



Utopía y Praxis Latinoamericana

ISSN: 1315-5216

utopraxis@luz.ve

Universidad del Zulia

Venezuela

Serpe, Alessandro

Argumentando a partir de los derechos humanos. La ponderación en serio
Utopía y Praxis Latinoamericana, vol. 15, núm. 51, octubre-diciembre, 2010, pp. 45-55

Universidad del Zulia

Maracaibo, Venezuela

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=27916299004>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto



Argumentando a partir de los derechos humanos. La ponderación en serio*

Arguing Based on Human Rights. Taking Balancing Seriously

Alessandro SERPE

Università degli studi di Napoli "Federico II", Italia

Universidade Nova de Lisboa, Portugal

Universidad del Zulia, Maracaibo, Venezuela

RESUMEN

En los Estados constitucionales modernos, se encuentra un conspicuo *set* de derechos, principios y valores éticos. En el presente trabajo se insiste en la necesidad de tener muy presente las investigaciones relativas a la racionalidad, el conflicto y los valores. Precisamente, porque los derechos se basan en argumentos y el *balancing* es una técnica argumentativa; resulta que el *balancing* se mueve dentro de un razonamiento práctico con el propósito de construir plataformas argumentativas que justifiquen las decisiones. Reflexionar sobre las interconexiones entre las varias plataformas teóricas es tomar en serio la *ponderación*, evitando el riesgo de pauperizar la Constitución y minimizar el principio de soberanía.

Palabras clave: Ponderación, racionalidad, conflictos, valores, razonamiento jurídico.

ABSTRACT

Today's constitutions of countries such as our own contain a large *set* of norms, principles and values. In the present work I put forward some arguments in favor of a theory of argumentation backed on a crossover reflection upon the concepts of rationality, values and conflicts. By considering rights as arguments and the *balancing* an interpretative technique, one might imply that legal reasoning is aimed at the construction of decision-justifying platforms. To reflect upon the various theoretical platforms is to take the *balancing* as well as the constitutional contents into serious and not to pitifully undermine the principle of sovereignty.

Key words: Balancing, rationality, conflicts, values, legal reasoning.

* Deseo agradecer especialmente a la Dra. Alessandra Tredicine por haber diligentemente traducido del italiano al español el presente artículo (con competencia y afecto), al Prof. Alvaro B. Márquez-Fernández por haber depositado su confianza en mi investigación y haber acogido este resultado en su prestigiosa Revista, a la Dra. Flor Avila Hernández de Pulitano por haber supervisado con extrema exigencia lingüística el artículo y, finalmente, a la economista María Isabel Serrano, por la revisión general efectuada.

INTRODUCCIÓN

La mayoría de las constituciones europeas – Islandia, Noruega, Suecia, Finlandia, Dinamarca, Holanda, Bélgica, Luxemburgo, Austria, Suiza, Grecia, Italia – no obstante proveen catálogos más o menos amplios de derechos fundamentales, no proveen una clasificación de los *Grundrechte*. La Constitución Italiana, aceptando el pluralismo social de valores, de intereses y de necesidades, reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre (art. 2; art. 111), como *inherent rights*, adoptados en el concepto unitario de la *property in his own person*. En el ápice del ordenamiento de los actuales Estados constitucionales de derecho, se encuentra un conspicuo *set* de derechos, principios y valores éticos. Éstos no tienen más pretensiones individuales respecto a los poderes públicos, sino que son elementos constitutivos, interactivos e integrantes del sistema constitucional global. Entre reglas jurídicas y principios éticos no hay coincidencias ocasionales de contenido: las Cartas constitucionales y más en general, los textos normativos, históricamente han absorbido doctrinas éticas de diverso origen (por ejemplo la doctrina de los derechos del hombre, las doctrinas de la responsabilidad, la doctrina de la culpa), además del hecho histórico-social de una *rule of recognition*.

Esa incorporación, implícita y/o explícita de las razones éticas en las jurídicas, impone una reflexión: el derecho, los derechos, no se deben entender en su dimensión individual, independientes, a ser “reconocidos” como inviolables o fundamentales, simplemente porque son pertinentes a cada individuo en cuanto ser humano. Los derechos abren la posibilidad a la reflexión moral y en su concreta realización prescriben el recurso para argumentaciones morales y substanciales¹. Los derechos, en razón de los graves *déficits* de la certeza jurídica y del silogismo judicial, se mueven entre los conflictos de un “hacer jurisdiccional con argumentos”.

Es sensato sostener que el ordenamiento jurídico está compuesto por dos tipos de normas, reglas y principios. Las reglas se caracterizan por el rasgo de la hipótesis expresada en una teoría del lenguaje normativo, con la fórmula de una proposición condicional: Si *X* entonces *Y*. Los principios (derechos y/o intereses constitucionales) son ‘conceptos’ que presentan un notable grado de dificultad teórica y pragmática. Los juristas reconocen los principios como ‘normas fundamentales’ por su posición de ‘superioridad’ en el ordenamiento jurídico, ‘superioridad’ debida a su esencial signo de identificación y de axioma en la fisonomía del sistema jurídico (o subsistema de referencia). ‘Superioridad’ no sólo en cuanto a la posición sino también en cuanto al contenido *open textured*, indeterminación material que se debe a la *defeasibility* y a la *vagueness*. La derrotabilidad del principio reposa sobre la no evidencia del principio, en la fórmula del enunciado condicional; la vaguedad, por su parte, versa sobre el no ser, el principio inmediatamente susceptible de aplicación a los casos concretos².

Los criterios tradicionales de solución a las antinomias entre reglas jurídicas, *lex superior derogat inferiori*, *lex posterior derogat priori* y *lex specialis derogat generali* decla-

1 Cfr. CELANO, B (2004). “Diritti, principi e valori nello Stato costituzionale di diritto: tre ipotesi di ricostruzione”. *Analisi e diritto*, p. 53.

2 GUASTINI, R. (2006). “Ponderazione. Un’analisi dei conflitti tra principi costituzionali”. *Ragion Pratica*, pp. 155,156.

ran su incompetencia con respecto a la resolución de los conflictos entre principios constitucionales, principios que gozan de igual dignidad de ‘posición’ y de ‘garantía constitucional’. La falta de una catalogación jerárquica entre los *Grundrechte* de un lado, y la falta de un criterio de coordinación formalmente previsto o convencionalmente aceptado por la comunidad de los juristas por otro, impone el recurso a nuevas técnicas de resolución, “ponderación” o “equilibrio”. La ponderación, *Balancing test* en la cultura americana, *Abwägung* en la cultura alemana, se ha hecho, en las últimas décadas, muy familiar en la cultura jurídica italiana.

Me limitaré, en esta breve investigación, a la descripción y distinción de dos tipologías de ponderación, típicas de la cultura inglesa. No consideraré cuestiones de genealogía de la ponderación entre intereses y derechos en la cultura americana ni en la europea, y los fuertes impulsos culturales, muy variados, antiformalistas, anti-idealistas y “sociológicos”³. Para una ‘correcta’ definición de ponderación, luego examinaré tres modelos teóricos de referencia, modelos que implican otras tantas disposiciones normativas. Me parece que para que el *balancing* sea considerado en serio, es inevitable lanzar una ‘propuesta teórica’ que aclare los presupuestos de la ponderación. En tal sentido, se parte brevemente de: una teoría de la racionalidad, teoría de los derechos y de los conflictos, teoría de los valores, para el desarrollo de este estudio.

- 3 El *balancing* está considerado por muchos una de las yemas del realismo jurídico americano. Entre las tesis compartidas por los habitantes ideales de la *new land*, no cabe duda que, aquello de la aserción de la actividad creativa del derecho por parte de los jueces (el papel del juez cual ingeniero social y técnico del conflicto de intereses) y aquello holmesiano del grado de ‘profecía’ de lo que los Tribunales harán, representan, a mi parecer, el posible *background* de referencia. Sobre el realismo americano cfr. TARELLO, G (1962). *Il realismo giuridico americano*, Milano; CASTIGNONE, S, FARALLI, C, RIPOLI, M (2002). *Il diritto come profezia. Il realismo americano: antologia di scritti*. Torino; HOLMES, O.W. (1897). “*The Path of the Law*”, *Harvard Law Review*, n.º. 10. POUND, R (1943). “A Survey of Social Interest”, *Harvard Law Review*, n.º. 57, 1943; LLEWELLYN, K.N. (1951). *The Brumbe Bush. On our Law and its Study*. New York. En Europa, la exigencia de una manera de razonar acerca del derecho, que se preocupase (con técnicas de ponderación), por intereses concretos y valores, emergió, en antítesis a la “jurisprudencia de los conceptos”, con la *Interessenjurisprudenz*. El Jhering de la madurez, habiendo profesado una pragmática teleológica del derecho, desplazó el eje desde la ‘lógica del derecho’ a las ‘evaluaciones de la vida’ produciendo, por lo tanto, una reexaminación de las funciones de la ciencia del derecho y de la jurisdicción (sobre ese punto cfr. FASSO, G (2002). *Storia della filosofia del diritto. Ottocento e Novecento*, Roma-Bari, pp. 188-199; JHERING, R (1893). *Der Zweck im Recht*, Lipsia, I; HECK, P (1877). *Der Kampf um's Recht*, Vienna. La “jurisprudencia de los intereses”, es bien notorio, fue una de las manifestaciones de un fenómeno más amplia de ‘revuelta contra el formalismo’, el *Freirechtsbewegung*. Para una reconstrucción genealógica de las relaciones entre *balancing* y teorías jurídicas antiformalistas, merece un ahondamiento la opción de una ‘primacía’ nórdica-scandinava. El famoso realismo escandinavo de la escuela de Uppsala está en el vasto fenómeno del anti-formalismo para (la intención y la atención) de la actualidad de y la materialidad del derecho, más allá de la normatividad y de las formas conceptuales. Tal ‘revuelta’ no se puede decir, sin embargo, fenómeno exclusivo de la escuela sueca. En el horizonte realístico sueco, el realismo jurídico es *teoría del conocimiento*; a lado del *Skandinaviske Realism*, a finales del Setecientos, se desarrolló, en Dinamarca y Noruega, otra fuente de búsqueda, la que sus autores definieron como *Den Nordiske Realism*, (Anders Sandøe Ørsted e Anton Martin Schweigaard, los *founding fathers*) realismo que, para la particular atención a los problemas de la argumentación, de la decisión judicial, en términos de *reelle hensyn* (consideraciones prácticas), de *billighed* (razonabilidad), de *nyttige* (utilidad), de *rette* (justicia), se dejaba caracterizar como *teoría de la decisión judicial*. A finales del siglo XIX las teorías ørstediane y schweigaardiane se unieron, en especial modo en Noruega, con las instancias del “movimiento del derecho libre”. Cfr. SERPE, A (2007). “I diritti dell’uomo in Norvegia. I fondamenti teorici”. *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n.º. 1, pp. 99-127; SERPE, A (2008). “Il realismo giuridico in Danimarca e Norvegia”. *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n.º. 1, pp. 63-90; SERPE, A (2008). *The doubting philosopher: Norberto Bobbio. Outlines of his legal philosophy within Italian legal culture*. Oslo, pp. 1-72; SERPE, A (2008). *Realismo nordico e diritti umani. Le avventure del realismo nella cultura filosofico-giuridica norvegese*. Napoli, pp.1-212.

1. SOBRE EL BALANCING

La ponderación es una técnica argumentativa que se utiliza cuando judicialmente la subsunción no resulta ser suficiente para la resolución del caso. Ante una situación conflictiva entre principios constitucionales, *todos* los derechos fundamentales y/o intereses, *todos* jurídicamente relevantes, sea por medio del Juez, el Tribunal Constitucional o un tribunal ordinario a quien se le esté “formalmente” solicitando la función del control constitucional o la aplicación directa de principios y derechos constitucionales, se puede decidir *ponderando*⁴. La cultura jurídica americana tiene clara la distinción entre el *ad hoc balancing* (ponderación *ad hoc*) y el *definitional balancing* (ponderación definitoria). A través del primer tipo de ponderación, el juez decide evaluando todas las circunstancias del caso, sin vincular las propias decisiones a un estándar de juicio; en el segundo caso, el juez, además de evaluar todas las circunstancias del caso, define criterios y estándares en virtud de los cuales puede evaluar casos análogos en futuro.

Partimos de la siguiente premisa. Por conflicto normativo entendemos tanto los conflictos *in abstracto* como los conflictos *in concreto*. El conflicto *in abstracto* es un tipo de ‘conflicto conceptual’ que se produce cada vez que dos normas conectan dos consecuencias jurídicas incompatibles (y por lo tanto ofrecen dos soluciones incompatibles) a dos clases de hechos jurídicos. En otros términos, el conflicto *in abstracto* que se identifica puede prescindir de una ‘especificación’ y de una referencia a un hecho jurídico concreto: el conflicto nace no a consecuencia de la aplicación de la norma a un caso concreto, sino a nivel ‘teórico’ ya que los dos hechos jurídicos tienen relaciones conceptuales (una conceptualmente incluida en la otra). Sea, por ejemplo, el de una primera norma que prohíbe el consumo de sustancias estupefacientes y una segunda norma que consiente el consumo de marihuana. El conflicto *in concreto*, se realiza en el caso de que en la fase de aplicación del derecho a un caso concreto, nos demos cuenta que dos normas conectan dos consecuencias jurídicas incompatibles (y entonces ofrecen dos soluciones incompatibles) para el mismo caso concreto. En unos (y frecuentes) casos, no hay un vínculo conceptual entre los dos hechos jurídicos: el caso concreto a decidir se encuentra bajo el dominio de dos clases de hechos jurídicos que establecen consecuencias jurídicas incompatibles. Tales conflictos emergen sí y sólo sí cuando hay en discusión un caso particular a decidir, por lo tanto solo a nivel ‘aplicativo’ (y no ‘teórico’) del derecho. Sea por ejemplo: primero, una norma establece que los ciudadanos tienen que declarar la renta anualmente; y, segundo, otra norma establece a su vez que ninguna declaración de renta es obligatoria para los desempleados. En el ejemplo, la clase de “ciudadanos” es conceptualmente independiente de la clase de los “desempleados”, por eso el conflicto se genera sí y sólo sí un sujeto pertenece contemporáneamente a la clase de los ciudadanos y a la de los desempleados⁵.

Volvamos a la ponderación. Con la ponderación *ad hoc* el juez, en frente a dos o más principios contrapuestos, sean ellos constitucionales o subyacentes explícitamente o implícitamente a un sector jurídico determinado o al ordenamiento jurídico en su complejo, se limita a resolver un caso singular, a través de criterios y/o estándares, todos los casos de anti-

4 PINO, G (2007). “Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi”. *Ragion Pratica*, n°. 28, p. 220.

5 Sobre la distinción entre conflictos *in abstracto* y conflictos *in concreto*, cfr. GUASTINI, R (2006). *Op. cit.*, pp. 152-153.

nomias entre los antedichos principios. En otros términos, la norma de colisión que dirime el conflicto, adoptada después de un análisis ‘argumentado’ por las circunstancias concretas y los “intereses” en juego e inspirada en los criterios de la “*fairness and justice*”, es una decisión particular y concreta no destinada a regular casos análogos futuros⁶.

Diversa es la técnica de la ponderación definitoria. A través de ésta el juez construye la regla de colisión que determina la prevalencia de un principio sobre otro, todavía haciendo referencia a *todas* las circunstancias relevantes en presencia de las cuales un principio prevalece sobre otro. En otros términos, la regla de colisión no tiene la forma de una disposición particular y concreta por cuanto el juez no se limita a explicar sólo las circunstancias relevantes y pertinentes del caso a decidir. En la ponderación definitoria, el juez no establece que las consideraciones alegadas están limitadas a las *actual circumstances*: la decisión ‘sopesada’ no es indeterminada respecto al caso genérico pero asume la forma de una norma general y abstracta, norma que aun constituyendo un criterio genérico, una *defeasible rule*; sin embargo, adquiere la condición de regla destinada a regular casos análogos en futuro⁷. Ese tipo de ponderación presenta unas dificultades en cuanto a la posibilidad, si ésta existe, de una regla que, salvo hipótesis de *distinguishing*, cristalice las ‘circunstancias relevantes’ de hecho y de derecho, a partir de adquisiciones teóricas, empíricas y normativas⁸. Pero sobre esto, se hablará después.

Como ya se ha mencionado, para evitar que el *balancing* se quede un *empty label*, un término vacío, una fórmula mágica cuyo pronunciamiento consista en aclarar los dilemas práctico-jurídicos a través de la atribución de un mayor o menor peso a un principio, se hace necesaria una reflexión. La ponderación es una técnica argumentativa y en cuanto tal es un método ‘razonable’ de resolución de conflictos normativos, ello no propone ni un procedimiento inflexible ni la metodología de una decisión racional. Es una técnica que es una *ex pluribus*. Desde ese punto de vista la ponderación es una *open question*, precisamente, porque implica diversas disposiciones normativas y definiciones analíticas. No es proficuo interrogarse sobre la ponderación si no se propone un modelo (o unos modelos) teóricos de referencia.

En nuestra sucinta reconstrucción, intentaré, abandonadas las aspiraciones normativo-sustanciales, distinguir tres modelos teóricos de referencia, guardando, por tanto, fidelidad a una exigencia explicativo-problemática. Mi contribución se funda en una intuición que requiere posteriores verificaciones y un estudio de campo: la opinión de que la técnica de la ponderación depende de una determinada opción teórica inicial. El *balancing* presupone elecciones teóricas en cuanto a los conceptos de racionalidad, de derecho/con-

6 Sobre la hipótesis de una ‘irracionalidad’ de la ponderación *ad hoc* que es ‘intuitiva’ y no ‘racionalmente justificada’ (en cuanto no satisface de manera suficiente las reglas de una argumentación racional), cfr. MANIACI, G (2005). “Razionalità e bilanciamento tra principi del diritto: un inventario, un’intuizione, una proposta”. *Ragion Pratica*, n.º 2, pp. 353-363.

7 Sobre la idea que el *defitional balancing* sea un modelo ideal y deseable en cuanto a la exigencia de certeza del derecho todavía inalcanzable desde un punto de vista pragmático, cfr. MANIACI, G (2005). *Op. cit.*, pp. 353-363. Maniaci elabora una tercera categoría de ponderación: la ponderación ‘racionalmente justificada’.

8 Sobre la reconstrucción de los varios tipos de *balancing* cfr. ITZCOVICH, G (2003). “Bilanciamento ad hoc e bilanciamento definitorio. Bilanciamento “ragionevolmente definitorio”? Ponderazione fra principi e teoria dell’argomentazione giuridica nella ricerca di Giorgio Maniaci”. *Diritto & questioni pubbliche*, n.º 3, pp. 109-122.

flicto, de valor. Esas tres teorías fluyen y refluyen en el ‘sistema’ de las razones prácticas para una exigencia epistemológica y práctica. Haré, algunas breves reflexiones.

2. *BALANCING vs RACIONALIDAD*

Ante todo, la noción de ponderación es sin duda deudora de la noción de discurso racional: la ponderación se realiza dentro de un razonamiento práctico que se mueve por medio de argumentaciones ‘razonablemente’ justificadas. No será entonces posible eludir una teoría de la racionalidad. Desde un punto de vista normativo, la elección del juez debe estar justificada: mientras más criticable es, más tendrá que ser defendida, más deberán ser defendibles las razones esgrimidas para mostrar su ‘peso’. El terreno de la justificación está fertilizado por razones lógicas y teóricas, variables constantes de la *justificatory procedure*. Vamos al grano.

¿Qué entendemos por racionalidad? ¿Con cuál modalidad la racionalidad se explica? ¿Cuáles y cómo las dinámicas de funcionamiento del actuar racional? La racionalidad, concepto clave del razonamiento práctico y de la argumentación, signo distintivo del ser humano, es una noción imprescindiblemente ligada a la “lógica”. *Ratio* es la facultad de la razón y *razonar* se refiere a los procesos del pensamiento o razonamiento; *razón* se dice con respecto al ‘lugar’ (*ground*) que favorece las conclusiones de un argumento. Sin embargo, la filosofía práctica y la teoría del derecho suelen utilizar el término *racionalidad* en un sentido más bien amplio como el de ‘corrección lógica’ o ‘interferencia válida’. En tal sentido, *racionalidad* designa los métodos de razonamiento y los modelos de acción que se tienen en consideración en los procedimientos argumentativos y justificativos; *no-racional* o *irracional*, en consecuencia, no delimita ni el campo de lo “lógicamente falso” o “lógicamente no correcto”, ni del “no correctamente inferido”. Podría, me parece, significar “no apto para realizar un *datum* objetivo”.

La racionalidad presupuesta por la teoría de la argumentación jurídica es un concepto elusivo que huye de cada esfuerzo de formalización. Sin embargo, entre las técnicas argumentativas, más allá de los modos de la racionalidad lógica, está dada la posibilidad de distinguir tres formas de racionalidad:

1a) una *racionalidad cognitiva*, que concierne a las creencias humanas y a las exigencias de conocimiento;

1b) una *racionalidad instrumental* (pragmática), que concierne al uso de los medios efectivos u óptimos para la realización de finalidades determinadas;

1c) una *racionalidad dialéctica* (axiológica o de valor), que concierne a los valores, en términos de apreciación, de las finalidades (*goals*) de las acciones humanas.

Estos tres ‘modos’ de racionalidad constituyen un todo único e indisoluble donde todas y estas tres las formas se encuentran inseparablemente co-presentes. La racionalidad es una unidad esencialmente ‘holística’. La aplicación de 1a) permite extender la claridad del procedimiento de la elección racional, más allá del ámbito de la racionalidad instrumental. Él que decide adopta procedimientos cognitivos compatibles sea con la exigencia de esmero informativo como con la exigencia de retener el esfuerzo cognitivo entre y no más allá de los límites de la sostenibilidad. La 1a) está conectada, en fase aplicativa, con los criterios de la *coherence* y de la *consistency* (un sistema de creencia se dice *coherent* si es lógicamente *consistent*; si tiene un alto grado de *consistency* problemática; si presenta un número significativo de conexiones inferenciales relativamente fuertes entre las creencias-componentes; si está relativamente unificado, o sea, no es subdivisible en subsistemas ‘desconecta-

dos'; si contiene pocas anomalías inexplicadas; si provee una concepción relativamente estable del mundo pero siendo *coherent*)⁹.

La aplicación de 1b) permite al que decide argumentar o deliberar racionalmente a partir de la individuación del medio juzgado más idóneo para la satisfacción de los propios intereses y/o deseos. La individuación del medio sigue a la participación del que decide un procedimiento argumentativo racional¹⁰. Esta forma de racionalidad nos conduce al debate sobre la naturaleza de las razones 'internas' o 'externas', a las diversas determinaciones de la *theory of choice* y de la *theory of moral language*: ¿Hay conexión conceptualmente necesaria entre los juicios morales y las motivaciones para actuar? ¿O la fuerza motivadora de los juicios deriva de los factores externos a ellos, cuáles son los deseos del agente?¹¹

La aplicación de 1c) representa otros tantos desafíos. La racionalidad dialéctica reenvía directamente a la temática de los valores, los que por su parte reenvían a la 'comunidad del discurso' de referencia, y de allí a la eficiencia de la argumentación y a su carga persuasiva (además de convincente) al interior de un hecho de *audience*. La 1c) no presenta sólo rasgos metodológicos con respecto al 'cómo' de las elecciones y de las valoraciones sino que se focaliza sobre los *resultados*, sobre los *impactos* de las acciones cumplidas. La aplicación de 1c) reenvía, no es un misterio, a las nociones de *eficacia* de la argumentación, *criterio* de las razones avanzadas, *aceptabilidad* de la tesis normativa, *generalizabilidad* de las consecuencias; *condivisibilidad* de los juicios de valor, *jumps* entre 'operaciones lógicas' y 'procedimientos de evaluación'.

Se trata de un conjunto de principios heterogéneos que pueden entrar en una competencia entre ellos. Una conducta, un argumentación, una decisión, pueden considerarse racionales también si no realizan totalmente tales principios; los criterios de 1c) son susceptibles de ponderación y equilibrio recíproco. Más bien: la racionalidad dialéctica puede estar definida como la ponderación y el equilibrio óptimo de los diversos criterios que la constituyen. En ese sentido la 1c) es concebible como una forma del criterio práctico. La aplicación de 1c) inclina la racionalidad a las exigencias de razonabilidad: aunque sea menos convincente, sin embargo, se dirige a un ámbito de aplicación más vasto respecto a la racionalidad lógica¹².

9 AARNIO, A; ALEX, R & PECZENICK, A (1981). *The Foundation of Legal Reasoning. Rechtstheorie*, Münster, n.º. 12, pp.133-158, 257-279, 423-448, tr. It. in: COMANDUCCI, P, GUASTINI, R (Ed.) (1989). *I fondamenti del ragionamento giuridico*. Torino, pp. 121-187.

10 MANIACI, G (2005). *Op. cit.*, p. 354.

11 El debate sobre las razones internas y externas, 'internalismo' y 'externalismo' creció en los últimos años hasta volverse en una nueva perspectiva desde la cual se podía clasificar un conjunto de problemas éticos a partir de una concepción instrumental de la racionalidad práctica. En esa sede me interesa sólo recordar que las contribuciones extremadamente ricos y sofisticados de muchos filósofos morales (entre los cuales: B. Williams, D. Parfit, T. Nagel, C.M. Korsgaard, J. McDowell, C. Bagnoli, M. Sbisà), comenzaron por el ensayo de William Frankena, en el que el autor teorizaba y sistematizaba las dos posiciones: los que sugerían la posibilidad para un agente de tener una obligación, o que la tienen comprender, también en ausencia de una motivación y los que, al contrario, sostenían la natura paradójica y la imposibilidad lógica de una tal formulación: FRANKENA, W (1958). *Obligation and Motivation in Recent Moral Philosophy*, in: MELDEN, A.J. (Ed.). *Essays in Moral Philosophy*. Washington, pp. 40-81. Sobre el punto, cfr. SERPE, A (2009). "Oltre l'Internalismo e l'Esternalismo delle Ragioni. Il Costruttivismo come risveglio dal sonno", in: *Liber Amcorum/Festschrift for Professor José de Sousa e Brito*. Coimbra, pp. 491-505.

12 Sobre el punto, cfr. BERTEA, S (2002). *Certeza del diritto e argomentazione giuridica*. Catanzaro, pp. 84-85.

3. BALANCING vs CONFLICTOS

La teoría de la racionalidad, en la forma de una teoría de la elección racional, ponderación y equilibrio, retorna a una analítica de los derechos humanos y del conflicto. Es una función de la teoría del derecho subjetivo desarrollar un análisis formal de la noción de derecho subjetivo. Las formulaciones abstractas con respecto a la ‘naturaleza’ de la ponderación y del conflicto entre derechos, principios e intereses constitucionalmente garantizados, se declinan de modos diversos según lo que se entienda por derecho subjetivo.

Un par de ejemplos darán luz sobre este punto. Según la *Interest Theory* la idea del derecho subjetivo implica un deber: Hohfeld observaba que entre las situaciones jurídicas elementales existen relaciones de correlación y oposición, por las cuales el término *legal right* viene a ser utilizado en la práctica de acuerdo a situaciones jurídicas elementales activas (*claim, privilege, power, immunity*) y en correlación con situaciones jurídicas pasivas (*duty, no-right, liability, disability*). Cada modo del *legal rights*, da vida a cuatro relaciones de oposición, por lo que cada modo es negación del otro¹³. Esa orientación teórica genera una específica noción de conflicto entre derechos fundamentales, derechos con situaciones jurídicas activas, y/o entre ellos y sus ‘correspondientes’ negativos. La *choice Theory*, por su parte, establece que los derechos son un poder atribuido al titular de “regular en base a la propia voluntad las relaciones con los demás”¹⁴. La *interest Theory* establece que – a diferencia de la *choice theory* más atenta a la protección de los derechos individuales – el conflicto entre derechos fundamentales que se genera en el seno jurídico no es una afirmación arriesgada, es una ponderación en defensa de los derechos sociales¹⁵. Se deduce, por consiguiente, que la temática de los fundamentos teóricos de los derechos subjetivos produce, entonces, diversos encuentros entre conflicto y ponderación.

Si intentáramos pensar en términos de micro-derechos y macro-derechos¹⁶, a partir de la teoría hohfeldiana de los derechos subjetivos, pudiéramos sostener que:

x) por micro-derechos se entienden las situaciones favorables simples (*claim, privilege, power, immunity*);

y) por macro-derechos se entienden las situaciones favorables complejas (*packages of rights*). Un ejemplo: la libertad de expresión (art. 21) presenta un núcleo (la libertad) al que se correlaciona una no-pretensión de los demás (una inmunidad);

z) por derechos-razón se entienden las situaciones favorables argumentativas (valores éticos positivizados en la Constitución). Un ejemplo: la libertad de expresión, no sólo es un núcleo correlacionado a una no-pretensión de los demás, sino también significa enaltecer una razón, un argumento, un valor, que puede usarse como *ground* en el ámbito de un razonamiento práctico de cara a la resolución de un conflicto.

13 Sobre el punto cfr. CELANO, B (2001). “I diritti nella giurisprudenza anglosassone contemporanea. Da Hart a Raz”. *Analisi e Diritto*, pp. 1-58; CELANO, B (2004). *Op. cit.*, p. 64.

14 HART, HL (1982). *Bentham on legal rights*, in: *Essays on Bentham*. Oxford, pp. 183,184.

15 MACCORMICK, N (1976). “Children’s Rights: A Taste Case for Theories of Rights”, in: *Archiv für Rechts – und Sozialphilosophie*, n°. 62, pp. 305-313.

16 Presto atención a la magnífica distinción de Mauro Barberis en cuanto a las tres “situaciones” favorables (simples, complejas y argumentativas) de los derechos subjetivos. Cfr. BARBERIS, M (2006). *Etica per giuristi*. Roma-Bari, pp. 3-10.

Veamos la teoría del conflicto. Los conflictos de x) con y) son vistos como conflictos entre normas (y no principios) que se presentan, por lo que resulta posible la aplicación de tres criterios tradicionales a la solución de las antinomias. El gran desafío está lanzado por z). ¿Cómo se resuelven los conflictos entre derechos-razón? Esto es importante. La técnica usada por los jueces constitucionales es, sin duda, la ponderación. Parece banal admitir la existencia real de los conflictos de valores.

Sin embargo, se registran diversas tendencias no sólo en cuanto a los criterios de resolución sino, en cuanto a la misma existencia del conflicto.

Estaré de parte de x) y de y); me concentraré brevemente sobre la hipótesis z): en mérito a z) me limito a señalar tres modelos teóricos del conflicto, a los que, como expondré luego, corresponderán dos modelos éticos de referencia:

z1) *teorías de la inexistencia de los conflictos*: el conflicto es admisible en términos teóricos; según la aplicación del derecho la posibilidad del conflicto está radicalmente reducida o hasta excluida, pues dada la existencia de una orden jerárquica entre los derechos fundamentales (el derecho primario es la libertad en las voces de la *freedom from* y *freedom of*), el derecho jerárquicamente ‘inferior’ siempre retrocede frente al que es ‘superior’¹⁷;

z2) *teoría de la existencia aparente de los conflictos*: esta teoría presenta, desde un punto de vista epistemológico, pretensiones muy ambiciosas. La Carta Constitucional se funda sobre la armonía, sobre la coherencia y sobre la integridad de principios y derechos-razón, la Constitución es una plantilla unitaria “en el nombre de los valores”¹⁸. Las ambiciones jerárquicas están abandonadas a favor de una *consistency* de contenido estructurada sobre la ‘paz’ entre valores, sobre una euritmia axiológica, sobre un *minimum* esencial de los *Grundrechte*. La jerarquía se explica como equívoco¹⁹. El conflicto es desconocido, es un fenómeno de superficie debido a una vaguedad lingüística que el juez, sabio y experto, consigue despejar con la intuición²⁰. ¿Cómo se individualiza – las preguntas nacen de impulso – un *minimum* del lado de una ponderación? ¿Los *hard cases* son sólo hipótesis conceptuales? ¿La regla de colisión tiene la estructura de un enunciado condicional a la par de una norma?

z3) *teoría de la existencia de los conflictos*: el conflicto es real. Los derechos, principios y valores constitucionales, en cuanto indeterminados, inconmensurables y heterogéneos *efectivamente* se confirman. Los conflictos pueden catalogarse en: *intra-rights conflicts* (entre intereses homogéneos); *inter-rights conflicts* (entre intereses no homogéneos); *competing-rights conflicts* (entre intereses individuales e intereses de otro tipo). La regla de colisión no puede considerarse universalmente indefectible, generalizable o ‘predictiva’ de casos análogos futuros.

17 Cfr. FERRAJOLI, L (2001). *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*. Roma-Bari, pp. 277-369.

18 LUCANI, M (1991). *Corte Costituzionale e unità dei valori*, in: ROMBOLI, R (Ed.). *La garanzia costituzionale a una svolta*. Torino, p. 176.

19 BIN, R (2000). “Diritti e fraintendimenti”. *Ragion Pratica*, n° 14, pp. 15-25.

20 Cfr. DWORKIN, R (2000). *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*. Harvard, pp. 4-5; GUASTINI, R (2004). *L'interpretazione dei documenti normativi*. Milano, p. 295.

4. BALANCING vs VALORES

Una teoría de los derechos fundamentales y de los conflictos normativos depende, por su parte, de la opción moral que se escoja. Si la ‘cosa’ es un derecho fundamental, y la ‘cosa’ es un conflicto normativo, ¿cuáles serán los correlatos y las implicaciones, si responden a partir de una determinada ‘elección ética’?. En otros términos: no puede darse una teoría de la racionalidad sin una teoría de los derechos fundamentales y de los conflictos normativos sin que se dé, ante todo, una teoría de los valores. ¿Se dan valores últimos? ¿Los valores últimos son conflictuales? ¿Hay armonía o disenso entre los valores últimos? ¿Cómo resolver los dilemas morales? ¿Con la técnica de la ponderación *ad hoc* (resolución caso por caso) o de la ponderación definitoria (resolución en general)?

Desde un punto de vista sistemático, es posible distinguir en dos grandes bloques las teorías de los valores: el monismo ético y el pluralismo ético. Las teorías del conflicto (z1,z2,z3) pueden adscribirse a una o a la otra. Desarrollaré en este orden mi análisis.

Ante todo, consideraré las expresiones “pluralismo ético” y “monismo ético” como teorías metaéticas, para interrogarme no sobre ‘cómo’ la gente tiene que evaluar (teoría ético-normativa), sino sobre la ‘cosa’ y los *valores éticos* significados.

2a) El monismo ético considera la existencia de una unicidad de los valores últimos. Ejemplos de monismo son el utilitarismo que reenvía el sistema ético al valor único y último de la utilidad; el aristotelismo que apela al valor de la felicidad; el tomismo que cita el valor del *summum bonum*. Monistas podrían considerarse aquellos autores que defienden posiciones objetivistas en filosofía moral: me refiero a una clase de filósofos que proponen una objetividad de los valores a partir de un concepto ‘fuerte’ de racionalidad humana y del concepto de individuo como ser racional responsable de sus acciones y conductas²¹. En cuanto a la hipótesis de una armonía entre valores, sin duda el monismo está orientado por la paz entre los valores (irenismo ético): aunque, por hipótesis, si se diesen más valores últimos, éstos no se establecerían. Pero si tuvieran que establecerse, los conflictos serían resueltos a través de técnicas que garantizarían una solución general y válida para el futuro. Si entendemos que el compromiso de salida – es bueno insistir – es la jerarquía axiológica establecida entre los valores.

2b) El pluralismo ético, por su parte, considera la pluralidad de los valores últimos dada la multiplicidad de los objetivos humanos, la inconmensurabilidad de los intereses y la perenne conflictividad entre los seres humanos²². La gran cantidad de valores genera incompatibilidad, también dilemas: los pluralistas sostienen la existencia de genuinos contrastes morales y atentan contra la coherencia del sistema moral. Los conflictos y sus soluciones dependen de casos concretos: entre valores no existen jerarquías establecidas, sólo escalas móviles de valores que permiten una solución *ad hoc* del conflicto.

21 La temática de la objetividad de los valores es extremadamente compleja y variada. Me limito – eso es el objetivo de mi aporte – a poner sobre la mesa cuestiones que atienden una ulterior investigación. En ese momento, consigo distinguir tres modos de entender la objetividad: como “conquista individual” (Murdoch; Brandt; Grice); como “hallazgo” (Nagel; Donagan; Gerwith); como “construcción” (Rawls; Korsgaard; Bagnoli).

22 Cfr. BERLIN, I (1958). *Two Concepts of Liberty*. Oxford; BERLIN, I (1989). *Due concetti di Libertà*. Milano.

En el monismo ético se pueden adscribir, no obstante, diferencias ‘internas’ no irrelevantes, tanto en la teoría de la inexistencia de los conflictos (z1) como en la teoría de la existencia aparente de los conflictos (z2). Al pluralismo ético se adscribe con pleno derecho la teoría de la existencia de los conflictos (z3). En clave interpretativa, los ‘monistas’, por consiguiente, los teóricos de la inexistencia de los conflictos y de la existencia aparente de los conflictos, adoptan un modelo de “hallazgo” del significado: el hallazgo, a través de una intuición, consigue dar coherencia al ‘orden perturbado’. El *weighing*, portador de instancias constructivísticas, al contrario, no se hace necesario. Para los ‘pluralistas’, la interpretación está dirigida a la construcción de un significado, es una actividad argumentativa mucho más compleja: una interpretación es sólo una entre los círculos de una cadena interpretativa. Una interpretación produce una solución *ad hoc*: las jerarquías móviles no ponen ni imponen elecciones radicales.

CONCLUSIONES

¿Qué tan ‘racional’ puede ser una interpretación? ¿Qué tan racional puede ser una elección no radical? ¿A cuáles parámetros lógico-racionales tiene que someterse una resolución caso por caso? Reaparece el espectro de la teoría de la racionalidad: el círculo parece hacerse más virtuoso que vicioso. El problema es otra vez, y siempre, la racionalidad. ¿Una escala jerárquica móvil, aunque ‘ponderada’, puede decirse racional, o cuanto menos razonable? ¿La utilidad tiene la última palabra, o la razón? ¿Monismo vs. pluralismo, irenismo vs. conflictualismo: se encuentran ellos en referencia con la ponderación, *exclusionary reasons*?

Desde estas breves reflexiones, surge la necesidad de una más ‘completa’ Teoría de la argumentación, y disponer de investigaciones más enmarcadas en la racionalidad, el conflicto y los valores. Reflexionar sobre las interconexiones entre estas plataformas teóricas es una operación saludable, por más de una razón. Las disposiciones constitucionales resultan ser idóneas para regular no sólo relaciones entre entes privados y Estado; sino también, entre entes privados en el ámbito de una controversia jurídica. El riesgo es evidente: la Constitución está consignada en las manos de jueces que podrían manipularla hasta el punto de pauperizarla, vaciarla, relativizarla. El *balancing* permite aún a los Tribunales tener en consideración intereses que no tienen un específico apoyo reconocido en la Constitución. La Jurisprudencia grita por “nuevos derechos” para señalar la ausencia de una específica disciplina constitucional: el derecho a la identidad sexual, el derecho fundamental a la vivienda, el derecho a la convivencia.

La ponderación, muy conscientemente, sobretudo en la versión *ad hoc balancing*, provoca una fuerte ansiedad. La ‘razonabilidad’ de la ponderación corre el riesgo de privar al Estado de su signo distintivo, la ‘soberanía’. El *balancing* seduce a la Constitución para luego asediarla. Se presenta como garante y ‘actor’, para después, seducido también por la política se arriesga al abandono. La Constitución representa la imagen de una medusa que flota indiferente, aunque el mar esté picado y el agua no se encuentre muy limpia.