la obra de Tarello puso de manifiesto, puede señalarse hasta qué punto la atribución de significado a los documentos normativos está condicionada por la ideología y por las construcciones dogmáticas de los juristas. La concepción de la interpretación jurídica que la *Scuola genovesa* defiende trata también de hacernos explícitamente conscientes de estos aspectos de la interpretación.

Veamos ahora la concepción que Guastini tiene de la *ponderación* en los casos de conflictos entre principios.⁵ Como decía en la introducción, la ponderación suele contraponerse a la *subsunción*, es decir, a la operación consistente en establecer que un caso determinado es una instancia de un caso más general. Puede ser, con la terminología de C.E. Alchourrón y E. Bulygin,⁶ un caso de *subsunción individual*, es decir, un supuesto en el que se afirma que un determinado caso individual es una instancia de un caso genérico, así sucede cuando decimos que el caso concreto de la muerte de César es un caso de asesinato político; o bien un caso de *subsunción genérica*, un supuesto en el que se afirma que un determinado caso genérico (descrito mediante un predicado que expresa una determinada propiedad) está incluido en otro caso genérico, esto es, e.g. que cualquier objeto que tenga la propiedad descrita por el predicado F, tiene necesariamente la propiedad descrita por el predicado G, lo que sucede cuando decimos que todos los casos de homicidio intencional y premeditado de personas revestidas de autoridad con la intención de provocar un cambio en la estructura de poder, son casos de asesinato político.

La ponderación, en cambio, es una operación que, según algunos, no puede reducirse a la subsunción. Según Guastini, la ponderación presenta las tres siguientes características:

1) La ponderación se realiza entre dos principios en conflicto, P1 y P2, cuyos supuestos de hecho se superponen parcialmente, entre los que hay una antinomia de carácter parcial-parcial.⁷ Siendo así, no vale para resolver esta antinomia ninguno de los tres criterios generales para la resolución de antinomias: no vale *lex superior derogat inferiori*, porque por hipótesis se trata de principios del mismo rango jerárquico: principios constitucionales, no vale *lex posterior derogat priori*, porque por hipótesis se trata de principios expresados en un

⁵ Expresada en *Distinguiendo*, (supra n.3) pp. 169-171, vd. también Riccardo Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti* (Milano: Giuffrè, 1998), pp. 302-304 y 'Principi di Diritto e discrezionalità giudiziale', *Diritto Pubblico* (1998), pp. 651-659.

⁶ Carlos E. Alchourrón y Eugenio Bulygin, 'Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico' en Carlos E. Alchourrón y Eugenio Bulygin, *Análisis lógico y Derecho*, (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991), pp. 308-309.

⁷ Como es sabido, esta terminología es la de Alf Ross, *On Law and Justice*, (London: Stevens and Sons, 1958), cap. 4. Para comprender las ideas de Ross basta suponer dos normas en conflicto N1 y N2, es decir dos normas con soluciones normativas incompatibles, cuyos dos supuestos de hecho (F y G) pueden tener las siguientes relaciones lógicas: si la relación entre las clases F y G es de identidad, tenemos un caso de antinomia *total-total*, si la relación entre las clases F y G es de inclusión -aunque no de identidad-, tenemos un caso de antinomia *total-parcial*, si entre F y G no hay ni una relación de identidad ni de inclusión, pero la intersección entre F y G no es vacía, entonces estamos ante un caso de antinomia *parcial-parcial*.

poteris legere ope

mismo documento normativo, de principios coetáneos, no vale tampoco *lex specialis derogat generali*, dado que la antinomia es parcial-parcial no hay relaciones de especialidad entre dichos principios.⁸

2) La ponderación consiste en el establecimiento de una jerarquía *axiológica* entre los principios en conflicto. Una jerarquía axiológica es una relación valorativa establecida por el intérprete, mediante un juicio de valor.⁹ Como resultado de la valoración, un principio (el considerado superior en dicha jerarquía valorativa) desplaza al otro (u otros) y resulta aplicable.

3) La jerarquía valorativa no es establecida en abstracto, sino que es establecida en su aplicación al caso concreto. Ello establece una jerarquía que Guastini denomina, de forma muy adecuada, una *jerarquía móvil*, es decir, aunque en un caso concreto P1 desplace a P2, bien puede ser que en otro caso P2 desplace a P1. La conclusión es, en palabras de Guastini, la siguiente: 'el conflicto no queda resuelto de forma *estable*, de una vez por todas, haciendo prevalecer sin más uno de los dos principios sobre el otro...; toda solución del conflicto vale sólo para el caso concreto y, por lo tanto, es imprevisible la solución del mismo conflicto en casos futuros'.¹⁰

En mi opinión, hay dos consecuencias especialmente destacables de este enfoque guastiniano de la ponderación:

1) La ponderación es el resultado de una actividad radicalmente *subjetiva*. Esto es así, de acuerdo con Guastini, porque la jerarquía axiológica entre principios en conflicto, es el resultado de un juicio de valor del intérprete y, para Guastini, los juicios de valor tienen una naturaleza radicalmente subjetiva. Esto no ha de resultar extraño, si recordamos la concepción general de la interpretación de Guastini, puesto que cualquier enunciado interpretativo es, según Guastini, el resultado de una volición (y, en este sentido, presupone un juicio de valor) y no de una actividad de carácter cognoscitivo.

2) La ponderación tiene como consecuencia una forma de lo que podemos denominar *particularismo jurídico*. El particularismo es una doctrina ampliamente discutida en filosofía moral, pero menos discutida en teoría jurídica.¹¹ Ahora bien, uno de sus mayores defensores en filosofía moral, Jonathan Dancy, la presenta así:¹² 'The leading thought behind

⁸ A este punto Guastini añade lo siguiente (*Distinguiendo*, supra n. 3, p. 169): 'Aplicando la regla *'lex specialis'* el conflicto podría resolverse, reformulando en sede interpretativa uno de los dos principios y, precisamente, introduciendo en ellos una cláusula de excepción o exclusión'. Sin embargo, a esta posibilidad me referiré más adelante.

⁹ Vd. también Riccardo Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, (Milano: Giuffrè, 1993) pp.42-44.

¹⁰ *Distinguiendo* (supra n. 3), p. 171.

¹¹ Aunque puede verse por ejemplo Frederick Schauer, *Playing by the Rules*. (Oxford: Oxford University Press, 1991) y M. Cristina Redondo, 'Reglas «genuinas» y positivismo jurídico' en Paolo Comanducci y Riccardo Guastini (eds.), *Analisi e Diritto 1998. Ricerche di giurisprudenza analitica*, pp. 243-276.

¹² Jonathan Dancy, *Moral Reasons* (Oxford: Blackwell, 1993), p. 60.

particularism is the thought the behaviour of a reason (or of a consideration that serves as a reason) in a new case cannot be predicted from its behaviour elsewhere'. Esta es, precisamente, la conclusión que Guastini extraía del hecho de que las jerarquías entre principios son *móviles* y sólo valen para el caso concreto. Una posición particularista supone el rechazo, en el ámbito de la razón práctica, de la racionalidad *subsuntiva*, y su sustitución por una denominada racionalidad *narrativa*, atenta a como los rasgos *sobresalientes* de determinadas circunstancias adquieren una *textura* determinada que hace que, en esas circunstancias concretas, sea correcto realizar determinado comportamiento; nada, sin embargo, se puede obtener para otros casos de la generalización o universalización de las propiedades presentes en aquellas circunstancias.

La actividad de elegir entre principios en conflicto se convertiría, de esta manera, en una actividad no controlable racionalmente. Sería una actividad como la de elegir el vino para una cena, o la corbata que nos pondremos un día determinado, actividades que dependen de juicios de valor subjetivos y de propiedades de las circunstancias que no estamos dispuestos a generalizar, e.g. aunque es una razón para elegir un buen vino blanco que en la cena se sirva pescado, esta razón puede ser derrotada por otras razones, dependientes de circunstancias que sólo valen para el caso concreto. Se trata de actividades subjetivas y particularistas.

Ahora bien, ¿es también la ponderación el resultado de una actividad subjetiva y particularista? Si la respuesta a esta pregunta fuera afirmativa, deberíamos concluir que el resultado de la ponderación no puede ser justificado y, en este sentido, que los conflictos de principios constitucionales no pueden ser resueltos de una forma controlable racionalmente, su motivación no estaría sujeta a control. En palabras de Robert Alexy:¹³ 'Muchas veces se ha objetado en contra de la ponderación que no constituye un método que permita un control racional'. Aunque sólo fuera porque esta es una objeción especialmente inquietante, vale la pena considerar la posibilidad, a menudo siguiendo los pasos marcados por Alexy, de que el resultado de la ponderación no sea incontrolable racionalmente.

3. Razones *prima facie* como pautas derrotables

La idea de que la aplicación de principios en conflicto se resuelve mediante la ponderación, esto es, la asignación de *pesos* distintos a los principios para averiguar cuál tiene más fuerza, es obviamente tan sólo una metáfora. Mientras es una verdad empírica que para cualesquiera dos objetos materiales, *a* y *b*, podemos establecer una relación de ordenación conexa y transitiva con el predicado *ser igual o más pesado que*, puesto que es verdad que o bien *a* es igual o más pesado que *b* o viceversa y también es verdad que si *a* es

¹³ Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, (1986) trad. de E. Garzón Valdés, (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993), p. 157.

igual o más pesado que *b* y *b* es igual o más pesado que *c*, entonces *a* es igual o más pesado que *c*; no es obvio que lo mismo ocurra con los principios en conflicto. Algunas veces, por ejemplo, el principio que establece la libertad de información está en conflicto con el principio que protege el derecho al honor, pero no es evidente que podamos establecer una relación de ordenación entre estos principios de forma análoga a la relación de ordenación relativa al peso entre objetos materiales.

Sin embargo, tampoco es necesario asumir que carecemos absolutamente de criterios para establecer la jerarquía, *dadas determinadas circunstancias*. Publicar una noticia falsa, sin ninguna comprobación de su veracidad, relativa a la vida privada de una persona y lesiva para su honor (e.g., que un obispo, o un ministro del gobierno, o un profesor de Universidad, es miembro de una red que se dedica a la prostitución infantil) es un supuesto en que la libertad de información cede ante el derecho al honor. Publicar la noticia verdadera de que, e.g., un ministro del gobierno ha cobrado diez millones de dólares de cierta empresa a cambio de la concesión para construir una autopista, es un supuesto en que la libertad de información desplaza al derecho al honor. Aquellas reconstrucciones de estos derechos que no den cuenta de estas sólidas intuiciones, pueden considerarse reconstrucciones *inadmisibles*. La admisibilidad de una reconstrucción depende, entonces, de su capacidad de dar cuenta de los casos *paradigmáticos*. Las dudas sobre como ordenar los principios en casos de conflicto ocurren en un trasfondo, a menudo inarticulado, en el cual *intuitivamente* acordamos en la solución de tales conflictos para determinados casos que, de alguna manera, son obvios para nosotros.¹⁴

Por lo tanto, la ponderación no es el resultado de una actividad radicalmente subjetiva que presupone un juicio de valor absolutamente irrestricto. Los juicios de valor que el intérprete realiza están constreñidos y no cualquier solución es accesible al intérprete: los casos paradigmáticos delimitan, por así decirlo, el ámbito de elegibilidad de las soluciones. Si queremos usar una célebre metáfora kelseniana, los paradigmas delimitan el *marco* (*Rahmen*) en el que debe, para ser admisible, producirse el juicio de valor del intérprete.¹⁵

Lo dicho no presupone ninguna concepción particular de los juicios de valor. Es obvio que si los principios P1 y P2 entran en colisión en su aplicación a un caso, debemos proceder a establecer alguna preferencia aplicativa entre ambos, esto es, debemos *jerarquizarlos*, mediante algún criterio: un juicio de valor. En esta presentación del problema la naturaleza de los juicios de valor queda abierta, sólo se insiste en que si la concepción radicalmente subjetiva de los juicios de valor comporta que no tenemos criterios para excluir algunos

¹⁴ Vd., e.g., Ronald Dworkin, *Law's Empire*, (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1986), pp. 255-257; Susan Hurley, *Natural Reasons*, (Oxford: Oxford University Press, 1989), p. 212 y Timothy Endicott, 'Herbert Hart and the Semantic Sting', *Legal Theory* 4 (1998): 283-301.

¹⁵ Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre* (Wien: Franz Deuticke, 1960, 2 ed.), cap. VII.

juicios de valor como candidatos adecuados a proporcionar un criterio admisible de jerarquización, entonces -por las razones indicadas- esta es una concepción implausible.

La idea de que no todas las reconstrucciones de nuestros principios en conflicto, no todas las jerarquías posibles, son admisibles, todavía no nos dice nada acerca de cómo debemos proceder para articular tales jerarquías. Es aún compatible con la posición particularista más radical. Es posible que frente a los casos de conflicto haya una solución correcta y, sin embargo, dicha solución no sea articulable en un modelo subsuntivo.

Sin embargo, a decir verdad, el mismo Guastini sugiere otra posibilidad. Cuando se refiere a los criterios de resolución de antinomias y su inaplicabilidad (por lo que respecta a *lex superior* y *lex posterior*) a las colisiones entre principios:¹⁶

No se comprende, en cambio, por qué no puede aplicarse la regla '*lex specialis*', que es precisamente el criterio de solución de antinomias habitualmente empleado para resolver conflictos -meramente aparentes, suele decirse- entre normas contiguas, contenidas en un mismo texto normativo y, por tanto, coetáneas y jerárquicamente iguales.¹⁷

La idea de Guastini es la siguiente: supongamos que el principio P1 establece 'Los F deben hacer A' y el principio P2 establece 'Los G deben hacer no A', si estos principios han de aplicarse a un caso en el que alguien es F y G, entonces resulta que ese alguien debe hacer A y no A, lo que es lógicamente imposible. Aplicando la regla *lex specialis*, el conflicto podría resolverse reformulando en sede interpretativa alguno de los dos principios, e. g., P1, que ahora diría: 'Los F y no G deben hacer A'. El nuevo P1, llamémosle P'1 ya no es incompatible con P2.

La idea que subyace tras esta reconstrucción es la de considerar a los principios como pautas que establecen calificaciones deónticas (deberes, prohibiciones o facultades) no de forma categórica sino *prima facie*, o sea, calificaciones deónticas derrotables o superables.

La noción de deberes *prima facie* fue aplicada, como es sabido, por W.D. Ross para superar algunas conocidas dificultades de la moral kantiana, con arreglo a la cual los deberes morales son siempre categóricos (*obligationes non colliduntur*). Sin embargo, Ross presentó su idea sugiriendo que los deberes *prima facie* equivalen a los deberes *condicionales*.¹⁸ En mi

¹⁶ *Distinguiendo* (supra n. 3), p. 168.

¹⁷ En nota 82 (p. 178) hace referencia a una conferencia pronunciada por Carlos E. Alchourrón en la Universidad de Génova con el título '*Defeasible Norms and Prima Facie Obligations*' como la fuente de sus ideas al respecto. Como se verá, también yo he de valerme de las ideas de Alchourrón acerca de las normas derrotables para la elucidación de la ponderación.

¹⁸ W.D. Ross, *The Right and the Good* (Oxford: Oxford University Press, 1930), p. 28. Para una profundización de esta idea, con relación a David Ross y la defensa de que la distinción rossiana entre '*special and general obligations*' puede verse como una distinción entre obligaciones condicionales e incondicionales, respectivamente, vd. Michael Zimmerman, *The Concept of Moral Obligation* (Cambridge: Cambridge University Press, 1996), pp. 146 y ss.

opinión, la identificación entre el carácter condicional y el carácter derrotable de los principios ha producido determinadas confusiones en la literatura moral y jurídica acerca de los conflictos de normas y las colisiones entre principios, que vale la pena poner de manifiesto.

Puede afirmarse que yo tengo el deber (moral) de visitar a mi madre si está gravemente enferma, mi deber es condicional dado que surge cuando mi madre está enferma. Sin embargo, ello no equivale a que mi deber sea *prima facie* o derrotable. Mi deber será derrotable o no en la medida que pueda ser superado por otro deber. Siguiendo algunas ideas de Carlos E. Alchourrón,¹⁹ podemos decir que los deberes condicionales pueden ser derrotables o inderrotables. Los deberes condicionales inderrotables son condicionales clásicos (o, mejor, condicionales estrictos, una implicación estricta es sólo un condicional material generalizado en relación con las circunstancias, pero en esta presentación prescindiré de esta complicación) y su antecedente es una condición suficiente para la aplicación del deber. Los *deberes condicionales inderrotables* (DCI) pueden ser representados de la siguiente manera:

(DCI) $A \rightarrow OB$,

es importante darse cuenta de que dicha formulación tiene, al menos, dos consecuencias importantes: 1) permite la aplicación de la regla lógica del *modus ponens*, esto es si tenemos (DCI) y tenemos A, podemos obtener el deber de realizar B y 2) autoriza a usar la regla del *refuerzo del antecedente*, esto es, si A es condición suficiente del deber de realizar B, también lo es A con cualquiera otra asunción.

Los *deberes condicionales derrotables* (DCD), por el contrario, no autorizan ni el *modus ponens* ni el *refuerzo del antecedente*. Si mi deber de visitar a mi madre seriamente enferma es *prima facie*, entonces tal vez ese deber puede ser derrotado, así si también está seriamente enferma mi hija y sólo yo puedo hacerme cargo de ella y, en cambio, mi madre que está lejos, es atendida por mi hermano, entonces estas circunstancias tal vez permitan superar mi deber de visitar a mi madre seriamente enferma (constituyen lo que a veces se conoce como un *defeater*). Por esta razón, la enfermedad seria de mi madre no es una condición suficiente del nacimiento de mi deber de visitarla (los deberes derrotables no autorizan el uso del *modus ponens*), y el deber de visitar a mi madre no se mantiene sean cuales fueran las circunstancias que se añaden a su enfermedad grave (los deberes derrotables no validan el

¹⁹Carlos E. Alchourrón, 'Philosophical Foundations of Deontic Logic and the Logic of Defeasible Conditionals' en J.J. Meyer, R.J. Wieringa (eds.), *Deontic Logic in Computer Sciences: Normative System Specifications* (New York: Wiley & Sons, 1993), pp. 43-84; 'Defeasible Logics: Demarcation and Affinities' en G. Grocco, L. Fariñas del Cerro, A. Herzig (eds.), *Conditionals: from Philosophy to Computer Science* (Oxford: Oxford University Press, 1995), pp. 67-102; 'Detachment and Defeasibility in Deontic Logic', *Studia Logica*, 57 (1996): 5-18; 'Para una lógica de las razones *prima facie*', *Análisis filosófico*, 16 (1996): 113-124. 'Law and Logic', *Ratio Juris*, 9 (1996): 331-346. Vd. también Jorge Rodríguez, 'La derrotabilidad de las normas jurídicas', *Isonomía*, 6 (1997) 149-167 y Jorge Rodríguez, Germán Súcar, 'Las trampas de la derrotabilidad. Niveles de análisis de la indeterminación del derecho' en *Análisis e Diritto* 1998, 277-305.

refuerzo del antecedente). La enfermedad de mi madre no es una condición suficiente de mi deber de visitarla, es sólo una condición *contribuyente* (una condición contribuyente es una condición necesaria de una condición suficiente).²⁰ El problema de estos deberes condicionales derrotables es que no nos permiten obtener deberes actuales o *all things considered*. Sin embargo, Carlos E. Alchourrón ha mostrado como podemos hacer explícitas las asunciones, que se hallan implícitas, en nuestros deberes derrotables. El antecedente del deber de hacer B, no es sólo A, sino A junto con sus asunciones en un cierto contexto. Estas asunciones pueden considerarse como una protección del deber frente a sus *defeaters*. Esto puede ser representado mediante un operador de revisión (*f*) que se aplica al antecedente del condicional. El nexo entre el antecedente y el deber derrotable puede expresarse mediante el uso del símbolo '>', que permite distinguirlo del condicional clásico. Entonces (DCD) puede representarse así:

$$(DCD) A > OB = fA \rightarrow OB.^{21}$$

Es importante apreciar que mientras de A no se puede pasar a OB, una vez hemos explicitado las asunciones implícitas que acompañan a A mediante el operador de revisión, si se dan dichas asunciones junto con A, si podemos obtener OB. Esto es, podemos obtener deberes actuales siempre que aseguremos que el antecedente de dichos deberes no ha sido desplazado, esto es, que se cumplen todas sus asunciones implícitas.

Es obvio que también son imaginables *deberes incondicionales e inderrotables* (algunas veces es pensado así, por ejemplo, el deber de no torturar). Podemos considerar que dichos deberes están, por así decirlo, siempre actualizados o, dicho de otra manera, que sus condiciones de aplicación son *tautológicas* (es decir, son verdaderas en cualquier estado de cosas posible). De manera que los deberes incondicionales e inderrotables (DII) pueden representarse así:

$$(DII) OB = T \rightarrow OB.^{22}$$

²⁰ La terminología es de Alchourrón en los trabajos citados en la nota 19, que retoma una noción de Georg Henrik von Wright, *A Treatise on Induction and Probability* (London: Routledge & Kegan Paul), 1951), cap. 3.

²¹ C.E. Alchourrón ha elaborado un sistema de los condicionales derrotables, que añade a esta definición cuatro axiomas que debe cumplir el operador de revisión: expansión, extensionalidad, expansión limitada y orden jerárquico. Vd., por ejemplo, 'Detachment and Defeasibility in Deontic Logic', supra nota 19.

²² El símbolo T representa la tautología o, tal vez mejor, la idea de Georg Henrik von Wright (*Norm and Action*, London: Routledge & Kegan Paul, 1963, pp. 74-75) de *normas categóricas*: normas cuya condición de aplicación es la condición que debe satisfacerse para que se de la oportunidad de hacer aquello que es su contenido, y *ninguna otra condición*. Como von Wright añade: 'If a norm is categorical its condition of application is given with its content. From knowing its content we know which its condition of application is'. Vd. también nota 24. Ello permite, tal vez, superar una poderosa objeción (que me formuló con su agudeza habitual Bruno Celano en el seminario de Génova) según la cual todos los deberes incondicionales derrotables tendrían (vía el axioma de extensionalidad, según el cual si dos antecedentes son equivalentes también lo son sus

Ahora bien, son también concebibles los *deberes incondicionales y derrotables*. Esto es, deberes que no tienen ninguna condición de aplicación explícita, pero que en cambio pueden ser derrotados en algunas circunstancias. Esto es como decir que el antecedente tautológico está sujeto al operador de revisión. Es obvio que sujetar el antecedente tautológico al operador de revisión equivale a *destautologizarlo*, en este sentido la sugerencia de W.D. Ross, anteriormente comentada, con arreglo a la cual los deberes *prima facie* son un tipo de deberes condicionales contiene un grano de verdad. Ahora bien, pienso que es iluminador para algunas discusiones distinguir entre condicionalidad y derrotabilidad. Con las anteriores ideas los deberes incondicionales pero derrotables (DID) pueden ser representados así:

(DID): $fT \rightarrow OB$.

Así son pensados, a menudo, algunos deberes morales: el deber de cumplir las promesas, el deber de decir la verdad, etc. El deber de cumplir las promesas, por ejemplo, es un deber categórico, en el sentido de que no tiene condiciones de aplicación explícitas, pero puede ser derrotado en ciertas circunstancias, por ejemplo en el caso de conflicto con otros deberes.

Con esta división cuatripartita en mente, podemos preguntarnos a qué categoría pertenecen las pautas jurídicas, en concreto, a qué categoría corresponden las reglas y los principios jurídicos. Es instructivo darse cuenta, por ejemplo, que algunas veces se presenta la cuestión como si las reglas impusieran deberes (o derechos) de manera condicional e inderrotable, mientras los principios lo hacen de manera condicional pero derrotable: los principios tienen abiertas las condiciones de aplicación.²³ Es más, se sugiere que dicha distinción reproduce el distinto comportamiento lógico que, según la conocida distinción de Ronald Dworkin, tienen reglas y principios. Sin embargo, hay, al menos, dos razones para dudar de la adecuación de tal caracterización:

En primer lugar, muchas pautas que habitualmente se consideran reglas jurídicas son también derrotables (tienen excepciones en las que no se aplican), así por ejemplo la obligación de los jueces de castigar a los homicidas es desplazada en casos de legítima defensa, estado de necesidad, etc.

En segundo lugar, a menudo se conciben los principios como pautas que no tienen explícita ninguna de sus condiciones de aplicación. Cuando R. Dworkin discute el caso *Riggs v. Palmer* y la aplicación del principio según el cual nadie debe beneficiarse de sus propios

revisiones) las mismas condiciones de aplicación una vez operada la revisión sobre su antecedente tautológico. Como, a menudo, las *oportunidades* de los deberes incondicionales son diversas, también lo serán sus revisiones.

²³Vd. Manuel Atienza, Juan Ruiz Manero, *Las piezas del Derecho* (Barcelona: Ariel, 1996), cap. 1.

actos ilegítimos añade que dicho principio 'does not even purport to set out conditions that make its application necessary'.²⁴

Probablemente, dado que los usos de los juristas no son estables, pueden hallarse candidatos a principios jurídicos en las cuatro categorías. La Constitución española en su art. 18 establece el a veces denominado principio de la inviolabilidad del domicilio, pero lo hace con una formulación que algunos considerarán como un deber (de omisión para terceros) condicional e inderrotable (un caso de DCI) (el domicilio es inviolable salvo en caso de -si no es en las condiciones de- autorización del titular, autorización judicial o delito flagrante).²⁵ Otras veces los principios pueden concebirse como deberes condicionales y derrotables (DCD): así, el deber de no enriquecerse injustamente en las relaciones comerciales. También cabe pensar algún principio como estableciendo un deber incondicional e inderrotable (DII), e.g., el art. 15 de la Constitución española cuando prohíbe la tortura. Ahora bien, la gran mayoría de principios constitucionales parece que se adecuan bien en la categoría de principios que establecen deberes (y derechos correlativos) incondicionales pero derrotables (DID): los principios que reconocen la libertad de expresión, el derecho al honor, el derecho a la libertad religiosa y tantos otros.

Mi sugerencia es la siguiente: tal vez la distinción entre principios y reglas haya de concebirse no en términos de derrotabilidad de las pautas en cuestión, sino en términos del grado de apertura o concreción de dichas pautas. Tal vez la mayoría de pautas jurídicas sean derrotables, aunque el grado de apertura de sus condiciones de aplicación determine que hablemos de principios y reglas (al menos en algunos contextos): cuando hay una lista determinada de condiciones explícitas tendemos a hablar de *reglas*, cuando las condiciones de aplicación son todas implícitas tendemos a hablar de *principios*.²⁶

Sea como fuere, podemos adoptar esta estipulación y contemplar las colisiones entre principios como problemas de conflicto entre pautas que establecen deberes o derechos incondicionales pero *prima facie*. Ahora bien, la cuestión es cómo debemos hacer para

²⁴Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, (London: Duckworth, 1977), p. 26. También M. Atienza y J. Ruiz Manero han considerado en la versión inglesa del libro citado en la nota 23 (*A Theory of Legal Sentences* (Dordrecht: Kluwer, 1997), pp. 8-9, nota 1) que es mejor considerar los principios jurídicos como normas *categoricas*, pero *prima facie*. Vd. también José Juan Moreso, 'Come far combaciare i pezzi del diritto' en P. Comanducci, R. Guastini (eds.), *Analisi e Diritto. 1997. Ricerche di giurisprudenza analitica*, pp. 95-96.

²⁵ Algunos pueden pensar que el principio tiene todavía condiciones implícitas (es revisable): por ejemplo, en caso de estado de necesidad (para salvar a un niño en un incendio).

²⁶ Esta parece ser la posición de H.L.A. Hart, cuando discute la posición de Dworkin: 'This incoherence in the claim that a legal system consists both of all-or-nothing rules and non-conclusive principles may be cured if we admit that the distinction is a matter of degree. Certainly a reasonable contrast can be made between near-conclusive rules, the satisfaction of whose conditions of application suffices to determine the legal result except in a few instances (where its provisions may conflict with another rule judged of greater importance) and generally non-conclusive principles which merely point towards a decision but may very frequently fail to determine it.' H.L.A. Hart, 'Postscript' en *The Concept of Law*, 2 ed., P. A. Bulloch and J. Raz eds., (Oxford: Oxford University Press, 1994), pp. 262-3.

explicitar sus condiciones de aplicación de manera que el conflicto sea evitado. Si somos capaces de mostrar cómo esta operación puede ser llevada a cabo, la ponderación podrá ser reducida a un tipo de *subsunción*, y el decisor que ha de aplicar principios podrá motivar su decisión en ellos. Si, por el contrario, tal operación no puede ser realizada, el desafío particularista recuperará su fuerza y la motivación justificada no será posible.

4. Alexy sobre la ponderación

En la filosofía del derecho reciente, el intento más importante -hasta donde yo sé- de tratar de lograr una imagen de la ponderación sujeta al control racional es la de R. Alexy.²⁷ Veámosla con algún detalle:

Según Alexy, los conflictos de reglas y las colisiones de principios tienen en común que, en ambos casos, la aplicación de las normas en conflicto produce resultados incompatibles. Son supuestos de antinomia normativa (como cuando, por poner un ejemplo simple, se prohíbe detenerse en una determinada avenida y, a la vez, se obliga a respetar la luz roja de los semáforos: nadie, por razones lógicas, puede cumplir ambas normas a la vez). Se diferencian en la forma de resolver el conflicto.

Un *conflicto de reglas* se soluciona o bien introduciendo en una de las reglas una cláusula de excepción que elimina el conflicto o bien declarando inválida, al menos, una de las reglas.

Por ejemplo: hay una (al menos aparente) antinomia entre la norma del Código penal que obliga a los jueces a castigar a los homicidas y la norma penal que considera justificado el homicidio en legítima defensa. Algunos penalistas consideran que el problema se resuelve (la denominada teoría de los elementos negativos del tipo) considerando las causas de justificación como integrantes negativos de la descripción del tipo penal, es decir que las causas de justificación actúan como excepciones. Hay casos, por otra parte, en que un conflicto entre una disposición de rango legal y otra de rango reglamentario se resuelve declarando simplemente la invalidez de la disposición de rango reglamentario.

Las colisiones entre principios han de ser resueltas, según Alexy, de modo distinto. Cuando dos principios entran en colisión (por ejemplo, porque el primero establece que una conducta determinada está prohibida y el segundo que está permitida) uno de los dos ha de ceder frente al otro. Pero esto no significa que uno de los dos principios sea inválido, ni que en el principio desplazado haya que introducir alguna excepción. Lo que sucede es que, en determinadas circunstancias, un principio *precede* al otro. Es por esta razón que se afirma que, en los casos concretos, los principios tienen diferente *peso* y el conflicto ha de resolverse según la dimensión de peso y no según la dimensión de validez. Supongamos que en un caso

²⁷ Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, (supra en n. 13), pp. 81-98.

concreto la libertad de información, reconocida constitucionalmente, entra en conflicto con el derecho al honor, también reconocido constitucionalmente. Llamemos al principio que establece la libertad de información **LI** y al que establece el derecho al honor **DH**, entonces en las circunstancias C1, en las que la información transmitida es, por ejemplo, de relevancia pública y la información es veraz, **LI** precede a **DH**: llamemos P a la relación de precedencia y podemos representarlo así:

(**LI P DH**) C1,

en cambio en las circunstancias C2 en las que, siendo también la relación de relevancia pública fue transmitida mediante insultos innecesarios, la relación es la siguiente:

(**DH P LI**) C2.

En esta operación de determinación de las preferencias condicionadas consiste la *ponderación*, según Alexy. Una vez establecida la relación, podemos obtener la regla según la cual, por ejemplo, en un caso en que la información es veraz la transmisión de dicha información está permitida y, en otro caso, dado que la información fue injuriosa, la transmisión de la información en este caso está prohibida. De esta manera, vemos como la relación de precedencia condicionada nos permite obtener una regla para resolver el caso, algo que podemos denominar la *ley de colisión*. R. Alexy la sintetiza así:

Si el principio **P1**, bajo las circunstancias C, precede al principio **P2**: (**P1 P P2**) C, y si de **P1** en las circunstancias C resulta la consecuencia R, entonces vale una regla que contiene a C como supuesto de hecho y a R como consecuencia jurídica: $C \rightarrow R$.

O lo que es lo mismo dicho menos técnicamente: Las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente. Esto es lo que Alexy llama un tipo de normas de derecho fundamental *adscriptas* ('Zugeroordnet Normen' en alemán, que en este contexto tal vez hubiera sido mejor traducir como 'normas implícitas'), en las cuales 'puede ser *subsumido* el caso' (cursivas mías).²⁸ Según Alexy, la idea de que las ponderaciones conducen a decisiones particulares se presta a malentendidos. Las reglas que surgen de la ley de colisión hacen, según Alexy, conciliables 'la ponderación en el caso particular y la universalidad'.²⁹ Pero cabe preguntarse si es exactamente así. En concreto, R. Alexy no ofrece solución para casos en los cuales el principio P1 desplaza al principio P2 en las circunstancias C1 y el principio P2 desplaza al principio P1 en las circunstancias C2, para el supuesto (supongamos que posible) en el que se den a la vez C1 y C2. Necesitamos una nueva ley de colisión que establezca la precedencia en las circunstancias C1 y C2. Un particularista

²⁸ *Ibidem*, p. 98.

²⁹ *Ibidem*, p. 167.

argumentaría de la siguiente forma: dado que las circunstancias están descritas mediante propiedades, y las propiedades de los casos individuales son potencialmente infinitas, es posible repetir esta operación hasta el infinito, mostrando que las colisiones entre principios no son eliminables y, que por lo tanto, el razonamiento moral no está sujeto a la racionalidad subsuntiva.³⁰

Tampoco conseguimos huir del desafío del particularismo si reformulamos los principios diciendo que, e.g., se reconoce la libertad de información siempre que no colisione con otros principios que, en las circunstancias del caso, tienen precedencia frente a él.³¹ No lo conseguimos porque si reformulamos así todos los principios solamente hacemos explícita la cláusula *ceteris paribus*, que hace explícita la intuición de que dichos principios establecen sólo derechos y deberes *prima facie*.

5. Contra el particularismo

La única forma de huir del particularismo consiste en concebir una reformulación *ideal* de los principios que tenga en cuenta *todas* las propiedades potencialmente relevantes. Supongamos que nos limitamos a un universo de casos formado por las acciones de información en los medios de comunicación sobre asuntos que afectan a personas. Supongamos también que, por simplificar, solamente hay dos principios que regulan tal situación: P1 que reconoce la libertad de información y P2 que reconoce el derecho al honor. P1 puede entenderse como es facultativo dar información sobre asuntos que afecten a las personas y P2 como está prohibido dar informaciones que atenten contra el honor de las personas. En algunas circunstancias, es claro, P1 y P2 entran en colisión. Entonces, debemos proceder a reconstruir nuestros principios de manera de establecer una jerarquía condicionada entre ellos y que sea susceptible de universalización consistente, es decir, que no produzca conflictos en otros niveles.³² Supongamos que consideramos relevantes dos propiedades:

C1: que la noticia tenga relevancia pública

C2: que la noticia sea veraz (tal como ello es entendido por muchos altos Tribunales, que sea verdadera o, si falsa, diligentemente contrastada).³³

³⁰ Un argumento semejante presentando algunas dudas sobre la universalización de los juicios morales puede hallarse en Franz von Kutschera, *Fundamentos de ética*, (1982), trad. de M.T. Hernán Pérez, (Madrid: Cátedra, 1989), p. 87 y Juan Carlos Bayón, *La normatividad del Derecho: deber jurídico y razones para la acción* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991), pp. 423-426.

³¹ Vd. esta estrategia de Alexy en *Teoría de los derechos fundamentales*, supra en nota 13, pp. 136-137.

³² Vd., en este sentido, una reconstrucción global de las colisiones entre libertad de expresión, libertad de información y derecho al honor, intimidad y la propia imagen en Manuel Atienza, 'Juridificar la bioética'. *Isonomía*, 8, (1998) pp.85-9 y un enfoque global de la cuestión, en general para todos los conflictos de principios, en la misma línea en Susan Hurley, 'Coherence, Hypothetical Cases, and Precedent'. *Oxford Journal of Legal Studies*, 10 (1990): 221-25.

³³ Se trata de la doctrina del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en *New York Times v. Sullivan* 376 US 254 (1964), recogida por muchos Tribunales Consitucionales europeos. Para España (que, por otra parte, en el

Es posible, entonces, que queramos reformular nuestros principios diciendo algo como N1: 'la libertad de información está garantizada cuando las noticias son de relevancia pública y veraces' y N2: 'se prohíbe atentar contra el honor mediante el uso de la información salvo cuando las noticias sean de relevancia pública y veraces'.

Usando las ideas de Carlos E. Alchourrón y Eugenio Bulygin,³⁴ C1 y C2 permiten construir una división en los casos del universo del discurso en cuatro casos elementales, a saber, 1) C1 & C2, 2) C1 & no C2, 3) no C1 & C2 y 4) no C1 & no C2. La norma N1 correlaciona el caso 1) con la consecuencia normativa: 'Facultativo informar', los casos 2), 3) y 4) están correlacionados, por la norma N2, con la solución: 'Prohibido informar'. Como se puede apreciar, este simple sistema normativo regula de manera consistente y completa todos los casos posibles de su universo de casos. No hay más deberes derrotables, los deberes que surgen de la reformulación, de la explicitación de las asunciones implícitas, de los principios en conflicto, dan lugar a un sistema normativo de pautas condicionales pero inderrotables, que permite subsumir los casos individuales en algunos de los casos genéricos disponibles. Es obvio que pueden quedar muchas dudas acerca de si una información es o no de interés público o es veraz, pero se trata de dudas producidas por la *textura abierta* de nuestros conceptos, para resolver un caso individual deberemos primero subsumirlo en alguno de los casos genéricos.

Es claro que puede cuestionarse que estas sean las *únicas* propiedades relevantes, puede disputarse cuál sea la *tesis de relevancia* adecuada, que identifica las propiedades relevantes. Ahora bien, de hecho, suele aceptarse que algunas propiedades (como las citadas C1 y C2) son relevantes y, en cambio, hay menos acuerdo sobre si no hay otras propiedades que también son relevantes. Alguien puede decir que aunque una información sea de interés público y veraz no debe ser permitida si utiliza expresiones injuriosas.³⁵ Este argumento puede ser entendido como un argumento en favor del uso de un universo de propiedades más fino que el anterior. Se añade así una tercera propiedad, C3, y se considera relevante que la información contenga o no expresiones injuriosas. Si contiene expresiones injuriosas la información está también prohibida. Tenemos ahora ocho casos elementales posibles:

1) C1 & C2 & C3

propio texto constitucional, en el art. 20.1 d) reconoce explícitamente el derecho a 'comunicar o recibir libremente información veraz...') pueden verse, por ejemplo, las siguientes sentencias del Tribunal Constitucional: STC 6/1988, de 21 de enero, STC 40/1992, de 30 de marzo y STC 240/1992, de 21 de diciembre.

³⁴ Tal y como parecen en *Normative Systems*, (New York-Wien: Springer, 1971).

³⁵ Vd. la STC 105/1990, de 6 de junio.

- 2) C1 & C2 & no C3
- 3) C1 & no C2 & C3
- 4) C1 & no C2 & no C3.
- 5) no C1 & C2 & C3
- 6) no C1 & C2 & no C3
- 7) no C1 & no C2 & C3
- 8) no C1 & no C2 & no C3

En este universo de casos, la libertad de información sólo no está vetada en el caso 2). Afortunadamente, ambos universos de casos son comparables y sólo se produce un conflicto entre el caso 1) del primer universo de casos y el caso 1) del segundo universo de casos. Mientras, el primer universo de casos implica que en el caso 1) del segundo universo de casos la información está facultada, con arreglo al segundo universo de casos está prohibida. Es más, si nunca un Tribunal tuvo que pronunciarse sobre un caso en el que hubieran aparecido expresiones injuriosas, las dos tesis de relevancia son capaces de dar cuenta por igual de los casos realmente ocurridos en el pasado. Cuando el Tribunal se encuentra con un caso de expresiones injuriosas, puede usar lo que en el ámbito del precedente se conoce como la técnica del *distinguishing*, de esta manera da cuenta de todos los casos decididos en el pasado, pero con la introducción de un universo de casos más fino resuelve el actual y establece un criterio para resolver los del futuro.³⁶

6. El ideal de plenitud normativa

Tal vez una idea de R. M. Hare pueda ser de utilidad aquí.³⁷ Hare distingue entre el nivel *intuitivo* y el nivel *crítico* de la moralidad. En el nivel intuitivo tenemos solamente un conjunto inarticulado de principios morales *prima facie*. Esto conlleva la posibilidad de conflictos entre dichos principios y, también, la incapacidad de la intuición para resolver dichos conflictos. En el nivel crítico, por el contrario, reconstruimos estos principios de manera que sea posible considerar las propiedades morales que tomamos en cuenta como *supervenientes*, esto es, si la acción individual *a* es correcta, dado que posee las propiedades P1, P2 y P3, entonces la acción individual *b*, que también posee las propiedades P1, P2 y P3, es necesariamente también correcta. Es obvio que, por una parte, el nivel crítico de la

³⁶ Para la cuestión de la *finura* de los universos de casos véase Carlos E. Alchourrón y Eugenio Bulygin, *Normative Systems*, supra en nota 34, cap. VI y José Juan Moreso, *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997), cap. IV. En este sentido está de acuerdo con la siguiente observación de Dworkin relativa a su concepción: 'It condemns the practice of making decisions that seem right in isolation, but cannot be brought within some comprehensive theory of general principles and policies that is consistent with other decisions also thought right'. Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, supra en nota 24, p. 87.

³⁷ R. M. Hare, *Moral Thinking* (Oxford: Oxford University Press, 1981), cap. 5.

moralidad es sólo una *idealización* de nuestra práctica como evaluadores morales y, por otra parte, que sólo con una delimitación de las propiedades que vamos a considerar relevantes tal nivel puede alcanzar sus objetivos.

Pues bien, mi idea acerca de la ponderación puede explicarse con estas ideas de Hare. Por una parte, tenemos nuestros textos constitucionales con un conjunto de principios *prima facie*, que pueden entrar en conflicto entre sí y que aparecen en un contexto inarticulado. Se trata de la comprensión de la Constitución solamente en el nivel intuitivo, de algo semejante a lo que C.E. Alchourrón ha denominado el *Master Book*.³⁸ En el nivel crítico, por el contrario, los principios son articulados en un esquema general que da una respuesta unívoca para cada caso, puesto que cada caso individual es una instancia de un caso genérico que correlaciona el caso con una solución normativa, posibilitando de esta manera la subsunción. En el nivel crítico, la Constitución constituye, de nuevo en la terminología de Alchourrón, un *Master System*, es decir, un sistema normativo capaz de ofrecer respuestas consistentes y completas para todos los casos.

Es obvio que se trata solamente de una idealización.³⁹ Como he mostrado en el caso del conflicto entre la libertad de información y el derecho al honor, es posible que tengamos varias formas de realizar el tránsito entre la *Book Constitution* y la *Master Constitution*, es decir, que nuestra Constitución exprese no una sino varias posibles idealizaciones. En este sentido, algunos resultados restan indeterminados. Pero es importante darse cuenta de que, si los universos de casos considerados relevantes son comparables entre sí, entonces es muy posible que dicha indeterminación afecte solamente a algunos casos, mientras otros casos están unívocamente determinados porque tienen la misma solución en, por así decirlo, todas las Master Constitutions admisibles. Los casos de indeterminación pueden ser contemplados como casos en los cuales los valores que sustentan los principios en conflicto son *incommensurables*. Es decir, un caso es indeterminado cuando hay diversas jerarquías admisibles, que conducen a soluciones incompatibles para ese caso, y ninguna de ellas está privilegiada. Para esta concepción, dicha indeterminación es semejante a la indeterminación

³⁸ Carlos E. Alchourrón, 'Law and Logic', supra nota 19.

³⁹ Vd. las relevantes reflexiones de Carlos E. Alchourrón y Eugenio Bulygin en el cap. IX de *Normative Systems*, supra en nota 34, en el sentido de que el ideal de completitud normativa es un ideal de la racionalidad: una instancia del ideal más general todavía según el cual: *nihil est sine ratione*, una instancia del principio leibniziano de razón suficiente. Por ejemplo (cito por la versión castellana *Una introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1975), pp. 231-232): '...el ideal de completitud normativa, esto es, la exigencia de que los sistemas normativos sean completos en el sentido de que solucionen todos los casos, presupone que todos los casos son *solucionables*. (...) Decir que todos los casos son solucionables significa que para todo caso hay o es posible construir un sistema normativo tal, que lo correlacione con alguna solución. La hipótesis de casos no solucionables, es decir, situaciones en las que no hay razones (ni puede haberlas) para elegir tal o cual curso de acción, situaciones en las que toda elección es esencialmente arbitraria, es tan irracional, tan intolerable para la razón, como la idea de fenómenos inexplicables (fenómenos no causados por nada)'.

semántica producida por la vaguedad. Decir que es vago que x es rico equivale a decir que entre las admisibles formas de precisar el predicado 'ser rico' en unas x es rico y en otras x no es rico.⁴⁰ Decir, entonces, que está indeterminado que A es obligatorio de acuerdo con un sistema normativo, es decir que en algunas de las idealizaciones o *compleciones* admisibles de dicho sistema A es obligatorio y en otras A no es obligatorio.⁴¹

Regresemos, para finalizar, a la posición de Guastini acerca de la ponderación. Respecto del subjetivismo radical que acecha a dicha operación mi posición es que no cualquiera de las jerarquizaciones axiológicas lógicamente posibles entre los principios es admisible. En relación con la *movilidad* de las jerarquías mi posición es más matizada: dado que hay diversas jerarquizaciones ideales de nuestros principios en conflicto, hay algún grado de indeterminación en la aplicación de los principios en conflicto, pero la movilidad no supone la incapacidad de convertir la ponderación en una operación de *subsunción*. La racionalidad subsuntiva es, en mi opinión, un presupuesto necesario para la justificación de todas nuestras decisiones.⁴² Es posible, sin embargo, que no siempre estemos en condiciones de articular consistentemente nuestras evaluaciones, que nuestras intuiciones sean opacas a la articulación, y, claramente, es también posible que no estemos interesados en justificar algunas de nuestras decisiones (lo que ocurre, en general, cuando elegimos los vinos para la cena o la corbata que nos pondremos un día determinado, pero si estuviéramos interesados en justificar dichas decisiones, deberíamos embarcarnos en algún tipo de actividad generalizante que acabaría en la subsunción). Sin embargo, en la medida en que consigamos aislar un conjunto de propiedades relevantes, estamos en disposición de ofrecer soluciones para todos

⁴⁰ Un enfoque como este aparece en las concepciones superevaluacionistas de la vaguedad, puede verse Henryk Melnberg, *The Reach of Science* (Toronto: Toronto University Press, 1958), pp. 256-259; Bas C. van Fraassen, 'Singular Terms, Truth-Value Gaps and Free Logic', *The Journal of Philosophy*, 63 (1966): 136-152; Kit Fine, 'Vagueness, Truth and Logic', *Synthese*, 30 (1975): 265-300; Michael Dummett, *Truth and Other Enigmas* (London: Duckworth, 1978), pp. 340-342; David Lewis, 'General Semantics' in *Philosophical Papers. Vol. III* (Oxford: Oxford University Press, 1983), pp. 189-232; Timothy Williamson, *Vagueness* (London: Routledge, 1994), cap. 5; R. M. Sainsbury, *Paradoxes* (Cambridge: Cambridge University Press, 1995) cap. 2; Rosanna Keefe and Peter Smith, 'Introduction: Theories of Vagueness' in R. Keefe and P. Smith (eds.), *Vagueness: A Reader* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1996), pp. 1-57.

⁴¹ Lo que presupone un enfoque *semántico* de la incommensurabilidad como, por ejemplo, el que aparece en Roy A. Sorensen, 'Moral Dilemmas, Thought Experiments, and Conflict Vagueness' en *Philosophical Studies*, 63 (1991):291-308 y en John Broome, 'Is Incommensurability Vagueness?' en Ruth Chang (ed.), *Incommensurability, Incomparability, and Practical Reason* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1998), pp. 67-89. He defendido, tentativamente, tal enfoque en José Juan Moreso, 'Incommensurability in Law as Legal Indeterminacy' en *Jurisprudence on the Continent. Symposium on analytical jurisprudence*, St. Catherine's College, Oxford, February 13, 1999. Otros autores conciben la incommensurabilidad como un fenómeno *ontológico* (relativo a alguna propiedad del mundo evaluativo en sí mismo) y, por lo tanto, rechazan este enfoque. Vd. por ejemplo, Joseph Raz, *The Morality of Freedom*, (Oxford: Oxford University Press, 1986), cap. 13. y Jonathan Dancy, *Moral Reasons*, supra en nota 13, pp. 123-125.

⁴² Como Joseph Raz ha escrito recientemente: 'The intelligibility of value exerts a strong pressure towards some sort of generalization' en 'The Truth in Particularism' en Joseph Raz, *Engaging Reason. On The Theory of Value and Action* (Oxford: Oxford University Press, 1999), p. 220.

los casos, aunque dichas soluciones puedan ser desafiadas cuando cuestionamos la adecuación del criterio por el cual hemos seleccionado las propiedades relevantes.

Ahora bien, *idealmente* el juez constitucional que aplica principios constitucionales opera con un conjunto delimitado de propiedades relevantes que permiten correlacionar de manera unívoca determinados casos genéricos con sus soluciones normativas. La ponderación consiste en la articulación de ese conjunto de propiedades relevantes, en la explicitación de las condiciones de aplicación que previamente eran sólo implícitas. Una vez realizada esta tarea, la aplicación de los principios consiste en la subsunción de casos individuales en casos genéricos. Si la aplicación del Derecho consiste en resolver casos individuales mediante la aplicación de pautas generales, entonces –por razones conceptuales– no hay aplicación del Derecho sin subsunción.