

Conflictos trágicos y ponderación constitucional

En torno a algunas ideas de Gustavo Zagrebelsky y Riccardo Guastini

Guillermo Lariguet*

SOMMARIO: 1. *Introducción*. – 2. *Gustavo Zagrebelsky y los casos trágicos constitucionales*. – 3. *Riccardo Guastini y las ponderaciones ad-hoc con sacrificio*. – 3.1. *Algunas cuestiones en torno a las ideas de Guastini sobre la ponderación*. – 4. *La racionalidad y sus límites*.

1. Introducción

En este trabajo estoy interesado en los denominados “conflictos trágicos”; conflictos que, en la literatura filosófico-moral, se conocen como “dilemas morales”. Aunque todavía no resulta del todo claro cuándo un conflicto es “genuinamente” trágico, suele aceptarse que tal cosa ocurre cuando: i) el conflicto no tiene resolución racional posible, por ejemplo porque los valores o principios contendores son considerados mutuamente inderrotables¹ o incomparables² o ii) el conflicto podría ser resuelto eligiendo uno de los principios, pero esta elección entrañaría sacrificio o pérdida moral.

El punto es que si hay conflictos trágicos genuinos se podría activar una tesis en virtud de la cual se sostenga el carácter limitado de la racionalidad.

Precisamente, en *Juicios Salomónicos*, Jon Elster entiende que la racionalidad tiene “límites”, entre otras cosas, cuando “la razón no nos dice qué hacer en ciertos casos”³. Elster examina varias hipótesis que explican esta incapacidad de la razón: por ejemplo, problemas de indeterminación e inconmensurabilidad. Elster mantiene algo importante y es lo siguiente: que, pese a que la tesis pueda parecer irremediabilmente obvia, no lo es en cuanto se advierte la reticencia expresa o tácita de la mayoría de los filósofos a admitir algo así. Sin embargo, no admitir la naturaleza limitada de la razón, le parece a Elster, un compromiso con la irracionalidad.

En un trabajo ya célebre Herbert Hart sostenía que hay juristas divididos en dos bandos: los que se embanderan tras un “noble sueño” y los que defienden la “pesadilla”⁴. Mientras

* Conicet, CIFYH, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina.

¹ T. McConnell, *Moral Dilemmas*, in *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, p. 2.

² Véase C. Gowans, *Introduction. The Debate on Moral Dilemmas*, in C. Gowans (ed. by), *Moral Dilemmas*, Oxford University Press, Oxford, 1987, pp. 25, 29-30. En el ámbito del derecho Joseph Raz examina situaciones en que los requerimientos normativos en pugna son inconmensurables, motivo por el cual ninguno de los requerimientos derrota al otro y, en consecuencia, el conflicto no se puede resolver racionalmente. Ver J. Raz, *Legal Reasons, Sources, and Gaps*, in Id., *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Clarendon Press Oxford, Oxford, 2002, p. 75.

³ J. Elster, *Juicios Salomónicos. Las limitaciones de la racionalidad como principio de decisión*, Traducción de Carlos Gardini, Gedisa, Barcelona, 1995, p. 9.

⁴ H.L.A. Hart, *American Jurisprudence Through English Eyes. The Nightmare and the Noble Dream*, in Id., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 2001, p. 132 y ss.

unos creen que el derecho es determinado, aun en casos difíciles, para los otros este carácter es ficticio siempre⁵.

Con la idea de Hart en la cabeza se podría decir que, quienes en el derecho negaran la presencia -y las consecuencias- de conflictos trágicos, podrían estar comprometidos con el noble sueño. Éste podría ser el caso de autores como Dworkin que creen que los conflictos trágicos pueden ser reducidos a una mínima expresión si se parte de una concepción interpretativista que ponga en armonía a los valores⁶. Otro filósofo, como Alexy, aun si admite que hay supuestos-límite para ejercitar una ponderación racional⁷, apuesta a ella decididamente, incluso desestimando cuán apremiantes puedan ser las observaciones acerca de inconmensurabilidad entre valores constitucionales⁸.

Del otro lado están los que admiten que los conflictos trágicos son genuinos y que estos ponen en serio aprieto la posibilidad de una ponderación racional y objetiva. Sin embargo, esta admisión no los compromete necesariamente con la pesadilla.

En este trabajo voy a ocuparme de dos juristas italianos: uno es Zagrebelsky, un constitucionalista, el otro Guastini, un filósofo del derecho.

Zagrebelsky discute en un trabajo suyo en forma explícita un caso que se podría ver -y que él ve- como trágico. Guastini, por su parte, no considera en forma explícita en el trabajo que analizaré a los conflictos trágicos. Pero muchas de sus ideas acerca de cómo funciona un conflicto entre principios constitucionales y de qué forma interviene la ponderación lo acercan sensiblemente a la idea de conflictos trágicos, aun si este acercamiento deriva en un tipo de escepticismo que no necesariamente se tiene que defender cuando se alega que hay casos trágicos genuinos.

2. Gustavo Zagrebelsky y los casos trágicos constitucionales

Llevados de la mano de Alexy y Dworkin se podría pensar que los conflictos trágicos genuinos son producto de las cavilaciones de gabinete de los filósofos. En esta vena se podría pensar que los conflictos trágicos genuinos no forman parte de la “realidad moral” o “jurídica”. Pero filósofos del derecho como Dworkin o Alexy no están solos. Del mismo modo en que Dworkin ve en los “empates” situaciones “raras”⁹, para Richard Hare los “tormentosos dilemas” son productos de “escritores de ficción”¹⁰.

⁵ Ciertamente la afirmación es general y fuerte y el “siempre” necesitaría ser matizado, para lo cual se requiere de una distinción de las diferentes posiciones dentro de las filas de los representantes de la pesadilla. Pero aquí no haré tal cosa. Remito al artículo citado del Profesor H.L.A. Hart.

⁶ R. Dworkin, *Do Liberal Values Conflict?*, in R. Dworkin, M. Lilla and R. Silvers (eds.), *The Legacy of Isaiah Berlin*, “The New York Review of Books”, 2001, p. 89. Ver también de la misma obra *The Legacy of Isaiah Berlin*, en “Discussion”, sugerencias de Dworkin sobre esto en p. 126.

⁷ Véase el análisis de C. Bernal Pulido, *Estructura y límites de la ponderación*, en “Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho”, 26, 2003, pp. 232-238.

⁸ Ver R. Alexy, *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*, in “Ratio Juris”, 16, 4, 2003, p. 442.

⁹ Ver, por ejemplo, R. Dworkin, *Mackie y el juego de las dos barajas*, en Id., *Los Derechos en Serio*, Traducción de Marta Guastavino, Planeta Agostini, Barcelona, 1993, p. 486.

¹⁰ R. Hare, *¿Cómo resolver los problemas morales racionalmente?*, en León Olivé (Compilador), *Racionalidad. Ensayos sobre la racionalidad en ética y política, ciencia y tecnología*, Siglo XXI Editores, México, 1988, p. 69.

Sin embargo, no es necesario claudicar tan rápido en el mantenimiento de que hay casos que no son meramente “difíciles” sino trágicos y que estos casos son “reales” y no “producto” de escritores de ficción sino de la “reconstrucción conceptual” de los filósofos.

Quizás un caso como el que tengo en mente ha sido analizado por el teórico constitucional italiano Gustavo Zagrebelsky.

En *El Derecho Dúctil* Zagrebelsky analiza el “caso Serena” que, en palabras del propio Zagrebelsky, dividió “a la opinión pública -desde el hombre de la calle hasta el presidente de la República- en dos partidos netamente identificados por opuestas tomas de posición de sentido y de valor”¹¹.

El caso Serena era el siguiente: una niña nacida en un país lejano había sido llevada ilegalmente a Italia y un matrimonio la tenía consigo como hija. La situación ilegal se había prolongado por más de un año mediante las estratagemas usadas por los cónyuges (primero una falsa declaración de paternidad natural y luego la solicitud de adopción con acogimiento) con la evidente intención de consolidarla y hacer cada vez más difícil la separación de la niña¹².

Zagrebelsky expone que el caso es problemático porque “es indiscutible -de un lado- la ilegalidad de la situación, pero también era indiscutible -de otro lado- que se había constituido un lazo afectivo entre la niña y la familia”¹³.

Repárese que Zagrebelsky emplea la expresión “indiscutible” para calificar a cada una de las cuestiones en juego. Precisamente en un conflicto trágico genuino parece que cada valor, tomado en sí mismo, tiene indiscutible importancia práctica. Zagrebelsky se pregunta qué hacer en este caso. “¿Dejar a la niña donde estaba, buscando la forma de sanar la ilegalidad, o acabar con ésta, alejando a la niña de la familia e iniciando los procedimientos para que fuese adoptada por otros cónyuges?” En términos de Zagrebelsky, la pregunta remite, y no creo que se trate de una simple cuestión de palabras, a un “angustioso dilema”¹⁴.

Un dilema que, tal como piensa Zagrebelsky, no parece poder resolverse en clave “utilitarista” porque, ¿se puede hacer sufrir a una sola persona, a un solo niño, en atención a una razón de orden general? Más aún, ¿se puede hacer fundar el bien de muchos o de todos sobre la felicidad de un solo inocente?¹⁵ Las preguntas muestran la desconfianza de una salida utilitarista para el problema. Más tarde retomaré esto cuando aluda a algunas ideas que Hare tiene al respecto.

Zagrebelsky admite que el mismo ordenamiento jurídico italiano ofrece alternativas contrapuestas. Por un lado, hay normas para castigar la ilegalidad del acto de los que tienen a la niña y quitárselas, por otro lado, habría normas que, en casos “especiales”, permitirían la adopción, por ejemplo, cuando se hubieran producido lazos afectivos tan fuertes que el niño, con su interrupción, sufriría un grave daño¹⁶.

Desde un punto de vista amplio el asunto podía ser mirado de dos maneras: por un lado, “había un intento de hecho consumado por parte de los adultos, que tal vez tuviera su

¹¹ G. Zagrebelsky, *El Derecho Dúctil. Ley, derechos, justicia*, Traducción de Marina Gascón, Trotta, Barcelona 1999, p. 140.

¹² G. Zagrebelsky, *El Derecho Dúctil*, cit., p. 140.

¹³ G. Zagrebelsky, *El Derecho Dúctil*, cit., p. 140.

¹⁴ G. Zagrebelsky, *El Derecho Dúctil*, cit., p. 140.

¹⁵ G. Zagrebelsky, *El Derecho Dúctil*, cit., p. 140.

¹⁶ G. Zagrebelsky, *El Derecho Dúctil*, cit., p. 140.

origen en un acto de comercio cuyo objeto fue la niña”, por otro lado, la situación afectiva del menor.

El carácter dilemático de la situación es re-descrito por Zagrebelsky al sostener que “la necesidad de hacer prevalecer uno u otro partido hacía inconciliables ambas posiciones”¹⁷. Ello así porque “quienes subrayaban la mala acción de los adultos tenían que considerar secundaria, y por tanto sacrificable, la posición de la niña; quienes se preocupaban por la situación de la niña tenían que considerar secundaria, y por tanto perdonable, la mala acción de los adultos. Fuese cual fuese la solución elegida, se tendría que sacrificar un sentido de la historia del otro”¹⁷. “Los valores en juego, además, conducían a una elección entre soluciones contrarias”¹⁸.

Adviértase, de nuevo, que no hay aquí una mera cuestión de palabras, cuando se usan expresiones tales como “sacrificar” y “elección entre soluciones contrarias”. ¿Qué hacer en este caso? ¿Uno debería ya pensar en “tirar la moneda” como sugiere Elster en hipótesis en que la racionalidad ya no guía hacia las respuestas? Quizás sí, pero antes habría que agotar el análisis de las posibles “soluciones” al problema. Pero además la moneda podría ser un recurso recomendable en un tipo de dilema y no necesariamente en otro, por ejemplo en uno en que las razones que están en balance sean ambas correctas, pero aquí las razones de cada lado no parecen correctas.

De cualquier manera, es necesario decir que los jueces -a diferencia de los filósofos- tienen que analizar el caso con restricciones de tiempo. Además, los requerimientos argumentales, tanto de forma, como de fondo, también están restringidos por las normas del sistema en que el juez opera. Pero sobre todo los jueces, a diferencia de los filósofos, tienen que “resolver” el caso. Es una demanda no lógica sino “institucional”.

Que tengan el deber “inexcusable” de resolver no debe ser confundido -como lo es a menudo- con que el caso sea susceptible de ser resuelto. Tampoco debe pensarse tan rápidamente que la solución escogida para el caso, especialmente si se admite que el caso es recalcitrante, sea la correcta. Los jueces en el caso Serena tomaron una elección por uno de los valores en juego. Ellos les quitaron a los cónyuges la tutela de la niña. El argumento de los jueces favoreció la reprobación de la ilegalidad del acto y no el “interés del menor”.

Pero esta inclinación de la balanza no se debió a que los jueces entendieran -como Elster- que el llamado “interés del menor” es un patrón muchas veces “indeterminado” para tomar decisiones correctas¹⁹. Más bien su mirada estuvo puesta en el tráfico ilegal de niños. Su razonamiento, después de todo, terminó teniendo ingredientes “universalistas” y “consecuencialistas” tal como recomienda Hare²⁰ en estos casos pues, con su elección, los jueces “creen que se evita en parte el tráfico ilegal de niños -se da un mensaje a los que se dedican a estas actividades- y se puede salvar de este modo a todos los niños que se encuentran en la misma situación que la niña”²¹.

Los jueces han elegido uno de los partidos, aun si saben que “es un caso difícil porque afecta a una niña de tres años, indefensa e inocente. El nudo que esta historia ha planteado a

¹⁷ G. Zagrebelsky, *El Derecho Dúctil*, cit., p. 141.

¹⁸ G. Zagrebelsky, *El Derecho Dúctil*, cit., p. 141.

¹⁹ J. Elster, *Juicios Salomónicos*, cit., p. 110.

²⁰ R. Hare, *Cómo resolver los problemas morales racionalmente*, cit., p. 68.

²¹ G. Zagrebelsky, *El Derecho Dúctil*, cit., pp. 142-143.

los jueces es, a primera vista, el del conflicto entre el interés de la persona y el interés de la ley”²².

Lo que decide a los jueces a inclinar la balanza es que el caso puede ser descrito como un ejemplo de tráfico de niños. La decisión busca “impedir que los niños se transformen en objetos de mercado”²³.

Los jueces deciden a favor de uno de los “fines” de la ley, aunque claramente dejan de lado “la protección del interés específico del menor, que ciertamente es otro de los fines de la ley”²⁴. Aquí sin duda hay un choque de fines; sin embargo, si se le diera vueltas al sentido de la decisión de los jueces uno podría pensar que la “protección del menor” no ha sido “sacrificada”. Antes bien, esa protección ha sido interpretada correctamente quebrando la situación de ilegalidad en que una niña fue objeto de mercado. Con lo cual quiero sugerir, que todo depende de cómo se reconstruya el caso y se conciba el mejor procedimiento interpretativo. Si, por ejemplo, las cosas se miran con el lente de Alexy se buscará una ponderación que otorgue precedencia a un fin sobre el otro pero sin coste o sacrificio alguno²⁵. Si se miran complementariamente las cosas con el lente de Dworkin se podría tratar de ver si esta solución de los jueces satisface los cánones de la “mejor interpretación posible” de acuerdo a los cánones del “ajuste” y la “moralidad política” que los jueces utilizan en sistemas jurídicos “evolucionados”²⁶.

Pero, como señalé, la decisión de los jueces es a la Hare, es decir, una combinación de utilitarismo, evitar el tráfico ilegal usando como un medio de tal fin el caso que tienen entre manos, con kantismo, universalizando la solución para todos los niños que se encuentran en la misma situación²⁷.

En particular a Zagrebelsky no parece agradarle la situación. Él tiene reparos en la adecuación del utilitarismo para casos como éstos. En primer lugar, aunque fuese claro que se estaba combatiendo el tráfico internacional de niños, “no era evidente que se pudiera poner en peligro un bien específico y actual de la niña”²⁸. En cierta medida este razonamiento tiene un “parecido de familia” con el que Sartre construye en *El Existencialismo es un Humanismo* en torno al caso del estudiante que está tironeado por dos morales: una que lo lleva a unirse a los aliados, y la otra a cuidar a su madre²⁹.

Los principales problemas de este caso son analizados en “Moral Dilemmas” por Terrance McConnell quien advierte que respecto de estas dos moralidades “una pertenecía a un ámbito de eficacia cierta (la devoción personal a la madre), mientras que la otra

²² G. Zagrebelsky, *El Derecho Dúctil*, cit., p. 142.

²³ G. Zagrebelsky, *El Derecho Dúctil*, cit., p. 142.

²⁴ G. Zagrebelsky, *El Derecho Dúctil*, cit., p. 142.

²⁵ Es la idea que subyace a la tesis de “ponderación racional” de Robert Alexy, para quien, la resolución de colisiones de derechos exige un óptimo de Pareto. Ver R. Alexy, *Derechos, Razonamiento Jurídico y Discurso Racional*, en Id., *Derecho y Razón Práctica*, Traducción de Ernesto Garzón Valdés, Fontamara, México, 2002, p. 37; y también Id., *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Versión Castellana de Ernesto Garzón Valdés, Revisión de Ruth Zimmerling, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p. 164, nota pie de página 222.

²⁶ Por ejemplo, en R. Dworkin, *Is There Really No Right Answer in Hard Cases*, in Id., *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1985, p. 143.

²⁷ G. Zagrebelsky, *El Derecho Dúctil*, cit., p. 143.

²⁸ G. Zagrebelsky, *El Derecho Dúctil*, cit., p. 144.

²⁹ J.P. Sartre, *El Existencialismo es un Humanismo*, Traducción de Manuel Lamana, Losada, Bs As, 2003, pp. 21-22.

pertenecía a un ámbito mucho más amplio pero de eficacia incierta (la contribución a derrotar a un agresor injusto)³⁰.

Los jueces del caso Serena parecen haber optado, en términos de McConnell, por una eficacia mucho más incierta constituida por el combate al tráfico internacional de niños y dejaron a un lado el ámbito de eficacia cierta de preservación del lazo afectivo que la niña había elaborado con sus “padres”.

El reparo de Zagrebelsky aquí, podría pensarse, es que se haya escogido un criterio de eficacia incierta y no uno de eficacia cierta.

Pero, en segundo lugar, sus reparos son de orden conceptual en contra del utilitarismo mismo que no es una doctrina que “distribuya derechos”³¹, como el mismo Zagrebelsky advierte³².

Los jueces han empleado el llamado “principio de solidaridad” como expresivo de su deseo de salvar muchos niños en la misma situación que Serena. Pero para salvar muchos niños, señala Zagrebelsky, se ha admitido un peligro para el bien de la niña³³. (Zagrebelsky da por sentado que la decisión judicial no supone una buena interpretación de ese bien)

Zagrebelsky mantiene que este principio de solidaridad efectivamente inclina la balanza y puede hacerlo en «casos igual o más trágicos que éste, en los que el coste par la consecución de un cierto bien colectivo no se puede distribuir sobre toda la sociedad, sino que necesariamente recae por entero sobre una o unas pocas personas»³⁴.

Zagrebelsky menciona el tipo de casos que son “igual o más trágicos que éste” y su “realidad” choca con la idea de Hare según la cual los dilemas morales son productos de escritores de ficción.

Según Zagrebelsky, «cuando se discute si en el caso del secuestro de una persona con fines de extorsión es lícito impedir contactos entre los parientes del secuestrado y los secuestradores, o si en el caso de acciones terroristas que utilizan la amenaza a la vida de alguien como instrumento para presionar al Estado es lícito abandonar a la víctima a su suerte, el problema es cualitativamente análogo»³⁵. Zagrebelsky se pregunta al respecto si «el intento de impedir que los criminales logren su objetivo y de desincentivar crímenes similares para el futuro, ¿legítima que los costes inmediatos a pagar se concentren sobre personas particulares?»³⁶.

Zagrebelsky reconoce que el “principio de solidaridad” tiene la ventaja de situar la discusión jurídica en un plano más “objetivo” y arrancarlo a las simples “pasiones subjetivas”. Con todo, es patente para él que este principio “aún no encierra la solución”³⁷.

Para él esa solución hay que buscarla en términos, diría yo, aristotélicos, tratando de mostrar cuán importantes son para un caso así “las valoraciones concretas”³⁸. Sin embargo

³⁰ T. McConnell, *Moral Dilemas*, cit., p. 1.

³¹ Desde luego que pensar que las teorías utilitaristas “no distribuyen” derechos es un lugar común de muchas discusiones. Sin embargo se podría discutir. Tomo en cuenta en este sentido algunas sugerencias de J. Mackie, *Ética. La invención de lo bueno y lo malo*, Gedisa, Barcelona, Capítulo VI, 2000, p. 144.

³² G. Zagrebelsky, *El Derecho Dúctil*, cit., p. 144.

³³ G. Zagrebelsky, *El Derecho Dúctil*, cit., p. 144.

³⁴ G. Zagrebelsky, *El Derecho Dúctil*, cit., p. 144.

³⁵ G. Zagrebelsky, *El Derecho Dúctil*, cit., p. 144.

³⁶ G. Zagrebelsky, *El Derecho Dúctil*, cit., p. 144.

³⁷ G. Zagrebelsky, *El Derecho Dúctil*, cit., p. 144.

³⁸ G. Zagrebelsky, *El Derecho Dúctil*, cit., p. 144.

esto no es todo. Zagrebelsky, en el fondo, está defendiendo una concepción interpretativa en clave “dworkiniana” pues cree que los argumentos racionales aptos en casos así son los que Dworkin llama de “principio”³⁹ y no aquellos apoyados en “objetivos políticos” que conllevan razonamientos agregativos.

El análisis de Zagrebelsky muestra varias cosas interesantes.

Primero, que hay diversas formas posibles de reconstruir un caso y especialmente diversas maneras de concebir una solución como plausible.

El utilitarismo, una vieja doctrina que repugna que haya dilemas morales genuinos⁴⁰, no es la concepción más apropiada para Zagrebelsky.

No sé hasta qué punto la desconfianza de Zagrebelsky hacia el utilitarismo es tributaria, en realidad, de un repudio hacia el “utilitarismo de actos”. Quizás Zagrebelsky admitiría un utilitarismo de “reglas”⁴¹. Pero determinar esto me llevaría a un ejercicio especulativo que no necesito encarar en este contexto. Sí me atrevería a decir que la desconfianza manifestada hacia el utilitarismo del constitucionalista italiano tiene su explicación en una concepción como la dworkiniana. En efecto, ello sería así porque en Zagrebelsky tienen prioridad, al igual que en Dworkin, los argumentos de principio son vistos con desconfianza o relegados a un segundo plano.

En segundo lugar, pareciera que Zagrebelsky cree que, después del análisis minucioso que efectúen jueces y/o juristas, estos casos tienen una solución posible, con lo cual los casos trágicos existen pero solo en un nivel “superficial” o “interpretativo” en términos de Dworkin o “intuitivo” en términos de Hare.

Afirmar esto equivale a decir que para Zagrebelsky no hay casos trágicos genuinos. Pero no deseo que se vea que esta interpretación es indisputable. Hay cierto tratamiento de estos casos por parte de Zagrebelsky que podrían inclinar las cosas hacia el lado opuesto: la idea de que hay casos trágicos que sí se pueden resolver pero con “sacrificio”.

El desafío, en todo caso, es mostrar que el sacrificio elegido por los jueces sea el más racional posible. Pero, ¿cuándo un sacrificio es el ‘más racional posible’? Una respuesta podría ser la siguiente: cuando la elección de uno de los valores o principios en pugna produce males menores. Pero las versiones bajo las cuales esta “racionalidad” pueda ser garantizada varían. Un utilitarista procurará elegir el valor que maximice una utilidad que se reputa valiosa. Un defensor de los argumentos de principio buscará mostrar que la elección se “ajusta”, como diría Dworkin, a un conjunto consistente de principios que presenten al derecho bajo su mejor aspecto “político-moral” para el caso.

En tercer lugar, es claro que la discusión que Zagrebelsky reconstruye con relación al caso Serena conduce a preguntas que siempre inquietan a los filósofos del derecho. ¿Hay interpretaciones objetivas en casos como éste? ¿Las soluciones son jurídicas o extra-jurídicas? ¿Son soluciones para el caso o pueden ser extendidas a otros? Respecto de esta última pregunta no estoy seguro acerca de la manera en que podría pensar Zagrebelsky. Él postula una combinación -creo que no muy clara- entre argumentos de principio y un juego de valoraciones sobre el caso. Pero esto podría sugerir que la ponderación o balance de principios en conflicto tiene carácter “ad-hoc”. No estoy seguro de si exactamente sea esto

³⁹ G. Zagrebelsky, *El Derecho Dúctil*, cit., p. 144.

⁴⁰ Ver C. Gowans, *Introduction. The Debate on Moral Dilemmas*, cit., pp. 7-9.

⁴¹ Para un análisis crítico de ambas versiones me dejo guiar por J. Mackie, *Ética. La invención de lo bueno y lo malo*, cit., pp. 141- 167.

lo que tiene en mente Zagrebelsky. Pero se podría apoyar la idea de que un filósofo como Guastini la suscribiría completamente. Sin embargo, ¿qué significa decir que un balance es “ad-hoc”? Para intentar responder esta pregunta me ocupé, en lo que sigue, de decir algunas cosas acerca de cuál es la posición de Riccardo Guastini a este respecto.

3. Riccardo Guastini y las ponderaciones ad-hoc con sacrificio

Las principales ideas de Guastini sobre la ponderación, al menos las que yo tomaré en cuenta, se encuentran en el capítulo “Los principios en el derecho positivo” de su obra *Distinguiendo*, específicamente en el último punto titulado Conflictos entre principios⁴².

En primer lugar, según Guastini, la ponderación puede tener lugar, estrictamente hablando, frente a un caso de antinomia “parcial-parcial”. Concretamente Guastini señala que

«la ponderación de los principios presupone ante todo que los dos principios involucrados, P1 y P2, sean interpretados en el sentido de que las clases de supuestos de hecho regulados por ellos se superpongan solo parcialmente, de modo que la antinomia que resulte sea del tipo “parcial-parcial»⁴³.

Entre otras cosas es importante el encuadre que Guastini hace de la ponderación sujetándola a hipótesis de antinomias “parciales-parciales” porque ello permite deslindar la hipótesis bajo la cual Guastini cree que hay conflictos “irresolubles”. Para él un conflicto irresoluble es del tipo “total-total”, mientras que si la antinomia fuese “total-parcial”⁴⁴ se podría aplicar el criterio de especialidad⁴⁵. Enseguida volveré a la idea de conflictos “irresolubles” en Guastini pero, desde ya, adviértase una de sus primeras discrepancias con autores como Alexy. Guastini cree que puede perfectamente haber hipótesis de conflictos entre principios constitucionales, del tipo “total-parcial” en que al menos se aplique un criterio como el de especialidad que habitualmente los juristas usan para colisiones de normas⁴⁶.

En segundo lugar, para Guastini la ponderación es un procedimiento consistente en establecer “jerarquías axiológicas” entre los principios que estén en conflicto.

⁴² R. Guastini, *Los principios en el derecho positivo*, in Id., *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Traducción de Jordi Ferrer i Beltrán, Gedisa, Barcelona, 1999, pp. 167-171.

⁴³ R. Guastini, *Los principios en el derecho positivo*, cit., p. 170.

⁴⁴ Como es sabido, esta terminología es la de A. 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*.

⁴⁵ R. Guastini, *Los principios en el derecho positivo*, cit., p. 170.

⁴⁶ Desde luego que el principio *lex superior* no tendría cabida desde que se admite que los principios en conflicto devienen de la *misma autoridad normativa* y tampoco se aplica el criterio *lex posterior* porque se admite que los principios en conflicto son *coetáneos* en el tiempo.

Una jerarquización, como la que tiene en mente Guastini, supone que el conflicto es ordenado en función de la asignación de mayor valor (podríamos usar la expresión 'mayor peso' sin pérdida de significado) a uno de los principios.

Pero para Guastini esta jerarquía no parece tener otro marco que el que le da el “intérprete” y no el que pudieran suministrar las llamadas “fuentes del derecho”⁴⁷. El producto de esta asignación de “mayor valor” a uno de los principios, por parte del intérprete, presupone que hay un principio, el que se considera de “menor valor”, que es dejado a un lado.

Estrictamente hablando, dice Guastini que

«ponderar no significa atemperar, esto es, encontrar una solución que tenga en cuenta ambos principios en conflicto, que los aplique o los sacrifique a ambos. La ponderación consiste más bien en sacrificar un principio aplicando el otro»⁴⁸.

En tercer lugar, la ponderación no es un acto de jerarquización axiológica en “abstracto” sino en “concreto”. Esta jerarquización, que se contextualiza solo para un caso concreto, es el producto, según Guastini, de lo que le parezca justo (o menos injusto) al intérprete en ese caso. Guastini aclara el alcance de la expresión “caso concreto” en un pasaje que me parece fundamental. Él dice que

«con esta expresión se quiere decir que no se excluye en absoluto que, en un caso distinto, la aplicación del principio P2 produzca resultados considerados más justos (o menos injustos) que la aplicación de P1 y que, por tanto, en ese caso, sea dejado de lado P1 y aplicado P2»⁴⁹.

En otras palabras, las jerarquías, sostiene Guastini, son “móviles”, “mutables”, pues en un caso se atribuye mayor peso o valor a P1, en un caso distinto se atribuirá mayor peso o valor a P2⁵⁰.

Más adelante Guastini concluye con dos de las características que estima descriptivas de la ponderación. Primero, ella es un “juicio de valor subjetivo”⁵¹, es decir, un juicio de lo que es lo justo en un caso según el parecer del juez. Actuando así, dice él, “el juez superpone su propia valoración a la valoración de la autoridad normativa, en este caso, la autoridad constituyente”⁵².

Segundo, el conflicto no queda resuelto de forma “estable”, de una vez por todas, haciendo prevalecer sin más uno de los principios sobre el otro, como sí sucedería si se aplicase el criterio “lex specialis”. Toda solución del conflicto “vale sólo para el caso concreto” y, por tanto, “es imprevisible la solución del mismo conflicto en casos futuros”⁵³.

En lo que sigue quiero examinar varias cuestiones que encuentro presupuestas en las ideas de Guastini en torno a la ponderación.

⁴⁷ R. Guastini, *Los principios en el derecho positivo*, cit., p. 170.

⁴⁸ R. Guastini, *Los principios en el derecho positivo*, cit., p. 170.

⁴⁹ R. Guastini, *Los principios en el derecho positivo*, cit., p. 170.

⁵⁰ R. Guastini, *Los principios en el derecho positivo*, cit., p. 170.

⁵¹ R. Guastini, *Los principios en el derecho positivo*, cit., p. 171.

⁵² R. Guastini, *Los principios en el derecho positivo*, cit., p. 171.

⁵³ R. Guastini, *Los principios en el derecho positivo*, cit., p. 171.

3.1. Algunas cuestiones en torno a las ideas de Guastini sobre la ponderación

Primera cuestión: Guastini no habla en forma explícita en el trabajo que cito de los conflictos trágicos o dilemas morales. Sin embargo, su posición en torno a la ponderación pareciera acercarlo sensiblemente a lo que los filósofos morales o políticos suelen entender por “conflicto trágico”. Por ejemplo, un filósofo moral como Gowans sostiene que un conflicto trágico supone muchas veces que el caso es “irresoluble”⁵⁴. Como mostré esto Guastini sólo lo admite vía las antinomias “total-total”. Otros filósofos, por ejemplo Isaiah Berlin⁵⁵, son conocidos por sostener que un conflicto de principios sólo puede resolverse con “sacrificios” de algo valioso: precisamente el valor dejado a un lado. Guastini coincide con esta visión y, a diferencia de filósofos como Alexy, pareciera tener poco empacho en admitir que la ponderación no pueda considerarse objetiva, al menos en el sentido de que sea un procedimiento regido por reglas de discusión racional del estilo de las pensadas por Alexy. Siendo así, no creo que Guastini rechazara la existencia de conflictos trágicos genuinos, al menos en un sentido de la expresión.

Segunda cuestión: Guastini es rotulado por muchos como un “escéptico” en materia interpretativa en el sentido de que no cree que haya bases objetivas para la interpretación jurídica. Concretamente en el supuesto de los conflictos Guastini explícitamente, tal como mostré, sostiene que la interpretación es un juicio “subjetivo” del intérprete.

Este juicio “subjetivo” es producto de lo que al intérprete le parece justo en ese caso. La asignación de mayor valor a uno de los principios es un acto de plena “soberanía del intérprete” en cuanto este, como dice Guastini, sustituye a la autoridad normativa.

Mi objetivo aquí no consiste en combatir el escepticismo que subyace al pensamiento de Guastini en cuanto a la interpretación y ponderación en materia de conflictos entre principios constitucionales.

Mi propósito, más modesto si se quiere, consiste en sugerir por qué encuentro aspectos de su presentación que me parece vulnerables. Antes de ello quiero aclarar que tampoco estoy seguro del tipo de escepticismo exacto al que responden las posiciones de Guastini. A continuación deseo efectuar las siguientes observaciones:

i) Guastini da rápidamente por sentado que, aun si es subjetiva, la ponderación puede tener lugar cuando hay un conflicto de principios, pero no tiene que ser necesariamente éste el caso si el conflicto expresa un genuino caso trágico pues sería esto lo que precluiría cualquier ponderación sea porque los valores en conflicto se reputan inconmensurables, sea porque los valores en conflicto se reputan mutuamente inderrotables⁵⁶.

ii) Pero aun si la ponderación no estuviera precluida, y fuera viable una con “sacrificio”, encuentro tosca la afirmación sin más de que la ponderación obedezca siempre a un puro juicio subjetivo. No es que esto no se pueda decir. De hecho, en el pasado los filósofos

⁵⁴ C. Gowans, *Introduction. The Debate on Moral Dilemmas*, cit., p. 18.

⁵⁵ Ver, por ejemplo, I. Berlin, *El Fuste Torcido de la Humanidad. Capítulos de historia de las ideas*, Traducción de José Manuel Álvarez Flóres, Edición a cargo de Henry Hardy y Prólogo de Salvador Giner, Ediciones Península, Barcelona, 1998, p. 32.

⁵⁶ T. McConnell, *Moral Dilemmas*, cit., p. 2. De aquí que Bernard Williams señale que la idea de traer a los conflictos trágicos la categoría de “obligaciones prima facie” puede ser un una estrategia tan atractiva como desafortunada. Ver B. Williams, *Conflicto de Valores*, en Id., *La Fortuna Moral*, Traducción de Susana Marín, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1993, p. 101.

aglutinados en lo que fue el positivismo lógico sostuvieron tesis emotivistas y subjetivistas bien conocidas. Pero, como se sabe, “ha corrido mucho agua bajo el puente”. Para sostener hoy tesis puramente subjetivistas como éstas habría que articular argumentos sofisticados a menos que se corra el riesgo de pasar ante los demás como un subjetivista o emotivista trasnochado. Es que además la cuestión excede esto, pues veo intrincado sostener una afirmación así, sin más, con un coste contraintuitivo como el que conlleva. Este coste contraintuitivo puede ser identificado en cuanto se hace “chocar” esta afirmación sin más a favor del subjetivismo de la ponderación contra la práctica de los hombres como agentes morales o como jueces de un sistema jurídico. Cuando digo que se hace “chocar” quiero sugerir que un juicio sobre lo justo montado en lo que a un juez le parece⁵⁷ es como una suerte de versión rudimentaria del “lenguaje privado” y, como tal, contradictoria con la idea misma de una práctica que, por definición, es “pública”.

iii) Decir que un conflicto se resuelve sobre la base de un juicio subjetivo equivale, en mi opinión, a decir que no tiene resolución. Si mi argumento tiene algún crédito, esto podría suscitar la idea de que Guastini, quizá implícitamente, tiene una visión de los conflictos entre principios constitucionales en términos de lo que los filósofos morales suelen entender por conflictos trágicos, donde lo “trágico” bien puede remitir a la convicción de que no hay resolución racional posible para un caso. Ahora bien, en términos de Guastini, el que la ponderación responda a un juicio subjetivo puede verse así: yo puedo elegir P1 y tú P2 y a ambos nos parecerá justo; de modo que ni fuentes sustantivas ni fuentes convencionales (por ejemplo cómo tú y yo usamos lingüísticamente la expresión “justo”) podrían resolver esta disputa y ello porque no puede haber disputa genuina alguna.

iv) Llamar ponderación, entonces, a un mero acto de “elección subjetiva” puede no “hacer justicia” a lo que intuitivamente se entiende por ponderación: un procedimiento que, al menos, tal como es entendido por la mayoría de los juristas, presupone alguna expectativa de solución objetiva. Independientemente de esto se puede argumentar, como Guastini, sosteniendo que lo que se denomina “ponderación” no es más que el producto de un puro acto de elección. Precisamente los filósofos morales que apuestan a los conflictos trágicos genuinos suelen sostener que la única salida es “elegir”. Pero hablar así no necesariamente compromete a una versión “irracionalista” de la elección; versión que, desgraciadamente, se ha convertido en un dogma más que la filosofía incorpora y deja de revisar.

v) Por cierto que no tengo ninguna animosidad contra el escepticismo en sí mismo. Creo que el escepticismo debe servir como una dosis de interpelación racional de cosas que se aceptan sin más en la realidad; pero la realidad también puede reconstruirse caritativamente. Tanto en la realidad moral como en la constitucional no se tienen tantos problemas en admitir, en defecto de una objetividad fuerte contra la cual se puedan esgrimir objeciones como las formuladas por Mackie,⁵⁸ “juicios “intersubjetivos” de alguna índole. Pero además de esta intersubjetividad la práctica constitucional tiene cosas tales como “precedentes”, “puntos de vistas comunes”, “experiencias sedimentadas en el trato de casos”, “múltiples criterios de racionalidad interpretativos”, etc., que, de acuerdo con un jurista de a pie, constriñen bastante la esfera de lo que un intérprete pueda decir.

⁵⁷ Juicio que, incluso, puede tener fuerza explicativa “causal” de ciertas ideas pero que, a la hora de justificación de una decisión, *tendría* que ajustarse a reglas, al menos en lo que podría verse como una aproximación “estándar” a la interpretación jurídica.

⁵⁸ J. Mackie, *Ética. La invención de lo bueno y lo malo*, cit, especialmente capítulo I.

vi) Es que, además, encuentro cuando menos controvertible la afirmación de Guastini según la cual el intérprete sustituya a la autoridad normativa y a las fuentes del derecho siempre que se presente un conflicto entre principios constitucionales. En efecto, existen instituciones como la “interpretación auténtica”, “tribunales constitucionales” o que “tienen a su cargo el contralor de constitucionalidad”, que ponen fuertes restricciones en que todo pase por el juicio subjetivo del intérprete que, desde luego, no es solo el juez como dice Guastini sino también los dogmáticos y teóricos del derecho entre otros.

vii) Pero en cualquier caso, no termino de ver por qué las “fuentes del derecho” no están llamadas a jugar papel de ninguna clase en los conflictos entre principios constitucionales. Yo estaría dispuesto, para dar crédito a mi propia argumentación, a admitir tal cosa con conflictos entre principios constitucionales que tengan carácter trágico. Precisamente porque, como sugerí en la introducción del trabajo, es en estos conflictos donde la tesis de los límites de la racionalidad puede activarse. Todo esto puede llevar a pensar que Guastini no tendría empacho alguno en admitir que haya conflictos trágicos genuinos.

viii) Sin embargo, para entender la posición de Guastini, no es menester usar la vía de los conflictos trágicos genuinos. En realidad, su posición se entiende en el marco de una visión escéptica sobre la interpretación que, en Guastini, pone todo el producto de la interpretación del lado del intérprete (un intérprete subjetivista) y no del lado de la autoridad normativa o las fuentes del derecho. Pero si esto es así es probable que el mundo que vivimos sea plenamente ilusorio. Podríamos, de hecho, estar encerrados en una caverna creyendo que lo que vemos en la pared es real; podríamos ser solo un cerebro encerrado en una cubeta creyendo que fuera de ella hay un mundo real o podríamos, como en la Invención de Morel, creer que las imágenes que vemos no son ilusiones creadas por una máquina. Desde luego que esto es posible. Pero mostrarlo con el tipo de argumentos que Guastini suministra no parece apoyar con fuerza esta posibilidad. Pero es que además no creo que Guastini esté pensando en términos de un escepticismo “absoluto”, acaso por la simple razón de que un escepticismo así tendría que aniquilar con éxito al conocido argumento de la “incoherencia vital”⁵⁹.

Tercera cuestión: Guastini postula que la ponderación se ejerce para un “caso concreto” y no en “abstracto”. Esto me parece discutible simplemente porque no son solo los jueces los que ponderan; los legisladores también lo hacen al momento de producir ciertos ordenamientos de principios en el diseño de una Constitución. Pero Guastini luego aclara el alcance de su idea. La idea es que si hoy al juez J le parece justo dar mayor valor a P1 y no a P2 puede que en el futuro, frente a un caso distinto, la relación de valor se invierta a ojos del juez J o de otro juez.

Repárese en lo siguiente. Guastini usa la expresión “caso distinto”. ¿Quién tendría problemas en replicar una tesis así? Nadie porque sencillamente, así vista, la tesis es baladí. Por cierto que, en una serie de casos “distintos”, las jerarquías tienen que ser forzosamente móviles y no estables como preconiza Guastini. ¿Pero esto hace de él un “particularista” como señala Moreso⁶⁰? Depende qué se entienda por particularista, cosa que no resulta sencilla dada la cantidad de tesis y problemas diferentes que están en juego cuando se habla

⁵⁹ Ver el análisis y discusión que de este argumento efectúa E. Sosa, *Escepticismo y Racionalidad Epistémica*, en León Olivé (comp.), *Racionalidad Epistémica*, Trotta, Barcelona, 1995, pp. 67-72.

⁶⁰ J. J. Moreso, *Conflitti tra principi costituzionali*, in “Diritto & Questioni pubbliche”, 2, 2002, www.dirittoquestionipubbliche.org.

de particularismo. No creo que decir que si hoy P1 se aplica a C1 no necesariamente se aplicará en el futuro a un caso “distinto” C2, entrañe una tesis necesariamente particularista. Pero aunque fuera tal cosa, ¿es esto una amenaza para la aspiración a universalizar los juicios normativos? Pienso que no a menos que se sostenga que P1 no se aplicaría en el futuro a casos “semejantes” o “idénticos” con lo cual, los eventuales defensores de esta tesis particularista tendrían sobre sí la carga de probar en forma satisfactoria por qué esto funcionaría de esta manera.

Aquí ciertamente hay un problema grave que tiene que ver, y coincido con el análisis de Bruno Celano⁶¹, en qué no está claro, en la discusión “particularismo-universalismo”, cuál es el criterio de identidad de casos que se tiene en mente cuando se afirma o impugna una tesis particularista.

Ante todo entiéndase que no quiero disputar aquí con el particularismo que es una doctrina compleja y que probablemente tenga muchos fragmentos de la verdad de cómo funcionan reglas y principios en prácticas normativas como el derecho o la moral.

Lo que me parece que puede llevar a pensar a Moreso, y creo que correctamente, que Guastini está comprometido con el particularismo en materia jurídica, es la idea de Guastini según la cual “es imprevisible la solución del mismo conflicto en casos futuros”.

Si es así, la tesis de Guastini parece apuntar a algo sensato. Nuestra relativa incapacidad epistémica para saber cómo se comportará una razón en el futuro. No se sabe cómo el caso se configurará, con qué tipo de propiedades se definirá, con qué aspectos relevantes se combinará, cuál será el contexto del intérprete, los propósitos en conflicto, etc.

En este sentido la tesis de Guastini sería hermana de una tesis, como la que un conspicuo representante del particularismo en materia moral como Jonathan Dancy, define señalando que:

«El pensamiento principal que subyace al particularismo es un pensamiento según el cual el comportamiento de una razón (o de una consideración que sirva como razón) en un nuevo caso no puede ser predecido a partir de su comportamiento en otros»⁶².

Pero hay algo más. Decir que la ponderación es particularista no dice nada todavía acerca del “alcance” del mentado particularismo, como tampoco dice nada la frase, presuntamente cristalina, de “balance ad-hoc”.

Si balance ad-hoc solo significa que se invoca “una razón particular que solamente tiene la pretensión de ser valiosa para un caso concreto (un caso delimitado por unas coordenadas espacio-temporales definidas)” uno podría dar crédito a la idea de Maniaci de que esto es un “puro sinsentido”⁶³.

Sin embargo, no sería un “puro sinsentido” necesariamente si lo que se tiene en mente es un caso trágico de propiedades idiosincrásicas; un caso cuya tragedia determina un traspaso de las capacidades racionales humanas de resolverlo y, que como tal, estaría fuera del marco de la razón humana.

⁶¹ B. Celano, *Particolarismo, caratterizzazioni di desirabilità, pluralismo etico. Considerazioni sulla forma del ragionamento pratico*, Versión Manuscrita.

⁶² J. Dancy, *Moral Reasons*, Blackwell, Oxford, 1993, p. 60.

⁶³ G. Maniaci, *Algunas Notas sobre Coherencia y Balance en la Teoría de Robert Alexy*, en “Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho”, 20, 2004, p. 149.

Un caso así es descrito por Sófocles cuando en el Filóctetes, el conflicto trágico de Neoptólemo, que arrastra también a Filóctetes y Odiseo, es resuelto “fuera de ese marco” por un dios como Heracles⁶⁴. Una solución que, según MacIntyre, es concebida por el dios solo para ese caso⁶⁵. Pero, fuera de esto, la tesis de Guastini apunta, como en Dancy, a un problema epistémico fundamentalmente y, como tal, tiene pleno sentido.

En cuarto lugar Guastini señala que su idea de la ponderación la muestra como un procedimiento que no resuelve las cosas de manera estable. Esto sí ocurriría, afirma él, si se aplicara un criterio como el de “lex specialis”. No creo tener que desmadejar una larga línea de argumentos para mostrar que, en el fondo, lo que está haciendo Guastini es separar fuertemente, en las hipótesis de conflictos entre principios constitucionales, a la ponderación respecto de la subsunción. Precisamente esta es la tesis que Moreso sostiene con respecto a Guastini.

En este orden de ideas, la subsunción tendría lugar, claramente, como derivado de la aplicación del criterio *lex specialis* que es un criterio para resolver problemas vinculados a “normas”.

La estabilidad aquí devendría del hecho de que la subsunción estaría regida por el *modus ponens* y la conclusión sería monotónica.

¿Pero esto es todo lo que hay que exigir para contar con estabilidad? No estoy seguro de que sea así.

La subsunción es una operación que se puede realizar una vez que se ha interpretado y resuelto el conflicto; en todo caso es parasitaria de una tarea previa como la descrita. Dado su carácter monotónico no hay dudas que garantiza un resultado. Pero todavía no se ha dicho nada de cómo los jueces obrarán el futuro.

Una cosa es reconstruir un argumento en términos de racionalidad subsuntiva y otra muy distinta el problema del compromiso racional de los agentes, por caso los jueces, con respecto a los casos que se les presenten en el futuro (lo que se puede llamar, sin violencia terminológica alguna, como “racionalidad narrativa”). Si el juez es particularista a la Dancy o a la Guastini no puede garantizar definitivamente tal compromiso. Pero esto, entiéndase bien, no es lo mismo que se espera con la racionalidad subsuntiva. Porque la conclusión puede derivarse forzosamente del conjunto de premisas y aun así considerarse, desde otro punto de vista, que la conclusión es “prima facie”, tal como Alexy entiende. Alexy acepta que la subsunción es el horizonte final de la ponderación y en esto la reconstrucción de Moreso es correcta.

Pero Alexy postula que las conclusiones son “prima facie”⁶⁶. Es claro que no hay contradicción alguna aquí pues, en rigor, Alexy está pensando en dos criterios de racionalidad distintos: uno narrativo y el otro subsuntivo en una relación “dialéctica” pues, la conclusión subsuntiva, al ser prima facie, se reconstruye en el marco de una racionalidad narrativa.

⁶⁴ Precisamente es la intuición de que los límites de la racionalidad humana han sido traspasados que los trágicos griegos como Sófocles introducen en escena el recurso del “*deus ex machina*”.

⁶⁵ Un tratamiento detallado de esta posición se puede hallar en A. MacIntyre, *Justicia y Racionalidad. Conceptos y contextos*, Traducción y presentación de Alejo José. G. Sison, Ediciones Internacionales Universitarias, Madrid, 2001, p. 75.

⁶⁶ R. Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, cit., p. 99.

El análisis que Moreso efectúa de la idea de estabilidad que tiene Guastini, que separa una racionalidad subsuntiva de una narrativa, puede dar pie para la distinción entre una estabilidad en un sentido subsuntivo y una en sentido narrativo⁶⁷.

De todas maneras hay un punto más que quiero dejar sugerido aquí con relación a la estabilidad. Guastini pareciera atar, tácitamente, dos ideas: ponderación con inestabilidad. Si este fuera el caso, me temo que las consecuencias nuevamente me parecen contraintuitivas. Y esto no significa repudiar el escepticismo que podría fundarlas sino más bien se orienta a exigir que sea presentado de manera más robusta.

Por último, una cuestión reconstructiva. Guastini, como otros filósofos del derecho, tienden a reconstruir los conflictos de principios en términos muy simplificados, es decir, conflictos que vinculan dos principios. Pero es obvio que la práctica político-constitucional es más compleja.

Gargarella ha mostrado muy claramente cómo muchos conflictos sociales se expresan en un conglomerado complejo de principios en pugna. Gargarella⁶⁸ ejemplifica con el caso de los “cortes de ruta” que hacen ciertos desocupados argentinos.

Esto podría verse en los términos engañosamente sencillos de “principio de libertad de tránsito” vs “principio de libertad de expresión”, cuando en rigor hay otros principios relevantes en juego: “de asociación”, “de petición”, de “igualdad”, “de trabajo”, etc..

La ponderación, muchas veces tiene que habérselas con casos que involucran un conglomerado de principios y, en consecuencia, tiene que ser un procedimiento más complejo en cuanto no solo involucra diversos principios sino diversos intereses sociales.

No tomar como relevante esta diversidad de intereses es una manera de “silenciarlos”⁶⁹. Esta observación no es trivial por dos motivos: primero porque la noción de sacrificio implicada en las ideas de Guastini está presente claramente en las tesis pluralistas de valores (Berlin, Nagel) como la que vendría sugerida por la observación de Gargarella; segundo, porque su noción de la ponderación como procedimiento subjetivo entraña una manera un tanto simplificada de encarar un problema complejo como el de un conflicto constitucional. En el fondo hay allí un conflicto social y la gente pareciera esperar algo más que un mero juicio subjetivo.

Sin embargo, Guastini podría tener un grano de verdad. Su idea de la ponderación como juicio subjetivo podría apuntalar la idea de que los conflictos genuinos entre principios no tienen solución racional posible. Ésta podría ser la intuición que lleva a Guastini a ver en la ponderación un simple ejercicio de elección personal de un juez.

Con todo, hay una idea importante sobre Guastini que he dejado hasta ahora implícita y que ayudaría a dotar de sentido a lo anterior.

⁶⁷ Aunque con esto no queda despejada del todo la cuestión pues, ¿cuál es exactamente el tipo de relación que hay entre racionalidad “narrativa” y estabilidad? ¿Cuánto hay de identidad de patrones normativos en ella y qué tipo de cambios no alterarían esta identidad?

⁶⁸ R. Gargarella, *Cómo argumentar (y cómo no hacerlo) en situaciones de conflicto social*, in “SocioOdisea”, Inecip, Córdoba, Argentina, 2005.

⁶⁹ Uso una expresión de J. McDowell, *Virtue and Reason*, in Id., *Mind, Value and Reality*, Harvard University Press, 1998, p. 70.

En rigor, lo que Guastini está desafiando es la idea según la cual la ponderación tiene control racional; idea que, in nuce, es la que defiende explícitamente Alexy⁷⁰. Cuando Guastini dice que la ponderación responde a un acto subjetivo quiere decir esto. Su tesis en sí misma no tiene por qué ser reprochable. Precisamente, he sostenido que una dosis de racionalidad humana tiene que implicar una aceptación de los límites de la razón.

En esto Guastini sumaría una contribución relevante. Lo que deseo sugerir con mis observaciones críticas, si es que ellas o alguna de ellas dan en el blanco, es que los argumentos deberían ser presentados en un mejor esquema conceptual que ponga a la tesis de los límites de la racionalidad a buen resguardo.

En este sentido, Guastini tendría que explicar mejor por qué los juicios de los intérpretes son puramente subjetivos. Tendría que hacerlo por razones jurídicas que cualquier jurista de a pie podría levantar, pero también por razones de índole conceptual. Una razón de esta índole reposa en la tesis según la cual los valores en conflicto pueden ser comparados⁷¹.

La tesis de Guastini, por el contrario, apuntala la idea, al menos tácitamente, de que los principios o valores en conflicto son incomparables pues, de ninguna otra manera consistente podría mantener la idea de que la ponderación es subjetiva.

En otras palabras, la ponderación es subjetiva allí donde se ha negado la posibilidad de comparar los valores o principios en conflicto. Si fuera éste el caso, estaríamos ante la presencia de un tipo de conflicto trágico genuino. Sostener esta idea puede ser algo defendible desde luego. Pero hay que hacerlo con explícitos argumentos que muestren por qué la incomparabilidad gobierna estos conflictos.

Una vez hecho esto, tales argumentos deberán ser puestos a prueba con aquellos otros⁷² que defienden la posibilidad de comparación; posibilidad que, para autores como Ruth Chang⁷³, es mucho más fuerte de lo que se podría creer. Si es cierto que esta posibilidad sea fuerte es algo que, desdichadamente, no puedo examinar ahora. Un trabajo sobre el problema de la conmensurabilidad de valores o principios constitucionales en conflicto genera para mí una deuda que solo podré satisfacer en otro trabajo.

4. *La racionalidad y sus límites*

He sostenido, en sintonía con Jon Elster, que una tesis sobre los límites de la racionalidad puede tener un basamento racional.

Los conflictos trágicos son desafíos para la racionalidad. En el derecho, entre otras cosas, los conflictos trágicos desafían, por una parte, la posibilidad de solución objetiva de

⁷⁰ El factor “control racional” explica mejor las diferencias entre Guastini y Alexy desde el momento en que ambos parecen aceptar la idea de que las respuestas a conflictos son *prima facie*. No en vano un autor como Maniaci ve en ambos autores a dos “particularistas débiles”.

⁷¹ Precisamente antes me he referido a la existencia de puntos de vista constitucionales comunes y cosas por el estilo que podrían jugar como restrictivos de juicios puros de subjetividad en materia de ponderación. Autores como Robert Alexy, Elizabeth Anderson, Cass Sunstein, etc., parecen pensar en esta línea, a saber: que hay una serie de pautas normativas, racionales, que apoyan la comparabilidad de ciertas entidades. Ver R. Chang, *Introduction*, in R. Chang (ed. by), *Incommensurability, Incomparability and Practical Reason*, Harvard University Press, 1997, especialmente pp. 2, 9. Sobre Alexy véase *On Balancing and Subsumption*, cit., p. 442.

⁷² Aquí no puedo examinar todas las tesis comparativistas. Difiero esto para un trabajo independiente.

⁷³ R. Chang, *Introduction*, cit., pp. 3-4.

un conflicto constitucional, por el otro, la posibilidad misma de ponderación racional entre principios en conflicto.

El primer desafío es intuido por Zagrebelsky, a cuyo trabajo me he referido. El segundo desafío podría estar apoyado en ideas como las de Riccardo Guastini que tienen una sensible cercanía con el desafío antes mencionado desde que opina que la ponderación entre principios se produce con sacrificio de uno de ellos y que, además, solo vale para un caso y se funda en el parecer subjetivo de un juez, parecer expresado en un acto de elección o de corte netamente decisionista. Hasta qué punto el enfoque de Guastini no transforma todo conflicto entre principios constitucionales en un conflicto de tipo trágico es algo que dejo abierto a reflexión.

Pero aunque Guastini tiene proximidad con el desafío a la ponderación y todo lo que él conlleva, hay argumentos para pensar que, tal como está presentada su posición, ella no es la lanza más adecuada, al menos por ahora, para presentar este desafío.

La tesis que he sugerido es que estos desafíos desnudan los “límites” de la razón. Probablemente esta tesis genere lo que, parafraseando a Stanley Cavell, se puede llamar “vértigo”⁷⁴. Las estrategias de los filósofos morales, políticos y jurídicos por “escapar” a la sensación de vértigo son diversas. Kant pensó en deberes morales perfectos que creaban necesidad moral. Aristóteles postuló la “unidad de las virtudes”. Hegel planteó la posibilidad de una reconciliación final de los valores⁷⁵. Hare propuso un nivel crítico de solución de los dilemas morales⁷⁶. En el caso del derecho, Alexy propugna una ponderación racional, Dworkin respuesta correcta⁷⁷, Atienza apuesta a que aun si hay casos trágicos hay respuestas que no escapan del todo a un “control racional”⁷⁸.

Si se sostiene que hay conflictos trágicos debido a inconmensurabilidad, a falta de respuesta correcta, a situaciones igualmente balanceadas, a respuestas con sacrificio, los filósofos del “noble sueño” construirán argumentos para declarar la imposibilidad conceptual de los dilemas morales, el gobierno de la comparabilidad de valores, la tesis de que los empates entre principios o valores deben ser situaciones raras, y que si hay respuestas con sacrificio, en todo caso hay posibilidades de elegir el que menos mal genera.

¿Quién tiene la razón en esta batalla? Ante todo, de un lado están los defensores del noble sueño pero del otro lado ¿quién está? Si mi argumento tiene alguna luz, la tesis de los límites de la razón no apoya lo que Hart llamaba la “pesadilla”⁷⁹. Precisamente lo que he dicho es que argüir los “límites” de la razón es un recurso último que la razón misma dispone para no caer en la irracionalidad⁸⁰. Los límites no forman el núcleo de la razón sino

⁷⁴ Citado por J. McDowell, *Virtue and Reason*, cit., pp. 60-61.

⁷⁵ Hay referencias a todo esto en C. Gowans, *Introduction. The Debate on Moral Dilemmas*, cit., pp. 3-33.

⁷⁶ R. Hare, *Cómo resolver racionalmente los problemas morales*, cit., p. 68.

⁷⁷ Ver especialmente el capítulo 13 de los *Derechos en Serio*. También ver R. Dworkin, *Munzer y la tesis de la única respuesta correcta*, en Id., *Los Derechos en Serio*, cit., pp. 455-464.

⁷⁸ M. Atienza, *Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos*, en Rodolfo Vázquez (compilador), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, Doctrina Jurídica Contemporánea, Fontamara, México, 2002, p. 209.

⁷⁹ H.L.A. Hart, *American Jurisprudence Through English Eyes. The Nightmare and the Noble Dream*, cit., pp. 126-132.

⁸⁰ La sospecha de que los conflictos trágicos generan la “bancarrotta” de la razón, como sostenía Isaiah Berlin, podría explicar por qué autores como Kierkegaard o Nietzsche se interesaron en ellos. Kierkegaard, a su manera, puso en entredicho el idealismo racionalista de Hegel (y según MacIntyre esto se debe extrapolar a un cuestionamiento también para Kant). Nietzsche, por su parte, como se sabe, es un enemigo declarado de la Ilustración, de Kant, del idealismo y de

su periferia. De manera que la existencia de los conflictos trágicos no pretende ser, al menos en mi caso, el brazo armado de un escepticismo que pretenda dañar el núcleo de la razón. Sólo quiero sugerir que los conflictos trágicos se ubican en la periferia de la razón. Si son aparentes estarán de la periferia hacia adentro. Si son genuinos estarán fuera de esa periferia, tras los límites de la razón.

Con todo, estoy dispuesto a someter a controversia la tesis de los límites de la razón. Ello por que no pretendo afirmarla para defenderla sino para explorar, a través de ella, cuáles son los problemas que los conflictos trágicos generan a la racionalidad práctica: sea en su versión instrumental o en su versión deontológica, sea en el terreno moral o en el terreno jurídico⁸¹.

Una manera de controvertir esta tesis podría apoyarse en un filósofo notable como Hare. Porque Hare admite dos cosas que uno podría ver como inicialmente enemigas: de un lado, él admite que la racionalidad para resolver problemas morales es limitada, del otro, admite que los problemas morales aun así pueden resolverse racionalmente lo mejor que se pueda en un nivel que él llama crítico; nivel que es una amalgama de kantismo y utilitarismo⁸². Si Hare pensó así uno podría sospechar que, quizás, la metáfora de los límites, no es tan clara como a primera vista podría parecer. En todo caso, controvertir la tesis es una tarea que no puedo realizar en el contexto del presente trabajo.

Supóngase entonces que la tesis sigue incólume. En virtud de ella se podría decir que, “fuera de los límites” solo cabrían respuestas no racionales⁸³ a los problemas morales o

toda forma de “racionalidad”. Los ideales “apolíneos”, para Nietzsche, fueron la forma en que los griegos se protegieron del temor a la “irracionalidad” de lo dionisiaco, presente en la tragedia. Ver F. Nietzsche, *El Nacimiento de la Tragedia*, Traducción de Andrés Sánchez Pascual, Alianza, Madrid, 2001.

Sin embargo, del reconocimiento de la “bancarrotada” de la razón, a la que alude la metáfora de Berlin, no se sigue que el tratamiento filosófico de la tragedia deba estar comprometido con un análisis “irracionalista”. De hecho, es a los filósofos “analíticos” contemporáneos a los que se les debe la recuperación de la idea según la cual los conflictos que involucran una tragedia moral, esto es, los conflictos trágicos, son conceptualmente posibles. Sobre esto véase C. Gowans, *Introduction. The Debate on Moral Dilemmas*, cit., pp.4-5.

⁸¹ No estoy presuponiendo aquí ni una tesis a favor de la unidad del razonamiento práctico ni una a favor de su fragmentación.

⁸² R. Hare, *Cómo resolver los problemas morales racionalmente*, cit., pp. 67-68.

⁸³ Pero, “no racionales” ¿es lo mismo que “irracionales”? No es claro qué pueda entenderse por “irracionalidad”. Cuando Kierkegaard sostiene que, frente al conflicto entre valores estéticos y éticos, solo queda, en última instancia, una elección radical, lo que está diciendo es que es la elección misma la razón última con que se cuenta. Y ello surge de una posición con relación a esta clase de conflictos: no hay una prioridad prima facie de un valor sobre el otro (aunque Kierkegaard podría favorecer la prioridad de los valores éticos sobre los estéticos, tal como surgiría de la importancia que Kierkegaard le concede a la fidelidad matrimonial como valor ético). Para un análisis de esto ver A. MacIntyre, *Tras la virtud*, Traducción castellana de Amelia Valcárcel, Crítica, Barcelona, 2001, pp. 60-65. Decir “irracional”, entonces, no es claro porque, por el mismo camino, se podría decir que un “axioma”, para el cual ya no podemos esgrimir razones, es irracional. Y no es claro el punto porque tampoco son claras las relaciones entre “voluntad” y “razón”. La elección a la que alude Kierkegaard o la “decisión” comprometida a la que alude Sartre parecen ejercicios de voluntad. Y el ejercicio de la voluntad, se da por sentado muy rápidamente, es expresión de un puro “decisionismo”. “Decisionismo” parece un opuesto de racionalismo. Pero, por lo que acabo de decir con respecto a los axiomas, la cosa no es clara. En parte la oscuridad radica en dos cosas: primero que dogmáticamente se acepta que los actos de voluntad son decisionistas en el sentido de que no cuentan con respaldo de razón alguna; segundo, la presencia implícita de concepciones escépticas respecto de la relación entre voluntad y razón, como destaca Sartori, explica por qué la voluntad tiene que estar del lado de la “no razón”. Pero esto no es más que una petición de principio desgraciadamente poco revisada. Véase G. Sartori, *La Política. Lógica y Método en las Ciencias Sociales*, Traducción de Marcos Lara, Fondo de Cultura Económica, México, 2002, pp. 92-93. Otra manera de referirse a la “irracionalidad” es mediante la oposición entre “pasiones” y “razones”. Del

jurídicos implicados en casos trágicos. Los filósofos del noble sueño no necesariamente tendrían que tirar la toalla. La cuestión de los “límites” no es fija sino variable. Los filósofos como Kant o Mill, Alexy o Dworkin han suministrado argumentos profundos y fuertes para “extender” esos límites más allá de lo que se habría podido pensar inicialmente.

Si esa extensión es posible la tesis de los límites o bien debe ser abandonada o bien reformulada. Pero llevar a cabo esto es algo que requerirá de otro trabajo.

lado de las pasiones estaría la “irracionalidad”, mientras que del lado de la razón, por definición, solo la “racionalidad”. Pero esta dicotomía no resulta evidente acaso por el crédito que merece la idea de Hume según la cual la razón es esclava de las pasiones. Como se sabe, Hume defiende la idea de que son las pasiones las que motivan la acción. Pero además Hume sostiene que hay pasiones “serenas” que conducen a acciones socialmente aceptables y que, por esto, suelen ser “confundidas” con la razón. Véase el estudio de J. Rawls, *Lecciones sobre la Historia de la Filosofía Moral*, Traducción de Andrés de Francisco, Compilado por Barbara Herman, Paidós, Barcelona, 2001, pp. 44-47.