

CONFLICTOS TRÁGICOS GENUINOS, PONDERACIÓN Y LÍMITES DE LA RACIONALIDAD JURÍDICA

EN TORNO A ALGUNAS IDEAS DE MANUEL ATIENZA

Guillermo Lariguet*

1. Introducción

Hay conflictos de valores que se consideran trágicos. En la literatura de filosofía moral se los conoce con el nombre de “dilemas morales”. No creo errado sostener que todavía no es muy claro y no hay acuerdo firme respecto de cuándo un dilema moral o conflicto trágico es “genuino”. En consecuencia no están claras las consecuencias que ellos pueden acarrear con respecto a la posibilidad de “control racional” de la respuesta que se da a un conflicto de tal índole. Esta falta de claridad *podría* estar presente en algunas ideas de un artículo de Atienza al que habré de referirme en este trabajo.

Ahora bien, pese a lo anterior se puede señalar que, cuando menos, hay dos tesis que los filósofos morales suelen expresar respecto del *carácter trágico* de estos conflictos. Primera tesis: son trágicos porque se estima que son “irresolubles”, por ejemplo, porque los valores o principios contendores se juzgan “incommensurables”¹ o porque se considera que los requerimientos normativos en pugna son mutuamente inderrotables.² Segunda tesis: son trágicos porque aun si son “resolubles” lo son a un “alto precio”: el sacrificio del valor dejado a un lado muestra porqué las elecciones por uno de los principios o valores en estos

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

¹ Gowans, Christopher: “Introduction. The Debate on Moral Dilemmas”, en *Moral Dilemmas*, edit. por Christopher, W. Gowans, Oxford University Press, Oxford, 1987, pp. 25; 29-30.

² McConnell, Terrance: “Moral Dilemmas”, en *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, p. 2. (se encuentra en internet) En el ámbito del derecho Joseph Raz examina situaciones en que los requerimientos normativos en pugna son incommensurables, motivo por el cual ninguno de los requerimientos derrota al otro y, en consecuencia, el conflicto no se puede resolver racionalmente. Ver Raz, Joseph: “Legal Reasons, Sources, and Gaps”, en *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Clarendon Press Oxford, Oxford, 2002, p. 75.

casos son trágicas. Cuando esto último ocurre se acepta que queda una *obligación en pie*³ y que el *remordimiento* o la incomodidad del agente son síntomas de que la elección *no fue correcta*. Y el problema es que *ninguna* elección que el agente tomara sería del todo correcta. Con lo cual la diferencia entre este tipo de conflictos y aquellos otros de los cuales se postula la imposibilidad de resolución es gris. Como referí más arriba, esto se vincula con la falta de claridad en torno a cuándo un conflicto trágico es genuino.

¿Cuál ha sido posición de los juristas frente a los conflictos trágicos? Diría que estas posiciones han sido las siguientes:

- i) en la gran mayoría de los casos el problema de los conflictos trágicos esta *excluido* de la agenda de ocupaciones teóricas de los filósofos del derecho y juristas;⁴
- ii) en otros casos el problema aparece tratado con relación a algunos supuestos que suelen asociarse a ellos, por ejemplo, la inconmensurabilidad entre valores (un ejemplo de esta línea de trabajo es Joseph Raz);⁵
- iii) en otros casos los conflictos trágicos son tratados pero como supuestos de conflictos aparentes o de conflictos que aun constituyendo desafíos profundos para la racionalidad, su presencia puede ser reducida a la mínima expresión⁶ (Dworkin) o aunque no haya respuesta correcta no escapan del todo al control racional⁷ (Atienza);
- iv) por último hay filósofos, que en el estilo de escepticismo defendido por Kripke (o en el estilo de escepticismo a la vieja usanza:

³ En el sentido de que uno podría “pedir explicaciones” por no haber ejercido esa obligación o “pedir disculpas” por no haberla elegido en el conflicto. Sobre esto véase Williams, Bernard: “Conflicto de Valores”, en *La Fortuna Moral*, trad. de Susana Marín, UNAM, México, 1993, p. 100.

⁴ Afirmando esto en coincidencia con Atienza, Manuel: “Los límites de la interpretación constitucional”. De nuevo sobre los casos trágicos, en *Interpretación jurídica y decisión judicial*, Rodolfo Vázquez (comp.), *Doctrina Jurídica Contemporánea*, Fontamara, México, 2002, p. 198. Inicialmente este trabajo fue publicado en *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 6, Itam-Fontamara, México, pp. 7-30.

⁵ Por ejemplo en Raz, Joseph: “Incommensurability”, en *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, Oxford, 1988, Cap. 13.

⁶ Por ejemplo en Dworkin, Ronald: “Do liberal values conflict?”, en *The Legacy of Isaiah Berlin*, edit. por Ronald Dworkin, Mark Lilla y Robert. B. Silvers, New York Review Books, 2001, pp. 73-90.

⁷ Atienza, Manuel: “Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos”, *op. cit.*, p. 209.

Pirro), no creen que ningún caso pueda resolverse de una manera que se pueda controlar objetivamente (por ejemplo, algunos critical legal studies podrían pensar así).

No pretendo sostener que las posiciones enumeradas representen exhaustivamente el marco de posibles alternativas filosóficas. De las posiciones enumeradas quisiera apoyar mi análisis a partir de la iii).

Esta posición supone que hay una suerte de *trasfondo compartido* por muchos juristas según el cual, siempre, en “última instancia”, hay alguna respuesta “racional” posible para casos como los trágicos. En especial, hay dos tesis que ponen en evidencia el contenido de este trasfondo. Por un lado, la tesis de una “única” “respuesta correcta” defendida por Ronald Dworkin.⁸ Por el otro, y en conjunción con ella, la tesis según la cual, ante conflictos entre principios o valores, es posible ejercitar una “ponderación” racional, que “optimice” la relación de los valores sin generar costes morales o jurídicos (como defiende Alexy).⁹ Ambas tesis son emblema de lo que, parafraseando a Hart, podría llamarse “noble sueño”.¹⁰

Desde luego que uno podría pensar que lo que Hart llama “noble sueño” tiene una presencia más dilatada y más sutil entre los juristas. Porque aun aquellos juristas que admiten la posibilidad de discrecionalidad fuerte cuando el derecho ha probado no dar respuestas o sus respuestas son incompatibles o vagas, suelen prescribir el ideal de que las decisiones de los jueces tengan algún tipo de justificación racional que escape al problema de la “arbitrariedad judicial”. (por ejemplo Hart).¹¹

⁸ Por ejemplo en Dworkin, Ronald: “¿Pueden ser controvertibles los derechos?”, en *Los Derechos en Serio*, trad. de Marta Guastavino, Planeta Agostini, Barcelona, 1993, Capítulo 13. También ver “Is there no really right answer in hard cases?”, en *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1985, pp. 119-145.

⁹ Alexy postula la idea de que los principios jurídicos deben reconstruirse como mandatos de optimización y piensa que una ponderación es “racional” si alcanza el óptimo de Pareto. Ver Alexy, Robert: *Teoría de los Derechos Fundamentales*, versión castellana de Ernesto Garzón Valdés, Revisión de Ruth Zimmerling, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pp. 112; 164. (nota pie de página 222) en “Derechos, Razonamiento Jurídico y Discurso Racional”, en *Derecho y Razón Práctica*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Fontamara, México, 2002, p. 37, Alexy afirma que los “derechos como principios exigen óptimos de Pareto”.

¹⁰ Hart, H. L. A.: “American Jurisprudence Through English Eyes. The nightmare and the noble dream”, en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 2001, p. 132 y ss.

¹¹ Hart, H. L. A., *El Concepto de Derecho*, trad. de Genaro Carrió, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992, pp. 163-164; 176-183; 253.

En cualquier caso, la idea que quiero poner de relieve es que hay un trasfondo compartido por juristas estilo Dworkin o Alexy según el cual, “en última instancia”, puede haber una salida racional para ciertos casos característicamente problemáticos.

No obstante, los casos que me interesan son problemáticos en un sentido muchísimo *más agudo* que los casos que habitualmente los juristas denominan “difíciles”. Lo que afirmo se prueba por la definición misma de conflicto trágico: *stricto sensu* es un conflicto “irresoluble” o resoluble con “sacrificio”.

En este trabajo quiero sugerir que los conflictos o casos trágicos ponen al descubierto la tesis que postula, en el mismo estilo de Jon Elster,¹² que la *racionalidad tiene límites* y que no advertirlo es una forma más de irracionalidad.

Fundamentalmente estos límites tienen que ver con que la “razón no nos dice qué hacer”¹³ respecto de ciertos casos. Con relación a los casos trágicos esto puede ocurrir, entre otras hipótesis, porque:

- i) se reputa que el rasgo “genuino” de un conflicto trágico, esto es, lo que lo torna “irresoluble”, reposa en el hecho de que los valores o principios en pugna son inderrotables, sea mutuamente, sea respecto de otros valores o principios que se pretendan hacer jugar para resolver en algún sentido la contienda;¹⁴
- ii) también se estima que no hay resolución racional, y de aquí la tragedia, cuando se considera que en el caso rige la inconmensurabilidad de los valores o principios en conflicto, lo cual, al igual que en la hipótesis anterior, bloquea el paso al análisis de una posible solución racional;¹⁵
- iii) se concibe que existe un caso trágico cuyas propiedades son tan idiosincrásicas que, aun si se lograra una solución, no hay garantías de que esta pueda generalizarse (el problema genéricamente conocido como particularismo) y

¹² Elster, Jon, *Juicios Salomónicos. Las limitaciones de la racionalidad como principio de decisión*, trad. de Carlos Gardini, Gedisa, Barcelona, 1995, p. 9.

¹³ Elster, Jon, *Juicios Salomónicos. Las limitaciones de la racionalidad como principio de decisión*, *op. cit.*, p. 9.

¹⁴ McConnell, Terrance: “Moral Dilemmas”, *op. cit.*, p. 2.

¹⁵ Gowans, Christopher: “Introduction. The Debate on Moral Dilemmas”, en *Moral Dilemmas*, *op. cit.*, pp. 29-30.

- iv) aun si hay resolución, más allá de si puede o no generalizarse para casos futuros, es una resolución que genera coste o residuo moral. Esta última idea apunta a mostrar que la idea de que, aun si no hay respuestas correctas, puede haber respuestas que son “mejores” que otras es ambigua. Pues, si se declarase que de dos principios en pugna, P1 y P2, hay una “mejor respuesta” para el caso C si se escoge a P1, no puede evitarse que se haya sacrificado otro principio “igualmente correcto” como P2.

La idea de “mejor respuesta con coste moral” parece incurrir en una contradicción en los términos. Este tema lleva, in nuce, a la cuestión de la “ponderación” de principios en conflicto y sus límites. Porque es un hecho habitual el que los filósofos del derecho, aun si admiten *límites* para la ponderación,¹⁶ no suelen considerar *seriamente* una hipótesis más severa, a saber: que la ponderación *ni siquiera pueda tener lugar* debido a que el conflicto es irresoluble. Esto vale especialmente para Robert Alexy. Pero incluso podría extenderse para filósofos como Guastini que, aun si estiman que la ponderación es un procedimiento de corte subjetivo,¹⁷ no discuten, al menos de manera explícita, casos como los trágicos en que tal procedimiento podría quedar lisa y llanamente precluido.

Debido a que en otros trabajos analizo qué tipos de desafíos generan los conflictos trágicos en juristas como Dworkin, Alexy, Guastini y Zagrebelsky,¹⁸ aquí quiero concentrarme en examinar algunas ideas del Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante Manuel Atienza. Lo hago por dos motivos: Primero porque Atienza es uno de los primeros filósofos del derecho de habla hispana que han manifestado interés por considerar el tipo de desafíos que para el derecho puede suscitar la presencia de conflictos trágicos. Segundo porque Atienza ofrece un diagnóstico en buena medida correcto sobre los conflictos trágicos en el derecho. Sin embargo, como intentaré mostrar, las

¹⁶ Véase el análisis que de estos límites con relación a la teoría de la ponderación racional de Alexy efectúa Carlos Bernal Pulido en “Estructura y límites de la ponderación”, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, 26, 2003, pp. 225-238.

¹⁷ Guastini, Riccardo: “Los principios en el derecho positivo”, en *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, trad. de Jordi Ferrer i Beltrán, Gedisa, Barcelona, 1999, p. 171.

¹⁸ “Conflictos trágicos, ponderación racional y respuesta correcta. En torno a algunas ideas de Robert Alexy y Ronald Dworkin” y “Conflictos trágicos y ponderación constitucional. En torno a algunas ideas de Gustavo Zagrebelsky y Riccardo Guastini”, ambos en elaboración.

conclusiones de su análisis son menos afortunadas —o más dudosas— que su diagnóstico. Pero antes de examinar críticamente la posición que Atienza tiene respecto de los conflictos trágicos, me parece instructivo suministrar un breve excursus sobre los mismos.

2. Breve *excursus* sobre los conflictos trágicos genuinos

Los filósofos, por ejemplo Isaiah Berlin, no han tenido prurito alguno en aceptar que puedan existir dilemas morales genuinos, esto es, conflictos respecto de los cuales no puede avizorarse respuesta correcta alguna, sea porque *ésta no existe*, sea porque *ésta existe pero a un enorme costo o sacrificio*.¹⁹

Desde luego que la aceptación a la que me refiero a contado con *excepciones* notables. Platón, Kant, Aristóteles, Tomás de Aquino han negado, con distintos argumentos, que puedan existir dilemas morales genuinos. Hegel ha dado crédito a su existencia pero ha confiado que *a la larga* puede existir una reconciliación “final” entre los valores en conflicto. Hare ha propuesto que solo en un nivel “crítico” puede mostrarse una respuesta racional para los conflictos de este tipo y David Ross, en clave aristotélica, ha sostenido que es posible, guiados por nuestras percepciones morales, determinar qué valor o principio en conflicto tiene “estrictamente” más peso.²⁰

No es de extrañar, entonces, que en la filosofía del derecho la mayoría de los filósofos confíen en que “in the long run” existe una *salida racional* posible para los problemas. Como he señalado, dos campeones de esta idea son Ronald Dworkin y Robert Alexy.

Manuel Atienza señala que la *mayoría* de los filósofos del derecho creen en que hay alguna respuesta racional posible para los problemas, no importa cuán difíciles sean.²¹

En mi opinión, esta creencia viene reforzada por un dato normativo adicional: la mayoría de los sistemas jurídicos contemporáneos contem-

¹⁹ Por ejemplo, en Berlin, Isaiah: “Dos Conceptos de Libertad”, en *Cuatro Ensayos sobre la Libertad*, versión castellana de Julio Bayón, Alianza Editorial, Madrid, 2003, p. 224.

²⁰ Una introducción excelente a todas estas posiciones se puede encontrar en Gowans, Christopher: *Introduction. The Debate on Moral Dilemmas*, pp. 3-33.

²¹ Atienza, Manuel: “Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos”, en *Interpretación jurídica y decisión judicial*, op. cit., pp. 198; 200.

plan explícitamente una exigencia *inexcusable* de juzgar los casos que se presenten.²² Detrás de esta exigencia podría encontrarse, entre otras cosas, la idea de que la justicia organizada debe satisfacer plenamente las demandas de prestación de justicia. Pero este tipo de cuestiones, que es de “diseño institucional”, no debería ser *confundida*, como me temo que ocurre habitualmente, con cuestiones “conceptuales”: concretamente con la imposibilidad de dar una respuesta correcta en casos trágicos.

Con todo, entiendo que hay que interpretar la creencia de los juristas de manera *caritativa*. Es muy posible que ellos estén desarrollando instrumentos conceptuales muy refinados –correlativos a veces de instrumentos “parecidos” desarrollados por los filósofos morales– que les permitan expulsar la idea de lo “trágico” del derecho.

En el caso de los filósofos morales ellos han diseñado diversos argumentos para repeler la posibilidad de conflictos trágicos genuinos. Estos argumentos tienen dos orientaciones: una metodológica y otra lógica.

En cuanto a la orientación metodológica, muchos filósofos morales, Kant por ejemplo, y del derecho, Dworkin por ejemplo, han pensado que los dilemas morales genuinos pueden ser confinados al terreno de la imposibilidad conceptual si se “diseña adecuadamente una teoría moral”.²³ Muchas cosas distintas se podrían tener en mente cuando se piensa de esta forma. Por ejemplo en una teoría como la kantiana la tesis de que son posibles los deberes morales “perfectos”, junto a la tesis, de que estos deberes generan una *necesidad moral* de realizar ciertas acciones, puede explicar por qué para Kant no puede haber dilemas morales genuinos. No puedo examinar aquí, sin embargo, qué contaría como una teoría moral adecuada.

En cuanto a la orientación lógica, es conocida la discusión que los filósofos morales y lógicos han entablado respecto de la posibilidad de los dilemas morales genuinos. Es sabido que para muchos filósofos la existencia de tales dilemas es conceptualmente imposible, a menos que se tiren por la borda principios de lógica deóntica básicos respecto de los cuales los dilemas morales se encuentran en franca incompatibilidad. Piénsese en principios como el de “aglomeración” o el del “debe implica puede” para entender el alcance de la discusión.²⁴

²² Así, por ejemplo, el artículo 16 del Código Civil Argentino.

²³ Ver McConnell, Terrance: “Moral Dilemmas”, *op. cit.*, p. 2.

²⁴ Ver Gowans, Christopher, “Introduction. The Debate on Moral Dilemmas”, *op. cit.*, p. 20 y ss.

Por su parte, los juristas y filósofos del derecho han desarrollado una compleja y refinada maquinaria de derechos, principios, métodos de interpretación y criterios de ponderación que servirían, en última instancia, para repeler conflictos trágicos. Incluso hay filósofos del derecho que piensan que una adecuada concepción de los derechos y principios podría confinar a los conflictos trágicos a su mínima expresión. Tal es la idea que propaga Ronald Dworkin a través de un artículo como “Do liberal values conflict?”.²⁵

En el caso concreto de los conflictos entre principios constitucionales, que es donde los conflictos trágicos se podrían expresar nitidamente, los juristas constitucionales y los filósofos del derecho han reconstruido un sofisticado conjunto de criterios para balancear “racionalmente” colisiones de valores o principios. Un balanceo racional, por supuesto, también requiere de una teoría de la “argumentación racional”.²⁶ Alexy es un ejemplo de una reconstrucción con alto nivel de sofisticación como la que comento.²⁷

De algún modo las reconstrucciones a las que aludo operarían como los “núcleos normativos” de las teorías jurídicas de la ponderación y la argumentación racional. Hay, ciertamente, un problema de cómo interpretar este “núcleo normativo”: si es moral, jurídico o analítico. Si es analítico uno podría pensar rápidamente en dos maneras divergentes de verlo: o es normativo en sentido “estándar” con lo cual no valen contra él pruebas en contra (mostrar que efectivamente hay casos trágicos) o bien es normativo en un sentido más “débil” con lo cual sí podría ser revisado por el tribunal de la experiencia, como sostenía Quine. Pero si es así, ¿en qué sentido esto sigue siendo analítico? En cualquier caso no discutiré aquí cuestiones analíticas de detalle como éstas.

Sea como fuere quiero señalar lo siguiente. Aun si hay un desarrollo sofisticado de mecanismos de resolución racional de conflictos entre principios, no *debería confundirse* la existencia de estos mecanismos con la existencia real de los conflictos. Pero precisamente éste es el problema. Porque en un sentido estricto, un conflicto trágico “genuino”

²⁵ Dworkin, Ronald: “Do liberal values conflict?”, en *The Legacy of Isaiah Berlin*, op. cit., pp. 73-90.

²⁶ Alexy, Robert, *Teoría de la Argumentación Jurídica*. (La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica), versión castellana de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

²⁷ Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, op. cit.

“no es resoluble” pues los requerimientos en pugna se entienden o bien como inconmensurables²⁸ o bien como no derrotables mutuamente o derrotables por otros requerimientos o valores.²⁹

Si es así, es aquí donde aparece el “desafío” principal de los conflictos trágicos consistente en mostrar que habría respuestas judiciales -o morales- que *estarían* condenadas a ser “incorrectas” o “no racionales” necesariamente. Y que esto pueda ocurrir es con independencia total de si el sistema es democrático o autocrático.³⁰ Porque, gracias a autores como Isaiah Berlin, se sabe que es en sociedades democráticas, liberales y pluralistas, donde los conflictos pueden aflorar con mayor vigor.

3. Manuel Atienza: Un diagnóstico correcto pero una respuesta dudosa

Como ya indiqué antes, ha sido Manuel Atienza, en el mundo de habla hispana, uno de los pioneros en explorar el desafío que la asunción de casos trágicos puede generar el derecho. Sin efectuar explícitamente la distinción de posiciones que yo efectuara en la introducción, él ha afirmado que

...la exclusión de estos casos trágicos es un presupuesto común a casi toda la teoría del derecho contemporánea.³¹

Más adelante Atienza establece un *contraste* entre esta actitud de los filósofos del derecho y juristas con otros “filósofos” –no “juristas”– como Muguerza y Ricoeur. Así afirma que

En contraste con esta actitud que quizás pudiera considerarse “natural” de los juristas a rehuir los casos trágicos, los filósofos –o algunos filóso–

²⁸ Ver Gowans, Christopher: “Introduction. The Debate on Moral Dilemmas”, *op. cit.*, pp. 29-30.

²⁹ McConnell, Terrance: “Moral Dilemmas”, *op. cit.*, p. 2; también Williams, Bernard: “Conflicto de Valores”, *op. cit.*, p. 101.

³⁰ Atienza, Manuel: “Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos”, en *Interpretación jurídica y decisión judicial*, *op. cit.*, p. 202.

³¹ Atienza, Manuel: “Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos”, en *Interpretación jurídica y decisión judicial*, *op. cit.*, p. 198.

fos— parecen estar bastante más dispuestos a reconocer la existencia de casos (judiciales) trágicos.³²

La tesis que defenderá Atienza explícitamente en su trabajo, “Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos”, es que “uno de los límites de la racionalidad jurídica viene dado por la existencia de casos trágicos”.³³

Bajo la idea de “límites” Atienza no trata sistemáticamente, en el citado trabajo, ni el problema de la incommensurabilidad de valores (que puede estar presupuesta en la tesis de que hay conflictos irresolubles) ni el problema del particularismo (que sería una *derivación* posible de la resolución de un caso trágico).³⁴ Más bien asocia su análisis con la cuestión del *balance o la ponderación*, sugiriendo que, cuando hay un caso trágico genuino, las posibilidades de balance son harto dudosas ya que sería imposible asegurar un equilibrio “mínimo” entre los valores en conflicto.

La tesis sobre los “límites de la racionalidad”, sobre la que llama la atención Atienza, tiene, como se sabe, un desarrollo específico por parte de un filósofo preocupado centralmente por una cuestión de esta índole. El libro *Juicios Salomónicos* de Jon Elster, ya citado, ejemplifica esta afirmación.

Precisamente, Elster ha sostenido que la racionalidad tiene límites pero que hay una actitud muy generalizada en conjurar esta intuición. Pero esta conjura, como ha observado el propio Elster, no puede ser más que una forma de irracionalidad. Esto puede sonar a afirmación trivial pero no lo es en cuanto se advierte que la cuestión de sugerir que hay respuestas judiciales condenadas necesariamente a *no ser racionales* no parece una afirmación baladí y, lo que es menos, una afirmación que no se pueda defender. Desde luego que se trata de una afirmación que puede producir lo que, parafraseando a un filósofo como Stanley Cavell, se podría llamar “vértigo”.³⁵ Aunque Cavell apunta a otra cosa con esta

³² Atienza, Manuel: “Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos”, en *Interpretación jurídica y decisión judicial*, *op. cit.*, p. 200.

³³ Atienza, Manuel: “Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos”, en *Interpretación jurídica y decisión judicial*, *op. cit.*, p. 188.

³⁴ Aunque hay algunas sugerencias de Atienza a este respecto en p. 200 del artículo citado.

³⁵ Citado por Mc Dowell, John: “Virtue and Reason”, en *Mind, Value and Reality*, Harvard University Press, 1998, pp. 60-61.

idea, yo la usaré al final para decir otras cosas que, después de todo, no le hagan violencia al término.

Sea como fuere, la afirmación de Elster, con ser correcta, deja en pie a mi criterio otra cuestión para pensar. Decir que hay límites de la razón equivale a decir que la razón no contiene todas las respuestas pues habrá casos –presuntamente los trágicos– para los cuales *no habrá respuesta correcta racional posible*. Y, decir esto, es equivalente a decir que no puede, por la naturaleza misma del concepto de conflicto trágico genuino, haber algo así como un “control racional” *después de todo* como en el que piensa Manuel Atienza. Regresaré pronto a esta idea.

Ahora bien, de la tesis que afirma que para estos casos no hay respuesta “racional” posible ¿se sigue que las respuestas que se concedan a dichos casos tengan que ser “irracionales”?

Uno podría pensar que, franqueados los límites de la razón, lo que queda por delante es un espacio oscuro. Sin embargo se podría pensar que, franqueados esos límites, el agente puede ejercer lo que Sartre en *El existencialismo es un humanismo* llamaba el “sentimiento” que lo orienta en dirección a alguno de los valores en conflicto.³⁶ Estos sentimientos no necesariamente tienen que ser sinónimos de “irracionalidad” tal como Hume ha mostrado con respecto a ciertas pasiones serenas.³⁷

Con todo, el que se ejerciten pasiones serenas nada dice respecto de que esas pasiones conduzcan a la respuesta correcta pues, si éste fuera, el caso, colapsa la idea de que hay casos trágicos genuinos. En todo caso no puedo más que dejar esto sugerido a modo de una inquietud filosófica que no puedo tratar aquí. Pues, en realidad, estoy interesado en considerar la pregunta que formulo a continuación. ¿Qué tiene en mente Atienza con la idea de “racionalidad jurídica”?

No hay una respuesta explícita de él sobre este asunto en el artículo que estoy considerando. Él parece dar por sentado que ya se sabe de qué se trata. Esto, por cierto, no es así. Decir “racionalidad jurídica” no avanza mucho las cosas porque primero es necesario precisar qué se entiende por racionalidad, al menos en el campo “práctico”.

³⁶ Sartre, Jean Paul, *El Existencialismo es un Humanismo*, trad. de Manuel Lamana, Losada, Buenos Aires, 2003, p. 23.

³⁷ Véase el excelente análisis de esto en Rawls, John, *Lecciones sobre la Historia de la Filosofía Moral*, trad. de Andrés de Francisco, comp. por Barbara Herman, Paidós, Barcelona, 2001, pp.44-47.

La idea de “racionalidad” que subyace en autores como Aristóteles no parece la misma que uno encuentra en Kant. La propuesta de racionalidad “inmanente” que Weinrib³⁸ efectúa, sobre la base de una reconstrucción personal de ciertas raíces aristotélicas y hegelianas, no es el tipo de racionalidad que tiene en mente Joseph Raz cuando postula su teoría de las “razones excluyentes”.³⁹

De todas maneras creo que se puede definir un *mínimo contorno* para explicar lo que Atienza tiene en mente. Uno podría aceptar la idea de que el derecho como *práctica*,⁴⁰ tanto de aplicación, como de creación y conocimiento, ofrece un entramado de formas de argumentación y contra-argumentación sobre la base de normas jurídicas que definen el perímetro de lo jurídico.

La idea según la cual sería posible reconstruir al derecho como un conjunto sistemático que permita diferenciar, como tal, las normas jurídicas de otras normas relevantes, puede ser un *punto adicional* para entender la idea de “racionalidad jurídica”. Todo este entramado ofrece “razones jurídicas” (de aquí la expresión ‘racionalidad jurídica’).

Cuando se habla de *límites de la racionalidad jurídica* se piensa en casos, como los trágicos, que *sobrepasan* esos límites. En otras palabras que el derecho no puede ofrecer “razones” que hagan vislumbrar que hay una respuesta para el conflicto trágico. Que el derecho no puede ofrecer razones es algo que surge del significado mismo de conflicto trágico: un conflicto para el que no hay respuesta o la respuesta disponible entraña un sacrificio de algo valioso. Los filósofos suelen suministrar como evidencia de esta última posibilidad al eventual remordimiento⁴¹ o los problemas de conciencia que pueda experimentar el agente moral o, en su caso, el juez de determinado sistema jurídico.⁴²

Sin embargo, uno podría aun guardar cierta esperanza. Franqueados los límites del derecho, de los cuales no se pudo obtener respuesta, se puede entrar al reino de alguna *moral ideal*.⁴³

³⁸ Por ejemplo en Weinrib, Ernest: “Why Legal Formalism”, en *Natural Law Theory. Contemporary Essays*, edit. by Robert George, Clarendon Press Oxford, 1994, p. 341 y ss.

³⁹ Raz, Joseph, *Razón Práctica y Normas*, trad. de Juan Ruiz Manero, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, especialmente pp. 53-54.

⁴⁰ Desde luego, adopto la expresión “práctica” sin comprometerme con ninguna concepción particular sobre la misma ya que ello es innecesario en el contexto del presente trabajo.

⁴¹ Véase la discusión de este tópico en McConnell, Terrance: “Moral Dilemmas”, pp. 7-9.

⁴² Atienza, Manuel, “Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos”, en *Interpretación jurídica y decisión judicial*, op. cit., p. 202.

⁴³ En p. 211, cuando Atienza discute qué pueden hacer los jueces respecto de casos trágicos, arguye que agotado el derecho que no brinda una respuesta correcta pre-existente, “no queda otra

Los conflictos trágicos, así, serían como el “caballo de Troya” de la Eneida, al mostrar la vulnerabilidad del derecho permitirían entrar al ejército de la moral. Pero esta esperanza, cuando menos, hay que suavizarla en cuanto se admita que el problema de “indeterminación”⁴⁴ al que conducen los conflictos trágicos afecta *por igual* a la moral.⁴⁵

Cuando digo que “afecta por igual” estoy sugiriendo que los conflictos podrían ser considerados trágicos precisamente por que su desafío a las normas es “absoluto” y no “relativo”. Digo esto porque uno podría pensar que una categoría, como por ejemplo la de caso “difícil”, es “relativa” a un “dominio de razones”. Así, uno podría pensar que un caso es “difícil” con “relación al” “derecho” pero no *necesariamente* con relación a la “moral”.

Pero si un caso es “trágico” esto supone un “plus” difícilmente tratable pues lo que se sostendría es que no hay respuesta correcta con relación a *cualquier* dominio. Sin embargo, si esto es así, hablar de límites de la racionalidad “jurídica” como hace Atienza es “misleading”. Porque si la categoría de lo trágico es absoluta en el sentido referido, entonces los límites que ella pone en cuestión abrazan a lo que uno llama genéricamente racionalidad práctica, incluyendo cualquier dominio normativo y no solo el derecho. Esto podría tener un grano de verdad pero aquí no voy a poder discutirlo.

Ahora bien, ¿qué entiende Atienza por caso “trágico”?

Para definir los casos trágicos, lo primero que él hace es ofrecer una distinción entre casos “fáciles” y “difíciles” mostrando algunos de sus principales problemas. También, con apoyo en Barak⁴⁶, define una noción de caso en sentido “intermedio” que aquí no necesito discutir.

alternativa que acudir a esos otros ámbitos de la razón práctica”. Arguyendo supongo que, entre esos ámbitos, Atienza, aunque no es necesario para mi argumentación, puede estar pensando en algo así como una moral ideal (o “extra jurídica” puesto que ya no puede formar parte del derecho).

⁴⁴ Ver muy especialmente Shafer Landau, Russ: “Ethical Disagreement, Ethical Objectivism and Moral Indeterminacy”, en *Philosophy and Phenomenological Research*, vol. LIV, núm. 2, 1994, pp. 332-335.

⁴⁵ Como ya indiqué antes, es cierto que un adalid de la discreción judicial como Hart sostenía que “discreción” no es lo mismo que “arbitrariedad”. Hart confiaba en que si había un caso que generara discreción judicial, y con mayor razón si el caso en cuestión es “trágico”, ésta podía ser justificada racionalmente de algún modo. Hasta qué punto la desconfianza de Hart en el carácter determinado de la moral y su confianza en una discreción no arbitraria son coherentes no es algo que yo pueda examinar aquí.

⁴⁶ Atienza, Manuel: “Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos”, en *Interpretación jurídica y decisión judicial*, op. cit., p. 194.

Pero el punto es que un caso trágico es *algo más* para Atienza, y también para mí, que un caso difícil. Para ver qué implica este *algo más* veamos cuál es el tipo de diferencia entre ambos casos que tiene en mente Atienza.

La diferencia fundamental sería ésta: mientras que en los casos “difíciles” autores como Dworkin postulan la tesis de “una respuesta correcta” en los casos “trágicos” se sostiene que “no tienen ninguna respuesta correcta”.⁴⁷

Desde luego que, así planteado, la distinción entre casos “difíciles” y “trágicos” no es completamente segura. Ello es así porque, por ejemplo, Pablo Navarro ha sostenido que, entre otras hipótesis, un caso es “difícil” cuando “no hay respuesta correcta a C”.⁴⁸ No sé qué es exactamente lo que Navarro tiene en mente cuando sostiene esto. Dicho literalmente su hipótesis es clarísima; sin embargo, qué se entiende por “respuesta correcta” dista de ser una cuestión filosóficamente transparente. Pero esta investigación no tiene intención alguna de hacer de la distinción entre conflictos trágicos y casos difíciles una batalla por palabras porque, después de todo, el que no haya respuesta correcta para C es un indicador de que la racionalidad del derecho, y eventualmente la práctica en general, son “limitadas” y esto es todo cuanto yo quiero señalar aquí.

En el trabajo que cito, y en coincidencia por lo menos parcial con *Tras la justicia*,⁴⁹ Atienza entiende por ‘casos trágicos’ aquellos con relación a los cuales

no cabe encontrar ninguna solución (jurídica) que no sacrifique algún elemento esencial de un valor considerado fundamental desde el punto de vista jurídico y/o moral.⁵⁰

En realidad la idea de Atienza *pareciera ser* que en un caso trágico no es posible ejercer el tipo de “balance de razones” o de “ponderación

⁴⁷ Atienza, Manuel: “Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos”, en *Interpretación jurídica y decisión judicial*, op. cit., p. 194.

⁴⁸ Citado por Atienza, Manuel: “Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos”, en *Interpretación jurídica y decisión judicial*, op. cit., p. 190.

⁴⁹ Atienza, Manuel, *Tras la Justicia. Una introducción al Derecho y al Razonamiento Jurídico*, Ariel, Barcelona, 1993, especialmente capítulo V, p. 177.

⁵⁰ Atienza, Manuel: “Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos”, en *Interpretación jurídica y decisión judicial*, op. cit., p. 196.

racional” en que piensan autores como Alexy. Hay ponderación racional para Alexy cuando, entre los principios constitucionales en conflicto, puede alcanzarse un “equilibrio óptimo”. En un “equilibrio óptimo” no tiene lugar la idea de “sacrificio” o “coste” o “pérdida moral”.

Pero en los casos trágicos sostiene Atienza que “no existe ninguna solución que se sitúe por encima del equilibrio mínimo”.⁵¹

En los casos difíciles, sostiene Atienza y concuerdo con él, se discute de qué manera se puede asegurar o afectar el equilibrio “óptimo”, pero no el “mínimo” que ya estaría garantizado.⁵² Esto es así porque una u otra parte de la contienda estarían de acuerdo en que

un caso es “difícil” cuando en relación con el mismo cabe encontrar, en principio, más de un punto de equilibrio entre exigencias contrapuestas, pero que necesariamente hay que tomar en consideración en la decisión y, por tanto, hay que efectuar (y justificar) una decisión.⁵³

Pensando especialmente en los jueces, más adelante Atienza define dos tipologías de casos trágicos. En este sentido, afirma que un juez puede vivir como “trágica”:

a) una situación en que su ordenamiento jurídico le provee al menos de una solución correcta (de acuerdo con los valores del sistema) pero que choca con su moral; b) una situación en que el ordenamiento jurídico no le permite alcanzar ninguna solución correcta.⁵⁴

En lo que concierne a la primera situación Atienza ha tratado un ejemplo como el del “insumiso penal”, insumisión derivada de una hipótesis de “objección de conciencia”.⁵⁵ No es éste el lugar que usaré para contar el caso, pero el dilema para Atienza reposaría en que el juez “o

⁵¹ Atienza, Manuel: “Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos”, en *Interpretación jurídica y decisión judicial*, op. cit., p. 196.

⁵² Cfr. Atienza, Manuel: “Los límites de la interpretación constitucional”. De nuevo sobre los casos trágicos, en *Interpretación jurídica y decisión judicial*, op. cit., p. 197.

⁵³ Atienza, Manuel: “Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos”, en *Interpretación jurídica y decisión judicial*, op. cit., p. 197.

⁵⁴ Atienza, Manuel: “Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos”, en *Interpretación jurídica y decisión judicial*, op. cit., p. 201.

⁵⁵ Atienza Manuel: “Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos”, en *Interpretación jurídica y decisión judicial*, op. cit., p. 202; también en *Tras la Justicia*.

aplica la ley o hace justicia”. En qué medida su ejemplo es expresión de un genuino dilema moral o solo de un caso difícil más refinado es algo que no puedo discutir aquí. En qué medida, por otra parte, su reconstrucción según la cual el juez tiene ante sí dos “ordenamientos”, uno moral (comprometido con el valor justicia) y otro jurídico (comprometido con el valor de la ley), es algo en lo que tampoco puedo detenerme aquí. Tengo mis dudas de que sea necesario duplicar los órdenes (uno moral y otro jurídico) para dar cuenta de un conflicto trágico entre valores. Digo esto porque la exigencia de que las resoluciones jurídicas sean ajustadas a la “legalidad” y sean “justas” en un sentido no meramente formal no necesariamente tiene que remitir a una exigencia “extra-jurídica”, bien puede ser jurídica y estar incorporada de algún modo al ordenamiento constitucional como ocurre con el preámbulo de una constitución como la argentina. Nadie duda que aquí se hace presente uno de los dramas clásicos del derecho: la relación entre legalidad y justicia. Si el drama es o no expresión de un “genuino” dilema moral es algo que tampoco se pueda dar por sentado tan rápido. En una teoría de las virtudes como la aristotélica la “phronesis” podría ser la “cuña” que haga compatibles la ley y la justicia. Pero, por cierto, no puedo decir más que esto aquí.

La otra hipótesis (la b) con que Atienza conceptualiza los casos trágicos me parece más adecuada y a tono con lo que la mayoría de los filósofos morales entienden por caso trágico. La idea es que el propio ordenamiento *no permite alcanzar respuesta correcta alguna*.

Estoy de acuerdo con esta línea de pensamiento porque, además, hace coherente el propósito del trabajo de Atienza consistente en mostrar cómo los casos trágicos son test adecuados sobre los límites de la racionalidad “jurídica”. Pero, si no hay respuesta jurídica correcta, si los límites han sido traspasados, no puede afirmarse luego que

...aunque la existencia de casos trágicos suponga que hay situaciones en que el sistema jurídico no permite llegar a alguna respuesta correcta, ello no quiere decir que la toma de la decisión en esos casos escape por completo al control racional.⁵⁶

⁵⁶ Atienza, Manuel: “Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos”, en *Interpretación jurídica y decisión judicial*, op. cit., p. 209.

Esta es la frase que tengo en mi cabeza cuando sugiero que, si bien el diagnóstico que Atienza realiza sobre los conflictos trágicos es en buena medida correcto, su conclusión es dudosa o poco afortunada.

La salida Atienza me parece a mí un modo de inconsistencia entre sus propósitos teóricos declarados y su análisis conceptual de los casos trágicos con la conclusión a la que arriba. Ello así porque, sea inconsistencia o claudicación, Atienza parece sucumbir a la seducción de aquellos juristas que, según él, manifiestan una “actitud que quizás pudiera considerarse “natural” a rehuir los casos trágicos “. Porque, ¿qué puede entenderse por control “racional” una vez que la razón ya ha sido sobrepasada y no puede en consecuencia guiar ninguna respuesta para el caso?

Atienza cree que, del hecho de que no haya una respuesta buena o correcta, no se sigue que

todas las posibles alternativas sean equiparables; o, dicho de otra manera, el que no haya una respuesta buena no significa que no se pueda decir que unas son peores que otras, de manera que lo que debe hacer un agente moral o lo que un juez debe hacer en tales situaciones- es, sencillamente, optar por el mal menor.⁵⁷

Aunque hay toda una literatura dedicada a poner en duda esto, Atienza menciona a las respuestas “buenas” como sinónimos de las “correctas”. Sin embargo no es éste mi reparo central para sus argumentos.

Lo que no alcanzo a ver con claridad es cómo es posible que, si un caso trágico presupone que *no es posible alcanzar un equilibrio mínimo*, se pueda decir luego que algunas respuestas son *peores* que otras.

Si hay un caso trágico cualquier respuesta es incorrecta. La teoría del “débito moral” o de las obligaciones residuales es una manera de explicar esto. Cualquier elección que se efectúe lleva al sacrificio. Es posible que haya cosas que importen menores sacrificios, sacrificios “menos peores”. Esto es posible y puede ser que Atienza esté en lo cierto.

Empero, si un caso *genuinamente* trágico es aquél donde no hay respuesta correcta posible, entonces hablar de respuestas mejores o peores que otras me parece una afirmación dudosa. Precisamente porque

⁵⁷ Atienza, Manuel: “Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos”, en *Interpretación jurídica y decisión judicial*, op. cit., p. 209.

hablar de respuestas que son mejores que otras, o menos peores, supone que se ha activado el método del balance o la ponderación. Pero precisamente la existencia de un caso genuinamente trágico trata de mostrar la imposibilidad o la banalidad de creer que se puede activar el balance.

Que la presencia de un conflicto trágico genuino precluya la ponderación *racional* puede obedecer o bien al hecho de que los requerimientos en pugna son inderrotables⁵⁸ o bien a que tales requerimientos son inconmensurables. Veamos primero el rasgo de inderrotabilidad de los principios en un conflicto trágico genuino.

Antes de sostener, como hace Atienza con relación al caso del insu-miso penal, que la elección de un juez por uno de los valores o principios en conflicto no escapa del todo al control racional hay que mostrar cómo un requerimiento que se entiende como “inderrotable” puede trocar en “derrotable” y habilitar, método de ponderación mediante, que un principio, por ejemplo “evitar una injusticia grave”, tenga una precedencia “justificada” “racionalmente”⁵⁹ sobre otro principio, por ejemplo “aplicar la ley penal”.

Para *derrotar* en un caso uno de los requerimientos hay que mostrar, mediante ponderación, que el otro es mejor. Esto me lleva al problema de la conmensurabilidad. Decir, como Atienza, que “no todas las soluciones son equiparables”, esto es, que “no todo vale”, que hay soluciones que son mejores o peores que otras, *aun si no hay respuesta correcta*, supone tácitamente que él da por descontada la *conmensurabilidad o comparabilidad* de los valores o principios en conflicto.

No tengo dudas respecto de que haya argumentos “comparativistas” disponibles que nos muestren que la inconmensurabilidad no es tan amenazante como se piensa. De hecho, en *Incommensurability, Incomparability and Practical Reason*, la larga introducción de Ruth Chang está dedicada a mostrar porqué la *tesis del comparativismo* de valores tiene más chances que la idea de incomparabilidad⁶⁰.

⁵⁸ De aquí que Bernard Williams señale en “Conflicto de Valores” que la idea de traer a los conflictos trágicos la categoría de “obligaciones prima facie” puede ser una estrategia tan atractiva como desafortunada. Ver Williams, Bernard: “Conflicto de Valores”, *op. cit.*, p. 100.

⁵⁹ Pues no otra cosa querría decir la expresión “control racional”.

⁶⁰ Chang, Ruth: “Introduction”, en *Incommensurability, Incomparability and Practical Reason*, edit. por Ruth Chang, Harvard University Press, 1997, pp.3-4.

Sin embargo el problema sigue en pie por dos razones. Primero porque Atienza da por sentado que no hay inconmensurabilidad en un dilema moral, no brindando ningún argumento explícito al respecto y segundo porque, si hay un conflicto trágico o dilema moral genuino, es precisamente porque los valores pueden ser reputados inconmensurables. Esto se puede disputar pero entonces ya no cabe hablar de conflictos trágicos “genuinos” sino de conflictos “aparentes”. Es en virtud de que Atienza no hace esto que sugiero la idea de que su respuesta es dudosa.

Es claro que la tesis de que en ciertos conflictos la ponderación racional está precluida, puede provocar “vértigo”. Por cierto que se le puede dar vueltas al asunto para escapar al vértigo que produciría esta conclusión. Pero entonces no es necesario poner en juego la tesis de los *límites de la racionalidad jurídica*.

Mucho me temo que la *necesidad institucional* de dar respuestas a casos, que permea en el desarrollo sofisticado que los juristas han hecho de herramientas de resolución de conflictos, ha terminado ganándole al subconsciente de Atienza.

Desde luego, como dije en la introducción a este trabajo, los sistemas jurídicos establecen un deber inexcusable de juzgar en cabeza de los jueces. Pero este deber no supone que todos los casos tengan solución racional, a menos que se piense que, del hecho que haya sastres, se sigue que las prendas no tengan agujeros.

Señalé también que los filósofos del derecho y los juristas han diseñado diversos mecanismos para “superar” casos difíciles. Pero mantuve que no han enfrentado completamente el desafío de los conflictos trágicos. Si éste desafío es compulsivo o no es algo que hay que discutir. Dworkin, por ejemplo, confía en que éstos conflictos pueden ser eliminados en la mayoría de los casos y, en los menos, recludos en un espacio diminuto de la práctica jurídica. Si Dworkin tiene razón la tesis de los límites de la racionalidad jurídica, tesis que Atienza *pareciera* defender en forma dudosa, podría ser controvertida.

Con todo, la controversia sobre la tesis de los límites de la racionalidad puede ser irremediablemente compleja. No sólo porque, pese a su uso sistemático en contextos políticos, morales, jurídicos y científicos naturales, la idea de racionalidad dista de ser clara.⁶¹ Sino también, y principalmen-

⁶¹ Como afirma León Olivé en su “Introducción” a *Racionalidad. Ensayos sobre la racionalidad en ética y política, ciencia y tecnología*, León Olivé (comp.), Siglo XXI Editores, México, 1988, p. 9.

te, por el tipo de posiciones que filósofos refinados mantienen al respecto.

Hare, que es quien estoy pensando, mantiene, al mismo tiempo dos tesis que a primera vista podrían parecer inconciliables: por un lado, la tesis de que la racionalidad tiene límites, por el otro, la tesis de que, pese a lo anterior, siempre es posible resolver racionalmente los problemas morales *lo mejor que sea posible*.⁶²

En este sentido, las ideas de Atienza tendrían un *parecido de familia* con las de Hare porque aun si el primero no compartiera el contenido de la solución que el segundo tiene para los problemas morales (que en Hare es combinación de ingredientes kantianos y utilitaristas), sí comparte la idea de que, aun en los conflictos trágicos, hay respuestas mejores que otras.

Adviértase que Hare postula la tesis de los límites cuando sostiene que nuestra racionalidad para resolver conflictos morales es “limitada”,⁶³ por ejemplo, porque la información fáctica y normativa que manejan los agentes morales es incompleta, porque sus tiempos para decidir son restringidos, etc. Esto no impide, para Hare, ejercitar lo que él llama un “nivel crítico” que permita resolver racionalmente,⁶⁴ lo “mejor que se pueda”, conflictos morales. En rigor, Hare cree que los conflictos morales genuinos (trágicos) son más productos de escritores de ficción que de filósofos.⁶⁵ Para él, en verdad, no hay conflictos trágicos genuinos.

Pero si lo anterior es así, los parecidos de familia que tracé entre Hare y Atienza tienen que ser revisados. Esto es así aun cuando sigo pensando que el diagnóstico de Atienza no obstante ser correcto, contiene respuestas finales que son dudosas. Una manera de corroborarlo es pensar nuevamente en Hare. Este filósofo nunca reniega de su postura de que los dilemas morales son aparentes. Su idea de un nivel crítico es, por esto, consistente.

⁶² Hare, Richard: “Cómo resolver los problemas morales racionalmente”, en *Racionalidad. Ensayos sobre la racionalidad en ética y política, ciencia y tecnología*, León Olivé (comp.), *op. cit.*, p. 71.

⁶³ El único que encarnaría una racionalidad ilimitada es aquél a quien Hare denomina el “arcángel”. (p. 70 del artículo citado) El “Hércules” de Dworkin tendría un paralelo con el personaje de Hare que aquí no necesito tratar.

⁶⁴ Por “resolución racional” Hare considera una amalgama de universalización kantiana de la prescripción en conflicto que se elija y cálculo utilitarista. Esto podría ser extraño para quien no conozca el pensamiento de Hare según el cual las diferencias entre kantismo y utilitarismo surgen de una deficiente lectura de los trabajos de Kant y Mill. Hare, Richard: “Cómo resolver los problemas morales racionalmente”, *op. cit.*, pp. 67-68.

⁶⁵ Hare, Richard: “Cómo resolver los problemas morales racionalmente”, *op. cit.*, p. 69.

Sin embargo Atienza parece favorecer la idea de que los dilemas morales son *genuinos* y de aquí su tesis de los *límites de la racionalidad jurídica*; tesis que he puesto en “sintonía” con la tesis de Elster. Empero, él afirma que *aun si no hay respuesta correcta la elección del juez no escapa al control racional* con lo cual su tesis de los límites de la racionalidad jurídica parece diluirse.

Por otra parte, Atienza cree que, aun si no hay respuestas correctas, hay respuestas que pueden ser *mejores o menos peores* que otras. Esta creencia puede ser robusta si se dan *argumentos comparativistas* sobre los valores en una colisión, cosa que Atienza no hace.

No obstante, aun si lo hiciera, su idea de que hay casos trágicos genuinos sería liquidada pues ahora lo que uno llama “trágico” no sería más que el nombre de algo meramente aparente. Pero si es así, su argumento de que no es posible prescindir de la experiencia de lo trágico en el derecho⁶⁶ termina avalando una posición un tanto cándida. La expresión ‘casos trágicos’ podría, en esta vena, ser sustituida sin pérdida de significado por la expresión ‘casos difíciles’, con lo cual la distinción que Atienza efectuara en el trabajo citado entre ambos tipos de casos sería borrada.

Ante estas consideraciones, mi conclusión no es que un filósofo agudo y experimentado como Atienza haya cometido una suerte de inconsistencia teórica. Esto se podría decir desde luego y no hay mácula alguna pues cuando los filósofos discuten problemas complicados, están trabajando en el contexto de una niebla difícil de disipar.

Más bien me inclino a pensar que, pese a su renuencia explícita en el trabajo citado, Atienza es un filósofo del *noble sueño* al estilo de los filósofos que él estudió bien en sus investigaciones sobre las posibilidades de argumentación racional en casos difíciles.

Recepción: 06/06/2005

Aceptación: 24/11/2005

⁶⁶ Atienza, Manuel: “Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos”, en *Interpretación jurídica y decisión judicial*, op. cit., 212.