

ALGUNAS NOTAS SOBRE COHERENCIA Y BALANCE EN LA TEORÍA DE ROBERT ALEXY*

Giorgio Maniaci**

Introducción

Este trabajo nace con dos objetivos. El primero de ellos es defender la teoría del balance entre principios y la teoría de la argumentación racional de Robert Alexy de una posible crítica demoledora, la que sostiene que se trata de dos teorías incompatibles entre sí. Y el segundo es plantear la siguiente duda: si la teoría del balance de Alexy es o no plenamente compatible con su propia teoría de la coherencia.

Una premisa necesaria de tal propuesta será, pues, el análisis de algunas de las características más importantes de la teoría del balance de Alexy, si bien más que una premisa dicho análisis constituirá la parte central del trabajo, una larga digresión, yo diría, para la cual el intento inicial ofrece una óptima excusa. En cuanto al primer punto, no tengo ninguna intención de examinar en detalle todas las posibles relaciones de compatibilidad y/o incompatibilidad entre la teoría elaborada por Alexy en 1978 y la teoría del balance entre principios elaborada, al menos en su primera versión, en 1985¹. La posible objeción, y por lo

* Trad. del italiano por José Juan Moreso, Universidad Pompeu-Fabra, Barcelona.

** Dipartimento “Gaetano Mosca”, Palermo, Italia.

¹ Se trata de R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1978; traducida al español por Manuel Atienza e Isabel Espejo, *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, 1989 (se citará la versión italiana de Massimo la Torre, *Teoria dell'argomentazione giuridica. Teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*, Giuffrè, Milano, 1998); y R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1986 (1^a edición de 1985); traducida al castellano por Ernesto Garzón Valdés, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

tanto la posible incoherencia, que pretendo examinar concierne un aspecto específico, aunque central, de la teoría del balance entre principios de Alexy.

Alexy sostiene firmemente, y de lo contrario me sorprendería, que el balance entre principios es una actividad que puede ser fundada o justificada racionalmente. Es comprensible que Alexy no se extienda mucho en la *Teoría de los derechos fundamentales* explicando en presencia de qué condiciones podemos identificar una argumentación racional, puesto que explícitamente nos remite a su teoría de la argumentación racional elaborada anteriormente². En este sentido el autor no sólo presupone que no existe ninguna incoherencia entre el conjunto de reglas que hacen de una argumentación una argumentación racional y las asunciones conceptuales que caracterizan la teoría del balance entre principios, sino que también considera que la ponderación puede y debe ser justificada a la luz de las reglas por él elaboradas.

Según Alexy, una justificación *p* es racional si y sólo si es el resultado de un procedimiento argumentativo racional. Esto es, un procedimiento cuyas reglas deben ser satisfechas para que *p* pueda denominarse racionalmente fundado. Podemos decir, en este sentido, que las reglas de carácter procedural elaboradas por Alexy son expresiones de una racionalidad discursiva, una racionalidad tal que va más allá, englobándola, de la racionalidad meramente lógica. Es igualmente pacífico que una de las reglas más importantes elaboradas por Alexy sea el así llamado principio de universabilidad.³

Así, sostendré dos tesis diferentes y parcialmente independientes entre sí. El principio de universabilidad, entendido en su versión formal, puede ser interpretado al menos de dos formas distintas, una débil y una fuerte. En ambas concepciones, no obstante, dicho principio es expresión de una racionalidad que podemos llamar subsuntiva. Si se atribuye a una acción *x* (por ejemplo, abortar) la condición de ser injusta, debe atribuirse la misma condición a cualquier otra acción *x'* (por ejemplo, cometer infanticidio) que comparta las mismas propiedades relevantes de *x*. A su vez, identificar las propiedades relevantes que hacen iguales a la acción *x* y la acción *x'* no es más que establecer las condiciones en

² Vid. R. Alexy, Teoría de los derechos fundamentales, cit., pp. 165-167.

³ El mismo Alexy señala que la aplicación de dicha regla concierne a la coherencia del hablante. Vid. R. Alexy, Teoria dell'argomentazione, cit., p. 150.

presencia de las cuáles un caso genérico, por ejemplo *x*, o un caso concreto calificado como *x*, puede ser subsumido en un concepto más general *z* (homicidio).

La interpretación, débil o fuerte, del principio de universabilidad depende precisamente de qué concepción de la racionalidad subsuntiva se acepte. Es decir, de si se comparte la idea de que tal operación de subsunción de los casos concretos en los casos genéricos puede o debe calificarse como definitiva, no revisable, o bien debe verse como una operación siempre susceptible de revisión. Aquéllos que sostienen una interpretación fuerte de la racionalidad subsuntiva consideran que no tiene sentido hablar de subsunción de un caso genérico dentro de otro caso genérico, o de un caso particular dentro de uno genérico, si tal cualificación es siempre falible e interpretan el principio de universabilidad, entendido siempre con carácter formal, en el sentido en que la determinación de las propiedades relevantes (en presencia de las cuales se opera la subsunción) puede, al menos en condiciones epistémicas ideales, tener un carácter definitivo.⁴ Por otra parte, aquéllos que sostengan una interpretación débil de la racionalidad subsuntiva consideran que la operación de subsunción debe ser siempre revisable, porque la identificación de todas las propiedades relevantes depende de algunas asunciones teóricas y empíricas que son necesariamente falibles.

La primera tesis que sostendré, en consecuencia, es que la única interpretación del principio de universabilidad y, *a fortiori*, del procedimiento discursivo racional de Alexy, coherente con algunas asunciones conceptuales propias de su teoría del balance entre principios, es aquella que se basa en una interpretación débil de la racionalidad subsuntiva y, *a fortiori*, del principio de universabilidad. En este sentido sostendré que una racionalidad discursiva no necesita apoyarse en una racionalidad subsuntiva en sentido fuerte. En otras palabras, en el modelo del balance de Alexy, las reglas condicionales que establecen la prevalencia de un principio sobre el otro son (y deben ser) derrotables,⁵ en tanto

⁴ Para una defensa expresa de dicha posición en relación a la identificación de las propiedades relevantes en la ponderación entre principios en conflicto, vid. J. J. Moreso, “Conflitti tra principi costituzionali”, *Ragion Pratica*, 18, 2002 (publicado también en *Diritto e Questioni Pubbliche*, 2, 2002 URL: <http://www.dirittoquestionipubbliche.org>). Moreso, de todos modos, no excluye que la incommensurabilidad entre los valores pueda constituir una excepción a la posibilidad de construir un sistema jerárquico entre principios que ofrezca una solución para cada caso.

⁵ Utilizando la categoría elaborada por Carlos Alchourrón, podemos afirmar que una regla es derrotable o *prima facie* cuando su antecedente no es condición suficiente de su consecuente. Para una discusión más amplia sobre el concepto de derrotabilidad, vid. supra sección 1.

que la derrotabilidad de las reglas que establecen tal prioridad puede depender de la falsación de las asunciones teóricas y empíricas implícitas en la determinación de las propiedades relevantes.

La segunda tesis que sostendré es que Alexy, en la *Teoría de los derechos fundamentales*, aunque no siempre de forma suficientemente clara, elabora un modelo de balance entre principios según el cual las reglas que determinan la prevalencia de un principio sobre el otro no sólo son derrotables, dada la imposibilidad de determinar todas las propiedades relevantes, sino que son y deben ser siempre interpretadas como reglas que imponen una relación de prevalencia “relativa” solamente a algunos casos en relación a los que los dos principios pueden entrar en conflicto, una relación de prevalencia que no es necesariamente válida para otros casos.

La idea de fondo que refuta Alexy es que sea, no sólo posible, sino incluso oportuno, elaborar un orden jerárquico entre principios en conflicto que dé una respuesta para todo caso concreto en relación con el cual tales principios pueden entrar en conflicto, idea que tutela un valor importante, aunque no el único que vale la pena realizar, el de la certeza del derecho. Junto al valor de la certeza encontramos otros valores de carácter pragmático, relativos a la eficiencia de la prestación jurídica (en este caso judicial) que merecen ser considerados y cuya realización comporta mitigar la realización del ideal de completud.

Una vez examinadas las relaciones no siempre límpidas entre el principio de universabilidad y la teoría del balance, ¿qué sucede con la coherencia? La coherencia puede ser considerada como uno de los elementos irrenunciables de la racionalidad humana. Interpretar de un cierto modo el principio de universabilidad presupone o implica necesariamente entender de un cierto modo el papel que juega la coherencia en la argumentación racional. Sostendré que existe, y no sólo en Alexy, una relación conceptual entre el concepto de coherencia, el principio de universabilidad entendido en su versión formal, y el concepto de argumentación racional. En el sentido en que el principio de universabilidad representa el núcleo fundamental, aunque no exclusivo, de la noción de coherencia y, contextualmente, una de las reglas del procedimiento discursivo racional. Y sin embargo, según el autor alemán, aunque el balance entre principios cumple un rol central en su concepción de la coherencia, un rol que no es según mi opinión del todo compatible con el rol que cumple la coherencia en el procedimiento discursivo racional.

El iter argumentativo que seguiré es el siguiente. Primero analizaré la teoría del balance de Alexy con el objetivo de comprender cuáles son sus características relevantes. Mostraré a continuación qué concepción del principio de universabilidad, como una de las reglas del procedimiento discursivo racional, es compatible con la teoría del balance de Alexy, y por qué. Finalmente, después de haber sostenido que existe una relación conceptual entre los conceptos de coherencia, universabilidad y argumentación racional, plantearé una duda: que calificar el balance como uno de los elementos fundamentales de la noción de coherencia minaría la base de la teoría de la argumentación racional de Alexy.

1. La teoría del balance de Alexy

Existen distintos tipos de teorías del balance entre principios. Podemos distinguir, sin pretensión de exhaustividad y reservándome la posibilidad de definirlas más adelante con mayor precisión, entre: una teoría como la de Guastini, escéptica y particularista en sentido débil;⁶ una teoría como la de Alexy, procedural en cuanto que el balance es una actividad que puede y debe ser justificada racionalmente, y particularista, siempre en sentido débil; una teoría como la de Moreso,⁷ procedural y no particularista; etc.⁸ Por lo tanto la teoría de Alexy es sólo una de las posibles.

Sería interesante, aunque no es el momento ni el lugar para hacerlo, examinar con detalle otras teorías del balance como la de Guastini o la de Moreso, y ponerlas en relación con la de Alexy. Sin embargo, en este trabajo me limitaré a analizar la teoría del balance entre principios de Robert Alexy, que definiré como un caso paradigmático de teoría

⁶ Vid. R. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 302-304; y “Principi del diritto e discrezionalità giudiziale”, *Diritto Pubblico*, 3, 1998, pp. 651-659. Para una excelente reconstrucción y discusión de la teoría de Guastini, vid. J. J. Moreso, *op. cit.*, p. 202 y ss. La teoría del balance de Guastini puede ser definida como una teoría pragmática y particularista en sentido débil, independientemente de si la entendemos como una teoría descriptiva o como una teoría normativa de la argumentación basada en principios y elaborada por los jueces, en particular por el Tribunal Constitucional. Mientras que sólo puede ser definida como una teoría escéptica si la entendemos como una teoría formativa de la actividad judicial.

⁷ Vid. J. J. Moreso, “Conflictos entre principios constitucionales”, sobre todo pp. 215 y ss.

⁸ Vid. el esquema que presento al final de la sección 5, en el que distingo analíticamente entre diferentes tipologías de (teorías del) balance.

procedimental moderadamente particularista y pragmática, dejando en el trasfondo el resto de teorías. Anticipo, antes de analizar en detalle la teoría de Alexy, que si bien el autor alemán elabora su modelo en referencia al balance entre principios constitucionales, creo que dicho modelo (al menos en el modo en que lo reconstruiré) es aplicable al balance entre principios subyacentes (o implícitos) de un sistema de reglas jurídicas pertenecientes a un sector del ordenamiento o al sistema jurídico en su conjunto.

Según Alexy existe un criterio preciso que nos permite distinguir dos distintos tipos de normas, las reglas y los principios. Los principios son normas que ordenan que sea realizada alguna cosa en la medida de lo posible. Son mandatos de optimización, esto es, normas que pueden ser satisfechas en mayor o menor grado, según el peso que el intérprete les atribuye con respecto a un principio concurrente. En cambio, las reglas son normas que solamente pueden ser o satisfechas o no satisfechas. *Tertium non datur*. La diferencia entre los dos tipos resulta manifiesta en el modo diferente en que se resuelven los conflictos que surgen entre sí, entre las reglas o entre los principios.

Un conflicto entre reglas puede ser resuelto, según Alexy, o bien introduciendo una cláusula de excepción a una de las dos reglas, o bien declarando inválida una de ellas. Es una alusión implícita a los criterios de resolución de conflictos de normas aceptados por los tribunales y los juristas en todos los estados constitucionales occidentales: el criterio cronológico, el jerárquico y el de especialidad.

Las antinomias entre principios se resuelven, en cambio, mediante el criterio de ponderación o balance. Cuando dos principios ofrecen dos soluciones normativas distintas para la resolución de un mismo caso concreto, entonces uno de los dos principios debe ceder frente al otro, debe ser sacrificado. Pero esto no quiere decir que deba ser declarado inválido, o que uno de los principios introduzca una cláusula de excepción al otro. Quiere decir simplemente que se introduce entre los principios una relación de prevalencia (llamada “ley de colisión”) condicionada.⁹ Una relación de prevalencia incondicionada es una jerarquía absoluta o en abstracto. Si un juez establece que el principio que tutela

⁹ Según Alexy “la ley de colisión... refleja el carácter de los principios como mandatos de optimización entre lo cuales... non existen relaciones absolutas de precedencia”. Vid. R. Alexy, Teoría de los derechos fundamentales, cit., p. 95.

la libertad de información prevalece, de forma absoluta, sobre el principio que tutela el derecho al honor, esto significa que no hay ningún caso de conflicto entre los dos principios en el que el principio que tutela el derecho al honor prevalezca frente al principio que tutela la libertad de información.

Una relación de prevalencia condicionada consiste en indicar las condiciones en presencia de las cuales un principio prevalece sobre el otro. Si, en relación con un caso concreto C (por hipótesis el de un conductor de automóvil que ha tomado psicofármacos antes de conducir), el juez Parker establece que el principio A (que tutela la integridad física de las personas) entra en conflicto y prevalece sobre el principio B (que tutela la libertad de circulación) entonces diremos que en presencia de las circunstancias fácticas C, según el juez Parker, el principio A prevalece sobre el principio B. O mejor, que la consecuencia jurídica R que resulta de A se aplica cuando se verifican las condiciones C. En otras palabras, “las condiciones bajo las cuáles un principio precede a otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente”, por ejemplo, ‘si C, entonces R’.¹⁰

Por lo tanto, Alexy es claro al sostener que la ley de colisión que determina la prevalencia de un principio sobre el otro es una regla. Desde este punto de vista, es precisamente la concepción de las reglas elaborada por Alexy la que nos permite comprender qué teoría del balance prefiere. Según Alexy las reglas, a diferencia de los principios que son siempre normas *prima facie*, tienen *en general* un carácter definitivo. Esto es, constituyen *en general* razones perentorias para la acción. Pero ¿qué quiere decir aquí *en general*? Quiere decir que es perfectamente compatible el modelo de las reglas elaborado por el autor alemán con que éstas pierdan su carácter definitivo y con que sean interpretadas como razones *prima facie*. En este sentido, no sólo sería posible introducir una excepción implícita en la regla, sino también que “en contra de lo que piensa Dworkin las cláusulas de excepción introducibles en las reglas sobre la base de principios ni siquiera son teóricamente enumerables”.¹¹

¹⁰ *Ibid.*, p. 94.

¹¹ *Ibid.*, p. 100.

Considero que tales afirmaciones de Alexy sobre el carácter derrotable o *prima facie* de las reglas plantean inmediatamente la siguiente cuestión: si el modelo de las reglas diseñado por Alexy es efectivamente coherente. ¿La afirmación de que es posible interpretar una regla como una razón para la acción *prima facie* o como un condicional derrotable es compatible con la afirmación de que sería posible distinguir claramente las reglas de los principios?

En realidad, más que incoherente, un modelo como el de Alexy de las reglas y de los principios da lugar a resultados contraintuitivos. Brevemente, Alexy sostiene que no tenemos ningún criterio independiente que sirva para distinguir una regla de un principio más allá del criterio de resolución de conflictos entre los dos tipos de normas. Es decir, si dos normas entran en conflicto la elección de qué método utilizar para la resolución de la antinomia no depende del hecho de que se trate de reglas o de principios, sino que más bien es su calificación como reglas o principios la que depende de cómo el intérprete resuelve el conflicto entre las dos normas.

El punto decisivo es que existen dos tipos categorialmente diferentes de contradicciones de normas en sentido amplio. En uno de ellos, de lo que se trata es de la pertenencia al ordenamiento jurídico, es decir, de la validez... En el marco de la cuestión de la validez se trata siempre de saber qué debe ser colocado dentro o fuera del ordenamiento jurídico. (...) El otro tipo de contradicción de normas en sentido amplio se da dentro del ordenamiento jurídico. Las contradicciones de normas en sentido amplio que tienen lugar dentro del ordenamiento jurídico son siempre colisiones de principios.¹²

Lo que se deriva del modelo de Alexy de las reglas es que cuando se presenta al intérprete una contradicción entre normas del tipo total-total o del tipo total-parcial entonces estamos ante un conflicto de reglas, porque en ambos casos al menos una de las dos alternativas es la eliminación de una de las dos normas en conflicto, esto es, se trata de un problema de validez. En cambio, si el intérprete debe resolver una contradicción parcial-parcial que no puede ser resuelta mediante los criterios tradicionales (el cronológico, el jerárquico y, obviamente, tratándose de una contradicción parcial-parcial, el de especialidad), entonces

¹² *Ibid.*, p. 105.

se trata de un conflicto de principios, porque cualquiera que sea la decisión que tome el intérprete ambas normas permanecerán en el ordenamiento, tratándose de una decisión referente a la dimensión del “peso”.

El resultado curioso y contraintuitivo es que sobre la base del modelo de Alexy deberemos cualificar como *conflicto entre reglas* la contradicción entre el principio que considera lícita una discriminación normativa sobre la base de la raza y el principio que la prohíbe, dado que en los estados constitucionales contemporáneos el primer principio puede considerarse “inválido”, en el sentido en que no pertenece a los mencionados ordenamientos.¹³

Pero volvamos al balance entre principios. Según Alexy, la regla que establece la prioridad de un principio sobre el otro posee dos características: es una regla *prima facie* en el sentido de que puede perder su carácter definitivo, en cuanto es posible introducirle excepciones cuyo número no es predeterminable *a priori*, y es una relación de prevalencia “relativa” solamente a algunas de las circunstancias en relación a las cuáles los dos principios pueden entrar en conflicto, porque en circunstancias diversas la jerarquía entre los principios puede ser invertida.¹⁴ El hecho que Alexy atribuya a las reglas resultantes del balance dichas propiedades es interpretable en el sentido en que el autor alemán comparte dos tesis más bien diferentes.

Postergando por el momento el análisis de las implicaciones de la segunda tesis, según la cual el balance es siempre ‘relativo’ solamente a algunos casos en relación a los cuáles los dos principios pueden entrar en conflicto, analizaré la primera tesis, según la cual la ley de colisión que jerarquiza los principios es una regla *prima facie* en el sentido en que su antecedente, utilizando la categoría elaborada por Carlos Alchourrón,¹⁵ no es una condición suficiente del consecuente. Más bien

¹³ Del resultado contraintuitivo señalado es perfectamente consciente Alexy. Vid. R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 105.

¹⁴ “La determinación de la relación de precedencia condicionada consiste en que, tomando en cuenta el caso, se indican las condiciones bajo las cuales un principio precede al otro. Bajo otras condiciones, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada inversamente”. Vid. R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 92-93.

¹⁵ Carlos Alchourrón se ha ocupado de la derrotabilidad en diversas ocasiones. Vid., entre otros trabajos, C. E. Alchourrón, “Para una lógica de las razones *prima facie*”, *Analisis Filosófico*, XVI (1996), núm. 2; “Law and Logic”, *Ratio Iuris*, 9 (1996); y “Detachment and Defeasibility in Deontic Logic”, *Studia Logica*, 57, 1996. Sobre la existencia en el lenguaje de los teóricos y los juristas de diferentes modelos o sentidos de “derrotabilidad”, y sobre las relaciones comple-

podemos interpretar la ley de colisión en el sentido en que el antecedente, unido a un sistema de condiciones implícitas, es condición suficiente del consecuente, por más que algunas (y no todas) de tales condiciones presupuestadas no puedan nunca ser explicitadas del todo. Llamaré a esta tesis “particularista en sentido débil”, para distinguirla de formas más radicales de particularismo, que amplían los tipos de condiciones implícitas en el antecedente, que no pueden ser explicitadas totalmente. Para comprender exactamente qué debemos entender por particularismo en sentido débil, discutiré brevemente el concepto y las posibles concepciones del particularismo moral.

2. Breve excursus sobre el concepto de particularismo

No es fácil identificar un núcleo común de todas las teorías que podemos definir como particularistas. Si quisiéramos identificar una asunción conceptual compartida de forma general por todas las teorías particularistas podríamos citar la definición icástica de Dancy, según la cual “la idea principal que hay detrás del particularismo es que el comportamiento de una razón en un caso nuevo no puede predecirse desde el comportamiento que ha tenido en otros casos”.¹⁶ Esta desconfianza más o menos radical en la posibilidad de que las razones consideradas moralmente relevantes en el pasado puedan, o deban, vincular las decisiones presentes puede asumir una forma más o menos radical. En este sentido, el núcleo de verdad de las concepciones particularistas sería la idea de que el valor de una propiedad relevante determinada *x* (por ejemplo, quitar la vida intencionalmente) no puede ser establecido independientemente de las consideraciones de otras propiedades relevantes *y* (por ejemplo, obrar en legítima defensa) distintas de *x*, y que no podemos determinar *a priori* el valor de ninguna propiedad. El hecho de que

jas, que no podemos examinar ahora, existentes entre “derrotabilidad” y las nociones de indeterminación, interpretación e integración del derecho, vid. J. Rodríguez y G. Súcar, “Las trampas de la derrotabilidad. Niveles de análisis de la indeterminación del derecho”, en P. Comanducci y R. Guastini (comps.), *Analisi e diritto* 1998. *Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino, 1999; J. C. Bayón, “Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico”, *Isonomía*, núm. 13, 2000; y P. E. Navarro y J. Rodríguez, “Derrotabilidad y sistematización de normas jurídicas”, *Isonomía*, núm. 13, 2000.

¹⁶ Vid. J. Dancy, *Moral Reasons*, Blackwell, 1993, p. 60.

en el pasado una circunstancia determinada (por ejemplo, quitar la vida intencionalmente) haya sido considerada como una razón para imputar una consecuencia jurídica (una condena de cadena perpetua) no implica que la misma circunstancia vaya a ser, o deba ser considerada en el futuro como relevante, ni que dicha circunstancia no pueda ser considerada una razón para imputar la consecuencia opuesta (absolución).

Existen diversas concepciones que podemos denominar particularistas, en la medida en que el particularismo puede ser defendido sobre la base de argumentos distintos.¹⁷ Distinguiré entre dos concepciones particularistas, una fuerte y una débil, sin identificar todavía qué autores pueden compartir una concepción particularista en sentido fuerte, al menos tal y como yo la voy a definir. Querría probar, siguiendo la estela de otros teóricos y filósofos del derecho,¹⁸ si es posible delinear coherentemente, y en caso de que lo sea en qué medida, una posición particularista fuerte independientemente de estrategias argumentativas que incorporan alguna teoría de los dilemas morales o de la incommensurabilidad de los valores, un problema del que no puedo ocuparme aquí. Por supuesto, en mi reconstrucción, ambas concepciones comparten la afirmación de Dancy según la cual el hecho de que una razón haya sido considerada en el pasado como una condición suficiente para imputar una determinada consecuencia jurídica *no implica* que de la misma forma ella sea considerada en el futuro.

La asunción conceptual compartida por el particularismo fuerte es más bien simple, y al mismo tiempo ingenua. El hecho de que en el pasado Carlos haya considerado relevante una circunstancia determinada (por ejemplo quitar la vida intencionalmente) o bien que la haya considerado como una razón para imputar una consecuencia jurídica (condena a cadena perpetua) *no tiene ningún valor* o bien no vincula de ningún

¹⁷ Para una amplia panorámica de los diferentes argumentos que es posible ofrecer a favor del particularismo, vid. Jonathan Dancy, *Moral Reasons*, cit., p. 86 y ss.

No me ocuparé especialmente del modo en el que Peter Winch, y después David Wiggins, han criticado el principio de universalidad elaborado por Hare, ni de las consecuencias, potencialmente devastadoras, que la aceptación de la tesis según la cuál los valores son parcialmente incommensurables tendrían sobre el mismo principio.

¹⁸ Vid. en este sentido C. Redondo, “Reglas ‘genuinas’ y positivismo jurídico”, en P. Comanducci y R. Guastini (comps.), *Analisi e Diritto* 1998. *Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Turín, 1999; J. Raz, “The Truth in Particularism”, en *Engaging Reason*, Oxford, Oxford University Press, 1999, pp. 235 y ss. (ya publicado en B. Hooker y M. Little (comps.), *Moral Particularism*, Oxford University Press, Oxford, 1999).

modo a Carlos en sus decisiones futuras. Y esto en dos sentidos distintos. No sólo que al verificarse en el futuro la misma circunstancia (quitar la vida intencionalmente) no implica que ella deba ser considerada una condición suficiente para producirse la misma consecuencia moral o jurídica (condena a cadena perpetua), sino también que la valoración efectuada por Carlos en el pasado no implica en ningún modo la expectativa que, en la comunidad de discurso a la que pertenece Carlos, éste último tenga en cuenta la misma circunstancia para la resolución de todos los casos futuros análogos, ni, sobretodo, que Carlos tenga la obligación de justificar por qué la misma circunstancia (quitar la vida intencionalmente) no sea considerada relevante a fin de imputar una consecuencia jurídica determinada (condena a cadena perpetua) en los casos análogos *prima facie* a los precedentes. En otras palabras, según el particularista en sentido fuerte, el haber considerado en el pasado una razón como condición suficiente para imputar una consecuencia jurídica o moral no sólo no comporta ningún vínculo subsuntivo, ni siquiera ningún vínculo argumentativo.

Dicha tesis, a su vez, puede ser defendida o interpretada de dos maneras distintas. En un primer sentido, para mi del todo ininteligible, el particularismo negaría la tesis, defendida entre otros por Schauer y MacCormick, según la cuál invocar una razón en favor de una acción individual implica necesariamente invocar una clase más general que incluye aquel caso particular, una clase general de acciones a la que se relaciona una consecuencia moral o jurídica¹⁹. El particularista negaría el *carácter general* de las razones justificativas, considerando que es posible ofrecer razones, justificaciones, o simplemente argumentos en favor de la resolución del un caso, que sean en algún sentido *particular*. Admitiendo que esta tesis puede ser sostenida por alguien, ignoro qué significado puede tener. El hecho de que el lenguaje moral y jurí-

¹⁹ Vid. F. Schauer, "Giving Reasons", Stanford Law Review, abril, 1995.

N. D. MacCormick, en la misma línea, afirma: "No alcanzo de ninguna manera a comprender, por más que me esfuerce, como puede existir una buena razón para decidir un caso individual que no sea una buena razón genérica para decidir todos los casos del mismo tipo particular (...)" Vid. N. D. MacCormick, Ragionamento giuridico e teoria del diritto, trad. de A. Schiavello, Giappichelli, Torino, 2001, p. 119. Que ésta no es la interpretación del particularismo que utiliza Dancy también lo ha enfatizado claramente J. Raz en Engaging Reason, cit. p. 235: "Las razones, no obstante, son generales según Dancy. Son características de situaciones que pueden manifestarse en un número indefinido de ocasiones."

dico haga referencia a circunstancias, propiedades o situaciones, implica una capacidad y una necesidad de abstracción complementaria a la idea de generalidad y universalidad.

Si tengo una razón moral para visitar a mi madre enferma de gripe, tal razón puede ciertamente ser considerada *prima facie*, porque es derrotable en presencia de otras circunstancias, como el hecho de que mi hija haya sufrido de pronto un grave accidente y se encuentre hospitalizada. Esto no quiere decir que tal razón no tenga la pretensión de ser valiosa independientemente de la presencia de algunas circunstancias contingentes –el hecho, por ejemplo, de que mi madre duerma con una almohada roja– que ni hoy ni en el futuro serán consideradas relevantes. Invocar una razón *particular* que solamente tiene la pretensión de ser valiosa para un caso concreto (un caso delimitado por unas ordenadas espacio-temporales definidas) es un puro sinsentido.

La segunda interpretación posible de una concepción particularista en sentido fuerte, así como el único modo de hacer inteligible en mi opinión dicha posición metaética, parece ser que el conjunto de las razones que orientan la decisión moral no son, en todo o en gran parte, reducibles al lenguaje. Es decir, el particularismo compartiría una perspectiva intuicionista²⁰ de la deliberación moral. “Aquellos que la perspectiva sugiere, en una síntesis extrema, es la idea de una decisión guiada (no por reglas o principios abstractos, dotados de precisas condiciones de aplicación y ordenadas según una jerarquía predeterminada, sino) por la virtud de la razonabilidad (*phronesis*): por una capacidad, *al menos parcialmente de carácter intuitivo*, de determinar una línea de conducta que responda de forma adecuada a las peculiaridades del caso examinado”²¹.

El proceso que conduce el sujeto a la decisión tendría un carácter al menos parcialmente intuitivo, opaco, refractario a la autocomprensión

²⁰ Si, como señala Celano, “la apelación a la intuición, independientemente del aparato más o menos gratuito de una facultad intuitiva, de la autoevidencia de ciertos juicios, etc.... consiste en la clausura del espacio argumentativo: en la afirmación de que no podemos pedir demostración de ciertas cosas”, y añadiría que no podemos pedir o pretender las razones subyacentes de ciertas decisiones, entonces no encuentro una mejor calificación para tal concepción de la deliberación moral que la de intuicionista. Vid. B. Celano, “Giustificazione di norme e procedure ideali”, en P. Comanducci y R. Guastini (comps.), *Analisi e Diritto* 1992. *Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Turín, 1992, p. 73, nota 91.

²¹ Vid. B. Celano, “Giustizia procedurale pura e teoria del diritto”, manuscrito inédito, p. 4. La cursiva es mía.

y a la comunicación. Solamente un hiato (*gap*), una fractura no internamente recomponible entre el contexto psicológico de la decisión y el contexto de la justificación puede fundar la tesis según la cuál las razones ofrecidas para la solución del caso D pueden no tener *ningún valor*, ni de carácter argumentativo, para la solución de un caso futuro *prima facie* análogo. Por lo tanto, no es tanto el hecho de que las razones ofrecidas en favor de la solución de un caso concreto no sean generales, cuanto que el conocimiento de las razones mismas, como muestra Raz con un feliz oximoron, excede nuestra capacidad de articular o de explicitar mediante la argumentación²².

Según el particularista en sentido fuerte, no tan sólo no podemos determinar *a priori* todas las circunstancias que un futuro serán condiciones suficientes para la imputación de una consecuencia moral o jurídica cualquiera, lo que explicaría por qué las razones ofrecidas son siempre derrotables, sino que ni siquiera podemos vislumbrar las razones morales que intuitivamente han inducido ayer, o inducen hoy, a tomar una cierta decisión. El corolario de esto sería que no podemos (y/ o no debemos) explicar *cualquier nueva* circunstancia relevante y, sobretodo, sobre la base de qué razones morales nos llevan a considerar hoy que un caso actual no debe, en rigor, ser decidido del mismo modo en que se decidió otro caso *prima facie* análogo. Como la interpretación anterior de la tesis particularista en sentido fuerte, según la cuál las razones ofrecidas en favor de una decisión son razones particulares desprovistas de la pretensión de generalidad, aunque tales interpretaciones de carácter intuicionista conduce a resultados que no podemos compartir.

Hasta aquí he tratado de señalar los rasgos principales de una tesis que he denominado particularista en sentido fuerte. Aunque los que sostienen el “particularismo soft” comparten el núcleo de verdad de todas las concepciones particularistas, esto es, la tesis según la cual el hecho de que Carlos haya considerado un cierta circunstancia (por ejemplo, quitar la vida intencionalmente) como una razón para imputar una consecuencia (condena a cadena perpetua) *no implica* que la misma circunstancia sea considerada condición *suficiente* para producirse la misma consecuencia moral o jurídica. La mencionada imposibilidad de aplicar la regla del *modus ponens* y la del refuerzo del antecedente im-

²² Vid. J. Raz, “The Truth in Particularism”, cit., pp. 245 y 246.

plica el rechazo de una racionalidad subsuntiva entendida en sentido fuerte, porque no podemos establecer *a priori* si un caso concreto cae o no en el campo de la aplicación de la regla que constituye el resultado del balance entre principios.

El rechazo de una concepción fuerte de la racionalidad subsuntiva se justifica sobre la base de argumentos distintos a los que ofrece el “particularismo hard”. En particular, los defensores de una concepción particularista en sentido débil rechazan tanto la idea de que las razones de carácter moral presentadas a fin de resolver un caso sean en algún sentido particulares y no generales, como la tesis según la cuál las razones morales no son, total o parcialmente, explicitables mediante la argumentación. Esto, como veremos, implica la aceptación por parte del ‘particularismo soft’ de una concepción débil de la racionalidad subsuntiva. Para comprender por qué razones según el particularismo débil el conjunto de las propiedades relevantes no puede ser determinado completamente a priori, volvamos a la teoría de Alexy.

3. Las razones del particularismo débil: todas las propiedades que no podemos explicitar a priori y por qué

Hemos delineado brevemente dos posibles concepciones particularistas. Y sostendré ahora que la teoría del balance de Alexy es una teoría calificable como particularista en sentido débil. La teoría de Alexy no puede interpretarse, en adelante, como una teoría particularista en sentido fuerte, y no sólo porque Alexy refutaría los presupuestos metaéticos de carácter intuicionista de este tipo de particularismo, sino también porque solamente una teoría particularista en sentido débil es compatible con una teoría según la cuál el balance es una actividad justificable racionalmente.

Por lo tanto, según Alexy, la ley de colisión que jerarquiza los principios es siempre derrotable en el sentido ya hemos visto. Su antecedente no es nunca condición suficiente del consecuente, más bien podemos interpretar la ley de colisión en el sentido en que el antecedente unido a un conjunto de condiciones implícitas es condición suficiente del consecuente, aunque algunas de las condiciones presupuestadas no pueden nunca ser completamente explicitadas.

Tal afirmación plantea dos interrogantes a los que es necesario dar respuesta:

- a) el primero, que hemos dejado sin solución al tratar el particularismo débil, es por qué razón no podemos determinar todas las condiciones implícitas en el antecedente;
- b) el segundo es que si la teoría de Alexy rechaza una concepción fuerte de la racionalidad subsuntiva (porque cualquier subsunción de un caso concreto en un principio u otro es siempre revisable), ¿qué concepción de la racionalidad subsuntiva y, a fortiori, del principio de universabilidad, sostiene dicho autor?

En cuanto al primer interrogante Alexy no explica por qué no podemos determinar todas las razones implícitas en el antecedente de la regla que establece la prioridad entre los dos principios en conflicto. Para comprender la tesis central del particularismo débil es oportuno distinguir dos tipos diversos de condiciones implícitas en el antecedente que, cuando se explicitan, pasan a ser condiciones suficientes del consecuente:

- 1) las razones de carácter valorativo que pueden invertir en el futuro la jerarquía de principios
- 2) las condiciones teóricas y empíricas que las mencionadas razones presuponen

Tomemos como ejemplo dos principios en conflicto en relación a un caso concreto. Supongamos que el principio que tutela la libertad de circulación prevalece sobre el principio que tutela la integridad física de las personas, en el caso en el que Humbert decida dar un paseo por una carretera nacional con su Ferrari. El caso es interesante en la medida en que la carretera nacional pasa muy cerca de un pueblo turístico y en que el hecho de pasar por ella origina un riesgo real –como efectivamente sucede de vez en cuando– de que un peatón que atravesie inadvertidamente la carretera nacional sea envestido (por ejemplo, un niño que persigue su pelota).

La regla que establece una jerarquía entre estos dos principios podría ser:

Es lícito conducir un automóvil por una carretera nacional (1) incluso cuando el trazado de ésta pasa a pocos metros de una playa o de un núcleo habitado, (2) siempre que no se supere la velocidad establecida de 50 km/h

Hay muchas razones que pueden considerarse implícitas en el juicio precedente. Si, pongamos por caso, Humbert ha tomado sustancias estupefacientes antes de sentarse a conducir su Ferrari, entonces la presencia de dicha circunstancia puede ser considerada como relevante e idónea para revisar la regla que establece la prevalencia de un principio sobre otro. Tal regla diría:

Es lícito conducir un automóvil por una carretera nacional (1) incluso cuando el trazado de ésta pasa a pocos metros de una playa o de un núcleo habitado, (2) siempre que no se supere la velocidad establecida de 50 km/h y (3) a condición de que el conductor no haya tomado sustancias que alteren su capacidad de control sobre el vehículo.

Cuando Alexy habla de excepciones no enumerables y de casos no previsibles no se refiere al tipo de razones de carácter valorativo que pueden calificar una propiedad como condición suficiente para producirse una cierta consecuencia, como la razón moral que considera relevante el hecho de haber ingerido sustancias estupefacientes antes de conducir el vehículo. El tipo de condiciones implícitas que no pueden ser totalmente explicitadas son las condiciones de carácter teórico y empírico que no podemos determinar a priori.

Pero ¿qué debemos entender por asunciones de carácter teórico y empírico implícitas en la regla resultado del balance?

El hecho de que existan algunas circunstancias moralmente o jurídicamente relevantes en la determinación de una jerarquía axiológica entre el principio que tutela la integridad física y el principio que tutela la libertad de circulación, depende de nuestras asunciones teóricas y empíricas actuales. El hecho de que el estado físico del conductor o los fenómenos atmosféricos sean considerados estados de hecho relevantes, y que la edad o el sexo de otras personas que viajen en el automóvil distintas al conductor no sean consideradas así, depende por ejemplo de la creencia de que la ingestión de drogas puede afectar la capacidad del conductor de control sobre el vehículo, mientras que la

presencia de un niño o una niña en el automóvil no tiene esta propiedad. Si no tuviéramos esta creencia no tendría sentido considerar la ingestión de drogas como una circunstancia relevante para el balance entre el principio que tutela la integridad física y el principio que tutela la libertad de circulación.

Que tales asunciones teóricas y empíricas permanezcan implícitas en la determinación de una regla de prevalencia entre dos principios es obvio. Así como también es obvio que tales asunciones teóricas y empíricas pueden cambiar o ser parcialmente falseadas y que dicha falsación es idónea para crear una excepción antes no considerada.

Consideremos un caso concreto imaginario. Supongamos que se le pida su opinión al juez Parker, en calidad de simple consejero moral. El señor Humbert, el día 6 de julio de 1974, a las 11.00 horas, debe decidir si desplazarse en su automóvil, un Fiat 500, a Cefalù, un pueblo cercano a Palermo, para hacer un picnic en el campo con su mujer y su hija Lolita. ¿Debe o no debe el señor Humbert ir a Cefalù en automóvil?

Digamos que los principios que consideraremos para tomar esta decisión son los dos que ya conocemos: el principio que tutela la libertad de circulación y el principio que tutela la integridad física de las personas. Digamos también que las circunstancias que razonablemente debemos tener en cuenta a fin de realizar el balance entre tales principios son fundamentalmente tres. Las condiciones atmosféricas, el estado psico-físico del conductor, el señor Humbert, y el estado del automóvil.

Según la decisión ponderada del juez Parker el principio que tutela la libertad de circulación debería prevalecer sobre el principio que tutela la integridad física, una vez que hemos comprobado que el día 6 de julio de 1974 a las 11.00 horas el señor Humbert tiene un buen estado de salud, las condiciones atmosféricas son buenas y que el automóvil está en buenas condiciones. Si se cumplen tales condiciones no hay ninguna razón por la cual el señor Humbert deba quedarse en casa y no hacer un picnic en el campo. El principio que tutela la libertad de circulación debería prevalecer, dadas las condiciones específicas del caso, sobre el principio que tutela la integridad física de las personas. Y esto es así independientemente del hecho de que, desgraciadamente, debido a un inexplicable adormecimiento, el automóvil sufrió un accidente en el que el señor Humbert, toda su familia, y el resto de personas implicadas, perdieron la vida.

Supongamos que en el año 2030 unos investigadores americanos descubren que los niños en edad comprendida entre los 11 y los 14 años con un coeficiente de inteligencia superior a los 170 pueden, en una situación de stress psicológico, emanar ondas cerebrales que causan una fuerte e imprevista jaqueca a los demás seres humanos presentes en un radio de 2 metros. Confrontando los datos relativos a los accidentes viales acaecidos en los Estados Unidos y en Europa entre el 1979 y el 2025, los mismos investigadores descubren que un número estadísticamente irrelevante, pero aún y así interesante, de tales accidentes es atribuible a dicho fenómeno. Entre ellos el accidente del señor Humbert.

Como la ingestión de alcohol, de otras drogas o de determinados fármacos, la presencia en un radio de 2 metros de niños en edad comprendida entre 11 y 14 años con un coeficiente de inteligencia superior a 170 que estén, o puedan estar, psicológicamente estresados, se convierte en una circunstancia relevante a fin de determinar las condiciones en presencia de las cuáles el principio que tutela la libertad de circulación debe prevalecer sobre el principio que tutela la integridad física de las personas.

Si tenemos en cuenta esta nueva propiedad relevante antes desconocida, entonces podremos descubrir que la jerarquía axiológica instaurada en relación al caso concreto del señor Humbert no es válida, ha sido superada en tanto que ha sobrevenido una nueva circunstancia idónea para revisar la regla instaurada. Si tuviéramos en cuenta la nueva propiedad la regla determinada por el juez Parker (*siempre prima facie*) quedaría así:

Es lícito circular en automóvil por una carretera nacional si el estado psico-físico del conductor es normal, si las condiciones atmosféricas son aceptables, si el automóvil está en buen estado, y si no hay un niño con una edad comprendida entre los 11 y los 14 años con un coeficiente de inteligencia superior a 170 en un radio de 2 metros que esté o pueda previsiblemente estar en una situación de stress psicológico.

El ejemplo utilizado muestra claramente en qué modo la falsación de una condición empírica presupuesta en la determinación de la jerarquía axiológica entre dos principios puede hacer derrotable la propia jerarquía. Lo que sostengo a continuación es que, como la nueva propiedad

que he inventado, no todas las propiedades que un futuro serán consideradas relevantes son identificables por nosotros en este momento.

Como señalan con su claridad habitual Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin “para saber qué hechos son relevantes es indispensable saber cuáles son todos los hechos. Se sigue de ahí que el conocimiento fáctico necesario para el conocimiento de la verdad deontica es un ideal prácticamente irrealizable. Es empíricamente imposible para un agente conocer todos los hechos pasados y prever todas las contingencias futuras”²³. Y con esta afirmación no se pretende, en mi opinión, sostener la obvia verdad de que ningún ser humano dispone de recursos temporales y económicos suficientes para cumplir con esta tarea, sino que ni siquiera en condiciones epistémicas ideales sería posible determinar cuáles de nuestros conocimientos empíricos serán falseados, y por qué creencias serán sustituidos. Lo que quiero sostener, en otros términos, no es sólo que ninguna comunidad histórica de seres humanos podría determinar (o imaginar), en condiciones temporales y económicas óptimas, cuáles serán las teorías explicativas de las propiedades del mundo real aceptadas por los científicos dentro de cientos o miles de años, sino que ni siquiera un ser humano que poseyera todo el conocimiento sobre el presente y el pasado –condiciones ideales no realizables– podría hacerlo²⁴.

La conclusión, por lo tanto, es que las condiciones implícitas en el antecedente de la regla que establece la prioridad entre principios en conflicto, que no podemos totalmente explicitar, son las condiciones de carácter teórico y empírico que nuestra comunidad científica podría descubrir solo en condiciones ideales (empíricamente no realizables) o las asunciones que ni siquiera en condiciones ideales ella podría descubrir. Al contrario, ni Alexy ni el particularismo débil tienen ninguna razón para sostener que ni siquiera en condiciones epistémicas óptimas o ideales un agente o una comunidad no puedan identificar todas las razones valorativas que dependen lógicamente de nuestros conocimien-

²³ C. E. Alchourrón y E. Bulygin, “Verdad deontica y valores”, en C. E. Alchourrón y E. Bulygin, Análisis lógico y derecho, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

²⁴ La posibilidad de distinguir entre condiciones temporales y económicas óptimas (empíricamente realizables) y condiciones ideales (empíricamente no realizables) me ha sido sugerida por David Martínez. De más está decir que cuanto digo en el texto se limita a un tratamiento superficial de una cuestión relativa a la definición de las ‘condiciones epistémicas ideales’ que bien merecería mayor profundidad.

tos teóricos y empíricos actuales y que sean relevantes para determinar una jerarquía entre principios en conflicto. Esta tesis podría ser defendida sólo por un particularista en sentido fuerte.

En definitiva, la afirmación de Alexy, según la cuál la regla que establece la prioridad de un principio sobre el otro es una regla prima facie, en cuanto que es posible introducir excepciones cuyo número no es predeterminable a priori, es expresión de una tesis particularista en sentido débil, según la cuál es imposible construir una regla de prevalencia entre dos principios en conflicto que determine todas las propiedades que sean condición suficiente para dicha prevalencia. En cambio, esta tesis no implica que, dado un conjunto de creencias teóricas y empíricas de fondo, no sea posible construir reglas que resulten del balance entre dos principios en conflicto que no sean prima facie, es decir, que tengan en cuenta todas las propiedades que sean condición suficiente de la prevalencia de un principio sobre el otro. Así, podemos afirmar que esta es la única tesis coherente con otras afirmaciones de Alexy, según las que las leyes de colisión entre principios son “reglas que, cuando se dan las condiciones disponen la consecuencia jurídica del principio que goza de preferencia”²⁵, afirmaciones que implican la posibilidad de aplicar una racionalidad subsuntiva.

He sostenido que, según Alexy, la regla que resulta del balance entre principios impone una relación de prevalencia relativa solamente a algunos de los casos en relación a los que los dos principios pueden entrar en conflicto, porque en presencia de circunstancias diferentes la jerarquía entre los dos principios puede ser invertida. Esta afirmación de Alexy es expresión de una tesis distinta, que será tratada en su momento, porque no tiene nada que ver con el particularismo fuerte o débil.

4. Las razones del pragmatismo: todas las propiedades relevantes que no debemos tener en cuenta y por qué

Según la definición de Alchourrón, una regla o una razón se considera prima facie o derrotable cuando su antecedente no es condición suficiente del consecuente, en el sentido en que dicho antecedente será

²⁵ R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 159.

condición suficiente del consecuente sólo si va unido de un conjunto de otras condiciones implícitas. Hemos visto que existen algunas condiciones teóricas y empíricas que no pueden explicitarse completamente. Pero todavía la mayor parte de las razones que determinan propiedades relevantes en relación al conflicto entre principios (que son las razones de carácter valorativo que dependen de las creencias teóricas y empíricas actuales) son determinables *a priori*, es decir, antes de que se presente un caso concreto en que se presente aquella propiedad.

Hemos visto también que sobre la base de nuestras asunciones teóricas y empíricas actuales, hay algunas circunstancias moralmente o jurídicamente relevantes en la determinación de una jerarquía axiológica entre el principio que tutela la integridad física y el principio que tutela la libertad de circulación. Por ejemplo, son estados de hecho relevantes el estado psico-físico del conductor, las condiciones atmosféricas y el estado el vehículo. No son consideradas circunstancias relevantes, en cambio, la edad o el sexo de las otras personas que viajan en el automóvil.

Ahora bien, como veremos mejor en seguida, la tesis de Alexy según la cual la regla que resulta de la ponderación entre principios impone (y debe imponer) una relación de prevalencia relativa solamente a algunos de los casos en relación a los que dos principios pueden entrar en conflicto, implica que el juez no identifica ni debe identificar todas las circunstancias (dadas las asunciones teóricas y empíricas de fondo) en presencia de las cuáles un principio prevalece sobre el otro. Esto quiere decir que el juez no deba identificar todos los conjuntos de propiedades que son condiciones (disyuntivamente) suficientes de la prevalencia de un principio sobre el otro.

Para comprender por qué razones según Alexy el juez no debe determinar todas las propiedades (o los conjuntos de propiedades) que sean condiciones (no necesarias, sino disyuntivamente) suficientes, de la prevalencia de un principio sobre el otro, podemos distinguir tres tipos de (teorías del) balance:

- a) balance ad-hoc
- b) balance categorial o definitorio
- c) balance razonablemente categorial o definitorio en sentido débil

a) Por balance ad-hoc entiendo la actividad o la argumentación mediante la cuál un juez o un jurista establece una ley de colisión entre dos principios constitucionales, o bien entre dos principios subyacentes de (o implícitos en) un sector del ordenamiento o del sistema jurídico en su conjunto, en conflicto que tenga dos características. Dicha jerarquía (entre los dos principios en conflicto) no resuelve, ni aspira nunca a resolver, todos los casos de contradicciones entre los mencionados principios, siendo, por su propia naturaleza, creada para resolver un solo caso: el caso concreto que el juez debe decidir o un caso genérico construido teniendo en cuenta las circunstancias del mismo caso particular. Y, en segundo lugar, la ponderación así efectuada no está “racionalmente justificada” pues no satisface de modo suficiente las reglas de una argumentación racional. La denominación ad-hoc depende del hecho que frecuentemente dicha jerarquía (entre dos principios en conflicto) es construida sólo con la finalidad de resolver un específico caso concreto, en cuanto que las razones utilizadas para justificar la decisión del caso no tienen la pretensión de ser universalizables, esto es, de ser válidas para todos los casos futuros que tengan las mismas características relevantes.

Tal definición más bien vaga identifica aquello que podemos llamar el “concepto”, el núcleo común de significado, del balance ad-hoc, concepto que puede ser (y es, de hecho) interpretado de diferentes modos, dando lugar a diferentes tipos (y redefiniciones o concepciones) de balance ad-hoc²⁶.

En particular podemos distinguir al menos dos hipótesis del balance ad-hoc, que, por razones diferentes, son ambas incompatibles con el balance racionalmente (o proceduralmente) justificado. Supongamos

²⁶ La redefinición propuesta de balance ad hoc es una reelaboración crítica, esto es, una definición explicativa, de una técnica de balance muy extendida en la jurisprudencia y la doctrina constitucionales norteamericanas. Se trata de una reelaboración crítica que, por una parte, trata de superar alguna ambigüedad en el modo en que los teóricos norteamericanos construyen la misma distinción, y por la otra, me parece capta el núcleo esencial de las diferentes definiciones y tipologías de balance ad-hoc. Esto es, el ad-hoc balancing, un sopesar atento y cándido de los intereses en juego en el caso específico, presentado ante (o por) la Corte, en el que no está claramente enunciada la regla, resultado del balance entre principios constitucionales, aplicable al caso concreto en cuestión y a los casos futuros, o, peor aún, no viene explicitado uno de los dos principios constitucionales objeto del balance. Vid. R. Bin, Diritti e argomenti, Milano, Giuffrè, 1992, p. 64 y ss., sobretodo la nota 160 (y la literatura allí citada), y T. A. Aleinikoff, “Constitutional Law in the Age of Balancing”, Yale Law Journal, vol. 96, núm. 5, 1987.

que Parker, juez del sistema jurídico x, deba resolver el caso concreto z, de un niño que ha atravesado una carretera nacional construida cerca de un centro turístico. El niño es atropellado por un automóvil que no superaba el límite de velocidad consentido de 50 km/h y cuyo conductor se encontraba ebrio. Supongamos también que en el sistema jurídico x se trata de un sector normativo no regulado. Según la primera hipótesis del balance ad-hoc el juez Parker identifica, con el fin de resolver el caso z, una regla del tipo:

Es ilícito conducir un automóvil por una carretera nacional (1) aunque el conductor no supera la velocidad de 50 km/h, (2) el automóvil está en buenas condiciones, si (3) el estado psico-físico del conductor no sea normal.

Característica de este primero, y más bien difuso, tipo de ‘ad-hoc balancing’ es que la regla que resulta está abierta a posibles excepciones, excepciones que permiten no aplicar a casos futuros la consecuencia jurídica prevista (es ilícito conducir...) aun habiendo presentado todas las (tres) propiedades indicadas. Al contrario, para elaborar una regla resultante del balance que sea inderrotable (se entiende, dado un conjunto cerrado y definido de asunciones teóricas y empíricas) el juez habría debido identificar el conjunto de propiedades (aunque fueran indeterminadas) que son consideradas relevantes, en el seno de la comunidad a la que pertenece, en los casos de contradicción entre los dos principios, propiedades que podrían destruir el balance.

¿Por qué el conjunto de propiedades relevantes identificado por el juez Parker no es exhaustivo de los casos de contradicciones entre los principios en conflicto? El juez Parker ha introducido oportunamente propiedades como la “normalidad del estado psico-físico del conductor” o “las buenas condiciones del vehículo”, pero no ha considerado, por ejemplo, “las pésimas condiciones atmosféricas” o “el mal estado del asfalto de la carretera nacional”. ¿Cómo puede el juez saber que la acción de conducir un automóvil en buenas condiciones, si bien a una velocidad moderada, en ausencia de un estado psico-físico normal, debe considerarse necesariamente ilícita? Sólo después de haber identificado también las otras propiedades relevantes, haber verificado la ausencia o presencia de tales circunstancias en el caso concreto, el juez Parker habrá dado un paso ulterior hacia la justificación racional del balance.

Tras la identificación de las otras propiedades relevantes la regla asumiría la forma siguiente:

Es ilícito conducir un automóvil por una carretera nacional (1) aunque el conductor no supera la velocidad de 50 km/h, (2) el automóvil está en buenas condiciones, (3) el asfalto de la carretera nacional está en buenas condiciones, (4) el tiempo atmosférico es bueno, si (4) el estado psico-físico del conductor no sea normal.

Así el juez Parker habría identificado de forma racional un caso genérico, haciendo referencia a un conjunto de propiedades relevantes (a pesar de que existiese un alto o excesivo grado de indeterminación) que, dadas las asunciones teóricas y empíricas de fondo, son condiciones conjuntamente *suficientes* para que se produzca una determinada consecuencia jurídica. Por ejemplo, si las propiedades relevantes son 5 –velocidad moderada/no moderada, normalidad/anormalidad del estado psico-físico del conductor, buenas/malas condiciones del automóvil, del asfalto de la carretera nacional y del tiempo atmosférico– el caso genérico que nuestro juez Parker se dispone a resolver queda enmarcado por las siguientes propiedades: velocidad moderada, estado psico-físico del conductor anormal, buenas condiciones del automóvil, del asfalto de la carretera nacional y del tiempo atmosférico²⁷.

²⁷ En realidad, para que el balance sea “racionalmente justificado” y no ad-hoc es necesario que el juez identifique una o más propiedades relevantes y “suficientemente determinadas” que sean condiciones suficientes de la prevalencia de un principio sobre el otro, esto es, de la prevalencia de una propiedad indeterminada sobre la otra. Las propiedades individuadas por el juez Parker, en nuestro ejemplo, han un elevado (o excesivo) grado de indeterminación, porque, si es verdad que la ausencia de un estado psico-físico normal es condición suficiente de la prevalencia del principio que tutela la integridad física sobre el que tutela la libertad de circulación, la fórmula es tan vaga que en realidad debemos precisar qué entendemos por “estado psico-físico normal”. Por ejemplo, el estar ebrio puede considerarse una propiedad suficientemente determinada que, por sí sola, es suficiente para producir un estado psico-físico anormal. En este sentido, una vez comprobado que en el caso concreto z el conductor no tenía efectivamente un estado psico-físico normal porque estaba ebrio, no es necesario para resolver el caso identificar otras propiedades suficientemente determinadas que sean o puedan ser condiciones suficientes para producirse “un estado psico-físico anormal”, esto es, la propiedad relevante indeterminada, y que sean lógicamente independientes. Por ejemplo, la ingestión de una cantidad x de alcohol o la ingestión de los psicofármacos y podrían producir un estado psico-físico anormal, pero son propiedades entre sí lógicamente independientes, porque no existe ninguna relación conceptual entre una y otra. Podemos pensar, en otras palabras, en un caso que posea ambas propiedades o bien que posea sólo una de ellas. Una no implica a la otra ni la excluye. Al contrario, la existencia en el caso concreto z de una propiedad como “presencia en la sangre del conductor de un 2% de alco-

No obstante, aun si el juez Parker identifica de modo correcto un único caso genérico (haciendo referencia, en los límites de las asunciones teóricas y empíricas de fondo, de todas las propiedades relevantes, aunque éstas han un elevado grado de indeterminación), esto no quiere decir que el balance esté “racionalmente justificado”. Existe, en efecto, un segundo tipo de balance ad-hoc que depende de un ulterior razonamiento de incompatibilidad entre el balance *ad-hoc* y la justificación racional. Porque si hubiera un balance ad-hoc en este segundo sentido es suficiente que la identificación por parte del juez de un conjunto de propiedades que él considera condiciones suficientes de la prevalencia de la integridad física sobre la libertad de circulación tuviera carácter *intuitivo*²⁸. Para que la identificación de dichas propiedades tuviera carácter intuitivo es suficiente con que la argumentación con la que el juez explica tales circunstancias no satisfaga de forma suficiente las reglas de una argumentación racional, porque, por ejemplo, el juez Parker no ofrezca las razones que justifican la atribución de un determinado valor a aquellas propiedades, o porque las razones que él ofrece se funden en premisas empíricas consideradas falsas por la comunidad científica en la que se encuentra, o porque se tratan de razones incoherentes entre sí y/o no ofrezcan una respuesta satisfactoria a las dudas, críticas y objeciones presentadas por otros jueces (o juristas).

hol” incluye la existencia de la propiedad “presencia en la sangre de un 1% de alcohol”. En este sentido, una es lógicamente dependiente de la otra. La conclusión, como veremos, es que si el juez ha ya comprobado que en el caso z el conductor estaba ebrio (y no quiere realizar un balance definitivo) no debe necesariamente comprobar la presencia en el caso concreto de otras propiedades relevantes lógicamente independientes ni valorar si estas son condiciones suficientes para que se produzca un estado psico-físico anormal. Por ejemplo, no es necesario valorar si el conductor había tomado psicofármacos o si padecía epilepsia. Ni el juez debe comprobar la presencia ni valorar si otras propiedades lógicamente dependientes son condiciones suficientes para que se produzca un estado psico-físico anormal. En otros términos, a diferencia de lo que requeriría en un balance definitivo, el juez no debe establecer con exactitud qué cantidad de alcohol es suficiente para que se produzca la consecuencia de un estado psico-físico anormal, porque la propiedad de tener en la sangre una dosis tolerable de alcohol es dependiente lógicamente, y excluida, de la presencia de la propiedad de “estar ebrio”, condición suficiente para que se tenga un estado psico-físico anormal.

²⁸ “Efectivamente, si la ponderación consistiera simplemente en la formulación de un enunciado de preferencia de este tipo (bajo las circunstancias C el principio x precede el principio y) y, con ello, en la determinación de la regla referida al caso que de ella se sigue (‘Si C, entonces R’), no sería entonces un procedimiento racional. La determinación de la preferencia condicionada podría ser realizada intuitivamente”. Vid. R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 158.

- b) Por balance definitorio o categorial se entiende la actividad o la argumentación con la cuál un juez o un jurista establece una ley de colisión entre dos principios constitucionales, o bien entre dos principios implícitos en un sector del ordenamiento jurídico o en el sistema jurídico en su conjunto, en conflicto, en caso de que el intérprete construya una regla que determina la prevalencia de un principio sobre el otro, haciendo referencia a todas las circunstancias en presencia de las cuales un principio prevalece sobre el otro (se entiende de todas las propiedades que, dadas las asunciones teóricas y empíricas compartidas por la comunidad de discurso, sean conocidas o cognoscibles razonablemente). En este caso, me acogeré a una concepción del balance definitorio compatible con algunos requisitos de una justificación racional.

Sobre la base de esta concepción, el juez no se limita a identificar al menos una propiedad (o un conjunto de propiedades), suficientemente determinada(s), que sea condición suficiente de la prevalencia de un principio sobre el otro, sino que identifica todas las propiedades suficientemente determinadas que sean condiciones disyuntivamente suficientes de tal prevalencia (dado, se entiende, el conjunto de asunciones teóricas y empíricas de fondo). Lo que implica la identificación de todas las circunstancias relevantes, también de aquellas que sean lógicamente dependientes entre sí²⁹. Un ejemplo de balance definitorio puede ser el de un juez que establezca, para resolver el mismo caso z, la siguiente regla condicional de prevalencia (a la que añadimos un etcétera por no tener los recursos temporales suficientes para identificar todas las propiedades relevantes):

²⁹ De nuevo, la definición que propongo de balance ‘definitorio’, como ocurría con la de balance ad-hoc, está inspirada en, y constituye una reelaboración crítica de, una técnica de balance muy conocida y extendida en la jurisprudencia y la doctrina constitucionales norteamericanas. Y mientras mi redefinición de ‘ad-hoc balancing’ capta el núcleo esencial de las diferentes definiciones y tipos de balance ad-hoc, mi redefinición de balance definitorio o categorial tiene un carácter predominantemente estipulativo, en el sentido en que se aleja en mayor medida de aquello que la doctrina y la jurisprudencia constitucionales (no sólo norteamericanas) entienden como balance definitorio. Podemos afirmar que lo que yo defino como balance definitorio es sólo una subclase de lo que la doctrina constitucional entiende como balance definitorio, siendo esto último por lo tanto un conjunto más amplio e indeterminado, que comprende también lo que yo defino como ‘balance categorial en sentido débil’. Para mayor abundamiento en la distinción entre ‘propiedades relevantes’ y/o ‘suficientemente determinadas’ y entre ‘propiedades lógicamente independientes’ y ‘dependientes’, vid. nota 27.

Es lícito conducir por una carretera nacional siempre que el conductor con las características corporales r, s, t no tenga una cantidad determinada en sangre de sustancias (fármacos, estupefacientes, etc.) en tal grado que altere su capacidad de control sobre el vehículo en un 30%, siempre que las condiciones atmosféricas no reduzcan la visibilidad y la adherencia del vehículo sobre el asfalto más de un 70%, siempre que el automóvil haya sido en todo momento reparado en caso de avería y haya sido controlado por un taller autorizado en los últimos 6 meses, siempre que no se supere la velocidad máxima establecida de 50 km/h, etcétera.

- c) Por balance razonablemente definitorio o categorial en sentido débil se entiende la actividad o argumentación mediante la cuál un juez o un jurista establece una ley de colisión entre dos principios constitucionales, o bien entre dos principios implícitos en un sector del ordenamiento jurídico o en el sistema jurídico en su conjunto, que se encuentran en conflicto, y que posee dos características. Dicha jerarquía (entre los dos principios en conflicto) no integra los requisitos de un balance categorial, esto es, no ofrece una solución normativa para todos los casos de conflicto entre los mencionados principios. Y, en segundo lugar, el balance está “racionalmente justificado” o bien satisface de modo suficiente las reglas de una argumentación racional.

Según mi opinión, la tesis de Alexy según la cuál la regla que resulta del balance impone una relación de prevalencia relativa solamente a algunas de las circunstancias en relación a las cuáles los dos principios pueden entrar en conflicto, porque en presencia de circunstancias diferentes la jerarquía entre los principios puede ser invertida, es una tesis descriptiva y al mismo tiempo prescriptiva de la actividad judicial. Es una tesis descriptiva de la práctica de los tribunales constitucionales y los ordinarios, porque Alexy advierte correctamente que los jueces evitan formas de balance del tipo que yo he definido como definitorio o categorial, prefiriendo el balance *ad-hoc* o el categorial en sentido débil.

Es una tesis normativa porque no es justo, según Alexy, imponer al juez una forma de balance definitorio o categorial entre los principios en conflicto. Esto en cuanto que un balance definitorio tutela el valor de la certeza del derecho, la posibilidad de los ciudadanos de prever las consecuencias jurídicas de sus propias acciones (en caso de que la ju-

risprudencia del Tribunal Supremo y del Constitucional no cambiase), y tal valor está lejos de ser el único que vale la pena de ser tutelado.

Las otras dos formas de balance permiten, en cambio, un ahorro notable de recursos argumentativos, si bien, como hemos visto, sólo un balance categorial en sentido débil –en mi opinión, el tipo de balance más coherente con la teoría de Alexy– adopta un compromiso equilibrado entre los valores de la certeza del derecho, de la racionalidad argumentativa y de la eficiencia de las prestaciones jurídicas. En virtud misma de la atención prestada por Alexy al valor pragmático de la eficiencia de las prestaciones jurídicas calificaré su teoría del balance como una *teoría pragmática*.

Por lo tanto, para que una teoría del balance sea calificada como pragmática es suficiente con que se adopte una definición mínima –esto es, que se comparta el concepto– de balance *ad-hoc* o categorial en sentido débil, independientemente de qué concepciones del balance *ad-hoc* o categorial en sentido débil sean aceptadas.

La idea de que una teoría del balance de tipo pragmático sea preferible a una no pragmática me parece compartida por teóricos como Moreso, quién parece refutar, en cambio la tesis que he denominado particularista en sentido débil. Demostrando así que se puede compartir una teoría del balance no particularista y aceptar los valores de carácter pragmático que están en la base del balance *ad-hoc* o definitorio en sentido débil. La identificación, de hecho, de una regla general que pueda dar una respuesta para todos los casos que representan una antinomia entre principios en conflicto es, tan sólo, un ideal regulativo que no podemos imponer a los jueces que se hallan en condiciones reales, y no ideales³⁰.

Para comprender mejor por qué la teoría del balance entre principios de Alexy es una teoría particularista en sentido débil y pragmática podemos representar la jerarquía axiológica entre dos principios en conflicto tomando como ejemplo el balance categorial en sentido débil:

Asumido que el universo de propiedades relevantes adecuado para cubrir todos los casos de antinomia entre el principio p y el principio q es

³⁰ Esta conclusión la comparte Moreso cuando acepta la idea de que la jerarquía axiológica entre principios es móvil. Vid. J. J. Moreso, “Conflictos entre principios constitucionales”, cit., p. 220.

el universo de las propiedades $A, \sim A, B, \sim B, C, \sim C, D, \sim D$, el principio p prevalece sobre el principio q en presencia de las condiciones $A^1, A^2, \sim B^1, C^1, C^2, \sim D^1$, propiedades que (dadas las asunciones teóricas y empíricas actualmente compartidas por la comunidad de discurso, que son conocidas o cognoscibles razonablemente) son condiciones suficientes para que se produzca, respectivamente, el conjunto de propiedades $A, \sim B, C, \sim D$, ya identificadas previamente, salvo que un nuevo caso imponga la valoración de una propiedad S que será considerada relevante en el futuro en virtud del cambio de algunas asunciones teóricas y empíricas compartidas en aquella comunidad de discurso'.

La regla que resulta de este balance es una razón para la acción derrotable, en cuanto que es posible que la falsación de alguna creencia teórica o empírica actualmente considerada verdadera comporte la necesidad de introducir una excepción antes no prevista, y es una regla que impone un orden de prioridad válido sólo *relativamente* a algunas circunstancias en presencia de las cuáles los principios pueden entrar en conflicto, en cuanto que en el balance no vienen identificadas (todas) las otras propiedades, por ejemplo A^3, C^3 , etc., que son condiciones disyuntivamente suficientes para que se produzcan las propiedades $A, B, C, y D$.

Asumido que el principio p prevalece sobre el principio q en presencia de las propiedades $A^1, A^2, \sim B^1, C^1, C^2, \sim D^1$, la regla que resulta de la ponderación entre el principio p y el principio q es que 'Si $A^1, A^2, \sim B^1, C^1, C^2, \sim D^1$, entonces y '. Esto implica que, dado un conjunto de asunciones teóricas y empíricas es posible construir razones que no sean 'prima facie', en cuanto que podemos aplicar o la regla del modus ponens o bien la regla del refuerzo del antecedente, a pesar de que tales reglas no sean adecuadas para resolver cualquier caso concreto de antinomia entre los principios en conflicto, ya que la regla no identifica todos los conjuntos de propiedades relevantes y suficientemente determinadas que son condiciones disyuntivamente suficientes para que se produzca la consecuencia y .

Y llega el momento de responder al interrogante inicial. Qué interpretación del principio de universabilidad es compatible con una concepción particularista en sentido débil del balance (que refute una racionalidad subsuntiva en sentido fuerte).

5. Racionalidad subsuntiva versus racionalidad discursiva

El principio de universabilidad puede ser interpretado básicamente de dos formas distintas. En la forma más elemental se identifica con el principio de justicia formal. Los casos iguales deben ser tratados de forma igual, y por lo tanto todo aquél que aplica un predicado F a un objeto S debe estar dispuesto a aplicar F a todos los demás objetos que sean similares a S en todos sus aspectos relevantes.

En esta primera interpretación, la condición de universabilidad tiene carácter meramente formal (...). Su adopción deja del todo indeterminado (...) cuáles son los aspectos relevantes a los fines de un juicio sobre la similaridad o disimilaridad de S con cualquier otra situación S¹. El requisito puede venir interpretado también de una forma no tan indeterminada. Puesto que Tizio cree que debe hacer A, deberá conceder que, bajo riesgo de contradicción, cualquier otro agente debe hacer A en cualquier otra situación S¹ similar a S en sus aspectos relevantes, independientemente de cuál sea la posición del mismo Tizio en S¹.³¹

No me ocuparé de la versión sustancial del principio de universabilidad, aunque Alexy se adhiera a la misma, sino solamente de su versión formal. Entendido en su versión formal, el principio de universabilidad no sólo constituye el núcleo fundamental de la noción de coherencia (junto con otros criterios como la ausencia de contradicción lógica entre proposiciones –consistency– y el de la racionalidad instrumental, entendida como congruencia en la relación entre medios y fines), sino también representa una de las reglas fundamentales que, según algunos teóricos del derecho³² entre los cuales Alexy, caracterizaría un procedimiento discursivo racional.

Como resulta ya ahora claro, la interpretación del principio de universabilidad hecha por los teóricos de la racionalidad subsuntiva en sentido fuerte nos dice que quien ha considerado, en el tiempo t⁰ y en condiciones epistémicas ideales, que la acción S es justa, debe en el tiempo t¹ considerar justa cualquier otra acción que tenga las mismas

³¹ Vid. B. Celano, *Dialectica della giustificazione pratica*, Giappichelli, Turín, 1994, pp. 544-545.

³² Para un mayor detalle sobre esta cuestión, vid. el último epígrafe de este trabajo, Apostilla sobre coherencia y balance.

propiedades que se consideraron relevantes en el tiempo t^0 . Y esto porque en condiciones epistémicas ideales, por ejemplo con conocimiento completo del presente y el pasado, se pueden identificar todas las propiedades relevantes en presencia de las cuáles una acción S es justa y, *a fortiori*, un esquema general que da una respuesta unívoca para cada caso, puesto que cada caso individual es una instancia de un caso genérico que correlaciona el caso con una solución normativa, posibilitando de esta manera la subsunción.³³

La interpretación propia de los particularistas en sentido débil es, en cambio, que si Carlos en el tiempo t^0 ha considerado justa, en condiciones epistémicas ideales o óptimas, una acción y , debe considerar también justa en el tiempo t^1 cualquier otra acción que tenga las mismas propiedades que se consideraron relevantes en t^0 , a menos que en t^1 Carlos identifique una nueva propiedad relevante, en virtud de la falsación en t^1 de algunas asunciones teóricas y empíricas compartidas por la comunidad de discurso en el tiempo t^0 .

El principio de universabilidad, así interpretado, constituye una de las reglas del procedimiento racional, en tanto que impone un vínculo, también débil y formal, al juez o al intérprete que quiera identificar una relación de prioridad entre los dos principios en conflicto a fin de resolver un caso concreto C . En este sentido, tras haber calificado la teoría del balance de Alexy como particularista en sentido débil y como pragmática, a la luz de las consideraciones ya realizadas, podemos calificarla también como una teoría del balance de *tipo procedural*. Y una teoría del balance se define como procedural cuando la argumentación mediante la que el juez establece, y justifica, la imposición de un orden de prioridad entre principios jurídicos (por ejemplo, entre principios constitucionales) en conflicto, puede, y sobre todo debe, estar justificada a la luz de todas las reglas de la argumentación racional, o del mayor número posible de ellas.

Sobre la base de lo que se ha dicho, podemos distinguir tres propiedades, más sus complementarias, que pueden caracterizar una teoría del balance:

³³ Vid. J. J. Moreso, “Conflictos entre principios constitucionales”, cit., p. 218.

1) *Teorías procedimentales y teorías escépticas del balance*

Son teorías procedimentales aquéllas según las cuáles la argumentación mediante la que el juez establece y justifica la imposición de un orden de prioridad entre principios jurídicos (por ejemplo, constitucionales) en conflicto puede y debe ser justificada racionalmente, esto es, a la luz de todas, o del mayor número posible de, las reglas de la argumentación racional, comprendido el principio de universabilidad. Son teorías escépticas aquéllas según las cuáles la argumentación mediante la que el juez establece las condiciones en presencia de las cuáles un principio prevalece sobre el otro es expresión de valoraciones estrictamente subjetivas, que no son susceptibles de ningún control racional. Por lo tanto, la argumentación misma no *debe* estar justificada a la luz de las reglas de la argumentación racional, ya que estas no producen ningún resultado. Esto no quiere decir que la argumentación del juez que justifica un determinado balance no deba poseer, como admitirían muchos teóricos moderadamente escépticos, entre ellos Guastini, algunos requisitos de la justificación racional, como por ejemplo el respeto por el principio de no contradicción. Quiere decir que la argumentación del juez no debe poseer todos los requisitos que integran una justificación racional, o el mayor número posible, dado el conjunto de condiciones económicas y temporales existentes, de ellos.

2) *Teorías particularistas (en sentido débil) y teorías no particularistas (o deductivistas)*

Las teorías no particularistas son aquéllas según las cuáles se puede, en condiciones epistémicas ideales (esto es, empíricamente imposibles), identificar todas las propiedades relevantes en el conflicto entre dos principios. Las teorías particularistas (en sentido débil) son aquéllas que niegan esta tesis sobre la base del hecho de que no podemos identificar todas las condiciones de carácter teórico y empírico que están presupuestadas en los juicios sobre la relevancia de una propiedad.

3) *Teorías pragmáticas y teorías no pragmáticas (definitorias)*

Son, finalmente, teorías pragmáticas del balance, aquéllas según las cuáles los jueces ordinarios y constitucionales utilizan, y deberían uti-

lizar, formas de balance *ad hoc* o de tipo categorial en sentido débil, en lugar del balance de tipo definitorio *tout court*, independientemente de qué concepción del balance *ad hoc* o del balance categorial en sentido débil se adopte. Mientras que las teorías no pragmáticas del balance son aquéllas que prescriben el uso del tipo definitorio o categorial de balance.

6. Apostilla sobre coherencia³⁴ y balance

Hemos visto cuál es la concepción del balance entre principios de Robert Alexy, y por qué razones, en mi opinión, tal concepción, particularista en sentido débil y pragmática, no es compatible con una interpretación fuerte del principio de universabilidad. He analizado, por lo tanto, las relaciones entre el principio de universabilidad y el balance. Queda por afrontar un último punto, aquél relativo a las relaciones entre la concepción de la coherencia de Alexy y su teoría del balance, es decir, el papel que Alexy asigna al balance dentro de su noción de coherencia.

³⁴ En el ámbito de la filosofía y de la teoría del derecho se distinguen dos conceptos de coherencia: uno negativo que indica la ausencia de contradicciones lógicas entre un conjunto de proposiciones, y que corresponde al inglés “consistency”; y uno positivo que indica una relación de armonía o compatibilidad en sentido sustantivo entre un conjunto de proposiciones, y que corresponde al inglés “coherence” –por ejemplo un conjunto de proposiciones de carácter normativo es “coherent” si puede interpretarse como realización de un único principio o valor (para una reconstrucción de este tipo vid. A. Pintore, *Il diritto senza verità*, Giuffrè, Milán, 1996). En un intento de uniformizar el lenguaje de la teoría del derecho algunos autores han propuesto traducir “coherence” como congruencia, y “consistency” como coherencia. Si la propuesta cuenta indudablemente entre sus ventajas la continuidad con la definición de coherencia, como “consistency”, dentro de la tradición analítica, me parece infeliz en el contexto de la lengua italiana el término “congruencia” (congruencia) como equivalente de “coherence”. Por lo tanto, en adelante utilizaré el término coherencia para indicar una relación de “coherence”. Sobre la traducción de “coherence” como congruencia, vid., sin pretensión de exhaustividad, P. Comanducci y R. Guastini, *L’analisi del ragionamento giuridico: materiali ad uso degli studenti*, vol. I, Giappichelli, Turín, 1987; N. MacCormick y O. Weinberger, *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*, Reidel, Dordrecht, 1986; A. Schiavello, *Il diritto come integrità: incubo o nobile sogno? Saggio su Ronald Dworkin*, Giappichelli, Turín, 1998. Y, reticente, L. Gianfornaggio, “Certezza del diritto, coerenza e consenso. Variazioni su un tema di MacCormick”, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, núm. 2, diciembre, 1988. Para la elección inversa vid. J. Luther, “Ragionevolezza delle leggi”, *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, 4^a ed., vol. XII, pp. 341-362; B. Pastore, “Coerenza e integrità nella teoria del ragionamento giuridico di Ronald Dworkin”, *Rivista di diritto civile*, IV serie, 1992, núm. 70; G. Pino, “Coerenza e verità

He sostenido sobre todo que existe, y no sólo en la teoría de Alexy, una relación conceptual entre el concepto de coherencia, el principio de universabilidad, entendido en su versión formal, y el concepto de argumentación racional, en el sentido que el principio de universabilidad representa el núcleo fundamental, aunque no exclusivo, de la noción de coherencia y, además, una de las reglas del procedimiento discursivo racional. Intentemos comprender por qué.

Las teorías que hacen de la coherencia un criterio fundamental de la justificación teórica y práctica tratan de elaborar un concepto de coherencia (distinto y) que engloba lo que entendemos por “consistency”, entendida como ausencia de contradicciones lógicas entre dos proposiciones, y sobre todo diferente al concepto de (mutua) implicación lógica³⁵.

En el ámbito de la justificación práctica y jurídica muchos autores han elaborado un concepto análogo, definido precisamente como coherencia. Valga por todos, y a título ejemplificativo, el uso que hace MacCormick³⁶. Reduciendo el campo de investigación al razonamiento jurídico –aunque considero que en el ámbito de la ética los resultados no serían distintos– me parece que el concepto de coherencia es “una noción elusiva, una atribución de sentido que reenvía a múltiples criterios”³⁷, como la ausencia de contradicción lógica entre proposiciones (*consistency*), el criterio de la racionalidad instrumental, entendida como congruencia en la relación entre medios y fines, y aún el criterio de la justicia formal, esto es, el principio de universabilidad entendido en sentido formal. Y todavía la coherencia no es sólo una noción multicriterial. Uno de los aspectos más relevantes es que se trata de una noción con dos dimensiones, una sustancial y una procedural.

Lo que quiero decir es que en los usos lingüísticos ordinarios y en el razonamiento jurídico el concepto de coherencia se utiliza haciendo referencia bien a su dimensión sustancial, bien a la procedural, bien

nell’argomentazione giuridica. Alcune riflessioni”, *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, IV serie, 1998, 75; y V. Villa, “La coerenza normativa e i presupposti epistemologici della giustificazione”, *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, IV serie, 1988.

³⁵ Para una amplia panorámica de las teorías de la justificación teórica, o teorías de la verdad, que atribuyen un papel fundamental a la coherencia, vid. N. Rescher, *A Coherence Theory of Truth*, Clarendon Press, Oxford, 1973, que no por azar usa el concepto de ‘connectedness’ y A. Peczenik, *On Law and Reason*, Kluwer Academic Publishers, 1989.

³⁶ Vid. N. MacCormick y O. Weinberger, *An Institutional Theory of Law*, cit. pp. 355 y ss.

³⁷ Vid. A. Pintore, *Il diritto senza verità*, cit., p. 167.

a ambas, pero en todo caso sin explicitar nunca a cuál de ellas se refiere. Decir que la regla *p* (el aborto es justo) es expresión y realización de un principio de grado superior *q* (ningún ser humano debe ser asesinado) y por lo tanto sostener que *p* es coherente con *q*, significa sostener, ni más ni menos, que *q* es una buena razón a favor de *p*. Y el sentido en base al que *q* puede ser una buena razón a favor de *p* es o de carácter formal y argumentativo –y en este caso diremos que *p* puede ser correctamente inferido de *q*, esto es, en base a argumentos válidos– o bien de carácter valorativo –y en este caso diremos que consideramos justo o convincente que quién acepta el principio *q* acepte también la regla *p*.

En el lenguaje ordinario y en el ámbito del razonamiento jurídico, el participante de un discurso intersubjetivo racional que sostiene que es incoherente afirmar simultáneamente *p* (el aborto es justo) y *q* (ningún ser humano debe ser asesinado), puede querer decir o (1) que *p* (el aborto es justo) no puede ser correctamente inferido de *q* sobre la base de algunas (aunque no todas) reglas de un procedimiento discursivo racional –esto es, que las razones sobre la base de las cuáles se afirma que *p* deriva de *q* no son razones racionales, porque no resistirían el análisis crítico de un procedimiento racional– o bien puede querer decir (2) que él, como agente moral, no considera justo considerar *q* (ningún ser humano debe ser asesinado) como una razón convincente para concluir *p* (el aborto es justo) –esto es puede querer decir simplemente que él no considera justo *p* en cuanto que interpreta de modo diferente *q*. O puede querer decir ambas cosas (1 y 2).

En mi opinión, la dimensión procedural de la coherencia, si queremos seguir sosteniendo que la incoherencia conlleva un déficit de racionalidad, debería ser considerada la dimensión más importante. En otras palabras, mi propuesta de carácter definitorio, de tipo explicativo, es que deberíamos utilizar el término incoherencia sólo cuando tenemos al menos una duda razonable de que sostener que *q* (ningún ser humano debe ser asesinado) no constituye una razón en favor de *p* (el aborto es justo), donde el razonamiento mediante el cuál se infiere *p* de *q* fuese sometido al fuego argumentativo de un procedimiento discursivo racional. Duda razonable que en general subsiste antes de que se efectúe realmente una argumentación racional.

Al contrario, después de que hemos agotado algunos de los recursos argumentativos ofrecidos por un procedimiento discursivo racional, no

tiene sentido calificar de incoherente a una persona que sostiene que *p* (el aborto es justo) y que *q* (ningún ser humano debe ser asesinado). Porque no es correcto, sobre todo desde el punto de vista conceptual, calificar de incoherentes sus razones en virtud de las cuáles *p* es inferible de *q*, si tales razones no son contradictorias, teniendo en cuenta todos los hechos relevantes y respetando el principio de universabilidad. Una vez que hemos agotado tales recursos argumentativos, quien quiera criticar a aquellos que creen firmemente en *p* (el aborto es justo) dado que *q* (ningún ser humano debe ser asesinado), debería sostener que tal discurso viola otros requisitos que caracterizan una justificación racional³⁸, o bien sencillamente que afirmar que no le parece justo considerar el feto como un ser no humano, pero no que esto sea incoherente.

Es evidente que los múltiples criterios –por ejemplo, la ausencia de contradicción lógica entre proposiciones (consistency), el criterio de la racionalidad instrumental, entendida como congruencia en la relación entre medios y fines, o el criterio de la justicia formal, esto es el principio de universabilidad en sentido formal– a los que reenvía la noción misma de coherencia son expresiones de su dimensión procedural. Y esto en cuanto que los tres criterios arriba indicados no sólo constituyen el núcleo fundamental del ámbito intensional de la noción de coherencia, sino que son también algunas de las reglas fundamentales, que según algunos teóricos del derecho³⁹, entre ellos Alexy, caracterizarían un procedimiento discursivo racional.

³⁸ Esto se justifica porque los tres criterios que componen el núcleo fundamental de la coherencia no agotan el conjunto de las reglas que hacen de una justificación una justificación racional, al menos según algunos autores, entre ellos Alexy. En otros términos, si bien esta tesis es bastante problemática, según algunos filósofos del derecho y de la moral, la noción de ‘racionalidad’ de la argumentación y de la justificación incorpora requisitos que no son exclusivamente formales, como algunas asunciones normativas de carácter sustantivo. Según Diciotti, por ejemplo, uno de los significados que asume el término “justificación racional” es el de “justificación sustantivamente racional”, esto es, un discurso con el cuál una conclusión surge de algunas premisas normativas pacíficamente aceptadas por la comunidad de discurso. En nuestra comunidad, por ejemplo, los participantes de un discurso en el cuál se trata de resolver problemas prácticos, considerarían del todo inaceptable la convicción de que “se debe torturar a todos los niños hasta los siete años de edad”. Vid. E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Giappichelli, Turín, 1999, pp. 95 y 96.

³⁹ J. Coleman y B. Leiter, en “Determinacy, Objectivity and Authority”, en Andrei Marmor (ed.), *Law and Interpretation*, Clarendon Press, Oxford, 1995, p. 272, establecen, por ejemplo, que un juicio interpretativo de enunciados normativos puede considerarse correcto cuando se ha satisfecho las condiciones ideales de “(1) estar completamente informados acerca de toda la información factual relevante... (2) ser completamente racionales, por ejemplo, observando las reglas

No sé si mi reconstrucción del concepto de coherencia sería compartida por Alexy. Si bien el modo en que el autor alemán construye el concepto de coherencia difiere en algunos puntos, que yo considero marginales, creo que de su concepción emergen dos elementos importantes, el primero de los cuáles es perfectamente compatible con (o mejor dicho, va en la misma dirección que) mi modelo. El primer elemento es una atención casi obsesiva al aspecto procedural de la coherencia. Según Alexy uno de los elementos centrales de la coherencia, además de la “consistency” y de la “comprehensiveness” es, de hecho, la “connection” (que no por casualidad recuerda la noción de “connectedness” elaborada por Rescher).

“El elemento más elusivo de la coherencia es la conexión (connection). Esta requiere tantas relaciones positivas de apoyo entre los elementos del sistema como sea posible. Estas relaciones positivas de apoyo entre las proposiciones que pertenecen al sistema no pueden ser otra cosa que relaciones de justificación y sustanciación. Un conjunto de proposiciones es, *ceteris paribus*, más coherente cuantas más proposiciones sean razones para otras proposiciones y cuantas más proposiciones estén sustanciadas por otras. Esto muestra que el concepto de coherencia está internamente conectado con el concepto de argumento.”⁴⁰

Como muestra el texto citado, el autor focaliza su atención no sobre la dimensión sustancial de la coherencia, sino sobre su aspecto procedural, casi meramente cuantitativo de la coherencia. Se habla del mayor número de relaciones de apoyo, del mayor número de razones ofrecidas en favor de, no de razones justas o convincentes. Si el concepto de apoyo, esto es, de razón, es conexo al de justificación, es claro que sería una obvia e incomprendible incoherencia de Alexy sostener que una teoría es tanto más coherente cuanto *más razones* ofrez-

lógicas”, etc. Mientras los principios de no contradicción y de universalidad son expresamente considerados por Alexy (1.1 y 1.3), extrañamente en cambio la regla según la cuál el participante de un discurso intersubjetivo racional debe conocer todos los hechos relevantes, o no formular afirmaciones empíricamente falsas, no es mencionada expresamente por el autor, aunque es obtenible indirectamente de la regla 5.3 (deben respetarse los límites fácticos de realización) o 6.1 (a todo hablante le es posible en todo momento pasar a un discurso teórico (empírico). Vid. la tabla de las reglas elaborada por Alexy en la Teoria dell'argomentazione, cit., pp. 235-238.

⁴⁰ Vid. R. Alexy, “Coherence and Argumentation or the Genuine Twin Criterialess Super Criterion”, en A. Aarnio, R. Alexy, A. Peczenik, W. Rabinovich y J. Wolenski, *On the Coherence Theory of Law*, Juristförlaget i Lund, 1998, p. 42.

camos para inferir una conclusión de ciertas premisas, en vez de sostener que una teoría es tanta más coherente cuanto más *buenas razones* ofrezcamos para inferir una conclusión de ciertas premisas. Buenas en el sentido procedural del término, no en el sustantivo. Conclusión a la que hace alusión el mismo Alexy cuando dice que la “justificación requiere un proceso de argumentación tan racional como sea posible”⁴¹.

El papel central que Alexy seguramente atribuye a la dimensión procedural de la coherencia parece aún olvidado cuando Alexy habla del papel que el balance desempeña en la construcción de un sistema o de una teoría coherente. Ponderar dos principios en conflicto, determinar las condiciones en presencia de las cuáles un principio prevalece sobre el otro, es un elemento fundamental, según el autor, de la coherencia, un momento necesario en la construcción de una teoría coherente. Si la ponderación es el método de resolución de antinomias entre principios y si un sistema que contiene antinomias no es un sistema coherente, entonces la ponderación es un factor que crea coherencia.

Y sin embargo ponderar, fijar relaciones de preferencia entre principios, implica valorar, expresar juicios de valor. Si las valoraciones son necesarias para crear un sistema coherente, entonces la coherencia no puede ser un criterio *value-free* y, por otra parte, Alexy concluye “la coherencia en el derecho no pretende ser un criterio *value-free*”⁴². Esta conclusión parece incompatible con la idea de que la dimensión procedural de la coherencia es la dimensión más importante de la teoría de Alexy. Y de hecho es incompatible.

Y, sin embargo, sólo una de ambas puede mantenerse. Si Alexy sostiene realmente que el determinar si *p* (el aborto es justo) es coherente con *q* (ningún ser humano debe ser asesinado) depende exclusivamente (o en gran parte) de un conjunto de juicios de valor, entonces no comprendo en qué sentido su teoría de la justificación, y de la coherencia, puede ser de algún modeo procedural.

Si queremos salvar el carácter procedural⁴³ de la teoría de la justificación de Alexy, y *a fortiori* de la coherencia, entonces, sobre la base

⁴¹ R. Alexy y A. Peczenik, “The Concept of Coherence and Its Significance for Discursive Rationality”, *Ratio Juris*, vol. 3, n. 1 bis, marzo, 1990, p. 146.

⁴² R. Alexy, “Coherence and Argumentation or the Genuine Twin Criterialess Super Criterion”, cit., p. 43.

⁴³ En este caso lo que debemos preservar de la coherencia y del procedimiento discursivo racional es su dimensión (en gran parte) neutra valorativamente, esto es, el hecho de que pode-

de la máxima de la mutilación mínima, podemos sostener lo siguiente. La afirmación de que la coherencia es un criterio enteramente (o en gran parte) ‘value-loaden’ no es justificable, al menos no sobre la base de este argumento, y no es compatible con el carácter procedural (y en gran parte neutro valorativamente) de la argumentación racional y de la coherencia. Podría tener un sentido, en cambio, afirmar que la identificación de relaciones de prevalencia condicionada entre principios implica efectuar valoraciones, y que tales valoraciones son un factor que genera coherencia. Lo que Alexy quiere decir, en mi opinión de una forma bastante confusa, es que un agente no puede coherentemente afirmar que q (ningún ser humano debe ser asesinado) constituye simultáneamente una razón en favor de p (el aborto es justo) y en favor de $\sim p$ (el aborto no es justo). De la misma forma, un agente no puede coherentemente afirmar, en relación al caso C (un niño es embestido por un automóvil que circula a 100 km/h mientras atraviesa una carretera nacional construida a pocos metros de una playa), que w (es verdad que el principio x que tutela la libertad de circulación debe prevalecer sobre el principio y que tutela la integridad física), y que $\sim w$ (es falso que el principio x que tutela la libertad de circulación debe prevalecer sobre el principio y que tutela la integridad física).

La única forma de evitar esta incoherencia es fijar una jerarquía entre los dos principios en relación a las circunstancias identificadas. Para hacer esto el agente debe expresar un juicio de valor. Y aún la coherencia, como criterio de un procedimiento discursivo racional, no nos dice cuál de los dos juicios es correcto, si w o $\sim w$, esto es, cuál de los dos principios debe prevalecer, salvo que las razones aportadas en favor de una u otra jerarquía no resistan el análisis de un procedimiento racional de argumentación. Fuera de este caso, la coherencia nos dice solamente que el agente debe elegir entre w y $\sim w$, ordenar los principios en conflicto, no cómo hacerlo.

mos verificar de forma valorativamente neutra si la mayoría de (aunque no todas las) condiciones previstas por el procedimiento argumentativo racional son (o han sido) satisfechas. El hecho de que podamos verificar de forma valorativamente neutra si una condición puesta por un procedimiento discursivo racional –por ejemplo el conocimiento de todos los hechos relevantes o la existencia de una contradicción– es satisfecha, no quiere decir que la justificación de las reglas, y del procedimiento mismo, no se funde en última instancia sobre valores. Del carácter estrictamente formal de la coherencia en la teoría de Alexy habla A. Peczenik, *On Law and Reason*, cit., pp. 187 y 188.

Desde este punto de vista, ponderar dos principios en relación a un caso, fijar las condiciones en presencia de las cuáles un principio prevalece sobre el otro, es un factor que genera coherencia, porque elimina una contradicción que deriva de sostener, dentro de una misma teoría, que w y que $\sim w$. Esta conclusión no tiene nada que ver con el hecho de que el agente puede elegir, una vez que las razones ofrecidas en favor de una de tales jerarquías de principios hayan superado la prueba de un procedimiento discursivo racional, qué jerarquía considera justa, porque ambas soluciones, ambas combinaciones entre principios, son compatibles con los principios mismos.

Quien sostiene que es justo consentir la conducción de un automóvil por una carretera nacional a una velocidad de 100 km/h, incluso en las zonas cercanas a centros habitados, dirá que tal regla limita el núcleo central del principio que tutela la integridad física, pero no puede decirse que sea incoherente con él. Del mismo modo que el que sostiene que se debería prohibir la conducción de un automóvil por una carretera nacional en proximidad a centros habitados a una velocidad superior a los 50 km/h, dirá que tal regla limita el núcleo central del principio que tutela la libertad de circulación, pero no que sea incoherente con dicho principio.

La ponderación genera coherencia así como cualquier expresión de un juicio de valor que elimine una contradicción dentro de una teoría, porque “cuanto mayor es el número de relaciones de prevalencia entre principios, más coherente es la teoría”⁴⁴. Con tal de que quede claro que la coherencia no nos dice cuál es el orden de prioridad entre los principios que es más justo o correcto⁴⁵, porque es la valoración del agente la que debe determinar qué ponderación efectuar. Si esto es cierto, no me parece que se pueda afirmar ni que la ponderación es uno de los criterios, igual, por ejemplo, que la ‘consistency’, que constituyen parte de la noción de coherencia, ni que la coherencia es un criterio ‘value-loaden’, al menos no sobre la base de tales argumentos.

⁴⁴ R. Alexy y A. Peczenik, “The Concept of Coherence and Its Significance for Discursive Rationality”, cit., p. 137.

⁴⁵ Como queda de manifiesto claramente en R. Alexy y A. Peczenik, “The Concept of Coherence and Its Significance for Discursive Rationality”, cit., p. 139.