

LA CONCEPCIÓN IRENISTA DE LA CONSTITUCIÓN. SOBRE LA POSIBILIDAD DE UNA RECONSTRUCCIÓN ARMÓNICA DEL CONTENIDO ÉTICO-SUSTANTIVO DEL ESTADO CONSTITUCIONAL*

The Irenist Conception of the Constitution. On the Possibility of a
Harmonic Reconstruction of the Ethical-Substantive Content of the
Constitutional State

Pau Luque

Resumen

Este artículo explora la posibilidad de que las constituciones contemporáneas puedan ser interpretadas de manera armónica, es decir, irenista. Las objeciones más importantes a las que una concepción irenista de la constitución debería hacer frente son las objeciones de la incoherencia y de la inestabilidad. La primera afirma que la armonía no es posible porque se dan conflictos normativos entre los diversos componentes de las constituciones contemporáneas. La segunda afirma que no es posible una armonía de tipo universalista. Una concepción irenista con visos de ser plausible debería poder ser capaz de dar una respuesta a cada una de estas objeciones.

Palabras clave

Irenismo, constitución, contenido ético, dilemas normativos, particularismo.

Abstract

This paper explores the possibility of interpreting contemporary constitutions in a harmonic way, that is, in an irenist way. The most important objections to which an irenist conception of the constitution should respond to are the “incoherence objection” and the “non-stability objection.” The former claims that harmony is not possible because of the normative conflicts among the different items that can

Pau Luque, Universitat de Girona, Facultat de Dret. Correspondencia: Campus de Montilivi, 17071 Girona, España. pls2001@gmail.com

* Algunas personas leyeron versiones previas de este texto; da la casualidad de que estas personas comparten nombre: Diego Dei Vecchi, Diego Moreno Cruz y Diego M. Papayannis. Los comentarios y observaciones de los “Diegos” me ayudaron a refinar los argumentos y a revisar algunas ideas, así que les agradezco su predisposición al diálogo y a la discusión iusfilosófica.

be found in contemporary constitutions. The later denies the possibility of a harmony of the universalistic type. An irenist conception intending to be plausible should be able to give an answer to each of these objections.

Keywords

Irenism, constitution, ethical content, normative dilemmas, particularism.

I. Irenismo

En este trabajo exploro la posibilidad de que la estructura de la dimensión ético-sustantiva del estado constitucional de derecho contemporáneo sea irenista.

Según el irenismo, el contenido ético de las constituciones contemporáneas puede ser interpretado y aplicado de forma armónica, coherente y estable. En el próximo epígrafe profundizaré en la presentación del irenismo, pero antes de ello cabe precisar en qué consiste la indagación que yo pretendo llevar a cabo aquí.

¿A qué hago referencia cuando hablo de la dimensión ético-sustantiva del estado constitucional? La dimensión ético-sustantiva consiste en el conjunto de derechos, principios y valores éticos que encontramos en los ordenamientos jurídicos constitucionales de los estados de derecho contemporáneos.¹ Algunas disposiciones jurídicas, constitucionales o de rango inferior, remiten o reenvían a derechos, principios o valores éticos o morales.² Este reenvío debe ser entendido de la siguiente manera: “la identificación del contenido (la comprensión) de las disposiciones relevantes, y su aplicación a casos genéricos o individuales, requiere, en algunas ocasiones, el recurso a consideraciones y argumentaciones morales sustantivas”.³

¹ Celano, 2009, pp. 258-259.

² A no ser que se indique lo contrario, en todo el trabajo usaré indistintamente “ética” y “moral”. Soy consciente de que en la literatura especializada tales términos no son siempre usados como sinónimos. Sin embargo, y esto constituye una estipulación o redefinición para los fines de este trabajo, yo entenderé en lo que sigue que se trata de términos intercambiables.

³ Celano, 2009, pp. 255-256.

Tal dimensión se acomoda, sobre todo, en algunas de las disposiciones constitucionales y, especialmente, en aquellas constituciones —sobre todo europeas u occidentales— promulgadas y aprobadas después de la Segunda Guerra Mundial. Sin embargo, este rasgo también se puede encontrar en otras disposiciones de rango inferior: piénsese, a título de ejemplo, en las disposiciones de algunos códigos civiles que hablan de “contratos que fuesen inmorales”.⁴ La identificación del contenido de estas disposiciones y también su aplicación exige desarrollar argumentos o razonamientos morales sustantivos. Pero aunque lo último es cierto no lo es menos que a partir del denominado proceso de constitucionalización,⁵ la dimensión ético-sustantiva se ha desarrollado en, o como consecuencia de, aquellas disposiciones de rango constitucional que remiten o reenvían a derechos, principios o valores morales.

¿A qué hago referencia cuando hablo de la estructura de la dimensión ético-sustantiva del Estado constitucional?

La estructura de esa dimensión tiene en cuenta básicamente dos vectores: en primer lugar, ¿los ordenamientos jurídicos constitucionales albergan un único valor o tipo de derecho o bien una pluralidad de ellos?;

⁴ Esta expresión se encuentra en el art. 1206 del Código Civil argentino. Figuras similares pueden encontrarse en otros códigos civiles, como el español.

⁵ El proceso de constitucionalización está caracterizado por el hecho de que el ordenamiento jurídico se ha visto permeado por las normas de rango constitucional. Para que tal proceso haya tenido lugar se han tenido que dar algunas condiciones: una constitución larga (que no se ocupa únicamente de regular la organización de los poderes públicos, sino que también albergue disposiciones que confieran derechos, principios sustantivos y principios programáticos), rígida (este rasgo es el que posibilita hablar de disposiciones constitucionales entendidas como disposiciones de un rango jerárquicamente superior al resto de disposiciones legislativas. Al ser una constitución rígida, sus disposiciones —algunas de las cuales, como he dicho, reenvían a derechos, principios o valores morales— son difícilmente derogables, lo que confiere todavía más fuerza a esa dimensión ético-sustantiva) y la existencia de un control de constitucionalidad (que la constitución esté garantizada, no sólo en el sentido formal de su rigidez, sino también en el sentido de que las leyes promulgadas por los diferentes órganos legislativos no violen precepto constitucional alguno. Para conseguir esto, generalmente, los ordenamientos jurídicos contemporáneos prevén un órgano jurisdiccional que ejerce esta labor de garantía y cuya decisión constituye la interpretación última de la constitución, en el sentido de que tales tribunales tienen la última palabra en lo que respecta a la aplicación de las disposiciones constitucionales). Además de estas condiciones, existen otras consideraciones que han contribuido a que pueda hablarse una dimensión ético-sustantiva ligada al proceso de constitucionalización, como por ejemplo la aplicación directa de las normas constitucionales o la sobreinterpretación de la constitución. Para un análisis mucho más detallado de estas cuestiones, véase Guastini, 2011, pp. 195 y ss.

en segundo lugar, y presuponiendo que alberguen una pluralidad, ¿se da una armonía entre ellos o bien hay conflictos entre los mismos?

Así pues, no me ocuparé de examinar el contenido concreto de ese conjunto de derechos, principios y valores, que resultan característicos de los estados constitucionales contemporáneos, sino más bien de sus rasgos estructurales o formales. Esto es, no me ocuparé de determinar cuáles son esos valores o principios —que, por lo demás, suelen ser más o menos los mismos en todos los ordenamientos jurídicos constitucionales occidentales—, sino que intentaré determinar la estructura de tal conjunto poniendo atención a la manera en que se identifica el contenido de los mismos y en cómo se aplican. En otras palabras, me interesa clarificar, cuando acudimos a argumentos y razonamientos morales sustantivos para identificar el contenido y aplicar esas disposiciones constitucionales, cómo son tales razonamientos y con qué obstáculos se encuentran.

Los dos vectores de los que hablaba anteriormente constituyen los rasgos formales más destacados respecto de los cuales la explicación irenista deberá dar cuenta.

Cabe aclarar que mi propósito aquí es meramente explicativo, esto es, no me comprometo ético-normativamente ni a favor ni en contra del irenismo. Mi única pretensión aquí es la de explorar la reconstrucción irenista del contenido ético-sustantiva del estado constitucional viendo a qué objeciones se enfrentaría y cómo podría afrontarlas.⁶

Para el modelo irenista, lo fundamental es que, en realidad, el conjunto de principios o valores éticos que encontramos en las constituciones contemporáneas resulta ser un conjunto armónico, coherente y estable.

Por un lado, por tanto, para el irenismo el ordenamiento jurídico constitucional alberga una pluralidad de principios y valores éticos.

⁶ Hay desde luego otras hipótesis de reconstrucción posibles, y de hecho buena parte de las críticas al irenismo, como veremos, presuponen precisamente una concepción alternativa, a saber, el particularismo. Sin embargo, dejaré para otra ocasión las dificultades del particularismo y la comparación entre ambos y el veredicto acerca de cuál de estas dos hipótesis de reconstrucción resulta más plausible. En este artículo me limitaré, como digo en el texto, a explorar el modelo irenista y los obstáculos a los que tiene que hacer frente.

Por otro lado, nótese que cuando se dice “en realidad” se está diciendo que puede ser que tal vez esa armonía esté en las “profundidades” —en seguida aclararé a qué me refiero con esta expresión— de nuestras concepciones morales, pero que en cualquier caso existe, aun cuando nuestra impresión sea la de que no es posible sostener coherentemente todos los valores que anidan en las constituciones contemporáneas. Dicho de otra manera: el irenismo no es una posición ético-normativa, no nos dice cómo deberían ser, estructuralmente, nuestras concepciones morales; nos dice cuál es la estructura profunda de las mismas. Puede ser que no lleguemos a alcanzar esa armonía estable, pero ello no será debido a algún defecto o patología lógica del conjunto, sino a que no hemos profundizado lo suficiente. En otras palabras, nunca habrá verdaderos conflictos entre valores si profundizamos en nuestro razonamiento moral.

Aquí parece necesario hacer dos consideraciones.

En primer lugar, ¿qué es un verdadero o genuino conflicto? En la literatura de referencia a la cual yo he acudido, siempre que se habla de conflictos de valores o principios morales, se entiende que se está ante un conflicto de obligaciones que no pueden ser realizadas contemporáneamente (debo hacer p y no-p; o bien debo hacer A y B, pero no puedo llevar a cabo ambas).⁷

En segundo lugar, hay que distinguir entre dos niveles del discurso acerca de los conflictos de valores en particular y de las normas en general: el nivel abstracto y el nivel concreto.⁸ Para el irenismo —y esto es algo que pone en duda el particularismo—, en el nivel abstracto podemos determinar de forma exhaustiva qué propiedades fácticas debe tener un caso concreto para que sea aplicable el principio o valor. En palabras de J. J. Moreso, y pensando en las normas jurídicas, hagan éstas referencia (o no) a conceptos morales: “aplicar el derecho consiste en determinar la norma individual que establece una cierta consecuencia normativa para un caso individual determinado. Para tal fin, se tra-

⁷ Ésta es una definición bastante estándar de conflicto de obligaciones, véase, entre otros, Bayón, 1991, p. 388; Williams, 1965; *id.*, 1979.

⁸ Esta distinción coincide con la distinción caso genérico/caso individual que encontramos en la obra de Alchourrón y Bulygin, 1971, pp. 27-30.

ta de mostrar que dicho caso individual es una instancia de un caso genérico al que una norma aplicable correlaciona con esa consecuencia normativa”.⁹ Según esta manera de ver las cosas, lo que hay que hacer es subsumir el caso concreto en el caso abstracto (del cual es una instancia). Si la descripción del caso concreto encaja (ya que tiene las propiedades relevantes) bajo el caso abstracto, entonces tendrá las consecuencias que la norma —o principio o valor— haya previsto para ese supuesto de hecho. El punto sobre el que hay que llamar aquí la atención es que para el irenismo, en el nivel abstracto, se puede determinar, exhaustivamente, cuáles serán las propiedades fácticas relevantes para considerar al caso individual una instancia del caso genérico o abstracto. Esto, en términos de valores y principios morales, quiere decir que es posible determinar, antes de que se dé el caso concreto, en qué circunstancias será aplicable un valor.

Ocurre sin embargo que, en algunas ocasiones, un mismo caso individual puede ser descrito como una instancia de dos o más casos genéricos o abstractos para los cuales la norma que los regula prevé dos consecuencias normativas (dos obligaciones, pongamos) incompatibles. Cuando ello ocurra se dirá que estamos ante un conflicto de obligaciones y que reconocer tal cosa supone la admisión de dilemas morales, poniendo en entredicho una de las características centrales que según el irenismo encontramos en nuestras concepciones morales: la de la coherencia.

Los críticos del irenismo añaden que, aunque sea posible tener un conjunto coherente de valores y principios para el caso concreto (como de hecho afirma el particularismo), no hay ninguna garantía de que tal disposición del conjunto sea aplicable para un caso futuro similar, ya que no es posible determinar de forma concluyente o exhaustiva cuáles serán las propiedades relevantes y el peso de éstas si no es caso por caso.¹⁰ De esta forma, se pone en entredicho otra de las características centrales del irenismo: la de la estabilidad.

En lo que sigue, me dedicaré a explorar estas dos objeciones, que llamaré la “objeción de la incoherencia” y la “objeción de la inestabili-

⁹ Moreso, 2009, p. 296.

¹⁰ Celano, 2009, pp. 278-279.

dad”, así como a intentar proveer respuestas plausibles, desde un punto de vista irenista, a tales objeciones y, cuando esto no sea posible, a minimizar las objeciones.

II. Objeción de la incoherencia

Para que la objeción de la incoherencia tenga sentido es necesario recordar una premisa: el irenismo es una reconstrucción, que aspira a ser explicativamente plausible, de la dimensión ético-sustantiva del estado constitucional. Esto en realidad sólo quiere decir que debemos, *ex hypothesi*, tomarnos el irenismo como una descripción abstracta. Esto es necesario porque de ser entendido como un modelo ético normativo, entonces una objeción que apelara —como lo hace la objeción realista— a que de hecho no es así como están las cosas, perdería sentido.

Así pues, ¿en qué consiste la objeción de la incoherencia? Se trata de una objeción realista, puesto que afirma que resulta estar muy alejado de nuestra realidad cotidiana el negar que afrontamos dilemas morales.¹¹ Por ejemplo, el contarle o no a un familiar que padece una enfermedad terminal. En un caso como éste hay dos principios o valores morales, el de contar siempre la verdad y el de aliviar el máximo posible el sufrimiento de nuestros allegados, de los que se siguen dos obligaciones incompatibles, esto es, p y no-p (revelar la enfermedad y no revelar la enfermedad). Éste es un caso para nada inconcebible en nuestras vidas cotidianas. Obviamente, alguien podría decir que no es un dilema, puesto que resulta clarísimo que hay que decirle la verdad, por ejemplo. Ante esto, puede decirse que la afirmación según la cual “resulta claro que hay que decirle la verdad, es decir, que no existe dilema alguno” puede ser tomada de manera superficial: en lo más profundo de nuestra deliberación moral no es unimaginable la posibilidad de la duda. ¿Y de dónde nace la posibilidad de duda? J. Searle ha afirmado que, al resolver un conflicto de obligaciones, aparecen dos tipos

¹¹ Bayón, 1991, p. 429: “Como pura hipótesis es desde luego posible que alguien acepte un sistema moral estructurado de tal forma que excluya a priori la posibilidad de ‘elecciones trágicas’. Pero si no me equivoco las convicciones morales que la mayor parte de nosotros sostenemos no encajan en un molde semejante”.

de sensaciones:¹² por un lado, una sensación de arrepentimiento o remordimiento y, por el otro, un llamado deber de compensación.

La primera sensación es experimentada cuando, habiendo resuelto realizar una de las dos obligaciones, consideramos que queda un remanente de obligación que no hemos podido satisfacer. Había algo que debíamos hacer y que no hemos hecho (aun cuando lo que sí hemos hecho tenga plena justificación moral). Esto indicaría que en realidad el conflicto no era aparente, sino real: había dos obligaciones reales que debían ser realizadas contemporáneamente.

El segundo tipo de sensación presupone la primera y avalaría esta conclusión: surge un deber de compensación, que vendría a ser algo así como una obligación secundaria, como consecuencia de no haber satisfecho una de las dos obligaciones. Más allá de que estas afirmaciones pueden parecer superficiales desde un punto de vista psicológico,¹³ es obvio que cuando se siente algún tipo de sensación de arrepentimiento o de remordimiento al optar por una obligación y no por la alternativa, aun a sabiendas de que la primera está moralmente justificada, siempre surgirá la duda de si hemos obrado correctamente, que es tanto, en

¹² Searle, 1978, pp. 82 y ss.

¹³ J. C. Bayón añade, además, que no son necesariamente decisivas para mostrar la existencia de dilemas, ya que más que “su posible atractivo inicial anida tras él una confusión que conviene sacar a la luz. Las ideas de remordimiento o arrepentimiento se conectan a la creencia de haber actuado de manera distinta a como se debía; pero si en su momento pensamos que *debíamos* dar prioridad a una de las razones en conflicto (es decir, que *teníamos una razón moral para hacerlo*), ¿no es irracional sentir remordimiento o arrepentimiento?” (Bayón, 1991, p. 396, cursivas en el original). Se me ocurren dos respuestas: en primer lugar, no está dicho que, en algún sentido, nuestras concepciones morales y nuestro razonamiento moral no sean, de hecho, irracionales. En segundo lugar, como dice Bayón, lo más probable es que más que arrepentimiento, lo que se sintiera fuera pesar o aflicción en situaciones de ese tipo; estos predicados parecen referirse mejor a lo que se siente entonces (Bayón, 1991, p. 397). Creo que esta falta de precisión es debida a la superficialidad con la que se tratan aquí (y en la filosofía moral en general) estas cuestiones psicológicas. Pero aunque aquí no tengo espacio suficiente para matizar estas afirmaciones, cualquiera que sean las distinciones necesarias, me aventuro a afirmar que ninguna será incompatible con la poderosa intuición según la cual, en algunas ocasiones, hagamos lo que hagamos perderemos algo valioso (y que ello provocará el surgimiento de sentimientos de pérdida, cualquiera que sea la delimitación conceptual de cada uno de ellos). De hecho, B. Williams, al afirmar que existen dilemas morales, se disculpa por usar conceptos psicológicos muy a la ligera, véase, en general, Williams, 1979. A esta manera de ver las cosas se le ha denominado “elecciones o decisiones trágicas”, precisamente porque, se haga lo que se haga, dejaremos atrás un valor o una consideración moral que resultaba imperativa (Berlin, 1991, p. 13).

este caso, como pensar justificadamente que cualquier cosa que hagamos estaremos en un error, porque cualquiera que sea nuestra decisión albergaremos alguna de estas sensaciones.¹⁴

Y la misma posibilidad de duda denota ya que en nuestras concepciones anidan —por lo menos potenciales— dilemas morales. Estas elucubraciones muy probablemente exigirían investigaciones antropológicas y psicológicas mucho más profundas y precisas. Sin embargo, para los propósitos que aquí me interesan creo que son suficientes. Y el propósito de la objeción es el de llamar la atención acerca de lo contraintuitivo de expulsar, por principio, de una reconstrucción plausible de nuestras concepciones morales la posibilidad de que se den dilemas morales.¹⁵

Si el irenismo aspira a ser una explicación o reconstrucción de la concepción moral (la dimensión ético-sustantiva) del estado constitucional y es incapaz de dar cuenta de un fenómeno que aparece con una cierta persistencia, como es el de los dilemas morales, entonces, seguiría la objeción realista, resulta ser una reconstrucción implausible. Estaría reconstruyendo nuestra concepción moral negando que exista un fenómeno que, sin embargo, está presente.

En mi opinión, el irenismo puede intentar responder a esta objeción de dos maneras diversas.

O bien (i) afirma que es verdad que nuestras concepciones morales (y, entre ellas, la dimensión ético-sustantiva del estado constitucional) en efecto contienen situaciones que suelen ser descritas como dilemas morales, pero que éstas son de hecho residuales. En este caso, el irenismo admitiría que no puede dar cuenta de algunas situaciones, a saber, aquellas que suelen ser descritas como dilemas, aunque, como he dicho, estas situaciones conforman un número marginal de casos. Si esto fuera así, ¿por qué debería ser abandonada una hipótesis cuando es capaz de explicar lo que ocurre normalmente,¹⁶ aunque su capacidad ex-

¹⁴ Williams, 1979, p. 74. Huelga decir que si pensamos que la opción por la que nos hemos decidido la encontramos plenamente justificada, en caso de elegir la alternativa también albergaríamos estas sensaciones.

¹⁵ Bayón, 1991, p. 391.

¹⁶ Más adelante volveré sobre la noción de “normalidad”.

plicativa sea mucho menor, o directamente nula, para los casos —marginales— de dilema?

O bien (ii) niega la mayor, es decir, rechaza que en nuestros sistemas morales aniden dilemas morales. Quien quisiera seguir esta estrategia estaría obligado a conceder que por lo menos se dan conflictos aparentes y, en consecuencia, debería dar una explicación acerca de en qué sentido son aparentes y cómo se desvanecen. Esta estrategia afirma que sí puede dar cuenta de las situaciones descritas como dilemas, puesto que éstas tienen naturaleza únicamente aparente.

Véase que (i) se corresponde con una estrategia minimizadora de la objeción, mientras que (ii) busca refutar directamente la objeción. Si alguna de estas dos estrategias es convincente o tiene algún tipo de fuerza como réplica, entonces habremos conseguido ver el irenismo bajo su mejor luz —por lo menos en lo que respecta a la objeción realista.

Respecto de (i), y sirviéndome aquí de algunas ideas de B. Leiter,¹⁷ diré que el irenismo siempre puede responder que la existencia o no de situaciones de las que puede dar cuenta es una cuestión empírico-sociológica y que, a falta de una investigación o muestra lo suficientemente grande, podemos intuitivamente decir que las situaciones habitualmente descritas como dilemas son marginales. Ni mucho menos todas nuestras disquisiciones morales se enfrentan a situaciones que parecen hacer colapsar nuestro razonamiento moral: bien porque las circunstancias fácticas del caso no nos lo plantean, bien porque en la mayoría de casos somos capaces de determinar qué principio o valor pesa más cuando hay dos o más aparentemente aplicables al caso y que tal jerarquización racional elimina todo resquicio de sensación de remordimiento.

Si esto es así, ¿por qué deberíamos abandonar una explicación que es perfectamente capaz de dar cuenta de lo que sucede las más de las veces?

¹⁷ Leiter, 2009, pp. 1247 y ss. Que quede claro que Leiter no se refiere en absoluto a la dimensión ético-sustantiva, sino a la competición entre positivismo jurídico y dworkinismo para dar cuenta de la naturaleza del derecho. Pero creo que sus consideraciones son válidas para cualquier tipo de explicación.

Como he dicho, ésta es una estrategia destinada a minimizar los efectos de una omisión en la reconstrucción (esto es, no da cuenta de un fenómeno del que debería dar cuenta según las premisas que ha asumido la reconstrucción). Su plausibilidad última descansa en que, de hecho, las cosas sean de esta manera, es decir que los así llamados casos de dilema constituyan una fracción minúscula de la totalidad de casos prácticos que se nos plantean.¹⁸

La segunda estrategia, en cambio, no busca minimizar la objeción porque afirma que ésta no tiene fundamento alguno. Los dilemas tienen naturaleza únicamente aparente. Existen diferentes variantes de esta estrategia. Una de las más conocidas seguramente es la de R. M. Hare,¹⁹ para el cual en la moral encontramos un nivel intuitivo y un nivel crítico. En el nivel intuitivo tenemos un conjunto inarticulado y genérico de principios morales. Precisamente debido a esa formulación genérica y a la falta de una estructuración de los principios podemos llegar a la conclusión de que algunos están en conflicto entre ellos. Sin embargo, se trata de un nivel superficial de nuestro razonamiento moral, meramente intuitivo, con el que no es posible resolver esos conflictos que se dan únicamente si no se profundiza en el razonamiento moral. Y esto último es lo que ocurre en el nivel crítico: profundizamos de manera tal que podemos pasar a considerar las propiedades relevantes de manera consistente, esto es, de manera que no supongan la violación de las reglas de la lógica estándar: “el pensamiento crítico consiste en una elección bajo las condiciones impuestas por las propiedades lógicas de los conceptos morales y por los hechos no morales, y nada más”.²⁰ Para Hare, por tanto, quien considere que nuestro razonamiento moral puede admitir dilemas estará llevando a cabo un razonamiento moral incompleto, puesto que habrá omitido una parte necesaria del mismo: el razonamiento en el nivel crítico. Y es en el nivel crítico en el

¹⁸ Un problema *ad hoc* sobre este punto es el de cuáles son los criterios de los que nos servimos para configurar qué contaría como un dilema: ¿bastaría con que el agente afirme que se encuentra ante un dilema?, ¿habría que ir más allá e intentar reconstruir el soliloquio íntimo del agente? ¿habría que tener en cuenta la posición socioeconómica del agente? Éstas son cuestiones extraordinariamente complejas que una indagación del tipo arriba reclamada debería estar en condiciones por lo menos de aceptar como relevantes para tal investigación.

¹⁹ Véase Hare, 1952, p. 65; *id.*, 1981, pp. 25-43; Feldman, 1986, cap. 9.

²⁰ Hare, 1981, p. 40 (la traducción es mía).

que se podrá llegar a especificar todas las propiedades relevantes de los casos. Trasladado al lenguaje de la dialéctica generalismo/particularismo, esto quiere decir que será posible conocer todas las excepciones a la norma que regula el supuesto de hecho; el antecedente de la norma contendrá una lista exhaustiva de todas las propiedades relevantes que tienen que encontrarse en el caso particular para que sea aplicable la norma. Una vez “hayamos reconstruido la estructura jerarquizada y completa de nuestro sistema moral (incorporando sus correspondientes cláusulas de excepción a los principios o reglas morales) el conflicto se desvanece”.²¹

Así pues, especificar —de forma exhaustiva— las propiedades relevantes del antecedente de cada norma evitará, de acuerdo con la estrategia de Hare, que una misma descripción de un caso particular (de una misma instancia) sea subsumible en uno o más casos genéricos que prevean consecuencias normativas incompatibles entre ellas. Es decir, evitará los conflictos.

Para la estrategia de refutación, por tanto, el irenismo es compatible sólo con lo que aquí se llamará —siguiendo, con algunas libertades, una nomenclatura de J. C. Bayón— “normas en sentido fuerte”, en contraposición a las “normas en sentido débil”. Las “normas en sentido fuerte” son aquellas normas para las cuales la totalidad de sus eventuales excepciones están ya implícitas de una forma u otra en el antecedente de la norma. En palabras de Celano, las excepciones “pueden ser plausiblemente entendidas como ya incorporadas, tal vez sólo de manera implícita, en las normas respecto de las cuales son excepción, es decir, cuando podemos afirmar de manera plausible que una comprensión o formulación adecuada de la norma prevé estos tipos de casos”.²² Es decir, en sentido estricto, en un conflicto aparente de valores (y, por consiguiente, de obligaciones) un valor no se impone al otro, ni siquiera puede decirse que pese más, sino que, sencillamente, tienen una lis-

²¹ Bayón, 1991, p. 390.

²² Celano, 2012, p. 280 (la traducción es mía). Celano utiliza el predicado “excepciones *prima facie*”, que yo prefiero evitar aquí por la diversidad de sentidos que reúne la expresión *prima facie* en la literatura moral.

ta de propiedades relevantes en el antecedente más larga (o compleja, o profunda).²³

Una “norma en sentido fuerte” tiene, por tanto, la forma siguiente:

“Si p , entonces r ”.

En p se encuentran de manera implícita y exhaustiva todas las propiedades relevantes que deberá tener un caso para que sea una instancia de esta norma con la consecuencia normativa r .

Una “norma en sentido débil” tiene, en cambio, la siguiente forma:

“Si p y q , entonces r ”.

Donde q está por una cláusula *ceteris paribus*²⁴ cuya naturaleza es abierta, en la que no es posible poner coto a las excepciones (a las propiedades relevantes) que contarán en el caso particular. En otras palabras, q sería el símbolo que formalizaría la posibilidad de “excepciones verdaderas”; excepciones que no se encuentran implícitamente en el antecedente de la norma, y semejantes excepciones “no son (ni siquiera en principio) especificables, ni enumerables, por avanzado o *ex ante*”.²⁵

El irenismo, según la estrategia refutadora, no puede aceptar que los principios o valores de la dimensión ético-sustantiva sean “normas en sentido débil”, ya que parece condición necesaria, según Hare, la articulación específica y exhaustiva de todas las normas (o, mejor dicho, de los antecedentes de las normas) que componen un determinado sistema moral para evitar los dilemas morales, esto es, situaciones en las que se deba llevar a cabo p y no- p o que sea obligatorio A y B , y no sea posible satisfacer ambas obligaciones.

En mi opinión, (i) tiene más posibilidades que (ii). Por un lado, porque no implica negar que se da un fenómeno que, más o menos persistente, habría que admitir, a saber, la existencia de situaciones de las que

²³ Esto haría que se respetase lo que Celano llama el “principio de identidad”, según el cual “[a]unque de algún modo revisada, enmendada, calificada, se presupone que la norma queda en su lugar: sigue siendo la misma norma” (Celano, 2012, p. 268).

²⁴ Bayón, 1991, p. 322.

²⁵ Esta forma parte también de la objeción de inestabilidad, que veremos inmediatamente (Celano, 2012, p. 282).

esta explicación no puede dar cuenta; y por otro lado porque, como veremos a continuación, no es posible, por ahora, tener normas “en sentido fuerte”.

III. Objeción de la inestabilidad

La objeción de la inestabilidad, como veremos, opera sobre la base de algunos argumentos concomitantes a los de la objeción de la incoherencia, lo que implica que, de alguna manera, asume la corrección de la crítica anterior.

Concretamente, la objeción de la inestabilidad afirma que la única manera de tener normas “en sentido fuerte” es cuando estamos en el caso concreto. Por una mera cuestión de racionalidad práctica, el conocimiento de las propiedades relevantes del caso sólo puede tener lugar *a posteriori*, es decir, una vez ya estamos en el escenario del caso concreto y real. En abstracto, o de modo genérico, sólo tiene sentido formular normas “en sentido débil”: normas cuyo antecedente contiene una cláusula *ceteris paribus* abierta, esto es, no es posible cuantificar de forma exhaustiva el número de excepciones a esa misma regla porque no es racionalmente posible determinar cuáles serán las propiedades relevantes ni el peso de éstas en los casos futuros.

Pero esta objeción va más allá. Aunque sea posible formular normas “en sentido fuerte” respecto de un caso particular, nada nos garantiza que esa norma, tal y como ha quedado articulada, sea aplicable en un caso futuro con similares características. Ello no quiere decir que no tenga sentido hacer inducciones, es decir, generalizaciones a partir de un caso concreto, lo que no tiene sentido es pensar que las inducciones tienen estatuto conceptual y que se cumplen necesariamente; nuestras inducciones adolecen de una contingencia radical: según las circunstancias del caso concreto pueden ser aplicables o no.

Nótese, por tanto, que el proyecto especificacionista de Hare (y del irenismo en general) es atacado en dos frentes: una especificación de las propiedades relevantes no provee una guía de comportamiento *ex ante*, ya que no es posible determinar exhaustivamente antes de cono-

cer las circunstancias del caso cuáles serán las propiedades relevantes y cuál será el peso de éstas; pero tampoco provee una guía de comportamiento *ex post*, ya que sus generalizaciones a partir de casos concretos no están en condiciones de determinar de forma exhaustiva las propiedades relevantes y el peso de éstas en casos futuros. El caso práctico puede resolverse *a posteriori* (es decir, una vez ya se conocen todas las circunstancias del caso concreto). Lo que no puede hacerse *a posteriori* es hacer una inducción del caso particular que hemos resuelto con garantías de que sea aplicable a un caso futuro similar. Es en este sentido en el que tampoco provee guía *ex post*.²⁶

Ambas objeciones descansan sobre la imposibilidad de alcanzar lo que la literatura iusfilosófica que bebe de la tradición de la obra central de Alchourrón y Bulygin, *Normative Systems*, ha denominado “tesis de relevancia última”.²⁷ Una “tesis de relevancia última” es una especificación exhaustiva de todas las propiedades relevantes para un universo de casos o, en una formulación más articulada de Moreso, “una reformulación *ideal* de los principios que tenga en cuenta *todas* las propiedades potencialmente relevantes”.²⁸

En esta ocasión, la réplica irenista se centrará en la posibilidad de tener una “tesis de relevancia última”, pero no referida al conjunto de normas (o principios o valores) que constituyen la dimensión ético-sustantiva del estado constitucional, sino en relación con lo que R. Guastini llama micro-conjuntos de normas.²⁹ Intentar refutar la objeción de la inestabilidad para el conjunto total de normas que constituyen la dimensión ético-sustantiva es una empresa inabarcable y perdida, en favor del particularismo, de antemano; por ello, creo que la estrategia de J. J. Moreso de intentar refutar en el campo de batalla

²⁶ Según Celano, el peligro del especificacionismo no es que su proceso puede desarrollarse *ad infinitum*, es que ni siquiera tiene sentido empezar: “el especificacionismo no proporciona — ni siquiera pretende proporcionar— una guía *ex ante* acerca de cómo nuestro puntos de partida deberían ser refinados (ésta es una cuestión sustantiva). Pero tampoco proporciona —y no puede pretender hacerlo— una guía *ex post*, acerca de cómo un determinado tipo de casos tiene que ser decidido a partir de ahora” (Celano, 2012, p. 276).

²⁷ Alchourrón y Bulygin, 1971, pp. 103-105.

²⁸ Moreso, 2009, p. 280 (cursivas en el original).

²⁹ Guastini, 1997, p. 70. De Guastini tomo prestada la denominación “micro-conjuntos de normas”, no el argumento de que el particularismo pueda ser eventualmente refutado sólo en relación a micro-conjuntos de normas.

—como bien dice Guastini, de impronta deudora de la obra de Alchourrón y Bulygin— de los micro-conjuntos de normas, forma parte de una estrategia con más posibilidades. La razón es que una reformulación ideal de los principios que conformen un micro-conjunto restringido parece más asible que intentar reformular todos y cada uno de los principios que conforman el conjunto normativo en su totalidad.

Así pues,

supongamos que nos limitamos a un universo de casos formado por las acciones de información en los medios de comunicación sobre asuntos que afectan a personas. Supongamos también que, por simplificar, solamente hay dos principios que regulan tal situación: P1 que reconoce la libertad de información y P2 que reconoce el derecho al honor.³⁰

En algunas ocasiones, P1 y P2 entran en colisión. Cuando ello ocurra, el juez debe proceder a una jerarquización tal que especifique cuándo prevalecerá P1 y cuando P2. Esto implica identificar cuáles son las propiedades relevantes para este universo de casos. Según Moreso (siguiendo, por lo demás, las propiedades consideradas relevantes por los tribunales al tratar semejante universo de casos), las propiedades relevantes serían:

C1: que la noticia sea de pública relevancia.

C2: que la noticia sea veraz (o, en el caso de que sea falsa, que pueda demostrarse que ha sido diligentemente contrastada).

Bajo estas dos propiedades relevantes, podemos reformular nuestros principios de la siguiente forma:

N1: La libertad de información está garantizada cuando las noticias son de relevancia pública y veraz.

N2: Se prohíbe atentar contra el honor mediante el uso de información salvo cuando las noticias sean de relevancia pública y veraces.

³⁰ Moreso, 2009, p. 280.

El universo del discurso podría entonces construirse a través de cuatro casos elementales:

1. C1&C2.
2. C1&no C2.
3. No C1&C2.
4. No C1& no C2.

Para el caso 1), en que se dan ambas propiedades relevantes, N1 correlaciona el caso con la consecuencia normativa: “permitido informar”. En cambio, si se dan los casos 2), 3) y 4), N2 correlaciona los casos con la consecuencia normativa: “prohibido informar”.³¹

Este sencillo sistema normativo regula de forma consistente todos los casos posibles que pueden darse: todo caso individual (toda descripción de un caso individual) es una instancia de un caso genérico. Pero la objeción de la inestabilidad se centra en la posibilidad de que aparezca —de que los jueces consideren como relevante— una nueva propiedad. Por ejemplo:

- C3: que la información contenga expresiones injuriosas.
Que daría lugar a la reformulación de la norma:
N3: Si contiene expresiones injuriosas la información está prohibida.

Esto daría lugar a un nuevo universo de casos más complejo:

1. C1&C2&C3.
2. C1&C2&no C3.
3. C1&no C2&C3.
4. C1& no C2&no C3.
5. No C1&C2&C3.
6. No C1&C2&no C3.
7. No C1& no C2&C3
8. No C1&no C2&no C3.

³¹ Moreso, 2009, p. 281.

Este sistema normativo también resulta consistente, por así decir, “internamente”. Tan sólo en el caso 2) se prevé la consecuencia normativa “permitido informar”. Sin embargo, el caso 1) de este segundo sistema normativo tiene la consecuencia normativa “prohibido informar”, mientras que el caso 1) del sistema normativo anterior tenía la consecuencia normativa “permitido informar”, por lo que estarían en conflicto. Esta es precisamente la objeción de la inestabilidad: no se podrían llevar a cabo revisiones estables como las que Moreso propone porque no hay forma de acotar las propiedades relevantes, esto es, no hay forma de clausurar el número de propiedades relevantes: tras C3, podríamos añadir C4, C5...Cn.

A esta última consideración, cabe hacer dos observaciones.

En primer lugar, el primer sistema normativo constituirá, en un sentido, una revisión estable de aquellos casos en que se den C1 y C2 y el segundo sistema normativo será una revisión estable de aquellos casos en que se den C1, C2 y C3. Por ejemplo, si un tribunal está conociendo un caso de libertad de información *vs.* derecho al honor en el que no hay injurias, y C1 y C2 se consideran las únicas propiedades relevantes, no se ve muy bien por qué el primer sistema normativo no podría ser un revisión estable para casos futuros en que sólo se consideren relevantes C1 y C2. Puede ocurrir que tras revisar el contexto del caso futuro concreto, lleguemos a la conclusión de que no hay propiedades relevantes nuevas. Ello no quiere decir que todos los casos del futuro tendrán esas circunstancias; lo que quiere decir es que cuando tengan esas circunstancias, entonces se aplicará el primer sistema normativo (pese a que la réplica del crítico es que precisamente lo que está en juego es que no podemos determinar cuándo tendrá sólo esas propiedades). En este sentido, se tratará de una revisión estable: si en el caso concreto se registran las mismas propiedades relevantes que en un caso anterior, parece que la resolución de ese caso anterior sí servirá de guía para la resolución del caso concreto presente. Casi a modo de broma filosófica podría decirse que la crítica de la imposibilidad de las *revisiones estables a priori* es, en estos términos, irrefutable; pero me parece que puede tomarse en consideración la idea de una *revisión estable a*

posteriori.³² Éste es un sentido, débil, si se quiere, de revisión estable, pero decir, como dicen algunos críticos, que es dañino poner en la base de nuestro razonamiento moral a los principios,³³ y, por tanto, mantener la posibilidad de generalizaciones, me parece que niega, de manera injustificada, el avance que supone concebir los casos concretos como instancias de casos genéricos.

El irenismo siempre puede replicar a la objeción de la inestabilidad que la aparición de nuevas propiedades relevantes es algo contingente, de manera que no es necesariamente verdad que no haya revisiones estables en el sentido de que se apliquen muchas veces (el argumento contra la idea de una revisión estable, para ser coherente, no puede ser conceptual).³⁴ En realidad, cuando los particularistas dicen que se pueden hacer generalizaciones pero que no tenemos garantías de que éstas den en el clavo, están admitiendo algo así: que una misma revisión puede, contingentemente, guiar casos futuros. Pero me parece que admitir esto es desdibujar la objeción de la inestabilidad, puesto que se abre la puerta a que lo que Hare llama la especificación en el nivel crítico de (los antecedentes de) la norma juegue un papel crecientemente más decisivo en la determinación normativa del caso concreto. Si, por así decir, la especificación “acierta” las más de las veces, no hay razón, al menos por principio, para pensar que puede acertar más veces, en un camino cada vez más crítico y profundo o, en términos menos eclécti-

³² Alguien podría pensar que más que una broma filosófica sería una contradicción en los propios términos, ya que si la revisión no es *a priori* ¿entonces de qué tipo de estabilidad estaríamos hablando? Sin embargo, hay un sentido en el que toda revisión sólo puede ser *a posteriori*, esto es, cuando se verifican por primera vez las propiedades relevantes del caso. Se trataría de lo que Kripke, en su teoría de la referencia causal, denomina el “bautismo” del término o, en nuestro caso, del antecedente de la norma. Esto, como digo, está formulado de una manera muy tentativa, de ahí el “casi a modo de broma filosófica”.

³³ Así lo afirma McNaughton, 1988, p. 191.

³⁴ Esto es, la crítica particularista debe poner el énfasis no en que en los casos futuros siempre aparecerán nuevas propiedades relevantes, y por tanto nuevas excepciones, sino en que siempre existe la posibilidad de que aparezcan nuevas excepciones. Pese a las apariencias, se trata de dos enunciados con diferente estatuto filosófico: mientras el primero tiene estatuto conceptual y precluye, de forma necesaria, la posibilidad de que puedan hacerse generalizaciones, el segundo tiene estatuto empírico, y por tanto la posibilidad de generalizaciones es precisamente eso, una posibilidad. Lo explica perfectamente, creo, J. Lucas, “alguien que discrepa *siempre* tiene abierta la *posibilidad* de interponer un ‘pero’ y alegar un hecho adicional o aportar algún argumento nuevo que altera la configuración del caso” (Lucas, 1980, p. 43, en Bayón, 1991, p. 38, las cursivas son mías y la traducción de Bayón).

cos, y que se corresponden más con el léxico de *Normative Systems*, no hay razones para pensar que el universo del discurso no pueda refinarse en un proceso cuya aspiración última es el de clausurar la lista de propiedades relevantes.³⁵

La segunda observación, está enfocada a rebatir la afirmación de que la idea misma de una tesis de relevancia última está mal formada.³⁶ Puede ocurrir que la tesis de relevancia última esté en cambio indeterminada en el siguiente sentido:

existen buenas razones para considerar como relevante el carácter injurioso de la información (así, que la existencia de un espacio público de información y debate debe estar limitado por el respeto debido a todos los participantes) y también existen buenas razones para considerarlo irrelevante (por ejemplo, que un cierto grado de tolerancia frente a la injuria permite conservar la frescura de las informaciones y el debate). En este supuesto no se trata de que no haya tesis de relevancia última, sino de que existe indeterminación entre si dicha tesis incluye o no la propiedad de que la información sea injuriosa.³⁷

En realidad, esta manera de enfocar las cosas no tendría consecuencias diversas de las de considerar que la idea de una tesis de relevancia última está mal formada; tanto si es concebible pero está indeterminada como si es inconcebible, la consecuencia es la misma: no se puede hacer una lista exhaustiva de las propiedades relevantes. En un caso porque no podemos determinar qué contará como propiedad relevante, en el otro porque, aunque pudiéramos para el caso concreto, esto no garantiza que también sea una propiedad relevante para la calificación deóntica de un caso futuro.

En mi opinión, esta segunda observación está en condiciones de rebatir la idea de que una tesis de relevancia última está mal formada, pero no está en condiciones de evitar las consecuencias que se siguen de considerar que la tesis de relevancia última sea indeterminada: la imposibilidad (si bien por razones diferentes) de las revisiones estables.

³⁵ Moreso, 2009, p. 288.

³⁶ Celano, 2009, p. 274.

³⁷ Moreso, 2009, p. 288.

Me parece en cambio que la observación precedente contiene la semilla de un argumento que puede ser algo más fructífero para una defensa del irenismo. ¿Qué ocurre cuando una revisión se aplica las más de las veces? O, en otras palabras, ¿qué sucede cuando, aun siendo contingente, encontramos una regularidad aplastante de ocasiones en los que la revisión se aplica siempre igual, esto es, la instancia es casi siempre subsumible en un solo caso genérico? En mi opinión, que el irenismo sea capaz de dar cuenta de lo que sucede normalmente constituye un poderoso argumento contra la objeción de la inestabilidad, pero también contra la objeción realista. Porque en realidad no se trata sólo de que dé cuenta de lo que normalmente sucede, sino de que, a través del refinamiento³⁸ del universo de casos, cada vez está en mejores condiciones de dar cuenta de un número mayor de casos, esto es, la explicación que ofrece crece exponencialmente. Si pasamos a considerar las cosas bajo este prisma, entonces la estabilidad de la revisión no vendrá determinada por el ser capaz de formular normas “en sentido fuerte”, sino por la capacidad de dar cuenta de un número (progresivamente) mayor de casos.

El objetivo último de este argumento es el de mostrar que a mayor número de veces se aplica la revisión, menos fuerza tiene la objeción de la inestabilidad. La objeción de la inestabilidad estaba destinada a mostrar que la idea de revisión estable no es una tesis conceptual necesaria, sino contingente. A mí me parece que esto es irrefutable y que a los irenistas no les queda más remedio que admitirlo.³⁹ Sin embargo, esto no supone claudicar ante la objeción; si puede mostrarse que lo que afirma el irenismo es lo que ocurre normalmente, y que las ocasiones en las que la revisión no puede aplicarse porque tenemos una nueva propiedad relevante que no estaba prevista en el antecedente de la norma son marginales, entonces me parece que, como ocurría con la objeción realista, puede oponerse una estrategia minimizadora de la obje-

³⁸ Refinamiento implica, en el sentido en el que yo lo estoy usando, tanto la agregación de nuevas propiedades como la exclusión de propiedades que en el “nuevo” caso ya no se considerarán relevantes.

³⁹ Un argumento ulterior para admitir esto es que la aceptación de una norma “en sentido fuerte” “supondría renunciar de antemano a evaluar todas y cada una de las circunstancias adicionales del caso concreto, renuncia que, en materia de deliberación moral, creo que puede ser considerada sin vacilación como una forma de irracionalidad” (Bayón, 1991, p. 349).

ción: si de la suma total de todos los casos posibles el irenismo puede dar cuenta de un número abrumadoramente mayor que de los que no da cuenta, entonces tenemos una buena razón para no abandonarlo.

Podemos hacer aquí una analogía, algo simplista si se quiere, pero muy gráfica, con las ciencias naturales: cuando una ley de la física no se cumple en un supuesto particular que teóricamente debería ser una instancia de aquélla, pero sí en el resto de los que pretendía explicar, esto resulta ser una invitación para refinar el conjunto de propiedades que deben darse para que se considere que se ha cumplido esa ley. Cuando una ley física da cuenta de una amplia variedad de fenómenos pero no de uno que guarda características similares a los de esa variedad de fenómenos en la comunidad científica de referencia no se considera que esa ley, por ese único caso, ha quedado refutada. ¿Por qué deberíamos considerar, en cambio, que el irenismo queda refutado si es capaz de dar cuenta de un amplio número de casos abrumadoramente mayor que el número de casos de los que no consigue dar cuenta? En mi opinión, no hay razón para ello. El irenismo quedará refutado, en todo caso, porque, considerado holísticamente, reúne menos virtudes explicativas que sus competidores. Pero no porque no pueda dar cuenta de un número muy limitado de casos.⁴⁰

Obviamente, para que tal argumento sea ganador es necesario demostrar lo que está presuponiendo, esto es, que el irenismo da cuenta de lo que sucede normalmente.

Para ello, es necesario aclarar qué quiere decir “normalmente”. Hasta el momento he usado expresiones como “las más de las veces”, “número de casos abrumadoramente mayor”, como sinónimos de “normalmente”. Sin embargo, “normalmente” no parece tener la misma extensión completa que los anteriores predicados, que tienen naturaleza estadística. El predicado “normalidad”, en el contexto de la discusión irenismo/particularismo, parece aludir a las “condiciones normales”, en las que la revisión estable gobernará el caso. Pero “condiciones

⁴⁰ Número limitado de casos que, por decirlo de alguna manera, son bastante extravagantes: ¿torturaríamos al hijo de un terrorista que está amenazando con hacer explotar la ciudad si el niño pudiera darnos información acerca del paradero del padre? Que el irenismo no puede prever este tipo de propiedades relevantes bizarras no me parece una razón concluyente para descartar el irenismo.

normales” no parece tampoco sacarnos del apuro, pues, por un lado, hace referencia a una cuestión estadística, pero por el otro, parece que no agota la extensión.⁴¹ Así, como Celano dice, “normalidad incluye, pero no se reduce a, la noción de aquello que ocurre ‘en la mayoría de circunstancias’”.⁴² Es decir, la extensión de “normalmente” se superpone con la de “las más de las veces”, pero no son exactamente la misma. Entre otras cosas porque las condiciones que consideramos “normales” no lo son de manera arbitraria. Es decir, la “normalidad” no es un mero hecho bruto que encontramos en el mundo. El que algo sea o no normal depende de lo que nosotros consideramos como normal; tiene, en última instancia, naturaleza normativa (“por normal debemos entender X”).

La noción de normalidad parece navegar entre dos estatutos: entre lo fáctico y lo normativo. Celano lo dice así:

[s]e supone que normalidad, en el sentido relevante, ocupa un lugar intermedio entre hechos y normas, o entre “es” y “deber ser”. La idea de las condiciones normales no es la idea de una norma, o de un conjunto de normas (o de un conjunto de hechos que las satisfagan); pero tampoco es reducible a la noción de mera regularidad, a pesar de que la incluye. Normalidad no es ni una regla ni una regularidad, sino algo intermedio entre las dos.⁴³

Y esta suerte de *tertium datur*, que pondría la ley de Hume en el aire, le parece a Celano difícil de sostener por las siguientes razones.

Tomemos la siguiente afirmación: “las más de las veces, las cosas siguen su curso normal”. Para Celano, una afirmación de este estilo es tanto como decir que “normalmente, ocurre aquello que es normal”. Es decir, una tautología. Si es posible entenderlo como una verdad no-tautológica, entonces tal vez exista un espacio para la “normalidad” entre el “es” y el “deber ser”.⁴⁴

⁴¹ Lance y Little, 2005, p. 488.

⁴² Celano, 2012, p. 285 (la traducción es mía).

⁴³ *Ibid.*, p. 286 (la traducción es mía).

⁴⁴ *Idem.*

En mi opinión, no hace falta poner en duda la ley de Hume para mostrar que “normalidad” es, por así decir, *algo más que “una mera regularidad”, pero algo menos que “una norma”*.

Para mostrarlo me serviré aquí de una manera de concebir las normas “en sentido débil” (que ya ha aparecido anteriormente). Al concebir las normas como normas “en sentido débil” se está diciendo que habrá ocasiones en que un caso particular puede ser instancia —por lo menos— de un caso genérico y, sin embargo, que no sea debido aplicar la consecuencia normativa que preveía el caso genérico. El, por así decir, deber final o concluyente será alcanzado tras el examen de todas las propiedades que pueden ser relevantes y que el caso genérico no había tenido en cuenta. Esto quiere decir que la norma, tal y como está formulada en el caso genérico, no será condición suficiente para conocer cuál será el deber final o concluyente respecto del caso particular, o, en otras palabras, que no se tratará de una norma “en sentido fuerte”. Sin embargo, que no sea condición suficiente no quiere decir que no juegue ningún rol epistémico a la hora de determinar cuál es el deber final o concluyente. En palabras de Bayón:

lo que se está aceptando al aceptar una norma “débil” es que existen ciertas razones, en competencia con otras, pero que *suelen* ser decisivas en relación con cierta clase de actos “T”, que hacen que con una determinada *frecuencia* o en una determinada *proporción* (relativamente altas) del total de actos individuales que, entre otras descripciones posibles, admiten ser descritos como casos de “T”, dichos actos individuales resulten finalmente debidos.⁴⁵

Nótese que la retórica de tipo estadístico sigue impregnando el texto. Se ha discutido sobre cuál es el estatuto de las conclusiones de los silogismos estadísticos. Un silogismo estadístico⁴⁶ es un razonamiento que tiene la forma siguiente:

(1) a es F
la proporción de F que son G es q
con probabilidad q, a es G

⁴⁵ Bayón, 1991, p. 332 (subrayado en el original).

⁴⁶ Sigo aquí, con algunas libertades, la reconstrucción de la discusión hecha por Bayón, véase Bayón, 1991, pp. 336 y ss.

Según S. Toulmin,⁴⁷ cuando (la probabilidad que) q es muy alta o muy baja —en una escala de 0 a 1— encontraríamos lo que él llama “cuasi-silogismos” y que, por ejemplo, tendrían la siguiente forma:

(2) a es F
la proporción de F que son G es cercana a 1
casi ciertamente a es G

La conclusión de este razonamiento no está garantizada por la verdad de sus premisas. En otras palabras, no se trata de un razonamiento deductivo válido en sentido estricto. Pero tampoco de una “mera regularidad”. Si las normas que componen nuestros sistemas morales se asemejan a las conclusiones de estos “cuasi-silogismos” entonces nuestro razonamiento moral ya no será, como afirman los críticos del generalismo (y, por ende, del irenismo), *radicalmente* contingente. Si la probabilidad de que a es G es cercana a 1 entonces, aunque la posibilidad de G seguirá siendo contingente, las razones que apoyan que será G son mucho más altas. Pese a la apariencia, un “cuasi-silogismo” no es una inferencia deductiva; de la verdad de las premisas no se sigue la verdad de las conclusiones, sólo el grado de apoyo que prestan aquéllas a estas últimas.⁴⁸ La única manera de generar inconsistencias inductivas sería la de interpretar el predicado “casi ciertamente” como un calificativo modal de la conclusión.⁴⁹ Pero “casi ciertamente” indica la relación de apoyo que dan las premisas a la conclusión. Así pues, en los “cuasi-silogismos” o, como los denomina Bayón, razonamientos probabilísticos, “la verdad de las premisas sólo permite afirmar con qué probabilidad es verdadero que ‘ a es G ’ en relación a ese conjunto de premisas, no que es verdadero que ‘probablemente a es G ’ o que ‘probablemente a no es G ’”.⁵⁰ Tomemos un cuasi-silogismo como el siguiente:

⁴⁷ Toulmin, 1958, pp. 109 y ss.

⁴⁸ Bayón, 1991, p. 338.

⁴⁹ Hempel, citado en Bayón, 1991, p. 338.

⁵⁰ Bayón, 1991, p. 338.

(3) Pol es conductor, sigue las reglas de tráfico y tiene un vehículo que ha pasado la inspección correspondiente.

La proporción de “Pols” que, si siguen las reglas de tráfico y su vehículo ha pasado la inspección correspondiente, tengan un accidente es muy cercana a 0

Casi ciertamente, Pol no tendrá un accidente.⁵¹

En este cuasi-silogismo la verdad de las premisas no garantiza que, en alguna ocasión, y con esas mismas premisas, esta conclusión sea falsa. La verdad de las premisas nos invita a pensar de manera razonable que, casi ciertamente, esa conclusión es verdadera. Si esto es así, *lo que ocurre normalmente*, diremos, tiene una proporción muy cercana a 1. González Lagier ha denominado a este tipo de razonamientos “inducciones de probabilidad inferencial”. En estos razonamientos, el uso del predicado “probabilidad”, como hemos mencionado anteriormente, “hace referencia al grado de apoyo que las premisas prestan a la conclusión”.⁵² Y en este tipo de inferencias probatorias “el paso de las premisas a la conclusión no es necesario”,⁵³ por lo que, aunque la conclusión seguirá siendo contingente, este tipo de razonamientos nos permite afirmar que “si las premisas son verdaderas, la conclusión será probablemente verdadera. Aquí la expresión ‘probablemente’ puede ser sustituida por ‘razonablemente’”.⁵⁴

⁵¹ Este razonamiento, por mor de elegancia explicativa, omite algunas partes de las premisas que, precisamente, contribuirían a apoyar la verdad de la conclusión, me refiero, por ejemplo, al hecho de que también los demás conductores, con los cuales Pol comparte la carretera, siguen las reglas de tráfico y que también sus coches hayan pasado la revisión oportuna.

⁵² González Lagier, 2005, p. 67. Las inducciones de probabilidad inferenciales se oponen a otro tipo de inducciones de probabilidad en las cuales “probabilidad” hace referencia a una “correlación causal (que admite excepciones) entre dos acontecimientos [...]” (*idem.*). A su vez, estos dos tipos de razonamiento se diferencian del razonamiento deductivo en que mientras que en este último “la verdad de las premisas entraña la verdad de la conclusión”, en la inducción “la verdad de las premisas no entraña la verdad de las conclusiones, pero *es una razón para aceptarla*” (*ibid.*, p. 64, las cursivas son mías). Esta última distinción se corresponde precisamente con la distinción entre lo que nosotros hemos llamado normas “en sentido fuerte” (razonamiento deductivo) y normas “en sentido débil” (razonamiento inductivo). La primera distinción entre razonamiento probabilístico inferencial y razonamiento probabilístico causal plantea una serie de problemas que no resultan relevantes para esta investigación, puesto que la inducción causal versa sobre eventos del mundo, mientras que la inducción inferencial versa sobre enunciados.

⁵³ *Ibid.*, p. 72.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 66.

No voy a considerar aquí los méritos ni las críticas de este tipo de *approach* a la cuestiones probabilísticas, mi única intención al traer a colación estas cuestiones ha sido la de vehicular de una manera más formalizada la intuición que está en la base de la mejor versión del irenismo, esto es, que aunque las normas morales no son conclusiones de razonamientos en los cuales la verdad de las premisas garantiza la verdad de las conclusiones, sí pueden ser entendidas como normas respecto de las cuales podemos razonablemente pensar que se aplicará la conclusión normativa previstas en ellas.⁵⁵ Y esto, trasladado al ámbito moral, muestra que el razonamiento moral no es, como dicen los críticos del irenismo, radicalmente contingente. Puede que sea contingente, pero si lo que el irenismo afirma que ocurre tiene una proporción cercana a 1, entonces seguro que no será *radicalmente* contingente, en el sentido de que habrán buenas razones para pensar que se aplicará la conclusión que se deriva del razonamiento.

Así pues, si entendemos que lo que ocurre “normalmente” tiene una proporción muy cercana a 1, podemos decir que casi ciertamente será aplicable la (llamada) revisión estable. De esta manera, lo “normal” es algo más que una mera regularidad (puesto que tenemos *buenas razones* para pensar que ocurrirá lo “normal”) pero algo menos que una regla en sentido fuerte (no es el caso que necesariamente debe ocurrir aquello que la norma dispone). De esta manera no hace falta imaginar una misteriosa tercera categoría alternativa al “es” y al “deber ser”.

⁵⁵ Es sabido que los problemas de la inducción constituyen una de las cuestiones filosóficas más discutidas; para una presentación elegante de este problema véase entre muchos otros, Fernández Buey, 1991. Por ello, todo lo dicho aquí respecto a los cuasi-silogismos y a las inducciones probabilísticas inferenciales se afirma con el máximo de precaución. Querría poner énfasis en que el uso de estos instrumentos, y más en concreto, de la idea de cuasi-silogismos en el sentido que tiene en el texto, se debe únicamente a la voluntad de usar un mecanismo para formalizar y dar sofisticación filosófica en alguna medida a la intuición, ya mencionada, sobre la cual se apoya la mejor versión del irenismo. Aunque es cierto que entre dos concepciones de estos cuasi-silogismo, por un lado la de Bayón o Hempel y, por otro lado, la de Toulmin, yo me quedo con la primera, no presentaré razones para esta elección, simplemente tomaré la primera concepción para formalizar la intuición porque casa, abiertamente, con la noción de norma “en sentido débil” sobre la que se basa la intuición de la mejor versión del irenismo, esto es, más que una justificación sustancial, la elección de esa noción se corresponde más bien con una hipótesis de partida. Para ver los pormenores de esta discusión, sin embargo, véase Bayón, 1991, p. 330 y ss.; González Lagier, 2005, pp. 60 y ss., además obviamente del origen de la discusión en Hempel, 1973, pp. 93-106 y Toulmin, 1958.

Cuanto más refinado sea el universo de casos más cercano a 1 será la proporción de que el caso genérico gobierne el caso particular.

Puede darse el caso de que ocurra aquello que no es normal, esto es, que pese a que con una alta proporción es verdadero que a es G, ocurra que no lo sea (porque pasamos a considerar como relevante una propiedad que hasta ese momento no lo era, o porque otorgamos un peso diferente a una propiedad que ya considerábamos relevante, por ejemplo). Pero, volviendo a la estrategia minimizadora, los casos en los que ocurra lo anterior tenderán a ser marginales. Y el hecho de que el irenismo no pueda dar cuenta del, por hipótesis, marginal número de casos en que el caso genérico no gobernará el caso particular no parece una buena razón, por sí misma, y de manera exclusiva, para abandonar el irenismo.

Si el irenismo acepta que no da cuenta de algunos casos aunque estos sean muy marginales, debe abandonar que la naturaleza de las normas que acepta sea la de normas “en sentido fuerte”. Puede decir en cambio que es su aspiración, es decir, que el proceso de refinamiento del universo de casos debe concluir con normas “en sentido fuerte”. Hasta que ello ocurra, las normas serán normas “en sentido débil”, formuladas como “cuasi-silogismos”. Esto significaría que las normas “en sentido fuerte” constituirían un ideal racional al cual aspirar. En mi opinión, que se trate de un “ideal racional” no reviste más importancia, siempre y cuando el irenismo pusiera el acento en que da cuenta de un número mayor de casos del que no da cuenta.

IV. Recapitulación y conclusiones

La mejor versión del irenismo debe poder estar en condiciones de ofrecer algún argumento que pueda servir de réplica a la objeción realista y a la objeción de la inestabilidad.

En el caso de la objeción realista, hemos presentado dos posibles estrategias. La estrategia minimizadora o (i) y la estrategia refutadora o (ii). Es menester recordar también que (ii) exigía el concurso de normas “en sentido fuerte”, esto es, de normas en el nivel crítico a la Hare,

puesto que esta era la única vía para rechazar la posibilidad de dilemas. Pero si, tal y como hemos llegado a la conclusión al abordar la objeción de la inestabilidad, el irenismo debe admitir que las normas “en sentido fuerte” constituyen el horizonte al cual llegar pero que hasta entonces los principios y valores de nuestros sistemas morales, así como los que conforman la dimensión ético-sustantiva del estado constitucional, sólo pueden ser formulados inteligiblemente como normas “en sentido débil” en el sentido de conclusiones de cuasi-silogismos, entonces parece oportuno apostar por la estrategia (i) minimizadora, ya que no tenemos a mano el instrumento que nos permitiría mostrar el carácter aparente de los conflictos, es decir las normas “en sentido fuerte”. Por lo que resulta preferible la vía de admitir que hay un número muy reducido de casos de los cuales el irenismo no puede dar cuenta.⁵⁶

Y el caso de la objeción de la inestabilidad pasa por una combinación de estos dos tipos de estrategia. Por un lado, el irenismo minimiza aquellos casos en que no se aplica la misma consecuencia normativa que se había aplicado en un caso similar anterior, es decir, los casos no “normales”, y, por otro lado, insiste en refinar progresivamente el universo de casos, en un proceso cuyo objetivo último es el de llegar a una especificación exhaustiva de las propiedades relevantes y del peso de éstas para todo supuesto de hecho.

Todo ello se puede resumir en las siguientes consideraciones.

1. El irenismo debe conceder que las normas “en sentido fuerte” son sólo, y por el momento, el ideal de norma al cual aspirar.
2. El irenismo debe reconocer que hay algunos casos de los que no puede dar cuenta, los habitualmente descritos como dilemas morales, y mostrar que éstos tienen un carácter marginal o residual.

⁵⁶ Dicho en un lenguaje más formal: para que sea posible rechazar la existencia de genuinos dilemas es condición necesaria tener normas “en sentido fuerte” (aunque no es condición suficiente, porque si tenemos normas “en sentido fuerte” pero no están ordenadas jerárquicamente entre ellas entonces sigue existiendo la posibilidad de que surjan dilemas) para ser capaces de formular una tesis de relevancia última. No tenemos normas “en sentido fuerte”, *ergo* no podemos rechazar la existencia de genuinos dilemas morales. Ante esta manera de ver las cosas, la estrategia minimizadora parece ser más susceptible de exploración.

3. El irenismo debe entender el nivel crítico del que habla Hare en el sentido del refinamiento progresivo del universo de casos con el horizonte de una tesis de relevancia última (respecto de micro-conjuntos de normas). Mientras dura este proceso, las normas que componen el sistema moral deben ser entendidas como conclusiones de “cuasi-silogismos”.

4. El irenismo debe poner énfasis en su capacidad para explicar lo que normalmente sucede.

Bibliografía

- Alchourrón, Carlos y Eugenio Bulygin, 1971, *Normative Systems*, Nueva York-Viena, Springer.
- Berlin, Isaiah, 1991, *The Crooked Timber of Humanity*, Princeton, Princeton University Press.
- Bayón, Juan Carlos, 1991, *La normatividad del derecho, deber jurídico y razones para la acción*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Celano, Bruno, 2012, “True Exceptions, Defeasibility and Particularism”, en Jordi Ferrer, Giovanni Battista Ratti (eds.), *The Logic of Legal Requirements. Essays on Defeasibility*, Oxford, Oxford University Press.
- _____, 2009, *Derecho, justicia, razones. Ensayos 2000-2007*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Feldman, Fred, 1986, *Doing the Best We Can. An Essay in Informal Deontic Logic*, Dordrecht-Boston, Reidel.
- Fernández Buey, Francisco, 1991, *La ilusión del método. Ideas para un racionalismo bien temperado*, Barcelona, Crítica.
- González Lagier, Daniel, 2005, *Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, Lima-Bogotá, Palestra Editores.
- Guastini, Riccardo, 1997, “Aspetti Notevoli di Normative System, en *Analisi e diritto*, pp. 69-78.

- _____, 2011, *La sintassi del diritto*, Turín, Giappichelli.
- Hare, R. M., 1952, *The Language of Morals*, Oxford, Clarendon Press.
- _____, 1981, *Moral Thinking. Its Levels, Methods and Point*, Oxford, Clarendon Press.
- Hempel, Carl, 1973, *La explicación científica*, Buenos Aires, Paidós.
- Lance, Mark, Little, Margaret, 2005, “Particularism and Anti-Theroy”, en David Copp (ed.), *The Oxford Handbook of Ethical Theory*, Oxford, Oxford University Press.
- Lleiter, Brian, 2009, “Explaining Theoretical Disagreements”, *The University of Chicago Law Review*, pp. 1215-1250.
- Lucas, John, 1980, *On Justice*, Oxford, Clarendon Press.
- MacNaughton, David, 1988, *Moral Vision. An Introduction to Ethics*, Oxford, Basil Blackwell.
- Moreso, José Juan, 2009, *La Constitución, modelo para armar*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons.
- Searle, John, 1978, “Prima Obligations”, en Joseph Raz (ed.), *Practical Reasoning*, Oxford, Oxford University Press.
- Toulmin, Stephen, 1958, *The Uses of Argument*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Williams, Bernard, 1965, “Ethical Consistency”, en *id.*, *Problems of the Self*, Cambridge, Cambridge University Press, 1973.
- _____, 1979, “Conflict of Values”, en *id.*, *Moral Luck*, Cambridge, Cambridge University Press.

Recepción: 15/11/2012

Revisión: 7/02/2013

Aceptación: 11/02/2013