

**Sistema Bibliotecario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
Catalogación**

PO

C410.113 Conflictos entre derechos : ensayos desde la filosofía práctica / coordinadores
C663c Miguel Ángel García Godínez, Diana Beatriz González Carvallo ; esta obra
 estuvo a cargo del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema
 Corte de Justicia de la Nación ; presentación Ministro Arturo Zaldívar Lelo de
 Larrea ; introducción Ruth Chang .-- Primera edición. -- Ciudad de México,
 México : Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2019.
 1 recurso en línea (xxvii, 378 páginas). -- (Metodologías)

ISBN 978-607-552-138-1

1. Colisión de derechos – Análisis 2. Aplicación de derechos fundamentales
– Ponderación – Decisiones judiciales 3. Razón – Derecho 4. Principio de
proporcionalidad – Normas – Valores – Ciudadanos – Jueces 5. Democracia
– Condiciones sociales 6. Estado de Necesidad – Conflictos jurídicos I. García
Godínez, Miguel Ángel, coordinador II. González Carvallo, Diana Beatriz,
coordinador III. Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, 1959- , escritor de prólogo
IV. Chang, Ruth, autor de introducción V. México. Suprema Corte de Justicia de
la Nación. Centro de Estudios Constitucionales VI. serie
LC KGF356.S85

Primera edición: enero de 2020

D.R. © Suprema Corte de Justicia de la Nación
Avenida José María Pino Suárez núm. 2
Colonia Centro, Alcaldía Cuauhtémoc
C.P. 06060, Ciudad de México, México.

Prohibida su reproducción total o parcial por cualquier medio, sin autorización escrita de los titulares de los derechos.

El contenido de esta obra es responsabilidad exclusiva de los autores y no representa en forma alguna la opinión institucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Esta obra estuvo a cargo del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La edición y el diseño de esta obra estuvieron a cargo de la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Metodologías

CONFLICTOS ENTRE DERECHOS

Ensayos desde la filosofía práctica



Miguel Ángel García Godínez
Diana Beatriz González Carvallo
Coordinadores



Suprema Corte
de Justicia de la Nación



Centro de Estudios
Constitucionales
SCJN

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea
Presidente

Primera Sala

Ministro Juan Luis González Alcántara Carrancá
Presidente

Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena
Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo
Ministra Norma Lucía Piña Hernández
Ministra Ana Margarita Ríos-Farjat

Segunda Sala

Ministro Javier Laynez Potisek
Presidente

Ministro Luis María Aguilar Morales
Ministra Yasmín Esquivel Mossa
Ministro José Fernando Franco González Salas
Ministro Alberto Pérez Dayán

Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Ana María Ibarra Olguín
Directora General

Contenido

Presentación	VII
Arturo Zaldívar Lelo de Larrea	
Prólogo	XIII
Miguel Ángel García Godínez	
Diana Beatriz González Carvallo	
‘Introducción’	1
Ruth Chang	
Derechos y conflictos entre derechos: un análisis metafísico	63
Miguel Ángel García Godínez	
<i>Trimming</i>	101
Cass R. Sunstein	
Los derechos, las constituciones y el peligro del <i>panglossianismo</i>	169
Frederick Schauer	

Los límites del intercambio de razones: razón práctica, comparabilidad y derechos.....	213
Diana Beatriz González Carvallo	
Proporcionalidad, normas y valores para ciudadanos y jueces	251
Marina Velasco	
La importancia del criterio de necesidad en la resolución de los conflictos entre derechos constitucionales	279
David Martínez Zorrilla	
Democracia en condiciones menos favorables	311
J.J. Moreso	
El conflicto de derechos en el estado de necesidad.....	347
Ilse Carolina Torres Ortega	

Presentación

La reflexión profunda sobre los derechos implica no solo pensarlos en términos abstractos sino también explorar su dimensión práctica. El ejercicio de los derechos no siempre se produce de forma armónica y es frecuente que los derechos entren en conflicto entre sí. En este contexto, uno de los mayores desafíos para los jueces consiste en resolver esta tensión por medio de la definición de los alcances de los derechos en juego. Esta no es para nada una elección sencilla, tanto en términos de su construcción como por sus eventuales efectos. Las decisiones judiciales en estos casos suelen tener consecuencias significativas no solo en los individuos sino en comunidades enteras.

Decidir en cualquier sentido ante derechos en conflicto, implica la afectación irremediable de alguno de los derechos en juego. Desde luego, la elección de la afectación de un derecho para garantizar la protección de otro es una determinación que debe estar debidamente justificada. Precisamente sobre esta necesidad de justificación y sobre las distintas rutas posibles para alcanzarla es pertinente abrir el diálogo. El objetivo del

presente volumen es presentar propuestas teóricas para determinar el alcance de los derechos en conflicto y resolver este tipo de colisiones.

A partir de este objetivo, el Centro de Estudios Constitucionales ofrece en esta obra un panorama de las discusiones filosóficas y jurídicas en torno a los debates sobre los conflictos entre derechos. Estas discusiones tienen no solo un propósito teórico, sino también práctico. El primero, en tanto los textos aquí reunidos ofrecen a los filósofos prácticos una variedad de herramientas conceptuales y metodológicas que les permitirán acercarse a uno de los problemas jurídicos contemporáneos que más preocupan a los actores judiciales. El segundo, porque la variedad de análisis y propuestas presentadas por los autores tienen el propósito de servir a los jueces constitucionales en la configuración del escenario específico de decisión en el que se encuentran.

Los textos que componen este libro defienden posturas diversas sobre cuáles son las características, alcances y posibilidades de resolución racional de los conflictos entre derechos, entendidos como conflictos normativos. Parten también de nociones plurales sobre qué son los derechos en términos conceptuales y de fundamentación. Esa variedad de posiciones armoniza con una de las intenciones del volumen: no dar una sola respuesta categórica y definitiva al problema de los conflictos entre derechos, sino mostrar cómo el problema mismo de los conflictos entre derechos, particularmente el de los derechos constitucionales, pone distintas posiciones teóricas en contraposición.

Las personas dedicadas al litigio y el público en general podrán encontrar este libro no solo estimulante, sino útil para la defensa de los derechos. La dinámica de las decisiones judiciales, su capacidad de responder de manera adecuada a los desafíos y problemáticas sociales, y la aspiración de que estén debidamente justificadas dependen también de la apropiación de las herramientas jurídicas por parte de la comunidad. Esto supone presentar a la judicatura argumentos novedosos y persuasivos sobre conflictos resueltos de manera insatisfactoria o que no han

llegado a ser adjudicados por la Suprema Corte. En ese sentido, esta obra busca contribuir a la pedagogía constitucional de los derechos fundamentales tanto de jueces y magistrados, como de la sociedad civil a partir de una reflexión jurídico-filosófica sobre una de las aristas más visibles de la complejidad social: el conflicto entre derechos. Los artículos incluidos en este volumen pretenden inspirarnos para hacernos cargo en términos personales e institucionales de esos choques cuando nos percatamos de que hay una situación de elección compleja.

Invito a las personas interesadas en el tema de los conflictos entre derechos a leer, analizar, comentar y criticar los artículos que integran este volumen. Ni la filosofía ni el derecho tienen la capacidad de producir en todos los casos respuestas unívocas y finales a dilemas prácticos. Pero entender los conflictos es el punto de partida para enfrentarlos de la mejor manera posible y de responder a los desafíos que plantean.

Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea
*Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
y del Consejo de la Judicatura Federal*

Prólogo

Una constante en la vida de las personas es tener que decidir entre alternativas respaldadas por razones. Muchas veces, esas opciones no sólo son razonables sino que además implican la realización de algo que deseamos, pero que no podemos obtener al mismo tiempo. Es decir, lo queremos todo, pero tenemos que escoger no sólo qué preferimos, sino además qué estamos dispuestos a perder para obtenerlo. Este problema de elección individual y colectiva ha sido estudiado por muchas disciplinas, entre ellas la filosofía y el derecho. A la filosofía le importan los fundamentos de la acción, particularmente, si están respaldadas o no por buenas razones. El derecho, por su parte, tiene que resolver ese tipo de incompatibilidades de manera institucional. Tenemos, entonces, por un lado, a la reflexión filosófico-práctica que justifica la elección racional y su alcance y, por el otro, a la práctica jurídica que adjudica situaciones concretas de conflicto entre opciones incompatibles.

Este desarrollo paralelo de la reflexión sobre los conflictos —como el afán de que confluyan— es el incentivo inicial para la publicación de

este libro. En esta obra, el Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación presenta un crisol de posturas en relación con: qué son los conflictos entre derechos, cómo se configuran, en qué sentido ese choque entre opciones respaldadas por razones institucionales y prácticas puede ser resuelto racionalmente, y qué relación hay entre la respuesta racional al conflicto y la legitimidad de las decisiones jurídicas.

Que los derechos, y especialmente los derechos constitucionales, pueden entrar en conflicto es una tesis ampliamente aceptada dentro de la discusión jurídico-filosófica de los derechos.¹ Autores como John Rawls, en su *Teoría de la justicia*,² Ronald Dworkin, en su *Teoría de los derechos en serio*,³ y Robert Alexy, en su *Teoría de los derechos fundamentales*,⁴ aprueban claramente la posición conflictivista de los derechos. Para ellos, los derechos tienen carácter normativo general y pueden entrar en conflicto, dicho de manera muy simple: cuando la realización de uno requiere (o necesita) la afectación de otro.

De manera paradójica, a pesar de la gran importancia que tiene el debate acerca de los conflictos entre derechos en el contexto normativo con-

¹ La posición contraria, es decir, la tesis que niega el carácter conflictivo de los derechos, es mucho más controversial. Autores no conflictivistas, como Robert Nozick en *Anarquía, estado y utopía* (2012), y Hillel Steiner, en su *Ensayo sobre los derechos* (Steiner, 1994), sugieren que los derechos, o bien por su propia naturaleza, o bien por su falta de especificidad, crean la impresión de encontrarse en situaciones de conflicto. Esto que para ellos es meramente superficial, bajo un análisis más profundo, resulta o bien conceptual o prácticamente insostenible. En el primer caso, porque los derechos no son sino constreñimientos de la conducta (esto es, obligaciones de no actuar) que, de enfrentarse, solamente originarían conflictos entre obligaciones negativas —lo cual no representa conflicto alguno—. En el segundo caso, porque al especificar las condiciones de aplicación de los derechos a un caso particular, la decisión de sacrificar un derecho para favorecer otro es injustificada —en el sentido de que ningún derecho suficientemente especificado puede ser desplazado—. Al respecto, véase Nozick, *Anarchy, State and Utopia*, Basic Books, 1974 (hay traducción al español: *Anarquía, estado y utopía*, Fondo de Cultura Económica, 1988) y Steiner, *An Essay on Rights*, Blackwell Publisher, 1994.

² John Rawls, *A Theory of Justice*, Harvard University Press, 1971 (hay traducción al español: *Teoría de la justicia*, Fondo de Cultura Económica, 1979).

³ Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1977 (hay traducción al español: *Los derechos en serio*, Planeta DeAgostini, 1993).

⁴ Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, 1985 (hay traducción al español: *Teoría de los derechos constitucionales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007).

temporáneo (es decir, en relación no sólo con el ordenamiento jurídico institucional sino también con nuestras prácticas sociales normativas, como la moral, la religión, etc.), la literatura en lengua castellana específica de este tema no es particularmente abundante.⁵ Esta ha sido otra de las principales motivaciones para reunir los textos que aquí se presentan.

Este libro es producto del esfuerzo del Centro por promover la discusión acerca de qué son los conflictos entre derechos, cómo analizarlos y hasta qué punto es posible resolverlos. Una gran ventaja de esta obra es que no reúne autores cuyos puntos de vista se encuentran en perfecta armonía entre sí. Por el contrario, todos los autores en ella, por un lado, estudian diferentes aspectos y fenómenos normativos relacionados con los derechos y su carácter conflictivo, y, por el otro, lo hacen desde diferentes posturas jurídico-filosóficas. Esta diversidad es un reflejo de lo que, en conjunto, intenta transmitir esta compilación de artículos, a saber, que la discusión filosófica de los derechos y, en particular, de los conflictos entre derechos, debe ocurrir en un contexto de pluralidad, cuya finalidad es alcanzar acuerdos, generar puntos de vista compartidos o, por lo menos, determinar cuáles son los cruces de camino y las características de nuestras divergencias.

En el primer capítulo de este volumen se constata una preocupación creciente entre los filósofos del derecho, de la política y de la moral por los estándares a partir de los cuales es posible comparar alternativas en una situación de elección y su relación con la posibilidad de elección racional justificada. Este problema, conocido como "incomensurabilidad valorativa", es el objeto del artículo de Ruth Chang, quien hace un

⁵ Entre las pocas obras en castellano que hay sobre conflictos entre derechos, podemos encontrar algunos textos que han adelantado la discusión de forma sustantiva. Por ejemplo, Pau Luque, *De La Constitución A La Moral. Conflictos Entre Valores En El Estado Constitucional* (2014), Marina Velasco, "Conflictos entre derechos y ponderación. Por qué los jueces no deberían abandonar la perspectiva deontológica" (2016), Juan José Moreso, "Conflictos entre Derechos Constitucionales y Maneras de Resolverlos" (2010) y David Martínez Zorrilla, "El principio de proporcionalidad como criterio de resolución de conflictos constitucionales" (Zorrilla Martínez, 2014).

recorrido analítico y crítico por las diferentes objeciones a la posibilidad de que haya elección racional justificada entre objetos inconmensurables.

En su artículo, Chang presenta algunos ejemplos para ilustrar su tesis de la inconmensurabilidad, como aquél en el que alguien tiene que escoger entre conservar un amigo o recibir una suma de dinero. Alguien que defienda la tesis de la inconmensurabilidad diría que estas cosas no pueden ser medidas con una misma escala. La amistad tiene valor intrínseco, a diferencia del dinero, y quien esté dispuesto a hacer la comparación, simplemente no entiende lo que significa ser amigo.

Esos ejemplos le sirven a la autora para argumentar en contra de las objeciones medulares a la conmensurabilidad valorativa. En primer lugar, introduce una distinción fundamental para la discusión: la que se da entre la inconmensurabilidad y las situaciones de incomparabilidad. La primera sería un dato más bien ordinario de la decisión humana: los valores son plurales y, por eso, no hay una sola escala de medición. La elección supone de manera constante optar entre extremos que no necesitan tener una sola unidad de medida para ser ponderados. El desafío auténtico a la elección racional justificada no es la inconmensurabilidad, sino la incomparabilidad. Si en una situación de elección no puede decirse que una de las alternativas es peor, mejor, igual o que está a la par de la otra, la razón práctica deja de guiar la acción. En ese caso, ninguno de los valores instanciados en cada una de las alternativas es más importante y los extremos de elección son simétricos. Esto es, bajo ningún criterio —ni el de los deberes, la prudencia, los derechos, la moral, etcétera— uno es mejor que el otro.

Debido, precisamente, al desafío que supone la incomparabilidad para las decisiones racionales justificadas y, en específico, para la adjudicación de conflictos entre derechos, el artículo de Chang inaugura este volumen.

En el segundo capítulo, "Derechos y conflictos entre derechos: un análisis metafísico", Miguel García Godínez presenta una discusión acerca de

qué son los derechos (esto es, qué tipo de entidades son los derechos) y cuál es su naturaleza (es decir, cuáles son sus condiciones de existencia, identidad y persistencia). Desde una postura más bien metafísica, García Godínez, primero, caracteriza los derechos como artefactos sociales (a saber, el tipo de entidades artefactuales que son necesariamente creados por reconocimiento colectivo) y, segundo, analiza su naturaleza artefactual.

Con base en un realismo simple, el autor argumenta que los derechos, comprendidos ya como entidades artefactuales, existen y juegan un papel normativo dentro de nuestras sociedades. La existencia de cualquier derecho (p. ej., el derecho a la libertad de expresión) puede ser demostrada de manera simple usando el correspondiente concepto (asociado este a una cierta descripción-tipo) y determinando su referencia (esto es, demostrando que, dentro de un cierto contexto social, hay algo que satisface, o es una instancia de la descripción-tipo correspondiente). Como este tipo de determinación requiere investigación empírica acerca de acciones y actitudes sociales, García Godínez concluye que responder a qué son los derechos y cuál es su naturaleza es una cuestión no sólo conceptual sino también ontológica (específicamente, de ontología social). El papel normativo de los derechos, por otra parte, tiene que ver con la función que ellos han de cumplir; a saber, identificar dentro de un determinado marco normativo a quienes sostienen ciertas posiciones normativas (p. ej. pretensiones).

En el tercer capítulo se presenta una primera estrategia para enfrentar el problema de los conflictos entre derechos. Como los conflictos entre derechos tienden a polarizar, es decir, a generar posiciones extremas, adoptar una posición intermedia o conciliadora parece ser el primer paso hacia su solución. En su artículo "Trimming", Cass Sunstein sugiere precisamente la implementación de una estrategia conciliadora en aquellos casos en los que aparentemente hay posiciones conflictivas irreconciliables. Conciliar en este tipo de situaciones nos podría ayudar a lograr puntos comunes de acuerdo. El *trimming* como lo explica Sunstein —o la

contemporización (como se tradujo el término al español en el cuerpo del texto)—, es un mecanismo para conciliar (o mediar) en situaciones de conflicto. Un contemporizador, entonces, es aquél que media entre posturas discrepantes.

Los contemporizadores pueden ser de dos tipos: o bien conciliadores o bien conservadores. Los primeros tienden a mediar buscando que, entre las partes en conflicto, no haya quien termine sufriendo una afectación seria (o humillante). Los segundos, en cambio, tienden a mediar intentando conservar en la mayor medida posible las pretensiones de cada una de las partes. Para discutir estos tipos de contemporización y, a su vez, distinguirlos de otros medios de resolución de conflictos (en especial, del fundamentalismo, de la primacía democrática y del minimalismo), Sunstein analiza diferentes casos prácticos. A partir de este análisis, Sunstein defiende, por un lado, que la contemporización (en el sentido conciliador) es una estrategia viable en muchas situaciones de conflicto entre derechos constitucionales. Su viabilidad obedece a tres condiciones generales. Primero que es congruente con la falta de información que tienen los jueces cuando toman decisiones; segundo, que guarda especial respeto a los precedentes; y tercero, que reduce considerablemente la sensación de exclusión (o humillación) social. Por otro lado, sin embargo, Sunstein también reconoce que la contemporización no es el único medio de resolución de conflictos ni tampoco es el más confiable para identificar claramente las posturas que aparentemente se encuentran en conflicto. La posibilidad de una opción intermedia, como bien lo dice Sunstein, es siempre relativa respecto de las posiciones identificadas como antagónicas.

La retórica de los derechos, al menos durante las últimas décadas, es hegemónica en las relaciones interpersonales, según lo afirma Frederick Schauer en el cuarto capítulo del libro, "Los derechos, las constituciones y los peligros del *panglosianismo*". Además de dominar su ámbito de aplicación más obvio —el derecho—, el uso de este discurso se extiende a ámbitos como la política, la moral, la costumbre, etc. Dado el valor

simbólico que tiene el expresar algo como una pretensión de derecho, a veces se tiene la impresión de que reclamar en esos términos es el punto final de una discusión ganada por quien termina con un derecho adjudicado y protegido. Además, parece que los efectos normativos de estas posiciones normativas son reconocidos psicológicamente por los individuos como puntos argumentativos terminales.

Schauer defiende una posición escéptica en relación con las armonías preestablecidas y en favor del reconocimiento de las fuentes diversas, a veces contradictorias, de esos derechos. Entiende que los valores amparados por derechos no siempre son congruentes, sino que en ocasiones se derivan de diversos intereses, metas, bienes intrínsecos, constricciones, etc. Tal vez por eso, aunque el fenómeno del conflicto normativo en el ámbito jurídico es evidente, al revisar qué se quiere decir con conflicto y qué se entiende como un derecho, es posible distinguir posturas muy diferentes. Una de las posiciones dominantes sostiene que, aunque algunas situaciones jurídicas tienen en principio la estructura de conflicto práctico-jurídico, este choque es sólo aparente y, en realidad, se trata de un caso de solución fácil.

En contra de lo que se denomina *panglosianismo* —la idea de que hay coexistencia pacífica entre intereses protegidos por derechos—, Schauer propone complejizar el análisis y considerar que, los derechos son tanto bienes con costo como constricciones a la búsqueda irrestricta de bienes igualmente importantes. De esa manera, podrían combatirse dos vicios relacionados: la disolución anticipada y por definición de conflictos auténticos (*panglosianismo*), y la tendencia psicológica a ver como no problemáticas las situaciones que sí lo son, pero que no están a tono con nuestras creencias (disonancia cognitiva).

En el quinto capítulo, "Los límites del intercambio de razones: razón práctica, comparabilidad y derechos", Diana González Carvallo explora la llamada objeción de la inconmensurabilidad. A partir de las características y alcances de ese reproche, estudia sus vínculos con asuntos como la

incomparabilidad entre instancias de valor y las condiciones de la decisión justificada, tanto en la razón práctica como en el razonamiento que incluye derechos.

El problema central que estudia este artículo es la posible incomparabilidad entre objetos de valor en contextos en los que no hay una única métrica que permita ordenarlos. González Carvallo sostiene que de ser acertada esta crítica afectaría de manera análoga a la razón práctica general y a la específica que involucra derechos. Para responder a la objeción, la autora expone las debilidades de ese contraargumento y defiende el modelo de justificación racional que considera más apto para dar cuenta del carácter comparativo del razonamiento práctico y de la fundamentación pluralista de, entre otros, principios, valores y derechos.

En el sexto capítulo de este volumen, Marina Velasco argumenta que los conflictos entre derechos implican el choque entre dos, o más, prescripciones deontológicas dentro del marco de un sistema jurídico estatal cuyas normas tienen pretensión de coherencia. En su artículo, "Proporcionalidad, normas y valores para ciudadanos y jueces", Velasco enfatiza la importancia de distinguir las características y los efectos de la incompatibilidad entre valores, bienes e intereses, por un lado, y, por el otro, cuando esto ocurre entre derechos jurídicos. En el primer caso, quienes deciden, lo hacen desde la perspectiva de la primera persona o desde su estatus de ciudadanos y con base en principios entendidos como mandatos de optimización. La estructura de esas situaciones supone que el método de ponderación entre valores es el más adecuado para responder a esos desafíos.

No sucede lo mismo con los derechos institucionalizados. Velasco sostiene, con base en la tesis de Habermas sobre la diferencia entre los usos ético, pragmático y moral de la razón práctica, que cuando se razona con base en normas, las características específicas de validez, universalidad, obligatoriedad y coherencia del sistema fuerzan un tipo de razonamiento diferente. Al estudiar las formas de resolver conflictos entre derechos

fundamentales en un contexto estatal, son estas características perentorias las que deben ilustrar el razonamiento jurídico. Por eso es incorrecto acudir a una metodología de la ponderación para responder a este tipo de situaciones, en tanto que es una herramienta que no sirve para operar con enunciados con fuerza normativa institucional.

Velasco sostiene, entonces, que una forma más apropiada de abordar estos choques es a través de la metodología de la especificación o del ajuste, propuesta por Thomas Scanlon. Cuando hay colisión entre derechos se enfrentan dos enunciados de tipo deontológico: obligación y prohibición. La manera adecuada de responder a estos problemas es ajustar la comprensión de los derechos y conservar así la coherencia del sistema. Esa especificación define poderes y constricciones, esto es, expone las razones que justifican que los agentes públicos limiten prerrogativas institucionales. Esa fundamentación basada en razones para la limitación de derechos es lo que le falta, precisamente, a un acercamiento al conflicto entre derechos a partir de una metodología de la ponderación. En suma, el problema con la ponderación no es que esta sea una forma incorrecta para resolver choques, sino que es la inadecuada para resolver conflictos entre derechos.

En el siguiente capítulo, "La importancia del criterio de necesidad en la resolución de los conflictos entre derechos constitucionales", David Martínez Zorrilla discute la relevancia del principio de proporcionalidad dentro del paradigma de la ponderación (o balanceo) de valores y principios. Este paradigma ha encontrado su nicho y ha sido ampliamente difundido y estudiado dentro del contexto teórico que algunos autores hoy denominan "neoconstitucionalismo". Esa propuesta corresponde, desde el punto de vista de Martínez Zorrilla, al método que tanto jueces como legisladores deben emplear para asegurar que, dadas ciertas circunstancias específicas, una decisión que tiene como consecuencia la afectación de algún valor o principio esté racionalmente justificada.

Este principio de proporcionalidad, como aparece definido en la obra de Robert Alexy (y que Martínez Zorrilla brevemente reconstruye en su

texto), comprende tres subprincipios: el de idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto. De los tres, sostiene el autor, el de necesidad es el que menos atención ha recibido por parte de los teóricos de los derechos (especialmente, los teóricos de los derechos constitucionales). Su contribución a esta obra representa, en este sentido, un contrapeso a esa falta de atención.

Para Martínez Zorrilla, el subprincipio de necesidad, que demanda de los jueces o legisladores comprobar que no existan otras medidas que, por un lado, sean igualmente idóneas para alcanzar un cierto fin, y, por el otro, tengan menor impacto en los valores o principios a ser afectados, tiene importantes consecuencias para la resolución de conflictos entre derechos constitucionales. Esto es así, en tanto que obliga a los jueces constitucionales, primero, a examinar otras posibles alternativas (no necesariamente consideradas con anterioridad); segundo, a determinar el nivel o grado de idoneidad de la medida a ser implementada y que afectará a cierto derecho constitucional; y tercero, a verificar que, de las alternativas que poseen al menos el mismo nivel de idoneidad, se decida a favor de la que tenga menor impacto en la infracción del derecho constitucional. La importancia de estos tres elementos del subprincipio de necesidad es discutida por Martínez Zorrilla a la luz de varios casos decididos por el Tribunal Constitucional español.

Las decisiones de los tribunales, por supuesto, no sólo tienen repercusiones jurídicas sino también políticas. José Juan Moreso, en el octavo capítulo de este volumen, "Democracia en condiciones menos favorables", toma como base el ideal de una democracia bien ordenada (a la Rawls) y elabora sobre las condiciones para garantizar la satisfacción de ciertos derechos constitucionales (en particular, los derechos sociales). Estos derechos, que son vistos generalmente como un logro del constitucionalismo contemporáneo (especialmente, porque representan un compromiso entre lo que Roberto Gargarella identifica como "el autogobierno colectivo" y "la autonomía individual"), tienden a producir un cierto tipo de paradoja en Estados constitucionales (p. ej., México, Chile

y Colombia), donde las circunstancias (principalmente económicas) son desfavorables.

Es paradójico, dice Moreso, que la constitucionalización de ciertos derechos sociales (que son el resultado, al menos hasta cierto punto, de procesos democráticos) terminen empoderando a los jueces (quienes son, de las autoridades institucionales de mayor jerarquía dentro del Estado constitucional, los que más alejados se encuentran de procesos democráticos), en virtud de que son ellos ahora a quienes corresponde tomar decisiones respecto de cómo y hasta qué medida garantizar los derechos reconocidos constitucionalmente. Con la intención de proponer una alternativa a esta paradoja, Moreso estudia algunas de las condiciones bajo las cuales los Estados que se encuentran en circunstancias desfavorables podrían debilitar el poder que tienen los jueces constitucionales. Una de estas condiciones, que según Moreso podría facilitar un diseño de las instituciones tal que el ideal de igualdad se vuelva materialmente accesible, es el de poner a disposición del Estado una administración eficiente, profesional, robusta y autónoma.

En el noveno capítulo, Ilse Carolina Torres estudia un problema específico de la dogmática penal con las herramientas de la teoría del derecho: el estado de necesidad como exclusión de responsabilidad penal. La autora parte del estado de la reflexión contemporánea sobre los derechos fundamentales, su estructura conceptual, justificación y los esfuerzos encaminados a hacerlos efectivos, tanto en términos sustantivos como institucionales. Esa reflexión sobre los derechos pone en evidencia sus relaciones de interdependencia, pero también los conflictos prácticos que se configuran entre estas posiciones básicas en términos tanto de titularidad como de alcance.

A través de un método de equilibrio reflexivo, Torres adelanta una discusión conceptual y de fundamentación de una institución penal que es fuente permanente de pretensiones incompatibles entre presuntos titulares de derecho, pero que ha sido poco estudiada más allá de las fronte-

ras que ofrece la dogmática. El objetivo del texto es, pues, llevar las herramientas teóricas para el estudio de los derechos y las relaciones jurídicas al estudio de un asunto práctico institucional, a saber, el conflicto que se configura cuando una persona daña los derechos de otra debido a que esa conducta antijurídica parece ser la única opción para proteger bienes más importantes. Para estudiar las relaciones de derechos que se configuran entre esos sujetos, la autora usa el esquema de relaciones jurídicas propuesta por W. N. Hohfeld y, de esa manera, aclara cuáles son exactamente los vínculos que hay entre los individuos relacionados en estas situaciones de conflicto.

Torres enfatiza también que una figura como la del estado de necesidad requiere una reflexión que desborda la lógica de la regla estricta. Dado que hay bienes jurídicos valiosos en pugna, y que es necesario vulnerar alguno de ellos, los recursos de un análisis de proporcionalidad resultan más adecuados. El sistema de distribución de culpas y castigos que es el ordenamiento penal desarrolla un mecanismo que le permite hacer juicios más finos sobre las circunstancias del delito, pero que lo compromete también con la resolución de conflictos entre derechos complejos, cuya decisión puede no estar dictada en línea recta por el mismo sistema. Cuando se trata de la valoración del estado de necesidad en el derecho penal, no hay jerarquías *a priori* de bienes a tutelar. La decisión depende, en buena medida, de cómo interactúan los valores protegidos y los vulnerados en el caso concreto. En estas condiciones, las herramientas gnoseológicas de las teorías sobre conflictos entre derechos están llamadas a ocupar un lugar central.

Los nueve capítulos que integran este volumen ofrecen, pues, un crisol de posiciones que van desde la posibilidad misma de predicar racionalidad de las decisiones que se toman en contextos jurídicos, hasta el tipo de conflictos derivados de una figura penal específica; desde las cuestiones de metodología de la decisión sobre derechos fundamentales, hasta la importancia de la política en la resolución de conflictos entre derechos; y desde el vínculo entre lo que los derechos son, en términos

metafísicos, hasta la resolución empírica de sus incompatibilidades. Quienes hemos participado en la organización y edición de este volumen, esperamos que éste sea el punto de partida de un proyecto colectivo mayor, que ponga en el centro del debate los problemas jurídico-filosóficos acerca de los conflictos entre derechos.

La anatomía de los conflictos entre derechos, en términos de choques normativos, puede detonar la reflexión de otros problemas teóricos y empíricos. Las respuestas a esos desafíos no son fáciles, y tampoco es fácil alcanzar consenso sobre ellas. Visto en perspectiva, esto puede ser no un obstáculo que paralice la discusión sino una invitación a empezar conversaciones honestas y tan complejas como sea necesario sobre los valores constitucionales, y sobre cómo se traducen a situaciones concretas y a la circunstancia específica de los ciudadanos. Si la incertidumbre es el precio que hay que pagar por dejar atrás las malas soluciones y la disonancia cognitiva que las genera, tal vez, preguntarnos por la forma en la que se configuran los conflictos sea un buen comienzo.

Miguel Ángel García Godínez
y Diana Beatriz González Carvallo

‘Introducción’*

Ruth Chang**

* Texto publicado originalmente como "Introduction", en Ruth Chang (ed.), *Incommensurability, Incomparability and Practical Reason*, Harvard University Press, Nueva York, 1997, pp. 1-261. Traducido al español por Mariana Hernández Cruz y publicado con autorización de Ruth Chang.

** Estoy agradecida con muchas personas por discutir conmigo los temas de esta Introducción. Entre ellas, Rogers Albritton, Richard Craswell, Barbara Herman, Frances Kamm, David Kaplan, Herbert Morris, Martha Nussbaum, Seana Shiffrin y Cass Sunstein. Quedo en especial deuda con Kit Fine y Derek Parfit, cuyas penetrantes críticas y útiles sugerencias hicieron mejor la "Introducción" con respecto a cualquier valor de cobertura relevante. Muchos de los argumentos que sostengo aquí se discutirán a mayor detalle en un trabajo posterior.

SUMARIO: I. La idea básica II. Importancia III. Argumentos incomparabilistas; 1. Argumentos de la diversidad de valores; 2. Argumentos de la "Bidireccionalidad"; 3. Argumentos del cálculo; 4. Argumentos de constitución o normas; 5. Argumentos de la Irresolución racional de conflicto; 6. Argumentos de clasificaciones múltiples; 7. Argumentos de pequeñas mejoras; IV. No comparabilidad y valores de cobertura.

El interés de los filósofos morales, políticos y del derecho por lo que se llama "inconmensurabilidad de los valores" es cada vez mayor. Sin embargo, comúnmente este interés no se enfoca en los valores en sí, sino en los portadores del valor que son alternativas en una elección. ¿Cómo podemos elegir entre valores inconmensurables? Si dos alternativas son inconmensurables, ¿se comprende que no puede haber una elección justificada entre ellas? Lo que significa que los portadores de valor sean inconmensurables, si lo son, y la importancia de la inconmensurabilidad para la razón práctica son los temas principales de este volumen.

La investigación filosófica de la "inconmensurabilidad" todavía se encuentra en sus primeras etapas. Quizá sea un síntoma de este hecho que haya desacuerdo incluso sobre qué significa "inconmensurabilidad". Podemos decir de antemano que una idea es irrelevante para nuestros propósitos: se trata de la idea, que se engendró en los escritos de Thomas Kuhn, de que es imposible la valoración entre diferentes esquemas conceptuales, estilos de vida o culturas. A los inconmensurabilistas de los portadores de valor les interesa la posibilidad de una valoración, esto es,

dentro de un esquema conceptual, estilo de vida o cultura. Además de esta idea kuhniiana, hay otras dos ideas principales que se agrupan en la categoría de "inconmensurabilidad". Una es que los artículos inconmensurables no pueden medirse con precisión con una sola "escala" de unidades de valor. Esta idea tiene raíces históricas. Primero, los pitagóricos fueron los primeros en determinar inconmensurable el diámetro y el lado de un pentágono regular: las longitudes proporcionales no podían expresarse en términos de números enteros, por consiguiente, se pensaba que no había una sola escala según la cual pudieran medirse sus longitudes.¹ Otros escritores se apartaron de la idea pitagórica y se centraron en la *incomparabilidad*, la idea de que los objetos no pueden compararse. Joseph Raz, por ejemplo, utilizó "inconmensurabilidad" como sinónimo de "incomparabilidad".²

A veces se piensa que la primera idea conlleva la segunda: que si no hay una unidad de valor común en términos según los cuales puedan medirse dos objetos, son incomparables.³ Sin embargo, en la teoría económica

¹ Este no es un ejemplo de inconmensurabilidad para la modernidad; a diferencia de los griegos, que no habían reconocido los números irracionales como tales, nosotros podemos representar las proporciones en términos de los números reales. Hay desacuerdos entre académicos con respecto a cuándo y con qué objeto matemático se descubrió primero la inconmensurabilidad. Sin embargo, no queda duda de que el descubrimiento fue de profunda importancia para los pitagóricos, como lo expresó un comentarista: "[el descubrimiento] destruyó de un trazo la creencia de que todo podía expresarse en números enteros, sobre la cual se había basado hasta entonces la filosofía pitagórica". Kurt von Fritz, "The Discovery of Incommensurability by Hippasus of Metapontum", en David Furley y R. E. Allen (eds.), *Studies in Presocratic Philosophy*, vol. 1, Routledge & Kegan Paul, Londres, 1970, p. 407. La leyenda dice que los dioses ahogaron en el mar a Hipaso de Metaponto, que muchos piensan que descubrió la existencia de los inconmensurables, por haber hecho público este descubrimiento. Véase también Thomas Heath, *A History of Greek Mathematics*, vol. 1, Clarendon Press, Oxford, 1921, pp. 65, 154-157.

² Joseph Raz, *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, Oxford, 1986, cap. 13. Cfr. "Incommensurability and Agency" (en este volumen), en especial el núm. 1 y el texto anexo.

³ Véase, por ejemplo, H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1961, p. 167: "Cuando se ha hecho una elección entre alternativas en discrepancia podría defenderse como adecuada sobre el fundamento de que fue por el 'bien público' o el 'bien común'. No está claro qué significan estas frases, ya que parece que no hay una escala con respecto a la cual puedan medirse las contribuciones de varias alternativas para el bien común e identificarse la mejor". Para un buen resumen de la línea de razonamiento que lleva a esta conclusión (que él no respalda), véase Bernard Williams, "Conflicts of Values", en *Moral Luck*, Cambridge University Press, Cambridge, 1981, pp. 76-77.

y teoría de la medida es un lugar común que la falta de una sola escala de unidades de valor no implica la incomparabilidad. La comparación no requiere ninguna escala de unidades de valor única según la cual se puedan medir los objetos con precisión; una alternativa puede ser moralmente mejor que otra sin ser mejor por 2.34 unidades. Los objetos comparables pueden catalogarse de manera ordinal —pueden catalogarse en una lista— y no necesitan catalogarse de manera cardinal —catalogarse con precisión con alguna unidad de valor—. Tomando en cuenta que estas dos ideas son distintas, reservemos de ahora en adelante el término "inconmensurable" para objetos que no pueden medirse mediante alguna escala de unidades de valor común y el término "incomparable" para objetos que no pueden compararse.⁴ Por lo tanto, en la terminología que proponemos, los temas de este volumen son inconmensurabilidad e incomparabilidad.

Las recientes discusiones sobre inconmensurabilidad han girado en torno a su aparente importancia en la valoración de bienes,⁵ el consecuencialismo y el utilitarismo,⁶ la deliberación práctica,⁷ la acrasia⁸ e incluso

⁴ Digo medirse "con precisión" porque hay quienes piensan que la cardinalidad puede ser imprecisa. Véase Griffin y Laird, como se cita en la nota 10. La commensurabilidad supone que la cardinalidad es precisa. La intención es que mi caracterización de la cardinalidad y la ordinalidad sea intuitiva. Para una explicación técnica de las nociones en términos accesibles, véase John Broome, *Weighing Goods*, Blackwell, Oxford, 1991, pp. 70-75.

⁵ Cass Sunstein, "Incommensurability and Valuation in Law", *Michigan Law Review*, núm. 79, 1994, pp. 779-861. Véase también Elizabeth Anderson, *Value in Ethics and Economics*, Harvard University Press, Cambridge, 1993; y Anderson y Richard H. Pildes, "Slinging Arrows at Democracy: Social Choice Theory, Value Pluralism, and Democratic Politics", *Columbia Law Review*, vol. 90, 1990, pp. 2121-2214. Anderson y Pildes se interesan por la incomparabilidad, no por la inconmensurabilidad, pero por razones que se aclararán en mi discusión de Anderson en la parte III, esta diferencia podría no ser significativa.

⁶ John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1980, cap. 5, secc. 6.

⁷ *Ibid.*; David Wiggins, "Deliberation and Practical Reason", *Proceedings of the Aristotelian Society*, núm. 76, 1975-1976, pp. 29-51, reimpreso en Amelie Rorty (ed.), *Essays on Aristotle's Ethics*, University of California Press, Berkeley, 1980, pp. 221-240, y en *Needs, Values, Truth*, Oxford, Blackwell, 1987, pp. 215-238; y Martha Nussbaum, *The Fragility of Goodness*, Cambridge, Cambridge University Press, 1986, pp. 106-121.

⁸ David Wiggins, "Weakness of Will, Commensurability, and the Objects of Deliberation and Desire", *Proceedings of the Aristotelian Society*, núm. 79, 1978-1979, pp. 251-277, reimpreso en Rorty (ed.), *Essays on Aristotle's Ethics*, pp. 241-266, y en David Wiggins, *Needs, Values, Truth*, 3a. ed., Oxford University Press, Oxford, 1998, pp. 239-267. Véase también Martha Nussbaum, *The*

el tema de discusión mismo de la ética.⁹ En este volumen, Cass Sunstein propone que ninguna escala monetaria puede medir con precisión ciertos valores, como las playas prístinas, las relaciones amorosas y los derechos civiles, de manera que los enfoques económicos de la valoración como los análisis de costo-beneficio son inadecuados para este tipo de bienes. John Finnis sostiene que las condiciones de conmensurabilidad de los bienes no tienen en cuenta el ámbito moral y, por consiguiente, los enfoques del utilitarismo y la teoría de utilidad esperada, que presuponen la conmensurabilidad entre opciones morales, no tienen éxito. Finnis, David Wiggins y Michael Stocker sostienen que si no existe una unidad de valor común en términos según los cuales los objetos puedan medirse con precisión, entonces debe rechazarse la maximización, la cual requiere que un agente busque la mayor cantidad de valor. Cada uno piensa que la inconmensurabilidad señala el camino hacia explicaciones no maximizadoras (diferentes) de racionalidad práctica. Incluso, Stocker piensa que el reconocimiento de la inconmensurabilidad conlleva una concepción "concreta" de valor según la cual, es incorrecta la ética tradicional abstracta que rige las acciones.

Por muy interesantes que sean estos argumentos, en esta Introducción voy a dejar de lado la primera idea —la inconmensurabilidad— para concentrarme en la segunda: la incomparabilidad. Lo haré así por dos razones. A pesar del reciente interés en la incomparabilidad, casi no existen investigaciones filosóficas al respecto. Sin embargo, lo fundamental es que, a fin de cuentas, me parece que la incomparabilidad es la idea más importante. Por ejemplo, no queda claro que la inconmensurabilidad tenga la importancia que le atribuyen los inconmensurabilistas. Las varias visiones que constantemente están bajo escrutinio —la valoración costo-beneficio, el consecuencialismo, el utilitarismo, la maximización y demás— parecen haber puesto a su disposición caminos

Fragility of Goodness, The Press Syndicate of university of Cambridge, 2001, pp. 113-117. Cfr., Michael Stocker, *Plural and Conflicting Values*, Oxford University Press, Oxford, 1990, cap. 7.

⁹ Véase, por ejemplo, Stocker, *Plural and Conflicting Values*, *op. cit.*

para sortear los problemas que plantea la inconmensurabilidad, pues no parece ser esencial para ninguna de estas posturas que una sola unidad de valor aporte la medición precisa de los objetos. Sin embargo, la comparabilidad es esencial. ¿Cómo podrían valorarse estas cosas en términos de compensaciones entre costos y beneficios cuando los costos y los beneficios son incomparables? ¿Cómo pueden maximizarse las utilidades, las buenas consecuencias o los valores si sus instancias no pueden compararse? ¿Cómo puede guiar las decisiones la razón práctica si todas las alternativas son incomparables? En realidad, la presunta importancia de la inconmensurabilidad es menos controversial si se piensa, en cambio, en incomparabilidad.

Aunque los asuntos que considero en esta Introducción son en parte un reflejo del contenido de este volumen, mi intención no es proporcionar un estudio sistemático de los artículos que vienen a continuación. La Introducción tiene dos objetivos: proporcionar un telón de fondo conceptual general sobre el tema de la incomparabilidad y sugerir un enfoque para debates futuros. Por tanto, debe comprenderse primordialmente como un intento por despejar el terreno más que como la discusión de una postura individual. Sin embargo, con unas cuantas distinciones importantes a la mano y con la disolución de confusiones comunes, surgen dos conclusiones a gran escala. Primero, casi con toda seguridad, no existe una discusión sencilla de la incomparabilidad. Muchos de los argumentos existentes tienen errores *fatales*, y los que no los tienen nos obligan a adoptar una postura general y controvertida como el verificacionismo, o se entienden más plausiblemente como argumentos que sostienen una visión más amplia de comparabilidad de la que nos permite el conocimiento común que como argumentos de incomparabilidad. Segundo, que se deduce de lo primero, cualquier discusión sobre incomparabilidad, para que tenga éxito, tiene que enfrentar la cuestión de cómo debe comprenderse la comparabilidad. Como sugeriré, hay más que lo evidente en la comparabilidad. La forma como *podemos* comparar las cosas es un asunto que debemos establecer antes de abordar la cuestión de si la comparación falla en alguna ocasión.

La Introducción tiene cuatro partes. La primera aporta una definición de incomparabilidad que resalta un rasgo estructural de la comparación que es fundamental, pero que a menudo se pasa por alto. El descuido de este rasgo, sugiero, es el error detrás de algunas afirmaciones sobre la incomparabilidad. La segunda parte examina la importancia de la incomparabilidad para la razón práctica. Hay buenas razones para pensar que la justificación de una elección, cualesquiera que sean las razones de una persona, depende de la comparabilidad de las alternativas. La tercera explora los siete tipos principales de argumentos incomparabilistas. Sosiego que ninguno es convincente: cuatro no son viables y los tres restantes, hasta donde se han desarrollado, tienen otras dificultades. En la parte final, se presenta el fenómeno de "no comparabilidad" y, de manera más general, de fracasos formales de comparación. Si, como sugiero, la distinción entre fracasos de comparación formales y sustantivos sigue el alcance de la razón práctica, entonces, la razón práctica nunca presenta a los agentes decisiones entre objetos cuya comparación fracase formalmente. Entonces se elimina un tipo de predicamento práctico común que a menudo es del gusto de los incomparabilistas.

Si mis argumentos de esta Introducción son correctos, las discusiones comunes que defienden la incomparabilidad y los supuestos ejemplos de incomparabilidad se basan en errores. Entonces, se pone en duda la visión de que hay portadores de valor incomparables. Mi propia visión, que no defiende aquí, es que no hay incomparabilidad de portadores. Espero que con la conclusión de esta Introducción el lector pueda entender por qué la negación de la incomparabilidad es más plausible de lo que podría parecer en un principio.

I. La idea básica

Comenzamos con una somera definición de incomparabilidad: dos objetos son incomparables cuando no se establece una relación de valor positiva entre ellos. Para nuestros fines, para comprender qué se requiere para que una relación sea positiva, puede darse una explicación intuitiva:

al decir que se establece una relación positiva entre dos objetos, una dice algo afirmativo sobre cuál es su relación. De manera que, por ejemplo, la afirmación de que x es "mejor que" y —o "menos generoso que" y , o "tan cruel como" y — dice algo afirmativo sobre la manera como x y y se relacionan, mientras que la declaración de que x "no es mejor que" y —o bien, "aunque es generoso, no es mucho más generoso que" y o "no es mi más cruel ni más generoso que" y —, no lo dice. Llamemos a las primeras afirmaciones que relacionan a los objetos mediante relaciones de valor positivas "comparaciones positivas" o sólo "comparaciones", y a las últimas "comparaciones negativas". Si los objetos son incomparables, no puede decirse nada afirmativo sobre la relación de valor que se establece entre ellos. Las comparaciones negativas podrían ser verdaderas, así como las comparaciones positivas de ellos con otros objetos, pero no puede haber comparación positiva entre ellos.

Se asume, de manera casi universal, que el espacio lógico de las relaciones de valor positivas entre cualesquiera dos objetos se agota en la tricotomía de relaciones *mejor que*, *peor que* e *igualmente bueno*. Llamemos a esta conjetura la *Tesis de la tricotomía*. De acuerdo con esta tesis, si un objeto no es mejor ni peor que otro y , sin embargo, ambos objetos no son igualmente buenos, no puede decirse nada afirmativo sobre la relación que se establece entre ellos: son incomparables. Algunos filósofos pensaron que la incomparabilidad había de definirse en estos términos. Sin embargo, la Tesis de la tricotomía es una tesis sustancial que requiere defensa y debemos ser cuidadosos de no erigirla dentro de la noción intuitiva de incomparabilidad. Gran parte de la teoría de la elección racional puede verse sólo como este equívoco de tomar como definitoria una noción que, de hecho, es sustancial.

Varios autores de este volumen definen la noción de incomparabilidad como el fracaso del establecimiento de la tricotomía, y otros consideran implícitamente verdadera la Tesis de la tricotomía, ya sea definitoria o no. Donald Regan, por ejemplo, ofrece una defensa tenaz de la visión de que no hay incomparabilidad con el argumento de que siempre

se establece una de las relaciones estándar de la tricotomía entre dos objetos. Desde mi punto de vista, la Tesis de la tricotomía es falsa; hay una cuarta relación de valor positiva —"a la par"— que, junto con las tres tradicionales, agotan el espacio lógico de comparabilidad. La paridad, me parece, es central en el argumento contra la incomparabilidad. Derek Parfit, James Griffin y Thomas Hurka han sugerido ideas similares de "igualdad imprecisa" e "igualdad aproximada".¹⁰ En este volumen, James Griffin discute brevemente su idea de "igualdad aproximada", y Regan se muestra en desacuerdo con ella. Volveremos al asunto de si hay una cuarta relación en la parte final de esta Introducción. Dejemos aquí simplemente una nota de que nuestra discusión debe comprender que quede abierta la posibilidad a que exista esa relación.

Sabemos que la incomparabilidad implica algún fracaso de comparabilidad, pero ¿qué tipo de fracaso? Una cierta relación de valor positiva puede no establecerse entre objetos de manera determinada (puede ser falsa para ellos) o indeterminada (puede no ser ni verdadera ni falsa para ellos). Usualmente, se supone que el fracaso de comparabilidad es determinado. En este volumen, John Broome propone un argumento sorprendente a favor de la conclusión opuesta: la incomparabilidad puede ser el resultado de la vaguedad de predicados comparativos.¹¹ Debido a que el desacuerdo es sustantivo, nuestra definición debe ser neutral entre los dos tipos de fracaso: dos objetos son incomparables si no es verdad —es decir, es falso o no es ni verdadero ni falso— que se establezca entre ellos cada relación de valor positiva particular.

Hay una sutileza crucial más que tenemos que agregar a la definición. Toda comparación debe desarrollarse en términos de un valor. Un "valor"

¹⁰ Derek Parfit, *Reasons and Persons*, Oxford University Press, Oxford, 1986, p. 431, y *Practical Realism*, de próxima publicación; James Griffin, *Well-Being. Its Meaning and Measurement*, Oxford University Press, Oxford, 1986, pp. 81, 96-98, 104; y Thomas Hurka, *Perfectionism*, Oxford University Press, Oxford, 1993, p. 87. Véase también John Laird, *An Enquiry into Moral Notions*, George Allen & Unwin, Londres, 1935, cap. 16.

¹¹ La indeterminación podría surgir de la "vaguedad" de los valores mismos. Véase James Griffin, *Well-Being, op. cit.*, p. 81.

es cualquier consideración con respecto a la cual puede hacerse una comparación evaluativa significativa. Llámese a esa consideración el *valor de cobertura* (*covering value*) de la comparación. Los valores de cobertura pueden orientarse hacia lo bueno, como la generosidad y la bondad; hacia lo malo, como la deshonra y la crueldad; lo general, como la prudencia y la corrección moral; lo específico, como el mal gusto y la complacencia con mi abuela; lo intrínseco, como el placer y la felicidad; lo instrumental, como la eficiencia; lo consecuencialista, como el placer de un resultado; lo deontológico, como cumplir con las obligaciones propias; lo moral, como el valor; lo prudencial, como la precaución; lo estético, como la belleza, y demás.¹² La mayor parte de los valores de cobertura tienen múltiples valores contributivos, es decir, valores que contribuyen al contenido del valor de cobertura. Los valores contributivos del talento filosófico incluyen la originalidad, la claridad de pensamiento, la reflexión, etcétera. La actuación de un objeto con respecto a un valor es su *mérito*.

Las relaciones de valor son genéricas o específicas. Las relaciones genéricas como "mejor que", "tan valioso como" y "peor que", presuponen un valor de cobertura. Tienen estrictamente tres posiciones: x es mejor que y con respecto a V , donde V engloba los valores. Cuando V es específica, la relación genérica se relativiza. Las relaciones de valor específicas, como "más generoso que", "tan cruel como" y "más sórdido que", tienen incorporados sus valores de cobertura. Es posible suponer (como se insinúa en la Tesis de la tricotomía) que cada relación de valor específica tiene un equivalente genérico relativo: "más generoso que", por ejemplo, es equivalente a "mejor que con respecto a la generosidad". Por consi-

¹² Esta noción de valor es más amplia que lo usual; "cumplimiento de la obligación", por ejemplo, no es un valor en el sentido estrecho, y la "crueldad" a veces se considera un *disvalor*, pero en tanto que podemos comparar cosas evaluativamente con respecto al cumplimiento de las obligaciones o la crueldad, estos son valores en mi definición. Utilizo esta amplia idea de valor porque los argumentos que hago sobre la comparabilidad son aplicables a todas las comparaciones evaluativas, y no sólo a aquellas con respecto a los "valores", como se comprende el término usualmente, y más estrechamente.

guiente, podemos prescindir de hablar de las relaciones de valor específicas en favor de sus contrapartes genéricas relativas. "Comparación" y "relación de valor" deben referirse a sus variedades genéricas y positivas.

El que todas las comparaciones necesariamente se desarrollen en términos de un valor se hace evidente una vez que tratamos de comprender una afirmación comparativa que incumple con el requerimiento. Una afirmación sencilla como que la filosofía es mejor que la matatena, por ejemplo, no puede comprenderse del todo sin hacer referencia al sentido de los términos según los cuales se hace esta afirmación. La filosofía podría ser mejor en términos de ganar alguna especie de comprensión o merecimiento intrínseco, pero peor en términos de proporcionar relajamiento o de desarrollar la coordinación mano-ojo. Aunque el sentido de los términos en los que se hace una comparación no siempre es explícito, siempre tiene que estar implícito algún valor para que pueda comprenderse cualquier comparación.

Negar que las comparaciones deban ser relativas a un valor es asegurar que hay una idea razonable de principio comparable. Sin embargo, tal idea no existe. Pensemos en la relación no evaluativa de "mayor que". Esta varilla puede ser mayor que aquella con respecto a la longitud o la masa o la conductividad, pero no puede ser mayor, punto. Así como no tiene sentido decir que una cosa es simplemente mayor que otra, no tiene sentido decir que una cosa es simplemente mejor que otra; las cosas sólo pueden ser mejores en una relación. Esto no niega que un cierto valor pueda ser privilegiado de alguna manera. Podría pensarse, por ejemplo, que lo que para una cosa es ser simplemente mejor se refiere a maximizar la felicidad para el mayor número. Sin embargo, la simple declaración de que algo es mejor que otra cosa tiene que comprenderse como relativa a algún valor, privilegiado o no.¹³ Lo mismo ocurre con

¹³ Aunque el requerimiento del valor de cobertura implica que no existe algo simplemente *virtuoso* —en oposición a simplemente mejor— es una cuestión que dejo sin explorar. Para una discusión interesante sobre este punto, véase Judith Jarvis Thomson, "Evaluatives and Directives", en Gilbert

todas las relaciones de valor. Por conveniencia, a menudo omitiré la mención explícita de un valor de cobertura, pero siempre debe comprenderse su existencia.

Del mismo modo como una comparación tiene que ser relativa a un valor de cobertura, también tiene que serlo su fracaso. Por lo tanto, nuestra definición de incomparabilidad es esta: *dos objetos son incomparables con respecto a un valor de cobertura si no es verdad que se establece entre ellos una relación de valor positiva en relación con ese valor de cobertura*. Quienes creen que la Tesis de la tricotomía es verdadera dirán que dos objetos son incomparables con respecto a un valor de cobertura sólo en caso de que no sea cierto que el primero sea mejor que el segundo, peor que el segundo o que sean igualmente buenos con respecto a ese valor de cobertura.

El fracaso en la apreciación de la relativización de incomparabilidad con un valor de cobertura es responsable de ciertas declaraciones equivocadas sobre la incomparabilidad. Esto incluye objetos tan diferentes como "manzanas y naranjas" o "gis y queso". ¿Cómo puede compararse el código de honor samurái con la ética laboral protestante? ¿Un acto de patriotismo con un acto de amor filial? ¿Una novela con una película de guerra? Una vez que estas preguntas se ponen en relación con un valor de cobertura, la comparación ya no es elusiva: el queso es mejor que el gis con respecto a su virtud como regalo de bienvenida a una casa, y las naranjas son mejores que las manzanas con respecto a la prevención del escorbuto.

Sin embargo, es posible que quienes citan estos ejemplos no quieran afirmar que no pueda hacerse *ninguna* comparación. Es posible que su

Harman y Judith Jarvis Thomson, *Moral Relativism and Moral Objectivity*, Blackwell, Oxford, 1996, pp. 128-129. Thomson piensa que el hecho de que las cosas sólo puedan ser buenas en cierto sentido, en oposición a simplemente buenas, "tiene como resultado" el hecho de que todas las cosas sólo pueden ser mejores en cierto sentido. Las cinco maneras que menciona como una cosa puede ser mejor que algo más (siendo útil, hábil, disfrutable, benéfico o moralmente bueno) podrían aportar clasificaciones útiles para agrupar los valores de cobertura.

afirmación sea solamente que los méritos *intrínsecos* de estos objetos no pueden compararse. Por ejemplo, el código de honor samurái puede compararse con la ética laboral protestante con respecto a algún valor instrumental como "eficacia para reducir el déficit de comercio", pero no hay un valor de cobertura en términos según los cuales puedan compararse sus méritos intrínsecos. A esto es a lo que se refiere Elizabeth Anderson cuando dice que los esfuerzos por comparar el genio de un científico y el honor de un caballero tienen que fracasar.¹⁴ Sin embargo, la declaración de que no existe un valor de cobertura en estos casos es ambigua entre dos afirmaciones: (1) que no hay un valor de cobertura con respecto al cual puedan compararse los méritos intrínsecos de los objetos y (2) que sí existe tal valor de cobertura, pero los méritos intrínsecos son incomparables con respecto a éste. La primera no es una afirmación de incomparabilidad, sino más bien la declaración de que no existe un cierto tipo de valor de cobertura. No es una afirmación de incomparabilidad porque la incomparabilidad tiene que desarrollarse en relación con un valor de cobertura, y si no hay un valor de cobertura con respecto al cual puedan compararse sus méritos intrínsecos, entonces no puede haber comparabilidad o incomparabilidad con respecto a éste. (Tendremos más que decir acerca de esta posibilidad en la parte final.) La segunda, sin embargo, es una declaración de incomparabilidad. "La virtud como código moral" podría ser un valor de cobertura que enfrente el valor intrínseco del código de honor contra el de la ética laboral. Y quizá el código de honor y la ética laboral no puedan compararse con respecto a su virtud como código moral. Pero esto no es obvio. De hecho, más adelante veremos que dar fundamento a esta declaración no es una tarea sencilla.

¹⁴ Estoy agradecida con Anderson por haber aclarado este punto. Véase "Practical Reason and Incommensurable Goods", en Ruth Chang (ed.), *Incommensurability, Incomparability and Practical Reason*, *op. cit.*, cap. 14. Como editora de este volumen, exploté sin vergüenza la oportunidad de tener la última palabra en el asunto, por lo menos, entre estas tapas. Su argumento se discute a mayor detalle en la parte final.

II. Importancia

Tenemos que preguntarnos por qué es importante todo esto. ¿Por qué debería importarnos que se establezca una relación de valor positiva entre dos objetos con respecto a un valor de cobertura determinado? Aunque yo creo que la incomparabilidad tiene implicaciones interesantes en ciertas cuestiones metafísicas sobre el valor, quiero enfocarme aquí en sus implicaciones para la razón práctica y, en particular, en la posibilidad de una elección justificada.

Toda situación de elección se rige por algún valor. Llamémoslo *valor de elección*. El valor de elección es, someramente, "lo que importa" en la situación de elección. Al elegir entre dos filósofos, por ejemplo, el valor de elección podría ser el talento filosófico si la situación implica elegir a alguien para un puesto de filosofía o la elegancia en el vestir si implica elegir a alguien para el título del "filósofo más arreglado". El valor de elección ayuda a determinar lo que justifica una elección en una situación. "Porque uno usa poliéster y el otro no" podría justificar una elección en un caso, pero no en el otro. Esto ocurre aunque la justificación sea objetiva o subjetiva.¹⁵

Todas las situaciones de elección son comparativas o no comparativas. En las situaciones de elección comparativas, se necesita una comparación de las alternativas con respecto a un valor de cobertura apropiado para justificar la elección. No es el caso de las situaciones de elección no comparativas. Que haya situaciones de elección comparativas es intuiti-

¹⁵ Unas cuantas notas explicativas. Primera, mi interés es qué justifica la elección, no la manera como se llegue a la justificación, aunque ambas cosas estén relacionadas de manera obvia. Segunda, la justificación de una elección es *conclusiva*, es decir, no puede rechazarse o sopesarse. Tercera, es *específica*, es decir, relevante a las particularidades de una situación de elección determinada y no se dirige a lo verdadero en todas las situaciones (aunque, como veremos, surgirán argumentos generales sobre la justificación a partir de la consideración de casos particulares). Finalmente, mi discusión no debe tomarse para restringir la atención a acciones, objetos, eventos o situaciones. Cualquier cosa que pueda elegirse —ciertos sentimientos, actitudes, intenciones, por ejemplo— pueden ser "alternativas" de elección.

vamente obvio. Los casos más claros son aquellos en los que las alternativas "compiten" unas contra otras con respecto a un valor de cobertura. Suponga, por ejemplo, que como juez de una competencia de piano, usted tiene que dar el primer lugar a Anastice o a Beatrice. El valor de elección que rige la situación es, digamos, "el talento musical". Desde luego que cualquier justificación para elegir a una sobre la otra debe depender de cómo se comparan las dos pianistas con respecto al talento musical. Si las candidatas no pueden compararse con respecto al talento musical, entonces no podrá justificarse cualquier elección entre ellas en esa situación de elección. Supongamos que da el premio a Anastice. Beatrice, que está convencida de que pertenece a Carnegie Hall, exige una justificación para lo que ella considera una decisión indignante. Si usted trata de justificar su decisión con base en que Anastice tocó su pieza favorita de Chopin o que tenía una apariencia muy atractiva o que tiene mejor reputación, Beatrice tendrá todo el derecho de enfurecerse, pues estas consideraciones no se fundamentan en la situación que se describió. Lo importante en esta situación de elección, nos recuerda Beatrice, es el talento musical. Así que usted señala que el fraseo de Anastice es simplemente maravilloso. Sin embargo, eso tampoco basta; aunque "la maravilla del fraseo" es un valor contributivo del talento musical, ¿y si el fraseo de Beatrice fue todavía más maravilloso? Así usted señala que el fraseo de Anastice fue más maravilloso que el de Beatrice. Sin embargo, eso tampoco conseguirá justificar la decisión si Beatrice es mejor con respecto al talento musical, ya que aunque es posible que Anastice sea mejor con respecto a algunos valores contributivos, si en general Beatrice es mejor, no puede haber justificación para la decisión.

Supongamos que Anastice y Beatrice son incomparables con respecto al talento musical. Uno, como juez, de cualquier manera tiene que tomar una decisión. No debemos engañarnos pensando que el hecho de que se tome una decisión —aunque se justifique— implica que durante todo el tiempo Anastice y Beatrice eran comparables con respecto al talento musical. Puede tomarse una decisión —incluso una decisión justificada—, pero sólo si la elección se concibe como una situación en la que lo

importante no es (sólo) el talento musical, sino también, digamos, la precisión del fraseo o el esfuerzo o complacer al organizador del evento (el tío de Anastice). Este cambio de valores de elección es una estrategia de deliberación común. A menudo, cambiamos de una situación de elección a otra cuando carecemos de los factores que necesitamos para hacer una comparación relevante. Por ejemplo, uno puede tener que elegir entre ver una película de suspenso de Hitchcock y asistir a un concierto de Bach para entretenerse un fin de semana. Lo que importa es lo placentero, pero como no se sabe qué tanto van a gustar las Invenciones de Bach tocadas en copas de vino, se puede cambiar el valor de elección a la novedad para tomar más fácilmente la decisión. La situación de elección cambió y la decisión tendrá o no justificación en relación con la nueva situación de elección.

Llamemos *comparativismo* a la perspectiva de que todas las situaciones de elección son comparativas. Incluso cuando una situación de elección cambie porque hay un cambio en el valor de elección, la nueva situación de elección requerirá la comparabilidad de las alternativas con respecto al nuevo valor de elección. De acuerdo con el comparativismo, para que haya una decisión justificada, no hay manera de evitar la comparabilidad de las alternativas con respecto al valor de elección. Por consiguiente, si el comparativismo es correcto, la importancia de la incomparabilidad entre alternativas es realmente muy grande, pues si las alternativas son incomparables, la justificación de las elecciones no es posible y el papel de la razón práctica en la toma de decisiones es limitado.

La grave amenaza a la razón práctica que plantea la incomparabilidad, si el comparativismo es correcto, es lo que motiva la búsqueda de alternativas para el comparativismo. Quizá una incomparabilidad extendida y el éxito universal de la razón práctica puedan coexistir. No tenemos espacio para dar un panorama completo de las alternativas posibles, pero vale la pena mencionar las que aparecen en este volumen.

Algunos autores sostienen que aunque al parecer las comparaciones son necesarias en algunas situaciones para justificar las elecciones, cuando

las comparaciones fallan hay consideraciones no comparativas que pueden justificar una decisión. De este modo, por ejemplo, Elizabeth Anderson piensa que las normas de la racionalidad pueden aportar fundamentos para la elección entre objetos incomparables.¹⁶ James Griffin mantiene que la prudencia así como el consenso legal o moral pueden ayudar a conformar y extender las normas morales que proporcionan los estándares según los cuales pueden justificarse elecciones entre alternativas moralmente incomparables.¹⁷ Charles Taylor opina que la "articulación" de los bienes y un sentido preciso de la "forma" de nuestras vidas, y de los diferentes bienes que engloba, proporcionan algunos de los muchos recursos disponibles para justificar una elección entre objetos incomparables. Cada uno de estos autores parece reconocer que la incomparabilidad plantea una amenaza a la justificación de las decisiones, aunque, a fin de cuentas, no es una amenaza que sus consideraciones no puedan manejar.

Otros sostienen que no pueden requerirse las comparaciones de ciertas alternativas porque la comparación violenta su naturaleza o las normas de racionalidad que rigen las elecciones entre ellas. Steven Lukes señala que la elección del celibato de un monje no se justifica mediante la comparación de las alternativas sino que es un "sacrificio" que se le exige. Elizabeth Anderson piensa que algunos bienes tienen un "estatus" más alto que otros y que cualquier comparación de bienes de diferente estatus es un error. Como el dinero y la amistad son bienes de diferente estatus, la elección entre ellos no puede depender de una comparación de sus méritos. Cass Sunstein sostiene una visión similar sobre la inconmensurabilidad; algo que se valora adecuadamente de una manera no puede conmensurarse con algo que se valora adecuadamente de otra manera.

¹⁶ Para una visión bastante diferente de las normas de la racionalidad que podrían justificar una elección entre incomparables, véanse las cinco "estrategias de tratamiento de dilemas" de Adam Morton en el capítulo 2 de *Disasters and Dilemmas*, Blackwell, Oxford, 1991.

¹⁷ Véase también James Griffin, *Value Judgment: Improving Ethical Beliefs*, Clarendon Press, Oxford, 1996.

Otros más sugieren que las comparaciones de alternativas nunca, o en escasas ocasiones, requieren la justificación de una elección. Michael Stocker presenta una perspectiva de la racionalidad práctica en la que las comparaciones no parecen desempeñar un papel. Sostiene que las elecciones pueden justificarse si reúnen un estándar evaluativo "absoluto"—es decir, no comparativo—; una elección de esto sobre aquello puede justificarse simplemente sobre la base de que esto es bueno, no necesita ser mejor que otra cosa o incluso comparable con ésta. David Wiggins piensa que la elección justificada está determinada por "estándares de evaluación y fines e ideales normativos que tienen que determinar sustantivamente las reflexiones empíricas, axiológicas, morales o cualquier otra" y que estos estándares se derivan de la "experiencia viva" y una concepción práctica general de cómo ser y cómo vivir.¹⁸ Elijah Millgram piensa que un deliberador práctico puede basar sus elecciones en cosas que ha aprendido de manera incremental a través de la experiencia.¹⁹ La sugerencia parece ser que la especificación de los valores involucrados o la aplicación de una reflexión que se ha conseguido por medio de la experiencia no necesitan depender de ninguna comparación de los méritos entre determinadas alternativas.

Joseph Raz ofrece una visión casi existencialista de elección justificada frente a la incomparabilidad. Las razones determinan la *elegibilidad* racional de opciones, y la "voluntad", que es "la habilidad de elegir y llevar a cabo acciones intencionales" entra en escena para determinar la elección entre ellas. Un ejercicio de la "voluntad" no es un ejercicio de la razón; la voluntad es *sólo escoger*. Por consiguiente, la razón nos proporciona un menú de opciones racionalmente elegibles, y nosotros simplemente tenemos que caer entre ellas. Sin embargo, cualquier cosa que elijamos tendrá

¹⁸ Los enfoques especificacionistas, como el de Wiggins, a menudo se presentan como explicaciones del proceso de deliberación racional más que como explicaciones de justificación práctica. Para un recuento reciente de esta visión, véase Henry Richardson, *Practical Reasoning About Final Ends*, Cambridge University Press, Cambridge, 1994. Véase también Wiggins, "Deliberation and Practical Reason", y Aurel Kolnai, *Ethics, Value and Reality*, Indianapolis, Hackett, 1978.

¹⁹ Véase también Elijah Millgram, *Practical Induction*, Harvard University Press, Cambridge, 1997.

justificación porque fue aprobada por la racionalidad. Las opciones incomparables, supone Raz, son racionalmente elegibles y, por lo tanto siempre es posible justificar una elección frente a la incomparabilidad.²⁰ Una elección justificada requiere la comparación de *algunas* opciones puesto que, mediante la comparación, las alternativas se reducen al grupo racionalmente elegible. Sin embargo, una vez que se determina la elegibilidad, las comparaciones entre esas alternativas no son necesarias —o siquiera posibles— para justificar una elección.

En lugar de examinar éstas y otras visiones por sus méritos, quiero plantear dos desafíos generales que debe encarar cualquier alternativa al comparativismo: una *reductio* pragmática y una reducción teórica. Comencemos con la *reductio*, que es familiar en la teoría de la decisión y la elección racional. En cualquier visión alternativa, puede justificarse la elección entre incomparables; quizá ambas alternativas están justificadas o quizá, sólo una de ellas. Sin embargo, si una elección entre incomparables puede justificarse, la razón práctica o la "voluntad" podría, en principio, justificar una serie de decisiones análogas a las preferencias cíclicas con desastrosas consecuencias del tipo de la "bomba de dinero".

Supongamos que estoy a punto de disfrutar una taza humeante de té recién hecho. Alguien interviene y me ofrece su taza de café a cambio de mi té. Supongamos también que el té y el café son incomparables con respecto a la virtud del sabor. Según visiones alternativas, la elección entre incomparables puede justificarse. Supongamos que pueda justificarse que cambie el té por el café. Justo cuando estoy a punto de darle un

²⁰ Nótese que la visión casi existencialista de Raz no distingue entre deliberación formal en el caso en que las alternativas son incomparables de cuando las alternativas son igualmente buenas. Para una visión relacionada, véase Isaac Levi, *Hard Choices: Decision Making Under Unresolved Conflict*, Cambridge University Press, Cambridge, 1986, quien piensa que la elección puede justificarse si la alternativa elegida es "admisible". Finnis sostiene una visión similar a la de Raz sobre la justificación ante incommensurables: las razones determinan la elegibilidad y dejan espacio para que los "sentimientos" en la elección individual y los "procedimientos justos" en la elección colectiva guíen la elección entre opciones incommensurables elegibles. Véase John Finnis, "Commensuration and Public Reason" en Ruth Chang (ed.), *Incommensurability, Incomparability and Practical Reason*, *op cit*.

sorbo al café, alguien interviene de nuevo y esta vez me ofrece una taza de un té tibio no tan recién hecho. El té tibio es incomparable con el café y de nuevo hago lo que podría ser un intercambio justificado. De manera que me quedo con una taza de té tibio, pero comencé con una taza de té caliente, que según mi opinión es definitivamente más rico. Por medio de una serie de elecciones aprobadas por la razón práctica o la "voluntad", fui de algo que considero mejor a algo que considero peor. Un patrón de elección que se replantee entre alternativas y valores de cobertura nos va a dejar con una vida que apenas valga la pena vivir; de esta manera puede "bombearse" el mérito de la vida de un agente. Por lo tanto, un desafío pragmático para quienes se opongan al comparativismo es proporcionar una explicación entusiasta y no *ad hoc* sobre cómo la razón práctica prohíbe que los agentes se conviertan en "bombas de mérito".²¹

Sin embargo, el desafío más serio para las alternativas al comparativismo es teórico. Pensemos en cualquier justificación de una elección que aparentemente no dependa de la comparación de las alternativas. Ese argumento sostendrá que la razón para justificar su elección no es una comparación de las alternativas. Entonces, por ejemplo, una elección podría ser justificada porque está autorizada por alguna norma de racionalidad o moralidad, o es elegible, o reúne algún estándar evaluativo, o la favorece una comprensión deliberativa que se consiguió mediante la percepción profunda de la forma de la vida de alguien o por una especificación de los valores involucrados o por reflexión en las experiencias del pasado de una persona. Existen, desde luego, otras supuestas justificaciones no comparativas además de éstas: un capricho por la alternativa

²¹ Algunas de las consideraciones anteriores podrían brindar los recursos para abordar este problema. Por ejemplo, las consideraciones de Millgram relacionan la justificación con elecciones del pasado y por consiguiente podrían evitar el problema de las bombas de mérito. Otras consideraciones necesitan mostrar cómo ha de evitarse el problema. Una respuesta posible puede extraerse de la discusión de un problema estrechamente relacionado en Edward McClennen, *Rationality and Dynamic Choice*, Cambridge University Press, Cambridge, 1990, en especial los capítulos 2 y 10, y en Warren Quinn, "The Puzzle of the Self-Torturer", *Philosophical Studies*, núm. 59, 1990, pp. 79-90, reimpresso en Warren Quinn, *Morality and Action*, Cambridge University Press, Cambridge, 1993, pp. 198-209.

que se eligió, el deber de elegirla, el hecho de que la alternativa elegida satisface un deseo, que es lo que elegiría un agente con buen carácter y demás. Podríamos preguntarle a cada uno de estos argumentos: ¿La justificación propuesta se comprende adecuadamente como una comparación de las alternativas? ¿Por qué estas justificaciones de elección no se comprenden adecuadamente como comparaciones entre las alternativas con respecto a, por ejemplo, "satisfacción de la norma" o "idoneidad" o "expresión de mi entendimiento deliberativo" o "satisfacción de mi deseo" o "cumplimiento con mi deber" o "expresión de un carácter virtuoso" y así? Algunas justificaciones que al parecer no son comparaciones podrían, después de todo, resultar ser comparaciones.

Sin embargo, dudo que todas las justificaciones de elección supuestamente no comparativas, o incluso muchas, resulten ser comparaciones cuando se comprenden adecuadamente (aunque creo que un rango interesante sí). El deber con la familia, por ejemplo, cuando se comprende adecuadamente, posiblemente no sea una comparación de las alternativas, y sin embargo, ese deber puede ser la justificación de una elección. Lo mismo ocurre, me parece, con cada una de las visiones que ofrecen los autores de este volumen. Sin embargo, el comparativista no puede rendirse aquí, pues aún queda la cuestión de si estas no comparaciones dependen de comparaciones de las alternativas, aunque en sí mismas no sean comparaciones.

Nos dirigimos ahora a un territorio muy denso al que aquí apenas echaremos un vistazo superficial. En el centro está la distinción entre la razón que justifica una elección y *aquella en virtud* de la cual se justifica la razón. Toda razón tiene fuerza normativa; una razón justificante tiene la fuerza normativa que se requiere para justificar una elección. Para cualquier razón justificante determinada, podemos preguntar: ¿En virtud de qué tiene la fuerza justificante que tiene? La fuerza justificante de una razón es más o menos análoga a la fuerza lógica de una premisa, a la fuerza causal de una causa y a la fuerza motivacional de una motivación.

Pensemos en la inferencia de "q" de las premisas "p" y "si p entonces q". Las premisas apoyan lógicamente la conclusión, pero aquello en virtud de lo cual la apoyan es la regla de la inferencia, *modus ponendo ponens*. La regla no es parte del apoyo a la conclusión, sino que es lo que da a las premisas su fuerza lógica. O pensemos en el caso de una ventana que se rompe. Una pelota ocasionó que se rompiera la ventana. La pelota tiene la fuerza causal para romper la ventana en virtud de ciertas leyes nomológicas que relacionan cosas como causa y efecto. Estas leyes nomológicas no son parte de la causa; son más bien aquello en virtud de lo cual una causa tiene los poderes causales que tiene. Lo mismo ocurre con la fuerza motivacional. Como sostuvo Thomas Nagel, una motivación puede motivarse en virtud de una disposición a motivarse de ese modo, pero esa disposición no tiene que comprenderse en sí misma como parte de la motivación. Es más bien aquello en virtud de lo cual se motiva la motivación.²² Igualmente, creo, una razón es una cosa y su fuerza justificante otra. Una razón puede justificarse en virtud de algo que no forma parte de la justificación, pero que es lo que da su fuerza justificante a la razón.

Deseo declarar que toda razón justificante tiene su fuerza justificante en virtud de una comparación de las alternativas. Para ver por qué esto es así, supongamos lo contrario. Si una elección puede justificarse sin depender de una comparación de las alternativas, entonces la supuesta razón justificante justificaría la elección sin importar los méritos comparativos de las alternativas. Supongamos que el hecho de que salir a cenar será divertido pudiera justificar mi elección de salir a cenar en lugar de quedarme en casa a calificar exámenes. Sin embargo, ¿ese hecho puede justificar la elección incluso cuando la cena sólo es ligeramente entretenida y calificar los exámenes un desastre? O pensemos en la elección entre dos carreras. Podría justificar elegir una carrera de leyes sobre una carrera filosófica porque esa elección expresa mi comprensión de lo que importa en la vida. Pero, ¿cómo puedo justificar mi decisión si la elección de

²² Thomas Nagel, *The Possibility of Altruism*, Princeton University Press, Princeton, 1970, cap. 5.

la carrera filosófica expresa *mejor* esa comprensión?²³ O pensemos en el deber de mantener mis promesas. ¿Cómo puede ese deber justificar que asista, como lo prometí, a la boda de mi amiga cuando asistir, como lo prometí, al funeral de mi tío satisface mejor ese deber? (Esto, desde luego, supone que un deber puede cumplirse más o menos bien. Creo que la especial naturaleza "sin peso" de los deberes puede conservarse ante la declaración de que los deberes pueden cumplirse mejor o peor. Sin embargo, dejaré esa discusión para otro momento). Incluso la idoneidad de una opción no puede justificar que la elijamos a menos que sea verdad que la opción es tan buena como todas las otras con respecto a idoneidad. Desde luego, en este caso, la comparación de igualdad se implica en la idoneidad, pero es el hecho positivo de estar tan racionalmente acreditado como todas las otras alternativas lo que justifica la decisión de la alternativa elegida. En general, en tanto que lo que importa para la situación de elección es algo con respecto a lo cual pueden hacerse comparaciones evaluativas significativas, no puede haber una justificación de elección en esa situación a menos que exista esa comparación evaluativa.²⁴

El ataque teórico a las alternativas al comparativismo, entonces, es doble. O la justificación de una elección es en sí misma, adecuadamente comprendida, una comparación de alternativas con respecto a un valor

²³ Confróntese la defensa de Henry Richardson del especificacionismo contra el argumento de que las razones de los especificacionistas son finalmente comparaciones con respecto a algún criterio supremo —ya sea la coherencia práctica, la unidad de agencia y demás. Richardson señala adecuadamente que este argumento malinterpreta el especificacionismo. Sin embargo, el argumento que yo ofrezco no cae en este error. Sostiene solamente que, con el fin de que cualquier razón especificacionista justifique, tiene que haber una comparación de las alternativas con respecto a la satisfacción o la expresión de ese fundamento. Véase Richardson, *Practical Reasoning*, *op cit.*, pp. 179-183.

²⁴ Mi argumento de que la fuerza justificante de cualquier razón justificante es una comparación de las alternativas con respecto a un valor de cobertura adecuado es sustancial y no debe confundirse con un argumento conceptual sobre la estructura de la justificación práctica. Se deduce básicamente del hecho de que algo se justifica prácticamente de manera que por lo menos es tan bueno con respecto a la posibilidad de justificación como las alternativas disponibles. Sin embargo, mi argumento no es que esta comparación brinda fuerza justificadora a toda razón justificadora, sino más bien que la brinda una comparación con respecto al valor que es específico a esa situación de elección. Dicho de otro modo, mi interés es la normatividad de justificación *específica* en una situación de elección, aunque de la consideración de casos específicos surge un argumento general sobre la normatividad de las razones de justificación. Véase también la nota 15.

apropiado, o la justificación depende de esa comparación. Si, como he sugerido, tenemos buenas razones para pensar que esto es correcto, entonces cualquier presunta alternativa al comparativismo fracasará. Para la justificación de una elección, es necesaria la comparación de las alternativas. La incomparabilidad de las alternativas, entonces, plantea una amenaza a la justificación práctica que no hay que excluir.

III. Argumentos incomparabilistas

Que dos alternativas sean incomparables con respecto a un valor de cobertura apropiado, impide la elección justificada entre ellas. Pero, ¿alguna vez son incomparables las alternativas?

En esta parte, examino los que considero los principales argumentos que existen en la literatura que defienden la incomparabilidad. Pueden dividirse en siete tipos. Cada tipo se refiere a uno de siete fundamentos supuestamente suficientes para defender la incomparabilidad: (1) la "diversidad" de los valores; (2) la "bidireccionalidad" de los méritos comparativos, es decir, la condición de que un objeto es mejor en algunos aspectos contributivos del valor de cobertura, pero peor en otros; (3) la deliberación práctica "que no es sujeto de cálculo" que se requiere en algunas situaciones; (4) rasgos constitutivos de ciertos bienes o las normas que rigen actitudes adecuadas hacia éstos; (5) la falta de resolución racional de conflictos entre objetos; (6) la multiplicidad de clasificaciones legítimas de las alternativas, y (7) la racionalidad de juzgar en algunas situaciones de elección que ninguna alternativa es mejor que la otra y, sin embargo, una versión ligeramente mejorada de una no es mejor que la otra. Aunque hay argumentos de los primeros cuatro tipos que tienen aceptación e influencia, tengo que sostener que tienen errores fatales. Pienso que el debate sobre incomparabilidad debe concentrarse en los últimos tres tipos de argumento. Sin embargo, los argumentos de los últimos tres tipos tampoco carecen de dificultades. Estos argumentos o dependen de posturas filosóficas generales controvertidas o se comprenden mejor no como argumentos en favor de la incomparabilidad,

sino de la existencia de una cuarta relación de comparabilidad más allá de la tricotomía tradicional de "mejor que", "peor que" e "igualmente bueno que". Termino con el intento de motivar la existencia de una cuarta relación, esbozando brevemente algunas de sus características esenciales.

1. Argumentos de la diversidad de valores

El fundamento que se cita más comúnmente para defender la incomparabilidad entre alternativas es la diversidad de valores que portan respectivamente. La diversidad se comprende de infinitas maneras. Algunos la comprenden como una pluralidad de valores ontológicamente irreducibles.²⁵ Otros comprenden que los valores diversos son de diferentes "tipos" o que los bienes que los portan son de diferentes "géneros", ya sean ontológicamente reductibles o no. Nagel, por ejemplo, piensa que los valores son de seis tipos —obligaciones, derechos, utilidades, fines perfeccionistas, compromisos privados e intereses personales— y que esta fragmentación explica la existencia de dilemas genuinos entre alternativas que portan un tipo de valor y las que portan otro tipo.²⁶ Joseph Raz sostiene que algunos bienes, como las novelas y las películas de guerra no pueden compararse porque pertenecen a "géneros" diferentes.²⁷ Otros más explican la diversidad de valores en términos de que ocupan diferentes "dimensiones" o "escalas".²⁸ La idea subyacente de los argumentos de diversidad es que algunos objetos son "tan diferentes" que no hay una "base común" sobre la que pueda proceder una comparación. Suponiendo que la incomparabilidad tiene que ser relativa a un valor de cobertura, los argumentos de diversidad deben comprenderse como dependientes

²⁵ Samuel Guttenplan, "Moral Realism and Moral Dilemmas", *Proceedings of the Aristotelian Society*, núm. 80, 1979-1980, pp. 61-80.

²⁶ Thomas Nagel, "The Fragmentation of Value", en *Mortal Questions*, Cambridge University Press, Cambridge, 1979.

²⁷ Joseph Raz, "Mixing Values", *Proceedings of the Aristotelian Society*, núm. 65 (suplemento), 1991, pp. 83-100; cfr. con James Griffin, "Mixing Values", *Proceedings of the Aristotelian Society*, núm. 65 (suplemento), 1991, pp. 101-118.

²⁸ Ronald de Sousa, "The Good and the True", *Mind*, núm. 84, 1974, pp. 547-548; Walter Sinnott-Armstrong, *Moral Dilemmas*, Blackwell, Oxford, 1988, pp. 66-68.

de la diversidad de los valores contributivos de este valor de cobertura. Entonces, por ejemplo, Mozart y Miguel Ángel son incomparables con respecto a la creatividad, si los valores contributivos de la creatividad que tiene Mozart son tan diferentes —es decir, irreductiblemente distintos, o de un tipo o género diferente, o que ocupan una escala o dimensión diferente— de los que tiene Miguel Ángel que es imposible la comparación.

Los argumentos de diversidad, sin importar sus sustantivas diferencias, son sujeto de una objeción convincente. La objeción se basa en lo que podríamos llamar comparaciones entre "nominal y notable". Llamamos "notable" a un portador con respecto a un valor cuando es un ejemplar excepcionalmente bueno de ese valor y "nominal" si es excepcionalmente pobre. Mozart y Miguel Ángel, por ejemplo, son portadores notables de creatividad, y Talentlessi, un pintor muy malo, es un portador nominal. Las comparaciones entre nominal y notable tienen éxito por definición; los portadores notables siempre son mejores que los nominales con respecto al valor en términos del cual son respectivamente nominales o notables. Ahora, supongamos que Talentlessi tiene los mismos valores contributivos de creatividad que Miguel Ángel, sólo de una manera nominal. Ambos, por ejemplo, tienen el valor de la habilidad técnica, pero Talentlessi lo tiene de una manera marcadamente nominal. Si Mozart y Miguel Ángel son incomparables en virtud de los diversos valores contributivos de creatividad que tienen, entonces, también lo son Mozart y Talentlessi. Sin embargo, sabemos que Mozart es mejor que Talentlessi con respecto a la creatividad. Si Mozart y Miguel Ángel son incomparables con respecto a la creatividad, no puede ser por la razón de que poseen diversos valores contributivos. Para cualesquiera dos objetos que supuestamente son incomparables en virtud de la diversidad de valores contributivos que tienen respectivamente, es posible suponer que hay portadores notables y nominales de los mismos valores que son comparables *ipso facto*. Por consiguiente, no puede ser la diversidad de los valores portados *per se* lo que conlleva a la incomparabilidad de los portadores.

Los argumentos que se basan en la diversidad de valores fallan porque no son lo suficientemente finos para diferenciar los casos de supuesta incomparabilidad de los casos de cierta comparabilidad. Para enfrentar la objeción nominal-notable, quienes proponen estos argumentos tienen que explicar por qué son excepciones las comparaciones entre nominal y notable o dar una explicación más matizada de diversidad que no se base en los valores que se portan sino en algo más específico, como la manera como se porta un valor.²⁹ Sin embargo, la primera respuesta probablemente será *ad hoc*, y la segunda, en tanto que ya no dependa de la diversidad de valores *per se*, equivaldrá a una explicación diferente de la que hace incomparables a los portadores.

En cualquier caso, hay buenas razones para pensar que Mozart y Miguel Ángel son comparables con respecto a la creatividad, tomando en cuenta que Mozart y Talentlessi lo son. Comenzamos con la idea de que Talentlessi y Miguel Ángel difieren en creatividad sólo en la manera como portan la creatividad; portan los mismos valores contributivos de la creatividad, pero uno los porta de manera notable y el otro de manera nominal. Pensemos, ahora en Talentlessi+, que es sólo un poco mejor que Talentlessi con respecto a la creatividad y que porta exactamente los mismos valores contributivos, pero de una manera un poco más notable. Esta pequeña mejoría en creatividad seguramente no puede desencadenar la incomparabilidad; si algo es comparable con Talentlessi, también es comparable con Talentlessi+. Por consiguiente, podemos construir con "continuum" de pintores que incluya a Talentlessi y a Miguel Ángel, cada uno con los mismos valores contributivos de creatividad, pero de una manera cada vez más notable. Plausiblemente, ninguna diferencia en la creatividad

²⁹ Sinnott-Armstrong, por ejemplo, sostiene que la "multiplicidad de escalas" es una fuente de incomparabilidad entre algunos objetos, pero no todos, que son clasificables sólo mediante escalas diferentes, pero no explica por qué sólo algunos objetos y no otros son incomparables de este modo. Véase *Moral Dilemmas*, p. 69. Charles Taylor sugiere que la diversidad de bienes es lo que cede el paso a la incomparabilidad entre ciertos casos de bienes diferentes. Sin embargo, es difícil ver cómo el simple hecho de la diversidad puede explicar la incomparabilidad sólo entre algunos casos de los diversos bienes cuando es compatible con la comparabilidad entre otros casos. Véase "Leading Life" en Ruth Chang (ed.), *Incommensurability, Incomparability and Practical Reason*, *op. cit.*

entre pintores contiguos puede ser fundamento de incomparabilidad; si Mozart es comparable con un objeto del *continuum*, es comparable con todos los objetos del *continuum*. Por lo tanto, partiendo de que Mozart es comparable con Talentlessi, es comparable con Miguel Ángel, quien difiere de Talentlessi sólo en algunos niveles del *continuum*. ¿Cómo puede ser Mozart incomparable con Miguel Ángel si Mozart es comparable con algo que difiere de Miguel Ángel sólo por incrementos sucesivos de notabilidad en la manera como porta el valor de cobertura? El argumento tiene una conclusión sorprendente. Siempre que pueda construirse un *continuum* del tipo del anterior y pueda hacerse una comparación entre cualquier objeto del *continuum* y otro objeto, todo objeto del *continuum* es comparable con ese otro objeto.³⁰

Aquí, es útil hacer una digresión antes de devolver nuestra atención a los otros fundamentos incomparabilistas. Ya vimos que la diversidad de valores no implica incomparabilidad. Resulta que también hay buenas razones para pensar que el monismo de valores no implica comparabilidad. De acuerdo con el monismo, todos los valores se reducen finalmente a un supervalor. Se piensa que la comparabilidad es posible porque si al final sólo hay un valor, las diferencias evaluativas entre objetos deben siempre reducirse a diferencias en la cantidad del supervalor, y las cantidades de la misma cosa siempre pueden compararse. Por consiguiente, si el monismo es correcto, se desprende la comparabilidad completa. Muchos filósofos que supusieron la congruencia de este argumento han pensado, como consecuencia, que la incomparabilidad vence a las formas clásicas de utilitarismo. En tanto que el utilitarismo está comprometido con la idea de que todos los bienes son asunto de cantidades de utilidad, está comprometido con la plena comparabilidad.

³⁰ No debe comprenderse que el hecho de que el argumento se exprese en términos de un *continuum* implique que la diferencia en creatividad entre objetos contiguos en el *continuum* sea puramente cuantitativa. Defiendo este argumento a detalle en otro texto. *Cfr.* John Broome, "Is Incommensurability Vagueness?" (en Ruth Chang (ed.), *Incommensurability, Incomparability and Practical Reason*, *op. cit.*), en el que utiliza un argumento de *continuum* para defender la indeterminación de la comparación.

Sin embargo, la deducción del monismo a la comparabilidad se equivoca en dos aspectos. Primero, el monismo no necesita ser tan crudo. Como señaló J. S. Mill hace mucho tiempo, los valores tienen dimensiones cualitativas así como cuantitativas. Aunque el placer es un valor, existe el placer suntuoso y plácido de acostarse en el sol y el placer intenso y preciso de escuchar buenas noticias que llevábamos tiempo esperando.³¹ Por consiguiente, es posible que al final haya un supervalor, pero como todos los otros valores, es posible que tenga dimensiones cualitativas que podrían, en principio, dar pie a la incomparabilidad entre sus portadores. Por consiguiente, podría haber formas sofisticadas, monistas de utilitarismo que permitan la incomparabilidad.³²

Segundo, incluso la forma cruda del monismo no implica la completa comparabilidad del portador, pues es un error suponer que todas las cantidades de un solo valor son comparables. El error probablemente se derive de una ambigüedad en la frase "más valioso". Algo puede ser "más V", cuando V engloba valores, en un sentido *evaluativo* o *no evaluativo*.

El sentido no evaluativo es cuantitativo y es el mismo sentido en que un objeto puede ser "más N", donde N engloba consideraciones no evaluativas como la longitud o el peso. Este palo es más largo que aquél si tiene mayor longitud. Los objetos que portan cantidades de un valor como la amistad son comparables de una manera no evaluativa con respecto a ese valor; quien tenga mayor cantidad de amistad es más amistoso. Sin

³¹ Véase también Charles Taylor, "The Diversity of Goods", en Amartya Sen y Bernard Williams (eds.), *Utilitarianism and Beyond*, Cambridge University Press, Cambridge, 1982; Michael Stocker, *Plural and Conflicting Values*, Oxford, 1992; y Elizabeth S. Anderson, *Value in Ethics and Economics*, *op. cit.* Thomas Hurka ha sostenido que un solo valor puede diferir de maneras que permiten que el arrepentimiento racional por una alternativa menos valiosa a la que se ha renunciado. Véase "Monism, Pluralism, and Rational Regret", *Ethics*, núm. 106, 1996, pp. 555-575. Sobre la cuestión de si el reconocimiento de diferentes aspectos de un valor nos lleva al pluralismo, confróntese Hurka con Michael Stocker, "Abstract and Concrete Value: Plurality Conflict and Maximization", en Ruth Chang (ed.), *Incommensurability, Incomparability and Practical Reason*, *op. cit.*, en especial las notas 7-10.

³² Cfr., Amartya Sen, "Plural Utility", *Proceedings of the Aristotelian Society*, *op. cit.* Además, las formas indirectas de utilitarismo pueden permitir la incomparabilidad entre los valores que se reducen al superlativo.

embargo, una cantidad mayor de un valor no es necesariamente equivalente a ser mejor con respecto a ese valor; una mayor cantidad de amistad puede ser peor con respecto a la amistad (uno puede ser demasiado amistoso). Por lo tanto, mientras que una mayor cantidad de un valor hace algo "más valioso" en un sentido no evaluativo, no necesariamente lo hace "más valioso" en un sentido evaluativo.

Algunos valores son esencialmente cuantitativos, es decir, el sentido no evaluativo de "más V " es equivalente al sentido evaluativo. Una mayor cantidad del "número de vidas salvadas" siempre es mejor con respecto al número de vidas salvadas. Y un aumento particular en la cantidad de un valor podría resultar ser mejor con respecto a ese valor, pero no hay una equivalencia general entre las nociones evaluativa y no evaluativa de "más V " para todo V . Refirámonos a la noción cuantitativa no evaluativa de "más V " como " q más V ". Como q más no siempre es mejor, es posible que las diferentes cantidades de un solo valor sean incomparables. Por consiguiente, el pluralismo/monismo del valor trasciende la incomparabilidad/comparabilidad del portador.

2. Argumentos de la "Bidireccionalidad"

Un pensamiento común entre incomparabilistas es que si un objeto es mejor en algunos aspectos del valor de cobertura, pero peor en otros, los objetos deben ser incomparables con respecto al valor de cobertura. Ir en carro al trabajo es más relajante que ir en tren porque es más confiable, pero ir en tren es más relajante porque uno no tiene que preocuparse por lidiar con el tráfico.

Sin embargo, la "bidireccionalidad" no puede ser fundamento de incomparabilidad entre portadores. Supongamos que, como las vías están desvencijadas y los interruptores oxidados, las horas de partida y de llegada de un tren son completamente poco confiables. Aunque sea verdad que ir al trabajo en tren sea más relajante en un aspecto —que uno no tenga que preocuparse por lidiar con el tráfico— y menos relajante en otro

—el tren es muy poco confiable— claramente es la opción menos relajante. En general, la bidireccionalidad no puede ser fundamento de la incomparabilidad porque hay comparaciones entre nominal y notable en las que el portador nominal es mejor que el notable en un aspecto, pero peor en otro.

3. Argumentos del cálculo

La confusión en torno a la locución "más valioso" puede ser responsable de otro grupo de argumentos incomparabilistas. Según éstos, el hecho de que la deliberación práctica no siempre es sujeto de "cálculo" —es decir, sumar y restar cantidades de una unidad de valor— nos da fundamentos para pensar que los objetos son incomparables. Los argumentos del cálculo tienen la siguiente conformación: (1) la comparación es simplemente un asunto de sumar y restar cantidades de una unidad de valor; (2) si la comparación es de este modo cuantitativa, entonces la deliberación adecuada sobre cuál elegir debe tomar la forma de "cálculo", "balanceo", "peso" o "compensación"; (3) en algunas situaciones, la deliberación adecuada no puede tomar esta forma; (4) por lo tanto, algunos objetos son incomparables. Estos argumentos confunden la comparabilidad con la conmensurabilidad.

En sus contribuciones a este volumen, Elizabeth Anderson y Steven Lukes ofrecen argumentos de este tipo. Anderson sostiene que quienes creen que la elección racional depende de comparaciones de las alternativas deben creer que "el único papel práctico del concepto de valor es asignar *pesos* a los bienes [y...] que todos los valores son escalares" (cursivas en el original). Preguntarse si un valor es "escalar" es preguntarse "si es una magnitud, si se le atribuyen varias relaciones y operaciones matemáticas". Además, "las determinaciones de valor son continuas, requieren una unidad de medida común para los bienes que se comparan y ubican esos bienes en el mismo plano". Sin embargo, argumenta persuasivamente, los valores intrínsecos no son escalares y aportan a los bienes la asignación de un "estatus", no un "peso". De manera que, por

ejemplo, piensa que una amistad y la vida de una madre son bienes intrínsecos con diferentes estatus y, por consiguiente, no pueden compararse; la elección entre ellos debe más bien hacerse en función de los principios de obligación.

Steven Lukes parece compartir una visión similar de comparabilidad. Confronta directamente el asunto de la comparabilidad y la posibilidad de cálculo en una nota al final: "Podría argumentarse que la comparación no requiere la participación del cálculo. Sin embargo, este argumento me parece difícil de aceptar en los casos normales. En la medida en que se afirma que si X es mejor que Y , hay una especie de respuesta, por imprecisa que sea, a la pregunta '¿qué tanto mejor?', supongo que la comparación implica un cálculo".³³ Como Anderson, Lukes parece pensar que la comparación puede desarrollarse sólo en términos de una unidad de valor cuantitativa común. De acuerdo con Lukes, los bienes "sagrados" no pueden valorarse mediante el cálculo. Ya que la comparación conlleva la posibilidad de cálculo, si los bienes no pueden valorarse mediante el cálculo, deben ser incomparables. Lukes concluye que lo sagrado no puede compararse con lo secular.

Ya hemos visto que la comparación no es un asunto de *qué* más de algún valor; *a fortiori*, no es un asunto de cantidades de alguna *unidad* de valor. Una vez que reconozcamos que el sentido evaluativo de "más V " no es equivalente en general al sentido cuantitativo, no tenemos razón para pensar que la comparación es un asunto de operaciones aritméticas sobre cantidades de valor. Dicho de otro modo, la comparación no requiere una respuesta a la pregunta cuantitativa de Lukes, "¿Qué tanto mejor?".

³³ El texto que acompaña esta nota al pie es desconcertante: "La compensación sugiere que computemos el valor de los bienes alternativos con base en cualquier escala que tengamos a mano, ya sea cardinal u ordinal, precisa o improvisada" (las cursivas son mías). Véase Steven Lukes, "Comparing the Incomparable: Trade-offs and Sacrifices" (en Ruth Chang (ed.), *Incommensurability, Incomparability and Practical Reason*, *op. cit.*). Sin embargo, una escala ordinal no requiere que se implique el cálculo. Las comparaciones ordinales pueden ser cuantitativas sin ser cardinales, es decir, consignadas a la existencia de alguna unidad de valor mediante la cual puedan medirse los objetos. Ya hemos visto que la comparación no necesita ser un asunto de cantidades de algún valor.

Quizá sí a las preguntas "¿En qué sentido es mejor?" o "¿En qué medida es mejor?", pero las respuestas a estas preguntas no tienen que ser cuantitativas. Aunque no hay una equivalencia general entre la condición de ser mejor con respecto a un valor y una mayor cantidad del valor, hay algunos valores para los cuales mientras mayor cantidad de unidades, mejor con respecto al valor. Por ejemplo, a mayor cantidad del número de vidas salvadas, algo es mejor con respecto al número de vidas salvadas y una opción que salve cuatro vidas es doblemente buena que una opción que salve dos vidas con respecto al número de vidas salvadas. Sin embargo, en estos casos, cuando la comparación es una cuestión de sumar y restar cantidades de un valor, la deliberación es propiamente un cálculo en forma. Frente a la elección en la que lo que importa es el número de vidas salvadas, con toda seguridad la manera correcta de deliberar, suponiendo que la deliberación es adecuada, es calcular qué alternativa salva el mayor número de vidas.

Este tipo de argumento incomparabilista malinterpreta la comparabilidad como un presupuesto de que el valor es escalar y, por consiguiente, la deliberación puede calcularse. La comparabilidad no requiere que la comparación sea una cuestión de cantidades de un valor, ya no digamos de cantidades de alguna unidad de un valor. Pensar que la comparabilidad requiere una sola unidad de valor cuantitativa según la cual puedan medirse los objetos significa confundir la conmensurabilidad con la comparabilidad.

4. Argumentos de constitución o normas

Una línea de argumentación relacionada encuentra fundamentos de incomparabilidad en los rasgos constitutivos de ciertos bienes o en las normas que determinan las actitudes adecuadas hacia ellos. Joseph Raz, por ejemplo, sostiene que es una verdad conceptual que los amigos consideren que las amistades son incomparables con el dinero. Juzgar que son incomparables es parte de lo que significa ser un amigo. Sin embargo, no hay irracionalidad en el juicio de que las amistades y el dinero son

comparables; hacer ese tipo de juicio sólo demuestra que una persona es incapaz de ser un amigo. Por consiguiente, la incomparabilidad de las amistades y el dinero es un rasgo constitutivo de la amistad.

Este es un argumento curioso de varias maneras.³⁴ Concluye la supuesta verdad sobre la incomparabilidad de objetos a partir del argumento de que uno debe juzgar que son incomparables; si uno no lo pensara, no sería irracional sino incapaz de alcanzar un bien. Además, la conclusión de que los objetos son incomparables es relativa a la capacidad de un agente a alcanzar ciertos bienes. De manera que las amistades y el dinero pueden ser incomparables para unos, pero comparables para otros.

Sin embargo, es difícil creer que como asunto conceptual, la capacidad de alguien de ser amigo depende de juzgar que las amistades son incomparables con el dinero. Supongamos que me enfrento a la elección entre una amistad y un dólar. Si considero que la amistad vale más que un dólar, ¿pierdo en consecuencia a todos mis amigos? Incluso si suponemos que este juicio me hace inepta para la amistad, un juicio de incomparabilidad en el contexto de la elección no implica el mismo juicio apartado de un contexto práctico. Podría ser, por ejemplo, una obligación constitutiva que se le debe a un amigo cuando se enfrenta una situación de elección entre una amistad y una cantidad de dinero, que uno considere que son incomparables. Sin embargo, este juicio, que se hace con vistas a decidir qué hacer, es coherente con el reconocimiento de que hay un juicio teórico diferente sobre si son incomparables, a pesar

³⁴ Es posible que el hecho de que sea curioso no sea culpa de Raz. Me parece poco claro si Raz simplemente está planteando una postura —que es conceptualmente imposible que los amigos juzguen comparables las amistades con el dinero— o si trata de aportar un fundamento para la conclusión de que las amistades y el dinero son incomparables, por lo menos para los amigos. Tomaré como objetivo el último argumento puesto que tomando en cuenta nuestros propósitos es de mayor interés y porque otros lo han respaldado (véase el ensayo de Lukes en Ruth Chang (ed.), *Incommensurability, Incomparability and Practical Reason*, *op. cit.*). De cualquier forma, mi primera objeción a esta postura también puede aplicarse al argumento básico de la imposibilidad conceptual. Véase Raz, *The Morality of Freedom*, *op. cit.*, pp. 346-352. Cass Sunstein sostiene una postura similar sobre la incommensurabilidad. Véase su ensayo en este volumen e "Incommensurability and Valuation in Law", *op. cit.*

de la capacidad de una persona de alcanzar ciertos bienes u obligaciones especiales con otras personas. La manera como uno responde a la pregunta "¿son comparables?" cuando se enfrenta a la elección puede ser muy diferente a la manera como uno responde a la pregunta en una discusión filosófica. Yo supongo que el juicio que los incomparabilistas deben establecer es el juicio teórico, un juicio verdadero "para" todos.

Desde luego, podría insistirse a modo de respuesta que el juicio constitutivo de la amistad es el juicio teórico. Asumir la postura filosófica de que las amistades y el dinero son incomparables es un rasgo constitutivo de ser un amigo. Esto es algo sumamente poco plausible, pero concedamos ese argumento en favor de la discusión. Todavía queda la cuestión de si el argumento teórico de incomparabilidad es verdadero. Para ver que aún queda esta pregunta, pensemos en una analogía de Moore. Es conceptualmente imposible que uno crea que cree falsamente, y sin embargo hay una cuestión real en cuanto a si alguien cree falsamente; podría ser verdad que así sea. De igual manera, puede ser conceptualmente imposible que uno sea un amigo y juzgue —de manera teórica o práctica— que las amistades y el dinero son comparables, y sin embargo hay una cuestión real en cuanto a si lo son, y es posible que sea verdad que lo son.

La distinción entre juicios evaluativos prácticos o teóricos, por un lado, y lo que es realmente verdadero, por otro, pierde su fundamento si uno piensa, como pragmáticos como Elizabeth Anderson, que el valor es una construcción de la razón práctica. De acuerdo con Anderson, las normas que rigen las actitudes adecuadas hacia bienes como la amistad no aportan buenas razones para comparar las amistades con el dinero, y la falta de cualquier buena razón práctica basta para sostener que son incomparables.³⁵ El argumento pragmático, sin embargo, no carece de dificultades.

³⁵ El argumento de Anderson de que los objetos son incomparables si no existe una buena razón práctica para compararlos no depende estrictamente de su visión cuantitativa de la comparación. Sin embargo, el grado de contundencia de su argumento, sí; es más plausible pensar que no existe

No puede negarse que hay normas que rigen las actitudes adecuadas hacia las amistades. Por ejemplo, parece haber una norma en contra de vender a un amigo por el precio justo. Sin embargo, una observación más detallada de las normas que rigen actitudes hacia bienes como las amistades muestra que lejos de darnos razones para pensar que los objetos son incomparables, esas normas nos dan razones para pensar justo lo contrario. Esto se debe a que la norma implica (o por lo menos es compatible con) una asimetría en mérito, mientras que la incomparabilidad implica que no existe tal asimetría.

Notemos que la amistad es, sobre todo, un bien intrínseco y el dinero es, sobre todo, instrumental. Los ejemplos más persuasivos que citan los pragmáticos tienen este rasgo. Las normas que rigen actitudes adecuadas hacia ciertos bienes intrínsecos parecen bloquear las comparaciones con ciertos bienes instrumentales porque estas normas tienen como parte de su contenido el pensamiento de que la comparación de alguna manera mancilla el bien intrínseco, pero no viceversa. Por consiguiente, estas normas dependen del juicio de que el bien intrínseco es, en cierto sentido, más valioso o de un estatus superior que el bien instrumental; que uno es, podríamos decir "enfáticamente" mejor que el otro.³⁶ Por este motivo parece extraño insistir en que alguien con una actitud adecuada hacia la amistad debe negarse a juzgar que una amistad es mejor que un dólar. ¿De qué manera hacer ese juicio exhibiría una actitud inadecuada hacia la amistad? Las normas que rigen actitudes adecuadas hacia la amistad no implican que no haya buenas razones para comparar las

una buena razón para comparar una amistad con el dinero si la comparación requiere unidades cardinales que midan sus méritos. De cualquier manera, podemos interpretar su visión sin la suposición cuantitativa, y de esta forma la he discutido como un ejemplo bajo los tipos de argumentos incomparabilistas tercero y cuarto.

³⁶ Véase también Donald Regan, "Authority and Value: Reflections on Raz's *Morality of Freedom*", *Southern California Law Review*, núm. 62, 1989, pp. 995-1095. Desde luego, si el bien intrínseco es más valioso pone de manifiesto para lo que es instrumental un bien instrumental. El pensamiento que se representa en normas que rigen actitudes adecuadas hacia ciertos bienes intrínsecos puede ser que el bien intrínseco, como tal, tiene un estatus especial en relación con los bienes instrumentales, como tales, aunque quizá no todas las amistades son mejores que todas las cantidades de dinero.

amistades con el dinero, sino más bien que hay buenas razones para pensar que las amistades valen más. Sin embargo, la incomparabilidad implica lo contrario: si dos objetos son incomparables, ninguno es mejor que el otro. Por consiguiente, las normas de la amistad no pueden determinar la incomparabilidad de las amistades con el dinero puesto que son incoherentes con ella.³⁷

Ninguno de los argumentos anteriores es convincente. Cualquier intento por desarrollar estas líneas de argumentación, por muy interesantes que sean por derecho propio, no conseguiría exponer un argumento exitoso en favor de la incomparabilidad. Todas cometen un error fundamental: los argumentos de la diversidad y la bidireccionalidad entran en conflicto con las comparaciones entre nominal y notable; los argumentos del cálculo presuponen incorrectamente que la comparación debe ser cardinal; los argumentos de constitución y norma malinterpretan la condición enfática de ser mejor como incomparable. Ahora quiero dedicarme a los argumentos que me parecen más prometedores.

5. Argumentos de la Irresolución racional de conflicto

Un argumento incomparabilista que se plantea a menudo, pero que se ha dejado sin explicar, sostiene que el conflicto racionalmente irresoluble entre alternativas es suficiente para considerarlas incomparables. Una "solución racional" del conflicto podría entenderse como la determinación de qué relación comparativa se establece entre ellos.³⁸ El argumento

³⁷ Hay otra clase de ejemplos que Aderson cita para respaldar su principio pragmático, "Si no hay una buena razón práctica para comparar, por lo tanto es incomparable". A veces no hay una buena razón para comparar objetos porque es "aburrido" o "tonto" o "no tiene sentido" hacerlo. Es aburrido, tonto y no tiene sentido comparar, por ejemplo, los méritos estéticos intrínsecos de todos los epigramas del mundo. Sin embargo, ¿es posible sostener un argumento tan categórico? Con toda seguridad, podemos imaginar algún sentido para hacer comparaciones que en general serían inútiles. Como editor de *Los mejores epigramas del mundo*, alguien podría encontrar un gran sentido para comparar epigramas con respecto a su mérito estético intrínseco. Sospecho que con suficiente imaginación siempre podría encontrarse un sentido práctico para hacer comparaciones aparentemente inútiles.

³⁸ Si la "solución racional" de conflictos se comprende en términos que no impliquen la determinación de la religión comparativa que se establece entre las alternativas, tales argumentos se vuelven

se convierte, entonces, en: Si no podemos saber en principio cómo se comparan dos objetos, entonces son incomparables. Sin embargo, tal argumento presupone el verificacionismo, que, por decir lo menos, es sumamente ambiguo como argumento general de verdad. Incluso si el verificacionismo fuera correcto, el problema de cómo podemos saber que no somos en principio capaces de saber cómo se comparan dos objetos persiste. Si el argumento ha de llevarnos a la conclusión de que existen objetos incomparables, tendría que decirnos cuándo no podemos saber en principio cómo se comparan los objetos. Se trata de un problema particularmente difícil.

En cualquier caso, es posible que el argumento no ceda el paso a la incomparabilidad, puesto que si presupone que un conflicto no puede resolverse de manera racional a menos que una alternativa sea mejor que la otra o que ambas sean igualmente buenas, entonces presupone la Tesis de la tricotomía sustancial, lo que requiere una defensa. Es posible que las alternativas estén relacionadas mediante una cuarta relación más allá de la tricotomía tradicional. Si, por otro lado, comprende la resolución racional para abarcar toda posible relación de valor, entonces la falta de solución nos obliga a concluir que los objetos son incomparables. Sin embargo, en este caso, la posibilidad de juzgar que los conflictos son racionalmente irresolubles disminuye en gran parte puesto que ahora contamos con la posibilidad de que los objetos sean comparables mediante una cuarta relación. Por consiguiente, no queda para nada claro que el argumento nos brinde fundamentos para concluir que haya incomparabilidad.

6. Argumentos de clasificaciones múltiples

Es posible que los objetos sean incomparables si hay múltiples clasificaciones legítimas de ellos, y ninguna es privilegiada. Tomemos, por ejemplo,

significativamente más débiles. Michael Stocker ("Abstract and Concrete Value" en Ruth Chang (ed.), *Incommensurability, Incomparability and Practical Reason*, *op. cit.*) ofrece consideraciones contra este tipo de argumentos.

una comparación entre Eunice y Janice con respecto al talento filosófico. Hay múltiples valores contributivos del talento filosófico: originalidad, reflexión, claridad de pensamiento, etcétera. Sin embargo, quizá no haya una sola manera correcta de "sopesar" estos aspectos del talento filosófico; cada valor contributivo contribuye de maneras múltiples y alternativas al valor de cobertura. Expresado de otra manera, hay diferentes formas como podemos "enfocar" nuestra comprensión del valor de cobertura. En un enfoque, por ejemplo, la originalidad podría ser extremadamente importante, la reflexión bastante importante, la claridad de pensamiento relativamente importante. En otro enfoque, puede ocurrir algo diferente. Diferentes enfoques podrían producir diferentes comparaciones. En un enfoque, Eunice podría ser mejor que Janice. En otro enfoque, podría ser peor. En otro más, las dos podrían ser igualmente buenas. Cada una de estas comparaciones entre Eunice y Janice es legítima puesto que cada enfoque lo es. Ya que no hay una comparación correcta entre Eunice y Janice, deben ser incomparables, según este argumento. Los argumentos de clasificaciones múltiples, me parece, se comprenden de manera más poderosa como argumentos de la vaguedad del concepto de valor de cobertura. El talento filosófico es un concepto vago, de manera que hay múltiples formas como puede enfocarse. El ensayo de John Broome en este volumen aporta una discusión importante de este tipo de argumento.³⁹

Como argumento a favor de la *incomparabilidad*, éste es peculiar. Sostiene que la incomparabilidad es resultado de comparaciones en conflicto, no de cuando no pueden hallarse comparaciones. ¿Por qué debemos pensar que Eunice y Janice son incomparables con respecto al talento filosófico sólo porque hay múltiples maneras legítimas de compararlas?

³⁹ Para posturas relacionadas, véanse, por ejemplo, Lewis Kornhauser, "The Hunting of the Snag: Incommensurability in Ethics and Economics", manuscrito sin publicar, quien piensa que las condiciones plausibles de ordenamientos de alternativas podrían subdeterminar una sola clasificación correcta; Sinnott-Armstrong, *Moral Dilemmas*, *op. cit.*, pp. 66-68, quien piensa que los requerimientos morales son incomparables si sus puntos fuertes no son exactos; y T. K. Seung y Daniel Bonevac, "Plural Values and Indeterminate Rankings", *Ethics*, núm. 102, 1992, pp. 799-813, quienes piensan que dos objetos son incomparables si uno es mejor que el otro, peor que el otro e igualmente bueno. Puede encontrarse un tratado capaz y detallado de la posibilidad de categorías múltiples en Isaac Levi, *Hard Choices*, *op. cit.*

Para ver por qué este pensamiento es injustificado, pensemos en Eunice y Eunice*. Estas filósofas difieren únicamente en que Eunice* es un poco más competente técnicamente y un poco menos clara en la manera de expresarse que Eunice. En algunos enfoques —aquellos en los que la competencia técnica hace una importante contribución al talento filosófico— Eunice* será mejor que Eunice. En otros enfoques, Eunice* será peor que Eunice. En todos los demás, las dos serán igualmente buenas. Por consiguiente, hay múltiples clasificaciones legítimas entre estas filósofas, pero claramente Eunice y Eunice* no son incomparables con respecto al talento filosófico. ¿Cómo podrían ser incomparables dos cosas tan cercanamente iguales en mérito? Por lo tanto, si Eunice y Eunice* no son incomparables con el fundamento de que pueden clasificarse de maneras múltiples, entonces, tampoco lo son Eunice y Janice con esos fundamentos.

Los argumentos de clasificaciones múltiples no establecen que los objetos sean incomparables. Sin embargo, nos dan razones para pensar que no se sostiene ninguna relación de la tricotomía mejor que, peor que e igualmente bueno entre este tipo de objetos. Como no hay un enfoque privilegiado, no hay fundamentos para pensar que se sostiene alguna relación particular de la tricotomía. Sin embargo, esto es desconcertante. ¿Cómo puede ser que una razón para pensar que la tricotomía no consiguiera establecerse no sea una razón para pensar que los objetos son incomparables? El desconcierto desaparece una vez que reconocemos la posibilidad de que exista una cuarta relación de valor.⁴⁰ Si Eunice y Janice están relacionadas por una cuarta relación, no son incomparables y, sin embargo, no están relacionadas por una de las opciones de la tricotomía tradicional. Por supuesto que el acertijo podría resolverse de otra manera. Podríamos pensar, por ejemplo, que algunas comparaciones son vagas. En cualquier caso, los argumentos de la clasificación múltiple no establecen la incomparabilidad; más bien, nos dan buenas razones para creer que hay más en la comparabilidad de lo que podríamos pensar.

⁴⁰ Confróntese Hurka, *Perfectionism*, *op. cit.*, p. 87.

7. Argumentos de pequeñas mejoras

El último tipo de argumento incomparabilista, me parece, es el más poderoso. Se basa en el fundamento de la supuesta racionalidad de juzgar que entre dos objetos ninguno es mejor que otro e incluso que una mejora en uno de ellos no lo hace mejor que el otro. Entre los incomparabilistas que han usado argumentos como éste se encuentran Joseph Raz, Walter Sinnott-Armstrong y Ronald de Sousa.⁴¹

Pensemos en el siguiente ejemplo, modificado de Raz.⁴² Supongamos que juzgamos racionalmente que una carrera particular como clarinetista no es ni mejor ni peor que una carrera particular como abogado, digamos, con respecto a la virtud de las carreras. (Complétese cualquier detalle que haga más plausible el juicio). Podemos mejorar un poco la carrera de clarinetista con respecto a la virtud de las carreras, aumentando, quizá, 10 dólares el salario. Por consiguiente, ¿estamos racionalmente obligados a juzgar que la carrera musical mejorada es mejor que la legal? Parece racional resistirse a esta conclusión. Si es racional, entonces las carreras originales no pueden ser igualmente buenas, pues si lo fueran, una pequeña mejora en una debería hacerla mejor que la otra. Por lo tanto, han de ser incomparables. En general, si (1) *A* no es ni mejor ni peor que *B*, (2) *A+* es mejor que *A*, y (3) *A+* no es mejor que *B*, entonces (4) *A* y *B* son incomparables. Una pequeña mejora en uno de los dos objetos, entre los cuales ninguno es mejor que el otro, no siempre garantiza la conclusión de que el objeto mejorado sea mejor. Cuando es así, según este argumento, los dos objetos originales son incomparables.

⁴¹ Véase Joseph Raz, *The Morality of Freedom*, capítulo 13; Sinnott-Armstrong, *Moral Dilemmas*, *op. cit.*, pp. 65-66, también "Moral Dilemmas and Incomparability", *American Philosophical Quarterly*, núm. 22, 1985, pp. 321-329, 327; De Sousa, "The Good and the True", *op. cit.*, pp. 544-546.

⁴² El argumento de Raz y de Sousa procede de un recurso a las actitudes racionales de indiferencia y no a un recurso directo a los juicios racionales que podríamos hacer. Sin embargo, el argumento es más fuerte si se comprende en términos de juicios racionales. La versión fuerte que considero aquí fue tomada de Sinnott-Armstrong en el contexto de los requerimientos morales.

Donald Regan ha presentado una objeción epistémica a este argumento que parece fatal. Regan es lo que podríamos llamar un "tricotomista estricto", es decir, alguien que cree que entre dos objetos se establece siempre una relación de "mejor que", "peor que" e "igualmente bueno".⁴³ En pocas palabras, sostiene que no hay justificación para la premisa 1 cuando hay justificación para las premisas 2 y 3. Nótese que los tipos de casos en los que el patrón de juicio de 1 a 3 parece racional implican objetos muy diferentes y un valor de cobertura complejo. En estos casos, es difícil comprender correctamente los juicios de mérito comparativo. Por lo tanto, según la objeción, no tenemos justificación para juzgar, por ejemplo, que la carrera de clarinetista sea ni mejor ni peor que la carrera legal con respecto a virtud de carreras; ese caso es inherentemente demasiado difícil para que descartemos justificadamente las relaciones "mejor que" y "peor que" (aunque desde luego que *algunas* carreras de clarinetistas serán claramente mejores mientras que otras serán claramente peores). En estos casos, es racional juzgar sólo que es *incierto* el tipo de relación que se establece entre ellos, si es que se establece alguna relación. Y si nuestro juicio de que ninguna de las carreras es mejor es injustificado, no se desprende la conclusión de que son incomparables.

Sin embargo, en el nivel abstracto sí parece perfectamente racional hacer los juicios del 1 al 3. Por ejemplo, parece posible que si Dios pusiera todos los pares de carreras comparables (digamos, con respecto a la virtud como carrera) en una caja negra, habría por lo menos un par para el que los juicios del 1 al 3 serían verdaderos. Por ejemplo, uno podría pensar que los valores son burdos o imprecisos de manera que un pequeño mejoramiento en un objeto que no es mejor ni peor que otro no lo hace mejor. Si un valor burdo o impreciso es una posibilidad conceptual, el tricotomista estricto debe conceder que *podría* haber alguna justificación para los juicios del 1 al 3.

⁴³ Véase Regan, "Authority and Value", *op. cit.*

La fenomenología en casos particulares también respalda la idea de que los juicios del 1 al 3 podrían ser racionales. Supongamos que usted es miembro de un comité de nombramientos filosóficos cuya tarea es comparar a Eunice, una metafísica, con Janice, una filósofa moral, con respecto al talento filosófico. Usted y sus colegas acordaron que le ofrecerán a la candidata con mayor talento filosófico la dirección vacante en su departamento. Imagínese que, junto con sus compañeros miembros del comité, han investigado detalladamente a ambas candidatas, han discutido y examinado a profundidad sus trabajos escritos, reunido opiniones consideradas de todo el país, evaluado sus cartas de recomendación y demás. Seguramente, es posible que después de deliberar cuidadosa y sensatamente usted y otras personas cuyo juicio respeta concluyan racionalmente que Janice no es más talentosa filosóficamente que Eunice y que Eunice no es más talentosa filosóficamente que Janice. El juicio que se hace no es de incertidumbre; no se trata de que no se sepa cuál es mejor. Más bien, el cuidado y la profundidad de la deliberación y la autoridad de la opinión experta proporcionan las pruebas positivas que se necesitan para concluir racionalmente que ninguna es mejor. Por lo menos, el juicio de que ninguna es mejor tiene alguna justificación. Y además, en un caso así, es posible pensar que un pequeño mejoramiento de una de las candidatas no será determinante para tomar una decisión.

A manera de respuesta, el tricotomista estricto simplemente se obstinará e insistirá en que la fenomenología es engañosa; podría parecer racional juzgar que Eunice no es ni mejor ni peor que Janice, pero de hecho es o mejor o peor. Quizá algún hecho acerca de ella fue pasado por alto o no se apreció en su justa medida o, menos plausiblemente, cuando los hechos evaluativos parecen indeterminados, hay en realidad una verdad sobre el asunto. El tricotomista estricto nos remite a una teoría del error sobre nuestros juicios. Sin embargo, la fenomenología está en tensión con la teoría; mientras mayor sea la ocurrencia de ese tipo de juicios y más extendida sea la creencia de que son racionales, menor razón habrá

para pensar que los juicios están equivocados.⁴⁴ Y no puede negarse que la fenomenología es muy común. Además, mientras más fuerte sea la supuesta modalidad según la cual se establezca una de las relaciones de la tricotomía, menos plausible es que cometamos ese tipo de error. Por ejemplo, es difícil creer que pasamos por alto una necesidad *conceptual*. Si, por otro lado, una modalidad más débil establece la tricotomía, el fracaso de que se establezca la tricotomía es conceptualmente posible. ¿Por qué, entonces, el tricotomista estricto debería estar tan seguro de que no existen ese tipo de casos?

Aunque la objeción epistémica no es decisiva, tenemos otros fundamentos para pensar que los argumentos de las pequeñas mejoras fracasan. Recordemos nuestra discusión sobre Eunice y Eunice*. Eunice* sólo difiere de Eunice en que técnicamente es un poco más competente y un poco menos clara como escritora. Ahora, pensemos en Eunice+, sólo un poco menos talentosa filosóficamente que Eunice*, pero un poco más talentosa filosóficamente que Eunice. Ni Eunice ni Eunice* es mejor que la otra. Sin embargo, Eunice+ es un poco mejor que Eunice. ¿De esto se concluye que Eunice+ es mejor que Eunice*? Parece perfectamente racional negar esta conclusión y, sin embargo, es sumamente poco plausible pensar que Eunice* y Eunice son incomparables, ya que son casi igualmente buenas. ¿Cómo podrían ser incomparables? Por consiguiente, si los argumentos de pequeño mejoramiento fracasan en la demostración de que Eunice y Eunice* son incomparables, también fracasan en la demostración de que Eunice y Janice lo son.

En estos casos, me parece, las alternativas son equivalentes. Si un objeto no es ni mejor ni peor que otro y, sin embargo, un pequeño mejoramiento en uno no lo hace mejor que el otro, los objetos son equivalentes.

⁴⁴ Susan Hurley sostiene algo similar contra la teoría del error de los juicios morales de Mackie. Véase *Natural Reasons*, Oxford University Press, Oxford, 1988, pp. 278-279. Desde luego, el estricto tricotomista siempre es libre de rechazar la fenomenología del juicio como la he descrito. Sin embargo, su rechazo sin una explicación, por lo menos, que desacredite el argumento equivale a mero dogmatismo.

Podemos tomar por ciertas las premisas de los argumentos de pequeños mejoramientos, pero rechazar la conclusión de la incomparabilidad. En pocas palabras, la Tesis de la tricotomía, crucial para la conclusión de los incomparabilistas, es falsa. Los argumentos de pequeños mejoramientos no nos dan razón para pensar que existe la incomparabilidad, sino más bien que hay una cuarta relación de comparabilidad.⁴⁵

¿Cuál es la cuarta relación? Permítaseme ofrecer un breve esbozo intuitivo de los que creo que son sus rasgos esenciales. La idea central de paridad puede abordarse si nos enfocamos en la idea de una *diferencia evaluativa* con respecto a un valor de cobertura. Cuando *hay* alguna diferencia evaluativa entre objetos, la diferencia es (1) *cero* o *distinta a cero*, y (2) *parcial* o *imparcial*. Una diferencia es cero si no tiene alcance. Una diferencia es parcial si favorece un objeto y, correspondientemente, desfavorece al otro. Una diferencia cero, entonces, debe ser imparcial. La tricotomía tradicional de las relaciones de valor puede explicarse en estos términos. Si una diferencia es distinta a cero y parcial, uno de los objetos es mejor que el otro. Si es parcial en favor de x y en contra de y , x es mejor que y . Y si la diferencia es muy grande, entonces x es mucho mejor que y . Si, en cambio, una diferencia es cero y en consecuencia imparcial, los objetos son igualmente buenos.

Si tomamos la idea de las diferencias evaluativas como explicativas de las relaciones de valor, la pregunta surge naturalmente: ¿Por qué deberíamos pensar que las diferencias que no son nulas y sesgadas (mejor que y peor que) y las diferencias cero (imparciales) (igualmente buenas) son los únicos tipos de diferencias que existen? En particular, ¿por qué debemos descartar la posibilidad de diferencias distintas a cero *imparciales*?

⁴⁵ Le debo este enorme punto a Derek Parfit, quien me señaló por primera vez que los argumentos de un pequeño mejoramiento no implican incomparabilidad. Parfit usa un argumento de pequeño mejoramiento para sugerir que hay comparabilidad "tentativa", es decir, comparabilidad cardinal imprecisa. Véase Parfit, *Reasons and Persons*, *op. cit.*, pp. 430-431.

La idea de una diferencia distinta a cero imparcial es familiar. Podríamos querer conocer la diferencia imparcial en el tiempo que toma llegar a Londres por dos rutas diferentes. ¿La diferencia entre ir vía Oxford e ir vía Cambridge es mayor que una hora? O podríamos querer conocer la diferencia distinta a cero imparcial en longitud entre dos novelas o en el precio entre dos aparatos de cocina o en masa entre dos cuerpos celestes. En matemáticas, la diferencia imparcial —"absoluta"— entre 3 y 5, y 5 y 3, es 2. Desde luego, estos ejemplos de diferencias imparciales se relacionan con una diferencia parcial subyacente. Yo quiero sugerir que en el terreno evaluativo puede haber diferencias imparciales sin que haya diferencias parciales subyacentes. Si analogamos diferencias evaluativas entre objetos con distancias entre puntos, una diferencia evaluativa imparcial entre dos objetos es como la distancia absoluta entre dos puntos. La distancia absoluta entre Londres y Glasgow es de 345 millas aéreas (no 345 millas aéreas *hacia el norte*). Como las diferencias parciales, las diferencias imparciales pueden ser menores o mayores. La diferencia imparcial con respecto al talento filosófico de Eunice y Janice puede ser mayor que la diferencia imparcial entre Eunice y Eunice*. Los objetos que difieren evaluativamente pero de una manera imparcial no pueden ser incomparables, pues si dos objetos son incomparables, no existe una diferencia evaluativa —cero o distinta a cero— entre ellos. Puede haber diferencias con respecto a los valores contributivos, pero ninguna diferencia con respecto al valor de cobertura. Los objetos incomparables *a fortiori* no pueden diferir por más o menos con respecto al valor de cobertura.

La distinción entre diferencias parciales e imparciales se comprende muy bien si modificamos el modelo de incomparabilidad que propuso Adam Morton.⁴⁶ Imaginemos cuatro puntos configurados de manera que si los

⁴⁶ Hago una ligera modificación al modelo de Morton. Véase Adam Morton, *Disasters and Dilemmas*, *op. cit.*, pp. 34-35. Nótese que como yo tomo el "patrón de diamante" de Morton como modelo de diferencias parciales e imparciales, no debemos esperar que haya cabida para objetos incomparables, que no tienen diferencias evaluativas.

unimos obtendríamos la forma de un diamante. Llamemos el punto en la posición superior A , el punto en la parte inferior C y los puntos que están horizontalmente uno frente a otro B_1 y B_2 . A , conectado con C y por encima de éste, es mejor que C , y C es peor que A . Igualmente, A es mejor que B_1 y B_2 , y C es peor que éstos. La distancia que hay entre unos y otros objetos conectados en el eje vertical *podría*, aunque no necesariamente, reflejar la medida en que un objeto es mejor que otro. B_1 y B_2 , sin embargo, no están conectados y, por consiguiente, la distancia entre ellos es irrelevante. Aunque cada uno puede compararse con A y C , no pueden compararse uno con otro.

Ahora, partiendo del modelo de Morton, trazamos una línea horizontal que conecta B_1 y B_2 . La distancia entre B_1 y B_2 refleja la diferencia entre ellos, justo como la distancia entre A y B_1 refleja la medida en que A es mejor. B_1 y B_2 están conectados y por lo tanto son comparables uno con otro, pero su diferencia se mide en el eje horizontal, no vertical. Las diferencias que se miden en el eje vertical son parciales, las diferencias que se miden en el eje horizontal son imparciales. B_1 y B_2 no son incomparables, no son igualmente buenos, pues la diferencia entre objetos igualmente buenos no es en principio distinto a cero, y uno no es mejor que otro, pues su diferencia no se mide en el eje vertical. Dos puntos cualesquiera conectados en un eje horizontal están relacionados por una cuarta relación de valor.

Si la diferencia evaluativa entre dos objetos es distinta a cero e imparcial, entonces, los objetos son *equivalentes*. Aquí no puedo dar una defensa plena de la paridad, pero espero que su posibilidad, como la describo, sea intuitiva y orientadora.

IV. No comparabilidad y valores de cobertura

En la primera parte, sostuve que la incomparabilidad debe establecerse con respecto a un valor de cobertura; a menos que se haya declarado o

insinuado un valor, no puede comprenderse ninguna comparación. Sin embargo, el requerimiento del valor de cobertura también exige que el valor relevante "cubra" los objetos que están en juego. "Placer gustativo" no cubre el gis y el cheddar, pero sí cubre el pastel de queso y el cheddar. En esta parte, sostengo que el hecho de que un supuesto valor de cobertura no cubra un par de objetos no cede el paso a la incomparabilidad sino a un fenómeno distinto: *la no comparabilidad*. La no comparabilidad es distinta de la incomparabilidad en el sentido en que es un fracaso formal de la comparación, mientras que la incomparabilidad es un fracaso sustancial.

Comenzamos con la idea de que todo predicado tiene un campo de aplicación. Como la comparabilidad siempre es relativa a un valor de cobertura, podemos tomar la tercera posición de la discusión como algo fijo y concentrarnos en predicados de dos posiciones como "comparable con respecto a la belleza/la prudencia/la virtud moral, etcétera". Para cada predicado de comparabilidad de dos posiciones, hay un campo de pares de objetos a los que el predicado puede aplicarse.

La distinción entre comparabilidad e incomparabilidad por un lado y no comparabilidad por otro puede verse como un ejemplo de la distinción entre la posibilidad o la no posibilidad de aplicación de un predicado. Dos objetos son comparables o incomparables si el par pertenece al campo de aplicación del predicado de comparabilidad; son no comparables si no pertenecen a su campo de aplicación. Un par de objetos, es posible suponer, entran en el campo de un predicado de comparabilidad si ambos miembros del par pertenecen al campo del predicado de valor de cobertura relacionado. Tomemos, por ejemplo, el predicado de comparabilidad "comparable con respecto a la belleza auditiva". El par <huevos fritos, el número nueve> no pertenece al campo del predicado de comparabilidad porque los huevos fritos y el número nueve no pertenecen al campo de "auditivamente hermoso". Igualmente, el par cae fuera del campo de aplicación del predicado de incomparabilidad. Podríamos decir que el valor de la belleza auditiva no "cubre" los huevos fritos.

Aunque tengo que dar por hecho la distinción entre posibilidad y no posibilidad de aplicación de un predicado, es necesario aclarar dos puntos. Primero, la no posibilidad de aplicación puede deberse a rasgos esenciales o contingentes del objeto. Sabemos, por ejemplo, que el número nueve, en virtud de que es un objeto abstracto, no puede ser auditivamente hermoso. Sin embargo, también hay rasgos contingentes de los objetos en virtud de los cuales se descarta la aplicación. Miguel Ángel, que jamás dio un concierto de música en su vida, no entra en el campo de "éxito en conciertos de música". (Desde luego, algunos rasgos contingentes no descartan la aplicación, sino que solamente hacen la aplicación falsa; un edificio feo, contingentemente feo, cae dentro del campo de "hermoso", aunque es falso que lo sea.) Segundo, es posible suponer que si un objeto pertenece al campo de aplicación, entonces, como regla, el predicado será verdadero o falso de los objetos, mientras que si no pertenecen —ya que es natural pensar que la verdad y la falsedad presuponen la aplicación— habrá indeterminación en el valor de verdad. Digo que habrá verdad o falsedad donde hay aplicación "como regla" puesto que la vaguedad en el predicado (o en el valor al cual se refiere) puede abrir el paso a la indeterminación en el valor de verdad aunque el predicado se aplique. ("Phil Collins es calvo" puede ser verdadero o falso, pero Phil Collins entra en el campo de "calvo"). Y puede haber otras fuentes de indeterminación en valor de verdad donde sea posible la aplicación.

Por consiguiente, podemos distinguir entre fracasos de comparabilidad *formales* y *sustanciales*. El fracaso es formal si no puede establecerse alguna condición necesaria tanto para la posibilidad de comparabilidad como para la posibilidad de incomparabilidad. La condición formal en la que nos hemos concentrado es que haya un valor de cobertura con respecto al cual pueda desarrollarse la comparación. Ya hemos visto una manera en que este requerimiento formal podría no encontrarse: si no se declara o insinúa un valor. Ahora vemos otra manera en que la existencia de un valor de cobertura puede fracasar: si el valor declarado o insinuado no cubre a los objetos. En ambos casos, no podemos comprender lo que se dice. Sin un valor con respecto al cual se desarrolle la comparación, no

puede comprenderse ninguna comparación. Y a menos que el predicado de comparabilidad o incomparabilidad pueda aplicarse a los objetos que están en juego, no podemos comprender que algo se diga sobre ellos. En contraste, un fracaso sustancial de comparabilidad presupone que se establezcan las condiciones para la posibilidad de comparabilidad y de incomparabilidad, pero sostiene, como asunto fundamental, que los objetos no pueden compararse con respecto al valor de cobertura.

El requerimiento de que el presunto valor de cobertura cubra a los objetos es, sospecho, lo que los incomparabilistas tienen en mente cuando insisten en que la comparación sólo puede tener éxito cuando hay una "base común" de comparación. El predicado de valor de cobertura debe poder aplicarse a los objetos que están en juego; si los objetos son "tan diferentes" que el valor relevante no los cubre, no pueden compararse. Sin embargo, este fracaso del valor en cubrir a los objetos es formal, de manera que no puede implicar incomparabilidad. La no comparabilidad es neutral entre la comparabilidad y la incomparabilidad.

Esta distinción entre los fracasos de comparabilidad formales y sustanciales es básica para el ámbito de la razón práctica. La razón práctica nunca confronta a los agentes con comparaciones que podrían fracasar formalmente. Es evidente que la razón práctica no requiere que comparemos objetos no comparables; como agentes racionales, nunca nos enfrentaremos, por ejemplo, a una elección entre un pan tostado y la ciudad de Chicago para desayunar o entre una lámpara y una ventana para primer ministro. De hecho, ninguna elección podría tener como justificación o como fuerza justificante una comparación de las alternativas con respecto a un valor que no los cubre. Por esta razón, la no comparabilidad no puede amenazar a la razón práctica, pero, como hemos visto, la incomparabilidad sí.

Que la razón práctica nunca requiere que los agentes comparen objetos no comparables proporciona una respuesta a dos objeciones posibles a nuestra explicación de la no comparabilidad. Primero, están aquellos

que rechazan la distinción entre posibilidad y no posibilidad de aplicación; todo predicado se aplica a todo objeto (pero podría aplicarse de manera falsa) y, por consiguiente, no habría espacio para la no comparabilidad como la describimos. Segundo, suponiendo que no haya posibilidad de aplicación, podría negarse que dos objetos necesiten estar en el campo del predicado de valor de cobertura para que haya comparabilidad o incomparabilidad; el pan tostado podría ser mejor que Chicago con respecto a valor gustativo, o quizá los dos sean incomparables. Podemos dar la misma respuesta a ambas objeciones. Incluso si nunca hay un fracaso de posibilidad de aplicación, querríamos hacer una distinción entre los casos que la razón práctica podría presentarnos y los que están más allá de su ámbito. De manera que tenemos una distinción equivalente, no hecha en términos de posibilidad o no posibilidad de aplicación. De igual manera, incluso si, suponiendo ahora que no hay posibilidad de aplicación, sólo un objeto necesita estar en el campo del predicado del valor de cobertura para que haya comparabilidad o incomparabilidad, vale la pena marcar de alguna manera el hecho de que ninguno de esos casos surja en la deliberación práctica. Tomando en cuenta cada negación, de cualquier manera tenemos razón para hacer la distinción que hemos hecho entre no comparabilidad e incomparabilidad.

La razón práctica nunca nos pide que comparemos cuando hay un caso de no comparabilidad. Sin embargo, ¿qué ocurre en el otro caso, en el que puede fallar el requerimiento del valor de cobertura? ¿La razón práctica alguna vez requiere que comparemos objetos cuando no hay un valor declarado o insinuado en términos del cual pueda proceder la comparación? Aquí hay dos casos. El caso directo es el caso sumamente teórico en el que no hay restricción en el contenido del valor de cobertura; cualquier valor, mientras cubra los objetos, satisfará el requerimiento de que haya algún valor. Pero hay otro caso más complicado. Una situación de elección pondrá restricciones en el contenido del valor de cobertura. Si estamos comparando filósofos para un trabajo, por ejemplo, la inteligencia, la reflexión, la claridad de pensamiento y demás serán relevantes, mientras que la elegancia en el vestir será irrelevante. En algunas

situaciones de elección, lo relevante para la elección son los valores intrínsecos; en otras situaciones, son los valores instrumentales; en otras, son los valores de utilidad y de deber. En una situación de elección determinada, no buscaremos hacer una comparación cualquiera, sino una comparación de las alternativas con respecto al valor que refleja lo que es importante en la situación de elección.

Sin embargo, a veces parece que no existe ese valor de cobertura. Supongamos que sabemos que en una elección son relevantes tanto el goce que se obtiene de una alternativa como el deber que se tiene con los otros. Parece que no hay un valor en términos del cual puedan compararse los méritos de las alternativas con respecto a esos dos valores, no existe un valor con respecto al cual podamos decir que, tomando en cuenta el gozo y el deber, una de las alternativas es mejor "en general". Por consiguiente, parece que a veces la razón práctica nos pide que comparemos alternativas en las que no hay un valor de cobertura, y la comparación fracasa con fundamentos formales. En ese caso, el argumento de que la razón práctica sigue la distinción entre fracasos de comparabilidad formales y sustanciales sería equivocado.

Ya hemos visto por qué la falta de un valor de cobertura con respecto al cual puedan compararse los méritos relevantes de las alternativas no puede dar lugar a la incomparabilidad. Si no existe un valor de cobertura con respecto al cual puedan compararse los méritos relevantes de las alternativas, no puede haber ni comparabilidad ni incomparabilidad con respecto a ese valor. Sin embargo, hay otra manera como podemos distender la intuición de los incomparabilistas: demostrando que la razón práctica nunca nos enfrenta con esos casos.

Pensemos, como ejemplo tradicional, en el siguiente caso simplificado. Supongamos que debemos decidir entre dos maneras de gastar el bono de Navidad: o donar el dinero para alimentar a los niños hambrientos de una tierra remota o invertir los fondos como ahorro para el retiro. La opción de la donación tiene un gran mérito valor moral y la opción del

ahorro tiene gran valor prudencial. Quizá, también, la opción de la donación tiene un valor nominal prudencial y la opción de la inversión tiene valor moral nominal. Parece que la razón práctica necesita una respuesta a la pregunta siguiente: "Tomando en cuenta que los valores relevantes para la elección son la moral y la prudencia, ¿qué alternativa es mejor en general?". Podemos decir cuál es mejor con respecto a la moral y cuál es mejor con respecto a la prudencia,⁴⁷ sin embargo, no parece haber ninguna manera de decir cuál es mejor con respecto a ambos valores, la moral y la prudencia. Dicho de otro modo, no parece haber un valor de cobertura que tenga como partes a ambos valores, la moral y la prudencia. Y sin embargo, parece que la razón práctica podría requerir que comparemos con respecto a este valor inexistente.

La respuesta al desafío tiene dos pasos. Primero, a menudo hay una razón para pensar que, a pesar de las diferencias, sí existe ese valor de cobertura. Y segundo, en casos en los que no existe ese valor de cobertura, es posible pensar que la situación de elección se ha malinterpretado; la razón práctica no requiere *esa* comparación, sino una diferente, una que, como asunto formal, no tenga asegurado el fracaso.

¿Qué razón podría haber para pensar que hay un valor de cobertura adecuado en el presente caso? Una sugerencia podría ser que siempre hay consideraciones muy generales como "qué hay más razón para hacer, tomando todo en cuenta" o "lo que es mejor, tomando todo en cuenta", en términos de los cuales puede proceder una comparación de dos alternativas cualesquiera. Sin embargo, tales consideraciones no tienen contenido aparte del que les dan las situaciones de elección en las que aparecen. Son *esquemáticas*. Una consideración esquemática como "si hay más razón para hacer, tomando todo en cuenta" equivale en algunos

⁴⁷ Nótese que incluso cuando una opción sólo tuviera valor moral y la otra sólo tuviera valor prudencial, probablemente no se trataría de un caso de no comparabilidad con respecto a un valor o moral o prudencial; los actos que son morales tradicionalmente son el tipo de cosas que pertenecen al terreno de lo "prudencial" y viceversa.

casos a valores morales intrínsecos, valores instrumentales estéticos en otros casos y valores económicos de consecuencia en otros más. Las consideraciones esquemáticas cubren el mismo fundamento que Bernard Williams ha llamado "el deber deliberativo".⁴⁸ Hay parámetros para cualquier valor. Como son meros parámetros, no son valores en sí mismos, pues es sólo en virtud de los valores que representan que hay cualquier comparación evaluativa significativa con respecto a ellos. Nos quedamos con la misma pregunta con la que comenzamos: ¿Existe un valor de cobertura con respecto al cual puedan compararse las cualidades morales y prudentiales de las alternativas?

Hay una buena razón para suponer que existe tal valor de cobertura. Pensemos en el siguiente caso. Uno puede salvarse a sí mismo de una pequeña inconveniencia o puede salvar a un extraño remoto de graves traumas físicos y emocionales. Supongamos que el primer acto conlleva sólo un valor prudencial nominal (y quizá moral nominal), mientras que el otro conlleva un valor moral notable (y quizá valor prudencial nominal). Podemos decir más aparte de que el primer acto es mejor moralmente y el otro es mejor prudentialmente. También podemos decir que, con respecto a ambos valores, el moral y el prudencial, el segundo acto es mejor: tomando en cuenta *ambos* valores, salvar al extraño es mejor *en general*. En general, un acto moral notable es mejor con respecto a la moral y a la prudencia que un valor prudencial nominal. Por consiguiente, debe haber un valor de cobertura en términos del cual procedan las comparaciones de méritos morales y prudentiales, un valor de cobertura que tenga valores tanto morales como prudentiales como componentes. Sabemos que existe porque sabemos algo sobre su estructura: ciertos méritos morales son más importantes que ciertos méritos prudentiales. No podemos hacer un juicio sobre la importancia relativa de estas consideraciones sin que haya algún valor, por muy indefinido que sea, en

⁴⁸ Véase, Bernard Williams, *Ethics and the Limits of Philosophy*, Cambridge University Press, Cambridge, 1985.

términos del cual proceda tal juicio. En general, las comparaciones entre nominal y notable nos ayudan a encontrar valores de cobertura donde parecen ser vagos.

Lo que dificulta el reconocimiento de que hay un valor de cobertura en estos casos es que, a diferencia de otros valores, estos valores tradicionalmente *no tienen nombre*. (Dicho de otro modo, los únicos nombres de tales valores son nombres de consideraciones esquemáticas; como parámetros de cualquier valor, sus nombres proporcionan nombres alternativos para todo valor). Mediante la "prueba nominal-notable", podemos ver que existen tales valores. Algunas variedades del intuicionismo y el especificacionismo podrían comprenderse como modelos dedicados a determinar los contornos de los valores sin nombre. Y cuando autores como Charles Taylor, Elizabeth Anderson, John Finnis, James Griffin, David Wiggins y otros hablan de "lo que realmente es importante", "ideales personales", "realización humana integral" y cuestiones semejantes podrían comprenderse como intentos iluminadores para encontrar el contenido de algunos de estos valores sin nombre. Si mi sugerencia de que la estructura de un valor se constituye mediante comparaciones de los portadores de ese valor, entonces este proyecto requerirá más exploración de las comparaciones entre portadores de esos valores.⁴⁹

Con esto no quiero decir que, en todos los casos en los que parezca que no existe un valor de cobertura adecuado pueda revelarse un valor sin nombre. Sin embargo, es posible que los casos en los que fracasa la prueba nominal-notable sean los casos en los que el agente haya malinterpretado lo que requiere la razón práctica. Supongamos que estoy pensando en dos posibles regalos de cumpleaños para un amigo: una hermosa edi-

⁴⁹ Para un trabajo de esta especie con respecto al valor de la moral (objetiva), véase Frances Kamm, *Morality, Mortality*, vol. II, Oxford University Press, Nueva York, 1996, capítulo 12. La discusión de Kamm puede comprenderse como un esfuerzo por iluminar una parte turbia de la idea de moral a través de una investigación de las relaciones comparativas que se establecen entre sus valores contributivos de "derechos y deberes" y sus valores contributivos de "bienestar/búsqueda de concepciones de la virtud".

ción de *Orgullo y prejuicio* y una elegante mascarada de chifón. Supongo que la elección resultará de la respuesta a la pregunta, "¿Cuál es intrínsecamente mejor?". El libro, entre otros méritos intrínsecos, tiene méritos literarios, y la mascarada, entre otros, méritos indumentarios. Sin embargo, no hay una comparación nominal-notable entre una obra maestra de la literatura y una banalidad indumentaria. No tiene sentido decir que, tomando en cuenta que los valores literarios e indumentarios son los únicos relevantes, *La guerra y la paz* es mejor en general que un par de pantalones acampanados de algodón. Por consiguiente, no hay un valor de cobertura con respecto al cual puedan compararse todos los méritos intrínsecos respectivos del libro y la mascarada.⁵⁰

A la luz de esto, es natural concluir que malinterpreté la situación de elección como una que requería este tipo de comparación. Podría, por ejemplo, haber tomado una decisión con base en una elección de valor inadecuada. Tras una reflexión, podría darme cuenta de que la elección entre los regalos no se rige por valores intrínsecos sino por los gustos de mi amigo, o la belleza intrínseca, o por cualquier cantidad de valores de elección con respecto a los cuales la comparación es formalmente posible. Así como nunca necesitamos comparar chocolates con lápices con respecto a la virtud moral, nunca necesitamos comparar con respecto a un valor que no existe. ¿Cómo es posible que la razón práctica, como parte de la racionalidad en general, requiera un ejercicio de deliberación que no puede tener éxito con base en fundamentos formales?

El predicamento práctico con el que comenzamos es este: podemos determinar qué valores son relevantes para hacer una elección, pero no parece haber ningún valor de cobertura con respecto al cual puedan compararse los valores de las alternativas con respecto a esos valores. Ahora podemos diagnosticar el predicamento de la siguiente manera.

⁵⁰ Nótese que si el valor literario intrínseco y el valor indumentario intrínseco no son parte de ningún otro valor, entonces no existe un supervalor sin nombre que tenga como partes todos los valores.

O existe un valor de cobertura o no existe. Si hay un valor de cobertura, su existencia presumiblemente puede descubrirse mediante la prueba nominal-notable. Si existe, probablemente será un valor sin nombre. Si los objetos son incomparables con respecto a este valor, entonces, es otra cuestión. Si no hay un valor de cobertura, el requerimiento del valor de cobertura no se satisface y, por consiguiente, malinterpretamos la situación de elección como una situación que requiere esa comparación. Los objetos no son incomparables puesto que no hay un valor de cobertura con respecto al cual podrían ser incomparables. En cualquier caso, es un error pensar que la dificultad de encontrar un valor de cobertura adecuado es fundamento para concluir que los objetos son incomparables.

Desde luego, no hemos demostrado que donde sí hay un valor de cobertura, hay comparabilidad con respecto a éste. Quizá las opciones de donar e invertir sean incomparables con respecto a un valor sin nombre adecuado. Sin embargo, es difícil ver qué fundamentos podría haber para tal conclusión.

En esta Introducción hemos evaluado tres categorías de argumentos incomparabilistas. Son aquellos que cometen un error sustantivo fatal: las que ignoran la existencia de las comparaciones entre nominal y notable, las que pasan por alto la posibilidad de una comparación ordinal o las que confunden una declaración enfática de condición de mejor de un sujeto con la incomparabilidad. Existen aquellas que cometen un error formal fatal: las que pasan por alto relacionar la incomparabilidad con un valor, las que relacionan la incomparabilidad con un valor que no cubre el objeto o las que sostienen que la incomparabilidad ocurre cuando no hay un valor de cobertura que capture los valores que supuestamente son relevantes para una situación de elección. Y finalmente, están las que no cometen un error fatal, pero tienen dificultades propias. O dependen de posturas sustanciales controversiales como el verificacionismo, o se comprenden mejor no como argumentos en favor de la incomparabilidad sino de una cuarta relación de valor más allá de "mejor que", "peor que" e "igualmente bueno".

Fuentes

- ANDERSON, Elizabeth, *Value in Ethics and Economics*, Harvard University Press, Cambridge, 1993.
- ANDERSON y PILDES, Richard H., "Slingshot Arrows at Democracy: Social Choice Theory, Value Pluralism, and Democratic Politics", *Columbia Law Review*, vol. 90, 1990, pp. 2121-2214
- BROOME, John, *Weighing Goods*, Blackwell, Oxford, 1991.
- FINNIS, John, *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1980, cap. 5, secc. 6.
- FRITZ, Kurt von, "The Discovery of Incommensurability by Hippasus of Metapontum", en David FURLEY y R. E. ALLEN (eds.), *Studies in Presocratic Philosophy*, vol. 1, Routledge & Kegan Paul, Londres, 1970.
- GRIFFIN, James, *Well-Being. Its Meaning and Measurement*, Oxford University Press, Oxford, 1986.
- GRIFFIN, James, *Value Judgment: Improving Ethical Beliefs*, Clarendon Press, Oxford, 1996.
- GRIFFIN, James, "Mixing Values", *Proceedings of the Aristotelian Society*, núm. 65 (suplemento), 1991, pp. 101-118.
- GUTTENPLAN, Samuel, "Moral Realism and Moral Dilemmas", *Proceedings of the Aristotelian Society*, núm. 80, 1979-1980, pp. 61-80.
- HART, H.L.A., *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1961.
- HEATH, Thomas, *A History of Greek Mathematics*, vol. 1, Clarendon Press, Oxford, 1921.

- HURKA, Thomas, *Perfectionism*, Oxford University Press, Oxford, 1993.
- HURKA, Thomas, "Monism, Pluralism, and Rational Regret", *Ethics*, núm. 106, 1996, pp. 555-575.
- HURLEY, Susan, *Natural Reasons*, Oxford University Press, Oxford, 1988.
- KAMM, Frances, *Morally, Mortality*, vol. II, Oxford University Press, Nueva York, 1996.
- KOLNAI, Aurel, *Ethics, Value and Reality*, Hackett, Indianapolis, 1978.
- LAIRD, John, *An Enquiry into Moral Notions*, George Allen & Unwin, Londres, 1935.
- LEVI, Isaac, *Hard Choices: Decision Making Under Unresolved Conflict*, Cambridge University Press, Cambridge, 1986.
- MCCLENNEN, Edward, *Rationality and Dynamic Choice*, Cambridge University Press, Cambridge, 1990.
- MILLGRAM, Elijah, *Practical Induction*, Harvard University Press, Cambridge, 1997.
- MORTON, Adam, *Disasters and Dilemmas*, Blackwell, Oxford, 1991.
- NAGEL, Thomas, *The Possibility of Altruism*, Princeton University Press, Princeton, 1970.
- Thomas NAGEL, *Mortal Questions*, Cambridge University Press, Cambridge, 1979.
- NUSSBAUM, Martha, *The Fragility of Goodness*, 2a. ed., Cambridge University Press, Cambridge, (1986) 2001.

- PARFIT, Derek, *Reasons and Persons*, Oxford University Press, Oxford, 1986.
- QUINN, Warren, "The Puzzle of the Self-Torturer", *Philosophical Studies*, núm. 59, 1990, pp. 79-90.
- QUINN, Warren, *Morality and Action*, Cambridge University Press, Cambridge, 1993, pp. 198-209.
- RAZ, Joseph, *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, Oxford, 1986.
- RAZ, Joseph, "Mixing Values", *Proceedings of the Aristotelian Society*, núm. 65 (suplemento), 1991, pp. 83-100.
- REGAN, Donald, "Authority and Value: Reflections on Raz's *Morality of Freedom*", *Southern California Law Review*, núm. 62, 1989, pp. 995-1095.
- RICHARDSON, Henry, *Practical Reasoning About Final Ends*, Cambridge University Press, Cambridge, 1994.
- SEN, Amartya, "Plural Utility", *Proceedings of the Aristotelian Society*, núm. 81, 1980-1981, pp. 193-215.
- SEUNG, T. K. y BONEVAC, Daniel, "Plural Values and Indeterminate Rankings", *Ethics*, núm. 102, 1992, pp. 799-813.
- SINNOTT-ARMSTRONG, Walter, *Moral Dilemmas*, Blackwell, Oxford, 1988.
- SINNOTT-ARMSTRONG, Walter, "Moral Dilemmas and Incomparability", *American Philosophical Quarterly*, núm. 22, 1985, pp. 321-327.
- SOUSA, Ronald de, "The Good and the True", *Mind*, núm. 84, 1974, pp. 547-548.

STOCKER, Michael, *Plural and Conflicting Values*, Oxford University Press, Oxford, 1990.

SUNSTEIN, Cass, "Incommensurability and Valuation in Law", *Michigan Law Review*, núm. 79, 1994, pp. 779-861.

THOMSON, Judith Jarvis, "Evaluatives and Directives", en Gilbert HARMAN y Judith Jarvis THOMSON, *Moral Relativism and Moral Objectivity*, Blackwell, Oxford, 1996.

TAYLOR, Charles, "The Diversity of Goods", en Amartya SEN y Bernard WILLIAMS (eds.), *Utilitarianism and Beyond*, Cambridge University Press, Cambridge, 1982.

STOCKER, Michael, *Plural and Conflicting Values*, Oxford, 1992.

WILLIAMS, Bernard, "Conflicts of Values", en *Moral Luck*, Cambridge University Press, Cambridge, 1981.

WILLIAMS, Bernard, *Ethics and the Limits of Philosophy*, Cambridge University Press, Cambridge, 1985.

WIGGINS, David, "Deliberation and Practical Reason", *Proceedings of the Aristotelian Society*, núm. 76, 1975-1976, pp. 29-51.

WIGGINS, David, *Needs, Values, Truth*, 3a. ed., Oxford University Press, Oxford, 1998, pp. 239-267.

WIGGINS, David, "Weakness of Will, Commensurability, and the Objects of Deliberation and Desire", *Proceedings of the Aristotelian Society*, núm. 79, 1978-1979, pp. 251-277.

Derechos y conflictos entre derechos: un análisis metafísico

Miguel Ángel García Godínez*

* Estudiante de Doctorado, Universidad de Glasgow, j.garcia-godinez.1@research.gla.ac.uk.
Agradezco a Diana González y a Bernardo Gallegos por sus importantes comentarios.

SUMARIO: 1. Introducción; 2. Derechos como artefactos; 2.1. Artefactos; 2.2. Intencionalidad; 2.2.1. Artefactos sociales; 2.2.2. La naturaleza artefactual de los derechos; 2.2.3. El reconocimiento de los derechos; 2.2.4. Las funciones de los derechos; 2.2.5. Los derechos como objetos sociales; 2.2.6. El reconocimiento social; 2.2.7. Los conflictos entre derechos; 3. Conclusiones.

1. Introducción

Los derechos existen: son creaciones intencionales que dependen de cierto tipo de reconocimiento social. En otras palabras, son *artefactos sociales*. Un tenedor, un sillón, una corporación y una melodía, todos son artefactos. Esto quiere decir que la naturaleza artefactual no es exclusiva de objetos físicos (o materiales). En la primera parte de este artículo explicaré qué son los artefactos y qué tipo de artefactos son los derechos. Usaré esta explicación para defender, además, que los derechos no son fundamentales (esto es, que los derechos no existen independientemente de su reconocimiento). En la segunda parte, reconstruiré el debate acerca de los conflictos entre derechos en términos de conflictos entre razones. Identificar a alguien como tenedor de un derecho *activa* una razón para una determinada decisión normativa. Así, diré que los derechos están en conflicto, cuando las razones que activan están en conflicto.

2. Derechos como artefactos

Afirmar la existencia de los derechos implica ciertos *compromisos ontológicos*.¹ Cuando digo que los derechos existen, estoy aceptando que los derechos son parte de la ontología del mundo, es decir, que hay "algo" en el mundo que son los derechos. Para responder *qué son los derechos* (en particular, *qué tipo de objeto son los derechos*), presentaré en esta sección un primer bosquejo de lo que podría entenderse como *una teoría de los derechos como artefactos*. De acuerdo con esta teoría, *los derechos son artefactos sociales*. Esta teoría, a diferencia de aquellas que pretenden explicar la naturaleza de los derechos empleando solamente análisis conceptual,² no propone una definición del concepto "derechos" ni establece una relación analítica entre "derechos" y "artefactos sociales" (semejante a la relación "si y sólo si" que frecuentemente encontramos en esas teorías).³ Por el contrario, esta teoría consiste en una investigación metafísica acerca del estatus ontológico de los derechos y sus condiciones de existencia, identidad y persistencia.

2.1. Artefactos

Un tenedor, un sillón y un teléfono celular tienen en común que todos son artefactos. Todos ellos son objetos intencionalmente creados para cumplir con alguna función. Uno podría decir, p. ej., que los tenedores son el tipo de artefacto que sirve para pinchar alimentos, sostenerlos y ayudarnos a llevarlos a la boca. Esto, desde luego, sin rechazar que hay algunos tenedores que no cumplen con esa función, que lo hacen de

¹ Sobre esta noción, véase Phillip Bricker "Ontological Commitment", en Edward Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, noviembre 2014. Disponible en: <https://plato.stanford.edu/entries/ontological-commitment/>

² Véase, p. ej., Wesley N. Hohfeld, "Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning", *Yale Law Journal*, vol. 26, núm. 8, 1917, pp. 710-770; Joseph Raz, "On the Nature of Rights", *Mind*, vol. 93, núm. 370, 1984, pp. 194-214; Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2002.

³ Para una revisión cuidadosa de algunas de las teorías conceptuales de los derechos más importantes, véase, Juan Antonio Cruz Parceró, *El concepto de derecho subjetivo*, 2a. ed., Fontamara, México, 1999.

forma deficiente, o que cumplen con funciones diferentes (p. ej., son usados para pinchar y sostener cualquier otro objeto distinto de los alimentos). En todo caso, como explicaré más adelante, las funciones que se supone que cumplen los artefactos no sólo pueden ser cumplidas en distinta medida, sino que además están sujetas a revisión.

Independientemente de cuáles sean sus funciones, los artefactos son *creaciones intencionales*, es decir, son el producto de acciones o actividades intencionales (o de acciones o actividades de las que participan otras acciones o actividades intencionales, p. ej., procesos industriales automatizados). En este sentido, los artefactos no son objetos dados o transformados por la naturaleza, sino que alguien con cierta capacidad (denominada *intencionalidad*) los ha creado. De ahí que pertenezcan a una categoría ontológica distinta de los objetos naturales. Pertenecen a la categoría de *objetos artificiales*.⁴

Para entender qué son los artefactos y cómo podemos clasificarlos, comenzaré por una caracterización básica. Risto Hilpinen, en "On Artifacts and Works of Art", propone una definición de artefactos, según la cual los artefactos son objetos físicos creados intencionalmente con el fin de lograr algún propósito.⁵ Los tenedores, los sillones y los teléfonos celulares son el tipo de artefactos que hacen intuitivamente correcta esta definición. Sin embargo, parece haber también otro tipo de artefactos que, si bien son creaciones intencionales a los que se les atribuyen ciertas funciones, no son objetos físicos (p. ej., las melodías, las historias y las corporaciones).

En este trabajo, defenderé una teoría de los artefactos que no afirma la naturaleza (o carácter) artefactual sólo de objetos físicos que satisfacen las condiciones de intencionalidad y funcionalidad. Así, las melodías, las historias y las corporaciones, junto con muchos otros objetos no-físicos,

⁴ Sobre esta noción, véase, Marteen Franssen *et al.* (eds.), *Artifact Kinds. Ontology and the Human-Made World*, Springer, Suiza, 2013.

⁵ Risto Hilpinen, "On Artifacts and Works of Art", *Theoria*, vol. 58, núm. 3, 1992, p. 58.

también serán considerados artefactos, aunque diferentes de los tipos de artefactos que son los tenedores, los sillones y los teléfonos celulares.

Decir que los artefactos son creaciones intencionales significa que hay una relación de *dependencia ontológica* entre el objeto creado y quien lo crea. Para el caso de objetos físicos manufacturados, Hilpinen caracteriza esta relación en términos de *causalidad*.⁶ Así, decir que el agente *A* (cualquier entidad dotada de intencionalidad) crea el artefacto *f*, significa que el producto (o efecto) de la actividad de *A* es *f*. El producto *f* es, entonces, una instancia del tipo de objeto que no existiría sin *A*.

Causalidad, sin embargo, no es la única forma de entender esta relación de dependencia. Más adelante sugiero una forma diferente para el caso de artefactos que no son objetos físicos manufacturados. Por ahora quiero detenerme en uno de los elementos más importantes de esta relación. Decir que *A* crea intencionalmente el artefacto *f* implica que hay algo que es el *contenido* de la intencionalidad de *A*.⁷ Cuando *A* intenta crear, p. ej., un tenedor, el contenido de su intención es cierta concepción (o *descripción-tipo*) asociada al concepto de tenedor. De ahí que, si *A*, efectivamente, crea un tenedor, el producto de su creación (es decir, el tenedor) es dependiente de la concepción que *A* tiene del tipo de artefacto que es el tenedor. Si *A* está equivocado respecto de lo que es un tenedor (o, mejor dicho, de la concepción socialmente compartida que se tiene del tipo de objeto que son los tenedores), entonces, su creación no será un tenedor (al menos, no intencionalmente).

Un aspecto importante de esta explicación es aquello que *determina* el contenido intencional del agente. Debido a que las funciones que se supone que cumplen los artefactos son parte de su descripción-tipo, entonces parte de lo que determina este contenido son las funciones que les atribuimos.⁸ Aunque en algunas ocasiones no es claro qué funciones

⁶ *Ibidem*, p. 59.

⁷ *Ibidem*, p. 60.

⁸ *Ibidem*, p. 61.

específicas le corresponden a cada tipo artefactual, su *funcionalidad* sigue siendo parte de lo que determina su naturaleza; es decir, los artefactos están parcialmente determinados por las funciones que cumplen.⁹ Por ejemplo, si A crea un tenedor, su contenido intencional es una descripción-tipo de los tenedores, la cual, a su vez, está determinada por las funciones que se supone que ellos cumplen.

¿*Qué es una descripción-tipo?*, es una pregunta que una teoría general de los artefactos debe responder claramente. Dado que en este trabajo no pretendo desarrollar tal teoría, me limitaré, en cambio, a sugerir sólo un par de ideas. Primero, la descripción-tipo de los artefactos no está determinada por criterios de corrección, sino por diferentes significados socialmente compartidos (es decir, por las diferentes ideas o concepciones que se tengan acerca de qué es o debería de ser cierto artefacto, de las funciones que debería cumplir, del material del que debería estar hecho, etc.). Segundo, las descripciones-tipo son referenciales. Para decidir si existe o no una instancia de un tipo artefactual, es suficiente con realizar una investigación empírica y determinar si las condiciones de aplicación de la descripción-tipo son satisfechas o no por algún objeto en el mundo. Así, diremos que hay un *tenedor* en tanto que un objeto creado intencionalmente bajo una descripción-tipo de tenedor satisface sus condiciones de aplicación.¹⁰

Todos estos elementos (intencionalidad, dependencia ontológica y descripción-tipo) son parte de la teoría de los artefactos que usaré para explicar qué son los derechos. Comenzaré con el primer elemento: el requerimiento de intencionalidad.

⁹ En contraste, véase Amie L. Thomasson, "Public Artifacts, Intentions, and Norms", en Marteen Franssen et al. (eds.), *Artifact Kinds. Ontology and the Human-Made World*, Springer, Suiza, 2013, pp. 45-62.

¹⁰ En su teoría de objetos ordinarios, Amie Thomasson considera, junto a las condiciones de aplicación, las condiciones de co-aplicación de los términos artefactuales referenciales. Véase, también, de Amie L. Thomasson, *Ordinary Objects* (Oxford University Press, Oxford, 2007) y "The Easy Approach to Ontology" (en *Axiomathes*, vol. 19, núm. 1, 2009, pp. 1-15).

2.2. Intencionalidad

Un artefacto (o, mejor dicho, una instancia de un tipo artefactual) es un objeto creado intencionalmente. Para Hilpinen, esto significa que un objeto es un artefacto sólo si es el producto (o el resultado) de una acción o actividad intencional. De acuerdo con su teoría, hay dos *principios de éxito* para decidir cuándo un objeto creado intencionalmente es un artefacto.

El primero (A1) establece que un objeto es un artefacto creado por un agente sólo si ese objeto *satisface* alguna descripción-tipo, que es el contenido de la intención por la cual el agente produce la existencia de ese objeto.¹¹ El segundo (A2) establece que un objeto es un artefacto creado por un agente sólo si el agente *acepta* que ese objeto satisface alguna descripción-tipo, que es el contenido de la intención por la cual el agente produce la existencia de ese objeto.¹²

Interpretados correctamente, estos principios establecen condiciones suficientes (no necesarias). A1 establece que el objeto creado es un artefacto si satisface la descripción-tipo, que es el contenido de la intencionalidad del agente, y A2 establece que el objeto creado es un artefacto si el agente que lo creó acepta (o *reconoce*) ese objeto como satisfaciendo dicha descripción.

Para entender la importancia de estos dos principios utilizaré un par de ejemplos. Primero: si yo creo un objeto mediante la transformación de una sustancia física (p. ej., plástico), y el objeto resultante de dicha transformación satisface las condiciones de aplicación de la descripción-tipo de tenedor (que es parte del contenido intencional de mi actividad creadora), entonces, de acuerdo con A1, habré creado exitosamente un artefacto, a saber, un tenedor.

¹¹ Risto Hilpinen, *op. cit.*, p. 61.

¹² *Ibidem*, p. 62.

Segundo: si yo reconozco un objeto cualquiera (p. ej., una rama de un árbol) como satisfaciendo las condiciones de aplicación de la descripción-tipo de tenedor, entonces, de acuerdo con A2, también habré creado exitosamente un tenedor. En este caso, a diferencia del anterior, lo que hace a este objeto ser un artefacto, no es el hecho de que sea el producto de un proceso de manufacturación, junto con el hecho de que satisfaga las condiciones de aplicación de la descripción-tipo correspondiente, sino su *reconocimiento* como satisfaciendo dichas condiciones.

Reconocer, así como transformar un objeto físico mediante un cierto proceso de manufacturación, son actividades intencionales por medio de las cuales podemos crear artefactos. En el caso del reconocimiento, la actividad intencional consiste en atribuir al objeto en cuestión las características que usualmente se atribuyen a cualquier otro miembro del tipo de artefacto de que se trata (incluyendo, por supuesto, las funciones comúnmente asociadas a él).

Una de las propiedades que tienen en común ambas actividades es que no están condicionadas a una forma única de realización. Por ejemplo, un tenedor creado mediante una actividad de manufacturación puede ser, igualmente, el resultado de un proceso de transformación manual o de un proceso de producción automatizado. Por otro lado, un tenedor creado mediante una actividad de reconocimiento, puede ser tanto el resultado de un reconocimiento *implícito* como de uno *explícito*. Un ejemplo de reconocimiento implícito podría ser *usar* el objeto como un tenedor; uno de reconocimiento explícito podría ser *declarar* que el objeto en cuestión es un tenedor.¹³

¹³ Declarar falsa o insinceramente que algo es un artefacto no es un contraejemplo al reconocimiento. Si yo digo que un objeto es una instancia de un tipo artefactual, aunque de hecho no lo reconozco como tal, entonces no estoy expresando mi reconocimiento. Al declarar falsamente, estoy realizando una actividad intencional distinta del reconocimiento; en particular, estoy realizando la actividad intencional de declarar falsamente. Por otra parte, estar equivocado respecto de qué es aquello que estoy reconociendo, tampoco es un contraejemplo. Como ocurre con otros estados intencionales (p. ej., las creencias), el error siempre es una posibilidad.

Por supuesto, decir en qué casos un reconocimiento implícito o explícito es parte de las condiciones de existencia de un artefacto, dependerá tanto del tipo de artefacto de que se trate como del contexto en que tiene lugar su reconocimiento.

Adicionalmente, como puede ocurrir también con la actividad de manufacturación, la actividad de reconocimiento puede ser no sólo implícita o explícita, sino que además puede consistir en una actividad *individual* o *compartida*. Por ejemplo, si un agente *A* reconoce una rama como satisfaciendo las condiciones de aplicación de la descripción-tipo de tenedor, entonces la rama contará como un tenedor *para A*. Ésta es una forma de reconocimiento individual. Para que la rama cuente como un tenedor para alguien más, p. ej., *B*, es necesario que *B* comparta el reconocimiento de *A*, es decir, que *B* también reconozca la rama como un tenedor. Antes de explicar qué entiendo por *reconocimiento compartido*, explicaré cuál es la diferencia entre reconocer y no reconocer un objeto como un artefacto.

Pensemos de nuevo en la rama. A la pregunta ¿qué es ese objeto?, uno puede responder, al menos, de dos formas. O bien uno dice que se trata simplemente de una rama, o bien uno dice que se trata de un tenedor (es decir, un artefacto). Todo depende, como lo explica John Searle,¹⁴ de qué aspectos del objeto se toman en cuenta al responder. Uno responde que es una rama, cuando únicamente considera la naturaleza *bruta* del objeto. Uno responde que es un tenedor, cuando considera además su carácter *artefactual*.

Aunque Searle habla de "hechos brutos" y "hechos institucionales", la analogía puede ser usada también para clasificar objetos. Un objeto *bruto* es aquél cuya existencia no depende de intencionalidad alguna (p. ej., ramas, rocas, ríos, etc.). Un objeto artefactual, por otra parte, es aquél que sí requiere cierto tipo de intencionalidad para existir (p. ej., tenedores,

¹⁴ John R. Searle, *The Construction of Social Reality*, Penguin, Londres, 1995, pp. 9-10.

sillones, teléfonos celulares, etc.). Como es bien sabido, en la teoría de *la realidad social* de Searle, la intencionalidad (especialmente, el reconocimiento) juega un papel muy importante.¹⁵ Primero, porque nos permite distinguir los hechos, propiedades y objetos cuya existencia no es dependiente de la mente (es decir, los que son *ontológicamente objetivos*), de aquéllos cuya existencia sí lo es (es decir, los que son *ontológicamente subjetivos*); y segundo, porque nos ayuda a comprender por qué esta relación de dependencia es coherente con la tesis ontológica de que el mundo está compuesto fundamentalmente nada más que de objetos, propiedades y hechos físicos.

Esta distinción, además, es suficiente para justificar la idea de que la realidad social, a diferencia de la realidad bruta (o natural), sólo puede ser descrita desde lo que aquí llamaré *la perspectiva del participante*. Empleando el lenguaje de H. L. A. Hart,¹⁶ hay dos perspectivas desde las cuales uno puede describir hechos acerca de objetos (o hacer declaraciones sobre ellos): la perspectiva externa (o del observador) y la interna (o del participante). Uno adopta *la perspectiva del observador* cuando, al reportar la existencia de un objeto, solamente toma en cuenta su naturaleza bruta (p. ej., cuando uno no reconoce o no comparte el reconocimiento de ese objeto como un artefacto). Uno adopta la perspectiva del participante, por otro lado, cuando considera su carácter artefactual. Si yo digo de cierto objeto que no es otra cosa sino substancia física, o simplemente una colección de partículas, entonces, estoy reportando algo acerca de ese objeto desde la perspectiva del observador. Si, en cambio, digo de ese mismo objeto que es un tenedor, entonces, estoy reportando desde la perspectiva del participante.¹⁷

¹⁵ Cf., *Ibidem*, y John R. Searle, *Making the Social World: The Structure of Human Civilization*, Oxford University Press, Oxford, 2010.

¹⁶ H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, 2a. ed., Oxford University Press, Oxford, 1994, pp. 242-244, 254-259.

¹⁷ Ambas perspectivas, por supuesto, son relativas. Al decir de un objeto que no es otra cosa sino una cierta substancia física, estoy adoptando también la perspectiva del participante (aunque no la

Participar en *prácticas sociales de reconocimiento* es parte de lo que significa vivir en comunidad. Compartir el reconocimiento de ciertos objetos como artefactos es sólo una de las consecuencias de esta forma de vida. Por supuesto, no todos los participantes tienen las mismas razones para participar de una práctica de reconocimiento, así como no todas las razones que tienen a favor de compartir ese reconocimiento son más importantes que las razones que tienen para no hacerlo. Un participante puede tener ciertas razones (p. ej., de carácter ideológico o político) para no participar en el reconocimiento de algún objeto como un artefacto (p. ej., uno de tipo religioso). Desde luego, un análisis de las razones que se tienen para participar en dicha práctica social podría ayudarnos a entender mejor el contexto social de reconocimiento.¹⁸ Sin embargo, esto es algo que no podré desarrollar aquí. Me limitaré, por tanto, a considerar solamente el carácter artificial de los derechos, sin discutir cuáles son las razones que se tienen a favor de su reconocimiento.

2.2.1. Artefactos sociales

Los derechos no son tenedores (es decir, no son el mismo tipo de artefacto que son los tenedores). Aunque ambos son creaciones intencionales que cumplen con cierta función, los derechos, así como las corporaciones, las melodías, o las historias, no son objetos físicos.

Una corporación, por ejemplo, existe en tanto cuenta con un reconocimiento jurídico. La *Corporación Mexicana de Restaurantes* (CMR), por citar un caso, está reconocida jurídicamente, y, entre otras cosas, tiene derechos, obligaciones y responsabilidades distintas de los derechos, obligaciones y responsabilidades de los individuos que la integran. La existencia de la CMR no es reducible, entonces, a la existencia de sus miembros: ésta puede existir, no sólo con miembros diferentes, sino incluso sin

del participante en una práctica de reconocimiento, sino la del participante en una teoría científica). Cuando hablo aquí de la perspectiva del observador, me refiero simplemente a la que adopta quien no participa en dicha práctica de reconocimiento.

¹⁸ Al respecto, véase Amie L. Thomasson, "Public Artifacts, Intentions, and Norms", *op. cit.*

miembro alguno. Una melodía o una historia son artefactos cuya existencia tampoco está ligada a una entidad física particular. Supongamos que nosotros creamos una melodía a partir de la producción de ciertos sonidos, o a partir de la escritura de ciertas notas musicales en un pentagrama. De ahí, sin embargo, no se sigue que la existencia de la melodía sea reducible a la existencia de esos sonidos o a la existencia de ese pentagrama. Lo que importa, después de todo, es que esos sonidos o esas notas en el pentagrama sean reconocidos como una melodía. Y lo mismo es cierto de las historias.

Ahora bien, si los derechos no son tenedores, ¿significa, entonces, que son el mismo tipo de artefacto que las corporaciones? Así planteada, la pregunta es totalmente absurda. Los derechos no son corporaciones (ni melodías ni historias), aunque sí tienen características en común. Los derechos y las corporaciones no sólo carecen de composición física alguna, sino que además su existencia depende de cierto tipo de reconocimiento. En el caso de las corporaciones, sin embargo, su existencia depende de un *reconocimiento jurídico*. La pregunta debería de ser, entonces, si la existencia de los derechos y las corporaciones requiere el mismo tipo de reconocimiento. Esta pregunta, a diferencia de la anterior, ya no es absurda. Para responderla, sugeriré que, a diferencia de la existencia de las corporaciones, la existencia de los derechos depende, o bien de un *reconocimiento social* (cuando se trata, p. ej., de derechos morales), o bien de un *reconocimiento institucional* (cuando se trata, p. ej., de derechos jurídicos). Llamaré al tipo de artefactos que dependen de estos tipos de reconocimiento *artefactos sociales* y *artefactos institucionales*, respectivamente.

2.2.2. La naturaleza artefactual de los derechos

Para defender la tesis de que los derechos son artefactos sociales (o institucionales), comenzaré por discutir el tipo de reconocimiento que requieren para su existencia. El primer paso es aceptar que no todos los artefactos son iguales (o, mejor dicho, que no todos los artefactos son del mismo

tipo). Las corporaciones, a diferencia de los tenedores, los sillones y los teléfonos celulares, son artefactos que no tienen composición física alguna. Aunque las *actas constitutivas*, por medio de las cuales se atribuye existencia jurídica a las corporaciones, sí suelen ser objetos físicos (p. ej., son documentos apostillados generalmente archivados en alguna oficina), las corporaciones mismas no son esas actas. En otras palabras, los medios por los cuales se les reconoce existencia a las corporaciones no son las corporaciones mismas. Esto, sin embargo, no implica que las corporaciones pueden existir sin su correspondiente reconocimiento (es decir, sin sus respectivas actas constitutivas). Lo que significa es que son dos objetos (o artefactos) diferentes. Las actas constitutivas son el tipo de artefacto que sirve para crear (esto es, para reconocer la existencia jurídica) de las corporaciones. Las corporaciones, a su vez, son artefactos cuya existencia depende, aunque no es reducible a, sus correspondientes actas constitutivas.

La existencia de los derechos, por otro lado, no depende (o no parece depender) de otros artefactos (similares a las actas constitutivas de las corporaciones). Esto, por supuesto, según el tipo de derechos de los que estemos hablando. Los *derechos morales* no son el tipo de artefacto cuyo reconocimiento está sujeto a la existencia de otros artefactos. La existencia de los *derechos jurídicos*, por el contrario, sí depende de la existencia de otros artefactos (p. ej., normas jurídicas). En otras palabras, los derechos jurídicos, a diferencia de los derechos morales, requieren para su existencia la existencia de normas jurídicas. Como éstas son artefactos institucionales (es decir, que dependen de un marco institucional de reconocimiento), de ahí se sigue que los derechos jurídicos no son simplemente artefactos sociales, sino artefactos institucionales.

Si los derechos humanos, individuales y sociales son derechos morales, o jurídicos, o de algún otro tipo, no es materia de discusión en este trabajo. Lo único que una teoría de los derechos como artefactos implica es que todos estos derechos son, o bien artefactos sociales, o bien artefactos institucionales. Es decir, algunos son artefactos cuya existencia no depende de la existencia de otros artefactos, y otros cuya existencia sí depen-

de de algún otro tipo de artefacto. En ningún caso, sin embargo, los derechos son fundamentales. Todos los derechos son artefactos de algún tipo, cuya existencia depende de cierta forma de reconocimiento.¹⁹

De aquí podemos concluir que el reconocimiento de las corporaciones no es el mismo que el reconocimiento de los derechos. La existencia de las corporaciones no sólo requiere la existencia de otros artefactos, sino de cierto tipo de artefactos (p. ej., actas constitutivas). El reconocimiento de los derechos, por otro lado, no siempre requiere la existencia de otros artefactos (como en el caso de los derechos morales). Y cuando sí lo requiere (como en el caso de los derechos jurídicos), estos artefactos (las normas jurídicas) no son los mismos que los artefactos que requieren las corporaciones para existir (las actas constitutivas).

Estas diferencias nos permiten entender que, aunque las corporaciones y los derechos son artefactos cuya existencia depende de cierto tipo de reconocimiento, los derechos, a diferencia de las corporaciones, dependen de un reconocimiento social, que puede o no ser jurídico, y que puede o no estar sujeto a la existencia de otros artefactos. Más adelante volveré a esto. Por ahora, basta con señalar que ésta no es la única diferencia entre ambos. Más importante aún es que el contenido del reconocimiento de los derechos es distinto del contenido del reconocimiento de las corporaciones. En la siguiente sección, explicaré esto con más detalle.

2.2.3. El reconocimiento de los derechos

Expresiones del tipo "los derechos reconocidos en la Constitución...", o "los derechos reconocidos en los tratados internacionales...", a pesar de

¹⁹ Decir que los derechos no son fundamentales no es lo mismo que negar la existencia de *derechos fundamentales*. "Fundamental", aquí, es ambiguo. Los derechos fundamentales son aquellos que, dentro de un determinado marco normativo (p. ej., una constitución), gozan de la mayor importancia por defecto (o *default*). Los derechos con carácter fundamental, por otro lado, serían aquéllos cuya existencia no depende de su reconocimiento (es decir, serían ontológicamente objetivos). Que existan derechos de este último tipo es lo que estoy negando aquí.

ser muy comunes en el lenguaje de los derechos, no suelen recibir mucha atención desde las teorías jurídico-filosóficas. Para una teoría de los derechos como artefactos, en cambio, estas expresiones ocupan un lugar central en el análisis metafísico de los derechos: nos señalan su existencia. Los derechos reconocidos en una Constitución son derechos que *existen* para el Estado donde rige dicha Constitución; los derechos reconocidos en los tratados internacionales son derechos que *existen* para los Estados que suscriben dichos tratados; etc. La noción de reconocimiento, entonces, no sólo no es ajena al discurso de los derechos, sino que además tiene un importante valor explicativo.

Aunque para ciertos derechos (p. ej., los derechos jurídicos), la idea de reconocimiento es mucho más común que para otros (p. ej., los derechos morales), esto no significa que haya derechos cuya existencia no dependa de su correspondiente reconocimiento. Lo que significa es que la existencia de algunos derechos no depende de un reconocimiento explícito (es decir, de un reconocimiento establecido expresamente en algún documento, p. ej., una constitución, un tratado internacional, etcétera).

Antes de explicar con más detalle en qué consiste este reconocimiento, diré algo acerca de su contenido. Como ya mencioné, el contenido de la actividad intencional por medio de la cual se crean los artefactos es cierta descripción-tipo, en la cual se establecen las condiciones de existencia e identidad del tipo artefactual correspondiente.

Cuando un agente crea un nuevo tipo artefactual, es decir, un *prototipo*, el establecimiento de las condiciones de existencia e identidad de la descripción-tipo correspondiente es parte de su actividad creadora. Cuando su actividad consiste solamente en crear una *instancia* de un tipo artefactual ya existente, entonces, o bien utiliza las condiciones ya establecidas en una cierta descripción-tipo, o bien revisa dichas condiciones, esto es, modifica, agrega o elimina las condiciones para la aplicación de la descripción-tipo correspondiente. Esto pasa, por ejemplo, cuando el agente intenta crear un artefacto técnico o vanguardista. Llamaré a esta

revisión de las condiciones de aplicación de una descripción-tipo *revisión conceptual*.

La importancia de la descripción-tipo, en cualquier caso, es evidente. No se puede crear un prototipo ni una instancia de un tipo artefactual sin la intencionalidad apropiada, y como el contenido de esa intencionalidad consiste en una cierta descripción-tipo, de ahí se sigue que no se puede crear un artefacto sin la correspondiente descripción-tipo. Intencionalidad y descripción-tipo, por lo tanto, son parte de las condiciones generales de *existencia* de los artefactos. La descripción-tipo, además, ayuda a determinar las condiciones de *identidad* de los artefactos (es decir, ayuda a determinar las características por las cuales podemos distinguir entre diferentes tipos artefactuales), p. ej., un tenedor es un artefacto distinto de una cuchara en tanto que las propiedades (incluyendo las funciones) que se atribuyen a cada uno, están determinadas por conceptos (o descripciones-tipo) diferentes.

Entender la importancia de las descripciones-tipo a partir del análisis metafísico de los derechos como artefactos sociales, debería ayudarnos a entender también la importancia de su *análisis conceptual* (es decir, el análisis de sus descripciones-tipo). Aunque es verdad que la cuestión acerca de qué son los derechos no se puede resolver simplemente introduciendo relaciones analíticas entre diferentes conceptos, un análisis conceptual sí nos podría ayudar a determinar aquéllo que podría contar como un derecho (p. ej., el derecho a la libertad de expresión), y a diferenciarlo de otros derechos (p. ej., el derecho de protección al honor): las características (o propiedades) de cada uno, así como sus respectivas funciones específicas, estarían determinadas por sus correspondientes descripciones-tipo. Descripciones que, como mencioné antes, pueden estar sujetas a revisión.

La importancia de las descripciones-tipo (y, con ello, del análisis conceptual) en el análisis metafísico de los derechos como artefactos sociales, consiste en que ellas establecen las condiciones por medio de las cuales se decidirá la existencia o no de un derecho (esto es, de una instancia de un

tipo artefactual). Para entender esto, recordemos el principio A2 de Hilpinen: un objeto es un artefacto creado por un agente si el agente acepta que ese objeto satisface alguna descripción-tipo, que es el contenido de la intención por la cual el agente produce la existencia de ese objeto. Así, de acuerdo con este principio, un derecho sería exitosamente creado si es reconocido como satisfaciendo las condiciones de aplicación de cierta descripción-tipo (que sería el contenido de la intencionalidad del agente que lo crea).

A partir de esta afirmación, tenemos que la dependencia de los derechos en su reconocimiento, y, con ello, en su descripción-tipo, son los que *constituyen* su naturaleza artefactual. En el caso de sus descripciones-tipo (que en adelante llamaré *conceptos de derechos*), son ellas las que establecen, a través de las condiciones de existencia e identidad, las características o propiedades de los derechos. Por supuesto, determinar cuáles son o deberían de ser esas propiedades, incluyendo cuáles son o deberían de ser las funciones que cumplen los derechos, no es una pregunta que pueda responder aquí. Para ello se requiere, no un análisis metafísico, sino un análisis conceptual de los derechos. A reserva de lo que ese análisis muestre acerca de las funciones específicas que tienen los derechos, en la siguiente sección consideraré brevemente lo que en mi opinión es el *tipo* de función que ellos cumplen.

2.2.4. Las funciones de los derechos

En las secciones anteriores he intentado mostrar que los derechos, así como los tenedores y las corporaciones, son artefactos. Esto implica, entre otras cosas, que su existencia depende de cierto tipo de reconocimiento (aunque no del mismo tipo de reconocimiento de cuya existencia dependen los tenedores y las corporaciones). Esta relación de dependencia, por otro lado, tiene como consecuencia que la existencia de los derechos sólo puede ser expresada desde la perspectiva del participante (es decir, desde la perspectiva de quien está comprometido con dicho reconocimiento). Un observador, diríamos, no entiende de derechos. Para un

observador, el lenguaje de los derechos es puramente metafórico. Para él, no hay tal cosa como un derecho a la libertad de expresión, o un derecho a la protección al honor, o un derecho a la vivienda digna, etcétera.²⁰

Antes de explicar la relación de dependencia entre los derechos y su reconocimiento, es importante mencionar parte de lo que determina el contenido intencional de ese reconocimiento, a saber, su *funcionalidad*. Si los derechos son artefactos sociales, entonces parte de lo que constituye su naturaleza artefactual, como en el caso de los tenedores y las corporaciones, son las funciones que se supone que cumplen. Aunque no intentaré responder aquí *cuáles son las funciones de los derechos*, sí ofreceré una propuesta general para entender el *tipo* de funciones que ellos cumplen.

Hay muchas teorías que se disputan cuáles son o deberían de ser las funciones de los derechos. Algunas teorías identifican las funciones de los derechos a partir de los rasgos de utilidad o beneficio que protegen (las llaman *teorías del interés*). Otras, en función de las libertades que promueven (las llaman *teorías de la voluntad*). Otras más, en función de la justificación que proveen para restringir libertades o imponer obligaciones (las llaman *teorías de la restricción justificada*). Y otras, que no reducen la funcionalidad de los derechos a una clase única, identifican diferentes funciones (p. ej., las llamadas *teorías híbridas* y las *teorías de la diversidad de funciones*).²¹

Lejos de argumentar a favor o en contra de alguna de estas teorías, sugeriré, en cambio, que la función general que tienen los derechos, es decir, su función-tipo, es identificar a quienes ocupan una cierta posición normativa (esto es, una pretensión, una libertad, o cualquier otra que, de acuerdo con el concepto de derechos que tengamos, sea considerada como un derecho genuino). Los derechos, entonces, son artefactos socia-

²⁰ Este distanciamiento podría explicarse a partir de las razones (políticas, ideológicas, religiosas, etc.) que tenga el observador para no aceptar al reconocimiento de esos derechos.

²¹ Al respecto, véase Antonio Manuel Peña, "Cinco teorías sobre el concepto de los derechos", *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 32, 2009, pp. 665-686.

les creados intencionalmente para identificar tenedores de derechos (*right-holders*). De esta manera, los derechos son usados para justificar determinadas decisiones normativas, p. ej., imponer obligaciones correlativas, o atribuir responsabilidades. Los derechos, entonces, juegan un papel cognitivo importante en la vida de los participantes: les proveen de cierta justificación práctica. Desde una teoría metafísica de los derechos como artefactos sociales, esta función-tipo de los derechos expresa no sólo de forma coherente sino perfectamente clara su contribución al razonamiento práctico: los derechos sirven a los participantes para identificar a quienes ocupan ciertas posiciones normativas y, con base en ello, justificar, p. ej., un juicio de deber, de responsabilidad, etcétera.

La discusión acerca de si los derechos tienen tal o cual función en específico, por otra parte, no es determinante respecto del tipo de función que cumplen los derechos. Esto, porque la verdad de la tesis de que los derechos sirven para identificar a quienes ocupan posiciones normativas no depende de resolver primero qué posiciones normativas en específico cuentan como derechos genuinos. Por ejemplo, si la teoría del interés es correcta, entonces las posiciones normativas que contarán como derechos serán solamente aquéllas que protejan ciertos intereses (independientemente de la capacidad que tengan los tenedores de derechos para reclamar la protección de sus intereses); si, en cambio, la teoría de la voluntad es correcta, entonces sólo las posiciones normativas que promuevan las libertades de sus tenedores contarán como derechos genuinos; etcétera. Lo crucial para la explicación metafísica de los derechos que propongo aquí es que los derechos tienen la función-tipo de identificar posiciones normativas. Una teoría conceptual de los derechos, no una teoría metafísica, debería informarnos acerca de cuáles son las posiciones normativas que cuentan como derechos genuinos.

2.2.5. Los derechos como objetos sociales

Con todo lo dicho hasta aquí, uno todavía podría oponerse a la teoría artefacto de los derechos. Primero, alegando que los derechos no son objetos (en el sentido de *objetos físicos* en el mundo), lo cual nos obliga a

renunciar a la teoría clásica de los artefactos, según la cual los artefactos son objetos físicos creados intencionalmente. Segundo, rechazando que, aunque los derechos son el producto de ciertas actividades intencionales, haya algo como *un agente creador* de los derechos. Tercero, afirmando que una teoría de los derechos como artefactos sociales no podría explicar claramente *qué son los conflictos entre derechos* (algo que, por otro lado, parece ser un tema central en la teoría de los derechos).

Aunque estas tres objeciones no son las únicas posibles, en lo que resta de este artículo no puedo sino limitarme exclusivamente a ellas, e intentar responderlas de manera convincente.

En cuanto a la primera: la idea de que los derechos no son objetos físicos parece incontestable. De esto, sin embargo, no se sigue que los derechos (morales, jurídicos, etc.) no existen o son entidades ficticias. Describir el mundo, o dar cuenta de los objetos que hay en él, requiere adoptar alguno de los que llamaré *niveles explicativos de la realidad*.²² Describir el mundo desde el nivel *micro* o *macro* físico; es decir, desde el nivel de las partículas o de los objetos que ellas componen (p. ej. rocas, árboles, etc.), no agota la descripción de lo que hay en el mundo. Parte del proyecto metafísico de muchos filósofos contemporáneos (en especial el de aquéllos cuya investigación pertenece al área analítica de la ontología social) consiste en defender que hay otro nivel desde el cual podemos dar cuenta de los objetos que hay en el mundo: el de *la realidad social*.²³ Adoptar este nivel, sin embargo, no sólo no nos compromete con la tesis de que ciertos objetos —como el dinero, las normas jurídicas y los derechos— son objetos físicos, sino que, además, tampoco nos obliga a afirmar que son objetos fundamentales (es decir, objetos metafísicamente inanalizables).

²² Hablar de "niveles explicativos de la realidad" no implica que haya diferentes niveles de la realidad. En otras palabras, aceptar la idea de niveles explicativos, no nos compromete con aceptar que el mundo es tal que ciertos hechos, propiedades u objetos existen sólo en algunos niveles y no en otros. Al respecto, véase John Heil, "Levels of Reality", *Ratio. An International Journal of Analytic Philosophy*, vol. 16, núm. 3, 2003, p. 220.

²³ De manera notable, véase John R. Searle, *The Construction of Social Reality*, *op. cit.*, y Raimo Tuomela, *The Philosophy of Sociality. The Shared Point of View*, Oxford University Press, Oxford, 2007..

Si los objetos, propiedades y hechos *sociales* pueden ser reducidos o no a objetos, propiedades y hechos *físicos*, no es una cuestión que pueda resolver aquí. Para quienes defienden el proyecto *reduccionista* (es decir, quienes defienden que cualquier objeto, propiedad o hecho que no sea por sí mismo un objeto, propiedad o hecho físico, puede ser exhaustivamente analizado mediante objetos, propiedades o hechos físicos), hablar de un nivel explicativo de la realidad social es simplemente redundante. Esta postura, entre otras, se enfrenta a la objeción de que ciertos objetos (p. ej., las corporaciones), propiedades (p. ej., la intencionalidad colectiva) y hechos (p. ej., las elecciones presidenciales) no son claramente reducibles a objetos, propiedades o hechos físicos. Quienes defienden el *holismo metodológico*,²⁴ en cambio, sugieren que un nivel diferente de análisis metafísico (esto es, el nivel de la realidad social), no sólo no es redundante, sino que tampoco es necesariamente inconsistente con las teorías metafísicas naturalistas. Decir que los objetos, propiedades y hechos sociales *supervienen*, *emergen* o *están constituidos por* los objetos, propiedades y hechos naturales, son algunas formas en que se pueden distinguir niveles explicativos de la realidad sin renunciar al proyecto naturalista.

La teoría artefactual de los derechos que intento bosquejar aquí puede tomarse como un esfuerzo por explicar la existencia de los derechos desde una postura no-reduccionista (o, incluso, *anti-reduccionista*). Esto quiere decir que, de acuerdo con esta teoría, dar cuenta de los derechos como objetos existentes no significa aceptar que los derechos son objetos físicos, ni mucho menos objetos fundamentales. Esta teoría afirma, por el contrario, que los derechos son artefactos sociales y los derechos jurídicos son artefactos institucionales, es decir, el tipo de objetos cuya existencia depende de cierta intencionalidad colectiva, en particular, de un reconocimiento social o institucional (según sea el caso).

²⁴ Véase Julie Zahle, "Methodological Holism in the Social Sciences", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2016., y Tobias Hansson, "Why the Social Sciences are Irreducible", *Synthese*, 2017, pp. 1-27.

2.2.6. El reconocimiento social

Reconocer un objeto como un artefacto (es decir, como satisfaciendo ciertas condiciones de existencia e identidad) es una actividad intencional. Cuando yo reconozco una rama de un árbol como un tenedor, estoy llevando a cabo una actividad intencional, la cual, como expliqué antes, podría realizarse de varias formas. Si el reconocimiento es explícito, entonces podría consistir en expresar (o declarar) que *la rama es un tenedor*; si, en cambio, es un reconocimiento implícito, entonces podría consistir solamente en *usar la rama como un tenedor*. Lo característico del reconocimiento de los derechos, en todo caso, es que no es *individual*. Los objetos sociales, como los derechos, requieren para su existencia de reconocimiento *compartido*.

Compartir el reconocimiento de un objeto como un artefacto es de lo que depende la existencia de ese artefacto para el grupo de individuos que participan de ese reconocimiento. A este tipo de reconocimiento le llamaré *reconocimiento social*, que es una forma de *intencionalidad colectiva* (esto es, el tipo de intencionalidad con el que grupos de individuos realizan ciertas acciones o actividades intencionales, p. ej., planear una fiesta, jugar ajedrez, e incluso improvisar conciertos en la calle).

Una tesis central en la teoría de la construcción de la realidad social de Searle²⁵ es precisamente que los seres humanos (individual y, en especial, colectivamente) creamos cosas a través de nuestro reconocimiento, p. ej., conceptos, artefactos e instituciones. Esta tesis, junto con la suposición de que los derechos, al igual que el derecho mismo y otras instituciones, como el dinero, el mercado, etc., son creaciones colectivas, son algunos de los compromisos que asumo en este artículo.²⁶

²⁵ John Searle, *The Construction of Social Reality*, *op. cit.*

²⁶ Con esto, no quiero sugerir que el derecho es un artefacto. Aunque hay algunos intentos por defender esta idea (p. ej., Luka Burazin, "Can There Be an Artifact Theory of Law?", *Ratio Juris*, vol. 29, núm. 3, 2016, pp. 385-401), en otra parte ya he argumentado que el derecho no es un artefacto (o, mejor dicho, que la naturaleza del derecho no es artefactual); véase, Miguel Ángel García Godínez

El propósito de esta sección, sin embargo, no es dar cuenta de la realidad social ni explicar qué son las instituciones. Más bien, es explicar: i) *en qué consiste el reconocimiento social*, y ii) sugerir algunas *formas* en las que puede ocurrir.

Respecto de i), el reconocimiento social puede analizarse mediante sus tres elementos constitutivos: el *sujeto* que lleva a cabo el reconocimiento, el *objeto* sobre el cual se realiza el reconocimiento y la *relación* misma de reconocimiento. Empezaré con el tercero. El reconocimiento, como las creencias, los deseos, etc., es una actividad intencional que *relaciona* cierto contenido intencional con el estado mental del agente. Esta relación suele ser denominada de varias formas, la más común de ellas es "acerca de". Mi reconocimiento de *h* como un *f* es *acerca de h*, así como mi creencia de que *p* es *acerca de p*, etc. Aunque hay mucha discusión respecto cuál es esta relación en específico, y cuáles son las condiciones para que se obtenga, no es parte de los objetivos de este trabajo ofrecer una explicación más detallada.²⁷

El primer elemento del reconocimiento social es el sujeto que lleva a cabo la actividad intencional; es decir, el agente. Lo característico de este agente es que no es individual (*yo*), sino colectivo (*nosotros*). La idea de un agente colectivo, sin embargo, no nos compromete con aceptar que hay mentes colectivas o espíritus hegelianos (es decir, que en el mundo hay más mentes que individuos). Para entender qué son la agencia e intencionalidad colectivas, uno puede adoptar, o bien una teoría *individualista*,

("Flaws and Virtues of an Artifact Theory of Law", *Ratio Juris*, vol. 32, núm. 1, marzo 2019, pp. 117-131). Esto no significa, sin embargo, que el derecho, así como los artefactos sociales, no dependen de cierto tipo de intencionalidad colectiva. El derecho es una construcción social, así como los derechos. La diferencia entre ellos es que el derecho es una *práctica institucional normativa* (Neil MacCormick y Ota Weinberger, *An Institutional Theory of Law*, Springer, Países Bajos, 1986 y Neil MacCormick, *Institutions of Law: An Essay in Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford, 2007 y Maksymilian Del Mar y Zenon Bankowski (eds.), *Law as Institutional Normative Order*, Routledge, Londres-Nueva York, 2009), mientras que los derechos son artefactos de cierto tipo.

²⁷ Para ello, véase Searle *Intentionality: An Essay in the Philosophy of Mind*, *op. cit.*, y Pierre Jacob, "Intentionality", en Edward N. Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2014. Disponible en: <https://plato.stanford.edu/entries/intentionality/>

o bien una teoría *colectivista*. Desde la teoría de Searle, por ejemplo,²⁸ uno puede decir que los individuos poseen tanto intencionalidad individual como intencionalidad colectiva. Así, para explicar los estados intencionales colectivos, no se requiere postular la existencia de mentes colectivas, sino simplemente reconocer que los individuos poseen ambas capacidades de intencionalidad. Otra opción es la teoría de Tuomela que —aunque guarda ciertas similitudes con la teoría de Searle— está significativamente más desarrollada.²⁹ Él propone que la intencionalidad colectiva es una actitud plural compartida (*shared we-attitude*), que requiere, por un lado, sostener actitudes individuales de modo plural (*we-mode*) y, por el otro, tener creencias (o conocimiento) compartido. Ambas, en todo caso, tienen en común que son teorías colectivistas de la intencionalidad colectiva.

Las teorías que defienden una versión individualista de la intencionalidad colectiva sostienen, de manera general, que son las intenciones individuales las que constituyen, bajo ciertas condiciones, intenciones colectivas.³⁰ Para ambos tipos de teorías, es decir, tanto individualistas como colectivistas, hay retos importantes que tienen que enfrentar. En este trabajo, sin embargo, no intentaré defender una teoría u otra. A lo más, quiero insinuar que las teorías individualistas tienen serios problemas para explicar prácticas sociales o acciones colectivas que involucran un gran número de participantes (pienso, p. ej., en Shapiro, quien ha utilizado la teoría de Bratman para intentar explicar la *actividad jurídica* como una actividad de planificación social; para lo cual, sin embargo, ha tenido que modificar seriamente algunas de sus características más importantes y añadir algunas otras, p. ej., la alienación de los participantes).³¹

El segundo elemento del reconocimiento social es el contenido intencional. Dado que los derechos no son objetos físicos (p. ej., tenedores), aquéllo

²⁸ John Searle, *The Construction of Social Reality*, *op. cit.*

²⁹ Raimo Tuomela, *The Philosophy of Sociality. The Shared Point of View*, *op. cit.*

³⁰ Como las de Michael E. Bratman, *Shared Agency: A Planning Theory of Acting Together*, Oxford University Press, Oxford, 2014 y Kirk Ludwig, *From Individual to Plural Agency. Collective Action: Volume 1*, Oxford University Press, Oxford, 2016.

³¹ Véase Scott J. Shapiro, *Legality*, Harvard University Press, Estados Unidos, 2011.

que se reconoce como derechos no es un objeto físico (p. ej., una rama de un árbol). Esto, sin embargo, no significa que el objeto o contenido intencional es, como algunas teorías ficcionalistas podrían sugerir, un objeto no-existente (tal y como parece ocurrir con respecto a los estados intencionales que son acerca de Santa Claus o Sherlock Holmes).³² En cambio, el reconocimiento de los derechos es una actividad intencional colectiva acerca de ciertas *declaraciones*.

Esta idea, así como todas las anteriores, requiere mayor explicación. Aquí, sin embargo, sólo puedo sugerir lo siguiente. Primero, en el caso de los derechos que no requieren para su existencia la existencia de otros artefactos (p. ej., los derechos morales), su reconocimiento social es acerca de ciertas creencias comunes que son expresadas entre los miembros de un grupo social mediante ciertas declaraciones. Por otro lado, para el caso de los derechos jurídicos, cuya existencia sí requiere la existencia de otros artefactos (p. ej., normas jurídicas), lo que se reconoce cuando se reconoce su existencia es un acto de habla declarativo institucional (p. ej., un pronunciamiento legislativo o una decisión judicial). De ahí la diferencia que introduje antes entre *reconocimiento social* y *reconocimiento institucional*.

En cualquier caso, no obstante, el reconocimiento de los derechos consiste en la atribución de ciertas propiedades y funciones (establecidas en el concepto o descripción-tipo correspondiente) al objeto o contenido intencional del reconocimiento (es decir, las creencias comunes expresadas mediante declaraciones, o los actos de habla declarativos institucionales). Así, mediante el reconocimiento social o institucional de los derechos y de los derechos jurídicos, los participantes atribuyen al contenido intencional de su reconocimiento la función de identificar, dentro del correspondiente marco normativo, a quienes sostienen cierta posición normativa (es decir, a los tenedores de derechos).

³² Al respecto, véase Alasdair MacIntyre, *After Virtue*, University of Notre Dame Press, Notre Dame, 1981, p. 67; y Tim Crane, *The Objects of Thought*, Oxford University Press, Oxford, 2013.

Quienes participan de este reconocimiento colectivo (esto es, los participantes), juegan un papel muy importante en la explicación metafísica de los derechos. Ellos son quienes crean los derechos, y también quienes los mantienen. En otras palabras, los participantes son parcialmente responsables de la *existencia* y *persistencia* de los derechos. Aunque quienes crean los derechos no tienen que ser los mismos que quienes los mantienen, ambos grupos de individuos son considerados *participantes* (porque participan de la práctica social de reconocimiento). Claro, esto no significa que quienes mantienen a los derechos (p. ej., ciudadanos, jueces, legisladores, etc.) no pueden llevar a cabo una revisión conceptual. En muchas ocasiones, parte de lo que implica mantener un derecho consiste en revisar (es decir, modificar, agregar o eliminar) sus condiciones de existencia e identidad (p. ej. sus funciones específicas). En todo caso, para poder realizar cualquier acción que involucre a los derechos es necesario participar de su reconocimiento. Esto es, el punto de vista del participante, no el del observador, es indispensable para hacer cualquier uso de ellos.

Respecto al inciso *ii*) del propósito de esta sección, es decir, respecto a las posibles formas en las que puede ocurrir el reconocimiento social, voy a mencionar a continuación algunas de las explicaciones disponibles. Primero, el reconocimiento colectivo podría estar determinado por ciertos hechos históricos. Por ejemplo, el reconocimiento de *x* como una instancia de un tipo social *F* (donde "*x*" es un pedazo de papel, y "*F*" son 10 USD) podría estar determinado por una serie de acontecimientos histórica o causalmente vinculados (p. ej., hechos que podrían haberse originado con la transferencia de la propiedad de ciertos objetos a cambio de un valor de intercambio). Así, ciertos artefactos (como los billetes de 10 USD) podrían haberse originado, no en virtud de un acto premeditado de creación (es decir, como si alguien, en algún momento determinado, hubiese introducido el dinero en el mundo), sino mediante el proceso evolutivo de intercambio de bienes. Lo cual explicaría por qué la aceptación colectiva de una regla constitutiva (es decir, el tipo de regla que establece las condiciones para que algo cuente como un billete de 10 USD), no consiste en un acto intencional único, sino en una serie de actividades

intencionales (p. ej., intercambiar bienes, asignar valor a ciertos objetos de intercambio, etcétera).

Otra explicación del reconocimiento colectivo es entenderlo como una forma de convencionalismo social. Para ciertas teorías, el reconocimiento compartido es producto de un acuerdo o una convención. Imaginemos, p. ej., una formación rocosa, que, después de una amplia negociación política, es reconocida como la frontera entre dos Estados. Este reconocimiento, a diferencia de lo que podría ser el caso en el reconocimiento del dinero, no está determinado por hechos o procesos históricos (en sentido estricto), sino por un acuerdo o convenio entre las partes negociadoras. Para ambos Estados —diríamos— la correspondiente regla constitutiva es colectivamente reconocida en virtud del acuerdo por el cual así lo decidieron.

Otra explicación del reconocimiento colectivo apuntaría más bien a las prácticas sociales como originadoras de la aceptación social. En el caso del derecho, uno de los ejemplos clásicos es la teoría de Hart.³³ De acuerdo con su teoría, el derecho, entendido ya como sistema jurídico, está fundado en una práctica social de reconocimiento. Esta práctica social consiste en un grupo de participantes que deciden qué conductas sociales son incorrectas (es decir, reprochables) a partir del uso común de ciertas reglas primarias (reglas de obligación, permisión y prohibición). De esta práctica social —sugiere Hart— surge una *regla de reconocimiento*. Esta regla, que también podríamos interpretar como una regla constitutiva,³⁴ es colectivamente aceptada por los participantes, aunque no en virtud de un acuerdo o un proceso histórico, sino como el producto de ciertas acciones colectivas intencionales.

³³ H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, *op. cit.*

³⁴ Uno puede objetar esta interpretación; sin embargo, el punto que intento ilustrar con ella no depende de su aprobación. En todo caso, la teoría institucional del derecho de Neil MacCormick (en *An Institutional Theory of Law*, *op. cit.*, e *Institutions of Law*, *op. cit.*) podría considerarse como un ejemplo mucho más claro de esta forma de reconocimiento colectivo (al respecto, véase Miguel Ángel García Godínez, *Los criterios de corrección en la teoría del razonamiento jurídico de Neil MacCormick*. Serie: Interpretación Constitucional Aplicada, núm. 3, Centro de Estudios Constitucionales-SCJN, México, 2017).

Por supuesto, estas teorías no agotan todas las posibles explicaciones que podríamos dar para cada caso de reconocimiento colectivo. Es más, no hay razón alguna por la cual tendríamos que tomarlas como explicaciones mutuamente excluyentes. Como atinadamente sugiere Brian Epstein, el nivel explicativo de la realidad social no consiste en un modelo único (de ahí el error de muchas teorías que intentan explicar la existencia o naturaleza de ciertos objetos, propiedades o hechos sociales a través de uno solo).³⁵

Antes de concluir esta sección, volveré a la cuestión de cuál es el papel que juega el reconocimiento social en la explicación metafísica de los derechos como artefactos. Como mencioné antes, Hilpinen entiende los artefactos como objetos físicos intencionalmente creados para cumplir con algún propósito. De acuerdo con sus dos principios de éxito *A1* y *A2*, los artefactos pueden ser, o bien objetos intencionalmente creados que satisfacen alguna descripción-tipo, o bien objetos que son reconocidos como satisfaciendo alguna descripción-tipo. En ambos casos, Hilpinen defiende que los artefactos *dependen causalmente* de las intenciones del agente creador.

Que la relación entre los objetos creados intencionalmente y las intenciones del agente creador es de tipo causal, es algo que puede ser discutido en relación con cualquier tipo de artefacto. Aquí no podré desarrollar un argumento tan general;³⁶ sin embargo, sí quiero defender que, en el caso de los artefactos sociales e institucionales, aunque dependen ontológicamente de la intencionalidad colectiva (en específico, de su reconocimiento), esta relación de dependencia no es causal.³⁷

³⁵ Cfr. Brian Epstein, *The Ant Trap: Rebuilding the Foundations of the Social Sciences*, Oxford University Press, Oxford, 2015.

³⁶ Para esto, véase, *ibidem*, pp. 46-49, 279.

³⁷ Como bien lo explica Thomasson, aunque hay muchos objetos en el mundo (tanto artificiales como naturales, p. ej., plantas y animales —incluyendo los seres humanos—) que son en algún

En la literatura acerca de qué tipos de relaciones hay entre hechos naturales y sociales, y, en particular, qué relación de dependencia ontológica explica la existencia de hechos sociales a partir de hechos naturales, podemos encontrar diferentes opciones, p. ej., superveniencia, emergencia, constitución, etc. Decidir cuál es la relación de dependencia relevante es parte central de la investigación metafísica contemporánea (especialmente, dentro de la ontología social). Esto es algo que, por supuesto, no puedo presentar aquí con detalle. Me limitaré, en cambio, a sugerir que los artefactos sociales e institucionales (entre ellos, los derechos y los derechos jurídicos) dependen de la intencionalidad colectiva en un sentido *perspectival*; es decir, la intencionalidad colectiva no causa la existencia de dichos artefactos, aunque sí constituye la perspectiva desde la cual podemos determinar su existencia.

Decir que los derechos y los derechos jurídicos dependen de cierta intencionalidad colectiva, quiere decir que su existencia requiere adoptar la perspectiva del participante (es decir, la perspectiva de quien participa en el reconocimiento social o institucional del carácter artefactual de las correspondientes declaraciones o actos declarativos institucionales). Adoptar esta perspectiva requiere (y está caracterizada por) usar un determinado marco conceptual (esto es, las correspondientes descripciones-tipo) para crear entidades artificiales.³⁸

Con esta afirmación, para la cual no estoy ofreciendo aquí argumento alguno, quiero llamar la atención sobre la importancia de profundizar en el análisis metafísico de los derechos y, para ello, considerar los avances significativos tanto en la metafísica de los objetos como en la metafísica de la intencionalidad colectiva. Teniendo claro todos estos elementos, a saber, la relación de dependencia ontológica, el reconocimiento social o institucional, las descripciones-tipo y los diferentes niveles explicativos

sentido causalmente producidos por ciertas actividades humanas intencionales (p. ej., la agricultura y el sexo), estos objetos no son por eso mismo artefactuales (en *Ordinary Objects*, *op. cit.*, p. 52).

³⁸ Al respecto, véase Amie Thomasson, *Ordinary Objects*, *op. cit.* y Amie Thomasson, *Ontology Made Easy*, Oxford University Press, Oxford, 2014.

de la realidad, creo que podemos acercarnos a un entendimiento mucho más preciso de los derechos y los derechos jurídicos, su estatus ontológico (es decir, como objetos sociales o institucionales, no fundamentales) y su importancia dentro del discurso práctico (es decir, su funcionalidad).

2.2.7. Los conflictos entre derechos

Con todo lo dicho en las secciones anteriores, la idea de que los derechos son artefactos sociales; es decir, objetos sociales creados intencionalmente para cumplir con ciertas funciones, no debería parecer excéntrica. Aunque queda pendiente resolver la cuestión de qué funciones específicas cumplen los derechos, esto es, si los derechos protegen intereses, o si aseguran y promueven libertades, o si justifican cierta restricción en las libertades de otros, etc., la caracterización que aquí presento busca ser compatible con cualquiera que sea la teoría de la función de los derechos que resulte más coherente con nuestras prácticas normativas (sociales e institucionales).

La pregunta que me interesa responder aquí, y que es parcialmente responsable del entramado teórico que he desarrollado en este artículo, es *¿qué son los conflictos entre derechos?* Desde la teoría de los artefactos que he bosquejado aquí, los conflictos entre derechos serán entendidos como conflictos que resultan a partir de las diferentes funciones que cumplen. Claro, esto no significa que tengamos que esperar hasta determinar qué funciones específicas cumplen los derechos para explicar qué son (y cuándo ocurren) los conflictos entre derechos. La respuesta que daré en esta última sección del trabajo no requiere dicha determinación, porque es mucho más general y simple.

Como expliqué antes, de acuerdo con la teoría de los derechos como artefactos, la función-tipo de los derechos es identificar a quienes sostienen ciertas posiciones normativas (es decir, a los tenedores de derechos). De donde se sigue, entonces, que los conflictos entre derechos son *conflictos entre diferentes posibilidades de identificación*. Ilustraré esto, primero, con

una analogía. Pensemos en dos sujetos, *A* y *B*, quienes utilizan ciertos artefactos para identificar objetos peligrosos. *A* estaría en conflicto con *B* si *A* identifica un cierto objeto como peligroso y *B* lo identifica como no peligroso. Algo similar ocurre en el caso de los derechos. *A* y *B* sostendrían un conflicto de derechos en una determinada situación si, por ejemplo, *A* es identificado como teniendo una pretensión en contra de *B*, mientras que *B* es identificado como teniendo una determinada libertad en contra de *A* (que, de ser verdad, sería la correlativa a la no-pretensión de *A* en contra de *B*). Los derechos utilizados en esta situación para identificar a *A* y *B* como tenedores de derechos estarían en conflicto en tanto producen resultados normativos opuestos. Es decir, ambos derechos activarían razones que justificarían juicios normativos incompatibles.

Una teoría de los derechos como artefactos no puede decidir respecto a qué derecho debe utilizarse en cada situación (o, en caso de conflicto, qué derecho tiene mayor importancia); sin embargo, sí puede ayudarnos a entender por qué ocurren los conflictos. De acuerdo con esta teoría, los derechos son artefactos sociales cuya función-tipo es identificar a los tenedores de derechos. Esta identificación, aunque juega un papel relevante en la determinación de ciertos juicios normativos, no es por sí misma la que justifica esos juicios. Esto significa que alguna información adicional, que aquí llamaré *información contextual*, tiene que ser además considerada. Esta información, junto con las razones normativas que los derechos activan, son los elementos que llevan a los participantes a tomar ciertas decisiones. En la medida en que algunas de las razones que los derechos activan justifican decisiones opuestas o incompatibles, estaremos frente a un caso de conflicto entre derechos. Por supuesto, esto no significa que los derechos entran en conflicto de manera abstracta. Los conflictos entre derechos ocurren cuando las razones que ellos activan justifican decisiones normativas cuya realización resulta mutuamente incompatible.³⁹

³⁹ Si uno caracteriza las razones que los derechos activan como razones *incommensurables*, entonces la idea de un conflicto genuino entre derechos es insostenible. Una teoría de los derechos como

Para entender mejor esta idea, propondré un ejemplo. Pensemos en un participante, p. ej., un juez. Supongamos que este juez tiene que decidir entre condenar o no a una persona *B* a pagar una multa y ofrecer una disculpa pública por expresar ciertas opiniones negativas sobre *A*. La decisión de este juez, en tanto que racional, estará parcialmente determinada por las razones que tenga. Imaginemos que en su contexto institucional (es decir, dentro del sistema jurídico desde el que opera), los derechos a la libertad de expresión y a la protección al honor son derechos institucionalmente reconocidos (es decir, existen). La existencia de estos derechos jurídicos, por supuesto, no entraña conflicto alguno. Sin embargo, cuando el juez los usa (esto es, cuando la información contextual de que dispone el juez, incluyendo la identificación de *A* y *B* como tenedores de derechos, activa la aplicación de ciertas razones), entonces ellos forman parte de los elementos prácticos que el juez tomará en cuenta para decidir.⁴⁰ Bajo estas condiciones, las razones que los derechos proveen podrían entrar en conflicto: si el juez considera que *A* tiene un derecho de protección al honor, entonces la razón que ese derecho activa contribuirá en la decisión del juez a favor de que condene a *B*; por otro lado, si el juez considera que *B* tiene un derecho a la libertad de expresión, entonces la razón que ese derecho activa contribuirá en la decisión del juez en contra de condenar a *B*. Si el juez considera que ambas razones son simultáneamente activadas dada la información contextual de que dispone, entonces se enfrentará a un conflicto entre derechos (es decir, las razones que esos derechos proveen contribuirán en la determinación racional de su decisión con la obtención de conclusiones normativas mutuamente incompatibles).

artefactos, que no decide qué funciones específicas tienen los derechos (es decir, qué razones en específico activan), no está comprometida con la posibilidad de conflictos genuinos entre derechos. Agradezco otra vez a Diana González por advertirme de esto. En todo caso, véase Peter Schaber, "Are There Insolvable Moral Conflicts?", en Peter Baumann y Monika Betzler (eds.), *Practical Conflicts. New Philosophical Essays*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, pp. 279-294. Y Ruth Chang, "Incommensurability (and incomparability)", en Hugh LaFollette (ed.), *The International Encyclopedia of Ethics*, Blackwell, Malden M. A., 2013, pp. 2591-2604.

⁴⁰ Para una discusión general sobre el ofrecimiento de razones prácticas y su activación (*triggering*), véase David Enoch, "Giving Practical Reasons", *Philosophers' Imprint*, vol. 11, núm. 4, 2011, pp. 1-22.

Nada en la teoría de los derechos como artefactos nos impide dar cuenta de éste o cualquier otro caso de conflicto entre derechos. Primero, porque esta teoría caracteriza claramente dichos conflictos como conflictos entre razones. Y segundo, porque entiende los derechos (y los derechos jurídicos) como artefactos sociales (institucionales) que tienen precisamente la función de activar esas razones al identificar a quienes sostienen ciertas posiciones normativas. Estas dos ideas, además, explican por qué otros tipos de artefactos no entran en conflicto de la misma forma que los derechos: sólo aquellos artefactos cuya función es activar razones pueden conflictuarse entre sí. Así, los tenedores, los sillones, las corporaciones, etc., cuya función no es activar razones, no pueden entrar en conflicto.

3. Conclusiones

En este breve artículo he presentado (de manera muy esquemática) algunas de las ideas, conceptos y argumentos que podrían ayudarnos a entender qué son los derechos. Como esta es una cuestión metafísica (y no meramente conceptual), la teoría que he desarrollado aquí podría tomarse como una teoría metafísica de los derechos; en específico, como *una teoría de los derechos como artefactos*. Para esta teoría, los derechos son artefactos sociales, cuya existencia depende de su reconocimiento social. Aunque algunas de estas ideas, conceptos y argumentos pueden resultar contra-intuitivos para quienes defienden explicaciones metafísicas de los derechos más robustas (p. ej., aquéllas que entienden a los derechos como *principios*), el análisis que aquí propongo (en términos de artefactos) no sólo guarda coherencia con algunas de las teorías analíticas contemporáneas más importantes de la ontología social, sino que además da cuenta de manera clara de ciertos fenómenos sociales que involucran a los derechos (p. ej., los conflictos entre derechos).

Fuentes

ALEXY, Robert, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2002.

- BRATMAN, Michael E., *Shared Agency: A Planning Theory of Acting Together*, Oxford University Press, Oxford, 2014.
- BRICKER, Phillip, "Ontological Commitment", en Edward Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, noviembre 2014. Disponible en: <https://plato.stanford.edu/entries/ontological-commitment/>
- BURAZIN, Luka, "Can There Be an Artifact Theory of Law?", *Ratio Juris*, vol. 29. núm. 3, 2016, pp. 385-401.
- CHANG, Ruth, "Incommensurability (and incomparability)", en LAFOLLETTE, Hugh (ed.), *The International Encyclopedia of Ethics*, Blackwell, Malden M.A., 2013, pp. 2591-2604.
- CRANE, Tim, *The Objects of Thought*, Oxford University Press, Oxford, 2013.
- CRUZ Parcero, Juan Antonio, *El concepto de derecho subjetivo*, 2a. ed., Fontamara, México, 1999.
- DEL MAR, Maksymilian y BANKOWSKI, Zenon (eds.), *Law as Institutional Normative Order*, Routledge, Londres-NuevaYork, 2009.
- DIPERT, Randall R., "Art, Artifacts, and Regarded Intentions", *American Philosophical Quarterly*, vol. 43, núm. 4, 1986, pp. 401-408.
- DIPERT, Randall R., "Some Issues in the Theory of Artifacts: Defining 'Artifact' and Related Notions", *The Monist*, vol. 78, núm. 2, 1995, pp. 119-135.
- ENOCH, David, "Giving Practical Reasons", *Philosophers' Imprint*, vol. 11, núm. 4, 2011, pp. 1-22.
- EPSTEIN, Brian, *The Ant Trap: Rebuilding the Foundations of the Social Sciences*, Oxford University Press, Oxford, 2015.

FRANSEN, Marteen *et al.* (eds.), *Artefact Kinds. Ontology and the Human-Made World*, Springer, Suiza, 2013.

GARCÍA-GODÍNEZ, Miguel Ángel, "Flaws and Virtues of an Artifact Theory of Law", *Ratio Juris*, vol. 32, núm. 1, marzo 2019, pp. 117-131.

GARCÍA-GODÍNEZ, Miguel Ángel, *Los criterios de corrección en la teoría del razonamiento jurídico de Neil MacCormick*, Serie: Interpretación Constitucional Aplicada, núm. 3, Centro de Estudios Constitucionales-SCJN, México, 2017.

HANSSON, Tobias, "Why the Social Sciences are Irreducible", *Synthese*, 2017, pp. 1-27.

HART, H. L. A., *The Concept of Law*, 2a. ed., Oxford University Press, Oxford, 1994.

HEIL, John, "Levels of Reality", *Ratio. An International Journal of Analytic Philosophy*, vol. 16, núm. 3, 2003, pp. 205-211.

HILPINEN, Risto, "On Artifacts and Works of Art", *Theoria*, vol. 58, núm. 3, 1992, pp. 58-82.

HOHFELD, Wesley N., "Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning", *Yale Law Journal*, vol. 26, núm. 8, 1917, pp. 710-770.

JACOB, Pierre, "Intentionality", en Zalta, Edward N., (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2014. Disponible en: <https://plato.stanford.edu/entries/intentionality/>

LUDWIG, Kirk, *From Individual to Plural Agency. Collective Action: Volume 1*, Oxford University Press, Oxford, 2016.

MACCORMICK, Neil, *Institutions of Law: An Essay in Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford, 2007.

MACCORMICK, Neil y WEINBERGER, Ota, *An Institutional Theory of Law*, Springer, Países Bajos, 1986.

MACINTYRE, Alasdair, *After Virtue*, University of Notre Dame Press, Notre Dame, 1981.

PEÑA, Antonio Manuel, "Cinco teorías sobre el concepto de los derechos", *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 32, 2009, pp. 665-686.

PETTIT, Philip, "Collective Intentions", en NAFFINE, N. *et al.* (eds.), *Intention in Law and Philosophy*, Ashgate, Estados Unidos, 2001, pp. 241-254.

RAZ, Joseph, "On the Nature of Rights", *Mind*, vol. 93, núm. 370, 1984, pp. 194-214.

ROSEN, Gideon, "Metaphysical Dependence: Grounding and Reduction", en HALE, Bob y HOFFMANN, Aviv (eds.), *Modality: Metaphysics, Logic, and Epistemology*. Oxford University Press, 2010, pp. 109-136.

SCHABER, Peter, "Are There Insolvable Moral Conflicts?", en Baumann, Peter y Betzler, Monika (eds.), *Practical Conflicts. New Philosophical Essays*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, pp. 279-294.

SEARLE, John R., *Intentionality: An Essay in the Philosophy of Mind*, Cambridge University Press, Berkeley, 1983.

SEARLE, John R., *The Construction of Social Reality*, Penguin, Londres, 1995.

- SEARLE, John R., *Making the Social World: The Structure of Human Civilization*, Oxford University Press, Oxford, 2010.
- SHAPIRO, Scott J., *Legality*, Harvard University Press, Estados Unidos, 2011.
- SIDER, Ted, Intro to Ground, s.l., s.a. Disponible en: http://tedsider.org/teaching/ground/HO_intro.pdf
- THOMASSON, Amie L., *Ordinary Objects*, Oxford University Press, Oxford, 2007.
- THOMASSON, Amie L., "The Easy Approach to Ontology", *Axiomathes*, vol. 19, núm. 1, 2009, pp. 1-15.
- THOMASSON, Amie L., "Public Artifacts, Intentions, and Norms", en FRANSSEN, Marteen et al. (eds.), *Artefact Kinds. Ontology and the Human-Made World*, Springer, Suiza, 2013, pp. 45-62.
- THOMASSON, Amie L., *Ontology Made Easy*, Oxford University Press, Oxford, 2014.
- TUOMELA, Raimo, *The Philosophy of Sociality. The Shared Point of View*, Oxford University Press, Oxford, 2007.
- TUOMELA, Raimo, *Social Ontology. Collective Intentionality and Group Agents*, Oxford University Press, Oxford, 2013.
- ZAHLE, Julie, "Methodological Holism in the Social Sciences", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2016. Disponible en: <http://plato.stanford.edu/entries/holism-social/>

*Trimming**

Cass R. Sunstein**

* Texto publicado originalmente como "Trimming", en *Harvard Law Review*, vol. 122, núm. 4, 2009, pp. 1049-1094. Traducido al español por Mariana Hernández Cruz y publicado con autorización del autor.

** Profesor de Derecho Felix Frankfurter, Escuela de Derecho de Harvard. Gracias a Bruce Ackerman, Ian Ayres, Glenn Cohen, Adam Cox, Elizabeth Emens, Richard Fallon, Terry Fisher, Robert Goodin, Jonathan Masur, Martha Minow, Gerry Neuman, Martha Nussbaum, Eric Posner, Arden Rowell, Michael Sandel, Kathryn Spier, David Strauss, Mark Tushnet y Adrian Vermeule por sus valiosos comentarios en un borrador previo. Agradecimientos especiales a los participantes en los talleres en las Escuelas de Derecho de Harvard, Chicago y Yale, quienes aportaron una ayuda extraordinaria. También estoy agradecido con Beth Bell, Deanna Rice y Emily Ullman por su magnífica e indispensable ayuda en la investigación.

SUMARIO: I. Introducción; II. Por qué contemporizan los contemporizadores; A. Notas históricas; B. Contemporización contemporánea; 1. Moderados y conservadores: definiciones; 2. Contemporización en el derecho constitucional contemporáneo; 3. Problemas y preocupaciones; III. Razones para contemporizar; A. Contemporización y principios; B. La heurística de la contemporización; C. Contemporización estratégica; D. Contemporización y precedente; E. Conflicto, exclusión y humillación; F. Autodefensa judicial; IV. Contra la contemporización; A. Contemporizadores equivocados; B. Contemporizadores confundidos; C. Contemporizadores manipulables; 1. El problema; 2. Limitaciones de credibilidad; 3. ¿Extremos arbitrarios?; D. Contemporizadores anárquicos; E. Contemporizadores políticos; F. Balance; V. Minimalistas contra contemporizadores; A. Superficialidad y estrechez; B. ¿Por qué superficialidad? ¿Por qué estrechez?; C. Profundidad, amplitud y contemporización; 1. Contra el minimalismo: sobre la predictibilidad y los costos de la exportación; 2. Reglas y normas, contemporizadores y minimalistas; 3. El camino de la ley; ¿del minimalismo a la contemporización?; VI. ¿Cuándo contemporizar? ¿Cuándo no?; A. Contemporizadores contra minimalistas; B. Contemporización, primacía democrática y fundamentalismo de los derechos; C. ¿Contemporización sin contemporizadores? Sobre las instituciones que producen contemporizaciones; VII. Conclusión.

En el derecho y la política, algunas personas son contemporizadoras. Prestan cuidadosa atención a las posiciones contrapuestas sobre un tema e intentan mediar entre los extremos. La contemporización puede defenderse como una heurística de lo correcto, como un medio para reducir el conflicto político en cuestiones especialmente controversiales o como un método para asegurar que las personas que sostienen posiciones contrarias no se sientan humilladas, excluidas o perjudicadas. Hay dos tipos de contemporizadores: los moderados, quienes siguen una especie de "contemporización heurística" y por consiguiente concluyen que el justo medio es mejor, y los conservadores, quienes tratan de conservar lo más esencial de las posiciones contrapuestas razonables, que están dispuestos

a analizar y juzgar. Es cierto que, en algunos casos, la contemporización lleva a malos resultados en la política y el derecho, incluyendo malas interpretaciones de la Constitución. También es cierto que los contemporizadores se enfrentan a cuestiones difíciles sobre cómo determinar los extremos relevantes y que pueden ser manipulados por quienes están en posición de caracterizar o modificar esos extremos. Sin embargo, la contemporización es un enfoque honorable para algunas cuestiones difíciles tanto en el derecho como en la política y en algunos terrenos es más atractiva que las alternativas. En el derecho constitucional hay conflictos esclarecedores entre quienes creen en la contemporización, el minimalismo, el fundamentalismo de los derechos y la primacía democrática.

¿Por qué después de que jugamos tontamente a tildarnos de Whigs y Tories unos a otros, como niños que se tiran bolas de nieve, nos enojamos por un nuevo nombre, que por su verdadero significado podría devolvernos a nuestras casillas tanto como estos otros términos nos sacaron de ellas?

La inocente palabra contemporizador no significa más que esto, que si hubiera varios hombres en un bote y una parte de la compañía pusiera su peso de un lado, y otra lo inclinara igualmente hacia el lado contrario, ocurriría que habría una tercera opinión, de quienes conciben que también convendría que el bote se nivelara sin poner en riesgo a los pasajeros [...]

La verdadera virtud siempre se ha pensado un contemporizador, cuya morada está en el medio entre dos extremos.

—Lord Halifax¹

Aquellos incontables defensores de la seguridad primero, y al último, que no toman ni el riesgo de sufrir por una buena causa ni el del escándalo por una mala, están aquí manifiesta y desnudamente, así como fueron en vida: el desperdicio y la basura del universo, de ninguna consecuencia para el mundo, no aptos para el Paraíso y apenas admitidos en el Infierno. No tienen necesidad de morir, pues "jamás estuvieron vivos".

¹ Lord Halifax, "The Character of a Trimmer" [Londres, 1688], en Mark N. Brown (ed.), *The Works of George Savile Marquis of Halifax*, 1989, pp. 178-179, 243. (Se omitió la nota al pie.)

*Siguen, como siempre lo han hecho, un estandarte sin sentido,
mutable, que nunca simbolizó nada porque ni siquiera se elevó
en lo absoluto, una causa que no es una causa sino el cambiante
imán del día. Su dolor es irrisorio y sus lágrimas y sangre,
simple alimento de los gusanos.*

—John Sinclair, sobre los "neutrales" o "contemporizadores"
de Dante²

I. Introducción

Es sencillo imaginar tres resoluciones estilizadas de la relación entre la Primera Enmienda y la ley de difamación:

1. "La Primera Enmienda crea un derecho sólido a la libertad de expresión. El gobierno sólo puede interferir con ese derecho en un caso de imperiosa necesidad. Con respecto a las figuras públicas, no puede darse tal caso, la Primera Enmienda prohíbe rotundamente el uso de la ley de difamación".
2. "La Primera Enmienda protege la libertad de expresión. Pero ese derecho no se comprende adecuadamente, lo que genera dudas sobre la ley estatal de difamación. Las restricciones sobre la difamación no violan la Primera Enmienda".
3. "La Primera Enmienda protege la libertad de expresión. En este caso, la aplicación de la ley de difamación viola esa libertad. Nuestra conclusión se limita a los hechos particulares. No necesitan resolverse aquí otras cuestiones acerca de la relación precisa entre la ley de difamación y la Primera Enmienda".

Los tres enfoques están familiarizados con múltiples terrenos del derecho constitucional. Al reconocer un derecho individual amplio, la Corte

² John D. Sinclair, "Note on Canto III", en *The Divine Comedy of Dante Alighieri: Inferno*, trad. al inglés de John D. Sinclair de la *Divina comedia*, 1961, pp. 54-55. Aunque ni Dante ni Sinclair usan la palabra "contemporizadores", los "neutrales" [...] han sido llamados contemporizadores de manera retroactiva". Eugene Goodheart, "In Defense of Trimming", *Philosophy & Literature*, núm. 25, 2001, p. 46.

podría seguir el curso del *fundamentalismo de los derechos*. Si rechaza ese derecho y permite que los gobiernos actúen de la manera que consideren pertinente, la Corte podría decidirse en favor de la *primacía democrática*.³ O si se niega a especificar la naturaleza y el alcance del derecho, la Corte podría seguir el curso del *minimalismo*. Dentro de la Corte y en la literatura académica, puede encontrarse un intenso debate sobre la elección entre estos tres enfoques posibles.⁴

Sin embargo, existe un cuarto enfoque. Imaginemos la siguiente resolución:

4. "El derecho a la libertad de expresión sí impone limitaciones en el uso de la ley de difamación, y el uso en cuestión aquí es inconstitucional. Sin embargo, el derecho a la libertad de expresión se extiende sólo en las situaciones A, B y C; no incluye las situaciones X, Y y Z. En las últimas situaciones puede usarse la ley de difamación". En esta regla, la Corte es bastante específica sobre A, B y C así como con X, Y y Z.

Este enfoque es peculiar porque no sólo rechaza de lleno el fundamentalismo de los derechos y la primacía democrática, sino también el minimalismo. Lo hace así sobre la base de que la Corte debería hacer resoluciones con respecto a un área de la ley bastante amplia y no debería dejar cuestiones fundamentales sin decidir.⁵

³ Aquí, supongo que la ley de difamación es un producto de alguna especie de juicio democrático, ya sea a través de las actitudes del Estado o mediante la aceptación implícita de las decisiones del *common law*.

⁴ Véase, por ejemplo, Ronald Dworkin, *Justice in Robes*, Harvard University Press, Cambridge, 2006; Adrian Vermeule, *Judging under Uncertainty*, Harvard University Press, Cambridge, 2006. Nótese que las distinciones entre los tres enfoques van más allá de los debates familiares sobre las fuentes del contenido constitucional. Por ejemplo, los originalistas adoptan el fundamentalismo de los derechos en algunos terrenos y adoptan la primacía democrática en otros, dependiendo de lo que requiere el significado original.

⁵ De hecho, en su resolución sobre la ley de difamación, la Corte siguió aproximadamente el cuarto enfoque. Véase Suprema Corte, caso *New York Times Co. v. Sullivan* (376 U.S. 254), 1964.

Extrañamente, no hay una discusión profunda sobre este cuarto enfoque, ni dentro de la Corte ni en la literatura académica.⁶ De hecho, no tenemos un nombre. Yo usaré el término *contemporizar* [trimming]. El término proviene de los *Contemporizadores* [Trimmers] del siglo XVII, quienes tendían a rechazar los extremos y a tomar prestadas ideas de ambos lados de las intensas controversias sociales.⁷ Los contemporizadores creían que era importante conducirse entre las posiciones extremas y conservar lo más profundo y sensato de las posiciones contrapuestas.⁸

La idea de contemporizar se ha vuelto peyorativa. Nadie marcha con orgullo bajo el estandarte de los contemporizadores; nadie se siente encantado y honrado de que lo llamen contemporizador. Sin embargo, trataré de demostrar que en muchos terrenos, incluyendo el derecho constitucional, hay poderosos argumentos a favor de contemporizar, y que tanto en el derecho como en la política, no debe pensarse en contemporizar como un insulto, sino como término descriptivo para un enfoque que a menudo tiene considerable atractivo.⁹ A veces, contemporizar es una heurística de lo mejor; a veces, contemporizar puede defenderse como un medio para asegurar que no se excluya, humille o perjudique a alguien; a veces, contemporizar es un esfuerzo por identificar y conservar los mejores argumentos y las convicciones más profundas de todas las posiciones; a veces, contemporizar ayuda a reducir el conflicto social

⁶ Sin embargo, pueden encontrarse discusiones sobre asuntos sobrepuestos en J. Harvie Wilkinson III, "The Rehnquist Court at Twilight: The Lures and Perils of Split-the-Difference Jurisprudence", *Stanford Law Review*, 1969 (2006), p. 58.

⁷ Para un tratamiento histórico, véase H. C. Foxcroft, *A Character of The Trimmer: Being a Short Life of The First Marquis of Halifax*, Cambridge University Press, Cambridge, (1946) 2014; Henry Horwitz, *Parliament, Policy and Politics in The Reign of William III*, Manchester University Press, Inglaterra, 1977; Donald R. Benson, "Halifax and the Trimmers", *Huntington Library Quarterly*, núm. 27, 1964, p. 115; Mark N. Brown, "Trimmers and Moderates in the Reign of Charles II", *Huntington Library Quarterly*, núm. 37, 1974, p. 311; Thomas C. Faulkner, "Halifax's the Character of a Trimmer and L'Estrange's Attack on Trimmers in *The Observer*", *Huntington Library Quarterly*, núm. 37, 1973, p. 71. Para una discusión valiosa, véase E. Goodheart, "In Defense of Trimming", *op. cit.*

⁸ E. Goodheart, "In Defense of Trimming", *op. cit.*

⁹ *Idem.*

y la indignación pública.¹⁰ Mi objetivo más ambicioso es revertir la aceptación de la idea de contemporizar y plantear que en situaciones importantes pueden ofrecerse fuertes argumentos —pragmáticos, epistémicos e, incluso, morales— en su favor.

El resto de este artículo tiene seis partes. La parte II explora cuestiones fundamentales para el tema. Distingue entre dos tipos de contemporizadores: quienes prefieren conciliar y quienes quieren conservar las ideas más esenciales de todas las posiciones. La parte III investiga la argumentación positiva en favor de la contemporización. Sostiene que contemporizar podría defenderse como una posición que en principio produce los mejores resultados cuando responde a la falta de información de los jueces, cuando respeta los precedentes y cuando reduce la sensación de exclusión social o incluso humillación. La parte IV examina varias objeciones contra la contemporización. Muestra que los contemporizadores podrían estar equivocados; pueden ser manipulados; podrían rechazar la ley; y a veces están confundidos y son políticos (en un sentido peyorativo). La parte V examina las diferencias entre minimalistas y contemporizadores. Muestra que a pesar de algunas similitudes superficiales, los dos campos son fundamentalmente diferentes. Los minimalistas quieren dejar sin decidir asuntos clave, mientras que los contemporizadores privilegian la claridad. El debate entre minimalistas y contemporizadores se relaciona estrechamente con el debate entre quienes privilegian los estándares y quienes privilegian las reglas. La parte VI aporta algunas notas sobre la elección entre contemporización, minimalismo, primacía democrática y fundamentalismo de los derechos. También sugiere que en ocasiones las instituciones producirán una forma de contemporización incluso cuando carecen de contemporizadores; gran parte de la legislación moderna puede verse como una especie de contemporización simulada. La parte VII es una breve conclusión.

¹⁰ Para una discusión relacionada, con conclusión escéptica, véase J. Harvie Wilkinson III, "The Rehnquist Court at Twilight..." *supra* nota 6. Contemporizar puede entenderse como una forma de "negociar judicialmente", pero como veremos, los argumentos a su favor son más atractivos de lo que sugiere el término.

II. Por qué contemporizan los contemporizadores

Los contemporizadores siguen un procedimiento de decisión particular que precisa de una atención cuidadosa a todos los puntos de vista, incluyendo los extremos. Como sus predecesores del siglo xvii, los contemporizadores contemporáneos escuchan cautelosamente las posiciones contrapuestas y se sienten renuentes a repudiar los argumentos que los adversarios políticos o jurídicos sostienen intensamente. Como punto fundamental, los contemporizadores contemporáneos, como sus predecesores del siglo xvii, tienden a hallar una resolución entre los extremos de una manera que hace que ambos piensen que han ganado o, por lo menos, que no han perdido algo importante. El instinto del contemporizador es ver lo que la posición contrapuesta tiene que decir y explorar si puede extraerse o conservarse algo de ella. Como veremos más adelante, los contemporizadores evitan los extremos, pero rechazan el minimalismo; no descartan las preguntas complejas ni pretenden dejarlas irresueltas. Los contemporizadores quieren incluir los compromisos más profundos de los adversarios en lugar de optar meramente por desaprobarnos.

Para comprender la contemporización, sería útil comenzar con algunas breves notas históricas. Aunque los contemporizadores originales se han perdido en gran parte en los debates políticos y jurídicos contemporáneos, podemos aprender mucho de lo que tienen que decir.¹¹

A. Notas históricas

Al parecer, la primera mención de "contemporizador" por escrito fue en *The Character of a Trimmer, Neither Whigg nor Tory*, publicado de manera anónima en 1682.¹² Durante los siguientes tres años, se mencionó a los

¹¹ Véase E. Goodheart, "In Defense of Trimming", *op. cit.*, p. 54.

¹² D. R. Benson, "Halifax and the Trimmers", *op. cit.*, p. 118.

contemporizadores con cierta frecuencia en la prensa popular y ocasionalmente desde entonces.¹³ El panfleto mejor conocido sobre los contemporizadores fue *El carácter de un contemporizador*,¹⁴ que circuló anónimamente en 1684¹⁵ y fue escrito por el contemporizador más influyente, George Savile, marqués de Halifax, que murió en 1695.¹⁶

Los contemporizadores aparecieron a menudo en *The Observer*, el periódico ampliamente difundido de Roger L'Estrange, en el que los diálogos políticos que previamente incluían al *Whig* y al *Tory* se cambiaron en noviembre de 1682 para incluir al Contemporizador y el Observador.¹⁷ Para L'Estrange, cualquiera que no siguiera las políticas más estrictas del partido Tory podía ser llamado contemporizador.¹⁸ Resumió de la manera siguiente las características del contemporizador:

Contemporizador. Y, por fin, ¿qué es un Contemporizador?

Observador. Pues un Contemporizador es Cien mil cosas; un Contemporizador, le digo, es un hombre de Laxitud, tanto en Política como en Divinidad: un Defensor, tanto de la Libertad de Práctica en el Estado, como de Libertad de Conciencia en la Iglesia.¹⁹

Observador. Pero entonces, debe Considerar que hay Diversos tipos de Contemporizadores; por ejemplo, el Contemporizador de Estado, el Contemporizador del Derecho; el Contemporizador de la Iglesia, el Contemporizador Comercial, etcétera.²⁰

Como veremos, un punto importante aquí es que "hay diversos tipos de contemporizadores"; el punto no se aplica menos en el siglo XXI que

¹³ *Ibidem*, pp. 131-132.

¹⁴ L. Halifax, "The Character of a Trimmer", *op. cit.*

¹⁵ T. C. Faulkner, "Halifax's the Character of a Trimmer...", *op. cit.*, p. 73.

¹⁶ H. C. Foxcroft, *A Character of The Trimmer...*, *op. cit.*, p. 336.

¹⁷ Tim Harris, "What's New About the Restoration?", *Albion*, núm. 29, 1997, pp. 187, 211.

¹⁸ *Ibidem*, pp. 211-212.

¹⁹ T. C. Faulkner, "Halifax's the Character of a Trimmer...", *op. cit.*, p. 76 (cita de *The Observer*, 3 de diciembre de 1684).

²⁰ *Ibidem* (cita de *The Observer*, 16 de noviembre de 1682).

en el xvii. Otros caracterizaron a los contemporizadores diversamente como "inconformistas que iban a la Iglesia",²¹ los que no estaban lo suficientemente a favor de castigar a los disidentes protestantes,²² "el tipo más moderado de Tories" o "Whigs secretos".²³

A pesar de las referencias frecuentes y explícitas a los contemporizadores a finales del siglo xvii, los historiadores siguen debatiendo la existencia de un grupo real de pensadores y oficiales que merecieran la etiqueta. Durante la primera mitad del siglo xx, los historiadores supusieron que sí existía ese grupo y que lo dirigía Halifax; incluso el *The Oxford English Dictionary* decía que la palabra "contemporizador" en su sentido político se refirió originalmente a 'Lord Halifax y quienes estaban relacionados con él (1680-1690)'.²⁴ Durante las décadas de 1960 y 1970, sin embargo, algunos académicos empezaron a cuestionar si Halifax había estado relacionado con el movimiento contemporizador a lo largo de su vida, e incluso a dudar que existiera un verdadero movimiento contemporizador con el cual pudiera estar relacionado. De acuerdo con un famoso ensayo de 1964, "los panfletos de la controversia de los contemporizadores no dan indicios de que Halifax se identificara de manera alguna con los contemporizadores durante el periodo. En la controversia, él no se menciona ni por nombre ni, al parecer, por implicación".²⁵ Desde este punto de vista, "parece poco probable que un partido contemporizador fuera más que una ficción de controversia política".²⁶

Por el contrario, un tratado más reciente sostiene que muchos políticos y clérigos moderados fueron llamados contemporizadores: "Los contem-

²¹ T. Harris, "What's New About the Restoration?", *op. cit.*, p. 212 (cita de *The Character of a Church-Trimmer* [Londres, 1683]).

²² *Ibidem*, pp. 211-212 (discusión de los ataques de *L'Estrange* a los contemporizadores).

²³ Phillip Harth, *Pen for a Party: Dryden's Tory Propaganda in its Contexts*, 1992, p. 210 (se omitieron las cursivas) (cita de John Dryden, *Vindication of The Duke Of Guise* (Londres, 1683), reimpresso en Sir Walter Scott (ed.), *The Works Of John Dryden*, Edimburgo, William Paterson, 1883, pp. 135, 182).

²⁴ D. R. Benson, "Halifax and the Trimmers", *op. cit.*, p. 116 (cita de *The Oxford English Dictionary*, primera edición, 1933, p. 365; véase también *The Oxford English Dictionary*, 1933, p. 365 (que recoge usos históricos adicionales de la palabra en este sentido)).

²⁵ D. R. Benson, "Halifax and the Trimmers", *op. cit.*, p. 132.

²⁶ *Ibidem*, p. 134.

porizadores [...] eran Tories acusados de sentir simpatía hacia los Whigs o anglicanos, igualmente acusados con respecto a los disidentes protestantes. Como la mayor parte de los anglicanos eran Tories, estas dos definiciones son complementarias, de hecho, casi intercambiables".²⁷ Desde este punto de vista, los contemporizadores políticos consistían en esos Tories, incluyendo a Halifax y lord Keeper Guilford, que creían en someter a la Corona al estado de derecho; es decir, los Tories moderados o constitucionales, en oposición a los Tories "de altos vuelos", quienes creían en el poder absoluto del rey.²⁸

Independientemente de la controversia, Lord Halifax realmente se identificaba como un contemporizador, que defendía "morar en el medio, entre los dos extremos".²⁹ Halifax rechazó las posiciones fijas tanto de los Tories como de los Whigs; creía que el gobierno debía hacer espacio tanto para la autoridad real como para un parlamento fuerte.³⁰ Se preguntaba: "¿Por qué la moderación hace sufrir tanto a los hombres? ¿No parece como si sufrieran un caso extremo de escorbuto, demasiado fuerte para que lo digiera la parte más considerada de la humanidad?"³¹

Para los contemporizadores, la moderación es una señal de virtud, e implica una comprensión sensible de lo que es mejor y menos prescindible de los "extremos".³² En la política, Halifax privilegiaba el equilibrio entre la monarquía y la ciudadanía, y sostenía que el monarca tenía que estar restringido por la ley, que un orden constitucional debía proteger las libertades civiles y los parlamentos debían desempeñar un papel importante.³³ El contemporizador es especialmente entusiasta de la ley y comprende los preceptos legales como "las cadenas que atan nuestras

²⁷ M. N. Brown, "Trimmers and Moderates...", *op. cit.*, p. 319.

²⁸ *Ibidem*, pp. 328-330.

²⁹ L. Halifax, "The Character of a Trimmer", *op. cit.*, p. 243.

³⁰ Véase *ibidem*, pp. 184-99.

³¹ *Ibidem*, pp. 240.

³² Véase *ibidem*, pp. 194-195.

³³ *Ibidem*, pp. 184-199.

rebeldes pasiones".³⁴ Con respecto al estado de derecho, el contemporizador no contemporiza. En religión, Halifax deseaba una "mutua calma mental" entre protestantes y católicos, "pasando por alto los pecados veniales".³⁵ Con respecto a las antiguas divisiones sociales, el contemporizador "no tiene la intención de recoger los sucesos dolorosos de la historia contra éste o aquel partido; por el contrario, se empeña por encontrar cualquier cosa que pueda sanarlos y permitir un acuerdo".³⁶

Conforme se fue desarrollando la Revolución de 1688, Halifax insistió en mantener contactos con ambos bandos.³⁷ Guillermo III, quien ascendió al trono como resultado de la Revolución, practicó la contemporización mediante la inclusión de Whigs y Tories en el gobierno. Dijo que quería "basarse en la actitud de los contemporizadores" o "formar un partido entre los dos extremos".³⁸

En un empeño importante por rehabilitar a Halifax, Thomas B. Macaulay escribió con evidente simpatía que "no tenía nada en común con quienes iban de un extremo a otro y quienes veían al partido que habían abandonado con una animosidad mucho mayor que la de los enemigos consistentes. Su lugar estaba en el terreno debatible entre las hostiles divisiones de la comunidad [...]".³⁹ En la explicación de Macaulay, Halifax "estaba, por consiguiente, siempre por encima de sus violentos socios, y siempre mantuvo relaciones amistosas con sus opositores moderados. Toda facción, en los días de su triunfo insolente y vengativo, fue objeto de su censura, y cada facción, cuando fue vencida y perseguida, encontró en él un protector".⁴⁰ Nótese que, con base en esta descripción, Halifax

³⁴ *Ibidem*, p. 180.

³⁵ *Ibidem*, p. 222.

³⁶ *Idem*.

³⁷ Véase Mark N. Brown, "Introduction", en *The Works of George Savile Marquis of Halifax*, *op. cit.*, pp. 3, 111.

³⁸ H. Horwitz, *Parliament, Policy and Politics...*, *op. cit.*, p. 35 (cita 2 *supra*, en H. C. Foxcroft, *The Life and Letters of Sir George Savile, Bart. First Marquis of Halifax*, Londres, Longmans, Green and Co., 1898, pp. 230, 229 (Se omitieron las comillas internas).

³⁹ Thomas Babington Macaulay, *The History Of England*, Folio Press, 1985, p. 185.

⁴⁰ *Ibidem*, pp. 185-186.

no contemporizaba por razones estratégicas; contemporizaba por una cuestión de principios. Como veremos, este entendimiento de la posición de Halifax tiene estrechos paralelismos con el enfoque del derecho y la política que deseo describir aquí.

Sin embargo, mi objetivo en este texto no es el de hacer una biografía intelectual o una recuperación histórica. Para fines del derecho y la política contemporáneos, podemos inspirarnos en Halifax y sus asociados, pero la contemporización es algo que tiene que hacerse, no encontrarse. Como sugieren las pruebas históricas, la contemporización es una práctica política, que difícilmente se limita al derecho constitucional, y podemos imaginar la contemporización en muchos terrenos: las instituciones religiosas, el campo laboral, la familia, la universidad y muchos más. Sin embargo, mi enfoque particular es en el derecho constitucional y, por lo tanto, la tarea inicial es mostrar exactamente de qué manera los jueces que se ven implicados en disputas constitucionales podrían elegir contemporizar. Para llevar a cabo esta labor, debemos comenzar con la distinción de dos tipos de contemporizadores.

B. Contemporización contemporánea

1. Moderados y conservadores: definiciones

La contemporización es un proceso de decisión. Por su naturaleza, los contemporizadores siguen ese procedimiento; prestan cautelosa atención a las posiciones contrapuestas y tratan de mediar entre ellas. Sin embargo, los contemporizadores caen en dos categorías diferentes.

Algunos contemporizadores son moderados: identifican los extremos y tratan de llegar a un justo medio.⁴¹ Con la intención de reducir el conflicto

⁴¹ Véase J. H. Wilkinson III, "The Rehnquist Court at Twilight...", *op. cit.*, p. 1971 (describe a la Suprema Corte del difunto juez Rehnquist de la siguiente manera: "La Corte buscó sortear los asuntos más controvertidos que se le presentaban buscando un justo medio entre las diferencias. Pocos tribunales elevaron esta forma de jurisprudencia a una forma de arte".)

social, tratando de evitar la indignación pública y con la creencia de que la posición media presumiblemente es la mejor, los moderados tratan de darle algo a cada extremo. Otros contemporizadores son conservadores. Tratan de identificar y conservar lo que es más esencial, más profundo, más valioso y más sensible de las posiciones contrapuestas. Con la intención de aprender de esas visiones, este tipo de contemporizadores observa con escrutinio empático a los aparentes antagonistas y busca defender lo más atractivo de su posición.

Los conservadores mismos se dividen en dos categorías diferentes. Algunos tratan de discernir lo que creen, con base en su propia inspección individual, que son las partes más profundas y valiosas de las posiciones contrapuestas. Otros conservadores no se interesan por sus propios juicios independientes, sino por lo que piensan que es más profundo e importante quienes sostienen posiciones contrapuestas. Estos distintos enfoques pueden pujar en direcciones distintas. Los conservadores que hacen hincapié en lo más esencial (según su propia opinión independiente) podrían terminar en una posición diferente a la de los conservadores que hacen hincapié en los compromisos más intensos (desde los puntos de vista subjetivos de los antagonistas).⁴² Nadie está en desacuerdo con la afirmación de que es importante que los jueces (u otras personas) escuchan a la gente para ver si tienen un punto razonable. Lo que hace peculiares a los conservadores es que insisten en identificar qué es lo más profundo y lo más atractivo de las posiciones contrapuestas, con un deseo particular en que, en la medida de lo posible nadie sea, o se sienta, rechazado o repudiado. De un vistazo, la contemporización preservadora parece atractiva o, por lo menos, plausible. No es fácil identificar una discusión de principios para llegar a un justo medio como tal (aunque lo intentaríamos).

⁴² La diferencia de enfoque dependerá del porqué contemporiza un contemporizador. Véase *infra* el apartado III (que insiste en que la contemporización en principio podría producir el mejor resultado [un punto que sugiere que los contemporizadores deben hacer juicios independientes] y también la posibilidad de que la contemporización modera el conflicto social [un punto que sugiere que los contemporizadores deben poner atención a las posiciones que se sostienen más profundamente]).

Podemos comprender la contemporización como una característica o como una actividad.⁴³ Algunas personas, incluyendo algunos jueces, son contemporizadoras por inclinación general. Ante un problema complicado sobre la libertad de expresión o la igualdad de género, buscan contemporizar. Otras personas, incluyendo a otros jueces, contemporizan en algunas ocasiones, pero no en otras; insisten en que la contemporización es poco factible en muchos terrenos. No son contemporizadores por naturaleza. Podrían inclinarse por la contemporización en el contexto de una disputa de discriminación positiva, pero negarse a contemporizar en el contexto de un debate por la regulación del discurso político, quizá con la conclusión de que en esa área sea más deseable una forma de fundamentalismo de los derechos.

También debemos distinguir entre moderados ideológicos y contemporizadores, aunque no siempre sea fácil diferenciarlos en la práctica, y aunque a menudo estén de acuerdo. Los moderados ideológicos, a diferencia de los contemporizadores, podrían creer sencillamente que el discurso comercial tiene derecho a cierta protección, pero a menor protección que el discurso político. Este tipo de moderados podría sostener esta posición en un vacío social; esta es su interpretación preferida de la Constitución, lo que los hace moderados bajo condiciones actuales. Estos moderados no son contemporizadores, porque no siguen el procedimiento de decisión de los contemporizadores, no les importan tanto las posiciones contrapuestas y no tratan de mediar entre ellas. No son ni moderados ni conservadores. Podrían negarse a llegar a acuerdos con otros; podrían no interesarse por investigar con cautela las posiciones extremas para conservar lo más profundo y lo mejor de ellas.

Para los moderados, asegurarse de que nadie sea humillado o perjudicado podría no ser importante en lo más mínimo. Sin embargo, podría resultar que algunos moderados sean contemporizadores. Por ejemplo, podrían

⁴³ Estoy agradecido con Richard Fallon por hacer hincapié en esta distinción.

estar dispuestos a llegar a un acuerdo mediante la elección de una de las posiciones que esté a medio camino entre su posición moderada y la de uno de los extremistas.

2. Contemporización en el derecho constitucional contemporáneo

No es sencillo saber, después de una resolución, si los jueces han seguido conscientemente el procedimiento de decisión que privilegian los contemporizadores; sin embargo, en el derecho constitucional, la contemporización parece ser generalizada. Pensemos en el debate sobre el discurso comercial. Algunos fundamentalistas de los derechos se inclinan por dar a este discurso la misma protección que al discurso político, sobre la teoría de que el respeto a la autonomía personal exige tal protección.⁴⁴ Por el contrario, quienes creen en la primacía democrática rechazan la idea de que el discurso comercial debe recibir cualquier tipo de protección constitucional.⁴⁵ En medio de este debate, los contemporizadores se inclinarían por brindar algún tipo de protección a la publicidad comercial, pero menos que la que darían al discurso político.

Este enfoque podría tomarse como un justo medio entre posiciones contrapuestas que sostienen con intensidad personas aparentemente razonables. De manera alternativa, los contemporizadores podrían creer que están conservando lo mejor y más sensato de las posiciones contrapuestas. Podrían reconocer que el respeto de la autonomía exige la protección del discurso comercial honesto, pero también admitir que hay muchas menos razones para temer la regulación del discurso comercial falso o engañoso que la regulación de un discurso político falso o engañoso.⁴⁶ Por esta razón, contemporizan.

⁴⁴ Véase, por ejemplo, Suprema Corte de los Estados Unidos, caso *Liquormart, Inc. v. Rhode Island*, 517 U.S. 484, 518 (1996) (El juez Thomas acuerda en parte y acuerda con el juicio).

⁴⁵ Véase Suprema Corte de los Estados Unidos, caso *Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council, Inc.*, 425 U.S. 748, 781 (1976). (Voto particular del juez Rehnquist).

⁴⁶ Véase, por ejemplo, Suprema Corte de los Estados Unidos, caso *Rubin v. Coors Brewing Co.*, 514 U.S. 476, 482 (1995); *Virginia State Board of Pharmacy*, 425 U.S. pp. 771-773 y la nota 24.

O pensemos en el debate moderno sobre el debido proceso sustantivo.⁴⁷ Los fundamentalistas de los derechos autorizarían a los jueces que dieran contenido sustantivo a la idea de "libertad" por medio de sus propios juicios morales sobre ese amplio concepto.⁴⁸ Por el contrario, quienes creen en la primacía democrática abandonarían del todo el debido proceso sustantivo.⁴⁹ Los contemporizadores rechazan ambas posiciones y creen que el alcance de los derechos individuales debería definirse con referencia a las tradiciones.⁵⁰ Los conservadores del debido proceso median entre los extremos. Algunos de los que toman este enfoque, probablemente sean moderados, pensando (por razones estratégicas o de otro tipo) que su enfoque es el mejor posible.⁵¹ Desde este punto de vista, el tradicionalismo del debido proceso es el segundo mejor, que se adopta porque el enfoque que se refiere no está disponible. Otros tradicionalistas del debido proceso son conservadores: tratan de discernir lo que es menos prescindible y más legítimo de las posiciones contrapuestas. No contemporizan para transigir, sino para retomar las convicciones más plausibles de los adversarios. Desde luego, si han tenido éxito, queda aún en duda.

Podemos encontrar moderados y conservadores en muchos otros campos. Pensemos, por ejemplo, en las opiniones de que mientras que las contribuciones de campaña pueden regularse en conformidad con la Primera

⁴⁷ Véase, por ejemplo, caso *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).

⁴⁸ Confróntese Dworkin, *Justice in Robes*, *op. cit.*, (el cual examina las varias maneras como se entretejen el derecho y la moral, y cómo las convicciones morales de un juez influyen en sus juicios sobre lo que constituye el derecho).

⁴⁹ Véase Suprema Corte de los Estados Unidos, caso *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45, 76 (1905) (Voto particular del juez Holmes). Desde luego, un rechazo del debido proceso sustantivo debe basarse en múltiples fundamentos, incluyendo argumentos textuales e históricos.

⁵⁰ Véase Suprema Corte de los Estados Unidos, caso *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. p. 588 (Voto particular del juez Scalia); caso *Michael H. v. Gerald D.*, 491 U.S. 110,122-130 (1989) (opinión dividida).

⁵¹ Para un ejemplo interesante de un resultado que refleja la conciliación, en parte por un desacuerdo interno, véase Suprema Corte de los Estados Unidos, caso *United States v. Booker*, 543 U.S. 220 (2005). En este caso, la Corte encontró que algunos usos judiciales de las Pautas de Sentencias Federales violaban la Sexta Enmienda, *ibid.*, pp. 226-227, pero que el remedio no era dejar de lado las pautas, sino usarlas como asesoría, *ibid.*, p. 245. La Corte en conjunto terminó contemporizando, con cinco jueces que apoyaron la invalidación, con cuatro que apoyaron un uso reducido de las pautas — y con cinco que apoyaron el uso continuo de las pautas, con cuatro de éstos que apoyaron la validación. Véase J. H. Wilkinson, "The Rehnquist Court at Twilight", *op. cit.*, p. 1975.

Enmienda, los gastos de campaña son inmunes a la regulación;⁵² que las restricciones al aborto son justificables sólo si no equivalen a una "carga indebida"⁵³ (adecuadamente especificada); que la discriminación con base en el sexo está sujeta al escrutinio de intermediarios;⁵⁴ que la obscenidad está portegida a menos que entre en conflicto con una prueba que preste atención cautelosa a las normas comunitarias y a los valores sociales;⁵⁵ y que la constitucionalidad de la presentación de los Diez Mandamientos por parte del gobierno depende del contexto.⁵⁶

En algunos de estos casos, la opinión dominante podría ser un esfuerzo por llegar a un justo medio. Modestos e inciertos del resultado correcto, los jueces podrían tratar de mediar entre los extremos con el fundamento de que tal enfoque es más probable que sea correcto o menos probable que dañe valores importantes. La valoración de carga indebida se comprende fácilmente de esta manera; conserva el derecho a elegir, pero también permite un grado de regulación razonable. En otros campos, la visión dominante podría ser un producto de un esfuerzo justificado por reconocer y hacer espacio para las exigencias más legítimas de los bandos opuestos. Las personas razonables bien podrían creer que las contribuciones de campaña, que algunas personas hacen a los candidatos, pueden regularse con el objetivo de reducir la apariencia y la realidad de la corrupción, mientras que también se cree que los gastos de campaña, que hace directamente un candidato, no pueden regularse por esa misma

⁵² Suprema Corte de los Estados Unidos, caso *Buckley v. Valeo*, 424 U.S. 1, 23-59 (1976).

⁵³ Suprema Corte de los Estados Unidos, caso *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833, 895, 901 (1992). En la medida en que quede abierto el estándar de carga indebida, combina la contemporización (el rechazo de los extremos) con una forma de minimalismo (deja asuntos clave sin decidir).

⁵⁴ Véase Suprema Corte de los Estados Unidos, Caso *Craig v. Boren*, 429 U.S. 190, 197-199 (1976). Para sugerencias de que este enfoque es una especie de conciliación, véase Collin O'Connor Udell, "Note", *Signaling a New Direction in Gender Classification Scrutiny: United States v. Virginia*, *Connecticut Law Review*, núm. 29, 1996, pp. 521, 527-528; y Ruth Bader Ginsburg y Barbara Flagg, "Some Reflections on the Feminist Thoughts of the 1970s", *The University of Chicago Legal Forum*, vol. 1989, núm. 1, pp. 9, 17.

⁵⁵ Suprema Corte de los Estados Unidos, *Miller vs California*, 413 U.S. 15, 24 (1973).

⁵⁶ Véase Suprema Corte de los Estados Unidos, caso *Van Orden v. Perry*, 545 U.S. 677, 691-692 (2005).

razón.⁵⁷ Las personas razonables también podrían creer que los materiales sexualmente explícitos deberían estar protegidos de la regulación gubernamental en general, pero que en algunos casos, el gobierno tiene justificaciones suficientemente fuertes para imponer prohibiciones.

Aquí, es importante distinguir entre contemporizadores de asuntos particulares y contemporizadores de cuestiones importantes de interpretación. Una disputa sobre la Cláusula sobre protección igualitaria o la Cláusula de "Comandante en Jefe" podrían resolverse mediante la contemporización; lo mismo podría decirse de una disputa sobre el originalismo. Ante un desacuerdo entre originalistas y sus críticos, un contemporizador podría concluir que la comprensión original de la Constitución no es determinante, pero que tiene derecho a considerarse y que cuando los precedentes no indican lo contrario, debe seguirse el originalismo. Por esta razón, algunos contemporizadores podrían inclinarse por aceptar una forma de "originalismo débil", pues dan peso a la comprensión original sin estar atados a ésta. Quienes están a favor del originalismo pero creen que el sentido original debe ceder el paso a la legalidad establecida, adoptan una forma de contemporización. Las cuestiones de método e interpretación, tanto como los conflictos particulares, podrían resolverse con la contemporización.

También podemos identificar formas de contemporización que son completamente internas a determinadas escuelas de interpretación. Un originalista comprometido podría negarse a contemporizar entre el originalismo y las alternativas, pero si los originalistas comprometidos están en desacuerdo con la interpretación adecuada de la Segunda Enmienda o la Cláusula del Comandante en Jefe, el originalista podría responder al desacuerdo con alguna forma de contemporización.⁵⁸ Quienes creen que el

⁵⁷ Confróntese Suprema Corte de los Estados Unidos, caso *Buckley v. vaele*, 424 U.S., pp. 26, 45. Mi intención no es sugerir que esta opinión sea correcta.

⁵⁸ En algunos asuntos, el caso *District of Columbia v. Heller*, 128 S. Ct. 2783 (2008) adopta lo que podría verse como una forma de contemporización originalista. Véase *ibid.*, p. 2799 (el cual sugiere límites al derecho a la Segunda Enmienda).

significado de la Cláusula sobre protección igualitaria depende en parte de los juicios morales contemporáneos,⁵⁹ no seguirán la comprensión original (concebida en sentido estricto) de la cláusula, pero si hubiera una disputa razonable sobre los juicios morales contemporáneos, tales jueces podrían contemporizar mediando entre ellos.

Los fundamentalistas de los derechos deben decidir exactamente cómo han de ser los fundamentalistas; si hubiera un debate interno sobre esa cuestión, ellos también podrían contemporizar.

Volvamos a la relación entre la libertad de expresión y la difamación; un fundamentalista de los derechos podría concluir que las figuras públicas no pueden usar la ley de difamación, mientras que otro podría concluir que nadie puede usar la ley de difamación, y sería posible contemporizar entre ambas posiciones. Quienes creen en la primacía democrática se inclinan por defender la legislación contra un ataque constitucional; sin embargo, también enfrentarán casos difíciles bajo su propio esquema de trabajo, y para responder a tales casos, podrían contemporizar. El estándar de la "base racional" puede tomarse como ejemplo.⁶⁰

3. Problemas y preocupaciones

A partir de estos ejemplos, debería estar claro que lo que equivale a la mejor forma de contemporización, y lo que califica como los extremos entre los que median los contemporizadores, no siempre es evidente. Los contemporizadores podrían estar enérgicamente en desacuerdo con otros sobre la manera adecuada de contemporizar; dos o más enfoques podrían contar como contemporización. En una disputa sobre la protección constitucional que se ha de dar a testimonios falsos sobre figuras públicas, por ejemplo, muchas posiciones contrapuestas podrían considerarse como

⁵⁹ Véase, por ejemplo, Ronald Dworkin, *Freedom's Law*, Oxford University Press, Nueva York, 2002.

⁶⁰ Véase, por ejemplo, Suprema Corte de los Estados Unidos, caso *Williamson v. Lee Optical*, 348 U.S. 483, 489-490 (1955). Desde luego que es cierto que si el estándar de "base racional" significa que se sostendrá toda la legislación, no es una forma de contemporización.

contemporizaciones, porque existe un amplio rango de opciones entre (digamos) la visión de que la Constitución permite que los estados controlen los falsos testimonios como les parezca conveniente y (digamos) la visión de que la Constitución protege todos los testimonios sobre figuras públicas.⁶¹

Y, ¿cuáles son los extremos que les interesan a los contemporizadores? Los fundamentalistas de los derechos y quienes creen en la primacía democrática podrían sostener deliberadamente posiciones bastante extremas con el fin de mover a los contemporizadores en varias direcciones. Si unos líderes influyentes dicen que los miembros de un grupo religioso deberían ser exterminados y otros líderes dicen que deben dejar a esa gente en paz, no admiraríamos a los contemporizadores que concluyeran que se les debe permitir vivir a los miembros de ese grupo religioso siempre y cuando se les encarcele. Tampoco tendría mucho sentido que los contemporizadores adoptaran un justo medio aleatorio o arbitrario y que dijeran, por ejemplo, que los miembros de un grupo despreciado cuyos apellidos empezaran con las letras de la A a la M deben morir, mientras que los que empezaran con las letras de la N a la Z pueden vivir.

Podría deducirse que los contemporizadores sensatos deberían estar preparados para evaluar, y no solamente observar, las posiciones contrapuestas, una opinión que llevará del justo medio a la conservación. También podría deducirse que casi cualquier posición podría caracterizarse como contemporización, porque es probable que cualquier posición esté entre, por lo menos, algunos de los extremos imaginables. Volveré posteriormente a este problema.

III. Razones para contemporizar

¿Por qué querría alguien contemporizar? Podemos imaginarnos seis razones. Algunas serán del gusto de los moderados; otras serán mencionadas

⁶¹ Para algunas posiciones intermedias, véase Suprema Corte de los Estados Unidos, caso *New York Times v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).

por los conservadores; unas más, gustarán a ambos. Recuerden también que algunos conservadores buscan identificar lo mejor (objetivamente) de las posiciones contrapuestas, mientras que otros conservadores tratan de identificar lo que se sostiene de manera más profunda (subjektivamente). Estas posiciones contrapuestas apuntan hacia diferentes razones para contemporizar.

A. Contemporización y principios

Tras la investigación comprensiva de las posiciones contrapuestas, un juez podría concluir que la mejor interpretación de los materiales relevantes exige una mediación entre los extremos. Quizá ese juez termine creyendo, junto con el juez Powell, que la Constitución requiere que el gobierno produzca fuertes justificaciones para cualquier programa de conciencia racial, que los sistemas de cuotas rígidas son inaceptables, pero que en circunstancias identificables en las que la raza se trate como mero "factor", esas justificaciones están disponibles.⁶² Un juez de este tipo produciría una forma de contemporización constitucional para el debate de acción afirmativa. En realidad, la acción afirmativa es un área en la que la contemporización domina triunfante.⁶³

De la misma forma, un contemporizador constitucional podría creer que no se concibe adecuadamente la Cláusula de protección igualitaria como para requerir que los tribunales traten la discriminación sexual con el escepticismo con el que tratan la discriminación racial, pero que ambas formas de discriminación deberían enfrentar un severo escrutinio jurídico.⁶⁴ Quienes se sienten inclinados hacia esta opinión podrían contemporizar con la conclusión de que el gobierno tiene permitido actuar bajo algunas formas de discriminación sexual incluso si está terminantemente prohibido que trace líneas raciales.⁶⁵

⁶² Véase Suprema Corte de los Estados Unidos, caso *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265, 318-20 (1978) (voto concurrente del juez Powell).

⁶³ Véase Suprema Corte de los Estados Unidos, caso *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003); caso *Gratz v. Bollinger*, 539 U.S. 244 (2003).

⁶⁴ Cfr. Suprema Corte de los Estados Unidos, caso *Craig v. Boren*, 429 U.S. 190, 197-199 (1976).

⁶⁵ Véase *ibidem*.

Los jueces que llegaran a esta conclusión podrían ser moderados más que contemporizadores, pero con toda seguridad podríamos imaginar conservadores e incluso moderados que terminen con esta conclusión. Los conservadores podrían creer que quienes atacan la discriminación sexual están en lo correcto al insistir en que esa forma de discriminación por lo general se basa en los mismos tipos de motivaciones constitucionalmente ilícitas que genera la discriminación racial. Sin embargo, tales conservadores también podrían creer que en ocasiones verdaderamente escasas, quienes defienden la discriminación sexual son capaces de generar justificaciones suficientemente razonables para sus acciones.⁶⁶

B. La heurística de la contemporización

Un juez modesto podría creer que la contemporización es una especie de heurística de lo correcto.⁶⁷ Es aquí donde podemos comprender por qué algunas personas son conciliadoras. Pensemos en el hecho de que los seres humanos generalmente demuestran "aversión por el extremismo".⁶⁸ Ante varias opciones (como las elecciones de cena en un menú) y con información incompleta, muchas personas tienden a evitar los extremos.⁶⁹ De hecho, los mismos miembros de un jurado han recurrido a la contemporización en el sentido de que median entre los extremos; por esta razón, la selección de los cargos penales por parte del fiscal puede influir en gran medida en lo que termina haciendo el jurado.⁷⁰

A primera vista, aquí las tendencias de las personas podrían parecer desconcertantes, pero bajo ciertas suposiciones, la aversión al extremismo

⁶⁶ Como ejemplos controvertidos, pero posibles, véase Suprema Corte de los Estados Unidos, caso *Michael M. v. Superior Court*, 450 U.S. 464, 482-483 (1981) (voto concurrente del juez Blackmun), y Suprema Corte de los Estados Unidos, caso *Rostker v. Goldberg*, 453 U.S. 57 (1981).

⁶⁷ Véase Duncan Kennedy, "Strategizing Strategic Behavior in Legal Interpretation", *Utah Law Review*, 1996, pp. 785, 795-796 (se discute la diferencia de justo medio).

⁶⁸ Véase Itamar Simonson y Amos Tversky, "Choice in Context: Tradeoff Contrast and Extremeness Aversion", *Journal of Marketing Research*, núm. 29, 1992, p. 281; véase también Mark Kelman *et al.*, "Context-Dependence in Legal Decision Making", *Journal of Legal Studies*, núm. 25, 1996, p. 287 (discute lo deseable de opciones que se toman como conciliaciones).

⁶⁹ Kelman *et al.*, *op. cit.*, p. 288.

⁷⁰ *Ibid.* pp. 291-292.

es perfectamente racional porque refleja una heurística sensata, sobre todo para quienes no están seguros de cómo proceder. Supongamos, por ejemplo, que un político se enfrenta a un problema para el que algunas personas inteligentes le exigen que tome un curso extremo (por ejemplo, no aumentar el salario mínimo), y otras personas inteligentes le exigen que tome otro curso extremo (por ejemplo, un aumento de dos dólares al salario mínimo). Si el político no está seguro sobre qué posición es la correcta, podría elegir contemporizar, con la idea de que la verdad probablemente esté entre los extremos.

Bajo esta luz, la contemporización incluso puede tener credenciales epistémicas. Bajo suposiciones plausibles sobre un conjunto de juicios que rodean al contemporizador, el resultado de la contemporización es probable que sea lo mejor,⁷¹ porque refleja "la sabiduría de las multitudes".⁷² El Teorema del jurado de Condorcet muestra que si los votantes son más capaces que arbitrarios, la posibilidad de que la opinión de la mayoría sea correcta aumenta al 100 por ciento conforme aumenta el tamaño del grupo.⁷³ El Teorema del jurado ayuda a explicar el hecho de que en grupos grandes, la opinión o estimado promedio puede ser extraordinariamente precisa.⁷⁴ Bajo esta luz, contemporizar podría defenderse sobre fundamentos epistémicos.

Supongamos que hay una distribución de opiniones sobre la cuestión relevante. Un juez inseguro podría elegir la posición promedio con el fundamento de que es más probable que sea correcta, por lo menos si quienes están involucrados no sufren un sesgo sistémico. En cuestiones legales, el justo medio parece arbitrario, pero puede argumentar una lógica epistémica genuina, por lo menos si podemos estar de acuerdo en que hay respuestas correctas a los problemas legales.⁷⁵ Desde luego, los moderados,

⁷¹ Para algunos fundamentos teóricos para pensar que los contemporizadores podrían tener razón en este asunto, véase Scott E. Page, *The Difference*, Princeton University Press, Nueva Jersey, 2007.

⁷² Véase James Surowiecki, *The Wisdom of Crowds*, Anchor Books, Nueva York, 2004.

⁷³ Véase Cass R. Sunstein, *Infotopia*, Oxford University Press, Nueva York, 2006, p. 50.

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ Sobre este punto, véase Cass R. Sunstein, *A Constitution of Many Minds*, Princeton University Press, Oxford, 2009.

mucho más que los conservadores, estarían inclinados a esta defensa de la contemporización. Y desde luego que el argumento epistémico no va a funcionar si hay alguna especie de imparcialidad sistémica en la "multitud" relevante, que asegure que el curso de en medio es en sí mismo sesgado.

Sería natural objetar que incluso cuando buscan contemporizar, los tribunales son institucionalmente incapaces de escuchar a las "multitudes". En general, escuchan los argumentos de las partes que tienen enfrente, con voces ocasionales de quienes producen *amicus curiae*. Sin embargo, un juez que siente inclinación por la contemporización podría pensar que las partes reflejan las opiniones de grupos mayores, por lo menos en casos importantes. Cuando un bando privilegia una interpretación amplia de la Segunda Enmienda, y otro bando una interpretación estrecha, no hablan sólo por sí mismos; reflejan las opiniones de numerosas personas, a quienes, por lo tanto, la Corte está escuchando. En este sentido, no es completamente artificial pensar que, incluso en el contexto de un proceso judicial, contemporizar podría reflejar la sabiduría popular.

Es posible que un juez que está dispuesto a llegar a un justo medio piense que, al contemporizar, puede evitar los peligros más graves relacionados con ambos extremos. Un juez con aversión al riesgo podría elegir la contemporización si ambas partes son capaces de presentar quejas serias sobre los riesgos y peligros que acompañarían el curso que sugiere la otra parte. Para quienes creen que, en asuntos de discrepancia, la moderación es generalmente más sensata, menos peligrosa o ambas, la contemporización tiene mucho sentido.

Quienes adoptan la "heurística de la contemporización" podrían ser moderados o conservadores. Si son moderados, podrían no tener el tiempo o la capacidad para pensar cuidadosamente sobre qué posición es la correcta, o tras pensarlo cuidadosamente, podrían no estar seguros. De ser así, contemporizar podría parecer el curso prudente para quienes son modestos e inseguros.

Si son conservadores, los contemporizadores también preguntarán: en ambas partes, ¿qué argumentos son más atractivos, se sostienen más profundamente o son más esenciales? Volvamos al contexto de la acción afirmativa en las universidades públicas, en el que los contemporizadores podrían aceptar dos proposiciones: (a) Quienes rechazan la acción afirmativa han dado buenas razones para oponerse, por motivos constitucionales, a los rígidos sistemas de cuotas que fundamentalmente impiden el trato igualitario. (b) Quienes están a favor de la acción afirmativa sostienen, de manera plausible, que una universidad puede buscar legítimamente obtener un cuerpo de estudiantes racialmente diverso. Los contemporizadores conservadores podrían creer que los argumentos más justificables de ambos lados pueden conservarse mediante una decisión que rechace cualquier especie de sistema de cuotas, pero que permita que la raza se considere "como un factor".⁷⁶ En ese sentido, los conservadores podrían sentirse inclinados por aceptar la heurística de la contemporización.

C. Contemporización estratégica

Un juez más seguro podría contemporizar por razones puramente estratégicas. Supongamos, por ejemplo, que un juez cree que la acción afirmativa siempre es inconstitucional o que la Constitución no protege el derecho a la privacidad. Ese juez no es moderado en estos asuntos, pero podría concluir que no puede persuadir a otros jueces para que acepten su posición. La contemporización podría ser un método indispensable para construir una mayoría de parte del mejor resultado que es posible de manera realista.⁷⁷

⁷⁶ Suprema Corte de los Estados Unidos, caso *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306, 311 (2003); véase también *Gratz v. Bollinger*, 539 U.S. 244 (2003).

⁷⁷ Dejo de lado las situaciones interesantes en las cuales las divisiones internas en la Corte producen una solución contemporizadora que sólo favorece a uno o dos miembros. Véase, por ejemplo, Suprema Corte de los Estados Unidos, caso *United States v. Booker*, 543 U.S. 220 (2005); *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265, 319-320 (1978) (voto concurrente del juez Powell). Muchos organismos colegiados, a menudo, no contemporizan porque una mayoría favorezca la contemporización, sino porque los grandes grupos están divididos y una posición central, que sólo favorece una minoría, resulta la mejor opción.

Por lo tanto, aquí podemos encontrar un terrero para la contemporización como una forma de acuerdo estratégico. El contemporizador estratégico trata de obtener el mejor resultado posible dentro de las limitaciones que generan las realidades prácticas de un tribunal colegiado.⁷⁸ En este caso, las coaliciones son posibles entre moderados, contemporizadores de principios y sus hermanos de estrategia. Algunos jueces podrían creer que contemporizar lleva al mejor resultado, mientras que otros lo hacen porque la contemporización es lo mejor que pueden obtener.

D. Contemporización y precedente

Un juez podría creer que la contemporización es la única manera de proceder respetando los requerimientos del *stare decisis*. Tanto los moderados como los conservadores podrían aceptar esta proposición. De hecho, un sistema que se base en los precedentes probablemente producirá una doctrina repleta de una especie de contemporización. Supongamos que un juez cree que, por cuestión de principio, sería mejor que no se comprendiera que la Primera Enmienda protege la publicidad comercial en lo absoluto, o si no se comprendiera que la Cláusula del Debido Proceso tuviera un componente sustancial o creara un derecho de privacidad. Ante precedentes indeseables, el juez podría tratar de limitar la protección de la publicidad comercial a prácticas honestas y no engañosas, o podría concluir que el componente sustantivo de la Cláusula del Debido Proceso debería limitarse a esos derechos, incluyendo los derechos de privacidad, que santifica la tradición. Para los jueces que se inclinan por el fundamentalismo de los derechos o la primacía democrática, una forma de contemporización podría ser inevitable, siempre y cuando se respeten los precedentes. Los jueces de este tipo podrían tener la esperanza de mover la ley, algunos grados, hacia su dirección de preferencia,

⁷⁸ Este enfoque debe distinguirse de otras formas de acuerdos estratégicos, como la idea de que los jueces podrían negociar estratégicamente los votos de una manera que modere las opiniones. Véase Lee Epstein y Jack Knight, *The Choices Justices Make*, CQ Press, Washington, 1998, pp. 69-70; Frank B. Cross, "The Justices of Strategy", *Duke Law Journal*, núm. 48, 1998, pp. 511, 522-524 (que hace una revisión de Epstein y Knight, *op. cit.*).

pero podrían tener que conformarse con un alto grado de contemporización.

Aquí tenemos que hacer una distinción entre (a) contemporización intencional por contemporizadores conscientes y (b) una doctrina que parece ser un producto de (a), pero en realidad es un resultado de un proceso de mano invisible, en el que un régimen de contemporización parece ser el producto de una mente contemporizadora única, pero no lo es para nada.⁷⁹ Pensemos, por ejemplo, en el terreno de las regulaciones expropiatorias, que parecen tener un alto grado de contemporización.⁸⁰ Es razonable sugerir que la doctrina existente no es producto de las decisiones de contemporizadores conscientes, sino que más bien evolucionó a través de juicios caso por caso junto con muchas personas que habrían preferido un tipo de régimen diferente.

También debemos notar que quienes aceptan los precedentes, y contemporizan por esa razón, por lo general no tienen la motivación de una preocupación por asegurarse que las personas no sientan angustia o humillación. Muchos de quienes respetan los precedentes se resistirían a la afirmación de que son contemporizadores. El punto es que los jueces que respetan el precedente producen resultados que no habrían elegido si no hubiera casos anteriores y, en un sentido importante, muestran respeto a aquellos con quienes no están de acuerdo.

E. Conflicto, exclusión y humillación

Un juez podría tener o no un sentido claro de qué resultado es el mejor, pero podría contemporizar por razones externas relacionadas con la reacción del público a la decisión del tribunal. Incluso si un contemporizador

⁷⁹ Para una magnífica discusión sobre los mecanismos de mano invisible, véase Edna Ullmann-Margalit, "The Invisible Hand and the Cunning of Reason", *Social Research*, núm. 64, 1997, p. 181. Para ejemplos de estos mecanismos en proceso en la Corte, véase *supra* nota 77.

⁸⁰ Véase, por ejemplo, Suprema Corte de los Estados Unidos, caso *Lingle v. Chevron U.S.A.*, 544 U.S. 528 (2005); caso *Tahoe-Sierra Preservation Council, Inc. v. Tahoe Regional Planning Agency*, 535 U.S. 302 (2002); caso *Lucas v. South Carolina Coastal Council*, 505 U.S. 1003 (1992).

privilegia el resultado A, podría apoyar el resultado B con el fin de reducir un conflicto social, con la idea de que la contemporización es la mejor manera de llevar a cabo esa labor. Un juez que contemporiza, inclinado por la conservación, podría interesarse particularmente por la indignación pública, en la forma de objeciones intensas por parte de segmentos identificables del público.⁸¹

El contemporizador podría creer que si el tribunal rechaza un derecho individual a la posesión de armas, su decisión causará polarización e inquietud, y quizá tendrá un gran impacto público, lo que posiblemente afectará incluso los resultados de las campañas presidenciales. Consciente de las consecuencias dañinas de algunas resoluciones, un contemporizador podría buscar minimizar el daño, incluso si en otras circunstancias ese contemporizador tiende a favorecer un resultado que lo produciría. O el contemporizador podría pensar que si el público va a indignarse por una u otra decisión, quizá la decisión sea incorrecta; las creencias que el público sostiene con intensidad ofrecen algunas pistas sobre qué decisiones podrían ser incorrectas o correctas.⁸² Si el fundamentalismo de los derechos o la primacía democrática van a desencadenar una cantidad importante de indignación pública, la Corte podría decidir contemporizar con fundamentos consecuencialistas o epistémicos.

Es cierto que quienes se preocupan por los conflictos sociales y la indignación pública podrían no apoyar la contemporización sino dos enfoques alternativos: usar las "virtudes pasivas",⁸³ que permitirían que la Corte se negara a resolver ciertos casos, o el minimalismo, en el que la Corte decide casos y al mismo tiempo deja indecisos algunos asuntos clave.⁸⁴ Si el miedo es la indignación pública, la contemporización podría ser inferior a cualquier enfoque que simplemente separe las cuestiones más difíciles

⁸¹ Véase Cass R. Sunstein, "If People Would be Outraged by their Rulings, Should Judges Care?", *Stanford Law Review*, núm. 60, 2007, pp. 155, 159.

⁸² Véase *ibid.*

⁸³ Véase Alexander M. Bickel, *The Least Dangerous Branch*, Yale University Press, New Haven, Londres, 1962, pp. 111-133.

⁸⁴ Véase Cass R. Sunstein, *One Case at a Time*, Harvard University Press, Londres, 1999, pp. 3-6.

y las deje para otro día. Sin embargo, si la separación resulta ser imposible o indeseable por algún motivo,⁸⁵ un juez podría intentar razonablemente contemporizar. Si es posible llegar a una resolución sensata o lo suficientemente correcta, el juez podría buscar un resultado que no cause una intensa controversia pública.

Los conservadores podrían creer incluso que la contemporización tiene grandes ventajas sobre el minimalismo. Mientras que los minimalistas dejan sin decidir ciertas cuestiones, y en esa medida no excluyen ni humillan a nadie, los conservadores tratan de aceptar los argumentos más profundos de las personas y en ese sentido los incluyen de manera afirmativa, de una manera que podría traerlos a bordo. Pensemos, por ejemplo, en una decisión que acepta el derecho individual a poseer armas con fines no militares, o el derecho a implicarse en la publicidad comercial, en lugar de una decisión que ponga entre paréntesis la cuestión de si alguno de los dos derechos existe. El contemporizador puede argumentar que no sólo se niega a humillar a las personas descartando sus ideas; va mucho más allá al ofrecer una explicación o narrativa de significado constitucional que incluya explícitamente a esas personas.

En la medida en que su objetivo sea evitar la indignación pública, los contemporizadores podrían ser acusados de ser débiles, pasivos o cobardes. A este respecto, volvamos a mi segundo epígrafe: "Siguen, como siempre lo han hecho, en pos de un estandarte sin sentido y mutable que nunca simbolizó nada porque ni siquiera se elevó en lo absoluto, una causa que no es una causa sino al cambiante imán del momento".⁸⁶ En algunos contextos, la acusación es justificada. Sin embargo, ahora deberíamos ser capaces de ver que la contemporización también tiene bases morales, que se expresan en la idea de que las personas deben ser respetadas e incluidas, y que no deben ser humilladas ni heridas. Cuando los contemporizadores tratan de aceptar las ideas más profundas de los adversarios

⁸⁵ Véase *infra* la sección III.F para algunos comentarios explicativos sobre este punto.

⁸⁶ Sinclair, *op. cit.*, p. 55.

legales o políticos, tratan de mostrar respeto a todas las partes y de asegurarse de que ninguna parte se sienta ofendida, menospreciada o agraviada. Aquí es donde podemos ubicar algunos fundamentos morales independientes para contemporizar.

Bajo esta luz, pensemos en los recientes hallazgos de la "cognición cultural", un término que tiene la intención de señalar la existencia de bases discrepantes para el análisis legal y político; estas bases llevan a juicios diferentes sobre problemas particulares.⁸⁷ Aquí, la contienda inicial es que las personas tienen diferentes "identidades" culturales; por ejemplo, algunas personas son igualitarias, mientras que otras son individualistas.⁸⁸ Hay pruebas que sugieren que estas identidades diferentes predicen las conclusiones de las personas sobre varios asuntos del derecho y la política.⁸⁹ Los contemporizadores tratan de llegar a resultados que pueden ser aceptados o, por lo menos, no rechazados por personas con comprensiones personales discrepantes e ideas fundacionales diferentes. La esperanza es que la contemporización pueda obtener apoyo de personas de diferentes "culturas". Desde luego, las resoluciones judiciales sobre ciertos asuntos inevitablemente ofenderán a algunas personas, y los jueces no deben contemporizar simplemente para evitar ofender a alguien. Con la derogación de la segregación escolar, la Suprema Corte no contemporizó.⁹⁰ Sin embargo, si los jueces pueden hacer resoluciones de una manera que consiga que la gente se sienta respetada y no ridiculizada, deben hacerlo; con ese objetivo, la contemporización podría ser su mejor opción.

En tanto que los contemporizadores prestan cautelosa atención a las opiniones de los otros, la práctica de la contemporización es parte de una gran categoría de casos en los que los seres humanos toman decisiones

⁸⁷ Véase, por ejemplo, Dan M. Kahan y Donald Braman, "Cultural Cognition and Public Policy", *Yale Law & Policy Review*, núm. 24, 2006, pp. 149, 150-151.

⁸⁸ Para varias discusiones, véase los artículos disponibles en el Cultural Cognition Project en la Escuela de Derecho de Yale. Disponible en: <http://culturalcognition.net>

⁸⁹ Véase, por ejemplo, Kahan y Braman, *op. cit.*, nota 87, pp. 158-160.

⁹⁰ Véase Suprema Corte de los Estados Unidos, caso *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954). Cuando sugiero que la Corte no contemporizó, quiero decir que la Corte rechazó explícitamente la idea de "separados pero iguales" en la educación (y al final, en todas partes).

con base en lo que piensan los demás.⁹¹ Sería posible, por ejemplo, seguir a autoridades confiables cuando, por ejemplo, la gente cree que algunos litigantes o jueces particulares (¿el juez Breyer? ¿el juez Scalia?) generalmente están en lo correcto, y deben seguirse por esa razón. Este tipo de enfoque llevaría a resultados muy diferentes de aquellos a los que se llegue por medio de la contemporización, pero estarían en la misma familia. De este modo, también sería posible pensar que el mejor enfoque es identificar una opinión que sostiene una persona particular o una comunidad, y tomar una opinión ligeramente más extrema que la que sostiene esa persona o comunidad. Hay muchas variaciones imaginables sobre este tema. Si las opiniones de otras personas aportan una base sensata para tomar una decisión, contemporizar es sólo un miembro de una gran familia de enfoques posibles.

F. Autodefensa judicial

Supongamos que los jueces buscan protegerse a sí mismos de la reacción negativa o la hostilidad del público. Quizá los jueces temen que la hostilidad del público pudiera poner en riesgo el papel de la Corte; quizá creen que la Corte tiene escaso "capital político" y que debe usar ese capital sólo en raras circunstancias. Si los jueces buscan conservar su propia legitimidad, podrían contemporizar por esa razón. Los minimalistas a menudo están alerta de esta preocupación general y responden optando por el camino de la indecisión. Sin embargo, si no es posible dejar las cosas sin decidir o no es deseable hacerlo, los jueces preocupados por conservar su papel podrían preferir la contemporización.⁹²

IV. Contra la contemporización

Tras esta defensa, la contemporización se encuentra con cinco graves objeciones. La primera y más importante: los contemporizadores podrían equivocarse. Este riesgo parece especialmente grave en el derecho

⁹¹ Véase Gerd Gigerenzer, *Gut Feelings*, Viking Books, Penguin, Nueva York, 2007, pp. 217-219 (donde se discute la heurística de la toma de decisiones de hacer lo que hace la mayoría).

⁹² Véase J. H. Wilkinson, "The Rehnquist Court at Twilight", *op. cit.*, p. 1984.

constitucional, en el que los jueces deben fidelidad a la norma fundamental. La segunda, los contemporizadores podrían tener dificultades para especificar los extremos pertinentes. La tercera, los contemporizadores son manipulables y sus decisiones son potencialmente arbitrarias; los actores estratégicos podrían mover o caracterizar los extremos de una manera que empuje a los contemporizadores hacia las direcciones que ellos prefieran. La cuarta, los contemporizadores podrían tomar en cuenta consideraciones que pueden resultar en principio irrelevantes. La quinta, podría pensarse que la contemporización es cosa de políticos y no de jueces.

A. Contemporizadores equivocados

La obligación más importante de la Suprema Corte es interpretar correctamente la norma fundacional. En muchas ocasiones, la contemporización viola esa obligación. Podríamos preguntar, ¿por qué los jueces deberían creer que la contemporización producirá la interpretación correcta?⁹³ (Quienes están involucrados en la política podrían hacer preguntas similares.).

Los escépticos armados con interpretaciones opuestas de la Constitución podrían plantear esta pregunta con igual vigor. Algunas personas son originalistas; creen que la concepción original de la Constitución establece el significado actual del documento.⁹⁴ Los originalistas podrían creer que la contemporización dará lugar a malas interpretaciones. Desde su punto de vista, los jueces no deben contemporizar; deberían interpretar a la norma fundamental de acuerdo con su concepción original.⁹⁵ Otras personas creen que los jueces deberían respetar las promulgaciones legislativas a menos que la violación de la Constitución sea evidente.⁹⁶ A menudo,

⁹³ Véanse las anotaciones escépticas del juez Wilkinson, *ibid.*, pp. 1989-1991, en las que sugiere que el esfuerzo por transigir lleva a resultados que no interpretan adecuadamente la Constitución.

⁹⁴ Véase, por ejemplo, Antonin Scalia, "Common-Law Courts in a Civil Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws", en Amy Gutmann (ed.), *A Matter of Interpretation*, Princeton university Press, New Jersey, 1997, pp. 3, 37-41.

⁹⁵ En este sentido, por ejemplo, el caso *District of Columbia v. Heller*, 128 S. Ct. 2783 (2008), quizá la opinión originalista más tímida en la historia de la Corte, no es una forma de contemporización en realidad.

⁹⁶ Véase, por ejemplo, A. Vermeule, *Judging under Uncertainty*, *op. cit.*, p. 230.

la contemporización viola este mandato, porque lleva a invalidaciones cuando la violación no es tan evidente.

Otras personas creen que la Constitución debe tener una "lectura moral", en el sentido de que los jueces deben leer el documento a la luz de los mejores principios morales, en consistencia con los precedentes.⁹⁷ En muchos casos, la contemporización producirá una lectura moral inferior. Quienes buscan lecturas morales preguntarán: ¿Por qué los jueces transigirían en lugar de interpretar las disposiciones en disputa de la manera moralmente preferible? Con respecto al derecho constitucional, algunas personas son visionarias: creen que el documento, cuando se interpreta adecuadamente, exige importantes cambios sociales. Fuera del derecho constitucional, los visionarios han desempeñado un papel inconfundiblemente importante en la historia de Estados Unidos. Los contemporizadores parecen ser un obstáculo para un cambio deseable. Y cualquiera que sea nuestra interpretación constitucional preferida, podemos encontrar inmediatamente disputas en las que la contemporización sería inaceptable.

En la política, el problema no es oscuro. Si algunas personas dicen que debería torturarse a todos los sospechosos de terrorismo y otras personas dicen que no debería torturarse a nadie, tal vez no nos entusiasme la opinión de que se torture a la mitad de los sospechosos de terrorismo. O supongamos que a un juez se le presentan estas alternativas: (a) derogar la segregación escolar en todas las circunstancias, (b) jamás derogar la segregación escolar, (c) derogar la segregación escolar sólo cuando se demuestre que las escuelas separadas son desiguales. La solución contemporizadora es (c), pero claramente (a) es preferible. No habría sido correcto que la Corte eligiera (c) en 1954, aunque personas razonables discutieron en su momento el asunto constitucional y aunque (a) dejara a muchos segregacionistas con una sensación de indignación y que no los habían tratado con respeto.⁹⁸

⁹⁷ Véase, por ejemplo, R. Dworkin, *Freedom's Law*, *op. cit.*, pp. 2-4.

⁹⁸ Suprema Corte de los Estados Unidos, caso *Brown v. Board of Education (Brown II)*, 349 U.S. 294 (1955), con su "a la mayor celeridad posible", puede comprenderse fácilmente como una forma de

O supongamos que las alternativas son estas: (a) interpretar la primera enmienda para permitir que los gobiernos estatales y federal prohíban las expresiones que razonablemente consideren que son peligrosas;⁹⁹ (b) interpretar la primera enmienda para permitir que el Gobierno federal prohíba ciertas expresiones sólo cuando inciten a una acción ilegal inminente, pero que permitan que los gobiernos estatales las prohíban cuando crean razonablemente que son peligrosas; (c) permitir que los gobiernos estatales y federales prohíban alguna expresión sólo si ésta incita a una acción ilegal inminente.¹⁰⁰ La solución contemporizadora es (b), pero (c) es mucho mejor.

Los ejemplos podrían multiplicarse fácilmente. Demuestran que la contemporización es inaceptable cuando produce una interpretación incorrecta o inverosímil de la Constitución.¹⁰¹

B. Contemporizadores confundidos

¿Cuáles son los extremos que les interesan a los contemporizadores? Y, ¿cuál es exactamente la solución que equivale a la contemporización? ¿No podrían varias opciones calificar como contemporización? Siempre que los jueces estén en su juicio, podría parecer inevitable que contem-

contemporización que reconoce tanto las realidades prácticas como las creencias profundas de todos los bandos. Sin embargo, no está claro que el enfoque de la Corte fuera defendible por esa razón. Véase Charles L. Black, Jr., "The Unfinished Business of the Warren Court", *Washington Law Review*, núm. 46, 1970, pp. 3, 22.

⁹⁹ Véase *Suprema Corte de los Estados Unidos, caso Debs v. United States*, 249 U.S. 211 (1919).

¹⁰⁰ Véase *Suprema Corte de los Estados Unidos, caso Brandenburg vs Ohio*, 395 U.S. 444 (1969).

¹⁰¹ Cfr. Robert F. Kennedy (prol.), "Foreword to the Memorial Edition", en John F. Kennedy, *Profiles In Courage*, HarperCollins Publishers, Nueva York, 1964, pp. xi, xiii. ("Al presidente Kennedy le gustaba citar de Dante que 'los lugares más ardientes del Infierno estaban reservados para aquellos que, en tiempos de una gran crisis moral, mantienen su neutralidad.'). La cita es esclarecedora, pero no es precisa; véase el segundo epígrafe, *op. cit.*, p. 1052. La objeción a la contemporización es más evidentemente correcta cuando el contemporizador produce un resultado arbitrario o aleatorio, como la opinión, por ejemplo, de que la publicidad comercial se proteja de lunes a miércoles, pero no de jueves a sábado, y con base en un volado los domingos. Ningún contemporizador sensato, ya sea conciliador o preservador, actúa de esta manera arbitraria, pero el riesgo de error se extiende mucho más allá de la arbitrariedad. (No tengo aquí la intención de hablar sobre las controversias legítimas que tienen que ver con el uso de la aleatorización.)

poricen, en el sentido de que mediarán entre los extremos imaginables. Bajo esta luz, ¿cómo podemos saber si los jueces están contemporizando?

En un tribunal colegiado debemos comenzar con la suposición de que los jueces competentes determinan los extremos. Si dos jueces están a la extrema izquierda (en el tribunal) y dos están a la extrema derecha (mismo paréntesis), entonces, el contemporizador consciente puede comenzar a encontrar su dirección. Esta posibilidad demuestra que ningún tribunal puede consistir únicamente de contemporizadores. La razón es que si todos los jueces son contemporizadores, entonces ninguno podrá hallar su lugar; la práctica misma de contemporización depende de un número de actores que no son contemporizadores en lo absoluto. Los contemporizadores inevitablemente trabajarán como oportunistas, pues llegan a sus conclusiones con base en los juicios de otros. Independientemente de este punto, hay cierta lógica, por lo menos en la Suprema Corte, en concentrarse en la distribución de opiniones en el tribunal. Supongamos que el contemporizador cree que esas opiniones reflejan algo importante sobre la distribución relevante de opiniones dentro de una comunidad. Quizá los ministros son elegidos de una manera que asegure la representación de posiciones razonables entre especialistas. De ser así, un tribunal difícilmente es una fuente arbitraria de puntos de vista relevantes.

Sin embargo, no está completamente claro si los contemporizadores jurídicos deberían enfocarse en su tribunal. Supongamos que el tribunal competente está a la derecha o a la izquierda de la nación, de manera que la distribución de opiniones dentro de ese tribunal resulta sesgada en comparación con la distribución de opiniones dentro de toda la nación. Quizá el contemporizador debería observar a la sociedad como un todo, no sólo al poder judicial. O supongamos que el tribunal está a la derecha de donde estaba veinte años atrás, y el contemporizador cree que los extremos relevantes se identifican por el rango de opiniones de una época previa. ¿El contemporizador debería trabajar con base en el rango contemporáneo, más que con base en uno previo, o debería pensar en el

rango de opiniones que probablemente prevalecerá (digamos) en una década a partir de ahora?

Las respuestas a estas preguntas dependerán de por qué exactamente contemporiza el contemporizador, y también de la distinción entre moderados y conservadores. Si los contemporizadores buscan disminuir la indignación pública y el conflicto social, probablemente observarán el rango de opiniones en la sociedad, no en la corte. Si los contemporizadores contemporizan porque la contemporización es una buena heurística, y tiene credenciales epistémicas, la elección entre el tribunal y el público depende de la teoría de interpretación pertinente. Supongamos que el contemporizador piensa que el derecho constitucional activa una mezcla de consideraciones pertinentes, incluyendo la concepción original, los precedentes, la teoría democrática y la discusión moral. De ser así, las opiniones del público podrían no ser especialmente relevantes; lo que importa es la distribución de opiniones entre el grupo de personas a quienes se les confía la interpretación de la Constitución y quienes, por consiguiente, tienen experiencia pertinente. Incluso si un contemporizador es un conciliador, la conciliación pertinente podría involucrar a la Corte misma, por lo menos si el conflicto social y la indignación pública no son las consideraciones centrales.

Estos puntos ayudan a responder otra pregunta: ¿No es cualquier posición sensata una forma de contemporización? A primera vista, el caso *Brown v. Consejo de Educación* no parece contar como contemporización, porque la Corte invalidó "separados pero iguales" en todos los aspectos. Sin embargo, quizá con el caso *Brown* se contemporizó después de todo, porque la Corte no adoptó un principio más agresivo que (por ejemplo) condenaría a muerte a leyes aparentemente neutras con consecuencias discriminatorias, o que habrían exigido una acción afirmativa. Sin embargo, es falso —como sostendría el polemista— decir que cualquier posición puede contar como contemporización. Los contemporizadores siguen un procedimiento de decisión particular y, para ellos, lo relevante es el rango de argumentos disponibles en un momento dado. Con respecto a

esos argumentos, en el caso *Brown* no se contemporizó. Por el contrario, el caso *Brown II*, con su fórmula "a la mayor celeridad posible",¹⁰² fue realmente una forma de contemporización. La contemporización siempre es relativa a la gama de argumentos pertinentes, los cuales se determinan preguntando a las personas, exactamente, qué tienen que decir.

Sin embargo, es cierto que, en muchos casos, más de una posición puede ser resultado de y considerarse como una contemporización. En el contexto de un debate sobre la libertad de expresión o el derecho a la privacidad, podríamos imaginarnos una "escala de libertades civiles" de -10 a +10, y podríamos imaginar argumentos -10, -5, 0, +5 y +10. El contemporizador puede elegir de forma legítima -5, 0 y +5. El conciliador diligente se inclinará hacia 0; sin embargo, los argumentos legales podrían no alinearse de manera tan ordenada y, quizá, 0 no tenga sentido como cuestión de principio.

En este punto, debe aceptarse que si un juez se inclina por la contemporización, tiene un procedimiento de decisión y una inclinación general, pero sin alguna investigación, no sabrá exactamente qué debe hacer. Desde luego que los mismos puntos se aplican al fundamentalismo de los derechos, la primacía democrática y el minimalismo; estos enfoques también son inclinaciones generales que deben especificarse. Por ejemplo, los minimalistas, no menos que los contemporizadores, tendrán un rango de opciones consistentes con su método. ¿Exactamente qué permanecerá sin decidirse? Los minimalistas no tienen una respuesta abstracta a esa pregunta. Los fundamentalistas de los derechos se enfrentan a la misma dificultad. ¿Qué derechos califican como fundamentales? ¿Todas las leyes de difamación son inconstitucionales, o sólo esa forma de ley de difamación que invocan las figuras públicas, o sólo esa forma de ley de difamación que no requiere una demostración de que los oradores mintieron intencionalmente?

¹⁰² Suprema Corte de los Estados Unidos, caso *Brown II*, 349 U.S., p. 301.

C. Contemporizadores manipulables

1. El problema

Tanto para moderados como para conservadores, los extremos, y por consiguiente lo que equivale a contemporizar, *dependen de las alternativas que se presentan*. Como ha objetado el profesor Robert Goodin, un procedimiento del tipo del de los contemporizadores "es ofensivamente sensible a la elección de los extremos. Si se pone en un extremo a Tomás de Aquino y en el otro a Sade, el medio cambia de forma incontrolable".¹⁰³

La cuestión es familiar en la mercadotecnia: los vendedores interesados por su beneficio pueden explotar la aversión al extremismo con el fin de presionar a la gente en la dirección que ellos prefieren. Por ejemplo, pueden introducir artículos de muy alto costo para hacer que un artículo moderadamente costoso parezca la elección media.¹⁰⁴ Conscientes de la aversión al extremismo y con toda la intención de obtener una condena, los fiscales pueden hacer lo mismo: incluir un delito especialmente severo de modo que se aseguren una condena por un delito menos severo.¹⁰⁵ El resultado es que los contemporizadores están sujetos a la manipulación de aquellos que seleccionan o identifican el rango de las opciones. En realidad, la posición de quienes presentan las opciones podría ser endógena a la presencia de contemporizadores.

Bajo esta luz, debe ser evidente que la práctica de contemporizar parece crear incentivos muy desafortunados, pues alienta a las personas a exagerar la intensidad de sus opiniones y, en el proceso, provocan a sus adversarios. En presencia de contemporizadores, los fundamentalistas de los derechos y quienes creen en la primacía democrática podrían

¹⁰³ Robert E. Goodin, "Possessive Individualism Again", *Political Studies*, núm. 24, 1976, pp. 488, 489.

¹⁰⁴ Véase Kelman *et al.*, "Context-Dependence in Legal...", *op. cit.*, *supra* nota 68, p. 288.

¹⁰⁵ Véase *ibid.*, pp. 290-295 (donde se muestra que la elección de condena por parte de miembros de jurados experimentales varía de acuerdo con las opciones que se presentan).

caracterizar sus propias opiniones de manera estratégica con la intención de mover a los contemporizadores en las direcciones que prefieren. Si tienen éxito, una posición que en abstracto podría ser extrema o incluso indignante podría definirse como la mejor opción de los contemporizadores. Quienes creen en el derecho al aborto podrían poner como característica de su apoyo un derecho incondicional a decidir abortar en cualquier etapa del embarazo; quienes buscan proteger la expresión comercial podrían instar que quieren dar protección absoluta a los comerciales; quienes busquen confinar el derecho a la privacidad podrían negar la existencia de cualquier forma de debido proceso sustantivo.

El enfoque de los contemporizadores se presta explícitamente a los esfuerzos de la manipulación. Dicho de otra forma, la existencia de la contemporización obliga a los antagonistas a una especie de dilema del prisionero o carrera armamentista, incluso cuando, sin contemporización, no quieren exagerar la intensidad de sus propias opiniones. Está claro que los contemporizadores tienen que ser conscientes de este riesgo; deben tomar precauciones para protegerse contra su propia vulnerabilidad. Aquí podríamos distinguir entre contemporizadores ingenuos, que los otros explotan fácilmente, y contemporizadores sofisticados, que están alerta de los incentivos estratégicos de los otros y su vigilancia disminuye esos incentivos. Los contemporizadores ingenuos son especialmente vulnerables en este punto, y los sofisticados podrían tener que hacer grandes esfuerzos para reunir la información necesaria para contemporizar.

2. Limitaciones de credibilidad

Sin embargo, hay razones para pensar que este miedo es exagerado. Si las personas caracterizan su posición de una manera extrema, podrían perder credibilidad, e incluso los moderados podrían percibir sus verdaderas intenciones. En ambientes experimentales, los miembros del jurado que sienten inclinación por evitar los extremos no son infinitamente manipulables: una limitación de credibilidad restringe su interés en hallar el

"media aurea".¹⁰⁶ Además, como hemos visto, dos pueden jugar el juego de la manipulación. Supongamos que las partes comienzan en -5 y +5, y el contemporizador opta por 0. Si una parte se mueve entonces a -10, con la esperanza de mover al contemporizador a -2.5, la segunda parte probablemente se moverá a +10 y restaurará el *statu quo*.

Sin embargo, sigue siendo cierto que se puede manipular a los moderados. Por el contrario, los conservadores están dispuestos a filtrar y escrutatar opiniones discrepantes y, por lo tanto, están en una posición mucho mejor. Ellos deberían ser capaces de ver que los esfuerzos estratégicos a veces provocan posiciones que, después de cierta reflexión, no tienen ningún atractivo y no pueden sostenerse con sinceridad. Por el riesgo a la manipulación, junto con el riesgo al error, la contemporización preservadora tiene importantes ventajas sobre su hermana de inclinación conciliadora.

3. ¿Extremos arbitrarios?

Aunque los conservadores puedan superar el problema de la manipulación, queda un problema relacionado: la arbitrariedad. El punto medio depende de cuáles son los extremos, y si no existe una justificación independiente para los extremos, entonces no hay justificación para el punto medio que establecen. Si los extremos son arbitrarios, el punto medio también será arbitrario. Los conservadores se encuentran en posición de corregir este problema porque aportarán el escrutinio de los extremos, asegurándose de que contengan algo que conservar. Los conservadores pueden prohibir interpretaciones absurdas de la Constitución, como, por ejemplo, la opinión de que la Primera Enmienda no puede someterse a la justicia o que el presidente puede proteger la seguridad nacional cuando lo considere adecuado. Los conservadores pueden plantear que tales interpretaciones no aportan nada a los propósitos de la contemporización.

¹⁰⁶ Véase Adrian Vermeule, "Emergency Lawmaking After 9/11 and 7/7", *University of Chicago Law Review*, núm. 75, 2008, pp. 1155, 1182.

Parece más complicado que el conciliador resuelva el problema de la arbitrariedad. Sin embargo, supongamos que el conciliador cree que la distribución de opiniones en el lugar pertinente no es un accidente y que se produjo por un conjunto de mecanismos que se aseguran de que no haya extremos arbitrarios. Si el conciliador se interesa por la distribución de opiniones en la Suprema Corte, por ejemplo, podría creer que los procesos políticos y las normas de profesionalización se aseguran genuinamente de que los extremos no sean arbitrarios. Si no lo cree, podría consultar la distribución de opiniones dentro de los tribunales federales como un todo, con la idea de que esas opiniones probablemente tengan una mezcla adecuada y razonable. Y si no lo cree, podría consultar a la nación más en general, con la creencia de que en una sociedad que es libre y democrática el rango de opinión no es una mala guía de lo que es razonable. Desde luego, los conservadores podrían ser escépticos a este respecto.

D. Contemporizadores anárquicos

Con toda seguridad, los contemporizadores están influenciados por un conjunto de intereses de debatible pertinencia en el terreno del derecho constitucional, y quizá más en general. Es cierto que la contemporización puede reducir los conflictos sociales y la intensidad de la indignación pública en las decisiones jurídicas. Sin embargo, la contemporización a menudo es inferior al minimalismo en este sentido, sencillamente porque los contemporizadores no se negarán a tomar decisiones. E incluso si la contemporización es un buen medio para reducir la indignación, ¿por qué debería importarles la indignación pública a los jueces?¹⁰⁷ ¿Deberían negarse a emitir la mejor interpretación de la Constitución simplemente porque su decisión provocaría una molestia pública? Podría parecer que los contemporizadores jurídicos están politizando el derecho constitucional; quizá "hay una delgada línea entre el ejercicio descaradamente pragmático de transigir y la práctica de la política misma".¹⁰⁸ Es cierto

¹⁰⁷ Véase Sunstein, *A Constitution of Many Minds*, *op. cit.*

¹⁰⁸ J. H. Wilkinson, "The Rehnquist Court at Twilight", *op. cit.*, p. 1991.

que puede defenderse la contemporización con fundamentos estratégicos. Pero, ¿deberían ser realmente estratégicos los jueces? ¿Deberían tratar de persuadir a sus colegas insistiendo en una interpretación de la Constitución que no respaldan en principio?

Quizá la defensa menos controvertida de la contemporización toma en cuenta el *stare decisis*. A veces, los jueces tendrán que ceder en su interpretación preferida en deferencia a las resoluciones del pasado. Un juez podría creer, en principio, que la acción afirmativa no crea graves problemas constitucionales; esta creencia podría defenderse sobre fundamentos originalistas o de otro tipo.¹⁰⁹ Quizá ese juez podría estar de acuerdo en contemporizar en el sentido de que aceptará una resolución más moderada (tomando en cuenta los extremos existentes) de la que preferiría. Sin embargo, esta defensa es limitada; solamente puede aplicarse en los contextos en los que los precedentes imponen un obstáculo a la selección del enfoque que favorecen. En algunos casos, ningún precedente requiere de la contemporización; desde el punto de vista de la Corte, éste fue el caso en el ámbito de la Segunda Enmienda.¹¹⁰ En otros casos, los precedentes son opacos, y los jueces pueden producir su interpretación preferida sin contemporizar.

La mejor respuesta a la objeción de que los contemporizadores están influenciados por preocupaciones irrelevantes es que los moderados y los conservadores no tienen por qué ser anárquicos. Los moderados buscan identificar la mejor interpretación de la Constitución, y hacen acuerdos con el fin de alcanzar ese objetivo. Cuando los contemporizadores tratan de conservar lo más profundo y atractivo de las opiniones de los adversarios, también tratan de producir la mejor interpretación de la

¹⁰⁹ Véase John Hart Ely, "The Constitutionality of Reverse Racial Discrimination", *University of Chicago Law Review*, núm. 41, 1974, p. 723; Eric Schnapper, "Affirmative Action and the Legislative History of the Fourteenth Amendment", *Virginia Law Review*, núm. 71, 1985, p. 753.

¹¹⁰ Suprema Corte de los Estados Unidos, caso *District of Columbia v. Heller*, 128 S. Ct. 2783, 2816 (2008) ("Concluimos que ninguna parte de nuestros precedentes exige que adoptemos la comprensión original de la Segunda Enmienda.")

constitución. Sin duda, algunos contemporizadores hacen referencia a algunas consideraciones (como la indignación pública) que podrían parecer irrelevantes para la constatación del significado constitucional. Sin embargo, esos contemporizadores podrían responder que, ante una duda razonable, es pertinente evitar la indignación pública y un sentimiento de exclusión y humillación para la identificación del significado constitucional.

E. Contemporizadores políticos

Desde un punto de vista, la contemporización es por excelencia un acto político. Por todas las razones que se han dado hasta ahora, los legisladores y otros representantes podrían querer contemporizar. De hecho, la contemporización es una necesidad práctica en el terreno de la política. Este punto plantea una objeción peculiar: ¿Por qué los jueces no deberían simplemente deferir a esa forma de contemporización que surge de la política? Y si se puede responder a esa pregunta, queda una más: ¿Por qué deberíamos pensar que los jueces son buenos para contemporizar?

Es cierto que si los procesos políticos producen una contemporización ideal, los jueces podrían deferir. Sin embargo, lo que surge de la política a veces se desafía, plausiblemente, con razones constitucionales, y la demanda constitucional plantea problemas que podrían no haberse manejado de manera políticamente adecuada. De ser así, los jueces deben decidir qué hacer. Una tradición distinguida sostiene que siempre que la Constitución no sea clara, los jueces deberían deferir.¹¹¹ Sin embargo, esta posición es sumamente controvertida, y quienes la rechazan podrían decidir contemporizar. E incluso quienes sostienen esta posición deben decidir si la Constitución es poco clara y cuándo lo es; contemporizar podría ser adecuado en casos difíciles. A la objeción de que los jueces carecen de la competencia para contemporizar, la mejor respuesta es que los conservadores tratan de obtener la información que justificaría sus

¹¹¹ Véase A. Vermeule, *Judging under Uncertainty*, op. cit., p. 1.

juicios y que los moderados actúan como lo hacen precisamente por su propia humildad.

F. Balance

Estas objeciones son formidables; demuestran que sería ingenuo contemporizar en todo momento y en todo lugar.¹¹² Como procedimiento de decisión se entiende y justifica mejor la contemporización, adecuado para algunas controversias, pero no como característica o como virtud adecuada para el derecho constitucional en general. Sin embargo, las objeciones no deberían tomarse más allá de lo que valen. No demuestran que la contemporización no tenga un lugar en la política o en el derecho constitucional. Modestos y vacilantes sobre qué hacer, los moderados tienen razones legítimas para contemporizar. La contemporización preservadora también tiene un lugar importante, ya sea que los jueces busquen conservar lo más sustancial y lo mejor (según su juicio) o evitar la indignación pública, la humillación o un sentimiento de exclusión (conservando lo que ambos adversarios creen que es más importante).

Es cierto que si los jueces están seguros de que la mejor interpretación de la Constitución prohíbe la contemporización, no deberían contemporizar. Deberían respaldar la mejor interpretación. Sin embargo, supongamos que los jueces vacilan sobre la mejor interpretación, y buscan contemporizar con el argumento de que la contemporización es una heurística razonable o defendible sobre bases epistémicas. De ser así, se esperaría que dedicaran un tiempo a los méritos para asegurarse de que el resultado es defendible, que la manipulación no los hizo extraviarse y que una heurística razonable no produjo un error en el caso particular. Si están convencidos de esas explicaciones, sería mejor que contemporizaran. Las objeciones a la contemporización restan importancia a la posibilidad de que los jueces no se sientan seguros del resultado correcto, lo que podría justificar la contemporización, y de la fuerza del *stare decus*, que

¹¹² Véase E. Goodheart, "In Defense of Trimming", *op. cit.*, p. 49.

podría requerir de la contemporización. Es verdad que una vez que los jueces hayan decidido contemporizar, no sabrán qué hacer exactamente; varios enfoques posibles podrían contar como contemporización. Pero al menos se descartarán algunos enfoques y se definirá una gama de alternativas interesantes.

Debido a su papel de especialistas, los jueces no deben ser meros moderados que medien entre los extremos. Algunos de los mejores argumentos para contemporizar hacen hincapié en la conservación de los componentes más esenciales de los distintos puntos de vista. Los conservadores pueden sostener que no contemporizan por cobardía, sino con base en que una investigación de los méritos los convenció de que contemporizar era lo óptimo. Si el enfoque del preservador también reduce la indignación pública y refleja respeto por las convicciones fundamentales de todos los involucrados, mucho mejor. Y si la contemporización asegura que no se sientan humillados o heridos quienes tienen opiniones discrepantes, mejor aún.

V. Minimalistas contra contemporizadores

Los contemporizadores y los minimalistas parecen ser primos de la jurisprudencia.¹¹³ Ambos grupos tienen la intención de reducir el conflicto social y la indignación pública y muchos de los argumentos que apoyan el minimalismo apoyan también la contemporización. No menos que los contemporizadores, los minimalistas tratan de reducir el daño a los perdedores, de una manera que refleja un principio de respeto cívico. Sin embargo, mientras que los minimalistas dejan los asuntos difíciles para otro día, los contemporizadores no lo hacen; ellos rechazan las exigencias más amplias en nombre de los derechos mientras que también reconocen

¹¹³ Parece que el juez Wilkinson omite la distinción entre los dos grupos con su exploración de "transigir". Por ejemplo, sugiere que "transigir permitió que, en sus últimos años, la Corte de Rehnquist elaborara resoluciones estrechas [...]", en J. H. Wilkinson, "The Rehnquist Court at Twilight", *op. cit.*, p. 1982. La palabra "estrechas" sugiere un enfoque en los particulares o un enfoque caso por caso, véase *ibid.*, del tipo que respaldan los minimalistas; los contemporizadores prefieren la amplitud.

los derechos de una manera u otra. Los minimalistas celebran las virtudes de no decidir; los contemporizadores quieren decidir. En la Suprema Corte, la concurrencia minimalista estándar enfatiza la estrechez de una resolución particular y el hecho de que la Corte ha dejado ciertos asuntos para otro día.¹¹⁴ En contraste, la concurrencia contemporizadora estándar remarca que la decisión es más moderada de lo que podría parecer, por ejemplo, porque la Corte ha permitido ciertas prácticas que su lógica le habría hecho prohibir.¹¹⁵

Debe estar claro que en tanto que los contemporizadores insisten en una resolución clara de las cuestiones en discrepancia, en un sentido están negándose a contemporizar. Un contemporizador consistente pensaría: voy a contemporizar entre tomar decisiones claras y no decidir. En abstracto, no es obvio qué significa exactamente, pero quizá un contemporizador consistente decida algunos asuntos, pero no otros. Sin embargo, para mantener las distinciones simples, caracterizaré a los contemporizadores como quienes se comprometen con la claridad y a los minimalistas como quienes se comprometen con dejar una buena parte sin resolver. Separemos los dos enfoques y veamos qué puede decirse en nombre de uno u otro.

A. Superficialidad y estrechez

Con toda seguridad, los minimalistas son escépticos del fundamentalismo de los derechos cuando la Corte se enfrenta a preguntas difíciles. Temen que las concepciones amplias de los derechos pudieran confundirse en situaciones imprevistas. Los minimalistas tampoco son muy entusiastas de la idea de primacía democrática; temen que en el futuro el rechazo al por mayor de las declaraciones de derechos resulte vergonzoso o peor.

¹¹⁴ Véase, por ejemplo, Suprema Corte de los Estados Unidos, caso *City of Chicago v. Morales*, 527 U.S. 41, 66-68 (1999). (Voto disidente del juez O'Connor y voto concurrente).

¹¹⁵ Véase Suprema Corte de los Estados Unidos, caso *Lucas v. South Carolina Coastal Council*, 505 U.S. 1003, 1035 (1992) (Voto concurrente del juez Kennedy); *Lujan vs. Defenders of Wildlife*, 504 U.S. 555, 579-581 (1992). (Voto disidente del juez Kennedy y voto concurrente).

Los minimalistas prefieren los pasos pequeños a los grandes. Su preferencia opera en dos dimensiones distintas.¹¹⁶

En primera, los minimalistas quieren proceder de una manera que sea *más superficial que profunda*. Al decidir qué hacer cuando hay una controversia constitucional, los minimalistas buscan dejar las cuestiones fundacionales sin decidir. Quieren resolver una controversia sobre la libertad de expresión o la protección igualitaria sin resolver las cuestiones más profundas sobre el significado de libertad e igualdad. Ellos esperan producir *acuerdos carentes de una teoría completa* —acuerdos sobre qué hacer en medio de desacuerdos sobre por qué hacerlo exactamente—.¹¹⁷

En segunda, los minimalistas quieren proceder de una manera que sea *más estrecha que amplia*. Ante una controversia sobre un programa de acción afirmativa o una restricción del derecho al aborto, buscarán proceder sin resolver otras controversias (hipotéticas). Pensemos bajo esta luz, lo que sugiere el Ministro Presidente de la Suprema Corte John Roberts, que una ventaja de la unanimidad en las decisiones de la Corte es la obtención de resoluciones más estrechas. En sus propias palabras, "mientras más amplio sea el acuerdo entre [M]inistros, más probable será que la decisión esté en el campo más estrecho posible".¹¹⁸ Los nueve Ministros tienen visiones sumamente diversas, y si son capaces de reunir una sola opinión, es probable que esa opinión sea más estrecha que amplia. Desde el punto de vista del Presidente de la Corte, esto es completamente deseable: "Si no es necesario decidir más para resolver un caso, en mi opinión, es necesario no decidir más".¹¹⁹

La superficialidad y la estrechez son diferentes entre sí. Podemos imaginar una decisión superficial pero amplia. Pensemos, por ejemplo, en la

¹¹⁶ En Cass R. Sunstein, *One Case At A Time*, *op. cit.*, discuto a detalle el minimalismo.

¹¹⁷ Véase Cass R. Sunstein, "Incompletely Theorized Agreements", *Harvard Law Review*, núm. 108, 1995, pp. 1733, 1735-1738.

¹¹⁸ Discurso de John G. Roberts Jr., Ministro presidente de la Suprema Corte de Estados Unidos, en la Escuela de Derecho de la Universidad de Georgetown (21 de mayo de 2006), en *Georgetown Law*, otoño/invierno 2006, pp. 19, 22.

¹¹⁹ *Idem*.

opinión de que la segregación racial siempre está prohibida, sin acompañamiento alguno de una explicación profunda de lo que tiene de malo la segregación racial. También podemos imaginarnos una decisión profunda pero estrecha. Pensemos, en la prohibición de censura a una protesta política particular, acompañada de una explicación teóricamente ambiciosa sobre el principio de la libertad de expresión, pero que se limite a la situación particular en que se haya impuesto la censura. Aunque una decisión puede ser superficial y estrecha o amplia y profunda, al mismo tiempo, las dos distinciones apuntan en direcciones diferentes.

También es importante notar que ambas distinciones son de grado más que de tipo. En la mayor parte de los contextos, los minimalistas están de acuerdo en que los tribunales no deben decidir los casos sin dar razones, y las razones aseguran por lo menos algún grado de profundidad. Nadie favorece resoluciones que se limitan a las personas con los mismos nombres o iniciales de los litigantes ante la Corte. Sin embargo, entre las alternativas razonables, los minimalistas muestran una persistente preferencia por las opciones más superficiales y estrechas, en especial en los casos que están en las fronteras del derecho constitucional.

B. ¿Por qué superficialidad? ¿Por qué estrechez?

Para sostener esa preferencia, los minimalistas apelan a varias consideraciones. El punto inicial es pragmático: como sugiere el comentario del Ministro Presidente Roberts, no es posible que haya un consenso sobre una resolución más ambiciosa. Las limitaciones de tomar decisiones en grupo podrían hacer inevitable el minimalismo, por lo menos si la Corte busca una opinión mayoritaria con cinco firmantes por lo menos. (Como hemos visto, el mismo punto podría explicar la presencia de la contemporización.)

Además, los jueces a menudo carecen de información que justifique la confianza en una resolución profunda o amplia. Los jueces no son ni filósofos ni historiadores, y una explicación ambiciosa de las bases de algunas

áreas del derecho constitucional o el alcance de alguna regla o principio podría poner a prueba sus capacidades judiciales. Desde luego, quienes adopten diferentes métodos de interpretación constitucional pensarán en el minimalismo de manera diferente. Si un originalista va a adoptar el minimalismo, podría ser con el fundamento de que la recuperación de la concepción original presenta asuntos difíciles y es mejor no resolver todos esos asuntos hasta que sea necesario.¹²⁰ O supongamos que un juez cree en una "interpretación moral" de la Constitución.¹²¹ Ese juez podría adoptar el minimalismo con el argumento de que la mejor comprensión de "protección igualitaria" requiere que los tribunales hagan juicios morales extremadamente difíciles que sería mejor dejar para otro día. Y como las adjudicaciones generalmente se concentran en juicios sobre particulares, una resolución amplia podría obligarlos a enfrentar problemas factuales sobre los que carezcan del conocimiento pertinente. Por estas razones, los originalistas, los lectores morales y otros podrían favorecer la estrechez.

Existe otro punto independiente, estrechamente relacionado con el argumento a favor de la contemporización. En tanto que son superficiales, las resoluciones de los minimalistas muestran una especie de respeto por aquéllos que tienen ideas discrepantes en asuntos de principio y política. Si una resolución puede reunir el acuerdo de personas con opiniones fundamentalmente diferentes, demuestra respeto por esas personas, e incluso, un grado de deferencia. En la medida en que los jueces tienen un grado de diversidad, el respeto que se muestran unos a otros se extiende también a sus conciudadanos. Cuando los jueces adoptan la superficialidad, los minimalistas buscan obtener parte de las virtudes del "consenso de traslape" que se defiende en consideraciones del liberalismo político.¹²²

Como la contemporización, el minimalismo también tiene la ventaja de tranquilizar las controversias sociales, a corto plazo, con toda seguridad,

¹²⁰ De este modo podrían defenderse los rasgos minimalistas del caso *District of Columbia v. Heller*, 128 S. Ct. 2783 (2008).

¹²¹ Véase R. Dworkin, *Freedom's Law*, op. cit., pp. 2-12.

¹²² Véase John Rawls, *Political Liberalism*, Columbia University Press, Nueva York, 1996, pp. 133-168.

y posiblemente también a largo plazo. Por lo tanto, un enfoque minimalista puede declarar virtudes burkeanas en tanto que promueve el cambio progresivo.¹²³ Supongamos que la Corte resuelve que un programa particular de acción afirmativa es válido, sin resolver sobre otros programas de acciones afirmativas, o que una forma particular de discriminación basada en la orientación sexual es inválida, sin resolver que otras formas de ese tipo de discriminación son inválidas. Una sentencia estrecha y superficial asegura que los perdedores no pierdan el mundo. El minimalismo conserva espacio para que los perdedores introduzcan sus convicciones más profundas en futuras controversias.

Por esta razón, los minimalistas pueden argumentar que su enfoque también tiene ventajas democráticas. Una sentencia estrecha y superficial deja espacio para la continuación de la discusión y el debate. Si la Corte no ha elegido una explicación fundamental del principio de libertad de expresión o de la Cláusula de protección igualitaria, quienes sostienen posiciones contrapuestas pueden insistir en su opinión en el ámbito democrático. Y si la Corte ha emitido una sentencia estrecha —por ejemplo, sobre la discriminación basada en la orientación sexual o la detención relacionada con la guerra contra el terrorismo—, los participantes en los procesos democráticos pueden debatir esos asuntos antes de que se congele el derecho constitucional. Uno de los objetivos principales de los minimalistas es mantener el espacio democrático, en gran parte por el temor de que los jueces pueden equivocarse.

C. Profundidad, amplitud y contemporización

1. Contra el minimalismo: sobre la predictibilidad y los costos de la exportación

Los contemporizadores insistirán en que estos puntos no plantean una defensa adecuada del minimalismo en todos los contextos. En el derecho,

¹²³ Véase Cass R. Sunstein, "Burkean Minimalism", *Michigan Law Review*, núm. 105, 2006, pp. 353, 356.

así como en la vida, a veces es mejor establecer un curso de acción en lugar de conformarse con una serie de decisiones estrechas *ad hoc*. El minimalismo puede ser más fácil a corto plazo, pero a largo plazo, puede ser extremadamente destructivo. Puede ser destructivo en parte porque exporta las cargas de la decisión a otros de una manera que podría producir muchos problemas a los tribunales y litigantes futuros.¹²⁴ Por muy difícil que pueda ser una gran decisión, puede ser mejor tomarla, y más vale antes que después. Las resoluciones amplias pueden reducir las cargas generales de decisión; también pueden reducir la magnitud y el número de errores. Además, si soportar la controversia social es una causa de preocupación legítima, la amplitud podría defenderse con el fundamento de que esa controversia podría disminuirse, o atenuarse, si el tribunal establece de una vez una gama de asuntos.

Si nuestro punto de enfoque es el espacio democrático, podríamos optar por una decisión que magnifique explícitamente ese espacio, más que dejar sin resolver los problemas constitucionales.¹²⁵ La Corte podría resolver, por ejemplo, que el Congreso tiene un amplio espacio para actuar bajo la Cláusula de Comercio, en lugar de contentarse con una serie de decisiones estrechas que se basan en hechos particulares. Una resolución amplia con esa intención no es una forma de temporización, pero podría ser la mejor por motivos puramente democráticos, y las resoluciones que implican la temporización también podrían crear un espacio democrático importante, como por ejemplo, en la idea de que el Congreso puede actuar como le plazca bajo la Cláusula de Comercio, salvo en los contextos (definidos explícitamente) X, Y y Z. Todos estos puntos en favor de la amplitud pueden suplementarse si hacemos hincapié en la importancia de la predictibilidad. Las resoluciones estrechas estrictas dejan a la deriva a los litigantes, los tribunales y los servidores públicos: un problema grave en los terrenos en que la planeación es esencial.

¹²⁴ Véase Antonin Scalia, "The Rule of Law as a Law of Rules", *University of Chicago Law Review*, núm. 56, 1989, pp. 1175, 1178-1180.

¹²⁵ Véase A. Vermeule, *Judging under Uncertainty*, *op. cit.*, pp. 230-288 (en favor de la deferencia judicial).

La superficialidad tiene sus virtudes, pero a veces es mejor resolver los problemas fundacionales. Algunos casos no pueden decidirse en lo absoluto a menos que los jueces tomen decisiones relativamente a gran escala sobre el método constitucional o el contenido constitucional. ¿Los jueces deberían adoptar el originalismo? Una disputa sobre el estatus constitucional de la discriminación basada en la orientación sexual haría necesario responder esa pregunta. O pensemos en la legitimidad constitucional de la prohibición del matrimonio entre personas del mismo sexo. La solución de esta cuestión podría requerir algunos fallos ambiciosos sobre las ideas que subyacen a una garantía constitucional. E incluso si la profundidad no es, estrictamente hablando, necesaria, los jueces pueden razonablemente optar por ella. Podrían concluir que tienen suficiente entendimiento y experiencia para ofrecer, ahora mismo, una explicación ambiciosa de la libertad de expresión o el principio de protección igualitaria. De ser así, ¿por qué habrían de dudar?

Conscientes de estas objeciones, los contemporizadores están dispuestos a tomar resoluciones amplias, de una manera que reduzca la confusión y el conflicto en el futuro. En áreas especialmente sensibles, insisten en que la amplitud creará simultáneamente más estabilidad y menos controversia. Están perfectamente cómodos con las reglas claras que se establezcan de antemano. También están dispuestos a pensar arduamente en los fundamentos del derecho constitucional: en el método constitucional adecuado y sobre las bases de uno u otro derecho. Los contemporizadores se niegan a "exportar" decisiones a la posteridad. En pocas palabras, los contemporizadores privilegian la amplitud y no todos sienten aversión por la profundidad, por lo menos en la medida en que la profundidad pueda lograrse al mismo tiempo que la contemporización.

Hay otro punto más. Hemos visto que los conservadores buscan identificar y respaldar las ideas esenciales más profundas de los adversarios. En cambio, los minimalistas tratan de no rechazar esas ideas. Los contem-

porizadores podrían sostener que su enfoque tiene ventajas importantes en tanto que son capaces de involucrarse con compromisos profundos, en lugar de simplemente no repudiarlos. Si somos primero y principalmente conservadores, y contemporizadores o minimalistas porque buscamos conservar, entonces a menudo favoreceremos la contemporización sobre el minimalismo.

Ahora debería estar claro cuándo y por qué están en desacuerdo los minimalistas y los contemporizadores. En una disputa sobre la acción afirmativa, un minimalista tendría la tentación de concentrarse en el programa particular, de una forma que dejaría bastante sin decidir. En cambio, un contemporizador haría distinciones pertinentes de una manera que introdujera un alto grado de predictibilidad. Pensemos, como un ejemplo dominante de contemporización, en la opinión aislada del juez Powell en el caso *Bakke*, en la que concluye que los sistemas de cuotas son inaceptables, pero que las instituciones educativas podrían usar legítimamente la raza como un "factor".¹²⁶ Un minimalista comprometido preferiría una decisión más estrecha, que dejara sin decidir la cuestión de si la mayor parte de los programas de discriminación positiva deberían ratificarse y cuándo. El minimalista le preguntaría al contemporizador: "¿Por qué decidir asuntos que no se presentan directamente?"

El contemporizador respondería: "la Suprema Corte no existe para emitir resoluciones de hechos específicos; una de sus responsabilidades más importantes es ofrecer guías para los tribunales inferiores y otras instituciones".¹²⁷ La misma respuesta podría darse en casos que involucran la relación entre la Primera Enmienda y la Ley de difamación o el poder del Comandante en Jefe. ¿No sería mejor hacer resoluciones amplias en estos campos de manera que las reglas básicas sean claras?

¹²⁶ Suprema Corte de los Estados Unidos, caso *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265, 315-19 (1978) (Voto particular del juez Powell).

¹²⁷ Para una valiosa discusión, véase Christopher J. Peters, "Assessing the New Judicial Minimalism", *Columbia Law Review*, núm. 100, 2000, p. 1454.

2. Reglas y estándares, contemporizadores y minimalistas

¿Cómo podría mediar este tipo de disputa? Estos asuntos son similares a los que dividen a los defensores de los conceptos jurídicos indeterminados de los defensores de las reglas precisas.¹²⁸ Es probable que quienes prefieren los principios se sientan inclinados por el minimalismo. Pensemos en el estándar de "carga indebida" en la ley del aborto,¹²⁹ un enfoque que invita a resoluciones caso por caso bajo un concepto general cuyo contenido específico no se haya especificado de antemano. Los entusiastas de las reglas preguntan: "¿Por qué la Corte procede bajo el estándar de carga indebida en lugar de plantear reglas claras que establezcan de antemano todos o la mayoría de los casos?". Quienes adopten los estándares probablemente respondan que cualquier esfuerzo por establecer reglas produciría demasiados errores. Si la Corte tratara de especificar, de antemano, qué equivale a "carga indebida", podría enfrentar ella misma una carga indebida, de manera que garantizaría numerosos errores conforme surjan nuevas situaciones. Un argumento convencional en favor de los principios, en oposición a las reglas, es que los estándares aseguran flexibilidad para el futuro, reduciendo así la magnitud y el número de errores.

Por otro lado, los entusiastas de las reglas, como el juez Scalia, pueden objetar que un concepto jurídico indeterminado de este tipo creará muchos problemas.¹³⁰ Las reglas a menudo son mejores que los estándares, porque reducen la carga en legisladores del futuro y también reducen errores en general. Probablemente no querríamos que la ley de límite de velocidad tome la forma de un estándar en lugar de una regla estricta.

¹²⁸ Véase en general Louis Kaplow, "Rules Versus Standards: An Economic Analysis", *Duke Law Journal*, núm. 42, 1992, p. 557; Kathleen M. Sullivan, "The Supreme Court, 1991 Term-Foreword: The Justices of Rules and Standards", *Harvard Law Review*, núm. 106, 1992, p. 22; Cass R. Sunstein, "Problems With Rules", *California Law Review*, núm. 83, 1995, p. 953.

¹²⁹ Suprema Corte de los Estados Unidos, caso *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833, 874-879 (voto razonado de los jueces O'Connor, Kennedy y Souter).

¹³⁰ Véase A. Scalia, "The Rule of Law as a Law of Rules", *op. cit.*

En el derecho constitucional, un principio reduce la carga del Tribunal Superior en el presente asunto, pero lo hace a un alto precio, porque exporta las cargas de las decisiones a futuros litigantes y tribunales inferiores de una manera que aumenta los costos en general. Y si el Tribunal Superior tiene un grado de confianza en su juicio, una regla amplia podría producir menor errores en el futuro, en general, que una regla estrecha. Supongamos, por ejemplo, que la Constitución requiere una prohibición total de la acción afirmativa. De ser así, ¿por qué proceder caso por caso?

Gran parte del debate entre contemporizadores y minimalistas tiene que ver con los costos de decisiones y los costos de errores. Fácilmente podemos imaginar situaciones en las que el minimalismo o la contemporización son mejores en estos campos. Los contemporizadores tienden a creer que su enfoque tiene la ventaja clave de las reglas: la especificación clara de los resultados de antemano. Los minimalistas piensan que su enfoque tiene la ventaja clave de las normas: flexibilidad ante un futuro incierto. La elección entre los dos enfoques depende del contexto. Fácilmente podemos imaginar una situación en la que se prefiera el minimalismo a la contemporización porque los jueces carecen de la información para justificar la amplitud o la anchura; pensemos en las nuevas preguntas a la Primera Enmienda que plantean las tecnologías contemporáneas.¹³¹ También podemos imaginarnos situaciones en las que debería preferirse la contemporización al minimalismo porque el problema surge tan a menudo que la incertidumbre es intolerable; pensemos en la regulación de la publicidad comercial¹³² o en el lenguaje sexualmente explícito.¹³³

También podemos imaginarnos casos intermedios difíciles; pensemos en la cuestión de los derechos bajo la Segunda Enmienda.¹³⁴ Por un lado,

¹³¹ Véase, por ejemplo, Suprema Corte de los Estados Unidos, caso *Denver Area Educational Telecommunications Consortium v. Federal Communications Commission*, 518 U.S. 727 (1996).

¹³² Véanse, por ejemplo, las fuentes citadas en las notas 44-46.

¹³³ Véase *supra* p. 1062.

¹³⁴ Véase, por ejemplo, Suprema Corte de los Estados Unidos, caso *District of Columbia v. Heller*, 128 S. Ct. 2783 (2008).

podría defenderse el minimalismo con el argumento de que la Corte tiene poca experiencia en esa cuestión y el conjunto de restricciones imaginables no puede evaluarse en el contexto de un primer encuentro o incluso en una serie de primeros encuentros. Quizá la contemporización haría demasiado, demasiado pronto. Sin embargo, existen fuertes contraargumentos. Supongamos que los jueces tienen bastante claro, incluso en una etapa temprana, la mejor comprensión de la Segunda Enmienda y que también rechazan el fundamentalismo de los derechos y la supremacía democrática. De ser así, podrían contemporizar con el argumento de que nadie se beneficia, y muchos pierden, de la litigación prolongada sobre ese significado.¹³⁵ Las difíciles experiencias de especificar el significado del derecho al aborto,¹³⁶ y el significado de la Cláusula de protección igualitaria en relación con los programas de acción afirmativa,¹³⁷ señala los altos costos, tanto económicos como políticos, de una ola de resoluciones caso por caso que se centraron en casos particulares. Si, como parece, estos costos serían altos en el contexto de la Segunda Enmienda, y si la Corte tiene un sentido claro, ahora mismo, de lo que está pensando y haciendo, entonces sería mucho mejor contemporizar.

Sin embargo, el debate entre contemporizadores y minimalistas no se reduce al debate entre reglas y estándares. Necesitamos comprender precisamente por qué contemporizan los contemporizadores, y por qué los minimalistas privilegian la superficialidad y la estrechez, y preguntarnos si sus argumentos pueden aplicarse al contexto que tenemos a la mano. Hemos visto que los contemporizadores tratan de defender su enfoque con varios argumentos, incluyendo el valor epistémico de la conciliación; la importancia de conservar las ideas más profundas de los bandos opuestos; la necesidad de asegurarse de que, en la medida de lo posible,

¹³⁵ Véase *ibid.*, La decisión inicial de la Corte sobre este tema combina de manera considerable una medida de contemporización con minimalismo. Véase Cass R. Sunstein, "The Supreme Court, 2007 Term—Comment: Second Amendment Minimalism: Heller As Griswold", *Harvard Law Review*, núm. 122, 2008, pp. 246, 267-269.

¹³⁶ Véase Geoffrey R. Stone *et al.*, *Constitutional Law*, Wolters Kluwer & Business, 2005, pp. 857-916.

¹³⁷ Véase *ibid.*, p. 576-622.

nadie se sienta humillado o excluido por las resoluciones jurídicas; y el valor de tranquilizar la controversia social. Algunas de estas consideraciones podrían exigir la contemporización más que el minimalismo, como, por ejemplo, cuando los contemporizadores, pero no los minimalistas, pueden respaldar las ideas más esenciales de ambos bandos. Algunas de estas consideraciones podrían exigir el minimalismo, como, por ejemplo, cuando la solución contemporizadora necesariamente desencadenará graves controversias sociales, mientras que el minimalismo no. La elección entre el minimalismo y la contemporización dependerá del peso que se da a las variables pertinentes en la situación que nos ocupa.

3. El camino de la ley; ¿del minimalismo a la contemporización?

Con el tiempo, las resoluciones minimalistas podrían producir un régimen de contemporización. Volvamos al problema de la acción afirmativa. La mayor parte de las primeras resoluciones de la Corte fueron estrechas y superficiales.¹³⁸ La Corte se concentró en las particularidades y dejó muchos asuntos sin decidir. Conforme se fueron acumulando precedentes, la ley se fue haciendo cada vez más clara.¹³⁹ La claridad siguió un proceso de contemporización, en el sentido de que la Corte rechazó el fundamentalismo de los derechos (en la forma de un rechazo generalizado a los programas de acción afirmativa) y la primacía democrática (en la forma de dar carta blanca a tales programas).

Conforme se acumulan los casos, es altamente probable que el minimalismo muestre que es inestable. La amplitud va a aumentar: las sentencias superficiales con respecto a la obscenidad, la publicidad comercial y la igualdad de sexos producirá con el tiempo un grado de amplitud.

¹³⁸ Véase, por ejemplo, Suprema Corte de los Estados Unidos, caso *Fullilove v. Klutznick*, 448 U.S. 448 (1980); también Cass R. Sunstein, "Public Deliberation, Affirmative Action, and the Supreme Court", *California Law Review*, núm. 84, pp. 1179, 1185-1187.

¹³⁹ Véase, por ejemplo, Suprema Corte de los Estados Unidos, caso *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003); y *Gratz v. Bollinger*, 539 U.S. 244 (2003).

También es probable que aumente la profundidad: para decidir si un caso es análogo a otro, los jueces tienen que dar razones y conforme los problemas se vuelven más confusos y difíciles, esas razones se hacen más ambiciosas.¹⁴⁰

Sin embargo, el paso del minimalismo a la contemporización no es inevitable. Las resoluciones minimalistas podrían culminar en el fundamentalismo de los derechos o en la supremacía democrática. Pensemos en el tema de la igualdad de sexos, que ha producido algo cercano al fundamentalismo de los derechos, en la forma de una prohibición casi completa de la discriminación sexual formal.¹⁴¹ O pensemos en la revisión "de base racional" en el campo de los derechos económicos y sociales, en los que una serie de sentencias estrechas se fue desarrollando hacia un régimen de primacía democrática.¹⁴² Los contemporizadores podrían rechazar el minimalismo no sólo con el fundamento de que deja demasiado sin decidir, sino también con el fundamento de que crea el riesgo de deslizarse, por algunos grados, hacia uno u otro extremo.

VI. ¿Cuándo contemporizar? ¿Cuándo no?

Ahora estamos en posición de hacer algunos comentarios generales sobre el campo de la contemporización y sobre la elección entre ese enfoque, por un lado, y el fundamentalismo de los derechos, la primacía democrática y el minimalismo, por el otro.

A. Contemporizadores contra minimalistas

La oposición más simple toma en cuenta los asuntos que acabo de discutir. Supongamos que un juez está eligiendo entre la contemporización

¹⁴⁰ Véase R. Dworkin, *Justice in Robes*, *op. cit.*, p. 69.

¹⁴¹ Véase Suprema Corte de los Estados Unidos, caso *United States v. Virginia*, 518 U.S. 515, 531-534 (1996).

¹⁴² Véanse Suprema Corte de los Estados Unidos, caso *Ferguson v. Skrupa*, 372 U.S. 726, 730-732 (1963); y *Williamson v. Lee Optical Co.*, 348 U.S. 483, 487-488 (1955).

y el minimalismo. La elección depende en gran parte de los costos de la decisión, los costos de error y la importancia de la predictibilidad. Si el área del derecho es novedosa, si los jueces carecen de información y si las instituciones privadas y públicas no requieren un acuerdo claro, lo mejor es el minimalismo, evidentemente. Supongamos, por ejemplo, que un juez está enfrentando un caso sobre la constitucionalidad de la discriminación sexual en 1971, la constitucionalidad de la discriminación con base en la orientación sexual en 2002, o el significado del poder del Comandante en Jefe en relación con la guerra contra el terrorismo en 2008. En tales casos, sería insensato tratar de emitir fallos amplios. El minimalismo es mucho mejor que la contemporización, simplemente porque los tribunales no tienen suficiente información para justificar la amplitud.

O supongamos que un juez cree, ahora, que la Cláusula de protección igualitaria requiere que los Estados reconozcan a los matrimonios homosexuales, pero que por razones prudenciales e institucionales, sería un error que los tribunales federales emitieran un fallo en ese sentido. Ese juez no estaría inclinado a encontrar una manera de contemporizar, por ejemplo, sosteniendo que los estados no deben hacer que el matrimonio esté disponible, pero deben proveer los beneficios legales que normalmente lo acompañan. Si el juez cree que este resultado sería malo en principio, lo mejor que podría hacer sería dejar sin decidir este asunto fundamental.

Sin embargo, podemos imaginar casos en los que la contemporización sería mejor que el minimalismo. Supongamos que un juez contemporáneo se enfrenta a una cuestión sobre la regulación de la publicidad comercial, la relación entre la Primera Enmienda y la ley de difamación, o el uso gubernamental de símbolos religiosos. Estas cuestiones no son nuevas, y los jueces no carecen de información relevante. Para cada uno de ellos, la predictibilidad es importante; por ejemplo, es altamente indeseable que los litigantes y los tribunales estén a la deriva en el campo legítimo de la ley de difamación. Por esta razón, la contemporización tiene grandes ventajas sobre el minimalismo. Una investigación de las mismas conside-

raciones que subyacen al debate entre reglas y estándares ayudará a resolver los desacuerdos entre contemporizadores y minimalistas.

Regresemos a la cuestión de los derechos de la Segunda Enmienda. Es por lo menos razonable pensar que la Corte debe contemporizar y, por consiguiente, evitar una serie de largas, acaloradas, polarizantes y agobiantes sentencias caso por caso. Quizá sería mejor que la Corte resolviera el problema de la Segunda Enmienda de una manera que dé fundamentos, y muestre respeto, a ambos bandos, en lugar de enmarañar a la nación en batallas constantes dentro de los tribunales federales por el terreno del derecho pertinente.

B. Contemporización, primacía democrática y fundamentalismo de los derechos

Desde luego que los jueces tienen otras opciones. A veces, la contemporización y el minimalismo carecen de gran atractivo. A veces es una cuestión difícil si un juez debe elegir contemporizar.

En el terreno de la regulación económica, los jueces por lo general se remiten a la primacía democrática, en el sentido de que las legislaturas tienen mucho espacio de maniobra.¹⁴³ En el campo del disenso político, la ley se rige por una forma de fundamentalismo de los derechos.¹⁴⁴ En ambos casos, la Corte habría podido elegir contemporizar, pero hizo lo correcto en no hacerlo. Ninguna cláusula constitucional plantea problemas graves sobre la legislación de horas máximas de jornada laboral y el salario mínimo. Ninguna explicación plausible del papel judicial justifica el escrutinio judicial más cauteloso de las formas estándar de regulación económica (excepto la recaudación de la propiedad privada). En ese terreno, resultan débiles los argumentos que llegan a justificar la contemporización. Ni la

¹⁴³ Véase, p. ej., los casos citados *supra* nota 142.

¹⁴⁴ Véase, p. ej., Suprema Corte de los Estados Unidos, caso *National Association for the Advancement of Colored People v. Claiborne Hardware Co.*, 458 U.S. 886, 907-912 (1982); y *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969).

conciliación ni la preservación tienen mucho atractivo. No hay un buen argumento epistémico para la conciliación como tal. Tampoco hay razón para pensar que con las formas estándar de regulación económica sea realmente necesaria alguna especie de contemporización para evitar un sentimiento de exclusión o humillación.

Comparemos el terreno de disenso político, en el que se rechazó la contemporización, y la negación de la Corte a adoptar esa forma de contemporización representada por el sistema de "separados pero iguales", en el caso de *Brown v. Consejo de Educación*. En este terreno, el argumento a favor del minimalismo era débil; sin embargo, la Corte tenía razones para confiar en sus conclusiones, y estos terrenos no eran nuevos presentando preguntas sin precedentes de hecho o de moral. Y en esos terrenos, la contemporización habría sido incorrecta en la sentencia. El sistema "separados pero iguales" era una violación evidente de la Cláusula de protección igualitaria, si se concibe de manera adecuada. Una especie de contemporización de la Primera Enmienda podría encontrarse en un test que resuelva controversias referentes a la libertad de expresión sopesando los costos y beneficios del discurso político; pero tal discurso no debe ser regulable sólo porque impone costos aparentemente mayores que sus beneficios.¹⁴⁵

Aquí también, los mejores argumentos en favor de la contemporización son especialmente débiles, y las objeciones más poderosas son especialmente fuertes. Los argumentos epistémicos para conciliar no son fácilmente apelables en nombre de "separados pero iguales" o una prueba de

¹⁴⁵ Hacia la mitad del siglo xx, la Suprema Corte adoptó la opinión de que los beneficios del discurso político debían sopesarse contra sus costos descontando su improbabilidad. Este enfoque de balance se adoptó en el caso *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494, 510 (1951); se defiende en Richard A. Posner, "The Speech Market and the Legacy of Schenck", en Lee C. Bollinger y Geoffrey R. Stone (eds.), *Eternally Vigilant*, University of Chicago Press, Chicago-Londres, 2002, p. 121. Para una defensa del enfoque actual que se niega a la ponderación, véase Vincent Blasi, "The Pathological Perspective and the First Amendment", *Columbia Law Review*, 1985 núm. 85, p. 449. Podemos imaginarnos situaciones en las que las sociedades enfrentaron graves riesgos de violencia, en los que el test de Brandeburgo habría tenido que replantearse, y en las que habría sido atractiva alguna forma de contemporización.

costo y beneficio para la censura política. Es cierto que muchas personas estaban profundamente inconformes con el caso *Brown*,¹⁴⁶ pero su inconformidad se basaba en gran parte en la intolerancia racial, y la Corte hizo bien en no tomar en consideración esa reacción, sobre todo en la resolución de la sentencia. Por las razones que he dado, la contemporización preservadora tiene un lugar importante, pero en el caso *Brown*, la Corte no dejó de conservar nada de valor.

Es posible generalizar a partir de esta discusión. Cuando se elige el fundamentalismo de los derechos sobre la contemporización es porque, en las áreas pertinentes, los argumentos a favor de la contemporización no entran en juego, y las objeciones tienen una fuerza particular. Como hemos visto, los argumentos en nombre de la contemporización parecen tener un poder considerable en el terreno de los derechos a la Segunda Enmienda. En ese sentido, la contemporización es una manera de integrar las convicciones morales de millones de estadounidenses convencidos de un derecho individual a la posesión de armas, mientras que, al mismo tiempo, reconoce que los gobiernos tienen justificaciones legítimas y de peso para algunas restricciones de control de armas.

Desde luego, no he dicho suficiente para justificar ninguna conclusión particular sobre ningún área particular, y es cierto que los jueces carecen de cualquier tipo de algoritmo o medida. Para resolver desacuerdos razonables, no hay manera de escapar del involucramiento con los argumentos a favor y en contra de la contemporización. Los juicios sobre terrenos particulares requieren una cautelosa atención a las disposiciones constitucionales específicas que están involucradas. De aquí se deduce que cuando la Corte favorece la primacía de la democracia o rechaza el fundamentalismo de los derechos es porque las mejores justificaciones para la conciliación o la preservación parecen débiles, y porque los contemporizadores parecen confundidos, no tienen ley o ambas cosas. Bajo esta

¹⁴⁶ Véase Michael J. Klarman, *From Jim Crow to Civil Rights*, Oxford University Press, Londres, 2004, pp. 385-442.

luz, somos capaces realmente de ver el porqué del desacuerdo de quienes están en desacuerdo.

C. ¿Contemporización sin contemporizadores? Sobre las instituciones que producen contemporizaciones

Me he concentrado en los jueces en particular, preguntando si deben o no deben contemporizar. Sin embargo, como ha sugerido parte de la discusión, la contemporización podría ser un producto de acuerdos institucionales en lugar de decisiones específicas de cualquier involucrado. En una democracia constitucional podríamos encontrar contemporización sin contemporizadores. Es importante preguntar si los objetivos legítimos de los contemporizadores podrían alcanzarse a menudo, no mediante una contemporización consciente, sino por instituciones diseñadas para producir resultados que habrían podido surgir, pero no surgieron, de decisiones explícitas de contemporizar.

El ejemplo más obvio es una corte colegiada. Incluso aunque ningún magistrado elija contemporizar, la necesidad de obtener una posición mayoritaria podría llevar a la corte fácilmente en la dirección de la contemporización, tanto en términos de resultado como de lógica. Cualquier grupo con opiniones heterogéneas podría estar contemporizando (así como cualquier grupo de este tipo podría estar decidiendo de forma estrecha y superficial). Es probable que una legislatura nacional contemporice, en el sentido de que muchos legisladores tenderán a conciliar y conservar. Quienes sostienen sus opiniones con intensidad insistirán con fuerza en sus argumentos ante los servidores públicos electos, y por lo tanto esas opiniones probablemente encuentren aceptación en la legislatura, por lo menos si los actores tienen poder suficiente. Y debido a la necesidad de integrar diversas opiniones, es especialmente probable que una legislatura de dos cámaras produzca resultados que parezcan contemporizadores. Pensemos en cuanto a este punto en la sugerencia de

Hamilton de que las "diferencias de opinión y la discordancia de los partidos en el poder [legislativo] del gobierno [...] a menudo promueven la deliberación y la circunspección, y sirven para revisar los excesos de la mayoría".¹⁴⁷ En tanto que Hamilton hace hincapié en la revisión de "los excesos de la mayoría", naturalmente se lee que sugiere que las legislaturas bicamerales contemporizarán.

En términos más generales, es probable que ciertos sistemas constitucionales produzcan resultados que parezcan formas de contemporización, aunque esos órdenes carezcan de contemporizadores. En un sistema de equilibrio de poderes, con vetos presidenciales y control judicial, gran parte de la ley será una forma de contemporización simulada; es decir, podría parecerse a lo que surgiría de las decisiones de contemporizadores conscientes. Desde luego, los contemporizadores no utilizan el tráfico de influencias; no creen en las ideas sin principios. Sin embargo, en tanto que algunos sistemas constitucionales tienden a mediar entre los extremos y a conservar los compromisos más profundos de la gente, llegan a muchos resultados del gusto de quienes se identifican como contemporizadores. Tales resultados conservarán las ideas más profundas de todos los bandos y también reducirán la posibilidad de que cualquier grupo sea excluido, humillado o perjudicado.

Con respecto a las instituciones, podemos imaginar debates similares a los que plantea la pregunta de si los jueces deben adoptar el fundamentalismo de los derechos, la primacía democrática, el minimalismo o la contemporización. En algunos momentos y contextos, el minimalismo es mejor. Quizá los legisladores nacionales deban garantizar la flexibilidad y dejar pendientes las cuestiones clave; quizá las instituciones deberían estar diseñadas para permitir modificaciones a la luz de las circunstancias cambiantes. En otros periodos es crucial resolver una amplia gama de cuestiones para promover la predictibilidad, y las instituciones se crean precisamente con el fin de producir reglas claras. En otros periodos, sin embargo, las

¹⁴⁷ Alexander Hamilton, *The Federalist*, Clinton Rossiter (ed.), núm. 70, 1999, p. 425.

instituciones deben diseñarse para facilitar la conciliación e integrar variedad de opiniones. En otros periodos es importante moverse en direcciones radicalmente nuevas, incluso aunque muchas personas se sientan excluidas o desestimadas. Los problemas del diseño institucional se exploran a menudo, al menos, con atención implícita a cuestiones de este tipo.¹⁴⁸

VII. Conclusión

Mi propósito aquí ha sido tanto mostrar que la contemporización es una práctica muy difundida en el derecho y la política, como comprender lo que podría decirse en su favor. Muchos contemporizadores son moderados pues piensan que si mediamos entre los extremos, probablemente haremos mejor que si elegimos uno u otro. Este tipo de contemporizadores exhiben una forma de aversión por el extremismo, y bajo ciertas circunstancias, la heurística de la contemporización tiene mucho sentido. Incluso podría justificarse con fundamentos epistémicos.

Otros contemporizadores son conservadores. Intentan identificar y conservar las más profundas, argumentadas y mejores opiniones de las posiciones contrapuestas. Este tipo de contemporizadores puede adjudicarse cierto grado de humildad, debido a la atención empática que da a todos los bandos. Sin embargo, en la medida en que son conservadores, los contemporizadores están dispuestos a estudiar los extremos con escrutinio, y no simplemente a observarlos. Por esa razón los conservadores están menos sujetos a la manipulación. Al final, tienen razones para confiar en que su decisión es correcta y que no es simplemente una manera de transigir.

Dada su naturaleza, los contemporizadores esperan reducir los conflictos sociales, mostrar una especie de respeto cívico y asegurarse de que

¹⁴⁸ Durante el período del New Deal, por ejemplo, tenía poco atractivo contemporizar, y se diseñaron nuevas instituciones para asegurar que hubiera movimientos importantes. Para una declaración que captura gran parte del pensamiento de la era, véase James M. Landis, *The Administrative Process*, Yale university Press, New Jersey, 1938.

ningún bando se sienta excluido, humillado o perjudicado. Aquí podemos ver una tensión entre los moderados, que se ocupan de lo que, desde su juicio independiente, es lo más atractivo de las posiciones discrepantes, y los conservadores, que se ocupan de las que parecen ser las convicciones más profundas de quienes sostienen esas posiciones.

Desde luego, es posible que cualquier forma de contemporización produzca un mal resultado o incluso un resultado indefendible. Cualquier juicio sobre ese punto dependerá de la teoría de interpretación constitucional apropiada. A menudo, los originalistas rechazarán la contemporización, así como quienes están comprometidos con una interpretación moral de la Constitución.¹⁴⁹ También es cierto que los contemporizadores pueden ser manipulados. Si los extremos son arbitrarios, la solución contemporizadora también será arbitraria. En algunos ámbitos, es preferible el minimalismo. En otros ámbitos, el fundamentalismo de los derechos o la primacía democrática es incuestionablemente mejor, simplemente porque en esos ámbitos las justificaciones para contemporizar carecen de fuerza y las objeciones resultan ser decisivas. Sin embargo, espero haber dicho lo suficiente para demostrar que la contemporización no sólo es una práctica generalizada, sino también honorable. En muchas áreas, es superior a las alternativas razonables.

¹⁴⁹ Tanto los originalistas como moralistas podrían, desde luego, respaldar la contemporización dentro de su método preferido, por ejemplo, cuando los originalistas deciden conciliar entre las posiciones originalistas, o conservar lo más plausible de posiciones originalistas discrepantes.

Los derechos, las constituciones y el peligro del *panglossianismo**

Frederick Schauer**

* Artículo publicado originalmente como "Rights, Constitutions and the Perils of Panglossianism", en *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 38, núm.4, 2018, pp. 635-652, y traducido al español para esta obra por Mario Zamudio Vega, con autorización del autor.

[N.T.] Del Dr. Pangloss, el tutor de Cándido, personajes de la novela de Voltaire *Cándido o el optimismo*; véase nota 17.

** Profesor de leyes distinguido del Instituto de Historia Estadounidense Mary and David Harrison de la Universidad de Virginia. Correo electrónico: fschauer@law.virginia.edu. Este artículo es la versión escrita y referenciada de la XXXIII Conferencia HLA Hart Memorial, dictada en Oxford el 9 de mayo de 2017. Agradezco al profesor John Gardner la eficiencia y enorme ayuda que mostró en la organización, al director y los colegas del Colegio de la Universidad por su hospitalidad, al grupo de Conferencias Tanner sobre Valores Humanos por su apoyo, que hizo posible esta y las otras Conferencias Hart, y a la profesora Aileen Kavanagh por sus provechosos comentarios y referencias.

SUMARIO: 1; 2; 3; 4; 5; 6; 7; 8; 9.

1.

Vivimos en una era de derechos; más específicamente, vivimos en una época en la que la existencia y el cumplimiento de los derechos tienen una gran importancia, la cual es producto de la manera como se aborda el tema de los derechos en un amplio abanico de la retórica legal, política, social, normativa —formulación de políticas— e incluso personal. En realidad, la retórica de los derechos parece ser cada vez más hegemónica, tanto así que los análisis, incluso de temas que no parecen referirse a los derechos, se expresan frecuentemente, no obstante, en el lenguaje de estos últimos; pero los derechos se intersecan de manera compleja con objetivos, políticas e intereses creados ("intereses", para abreviar) y esa intersección presenta importantes ramificaciones conceptuales, empíricas, institucionales y retóricas. Una de las ramificaciones, tan psicológica como lo es cualquier otra, tiene que ver con la tendencia común y, no obstante, preocupante de muchas personas a percibir (o distorsionar) los aspectos empíricos de diversos intereses de tal manera que se elimina el conflicto entre esos y otros intereses y los derechos con los que puedan

estar en conflicto. Por consiguiente, además, aunque las personas perciben en ocasiones los intereses de tal manera que los derechos no parecen tener costo alguno, también se entregan a la tendencia, igualmente común, de definir los derechos en tal sentido que, de una manera similar, elimina las restricciones que los derechos imponen en ocasiones a los intereses legítimos.

Consecuentemente, vemos que los intereses se entienden con mucha frecuencia de tal manera que no estén en conflicto con los derechos y, a menudo, estos últimos se entienden de tal manera que elimine todo conflicto con los intereses creados; no obstante, esos dos hábitos de pensamiento y exposición son desacertados, porque los derechos pueden estar, y están, en conflicto con otros derechos y porque los derechos pueden estar, y están, en conflicto con diversos intereses creados que no están relacionados con los derechos. Negociar tales conflictos, ya sea en el derecho constitucional ya en la legislación ya en la retórica política, es difícil, pero se hace aún más difícil en la medida en que las personas niegan incluso que exista algún conflicto. Mi objetivo en este artículo es examinar lo que parece ser un problema, sugerir algunas causas posibles, ilustrar cómo surge el problema en el contexto legal y en el constitucional y, finalmente, ofrecer algunas soluciones posibles, aunque de manera tentativa.

2.

El examen de los derechos aquí presentado se sitúa en el seno de una concepción de los derechos con particular resonancia en el contexto de los análisis contemporáneos de los derechos humanos y los derechos constitucionales. Más específicamente, mi intención en este artículo es explorar las dimensiones filosóficas, institucionales y psicológicas de lo que Robert Nozick calificó adecuadamente como una visión de "restricción indirecta" de la estructura de los derechos;¹ visión que se relaciona estre-

¹ Robert Nozick, *Anarchy, State, and Utopia*, Basic Books, Nueva York, 1974, pp. 28-35. Véase algunos comentarios útiles en L. P. Francis y J. G. Francis, "Nozick's Theory of Rights: A Critical Assessment",

chamente con la noción que Ronald Dworkin tiene de los derechos, a los que considera como "triumfos o bazas",² y que guarda cierta afinidad, aunque no muy cercana, con la explicación que ofrece Judith Thomson³ y con los derechos que proporcionan la base para contar con una perspectiva más amplia, que en ocasiones se describe como "deontología de los límites".⁴ Sin duda alguna, por cierto, existen diferencias interesantes y significativas entre esas diversas perspectivas y análisis y, por supuesto, hay otras explicaciones más fundamentalmente diferentes de la naturaleza de los derechos, pero, para los propósitos de este artículo, lo más importante es comenzar simplemente por una interpretación de los derechos que los vea como una restricción de lo que, de otro modo, sería el objetivo determinado por las consecuencias de la optimización de los

Western Political Quarterly, vol. 29, núm. 4, 1976, pp. 634-644; y en Thomas Scanlon, "Nozick on Rights, Liberty, and Property", *Philosophy & Public Affairs*, vol. 6, núm. 1, 1976, pp. 3-25.

² Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Duckworth, Londres, 1977, pp. 186-197. Véase también Ronald Dworkin, "Do We Have a Right to Pornography?", en Ronald Dworkin, *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge, 1985, pp. 335 y 359-360. Las siguientes obras constituyen un intercambio valioso sobre la visión que Dworkin tiene de los derechos: Richard H. Pildes, "Why Rights Are Not Trumps: Social Meanings, Expressive Harms, and Constitutionalism?", *Journal of Legal Studies*, vol. 27, núm. S2, 1998, pp. 725-763; Jeremy Waldron, "Pildes on Dworkin's Theory of Rights", *The Journal of Legal Studies*, vol. 29, núm. 1, 2000, pp. 301-307; y Richard H. Pildes, "Dworkin's Two Conceptions of Rights", *Journal of Legal Studies*, vol. 20, núm. 1, 2000, pp. 309-315. Véase también Stephen Gardbaum, "Proportionality and Democratic Constitutionalism", en Grant Huscroft, Bradley W. Miller y Grégoire C. N. Webber, *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*, Cambridge University Press, Nueva York, 2014, cap. 12, p. 259. En el meollo del desacuerdo se encuentra la interrogante sobre si los derechos realmente superan a los intereses de la misma manera que, en el juego de naipes, las cartas de triunfo se imponen a las cartas que no lo son o si, por el contrario, los derechos simplemente excluyen ciertas clases de razones. Como se verá con claridad, nada de lo que sostengo en este artículo gira en torno a esa distinción y los argumentos que expongo son aplicables tanto a la comprensión de lo escrito por Dworkin como a la comprensión de la naturaleza de los derechos. Con respecto a una crítica aparentemente más fundamentada de la concepción que Dworkin tiene de los derechos, así como una crítica que en algunos aspectos ejemplifica el problema abordado en este artículo, véase Robin West, "Rights, Harms, and Duties: A Response to Justice for Hedgehogs", *Boston University Law Review*, vol. 90, núm. 2, 2010, pp. 819-837.

³ Judith Jarvis Thomson, *The Realm of Rights*, Harvard University Press, Harvard, 1990, pp. 153-154; Judith Jarvis Thomson, "Some Ruminations on Rights", en William Parent coord, *Rights, Restitution, and Risk: Essays in Moral Theory*, The Harvard University Press, Harvard, 1986, p. 49.

⁴ Véase Larry Alexander, "Deontology at the Threshold", *San Diego Law Review*, vol. 37, parte 4, 2000, pp. 893-912; Larry Alexander y M. Moore, "Deontological Ethics", en *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Disponible en: <https://plato.stanford.edu/entries/ethics-deontological> (2016); Eyal Zamir y Barak Medina, "Threshold Deontology and Its Critique", en Eyal Zamir y Barak Medina, *Law, Economics, and Morality*, Oxford University Press, Nueva York, Oxford, 2010, p. 41.

intereses creados —o del bienestar—,⁵ ya sea una elevación del límite de lo que cuenta como una política sensata que optima los intereses creados por sobre el límite de referencia, que sería aplicable si los derechos no estuvieren presentes.⁶ Además, aunque Nozick desarrolló y aplicó su versión de la idea de la restricción indirecta en el contexto de su propia filosofía política más o menos libertaria, nada sobre esa concepción de los derechos guarda relación necesaria alguna con el Libertarismo. En realidad, aunque la idea de la restricción indirecta implica algo negativo o restrictivo, se puede imaginar fácilmente una versión positiva de esa misma idea tal que, la existencia de un derecho añadiría un peso especial a lo que, de otra manera, sería un argumento normativo positivo o una consideración que mejoraría el bienestar. Por ejemplo: existen muchas consideraciones de las políticas no basadas en derechos a favor de proporcionar alimentos y vivienda a los pobres y hacer que la atención médica esté disponible para todos, pero si reconocemos un derecho a esas formas particulares del bienestar social, entonces, proteger a esas buenas políticas con derechos les daría a esas políticas un tipo de prioridad (no absoluta) sobre otras políticas y a las políticas basadas en derechos podría dárseles un peso especial frente a las consideraciones de las políticas que van en el otro sentido. Por consiguiente, podemos reconocer a los derechos, no sólo como restricciones indirectas, sino también como *mejoras* indirectas, de tal manera que la existencia de una mejora indirecta proporcionaría una justificación para reconocer o garantizar beneficios o derechos positivos más allá de lo que podría ser justificado por un interés, un bienestar o una optimación o un servicio público más directos.⁷

⁵ También se podría agregar a la lista la "Maximización de la utilidad" y la "maximización de las consecuencias", pero la idea básica es únicamente que, de conformidad con cualesquiera de las teorías de derechos del grupo que se presupone en este artículo, se puede entender que los derechos son restrictivos o entran en conflicto con lo que, de no ser así, sería la política o el curso de acción óptimos.

⁶ Acerca de esa concepción de los derechos que eleva el umbral, véase, Frederick Schauer, "A Comment on the Structure of Rights", *Georgia Law Review*, 27, 1993, p. 415. Véase también Frederick Schauer, "Proportionality and the Question of Weight", en Huscroft *et al.*, *Proportionality and the Rule of Law...*, *op. cit.*, p. 173, n. 3.

⁷ En consecuencia, si consideramos los derechos principalmente como razones excluyentes del tipo de las de Raz, podríamos complementar esa visión con el reconocimiento de la posibilidad de que

Dejando a un lado las salvedades, unos cuantos ejemplos aclararán la idea básica de la restricción indirecta. Supongamos que la mayoría de los habitantes en Gran Bretaña serían más felices y se sentirían más satisfechos de su vida si fuese ilegal criticar a la familia real; pero, si existe el derecho a la libertad de expresión y si ese derecho comprende tales críticas, entonces se violaría ese derecho y, por consiguiente, sería (presuntamente)⁸ erróneo prohibir criticar a la familia real, aun cuando, de conformidad con mi supuesto, la prohibición aumentaría la felicidad total o el bienestar general. Por otra parte, supongamos, siguiendo en ello a Jeremy Bentham,⁹ que negar a los acusados de algún delito el derecho a guardar silencio durante el interrogatorio policial facilitaría la condena de los culpables y, por lo tanto, reduciría la cantidad de delitos y, en consecuencia, aumentaría el bienestar general de la población.¹⁰ Pero si existe el derecho a no ser objeto de autoinculpación obligatoria, la política de negar al acusado el derecho a guardar silencio se volvería

las "mejoras indirectas" puedan entenderse como razones *incluyentes*. Véase Joseph Raz, *Practical Reason and Norms*, 2a. ed., Princeton University Press, Princeton, 1990 [Razón práctica y normas, trad. por Juan Ruiz Manero, Centro de Estudios Constitucionales, Derecho y Justicia, núm. 27, Madrid, 1991]. Con respecto a las razones *excluyentes*, consúltese Richard H. Pildes, "Avoiding Balancing: The Role of Exclusionary Reasons in Constitutional Law", *Hastings Law Journal*, 45, núm. 4, 1994, p. 711. Véase también Frederick Schauer, *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Clarendon, Oxford, 1991, pp. 91-92; y Joseph Raz, "Reasons for Action, Decisions and Norms", *Mind*, vol. 84, núm. 336, 1975, pp. 481-499.

⁸ Nada en este momento del análisis requiere entender los derechos como absolutos, siempre y cuando aceptemos que una infracción justificable requiere una justificación de más peso que la que se requeriría para alcanzar el mismo fin que el que se habría requerido si no existiese el derecho. Véase Alan Gewirth, "Are There Any Absolute Rights?", *Philosophical Quarterly*, vol. 31, núm. 122, 1981, pp. 1-16; Robert Nozick, "Moral Complications and Moral Structures", *Natural Law Forum*, vol. 13, núm. 1, p. 13, 1968, pp. 1-50; Frederick Schauer, *Playing by the Rules... op. cit.*, n. 7; Judith Jarvis Thomson, "Some Ruminations on Rights", *op. cit.*, n. 4.

⁹ Jeremy Bentham y John Stuart Mill, *Rationale of Judicial Evidence, Specially Applied to English Practice*, vol. 1, Hunt and Clarke, Londres, 1827, pp. 229-240. Con respecto a algunos comentarios útiles sobre la postura de Bentham, véase Andrew L-T Choo, *The Privilege Against Self-Incrimination and Criminal Justice*, Hart, Oxford, 2013; R. H. Helmholtz et al, *The Privilege Against Self-Incrimination: Its Origins and Development*, The University of Chicago Press, Chicago, 1997; Donald A. Dripps, "Against Police Interrogation-And the Privilege Against Self-Incrimination", *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 78, núm. 4, 1988, p. 699.

¹⁰ Véase Itai Ater, Yehonatan Givati y Oren Rigbi, "The Economics of Rights: Does the Right to Counsel Increase Crime?", *American Economic Journal: Economic Policy*, vol. 9, núm. 2, 2017, pp. 1-27, p. 9. Véase también, aunque con resultados más ambiguos, D. J. Seidmann, "The Effects of a Right to Silence", *Review of Economic Studies*, vol. 72, núm. 2, 2005, pp. 593-614.

presuntamente inadmisibles, aunque, una vez más, el rechazo a reconocer el derecho aumentaría el bienestar. Por lo demás, considérese, para poner un ejemplo más extremo, los debates contemporáneos y los no tan contemporáneos sobre la tortura oficial que llevan a cabo las autoridades militares y policiales. Suponiendo que, en ocasiones, la tortura puede ser eficaz para exponer los crímenes urdidos o para identificar y arrestar a quienes podrían cometer crímenes, y por lo tanto, en ocasiones, puede aumentar el bienestar general, el derecho a una vida libre de tortura hace que la tortura sea inadmisibles, sin importar las ventajas ocasionales o frecuentes de esa política. Estos ejemplos —hay un número incontable de ellos— lo son de ciertos derechos como restricciones indirectas en funcionamiento:¹¹ ilustran la capacidad de los derechos para *poner una barrera* a políticas que, de no existir esos derechos, optimarían el bienestar, la utilidad o la felicidad general o, dicho inversamente, *protegen*, una vez más presuntamente, los valores, comportamientos e intereses protegidos por los derechos de que sean anulados por intereses que no estén protegidos por algún derecho.¹²

3.

Nada en la descripción anterior de los derechos es original en lo más mínimo. Aun cuando otros autores han ofrecido otras concepciones de los derechos,¹³ tanto en la literatura filosófica como en el discurso popu-

¹¹ Una complicación notable, aunque independiente con respecto a este análisis, es que la operación de una restricción indirecta contra un interés puede variar, dependiendo de cómo se especifique el interés. Véase Matthew D. Adler, "Rights Against Rules: The Moral Structure of American Constitutional Law", *Michigan Law Review*, vol. 97, núm. 1, 1998, pp. 1-173, p. 97.

¹² Véase Frederick Schauer, "Can Rights Be Abused", *Philosophical Quarterly*, vol. 31, núm. 124, 1981, pp. 225-230.

¹³ Entre muchos ejemplos, véase William A. Edmundson, *An Introduction to Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004; Richard E. Flathman, *The Practice of Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 1976; L. W. Sumner, *The Moral Foundation of Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1987; A. R. White, *Rights*, Clarendon, 1984; Joel Feinberg y Jan Narveson, "The Nature and Value of Rights", *Journal of Value Inquiry*, vol. 4, núm. 4, 1970, pp. 243-280; y, más exhaustivamente, Jeremy Waldron (coord.), *Theories of Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1984; y L. Wenar, "Rights", en *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, revisión del 9 de septiembre de 2015: <https://plato.stanford.edu/entries/rights>

lar y político, la concepción de los derechos que se acaba de describir es ampliamente aceptada y, asimismo, está ampliamente incorporada en las instituciones de un gran número de naciones democráticas que protegen los derechos —incluidas las constituciones escritas, los documentos sobre los derechos humanos y los tribunales—. No obstante, si bien esa concepción de los derechos de restricción indirecta se encuentra muy extendida, resulta que existen resistencias a ella en formas desconocidas e inesperadas. Considérese, por ejemplo, 1) el número de personas que podrían objetar algunos o todos los ejemplos ofrecidos anteriormente; 2) considérese cuántas personas o cuántos lectores de este artículo podrían creer que, en realidad, el hecho de prohibir las críticas a la familia real no haría más felices a muchas personas, si acaso las hay; 3) considérese lo común que es creer que la negación o el debilitamiento de los privilegios contra la incriminación de sí mismo no provocaría una aplicación de la ley más eficaz o efectiva,¹⁴ a pesar de las opiniones en países con diferentes puntos de vista sobre ese tipo de incriminación;¹⁵ y 4) considérese, en fin, que es mucho más común creer, especialmente entre aquellos que nunca han sido torturados, que la tortura simplemente no arroja resultados¹⁶ y, consecuentemente, que su uso no acarrearía beneficios en lo concerniente a la seguridad o a la aplicación de la ley. Las personas que acabo de describir, las que creen que nadie sería más infeliz porque se permitiese las críticas a la familia real, las que creen que el privilegio

¹⁴ Véase, por ejemplo, Y. Kamisar, "The Rise, Decline, and Fall (?) of Miranda", *Washington Law Review*, vol. 87, núm. 4, 2012, pp. 965-1040.

¹⁵ Véase Edward A. Tomlinson, "Non-Adversarial Justice: The French Experience", *Maryland Law Review*, vol. 42, núm. 1, 1983, pp. 131-195.

¹⁶ Como es lógico, las investigaciones están marcadamente politizadas, al igual que los resúmenes al respecto. Compárese K. Lamarque, "Does Torture Work?", *The Guardian*, 4 de noviembre de 2000, con C. Freeman, "Does the Use of Torture Ever Work?", *The Telegraph*, 9 de diciembre de 2014. Este artículo no es el lugar para analizar esas investigaciones ni sus conclusiones, pero, aunque la mayoría de las investigaciones sobre la tortura sugieren que la tortura es ineficaz, también presuponen típicamente que el torturador no tiene una fuente de verificación independiente de la información que obtiene y, por consiguiente, no le es posible verificar las mentiras de una víctima; que existen otros métodos no coercitivos disponibles; y que la alternativa a la tortura es recibir una mejor información, antes bien que no recibir información alguna. Al menos para los propósitos presentes, la suposición es únicamente que, en ocasiones, la tortura puede proporcionar información útil que el torturador no puede obtener de otra manera.

contra la incriminación de sí mismo no actúa en detrimento de la aplicación de la ley y las que creen que la tortura nunca es un arma útil contra las amenazas a la seguridad son los ‘*panglossianos*’, los optimistas irracionales, y que ellos son las personas cuyo punto de vista sobre los derechos necesita una revisión más a fondo.

Antes de ir más lejos, llegó el momento de decir algo sobre lo que es ser un ‘*panglossiano*’ u optimista irracional. La referencia es al eterno y tontamente optimista Dr. Pangloss, personaje de la obra *Cándido o el optimismo*, de Voltaire.¹⁷ Pero, en la actualidad, la imagen del Dr. Pangloss se ha tomado prestada para referirse —para condenar, en realidad— a todo aquel (o cualesquier postura) que parezca ser irracionalmente optimista. Aún más precisamente, en un sentido que es el más pertinente al tema aquí abordado, ser panglossianista es llevar nuestro optimismo a la esfera de los conflictos relacionados con los deseos, los intereses y los valores y, en consecuencia, insistir en que, cuando se inspecciona más detalladamente lo que inicialmente puede parece ser un conflicto, no es, en realidad, de ningún modo, un conflicto. El panglossianista supone que los conflictos, problemas y dilemas no existen y ve un mundo en el que todo encaja perfectamente, incluso si, al hacerlo —en opinión de los críticos del optimista irracional—, distorsiona el desorden y los conflictos del mundo en el que realmente vivimos.¹⁸

Consecuentemente, los panglossianistas evitan los problemas de las transacciones al suponer que lo que otros consideran como un conflicto o una compensación que requiere cierto equilibrio o transigir en algo no es en realidad una transacción en absoluto, por lo que la transacción realmente no es necesaria: no es necesario renunciar a nada. Podría

¹⁷ H. Voltaire, *Candide ou l'optimisme*, traduit de l'allemand, de Mr. Docteur Ralph, MDCCLIX, Édition princeps, Gabriel Cramer, Genève, 1759.

¹⁸ Véase algunos ejemplos de ese sentido específico de "optimismo irracional" en: Jeffrey Brand-Ballard, *Limits of Legality: The Ethics of Lawless Judging*, Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 86-88 y 311-312; y A. J. Sebok, "The Unwritten Federal Arbitration Act", *DePaul Law Review*, vol. 65, 2016, pp. 687 y 702-703.

creer, por ejemplo, que me veo obligado a elegir entre mis deseos en conflicto de comer alimentos fritos o perder peso, pero, si soy un panglossianista, puedo auto convencerme de que las papas fritas y el tocino no me engordan realmente o de que el exceso de peso no representa un problema de salud grave: en cualquiera de los dos casos, lo que al principio parecía un conflicto ha desaparecido. En el ejemplo tradicional de los economistas de costes de transacciones entre el armamento y la mantequilla, los panglossianistas están convencidos —o se convencen a sí mismos— de que contamos con suficientes recursos para comprar tanta mantequilla como queramos y tantas armas como necesitemos, así que, *voilà!*: resulta que lo que al principio parecía ser un conflicto que requería el transigir obligatoriamente, no implicaba conflicto alguno.

Jeffrey Brand-Ballard ha trasladado eficazmente ese sentido del panglossianismo a cuestiones de derecho y moralidad.¹⁹ Como es bien sabido, los seres humanos han estado debatiendo sobre los conflictos potenciales entre la ley y la moral al menos desde Sócrates y, quizás, incluso desde mucho tiempo antes.²⁰ Si la moral dispone una acción y la ley dispone otra, entonces, ¿qué deben hacer quienes están sujetos a la ley? Este es un tema difícilmente nuevo, pero lo que preocupa a Brand-Ballard es la proclividad a adoptar una definición de la ley que causa que el conflicto se disuelva;²¹ por lo tanto, si una ley moralmente repugnante no es realmente una ley en absoluto, entonces los conflictos entre los mandatos morales y los mandatos legales válidos desaparecen;²² y, a la inversa: si lo

¹⁹ Jeffrey Brand-Ballard, *Limits of Legality... op. cit.*, pp. 86-88, n. 17.

²⁰ Con respecto a un conjunto de perspectivas históricas y filosóficas, véase: Kent Greenawalt, *Conflicts of Law and Morality*, Oxford University Press, Nueva York, 1989-Clarendon, 1987; Julius Stone, *Legal System and Lawyers' Reasonings*, Universal Law, Nueva Delhi/Maitland, Sydney, 1964, pp. 172-177; William A. Edmundson, "State of the Art: The Duty to Obey the Law", *Legal Theory*, vol. 10, núm. 4, 2004, pp. 215-259; William A. Edmundson, "Liberalism, Legal Decision Making, and Morality 'as such'", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 10, núm. 4, 1990, pp. 505-521.

²¹ Yo expreso esa misma preocupación; véase Frederick Schauer, "Official Obedience and the Politics of Defining 'Law'", *Southern California Law Review*, vol. 86, núm. 6, 2013, pp. 1165-1194.

²² En la oración en el texto se asume una concepción positivista de la validez legal tal que es conceptualmente posible que una norma legal inmoral sea legalmente válida. Véase John Gardner, "Why Law Might Emerge: Hart's Problematic Fable", en Luis Duarte d'Almeida, James Edwards y Andrea Dolcetti, *Reading HLA Hart's The Concept of Law*, Hart, Oxford, 2013, pp. 81 y 92-93.

que es moral es legal por esa razón, entonces, una vez más, tampoco puede haber conflictos entre la ley y la moral. Cuando se las presenta de manera simple y descarnada, ninguna de esas posturas representa una opinión que ahora o en el pasado haya sido aceptada o defendida con ninguna seriedad por los filósofos del derecho, ni siquiera por aquellos cuyas simpatías se inclinan en una gran medida por la tradición de la ley natural; no obstante, al menos la posición anterior —que lo que es inmoral o profundamente erróneo no es en absoluto una ley genuina— está tan suficientemente extendida en el discurso público y, en ocasiones, también en el discurso académico²³ que no solamente sirve como un complemento útil sino que también proporciona una ilustración adecuada de lo que considero que es el panglossianismo: la práctica de moldear, ya sea nuestros conceptos, ya sea nuestra comprensión del mundo empírico, con el propósito de hacer que desaparezca lo que, de no hacerlo, sería un conflicto.

4.

Ahora es el momento de llevar la idea que se examina —el vicio del panglossianismo— al análisis de los derechos. Conforme al punto de vista de la restricción indirecta de los derechos, éstos impedirán, en ocasiones de una manera concluyente y muy a menudo con base en presunciones, lo que, de no impedirlo, sería una política deseable o una razón sólida o válida. Como resultado, la existencia de un derecho creará frecuentemente un conflicto entre los derechos y las políticas (o los intereses): entre el resultado o la decisión indicados por una normativa y el resultado o la decisión aparentemente dictados por un derecho. Por consiguiente,

²³ Si bien la sentencia *lex injusta non est lex* es una distorsión común de la posición fundamental de la ley natural que no es en realidad parte de la tradición de la ley natural o de los pensadores más destacados que se han ocupado de ella, tiene sus defensores incluso en el seno de los especialistas en jurisprudencia. Respecto al primer punto, véase John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon, Oxford, 1980, pp. 351-367 [*Ley natural y derechos naturales*, trad. por Cristóbal Orrego Sánchez y Raúl Madrid Ramírez, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992]; respecto al segundo punto, véase P. Soper, "In Defense of Classical Natural Law in Legal Theory: Why Unjust Law is No Law at All", *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 20, núm. 1, 2007, pp. 201-223.

hacer cumplir el derecho implicará el sacrificio de la optimización de una política y la continuación de una política en su extensión óptima implicará una restricción de los derechos.

No es así, dicen los panglossianistas. Lo que parece ser una buena política no es en realidad una buena política. La gente no se sentirá más contenta ni mejor de ninguna otra manera si se restringe el derecho de otras personas a la libre expresión de sus ideas.²⁴ El interrogatorio de sospechosos, especialmente de aquellos que no cuentan con la representación de un abogado que los defienda, no es en realidad una técnica eficaz para hacer cumplir la ley;²⁵ y, debido a que las personas torturadas dirán cualquier cosa para eliminar el dolor, la tortura resulta ser un arma ineficaz en contra del terrorismo o de cualquier otra fuente de peligro.²⁶ Ahora bien, según los panglossianistas, ninguna de esas normativas es una buena política en realidad, por lo que el hacer cumplir el derecho contra las políticas ineficaces simplemente fortalece los resultados de la mejor normativa. Por consiguiente, no existe conflicto entre la aplicación del derecho y la búsqueda de la mejor política.

Los ejemplos de esa clase de panglossianismo son incluso más generalizados de lo que hasta ahora he sugerido. Para añadir varios ejemplos más, consideremos los acalorados debates actuales —tan acalorados como los relacionados con la tortura— sobre el perfil racial, especialmente en

²⁴ Una manera especialmente común de formular ese punto de vista es la afirmación de que algunos discursos que el gobierno busca restringir o que los activistas buscan restringir debido al daño que provocan no es en realidad (muy) perjudicial. Véase, por ejemplo, Timothy Garton Ash, *Free Speech: Ten Principles for a Connected World*, Yale University Press, 2016, pp. 86-95 [*Libertad de palabra: diez principios para un mundo conectado*, trad. por Araceli Maira Benítez, Tusquets, Barcelona, 2017]; L. W. Sumner, *The Hateful and the Obscene: Studies in the Limits of Free Expression*, Toronto Studies in Philosophy, University of Toronto Press, Toronto, 2004, pp. 126-164; Carissa Byrne Hessick, "Setting Definitional Limits for the Child Pornography Exception", en Carissa Byrne Hessick, coord., *Refining Child Pornography Law: Crime, Language, and Social Consequences*, University of Michigan Press, Ann Arbor, 2016, pp. 57 y 58-73.

²⁵ Véase Richard A. Leo, *Police Interrogation and American Justice*, Harvard University Press, Cambridge, 2009, pp. 41-77.

²⁶ Véase Greg Miller, "Report Finds Harsh CIA Interrogations Ineffective", *Washington Post*, 13 de diciembre de 2012.

los aeropuertos, en los puertos de entrada y en las carreteras públicas. De acuerdo con una visión de la restricción indirecta de los derechos, el perfil racial puede, dependiendo de cómo se conciba, comprenda y especifique el derecho, violar el derecho a ser tratado por las autoridades públicas sin tomar en cuenta la raza de una persona o, más ampliamente, a ser tratado con base en nuestras características individuales, no en las de un grupo;²⁷ pero, si la raza no es un indicador espurio (*no es una causa*) de algún comportamiento preocupante, entonces el perfil racial podría hacer que, *ceteris paribus*, el cumplimiento de la ley, la seguridad en los aeropuertos o la seguridad fronteriza fuesen más efectivos o más eficaces;²⁸ pero el panglossianista pone objeciones e insiste en que los perfiles raciales son simplemente irracionales —derechos aparte— y, por lo tanto, elimina todo conflicto entre la efectividad de las políticas y el reconocimiento de los derechos.²⁹

De manera similar, consideremos los debates cada vez más prominentes sobre las expresiones de odio, una categoría amplia definida de una manera poco rigurosa que incluye insultos raciales y étnicos, epítetos raciales y étnicos, difamación de grupos raciales y étnicos, negación de

²⁷ Esos argumentos aparecen tanto en el contexto más estrecho del perfil racial o étnico como en el más amplio de los estereotipos en general. Véase Benjamin Eidelson, *Discrimination and Disrespect*, Oxford University Press, Oxford, 2015; Lawrence Blum, "Stereotypes and Stereotyping: A Moral Analysis", *Philosophical Papers*, vol. 33, núm. 3, 2004, pp. 251-289; K. Lippert-Rasmussen, "We Are All Different': Statistical Discrimination and the Rights to be Treated as an Individual", *Journal of Ethics*, vol. 15, núm. 1-2, 2011, pp. 47-59; Sophia R. Moreau, "The Wrongs of Unequal Treatment", *University of Toronto Law Journal*, vol. 54, núm. 3, 2004, pp. 291-396.

²⁸ En lo concerniente a un análisis de las condiciones conforme a las que el perfil racial podría (y no podría) ser efectivo, véase Frederick Schauer, *Profiles, Probabilities, and Stereotypes*, Harvard University Press, Cambridge, 2003, pp. 155-198; S. R. Gross y D. Livingston, "Racial Profiling Under Attack", *Columbia Law Review*, vol. 102, parte 5, 2002, pp. 1413-1438; N. Persico, "Racial Profiling, Fairness and Effectiveness in Policing", *American Economic Review*, vol. 92, núm. 5, 2002, pp. 1472-1497. Además, aunque en los análisis anteriores se reconoce que el perfil racial o étnico podría violar los derechos y, por lo tanto, ser inadmisibles aun siendo efectivos, el argumento de que la efectividad del perfil es una condición suficiente para su puesta en práctica se puede encontrar en Michael Levin, "Responses to Race Differences in Crime", *Journal of Social Philosophy*, vol. 23, núm. 1, 1992, pp. 5-29; y, de una manera substancialmente más calificada, en Mathias Risse y Richard Zeckhauser, "Racial Profiling", *Philosophy and Public Affairs*, vol. 32, núm. 2, 2004, pp. 131-170.

²⁹ Véase B. Harcourt, *Against Prediction: Profiling, Policing, and Punishing in an Actuarial Age*, University of Chicago Press, Chicago, Chicago, 2007; Amit Pundik, "Against Racial Profiling", *University of Toronto Law Journal*, vol. 67, núm. 2, 2017, pp. 175-205.

los genocidios, algunas formas de pornografía y la incitación a la violencia o la discriminación por motivos de raza, etnia, género u orientación sexual.³⁰ En respuesta a los llamamientos a introducir mayores restricciones, especialmente en Estados Unidos, donde la mayoría de ellas siguen siendo inconstitucionales,³¹ algunos opositores han afirmado que las restricciones no únicamente violarían los derechos legales, políticos y morales a la libertad de expresión (el hecho de que la reivindicación sea o no sea correcta como una cuestión de filosofía política o de derecho positivo no es lo importante en este caso), sino que el habla en sí no es perjudicial, ya sea porque el habla no puede causar daño en ningún sentido pertinente del término,³² ya sea porque los daños causados por el habla son sistemáticamente menos dañinos que los daños físicos,³³ ya sea porque cualesquier daños que el habla produzca son los que podrían haber sido evitados por un oyente menos sensible.³⁴ Esta respuesta ofrece un ejemplo más de panglossianismo: los objetores no afirman que la libre expresión de las ideas deba ser protegida a pesar del daño que pueda causar,³⁵ sino que, en realidad, no hay ningún daño o al menos ningún daño relevante y, por consiguiente, no hay conflicto entre la política de considerar el daño como algo mínimo y el derecho a la libertad de expresión.³⁶

³⁰ Véase, en general, Ivan Hare y James Weinstein (coords), *Extreme Speech and Democracy*, Oxford University Press, Nueva York, 2009; Ludovic Hennebel y Thomas Hochmann (coords), *Genocide Denials and the Law*, Oxford University Press, Nueva York, 2011; Michael Herz y Péter Molnár (coords), *The Content and Context of Hate Speech: Rethinking Regulation and Responses*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012; I. Maitra y M. K. McGowan (coords), *Speech and Harm: Controversies Over Free Speech*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

³¹ Véase R. A. V. v. *St. Paul*, 505 US 377, 1992; *Brandenburg v. Ohio*, 395 US 444, 1969. Véase también Frederick Schauer, "The Exceptional First Amendment", en Michael Ignatieff (coord), *American Exceptionalism and Human Rights*, Princeton University Press, Princeton, 2005, p. 29.

³² Véase, por ejemplo, el análisis de Judith Jarvis Thomson de "Belief-Mediated Distress", en Judith Jarvis Thomson, *The Realm of Rights...*, *op. cit.*, pp. 253-257, n. 4.

³³ Véase C. Edwin Baker, *Human Liberty and Freedom of Speech*, Oxford University Press, Nueva York, 1989; Martin H. Redish, *Freedom of Expression: A Critical Analysis*, Michie, Charlottesville, 1984, p. 19, n48.

³⁴ Véase Rodney A. Smolla, *Suing the Press*, Oxford University Press, Nueva York, 1986.

³⁵ Véase Frederick Schauer, *Free Speech: A Philosophical Enquiry*, Cambridge University Press, Cambridge, 1982, pp. 3-14; Frederick Schauer, "On the Relation Between Chapters One and Two of John Stuart Mill's *On Liberty*", *Capital University Law Review*, vol. 39, núm. 3, 2011, pp. 571-592.

³⁶ Aunque es cada vez más común, como en el artículo 10 de la Convención Europea sobre Derechos Humanos, referirse, no a la libertad del habla o discurso, sino a la libertad de expresión, me

5.

El ejemplo de la libertad de expresión, en contraste con algunos de los otros ejemplos anteriormente descritos, presenta un problema distinto que merece un análisis un poco más extenso. A diferencia de las diversas políticas relacionadas con la seguridad nacional o el control de la delincuencia, donde las consideraciones alineadas en contra de los derechos son consideradas fácilmente como políticas de mejora del bienestar, la justificación para restringir la libertad de expresión en el contexto de las expresiones de odio no se formula típicamente, no desde el punto de vista de los derechos que actúan como restricciones de los intereses creados o de las normativas no fundamentados en algún derecho, sino desde el punto de vista de las expresiones en sí mismas como una amenaza contra un derecho diferente: por lo general, el derecho a no ser dañado de determinada manera o el derecho a no ser insultado o vilipendiado con base en la raza³⁷ o el derecho a no ser silenciado, como se considera desde una variedad de perspectivas feministas importantes opuestas a la pornografía.³⁸ Consecuentemente, el conflicto se considera como un conflicto de derechos en conflicto con otros derechos; en la realidad, no obstante, frecuentemente puede ser una estrategia política o retórica sensata para aquellos que defienden los intereses... creados que se oponen a los derechos con el propósito de volver a caracterizar esos intereses creados como derechos; y lo acertado de la estrategia descansa en la

adhiero a la primera, reconociendo que el "habla" sirve aquí como un término del arte que abarca formas de comportamiento que no se expresan en el sentido literal y ordinario de esa palabra, porque el uso tradicional deja en claro que el derecho tiene que ver con la comunicación y no con la gama mucho más amplia de actividades, muchas de las cuales no son comunicativas, que se podría describir como "expresivas". Véase Frederick Schauer, *Free Speech...*, *op. cit.*, pp. 50-52, n. 36.

³⁷ Véase, *supra* nota 29.

³⁸ Véase Rae Langton, *Sexual Solipsism: Philosophical Essays on Pornography and Objectification*, Oxford University Press, Oxford, 2009; Catharine A. MacKinnon, *Only Words*, Harvard University Press, Cambridge, 1993; Catharine A. MacKinnon, *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law*, Harvard University Press, Cambridge, 1987; Robert Post (coord.), *Censorship and Silencing: Practices of Cultural Regulation*, Getty Research Institute for the History of Art and the Humanities, Los Ángeles, 1998; Jennifer Hornsby, "Disempowered Speech", *Philosophical Topics*, vol. 23, núm. 2, 1995, p. 127-147.

creencia generalizada de que, de alguna manera, los derechos son más importantes que los "meros" intereses creados.

Ahora bien, aun cuando entendamos alguna cuestión, no en función de unos derechos que compiten contra unos intereses o algunas políticas, sino, antes bien, en el sentido de que implica conflictos entre derechos diferentes, persiste y prevalece el mismo fenómeno panglossianista. Cuando aquellos que argumentan en contra de alguna restricción a las controversias sobre la libertad de expresión sostienen que el habla no conlleva ningún daño o que no existe el derecho de estar libre de alguna (o de toda) variedad de daños producidos por el habla, se están replanteando un lado de la controversia de tal manera que ya no parezca que se trata de un conflicto entre derechos, al igual que aquellos que favorecen las restricciones están reformulando la controversia de tal manera que lo que comience como un conflicto de derechos *versus* intereses creados surja, después de reformularse, como una controversia que implique unos derechos *versus* otros derechos. Por lo demás, los partidarios de las restricciones insistirán a menudo en que no se pierde nada, en que las restricciones no ponen nada en peligro, que el derecho a la libertad de expresión simplemente no abarca la forma particular del habla que se propone restringir.³⁹ En ambos casos se puede considerar que los defensores definen o comprenden la posición opuesta de tal manera que lo que inicialmente parece ser un conflicto entre derechos diferentes se elimina o reduce a un conflicto entre derechos e intereses.

6.

El último ejemplo puesto y, especialmente, el fenómeno generalizado de transformar en derechos los intereses creados son argumentos para justificar la limitación del derecho a la libre expresión de las ideas, además

³⁹ Un buen ejemplo es el título de Frederick M. Lawrence, "Violence-Conducive Speech: Punishable Verbal Assault or Protected Political Speech?", en David Kretzmer y Francine Kershman Hazan (coords), *Freedom of Speech and Incitement Against Democracy*, Kluwer Law International, La Haya, 2000, p. 11.

de poner de relieve que el impulso hacia el panglossianismo parece aplicarse a los conflictos entre distintos derechos, así como a los conflictos entre derechos e intereses también ilustra dos diferentes estrategias del panglossianismo. Una es empírica: comprende el intento de los panglossianistas de interpretar los datos empíricos, especialmente los datos empíricos inciertos, de la manera más favorable para la eliminación del conflicto. Los psicólogos designan ese fenómeno como "razonamiento motivado",⁴⁰ término que describe la tendencia bien documentada de las personas a percibir el mundo empírico de tal manera que apoye el resultado normativo que ellas prefieren.⁴¹ Consecuentemente, no debe sorprendernos el hecho de que las personas interpreten los datos empíricos (o simplemente perciban el mundo real y empírico) en uno u otro sentido de un conflicto entre derechos o entre derechos e intereses creados de tal manera que elimine el conflicto con el resultado que ellas prefieren.

Con todo, los datos no son los únicos fenómenos que es posible interpretar de tal manera que se ajusten a las preferencias normativas o de resultados del abogado defensor. Lo mismo ocurre con los derechos, cuyo alcance es definido a menudo por el defensor —con demasiada

⁴⁰ Véase Peter H. Ditto, David A. Pizarro y David Tannenbaum, "Motivated Moral Reasoning", *The Psychology of Learning and Motivation*, núm. 50, 2009, cap. 10, pp. 307-338; Ulrike Hahn y Adam J. L. Harris, "What Does it Mean to be Biased: Motivated Reasoning and Rationality", *The Psychology of Learning and Motivation*, núm. 61, 2014, cap. 2, pp. 41-102; Z. Kunda, "The Case for Motivated Reasoning", *Psychological Bulletin*, vol. 108, núm. 3, 1990, pp. 480-498, p. 489. Una aplicación a la ley digna de hacer notar es la de E. Braman, *Law, Politics, and Perception: How Policy Preferences Influence Legal Reasoning*, University Press of Virginia, Charlottesville, 2009. En el caso de un análisis de la cognición motivada en el contexto de los análisis sobre los alimentos genéticamente modificados, véase Sydney E. Scott, Yoel Inbar y Paul Rozinn, "Evidence for Absolute Moral Opposition to Genetically Modified Food in the United States", *Perspectives on Psychological Science*, vol. 11, núm. 3, 2016, pp. 315-324.

⁴¹ Ese mismo fenómeno, más o menos, es descrito en ocasiones como "sesgo confirmatorio". Véase Keith E. Stanovich y Richard F. West, "On the Failure of Intelligence to Predict Myside Bias and One-Side Bias", *Thinking & Reasoning*, vol. 14, núm. 2, 2008, pp. 129-167; Keith E. Stanovich y Richard F. West, "Natural Myside Bias is Independent of Cognitive Ability", *Thinking & Reasoning*, vol. 13, núm. 3, 2007, pp. 225-247; Keith E. Stanovich, Richard F. West y Maggie E. Toplak, "Myside Bias, Rational Thinking, and Intelligence", *Current Directions in Psychological Science*, vol. 22, núm. 4, 2013, pp. 259-264. El fenómeno de desviación de la confirmación se relaciona estrechamente, aunque no es idéntico; véase Scott Plous, *The Psychology of Judgment and Decision Making*, McGraw-Hill, Nueva York, 1993, pp. 231-240; Raymond S. Nickerson, "Confirmation Bias: A Ubiquitous Phenomenon in Many Guises", *Review of General Psychology*, vol. 2, núm. 2, 1998, pp. 175-220.

frecuencia, en realidad— con el propósito de excluir aquello que, si no se excluye del alcance de los derechos, podría estar en conflicto con el otro derecho o con los intereses creados preferidos por el defensor. No es que el derecho a la libertad de expresión esté en conflicto con el interés del Estado en la seguridad, por ejemplo, sino que el derecho a la libertad de expresión simplemente no incluye la defensa de los actos terroristas;⁴² o, hipotética pero aparentemente realista, no es que el derecho a no ser objeto de autoinculpación obligatoria esté en conflicto con el interés del Estado por el control de los delitos, sino que el derecho no se extiende a aquellos que han cometido crímenes espantosos; y no es que el derecho a la intimidad en el hogar incluya el derecho a participar en actos antisociales en el hogar, sino que el derecho a la intimidad no comprende tales actos. Por consiguiente, una vez más, un conflicto aparente desaparece.

7.

Ahora bien, una vez reconocido el fenómeno del panglossianismo y una vez identificadas sus consecuencias, ¿cuáles son sus causas? Habiendo determinado el síntoma, es hora de hacer el diagnóstico. En este caso, una vez más, podemos aprender de algunos de los hallazgos de la psicología experimental contemporánea; y, aunque es desafortunado que las referencias a la "disonancia cognitiva" sean tan comunes entre las personas que saben poco más, realmente poco más que nada acerca de la psicología, la terminología a que recurren esas personas sí designa un fenómeno genuino. El punto de partida para describir ese fenómeno es la observación banal de que, para la mayoría de las personas, la mayoría del tiempo, el conflicto no es divertido; y, si esa proposición evidente es acertada, entonces no debería sorprender mucho el que las personas empleen diversas estrategias para enfrentarlo y así evitar una experiencia

⁴² Véase Frederick M. Lawrence, "Violence-Conducive Speech...", *op. cit.*, n. 40. Ya antes, Thomas I. Emerson definió también el espionaje comunicativo y la traición verbal como "acción" con el propósito de excluirlos de las protecciones del derecho a la libertad de expresión; véase Thomas I. Emerson, *The System of Freedom of Expression*, Vintage Books, Nueva York, 1970, pp. 58-61.

que no es divertida: el esfuerzo mental de tener que lidiar con valores o deseos conflictivos. "Disonancia cognitiva" es el término poco preciso que se aplica a ese conflicto;⁴³ y lo que los investigadores han descubierto sobre la reacción de las personas a la disonancia cognitiva nos dice que las personas se dedicarán a la redefinición, la reconceptualización o el simple autoengaño con el propósito de reducir la disonancia o, más precisamente, con el propósito de producir un mayor grado de coherencia cognitiva.⁴⁴

Como debería ser obvio, el fenómeno que se acaba de describir difícilmente parece ser digno de elogio; pero, ¿por qué no? Si el hecho de evitar la disonancia cognitiva y la búsqueda de coherencia cognitiva hacen que las personas se sientan mejor, ¿no deberíamos entonces aplaudir la práctica, en lugar de condenarla? Quizá deberíamos alabar a los optimistas irracionales por descubrir cómo evitar la angustia que nos acosa a muchos otros; pero quizá no, porque parece haber (al menos) dos razones para preocuparse por el optimismo irracional.

La primera de esas dos razones podría estar basada en la simple cuestión de la honestidad intelectual y el rigor en la toma de decisiones. Ya sea que tomemos como nuestra guía a John Stuart Mill o a cualquiera de su legión de sucesores,⁴⁵ una lección es que la definición de problemas es un impe-

⁴³ Véase Leon Festinger, *A Theory of Cognitive Dissonance*, Stanford University Press, Stanford, 1957; Mark D. Alicke, Teresa L. Davis y Mark V. Pezzo, "A Posteriori Adjustment of a Priori Decision Criteria", *Social Cognition*, vol. 12, núm. 4, 1994, pp. 281-308; Bertram Gawronski, "Back to the Future of Dissonance Theory: Cognitive Consistency as a Core Motive", *Social Cognition*, vol. 30, núm. 6, 2012, pp. 652-668; Anthony G. Greenwald y David L. Ronis, "Twenty Years of Cognitive Dissonance: Case Study of the Evolution of a Theory", *Psychological Review*, vol. 85, núm. 1, 1978, pp. 53-57; T. R. Shultz y M. R. Lepper, "Cognitive Dissonance Reduction as Constraint Satisfaction", *Psychological Review*, vol. 103, núm. 2, abril de 1996, pp. 219-240.

⁴⁴ En lo concerniente a la idea básica de la coherencia cognitiva, véase Bertram Gawronski y Fritz Strack (coords.), *Cognitive Consistency: A Fundamental Principle in Social Cognition*, Guilford, Nueva York, 2012; Robert P. Abelson et al., (coords.), *Theories of Cognitive Consistency: A Sourcebook*, Rand-McNally, Chicago, 1968; Barbara A. Spellman, Jodie B. Ullman y Keith J. Holyoak, "A Coherence Model of Cognitive Consistency: Dynamics of Attitude During the Persian Gulf War", *Journal of Social Issues*, vol. 49, núm. 4, 1993, pp. 147-165.

⁴⁵ En este caso, la referencia es a John Stuart Mill y David Spitz, (coords.), *On Liberty: Annotated Text, Sources and Background* [1859], Norton, Nueva York, 1975; y, en particular, a las interpretaciones

dimento para pensar con claridad. Generalmente, en consecuencia, la mejor estrategia ante la incertidumbre empírica es hacer que las cosas sean difíciles para nuestras propias ideas y nuestras propias preferencias y, por lo tanto —si debemos hacer las suposiciones empíricas en circunstancias de una incertidumbre factual—, elegir el supuesto factual o empírico que más desafíos presente a nuestro resultado preferido. En el segundo capítulo de *On Liberty (Sobre la libertad)*, Mill podría haber insistido en que hacer eso daría más solidez a nuestras preferencias y a nuestras conclusiones finales, pero, aun cuando ese no fuere el caso e incluso si el resultado resultase ser el rechazo de nuestras preferencias anteriores, el enfoque honesto —o modesto— es evitar tratar de ver el mundo empírico a través del cristal color de rosa de nuestros propios deseos normativos.

Ahora bien, incluso aparte de la cuestión de la honestidad intelectual, está la cuestión de la invulnerabilidad de los derechos. Si la aplicación o protección de un derecho depende de un supuesto empírico discutible o incluso de supuestos empíricos más firmes que, no obstante, son temporal o culturalmente contingentes, el derecho puede resultar debilitado o inaplicable en diferentes condiciones empíricas. Si la objeción al perfil racial consiste en que es ineficaz o si la objeción a la pena capital es que no disuade del crimen, entonces esas objeciones siguen siendo vulnerables a nuevas investigaciones o condiciones cambiantes que pondrán en tela de juicio esas conclusiones y, por lo tanto, debe entenderse que las objeciones son anulables. Así, por ejemplo, el argumento de que la pena capital es errónea, incluso si realmente disuade del crimen, es más fuerte —retórica, lógica y empíricamente— que el argumento de que la pena capital es una equivocación *porque no disuade* del crimen. De manera similar, el derecho a la libertad de expresión se entiende mejor, no como

que Mill considera —en el Capítulo 2 de *On Liberty [Sobre la libertad]*— como la exposición de un argumento basado menos en el progreso epistémico que en la inculcación del carácter intelectual; véase, en especial, Vincent Blasi, "Shouting 'Fire!' in a Theater and Vilifying Corn Dealers", *Capital University Law Review*, vol. 39, núm. 3, 2011, pp. 535-570.

premisa basada en la opinión discutible o falsa de que la expresión de las ideas es necesaria o generalmente inofensiva, sino desde el punto de vista más preciso de que ciertas formas de expresión de las ideas están protegidas contra la restricción oficial a pesar de los daños que puedan producir.

Relacionado con lo anterior, el hecho de definir el alcance de los derechos con base en el optimismo irracional hace que los derechos así definidos sean más reducidos y débiles. Si el derecho a la libertad de expresión se justifica por lo inofensivo del habla o discurso o por la ineficacia de las restricciones al habla o discurso, entonces el derecho únicamente permite expresarse de manera inofensiva y la demostración de que se causa algún daño hará que el derecho no se pueda ejercer. De manera similar, si lo injusto de la tortura se basa en su ineficacia, entonces únicamente existe el derecho en contra de la tortura ineficaz, por lo que los métodos de tortura que realmente funcionen se entenderán como situaciones fuera de los límites del derecho. Como resultado, los derechos que se entienden como derechos en contra de la efectividad, ya sea para hablar libremente o contra la tortura o contra la incriminación obligatoria de sí mismo, producirán derechos que, ordinariamente, serán tanto más fuertes como más amplios.

8.

Como lo anuncia el título de este artículo, la mayoría de las conclusiones anteriores aplican, no sólo a los derechos en su forma más abstracta y no institucionalizada, sino también a los derechos constitucionales; pero el panglossianismo con respecto a los derechos constitucionales puede ser aplicable de una manera diferente y en una dirección diferente; y vale la pena explorar esa forma distinta de optimismo irracional y sus peligros distintivos.

Por supuesto, el constitucionalismo es muchas cosas para muchas personas, pero una de las cosas en que consiste el constitucionalismo es en

la imposición de restricciones de segundo orden a las decisiones políticas de primer orden. Lo más obvio es que impone esas restricciones de segundo orden en nombre de los derechos, como lo demuestran los ejemplos examinados anteriormente. Por lo demás, las decisiones políticas legítimas basadas en las consecuencias del habla libre pueden ser, no obstante, inconstitucionales (o violar algunos derechos humanos) cuando invaden los derechos de libertad de expresión protegidos, como, por ejemplo, la invalidación de algunas restricciones a la publicidad previa a un juicio que son adoptadas para cumplir con el objetivo formal de una norma para impedir la distorsión del proceso de búsqueda de la verdad.⁴⁶ De manera similar, el derecho de un acusado a no ser sometido a registros ilegales puede terminar excluyendo pruebas que podrían ser fidedignas;⁴⁷ y una prohibición basada en los derechos sobre el recurso a la raza en la toma de decisiones políticas puede invalidar incluso aquellos usos de la raza que son, como cuestión de política, plausiblemente beneficiosos.⁴⁸

En ocasiones, las restricciones de segundo orden impuestas por las constituciones no se basan en los derechos, sino en los procesos, las estructuras y las instituciones que las constituciones instituyen; sin embargo, una decisión normativa acertada del Parlamento no será válida como ley si no recibe el consentimiento de la Reina y una decisión política sensata tomada por un funcionario administrativo puede ser inconstitucional si el funcionario tiene intereses en el resultado y, por lo tanto, la decisión viola el principio de *nemo debet esse iudex in sua propria causa*: nadie debe ser juez de su propia causa.⁴⁹

⁴⁶ Véase, por ejemplo, *The Sunday Times v. United Kingdom*, [1979] ECHR 1 (el caso de la "talidomida"); *Sheppard v. Maxwell*, 384 US 333 1966.

⁴⁷ Véase *Stone v. Powell*, 428 US 465, 482 1976.

⁴⁸ Véase *Palmore v. Sidoti*, 466 US 429 1984, caso en el que la Suprema Corte de Estados Unidos invalidó por unanimidad el recurso a la raza con la intención, según se dice, de proteger a un menor contra la discriminación social del hijo de un matrimonio mixto.

⁴⁹ *Bonham's Case* 1610, p. 8 Co. Rep. 118. El que la decisión en el caso de *Bonham* sea un ejemplo de constitucionalismo o, por el contrario, su invalidación sobre la base de una ley superior extra-constitucional implica un conjunto de interrogantes que supera con mucho el alcance de este

Mediante la imposición de restricciones de segundo orden a las decisiones políticas de primer orden, las constituciones y el constitucionalismo presentan conflictos no muy diferentes a los anteriormente examinados. Frecuentemente, las consideraciones normativas se inclinarán en una dirección y las constitucionales en otra, como puede verse más claramente en los ejemplos de la libertad de expresión y algunos que se ocupan de cuestiones de procedimiento penal.⁵⁰ Como resultado, es probable que surja el mismo fenómeno de disonancia cognitiva, produciendo las mismas tentaciones para esforzarse por lograr la coherencia cognitiva y, por lo tanto, por participar en la supresión de la disonancia del panglossianismo. La tentación será comprender uno u otro lado de la política *versus* el conflicto constitucional de tal manera que cause que el conflicto desaparezca.

Considérese ahora el problema desde la perspectiva del hacedor de políticas: el legislador o el funcionario del poder ejecutivo o administrativo. Teniendo en mente que restringir a los funcionarios es uno de los propósitos primordiales de una constitución, ya sea que la constitución esté escrita o no, el funcionario percibirá un mundo en el que sus preferencias —o las de sus electores— con respecto a las políticas están en conflicto con las restricciones constitucionales en contra de la reivindicación de esas preferencias. En tales casos, se podría esperar que el funcionario supedita o modifique sus preferencias respecto a la política para disminuir el conflicto, pero ese resultado parece poco probable; es mucho más probable que el funcionario trate de hacer desaparecer el conflicto

artículo, como es la interrogante sobre si dicho caso se entiende mejor como un ejemplo de los principios básicos de la ley constitucional inglesa o externo a ella. Véase Theodore F. T. Plucknett, "Bonham's Case and Judicial Review", *Harvard Law Review*, 1926, p. 40 [Association of American Law Schools, *Selected Essays on Constitutional Law*, Book 1, 1938, pp. 67-100]. Todo lo que se necesita es reconocer el caso como ejemplo de un resultado plausible de primer orden, invalidado, no obstante, debido a consideraciones de segundo orden.

⁵⁰ En realidad, debido a que muchos de los que reclaman la libertad de expresión son personas desagradables que dicen cosas desagradables y, debido a que todos los que reivindican los derechos procesales de los acusados de un crimen son personas acusadas de delitos que, común aunque no invariablemente, son culpables del crimen que se les imputa, la divergencia de la normativa sobre los derechos constitucionales es especialmente evidente en esos casos. Véase Frederick Schauer, "Slippery Slopes", *Harvard Law Review*, vol. 99, núm. 2, 1985, pp. 361-383.

al estilo del panglossianista, definiendo la restricción constitucional de tal manera que parezca que no existe ningún conflicto. En ese caso, a diferencia del comentarista o defensor optimista irracional preocupado por los derechos, que interpreta (o distorsiona) los datos empíricos para eliminar los conflictos entre la política y los derechos, es más probable que el funcionario intente eliminar el conflicto entre las políticas que prefiere y las restricciones constitucionales, entendiendo estas últimas de tal manera que las hará inaplicables a la cuestión de que se trate. El funcionario que percibe una razón normativa sensata para seguir adelante con una normativa relacionada con el perfil racial probablemente entenderá los preceptos constitucionales de igualdad racial como inaplicables a situaciones en las que los datos hacen que la raza sea empíricamente pertinente, mientras que el funcionario que tiene lo que percibe como buenas razones normativas para restringir la defensa del terrorismo típicamente percibirá las restricciones constitucionales a la libertad de expresión de tal manera que excluyan las comunicaciones socialmente dañinas; y el funcionario que cree que la tortura es necesaria para la seguridad nacional tendrá la inclinación a definir el derecho de tal manera que excluya el método elegido para la definición de la tortura —y, por lo tanto, para la definición del derecho en contra de la tortura—. Una vez más, es probable que salga a la superficie el impulso del panglossianista a eliminar el conflicto o la discordancia, pero, en esos casos y en otros similares, el impulso se satisfará a menudo con el deseo de delimitar en ese caso la restricción, antes bien que delimitar las consideraciones políticas que, de no hacerlo, la restricción podría constreñir.

El deseo de los panglossianistas de evitar el conflicto y buscar la coherencia cognitiva mediante la definición de la fuente del conflicto es, como debería ser claro, un fenómeno empírico contingente, no un fenómeno conceptual necesario. No hay una razón necesaria de que los hacedores de políticas y otros responsables de la toma de decisiones restringidos constitucionalmente no puedan imponer restricciones constitucionales de segundo orden a sus propios juicios de primer orden en materia de política; o, para hablar con la terminología de Herbert L. A. Hart, no existe

una razón lógica o conceptual por la que los hacedores de políticas no puedan interiorizar esas normas constitucionales de segundo orden y, por lo tanto, incorporarlas en sus propios procesos de toma de decisiones.⁵¹

Con todo, aunque la idea de la interiorización es conceptual, el hecho de interiorizar es empírico y psicológico; o, para expresarlo de otra manera: el que los funcionarios puedan interiorizar las normas constitucionales (u otras) es, en una gran medida, una cuestión conceptual, pero, si realmente lo han hecho, cuándo y con respecto a cuál o cuáles normas, es casi completamente una cuestión empírica;⁵² y, aunque existen diversos métodos de educación, creación de normas sociales y otros que podrían producir una interiorización genuina de las normas constitucionales, un método frecuentemente eficaz es la creación de varias instituciones que desempeñen esa función. Cuando decimos a nuestros amigos que estamos tratando de dejar de fumar, una de las razones por las que lo hacemos es para enrolar —reclutar— a nuestros amigos como agentes del cumplimiento de nuestra norma: si, después de haberles anunciado que estamos tratando de dejar de fumar, nuestros amigos nos ven sacar un paquete de cigarrillos, es probable que digan algo y que lo hagan de tal manera que demuestren que no estaban distraídos cuando fueron reclutados para nuestra causa.⁵³

⁵¹ Herbert L. A. Hart, Penelope A. Bulloch, Joseph Raz y Leslie Green (coords.), *The Concept of Law*, [1961] 3a. ed., Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 86-91. La literatura sobre la noción de Hart del punto de vista interno y la interiorización es muy numerosa e incluye, en particular, Neil McCormick, *H.L.A. Hart*, 2a. ed., Stanford Law Books, Stanford, 2008, pp. 42-60; Ian Scott/ Scott J. Shapiro, Russell Hardin, *et al.*, *Legality*, [New York University Press, New York, Nueva York, 1996], Harvard University Press, Harvard, 2011, pp. 79-117; G. Lamond, "The Rule of Recognition and the Foundations of a Legal System", en Duarte d'Almeida *et al.*, *Reading HLA Hart's The Concept of Law*, *op. cit.*, p. 97, n. 23; Scott J. Shapiro, "What is the Internal Point of View?", *Fordham Law Review*, vol. 75, núm. 3, 2006, pp. 1157-1170; y Benjamin C. Zipursky, "The Model of Social Facts", en Jules L. Coleman, (coord.), *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to the Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford 2001, p. 219.

⁵² Acerca de esa distinción de capital importancia, véase Frederick Schauer, "How (and If) Law Matters", *Harvard Law Review*, vol. 129, núm. 7, Forum F350, 2016, pp. 350-359. Véase también Frederick Schauer, "Preferences for Law?", *Law & Social Inquiry*, vol. 42, núm. 1, 2017, p. 87-99.

⁵³ Véase Thomas C. Schelling, "Enforcing Rules on Oneself", *Law, Economics, & Organization*, vol. 1, núm. 2, 1985, pp. 357-374.

Al generalizar de lo personal a lo político, al menos en el sentido de que el diseño de las instituciones políticas es un proceso político y un problema político, el fenómeno que se acaba de describir —la tendencia de los funcionarios limitados constitucionalmente a intentar eliminar las restricciones— parecería ser un argumento en favor de la importancia de diseñar las instituciones constitucionales de tal manera que sirvan para afianzar las restricciones constitucionales de segundo orden en contra de las probables tendencias de los funcionarios a desear eliminarlas o a eliminarlas. El más obvio, por supuesto, sería algún tipo —judicial, por ejemplo— de mecanismo externo de cumplimiento tal que la interpretación y el cumplimiento de las restricciones de segundo orden sean confiados a una institución diferente de la que esté facultada para tomar decisiones políticas de primer orden. En *Taking Rights Seriously* (*Los derechos en serio*), Ronald Dworkin sugirió algo en ese sentido cuando hizo observaciones sobre el conflicto de intereses, o sesgo intrínseco, implicado en el hecho de permitir que las mayorías decidan sobre el alcance y la fortaleza de los derechos en contra de las propias mayorías.⁵⁴ Con todo, el punto en este caso no es únicamente una cuestión sobre los derechos ni únicamente una cuestión sobre las mayorías: es probable que la misma dinámica y el mismo problema —el mismo conflicto de intereses— influyan e infecten toda forma de restricción constitucional sobre los responsables de la formulación de la política, ya sea que la restricción se base en los derechos o en las peticiones, las exigencias o los intentos de obligar a los responsables de la formulación de la política a someter sus propias preferencias —o las de sus electores— relacionadas con la política que consideren de primer orden a las restricciones de segundo orden del constitucionalismo.

Aun cuando los mecanismos de cumplimiento externos —comúnmente judiciales, pero no necesariamente— son una solución obvia para las inclinaciones de los panglossianistas y para las inclinaciones de los funcionarios constreñidos constitucionalmente —inclinaciones justificadas

⁵⁴ Ronald M. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, [1977], Bloomsbury, Londres, 2013, pp. 131-149, n. 3.

por ellos mismos (o egoístas)—, no son los únicos. Gracias a una gran cantidad de investigaciones empíricas contemporáneas, sabemos que existen normas sociales, que esas normas se refuerzan por medio de mecanismos de vergüenza y culpa, entre otros, y que, con el tiempo, tales normas pueden restringir el comportamiento, incluso cuando no existe ningún mecanismo formal o institucional evidente para su aplicación:⁵⁵ las personas limpian los excrementos de sus perros en los lugares públicos —al menos en muchos lugares— mucho más de lo que lo hacían en el pasado y parece ser que ahora existe algo cercano a una norma que ellas mismas se imponen; y lo mismo aplica en una gran medida en algunos países y en algunas ciudades al consumo de cigarrillos.⁵⁶

Si tales normas pueden desarrollarse, y se desarrollan, y pueden interiorizarse, y se interiorizan, entonces las normas del constitucionalismo en general o las normas que acompañan a algunas restricciones constitucionales en particular también podrían operar de la misma manera. Las restricciones constitucionales de segundo orden podrían llegar a tener tal arraigo que los funcionarios se las impondrían a sí mismos aun en contra de sus propias preferencias normativas, incluso en contra de las preferencias normativas de sus electores e incluso en contra de su propio bienestar político. Este no es el lugar para generalizar sobre la frecuencia con la que se produce esa interiorización, pero no existe una razón *a priori* para creer que es imposible.⁵⁷

⁵⁵ Véase Robert C. Ellickson, *Order Without Law: How Neighbors Settle Disputes*, Harvard University Press, Londres, 1991; Michael Hechter y Karl-Dieter Opp, (coords.), *Social Norms*, Russell Sage Foundation, Nueva York, 2005; Cristina Bicchieri y Ryan Muldoon y Alessandro Sontuoso, "Social Norms", en Stanford Encyclopedia of Philosophy. Disponible en: <https://plato.stanford.edu/entries/social-norms/>, 2011; Robert C. Ellickson, "The Market for Social Norms", *American Law y Economics Review*, vol. 3, núm. 1, primavera de 2001, pp. 1-49, p. 3; Richard H. McAdams, "The Origin, Development, and Regulation of Norms", *Michigan Law Review*, vol. 96, núm. 2, 1997, p. 338; Janice Nadler, "Expressive Law, Social Norms, and Social Groups", *Law y Social Inquiry*, vol. 42, núm. 1, 2017, pp. 60-75.

⁵⁶ Véase Frederick Schauer, *The Force of Law*, Harvard University Press, Cambridge, 2015, pp. 140-153.

⁵⁷ Según parece —como lo he examinado extensamente en otras ocasiones—, la interiorización no coercitiva de las normas constitucionales por parte de los funcionarios es rara, mientras que la necesidad de establecer sanciones de algún tipo para apoyar la efectividad de las normas constitucionales

Ahora bien, incluso suponiendo que fuese posible tal afianzamiento de unas normas constitucionales de segundo orden que se niegan a sí mismas, sigue vigente la cuestión sobre la magnitud y la composición del conjunto de restricciones.⁵⁸ ¿Interiorizarán los hacedores de políticas todo el conjunto de restricciones constitucionales, imponiéndose esas restricciones a sí mismos en todos los casos de restricción constitucional, o elegirán entre las restricciones, interiorizando, por ejemplo, únicamente las impuestas por los derechos o únicamente las impuestas por algunos derechos de cierto tipo o únicamente las restricciones de estilo constitucional? En algún momento, la interiorización llega a ser tan particularizada que ya no funciona en absoluto como una restricción de segundo orden e independiente del contenido; no obstante, en el caso de un conjunto de restricciones de una magnitud considerable, aunque sea indeterminada, todavía puede haber a la disposición un intervalo de grados y, como resultado, la comprensión del proceso de interiorización de las restricciones de segundo orden requiere que entendamos la magnitud y la forma de las restricciones que podrían ser interiorizadas plausiblemente.

Con todo, una vez que se pasa de la aplicación externa a la interiorización, también necesitamos reconocer la posibilidad de que, en algún momento, las propias restricciones de segundo orden sobre los objetivos de primer orden podrían convertirse en objetivos de primer orden. Considérese, por ejemplo, la libre expresión de ideas que defienden o respaldan la discriminación racial, étnica o religiosa o la violencia racial, étnica o religiosa. De conformidad con el marco empleado aquí, el objetivo de primer orden —la política— de reducir al mínimo esa clase de defensa podría verse constreñido por el tipo de restricción de segundo orden plasmado

de segundo orden es grande. Véase Frederick Schauer, "The Annoying Constitution: Implications for the Allocation of Interpretive Authority", *William & Mary Law Review*, vol. 58, núm. 5, 2017, p. 1689; Frederick Schauer, "Constitutionalism and Coercion", *Boston College Law Review*, vol. 54, núm. 5, 2013, p. 1881; Frederick Schauer, "The Political Risks, If Any, of Breaking the Law", *Journal of Legal Analysis*, vol. 4, núm. 1, 2012, pp. 83-101.

⁵⁸ Sobre la muy importante idea de un conjunto de reglas o restricciones y su magnitud, véase Daryl Levinson, "The Inevitability and Indeterminacy of Game-Theoretic Accounts of Legal Order", *Law & Social Inquiry*, vol. 42, núm. 1, 2017, pp. 28-37.

en, por ejemplo, el artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos (Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales) o el artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos o la Primera Enmienda a la Constitución de Estados Unidos; pero también es posible que, con el tiempo, algunos miembros de alguna población lleguen a considerar esa restricción de segundo orden como un objetivo o una política en sí misma. Si así fuere, entonces el objetivo —la política— de reducir la defensa de la discriminación racial y la violencia racial estaría en conflicto con el objetivo —la política— de maximizar o proteger la libertad de expresión.

En la medida en que la libertad de expresión —o cualquier otro derecho o cualquier otra restricción de segundo orden— se convierta simplemente en otro objetivo o interés o política a equilibrar con otros objetivos políticos, la idea misma de una restricción de segundo orden se derrumba y, con ella, la idea de los derechos o, al menos, el derecho particular que se convierte en una política, como una restricción indirecta o una baza; pero, aun cuando tal eventualidad ocurriera en el caso de algunos, muchos o todos los derechos, el problema fundamental del panglossianismo no desaparecería. Si la moderación de la defensa de la discriminación racial es un objetivo y si la protección de la libertad de expresión es otro objetivo, terminamos con un conflicto entre objetivos que resulta no ser marcadamente diferente del conflicto entre derechos; y, si el panglossianismo es una respuesta excesivamente común a los conflictos entre derechos, entonces los responsables de tomar las decisiones o los comentaristas enfrentados a un conflicto entre objetivos probablemente sean tan propensos a evitar esos conflictos como los vemos serlo con respecto a los conflictos entre derechos o a los conflictos entre derechos y objetivos. Una vez más, los fenómenos bien establecidos de disonancia cognitiva y razonamiento motivado probablemente llevarán a las personas a dedicarse a hacer redefiniciones conceptuales o definitorias o a hacer supuestos empíricos que las ayuden a evitar el tener que hacer frente a los conflictos.⁵⁹

⁵⁹ Algo muy adecuado con ocasión de mi conferencia y para el artículo surgido de ella es que vale la pena hacer notar que el propio Hart identificó acertadamente el problema hace sesenta años,

Consecuentemente, una vez más, la estrategia de evitar los conflictos y el deseo de coherencia cognitiva no dejarán de cumplir las pautas deseables de honestidad intelectual, pero también provocarán que los objetivos redefinidos sean especialmente vulnerables a las nuevas circunstancias y a los nuevos descubrimientos empíricos.

9.

El análisis llevado a cabo se inició con interrogantes sobre los conflictos entre los intereses y los derechos, para después pasar a los conflictos entre los derechos y, de allí, a los conflictos entre los intereses, o entre políticas; pero ninguno de esos cambios altera la forma del problema y es probable que ninguno elimine las tentaciones del panglossianismo. Siempre que exista un conflicto, el panglossianista intentará evitarlo mediante una distorsión empírica o una redefinición conceptual; y, aunque tales estrategias pueden proporcionar al panglossianista un reposo psicológico en el corto plazo y, en algunos contextos, pueden ser un arma retórica útil, se trata de estrategias que, en el largo plazo, pueden no únicamente perjudicarnos a todos sino también dañar los objetivos, las normativas y los derechos mismos que el panglossianismo esté tratando de proteger por su cortedad de miras.

Bibliografía

ABELSON, Robert P., *et al.*, (coords.), *Theories of Cognitive Consistency: A Sourcebook*, Rand-McNally, Chicago, 1968.

ADLER, Matthew D., "Rights Against Rules: The Moral Structure of American Constitutional Law", *Michigan Law Review*, vol. 97, núm. 1, 1998, pp. 1-173.

cuando describió la tentación de definir la ley inmoral como una "no-ley", como "el optimismo romántico de que, a la larga, todos los valores que apreciamos encajarán en un sistema único [...] que ninguno de ellos [tendrá] que ser sacrificado o comprometido para dar cabida a otro". Véase Herbert L. A. Hart, "Positivism and the Separation of Law and Morals", *Harvard Law Review*, vol. 71, núm. 4, 1958, p. 620, pp. 593-629.

- ALEXANDER, Larry, "Deontology at the Threshold", *San Diego Law Review*, vol. 37, parte 4, 2000, pp. 893-912.
- ALEXANDER, Larry, y M. Moore, "Deontological Ethics", en *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2016.
- ALICKE, Mark D., Teresa L. Davis y Mark V. Pezzo, "A Posteriori Adjustment of a Priori Decision Criteria", *Social Cognition*, vol. 12, núm. 4, 1994, pp. 281-308.
- ASH, Timothy Garton, *Free Speech: Ten Principles for a Connected World*, Yale University Press, 2016 [*Libertad de palabra: diez principios para un mundo conectado*, trad. por Araceli Maira Benítez, Tusquets, Barcelona, 2017].
- ATER, Itai, Yehonatan Givati y Oren Rigbi, "The Economics of Rights: Does the Right to Counsel Increase Crime?", *American Economic Journal: Economic Policy*, vol. 9, núm. 2, 2017, pp. 1-27.
- BAKER, C. Edwin, *Human Liberty and Freedom of Speech*, Oxford University Press, Nueva York, 1989.
- BENTHAM, Jeremy, y John Stuart Mill, *Rationale of Judicial Evidence, Specially Applied to English Practice*, vol. 1, Hunt and Clarke, Londres, 1827, pp. 229-240.
- BICCHIERI, Cristina, y Ryan Muldoon y Alessandro Sontuoso, "Social Norms", en *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, <http://www.plato.stanford.edu/entries/social-norms><https://plato.stanford.edu/entries/social-norms/>, 2011 [revisión importante del 24 de septiembre de 2018].
- BLASI, Vincent, "Shouting 'Fire!' in a Theater and Vilifying Corn Dealers", *Capital University Law Review*, vol. 39, núm. 3, 2011, pp. 535-570.

- BLUM, Lawrence, "Stereotypes and Stereotyping: A Moral Analysis", *Philosophical Papers*, vol. 33, núm. 3, 2004, pp. 251-289.
- BRAMAN, E., *Law, Politics, and Perception: How Policy Preferences Influence Legal Reasoning*, University Press of Virginia, Charlottesville, 2009.
- BRAND-Ballard, Jeffrey, *Limits of Legality: The Ethics of Lawless Judging*, Oxford University Press, Oxford, 2010.
- BYRNE Hessick, Carissa, "Setting Definitional Limits for the Child Pornography Exception", en Carissa Byrne Hessick (coord.), *Refining Child Pornography Law: Crime, Language, and Social Consequences*, University of Michigan Press, Ann Arbor, 2016, pp. 57-73.
- DITTO, Peter H., David A. Pizarro y David Tannenbaum, "Motivated Moral Reasoning", *The Psychology of Learning and Motivation*, núm. 50, 2009, cap. 10, pp. 307-338.
- DRIPPS, Donald A., "Against Police Interrogation—And the Privilege Against Self-Incrimination", *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 78, núm. 4, 1988, p. 699.
- DWORKIN, Ronald M., "Do We Have a Right to Pornography?", en *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Harvard, 1985, pp. 335-360.
- DWORKIN, Ronald M., *Taking Rights Seriously*, [1977], Bloomsbury, Londres, 2013.
- DWORKIN, Ronald M., *Taking Rights Seriously*, Duckworth, Londres, 1977.
- EDMUNDSON, William A., "Liberalism, Legal Decision Making, and Morality 'as such'", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 10, núm. 4, 1990, pp. 505-521.
- EDMUNDSON, William A., "State of the Art: The Duty to Obey the Law", *Legal Theory*, vol. 10, núm. 4, 2004, pp. 215-259.

EDMUNDSON, William A., *An Introduction to Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004

EIDELSON, Benjamin, *Discrimination and Disrespect*, Oxford University Press, Oxford, 2015.

ELLICKSON, Robert C., "The Market for Social Norms", *American Law y Economics Review*, vol. 3, núm. 1, primavera de 2001, pp. 1-49.

ELLICKSON, Robert C., *Order Without Law: How Neighbors Settle Disputes*, Harvard University Press, Londres, 1991.

EMERSON, Thomas I., *The System of Freedom of Expression*, Vintage Books, Nueva York, 1970.

FEINBERG, Joel, y Jan Narveson, "The Nature and Value of Rights", *Journal of Value Inquiry*, vol. 4, núm. 4, 1970, pp. 243-280.

FESTINGER, Leon, *A Theory of Cognitive Dissonance*, Stanford University Press, Stanford, 1957.

FINNIS, John, *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon, Oxford, 1980
[*Ley natural y derechos naturales*, trad. por Cristóbal Orrego Sánchez y Raúl Madrid Ramírez, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992].

FLATHMAN, Richard E., *The Practice of Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 1976.

FRANCIS, L. P., y J. G. Francis, "Nozick's Theory of Rights: A Critical Assessment", *Western Political Quarterly*, vol. 29, núm. 4, 1976, pp. 634-644.

FREEMAN, C., "Does the Use of Torture Ever Work?", *The Telegraph*, 9 de diciembre de 2014.

G. Lamond, "The Rule of Recognition and the Foundations of a Legal System", en Duarte d'Almeida *et al*, *Reading HLA Hart's The Concept of Law*, *op. cit.*, p. 97, n. 23.

GARDBAUM, Stephen, "Proportionality and Democratic Constitutionalism", en Grant Huscroft, Bradley W. Miller y Grégoire C. N. Webber, *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*, Cambridge University Press, Nueva York, 2014, cap. 12.

GARDNER, John, "Why Law Might Emerge: Hart's Problematic Fable", en Luís Duarte d'Almeida, James Edwards y Andrea Dolcetti, *Reading HLA Hart's The Concept of Law*, Hart, Oxford, 2013, pp. 81-93.

GAWRONSKI, Bertram, "Back to the Future of Dissonance Theory: Cognitive Consistency as a Core Motive", *Social Cognition*, vol. 30, núm. 6, 2012, pp. 652-668.

GAWRONSKI, Bertram, y Fritz Strack (coords.), *Cognitive Consistency: A Fundamental Principle in Social Cognition*, Guilford, Nueva York, 2012.

GEWIRTH, Alan, "Are There Any Absolute Rights?", *Philosophical Quarterly*, vol. 31, núm. 122, 1981, pp. 1-16.

GREENAWALT, Kent, *Conflicts of Law and Morality*, Oxford University Press, Nueva York, 1989.

GREENWALD, Anthony G., y David L. Ronis, "Twenty Years of Cognitive Dissonance: Case Study of the Evolution of a Theory", *Psychological Review*, vol. 85, núm. 1, 1978, pp. 53-57.

GROSS, S. R., y D. Livingston, "Racial Profiling Under Attack", *Columbia Law Review*, vol. 102, parte 5, 2002, pp. 1413-1438.

- HAHN, Ulrike, y Adam J. L. Harris, "What Does it Mean to be Biased: Motivated Reasoning and Rationality", *The Psychology of Learning and Motivation*, núm. 61, 2014, cap. 2, pp. 41-102.
- HARCOURT, B., *Against Prediction: Profiling, Policing, and Punishing in an Actuarial Age*, University of Chicago Press, Chicago, Chicago, 2007.
- HARE, Ivan, y James Weinstein (coords), *Extreme Speech and Democracy*, Oxford University Press, Nueva York, 2009.
- HART, Herbert L. A., "Positivism and the Separation of Law and Morals", *Harvard Law Review*, vol. 71, núm. 4, 1958, pp. 593-629.
- HART, Herbert L. A., "Positivism and the Separation of Law and Morals", *Harvard Law Review*, vol. 71, núm. 4, 1958, p. 620, pp. 593-629.
- HART, Herbert L. A., Penelope A. Bulloch, Joseph Raz y Leslie Green (coords.), *The Concept of Law*, 3^a ed., Oxford University Press, Oxford [1961] 2012.
- HECHTER, Michael, y Karl-Dieter Opp, (coords.), *Social Norms*, Russell Sage Foundation, Nueva York, 2005.
- HELMHOLZ, R. H., *et al*, *The Privilege Against Self-Incrimination: Its Origins and Development*, The University of Chicago Press, Chicago, 1997.
- HENNEBEL, Ludovic, y Thomas Hochmann (coords), *Genocide Denials and the Law*, Oxford University Press, Nueva York, 2011.
- HERZ, Michael, y Péter Molnár (coords), *The Content and Context of Hate Speech: Rethinking Regulation and Responses*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012.
- HORNSBY, Jennifer, "Disempowered Speech", *Philosophical Topics*, vol. 23, núm. 2, 1995, p. 127-147.

- KAMISAR, Y., "The Rise, Decline, and Fall (?) of Miranda", *Washington Law Review*, vol. 87, núm. 4, 2012, pp. 965-1040.
- KUNDA, Z., "The Case for Motivated Reasoning", *Psychological Bulletin*, vol. 108, núm. 3, 1990, pp. 480-498.
- LAMARQUE, K., "Does Torture Work?", *The Guardian*, 4 de noviembre de 2000.
- LANGTON, Rae, *Sexual Solipsism: Philosophical Essays on Pornography and Objectification*, Oxford University Press, Oxford, 2009.
- LAWRENCE, Frederick M., "Violence-Conducive Speech: Punishable Verbal Assault or Protected Political Speech?", en David Kretzmer y Francine Kershman Hazan (coords), *Freedom of Speech and Incitement Against Democracy*, Kluwer Law International, La Haya, 2000.
- LEO, Richard A., *Police Interrogation and American Justice*, Harvard University Press, Cambridge, 2009.
- LEVIN, Michael, "Responses to Race Differences in Crime", *Journal of Social Philosophy*, vol. 23, núm. 1, 1992, pp. 5-29.
- LEVINSON, Daryl, "The Inevitability and Indeterminacy of Game-Theoretic Accounts of Legal Order", *Law & Social Inquiry*, vol. 42, núm. 1, 2017, pp. 28-37.
- LIPPERT-RASMUSSEN, K., "'We Are All Different': Statistical Discrimination and the Rights to be Treated as an Individual", *Journal of Ethics*, vol. 15, núms. 1-2, 2011, pp. 47-59.
- L-T Choo, Andrew, *The Privilege Against Self-Incrimination and Criminal Justice*, Hart, Oxford, 2013.
- MACKINNON, Catharine A., *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law*, Harvard University Press, Cambridge, 1987.

- MACKINNON, Catharine A., *Only Words*, Harvard University Press, Cambridge, 1993.
- MAITRA, I., y M. K. McGowan (coords), *Speech and Harm: Controversies Over Free Speech*, Oxford University Press, Oxford, 2012.
- MCADAMS, Richard H., "The Origin, Development, and Regulation of Norms", *Michigan Law Review*, vol. 96, núm. 2, 1997, p. 338.
- MCCORMICK, Neil, *H.L.A. Hart*, 2a. ed., Stanford Law Books, Stanford, 2008.
- MILL, John Stuart, y David Spitz (coords.), *On Liberty: Annotated Text, Sources and Background* [1859], W. W. Norton, Nueva York, 1975.
- MILLER, Greg, "Report Finds Harsh CIA Interrogations Ineffective", *Washington Post*, 13 de diciembre de 2012.
- MOREAU, Sophia R., "The Wrongs of Unequal Treatment", *University of Toronto Law Journal*, vol. 54, núm. 3, 2004, pp. 291-396.
- NADLER, Janice, "Expressive Law, Social Norms, and Social Groups", *Law y Social Inquiry*, vol. 42, núm. 1, 2017, pp. 60-75.
- NICKERSON, Raymond S., "Confirmation Bias: A Ubiquitous Phenomenon in Many Guises", *Review of General Psychology*, vol. 2, núm. 2, 1998, pp. 175-220.
- NOZICK, Robert, "Moral Complications and Moral Structures", *Natural Law Forum*, vol. 13, núm. 1, 1968, pp. 1-50.
- NOZICK, Robert, *Anarchy, State, and Utopia*, Basic Books, Nueva York, 1974.
- PERSICO, N., "Racial Profiling, Fairness and Effectiveness in Policing", *American Economic Review*, vol. 92, núm. 5, 2002, pp. 1472-1497.

- PILDES, Richard H., "Avoiding Balancing: The Role of Exclusionary Reasons in Constitutional Law", *Hastings Law Journal*, 45, núm. 4, 1994, p. 711.
- PILDES, Richard H., "Dworkin's Two Conceptions of Rights", *Journal of Legal Studies*, vol. 20, núm. 1, 2000, pp. 309-315.
- PILDES, Richard H., "Why Rights Are Not Trumps: Social Meanings, Expressive Harms, and Constitutionalism?", *Journal of Legal Studies*, vol. 27, núm. S2, 1998, pp. 725-763.
- PLOUS, Scott, *The Psychology of Judgment and Decision Making*, McGraw-Hill, Nueva York, 1993.
- PLUCKNETT, Theodore F. T., "Bonham's Case and Judicial Review", *Harvard Law Review*, 1926, p. 40 [Association of American Law Schools, Selected Essays on Constitutional Law, Book 1, 1938, pp. 67-100].
- POST, Robert, (coord.), *Censorship and Silencing: Practices of Cultural Regulation*, Getty Research Institute for the History of Art and the Humanities, Los Ángeles, 1998.
- PUNDIK, Amit, "Against Racial Profiling", *University of Toronto Law Journal*, vol. 67, núm. 2, 2017, pp. 175-205.
- RAZ, Joseph, "Reasons for Action, Decisions and Norms", *Mind*, vol. 84, núm. 336, 1975, pp. 481-499.
- RAZ, Joseph, *Practical reason and norms*, 2a. ed., Princeton University Press, Princeton, 1990 [*Razón práctica y normas*, trad. por Juan Ruiz Manero, Centro de Estudios Constitucionales, Derecho y Justicia, núm. 27, Madrid, 1991].
- REDISH, Martin H., *Freedom of Expression: A Critical Analysis*, Michie, Charlottesville, 1984.

- RISSE, Mathias, y Richard Zeckhauser, "Racial Profiling", *Philosophy and Public Affairs*, vol. 32, núm. 2, 2004, pp. 131-170.
- SCANLON, Thomas, "Nozick on Rights, Liberty, and Property", *Philosophy & Public Affairs*, vol. 6, núm. 1, 1976, pp. 3-25.
- SCOTT, Ian, Russell Hardin, *et al.*, *Legality*, New York University Press, Nueva York, 1996], Harvard University Press, Cambridge, 2011.
- SCOTT, Sydney E., Yoel Inbar y Paul Rozinn" "Evidence for Absolute Moral Opposition to Genetically Modified Food in the United States", *Perspectives on Psychological Science*, vol. 11, núm. 3, 2016, pp. 315-324.
- SCHAUER, Frederick, "A Comment on the Structure of Rights", *Georgia Law Review*, 27, 1993, p. 415.
- SCHAUER, Frederick, "Can Rights Be Abused", *Philosophical Quarterly*, vol. 31, núm. 124, 1981, pp. 225-230.
- SCHAUER, Frederick, "Constitutionalism and Coercion", *Boston College Law Review*, vol. 54, núm. 5, 2013, p. 1881.
- SCHAUER, Frederick, "How (and If) Law Matters", *Harvard Law Review*, vol. 129, núm. 7, Forum F350, 2016, pp. 350-359.
- SCHAUER, Frederick, "Official Obedience and the Politics of Defining 'Law'", *Southern California Law Review*, vol. 86, núm. 6, 2013, pp. 1165-1194.
- SCHAUER, Frederick, "On the Relation Between Chapters One and Two of John Stuart Mill's On Liberty", *Capital University Law Review*, vol. 39, núm. 3, 2011, pp. 571-592.
- SCHAUER, Frederick, "Preferences for Law?", *Law & Social Inquiry*, vol. 42, núm. 1, 2017, p. 87-99.

SCHAUER, Frederick, "Proportionality and the Question of Weight", en Grant Huscroft, Bradley W. Miller y Grégoire C. N. Webber, *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*, Cambridge University Press, Nueva York, 2014, p. 173.

SCHAUER, Frederick, "Slippery Slopes", *Harvard Law Review*, vol. 99, núm. 2, 1985, pp. 361-383.

SCHAUER, Frederick, "The Annoying Constitution: Implications for the Allocation of Interpretive Authority", *William & Mary Law Review*, vol. 58, núm. 5, 2017, p. 1689.

SCHAUER, Frederick, "The Exceptional First Amendment", en Michael Ignatieff (coord), *American Exceptionalism and Human Rights*, Princeton University Press, Princeton, 2005, p. 29.

SCHAUER, Frederick, "The Political Risks, If Any, of Breaking the Law", *Journal of Legal Analysis*, vol. 4, núm. 1, 2012, pp. 83-101.

SCHAUER, Frederick, *Free Speech: A Philosophical Enquiry*, Cambridge University Press, Cambridge, 1982.

SCHAUER, Frederick, *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Clarendon, Oxford, 1991.

SCHAUER, Frederick, *Profiles, Probabilities, and Stereotypes*, Harvard University Press, Cambridge, 2003.

SCHAUER, Frederick, *The Force of Law*, Harvard University Press, Cambridge, 2015.

SCHELLING, Thomas C., "Enforcing Rules on Oneself", *Law, Economics, & Organization*, vol. 1, núm. 2, 1985, pp. 357-374.

- SEBOK, A. J., "The Unwritten Federal Arbitration Act", *DePaul Law Review*, vol. 65, 2016, pp. 687-703.
- SEIDMANN, D. J., "The Effects of a Right to Silence", *Review of Economic Studies*, vol. 72, núm. 2, 2005, pp. 593-614.
- SHAPIRO, Scott J., "What is the Internal Point of View?", *Fordham Law Review*, vol. 75, núm. 3, 2006, pp. 1157-1170.
- SHULTZ, T. R., y M. R. Lepper, "Cognitive Dissonance Reduction as Constraint Satisfaction", *Psychological Review*, vol. 103, núm. 2, abril de 1996, pp. 219-240.
- SMOLLA, Rodney A., *Suing the Press*, Oxford University Press, Nueva York, 1986.
- SOPER, P., "In Defense of Classical Natural Law in Legal Theory: Why Unjust Law is No Law at All", *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 20, núm. 1, 2007, pp. 201-223.
- SPELLMAN, Barbara A., Jodie B. Ullman y Keith J. Holyoak, "A Coherence Model of Cognitive Consistency: Dynamics of Attitude During the Persian Gulf War", *Journal of Social Issues*, vol. 49, núm. 4, 1993, pp. 147-165.
- STANOVICH, Keith E., Richard F. West y Maggie E. Toplak, "Myside Bias, Rational Thinking, and Intelligence", *Current Directions in Psychological Science*, vol. 22, núm. 4, 2013, pp. 259-264.
- STANOVICH, Keith E., y Richard F. West, "Natural Myside Bias is Independent of Cognitive Ability", *Thinking & Reasoning*, vol. 13, núm. 3, 2007, pp. 225-247.
- STANOVICH, Keith E., y Richard F. West, "On the Failure of Intelligence to Predict Myside Bias and One-Side Bias", *Thinking & Reasoning*, vol. 14, núm. 2, 2008, pp. 129-167.

STONE, Julius, *Legal System and Lawyers' Reasonings*, Universal Law, Nueva Delhi/Maitland, Sydney, 1964, pp. 172-177.

SUMNER, L. W., *The Hateful and the Obscene: Studies in the Limits of Free Expression*, Toronto Studies in Philosophy, University of Toronto Press, Toronto, 2004.

SUMNER, L. W., *The Moral Foundation of Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1987.

THOMSON, Judith Jarvis, "Belief-Mediated Distress", en Judith Jarvis Thomson, *The Realm of Rights...*, *op. cit.*, pp. 253-257.

THOMSON, Judith Jarvis, "Some Ruminations on Rights", en William Parent coord, *Rights, Restitution, and Risk: Essays in Moral Theory*, The Harvard University Press, Harvard, 1986.

THOMSON, Judith Jarvis, *The Realm of Rights*, Harvard University Press, Harvard, 1990.

TOMLINSON, Edward A., "Non-Adversarial Justice: The French Experience", *Maryland Law Review*, vol. 42, núm. 1, 1983, pp. 131-195.

VOLTAIRE, H., *Candide ou l'optimisme*, traduit de l'allemand, de Mr. Docteur RALPH, MDCCLIX, Édition princeps, Gabriel Cramer, Genève, 1759.

WALDRON, Jeremy, (coord.), *Theories of Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1984.

WALDRON, Jeremy, "Pildes on Dworkin's Theory of Rights", *The Journal of Legal Studies*, vol. 29, núm. 1, 2000, pp. 301-307.

WENAR, L., "Rights", en *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, revisión del 9 de septiembre de 2015: <https://plato.stanford.edu/entries/rights><https://plato.stanford.edu/entries/rights>.

WEST, Robin, "Rights, Harms, and Duties: A Response to Justice for Hedgehogs", *Boston University Law Review*, vol. 90, núm. 2, 2010, pp. 819-837.

WHITE, A. R., *Rights*, Clarendon, 1984.

ZAMIR, Eyal, y Barak Medina, *Law, Economics, and Morality*, Oxford University Press, Nueva York, Oxford, 2010.

ZIPURSKY, Benjamin C., "The Model of Social Facts", en Jules L. Coleman, (coord.), *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to the Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford 2001.

Casos en los tribunales de EE.UU.

R. A. V. v. St. Paul, 505 US 377, 1992.

Brandenburg v. Ohio, 395 US 444, 1969.

The Sunday Times v. United Kingdom, [1979] ECHR 1 (el caso de la "talidomida").

Sheppard v. Maxwell, 384 US 333 1966.

Stone v. Powell, 428 US 465, 482 1976.

Palmore v. Sidoti, 466 US 429 1984.

Bonham's Case 1610, p. 8 Co. Rep. 118.

Los límites del intercambio de razones: razón práctica, comparabilidad y derechos

Diana Beatriz González Carvallo*

* Doctora en Filosofía del Derecho. Investigadora jurisprudencial del Centro de Estudios Constitucionales.

SUMARIO: 1. Introducción; 2. Incomparabilidad e inconmensurabilidad; 3. La comparabilidad incompleta y la elección racional justificada; 4. Inconmensurabilidad y conflicto entre derechos; 5. Elección racional justificada e inconmensurabilidad valorativa; 6. La incomparabilidad y la posibilidad de decisión racional justificada; 7. Incomparabilidad y justificación racional en el derecho; 8. Conclusiones.

1. Introducción

Peras y manzanas no comparten propiedades que nos permitan compararlas de forma significativa o, al menos, eso dicen. El veredicto parece ser que debemos cuidar que en los casos en los que tenemos que tomar una decisión racional las alternativas entre las que vamos a escoger sean, en primer término, cotejables. Dadas ciertas características intrínsecas o contextuales de lo que se quiere comparar, los objetos no podrían ubicarse en una escala común que permita sostener que alguno es mejor, peor, o que son aproximadamente iguales. En ámbitos como la razón práctica en los que confluyen obligaciones,¹ valores, intereses, derechos y las razones que los sustentan, entre otros, este problema es central y, eventualmente, paralizador. Si en situaciones en las que hay que decidir cuál es el curso de acción que debe seguirse, esto es, qué es lo debido, no es

¹ Los conceptos "deber" y "obligación" tienen efectos diferenciados en la razón práctica. Para los propósitos de este escrito no es necesario hacer esa distinción y serán, por eso, usados de manera intercambiable.

posible fundamentar la elección a partir de razones, lo que quedaría descartado es la posibilidad de que en esa situación haya una decisión justificada. En contextos jurídicos, especialmente en los que se adjudican derechos, la necesidad de decidir es, a la vez, una obligación institucional ordenada por el sistema. En ciertos casos, habría que optar entre las peras y las manzanas del conflicto judicial específico cuando, en principio, no es posible ofrecer razones concluyentes para optar por alguna de ellas.

El problema del que me voy a ocupar en este escrito es, entonces, la presunta incomparabilidad de objetos de valor² en situaciones de elección en las que no hay una única métrica que permita dar cuenta, en términos unitarios, de lo que importa. En esos casos no sería posible solucionar la indeterminación con base en artefactos como las presunciones del sistema. Este sería un desafío para la toma de decisiones en contextos prácticos generales, al igual que para disciplinas prácticas específicas, como la jurídica.

La tesis que quisiera defender es que la objeción de incomparabilidad a la posibilidad de elección racional colapsa dos cuestiones que son diferentes y que, además, tienen efectos divergentes para la toma de decisión. En primer lugar, esta objeción entiende a la inconmensurabilidad y a la incomparabilidad como categorías asimilables con consecuencias similares, cuando no lo son y la posibilidad de decisión justificada no queda bloqueada si se configura la primera de estas. En segundo lugar, si la incomparabilidad entre objetos de valor es suficiente para impedir la decisión racional, ésta no podría darse ni aun en decisiones en las que hay un único valor involucrado, instanciado de manera diferente en el caso concreto. Esto lleva a presentar la situación de elección específica, y la materialización de los valores contrapuestos, de manera incorrecta y

² Hay diferencias sustantivas y conceptuales importantes entre las ideas de valor, principio, interés y razón. Para efectos de este trabajo serán usadas de manera intercambiable en tanto que categorías normativas de la razón práctica.

desorientadora. En este artículo argumento en favor de la comparabilidad como aquello que permite, en primera instancia, constatar que se está en una situación de elección y qué se juega en la preferencia entre, por ejemplo, peras y manzanas.

Para defender esta tesis voy a proceder argumentativamente de la siguiente manera, (1) voy a comenzar por reconstruir la objeción de incomparabilidad contra la posibilidad de elección racional en general. Esto me permitirá fijar el dominio de la razón práctica al cual me refiero y los límites de esta según la tesis incomparabilista. A continuación (2) ubicaré estos argumentos en la esfera jurídica y mostraré que, en tanto las presunciones de derecho son insuficientes para resolver ciertos casos, el asunto de la decisión racional y la comparabilidad entre derechos se traslada al mundo jurídico. Luego de esto (3), presentaré cuáles son las debilidades de la objeción incomparabilista y por qué esas mismas debilidades evidencian las virtudes de una postura que favorece la comparación. Después (4), defenderé una tesis comparativista para razones en la razón práctica y en ciertos casos de jurídicos. Finalmente (5) presentaré las conclusiones de mi argumento y la cuestiones que se derivan para la agenda comparativista.

2. Incomparabilidad e inconmensurabilidad

La inconmensurabilidad y la incomparabilidad³ entre portadores de valor son reproches contra la posibilidad de elección racional justificada que, aunque diferentes, muchas veces se presentan como si fueran uno mismo.⁴ Todas las comparaciones se realizan en términos de un valor,

³ En este apartado me refiero a inconmensurabilidad e incomparabilidad como fenómenos equivalentes. En el apartado 6 *infra* preciso en qué sentido no lo son.

⁴ Joseph Raz defiende una tesis que colapsa las dos nociones. Algunos de sus escritos en los que presenta esta idea son *The Morality of Freedom*, (en especial capítulo 13. Incommensurability Clarendon Press, Oxford, 1986, pp. 321-368), y "Mixing Values", en *Engaging Reason: On the Theory of Value and Action* (Oxford University Press, Oxford, 2001, cap. 8, p. 182 y ss.).

mismo que se encuentra integrado en ocasiones por múltiples valores contribuyentes. El valor es entendido en términos de razón práctica como cualquier consideración con respecto a la cual puede hacerse una comparación significativa.⁵ El argumento sostiene en esos casos que, dado que no hay una métrica única que permita poner en relación esas cosas, es decir, no hay un estándar que las comensure, se sigue la inhabilidad para determinar que alguna es mejor, peor o que son iguales entre sí. Esta última afirmación es conocida como la tesis tricotómica⁶ y sostiene, precisamente, que para tomar una decisión racional es preciso que las alternativas sean mejores, peores o igualmente buenas. Si ninguna de esas tres opciones se configura no hay comparabilidad y, por tanto, según la versión de que se trate, o bien no hay posibilidad de elección práctica racional o bien la voluntad se vuelve el espacio de decisión cuando las razones se agotan.⁷

Hay dos versiones de la objeción de la incommensurabilidad que quisiera explorar en este texto: la de la diferencia categorial, que apunta específicamente a valores y derechos, y la comparabilidad incompleta. Las dos atacan la posibilidad de elección racional en ciertos casos, pero con argumentos bien diferentes que tienen efectos discordantes para la razón práctica en general y para la específica que involucra derechos.

Empezaré por presentar la tesis de la comparabilidad incompleta; después de esto expondré las críticas de las diferencias categoriales y los efectos

⁵ Ruth Chang, "Introduction", en Ruth Chang (ed.), *Incommensurability, Incomparability and Practical Reason*, Harvard University Press, Cambridge, Londres, 1997, pp. 6-7. La versión en español del texto puede encontrarse en el primer capítulo de esta obra.

⁶ Chang explora la posibilidad de postular una cuarta opción, según la cual, los objetos comparables pueden estar "a la par". Para una presentación de este tipo de relación, a la que no me voy a referir en este escrito, puede revisarse R. Chang, "Value Incomparability and...", *op. cit.*

⁷ Véase Ruth Chang, "Against Constitutive Incommensurability or Buying and Selling Friends", *Philosophical Issues*, vol. 11, 2001, pp. 33-60; Ruth Chang, "Incommensurability (and Incomparability)", en Hugh LaFollette, *The International Encyclopedia of Ethics*, Willey-Blackwell, Londres, 2013, pp. 2591-2604; Martijn Boot, "Incommensurability and Incomplete Comparability", en *Incommensurability and Its Implications for Practical Reasoning, Ethics and Justice*, Rowman & Littlefield International, Londres, 2018, cap. I.

de esos ataques diferenciados para la posibilidad de elección racional justificada en ciertas situaciones. Esto me permitirá precisar por qué se equivocan quienes equiparan inconmensurabilidad e incomparabilidad y en qué sentido la tesis de la superioridad categorial de ciertos intereses tiene el efecto contrario al buscado por sus defensores: dejar a la alternativa "superior" en posición simétrica a la que instancia el interés, en principio, menos importante.

3. La comparabilidad incompleta y la elección racional justificada

La elección racional entre alternativas depende de la posibilidad de comparar racionalmente las opciones relevantes. Esa comparación permite afirmar que una de las opciones es mejor, peor o igual que la otra. Cuando en cierta elección ninguna de esas alternativas se configura (tesis de la triple negación o bien 3nt, por su nombre en inglés) queda en entredicho la posibilidad de elegir racionalmente. Ese es el objeto de la comparabilidad incompleta como agenda de investigación: indagar los efectos de la 3nt sobre la decisión para la razón práctica.⁸

Tal vez un ejemplo ayude a ilustrar el punto. Supongamos que usted prometió al mismo tiempo a sus dos amigos más queridos que, cuando lo necesiten, usted los ayudaría. Un día, cada uno de ellos le pide, al mismo tiempo, que cumpla su promesa. Uno requiere su ayuda para mudarse de manera inmediata de departamento; el otro le pide que lo acompañe porque se siente triste y solo. Usted tiene que decidir qué promesa cumplir y, por supuesto, cuál romper. En el supuesto de que ha decidido cumplir al menos una de sus obligaciones amistosas, usted se enfrenta a una decisión difícil. Los extremos están integrados por obligaciones categóricas derivadas de una promesa que usted hizo. En cualquiera de las alternativas que escoja le estará ayudando a un amigo que lo necesita y

⁸ Cf., M. Boot, "Incommensurability..." *op. cit.*

rompiendo la promesa hecha al otro. Las opciones no son aproximadamente iguales y, por los efectos sobre los tres, no da lo mismo escoger una u otra. En este tipo de casos se configuraría la 3nt, con lo cual la racionalidad de su decisión estaría, cuando menos, en entredicho. A continuación, exploro qué significa esto para la elección en el contexto de la razón práctica.

Los principios prácticos generales se especifican al adjudicar pretensiones en competencia. En esos casos, sería necesario acudir al balance de las exigencias que plantean los extremos de la situación, lo cual permitiría llegar a conclusiones sobre el curso de acción más adecuado en términos racionales. La condición de posibilidad de esa operación es la asignación de pesos a las demandas relevantes.⁹ ¿Cuáles son los efectos de que, dado que no hay una escala en la cual ubicar los valores contrapuestos, no sea posible asignar esos pesos? Según la 3nt, la principal consecuencia de la incommensurabilidad valorativa para la razón práctica y para la toma de decisiones es que provoca comparabilidad incompleta entre alternativas. Esto implica que el conflicto no puede ser decidido racionalmente, es decir, que hay una justificación incompleta de la elección en tanto no es posible asignar peso a las alternativas en juego. A su vez, que esté bloqueada la posibilidad de asignar peso a las opciones tiene como efecto que no puedan ser ordenadas en un *ranking* que establezca que uno de los extremos es mejor, peor o igual que el otro. Y, por último, si entre las alternativas no se establece ninguna de estas tres relaciones, no se cumplen las condiciones de la tesis tricotómica que habilita la decisión racional justificada.

En otras palabras, si las peras y las manzanas que integran el conjunto de inicio de la elección no pueden ser ordenadas en cierta escala que exprese lo que importa en ese asunto, la razón práctica no cumple su labor de señalar cuál es el curso de acción debido. Para el caso, no hay

⁹ Véase, Virgilio A. Da Silva, "Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing and Rational Decision", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 31, núm. 2, 2011, pp. 273-301.

un parámetro que permita determinar, con base en razones cuantitativas, si tres peras son mejor que cinco manzanas, o peor, o si da igual cuál de las dos opciones escojamos. Esto quiere decir que la decisión que se tome no estará justificada racionalmente o, lo que es lo mismo, será una decisión cuando menos no-racional. Dado que para peras y manzanas no hay un valor global relativo que permita ordenarlas, la razón se muestra incapaz de mostrar qué opción debe ser escogida, lo que significa que la decisión no está racionalmente justificada.

Esa indecidibilidad se debe a que la elección está racionalmente subdeterminada. Lo que hace tan desconcertante a este tipo de situaciones es que, aunque no hay una alternativa mejor que la otra, las dos no son aproximadamente iguales, esto es, no da lo mismo escoger una o la otra. No hay, entonces, ni una relación de indiferencia ni de preferencia, sino un grado muy alto de incertidumbre del valor relativo de las alternativas. En tanto las consecuencias que se derivan de elegir una instancia de valor u otra son radicalmente diferentes y esa incompatibilidad es relevante para el elector, pero no es posible poner esas consideraciones en una escala de comparación, este está en una situación en la que debe elegir, pero no tiene el respaldo de la razón práctica para hacerlo.

La justificación de la elección entre extremos comparables sólo de manera incompleta es parcial. Si se asume que la adjudicación en la razón práctica, que incluye las decisiones que involucran derechos, dependen de la comparación de la fuerza relativa de los objetos de valor en competencia, lo que se pone en cuestión, en esos casos, es la posibilidad misma de elección racional. Parece que, si se fuerza el argumento, el problema de la inconmensurabilidad entre instancias de valor sería el producto obvio de una incomparabilidad anterior e irremontable: la inconmensurabilidad de los valores mismos.¹⁰ Si no es posible poner en relación dos valores

¹⁰ Filósofos como Isaiah Berlin sostienen que valores como la libertad y la igualdad, entre otros, son incompatibles de una manera fundamental. Por eso, cuando en un caso concreto hay choques entre estos, la decisión no está respaldada por razones, sino que proviene de otras fuentes de la decisión

porque no hay una escala común, no importa cuántos hay o qué tan importantes son, no hay manera de establecer prioridades entre ellos.

Una cuestión que también habría que explorar es en qué términos pueden ser conmensurados los extremos de una situación en la que los portadores instancian un mismo valor, cuando esos extremos son incompatibles en un caso concreto. Me explico, si, por ejemplo, no hay algo que permita comparar la importancia del respeto de una libertad y la maximización del bienestar en una situación específica ni, por lo tanto, determinar cuál es la acción adecuada porque no hay unidad de valor compartida, ¿en qué términos procede una comparación entre dos opciones que expresan el ejercicio de una libertad que, en principio, operan en términos del mismo principio? Quiero decir, si la elección se da entre el mismo valor instanciado de diferentes maneras, ¿opera la comparabilidad mediante unidades cardinales? Si se escoge el extremo que permite el ejercicio de un esquema más amplio de libertades, ¿es ese "más" cuantificable?

Este panorama nos dejaría con una estructura de razón práctica extraña y hasta paradójica: las instancias de valores diferentes son, algunas veces, inconmensurables (quedaría por determinar cómo procede la comparación cuando es legítima). Cuando los extremos de la adjudicación son objetos del mismo valor, lo que importa se expresa en términos cardinales y la operación que no tenía sustento racional se vuelve la habilitadora de ese mismo tipo de elección: el ranqueo de alternativas en términos de unidades de valor. O bien una comparación en términos ordinales, no de escala, es la apropiada en estos casos. Pero parece que las razones por las que esta forma de decidir es adecuada para opciones incompatibles

humana. Ninguno de los autores que reviso en este texto que defienden la tesis de la inconmensurabilidad valorativa defienden de manera expresa una postura con la de Berlin. En todo caso valdría la pena revisar si a partir de las premisas que defienden se llega a la conclusión de la incompatibilidad de algunos valores en sí. Véase: Isaiah Berlin, *Four Essays on Liberty*, Oxford University Press, Oxford, 1969; Isaiah Berlin, *The Crooked Timber of Humanity*, Random House, Nueva York, 1994; Elinor Mason, "Value Pluralism", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 07 de Febrero de 2018. Disponible en: <https://plato.stanford.edu/archives/spr2018/entries/value-pluralism/> [última fecha de visita 9 de abril de 2018].

del mismo valor eventualmente valdrían también para la incompatibilidad entre valores distintos. En el apartado cuatro vuelvo sobre estas cuestiones.

Para filósofos como Matijn Boot y Joseph Raz, la falta de razones que justifiquen la decisión en casos de inconmensurabilidad, o de comparabilidad incompleta, no implica que las elecciones sean necesariamente irracionales. De que la racionalidad subdetermine la elección se sigue, por el contrario, que cada una de las alternativas es racionalmente permisible, aunque no racionalmente obligatoria. En tanto falta conclusividad sobre el peso específico de los extremos, lo que decide el individuo es cuestión de voluntad y no de razones, esto es, de su preferencia, indiferencia o ambivalencia frente a las alternativas. Ahora, esta respuesta puede ser relativamente satisfactoria cuando se trata de decisiones que, en lo que importa, sólo afectan al individuo. La situación se complica cuando los efectos trascienden la esfera personal de manera significativa o cuando el elector (individual o plural) tiene responsabilidades públicas que exigen decisiones basadas en razones. En estos casos la mera preferencia por alguna de las opciones o la intuición como el criterio que inclina la balanza no califican como razones que fundamentan la decisión pública.

En suma, en casos de indecidibilidad racional, la razón práctica es incapaz de guiar la elección entre alternativas incompatibles y significativamente diferentes. No puede afirmarse, entonces, que un extremo sea mejor que el otro y, que, por tanto, es el curso de acción señalado por la razón práctica; pero la decisión tampoco resulta indiferente al elector debido a las consecuencias de cada uno de los extremos. En esas situaciones la razón práctica no prescribe el curso de acción adecuado y racional, esto es, aunque es capaz de señalar cuáles son las razones que respaldan las alternativas, no puede guiar la elección entre las opciones racionalmente elegibles. Las alternativas son, entonces, racionalmente permisibles, pero ninguna es racionalmente requerida. Una elección es permitida por la razón si no es la alternativa que ranquea peor, pero, precisamente, la

comparabilidad incompleta implica que no hay una alternativa que sea peor que las otras. La elección de cualquiera de los extremos es racionalmente permisible, pero no está racionalmente justificada en tanto eso supone que la opción ganadora sea al menos tan buena como las otras y, en casos de inconmensurabilidad no es posible organizar de esa manera las alternativas. En otras palabras, debido a que, por definición, no hay una alternativa peor es imposible escoger la más mala de las opciones, que es lo que proscribe la razón práctica.¹¹

4. Inconmensurabilidad y conflicto entre derechos

¿Cómo se traduce esa permisibilidad no justificada en casos que involucren derechos, esto es, cuando los intereses o valores son tutelados por prerrogativas llamadas "derechos"? En situaciones en las que las alternativas incompatibles están tuteladas por un derecho, la respuesta a ese conflicto comparte varias de las complejidades de las hipótesis de incompatibilidad entre portadores de valor en la razón práctica general. En casos en los cuales el sistema jurídico, o de razón práctica en el que se configura el choque, no tiene mecanismos de elección concluyentes para el caso (como los de disolución de antinomias) la posible respuesta tiene que enfrentar varias de las objeciones que se plantean en punto de los conflictos de valores en general.

Uno de los procedimientos más populares, y más discutidos, para resolver conflictos entre derechos que no tienen la estructura de regla es el test de proporcionalidad. No me interesa en este escrito detenerme en las características o fases de esta prueba, sólo voy a referirme a la condición necesaria para su aplicación, fuente de buena parte del escepticismo de sus contradictores: la de comparabilidad de los objetos de decisión.¹²

¹¹ Cfr. J. Raz, *The Morality of Freedom*, op. cit.; M. Boot, "Incommensurability and Incomplete...", op. cit.

¹² Cfr. V. Da Silva, "Comparing the Incommensurable...", op. cit.

El test supone la asignación de pesos a las alternativas en competencia para, después de agotar ciertas etapas, determinar si la infracción de un derecho es proporcional, de acuerdo con el modelo de valores amparados por el sistema constitucional específico. Esto es, la asignación de peso a las alternativas es condición de posibilidad de esta metodología de adjudicación que promete acreditar la justificación racional de las decisiones concretas. El problema, según los críticos de la propuesta, es que ese procedimiento realiza comparaciones cuantitativas entre derechos y bienes sociales en términos de ganancias y pérdidas. Este modelo partiría de dos supuestos falsos: el primero, que derechos y bienes sociales pueden ser puestos en una misma escala que permite comparar, en términos cardinales, los beneficios y los costos de proteger uno u otro interés. El segundo, que derechos y bienes sociales tienen la misma importancia jurídica y práctica, esto es, que protegen bienes igualmente valiosos.

Este segundo error metodológico se derivaría de una confusión sustantiva: los intereses protegidos por derechos tienen importancia intrínseca y, por eso, pertenecen a una categoría diferente a la de los demás intereses prácticos.¹³ Los derechos son, precisamente, las prerrogativas institucionales, en términos amplios, que resguardan esos valores de las pretensiones maximizadoras y colectivas de otros bienes. Esta objeción reproduce los argumentos del debate moral entre el deontologismo y el consecuencialismo de los derechos en términos de la inconmensurabilidad valorativa.¹⁴

A grandes rasgos, para las éticas deontológicas las acciones e instituciones, entre otras, deben ser juzgadas por los principios que las justifican, no por sus consecuencias. En contraste, el razonamiento moral consecuencialista juzga las acciones e instituciones por sus consecuencias.

¹³ Véase Ronald Dworkin, "Taking Rights Seriously", en *Taking Rights Seriously*, Bloombury Publishing, New York, 2013, pp. 223-247; y Robert Nozick, "Moral Constraints and the State", en *Anarchy, State and Utopia*, Basic Books, Nueva York, 2013, pp. 26-53.

¹⁴ Véase Frederick Schauer, "Commensurability and its Constitutional Consequences", *Hastings Law Journal*, vol. 45, núm. 4, 1994, pp. 785-812.

cialista juzga estas mismas acciones, elecciones, instituciones, etc., por los estados de cosas que producen. El consecuencialismo responde de forma negativa a la pregunta de si hay acciones o disposiciones que sean portadoras de valor, independientemente de las consecuencias que generen. En tanto los únicos que tienen valor absoluto son los estados de cosas, estas entidades (derechos, acciones, etc.) no son importantes en sí mismas sino por la bondad de sus efectos.

El deontologismo, en cambio, responde de forma afirmativa: las acciones, disposiciones, etc., deben ser evaluadas de acuerdo con los principios que las inspiran, no por sus resultados. Por eso, buena parte de esta tradición plantea a los derechos en términos de los límites a lo que puede ser legítimamente hecho sin lesionar la autonomía y dignidad de las personas. El consecuencialismo, por el contrario, los incorpora con una función equivalente a otras entidades, con fuerza y peso instrumental. Un derecho podría ser postulado, en términos muy esquemáticos, como una disposición normativa con valor instrumental para el logro de ciertos fines deseables o para la protección de determinados valores intrínsecos.¹⁵

Para el deontologismo, entonces, el error del comparativismo consecuencialista no es sólo sostener que los valores amparados por derechos pueden ser puestos en una escala cuantitativa universal, sino asumir acríticamente que los intereses prácticos difieren entre sí, en últimas, sólo en términos numéricos. Los derechos amparan objetos categóricamente más importantes que los demás y, por eso mismo, inconmensurables con meros incrementos del bienestar general e impersonal.

El segundo error supone una crítica más radical que la de la primera objeción: el problema no es tanto que haya valores intrínsecos e instrumentales que obedecen a lógicas divergentes. La cuestión de base es que los valores son radicalmente diferentes entre sí, sean objeto de derecho

¹⁵ Véase Diana González Carvallo, *Derechos y consecuencialismo moral*, Tesis doctoral, UNAM, 2019. Disponible en: <http://132.248.9.195/ptd2019/enero/0784999/Index.html>

o no. Esto quiere decir que, aun cuando se intente elegir entre derechos incompatibles en una situación específica, la inconmensurabilidad de los valores amparados por esas posiciones normativas impide su comparación y, por tanto, descarta de plano la utilización de metodologías comparativas para la solución racional justificada del conflicto, como lo es el test de proporcionalidad.¹⁶

La conmensurabilidad implica que hay una propiedad que permite comparar las alternativas en disputa en términos de la mejor, la peor o igualmente buenas. En estos casos no se trata necesariamente de propiedades de los valores mismos, sino de cómo están configurados en el caso concreto de decisión. La inconmensurabilidad sería más una propiedad de algunas situaciones específicas en las que las alternativas que demandan la realización de propiedades incompatibles no son reducibles una a la otra o a una tercera propiedad que los abarca (como la utilidad). Si la acción justificada está gobernada por razones y éstas prescriben la opción que debe ser escogida en situaciones de elección en las que no hay razones para preferir alguna alternativa porque son comparables sólo de forma incompleta, la metodología ponderadora del test ofrecería una racionalización *a posteriori* de una decisión, pero no una decisión racional justificada.

En la situación de los amigos que necesitan ayuda no habría, según la objeción de inconmensurabilidad, algún mecanismo que permita poner en una escala numérica o de rango los extremos a comparar. Aunque ambas alternativas están respaldadas por una razón categórica, la promesa que le hice a cada uno de ellos, y las opciones realizan de manera predominante el mismo valor, el de la amistad, no es el caso que tenga una razón concluyente para escoger una en lugar de otra. El problema de la inconmensurabilidad se presentaría aun entre extremos simétricos en términos de razones de segundo orden (la promesa) e interés protegido

¹⁶ Véase I. Berlin, *Four Essays on Liberty*, *op. cit.*

(la amistad). La decisión que yo tome en relación con cuál amigo escoger estará respaldada por buenas razones, en ese sentido será una elección permitida racionalmente, pero no habrá una justificación concluyente de la misma. La decisión final será cuestión de voluntad o preferencia que, sólo de manera desorientadora, puede ser descrita como una decisión plenamente justificada.

En suma, la objeción de la inconmensurabilidad se dirige contra cualquier metodología que defienda la conmensurabilidad irrestricta de intereses y derechos en cualquier situación de elección. Esto es, contra las propuestas sobre razón práctica en general, y sobre derechos en particular, que asumen que es posible decidir entre alternativas que realizan propiedades irreducibles entre sí. La inexistencia de una métrica práctica universal implica que no hay razones conclusivas para todos los casos que permitan, a partir de un criterio cuantitativo, escoger racionalmente entre las alternativas.

Cass Sunstein afirma que el problema de la evaluación es central para el derecho, pero ni los análisis costo beneficio en general, ni su subespecie que es el test de proporcionalidad, son modelos deseables o plausibles. A estas propuestas les faltan las herramientas para dar cuenta de los compromisos establecidos por un sistema de derechos, jurídico o no, que funciona bien. Un rango muy amplio de disputas que tiene derechos como objetos se entiende mejor a través de un modelo de inconmensurabilidad entre ciertos portadores de valor y de diferentes tipos de evaluación.¹⁷

Los derechos, dentro y fuera del espacio jurídico, operan con una lógica de bloqueo de intercambios a través de normas.¹⁸ Estas normas atajan

¹⁷ Cfr. Cass Sunstein, "Incommensurability and Valuation in Law", *Michigan Law Review*, vol. 92, 1993, pp. 779-861

¹⁸ Véase C. Sunstein, "Incommensurability and...", *op. cit.*; Joseph Raz, "Postscript to the Second Edition: Rethinking Exclusionary Reasons", en *Practical Reasons and Norms*, Oxford University

los intentos de transacción ilegítimos entre clases de intereses categorialmente diferentes e inconmensurables. Estos intercambios, de no ser atajados, ponen en un riesgo muy alto a los portadores de valor que no maximizan necesariamente el bienestar general, lo que ocurre comúnmente con los derechos. El problema de las expectativas de intercambio irrestricto entre portadores de valor inconmensurables no es tanto que valoren mucho ciertos bienes y muy poco los intereses típicamente protegidos por derechos, sino que evalúen estos últimos de una manera incorrecta.

La finalidad de excluir ciertas consideraciones al elegir entre alternativas no es sólo descartar la elección basada en criterios irrelevantes o que no aplican. La cuestión es que muchos de los asuntos que se discuten en derecho tienen que ver tanto con los objetos de la controversia, como con la manera apropiada de valorar acciones, personas, instituciones, etc. Los problemas complejos que se abordan con la lógica de los derechos tienen que ver, de manera central, con los tipos de evaluación que es necesario evitar o incentivar tanto en ámbitos jurídicos como prácticos en general y los efectos que esto tiene sobre las elecciones individuales e institucionales.¹⁹

Ahora, una pregunta que los inconmensurabilistas tendrían que plantearse es cómo operan esos bloqueos en espacios diferentes al de la elección individual o la adjudicación judicial. Quiero decir, si estamos en terrenos como el de las decisiones de política pública y la inconmensurabilidad valorativa conlleva la necesidad de bloquear intercambios entre ciertas instancias de valor, ¿en qué sentido es posible tener políticas públicas racionalmente justificadas si no es posible comparar las opciones disponibles?

Press, Oxford, 1999, pp. 190-215. R. Nozick, "Moral Constraints and...", *op. cit.*, R. Dworkin, "Taking Rights Seriously...", *op. cit.*

¹⁹ Cfr. C. Sunstein, "Incommensurability and...", *op. cit.*

5. Elección racional justificada e incommensurabilidad valorativa

Como señalé en el apartado anterior, algunas objeciones al uso de metodologías de adjudicación constitucional en casos de conflictos entre derechos, o entre estos y otros bienes sociales, reprochan (i) que los derechos sean ubicados al mismo nivel de otros intereses menos valiosos y (ii) que no es posible commensurar esas entidades normativas. Para responder a la objeción de incommensurabilidad voy a servirme de los argumentos de Ruth Chang contra la incomparabilidad para la razón práctica en general.²⁰ Quisiera mostrar cómo muchas de esas razones aplican a la especie de saber práctico que es el derecho. También quisiera mostrar cómo, a diferencia de lo que sostiene la filósofa, hay conflictos que involucran derechos que no se resuelven por apelación a las normas sistémicas de disolución de choques en términos de antinomias, sino que se requiere una comparación entre los extremos del caso, tal y como sucede en situaciones de elección práctica en general.

A las cosas que son incommensurables les falta un patrón de medida común. El término se refiere más a la manera en la cual dos opciones se relacionan o no en una situación particular y no a los valores instanciados en sí mismos. Algún sector de la teoría contemporánea sobre valores, derechos y razón práctica afirma que, ciertos intereses fundamentales, tales como la autonomía, la dignidad y la vida, tienen importancia intrínseca y son tutelados por derechos que adquieren ese mismo estatus.²¹ Estas posiciones normativas se relacionan en términos categoriales con otros intereses prácticos, esto es, son más importantes en absoluto que cualquier otra consideración. Uno de los propósitos de la teoría de razonamiento práctico es, entonces, procurar una función que ponga en relación esos intereses fundamentales.

²⁰ Véase Ruth Chang, "Value Incomparability and Incommensurability", en Iwao Hirose, y Jonas Olson (eds.) *The Oxford Handbook of Value Theory*, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 205-224.

²¹ R. Dworkin, "Taking Rights Seriously", *op. cit.*; R. Nozick, "Moral Constraints and the State", *op. cit.*

Esta primacía categorial, también denominada discontinuidad valorativa, es propia de las teorías deontológicas sobre la moralidad, es decir, aquellas propuestas que, como ya señalé, afirman la superioridad de los deberes deontológicos sobre los que prescriben la maximización de la utilidad. En estos casos, la inconmensurabilidad se traduce en la tesis de que no importa la cantidad de valor que arroje determinado curso de acción que ampare intereses de bienestar, la protección de otro tipo de intereses siempre será más valiosa. La conmensurabilidad estaría bloqueada por el tipo de cosas que son los valores. Esa es la lógica que comparten tesis como las de los derechos como triunfos sobre la utilidad de Dworkin, la superioridad lexical de las libertades sobre otras consideraciones de Rawls y las constricciones secundarias a la acción de Nozick.²²

Algunos modelos, como el propuesto por Nozick, reconocen un umbral de aceptabilidad, es decir, los deberes son incomparablemente más importantes que las prescripciones de utilidad, siempre que no se alcance cierto umbral. En esos casos, la decisión tiene que proceder, no mediante la comparación de sus méritos, sino a partir de otros mecanismos como, precisamente, el criterio de superioridad lexicográfica y los otros que ya mencioné. Cuando la utilidad que resulta de cierta opción es muy alta, es posible que haya un nuevo deber que prescriba la obligación de desconocer un deber moral.²³

Los modelos que establecen un umbral a partir del cual es preciso desconocer deberes morales terminan por defender, paradójicamente, una idea cuantitativa de la conmensuración entre valores morales y bienestar. En decir, dos objetos de elección son inconmensurables sólo si la

²² Jeremy Waldron, "Fake Incommensurability: A Response to Professor Schauer", *Hastings Law Review*, vol. 45, núm. 4, 1994, pp. 813-824.

²³ Para Nozick, si la defensa de determinadas constricciones secundarias genera consecuencias morales catastróficas, estas titulaciones pueden ser desconocidas. Las ideas kantianas de dignidad y valor como fin de los seres humanos son las que implican necesariamente la de derechos como restricciones secundarias a la acción. Los derechos así derivados son un conjunto de titulaciones que operan bajo el estándar del derecho natural a la propiedad privada. En R. Nozick, "Moral Constraints and the State", *op. cit.*; y D. González Carvallo, *Derechos y consecuencialismo moral*, *op. cit.*

utilidad es poca y hay una protección alta de intereses fundamentales. No precisan la manera de determinar protección alta o baja, aunque esa aclaración es importante por los efectos que tiene, para los deberes morales, las situaciones de elección en las que la otra alternativa incrementa de manera sustantiva el bienestar. Pero como estas propuestas no precisan cuál es el razonamiento adecuado para comparar intereses con importancia intrínseca frente a cuestiones prácticas mediáticas, queda la sensación de que esa comparación es cuantitativa, que es, precisamente, el tipo de razonamiento vetado por inadecuado y perverso.²⁴

También hay un asunto formal que tiene que ser atendido por las tesis de la discontinuidad valorativa y que, hasta donde sé, no ocupa ni los márgenes de sus esfuerzos argumentativos. Se trata de la relación de simetría entre extremos incomparables.²⁵ Las opciones incomparables están en posición simétrica una frente a la otra. Las posturas de la diferencia categorial entre bienes con valor intrínseco, esto es, con valor absoluto, e intereses mediáticos de importancia relativa, enfatizan que no hay alguna "cantidad" de valor mediático que pueda superar al intrínseco. Pero si el rechazo de la comparación simboliza la mayor importancia de unos bienes en comparación con otros, el problema es que la incompatibilidad nos deja con alternativas simétricas que lo que niega es, precisamente, la posibilidad de hacer afirmaciones de valor relativo. La función del rechazo y la indignación frente a los intercambios entre estos valores es reflejar la importancia mucho mayor de unos bienes sobre otros, pero, en estos casos, no es posible hacer juicios de valor relativo de esos objetos incompatibles.

Por eso, que una cosa sea más valiosa que otra, muchísimo más en algunos casos, implica que quien decide esté habilitado para derivar conclusiones relativas a la acción. La importancia intrínseca de un valor y de sus portadores no supone estar impedido, o no querer, compararlo con

²⁴ Véase D. González Carvallo, *Derechos y consecuencialismo moral*, op. cit.

²⁵ R. Chang, "Against Constitutive Incommensurability...", op. cit.

otras cosas, si no, por el contrario, valorarlo en mayor medida cuando es incompatible con otros intereses. La función de la objeción de incomparabilidad en estos casos es importante en términos simbólicos, pero se niega a sí misma en la elección. Quiero decir, aunque pretende resguardar absolutamente instancias de valor muy importantes, al presentarlas en términos de extremos incomparables, termina por hacerlos simétricos con aquello que es considerado intercambiable en el razonamiento. Al tratarse de bienes simétricos, no importa cuál se escoge, sólo queda optar por alguno de los cursos de acción que la razón práctica ha marcado como posibles.

La tercera cuestión se centra específicamente en el tipo de "operaciones" legítimas entre objetos de la razón práctica y los efectos de que no haya una métrica universal para medirlos, independientemente de si son valores con importancia intrínseca o mediática. El fenómeno de la inconmensurabilidad aplica, en este tercer sentido, a los portadores de valor, dada una situación de elección, y no a los valores en sí mismos. A la tesis de la inconmensurabilidad valorativa en abstracto le falta algo fundamental cuando se trata de la razón práctica: la situación específica de elección en la que se prescribe la acción. Son asuntos en los que no hay una medida común para determinar qué instancia de valor debe preferir la acción racional. Si las alternativas de elección no admiten la determinación de su valor a través de una unidad común y singular, es decir, si no pueden ser *jerarquizadas* en una escala cardinal, son inconmensurables.

Ahora, la falta de unidad común, es decir, la inconmensurabilidad no es lo mismo que la incomparabilidad.²⁶ Los valores no necesitan ser conmensurados para ser comparables. La única opción para señalar qué alternativa es mejor no es solamente la escala cardinal. En buena parte de los casos hay que acudir a ordenaciones nominales imprecisas para determinar que una alternativa es mejor, peor o igual que otra.²⁷ Es posible

²⁶ Véase R. Chang, "Value Incomparability and...", *op. cit.*

²⁷ Véase Amartya Sen, "Incompleteness and Reasoned Choice", *Synthese*, vol. 140, núm. 1/2, 2004, pp. 43-59.

defender una tesis pluralista en relación con los valores, es decir, que en ciertos casos son inconmensurables, junto con una noción comparativista de la decisión racional.

El auténtico desafío para la posibilidad de elección racional justificada no es la inconmensurabilidad, que es común y no paralizante. La amenaza para la razón práctica es la incomparabilidad entre opciones, esto es, que no sea posible establecer alguna relación positiva entre alternativas y que, por eso, no pueda haber elección racional justificada en tanto una de las condiciones necesarias formales de la elección, la comparabilidad, no se configura.²⁸ En el siguiente apartado quisiera mostrar que es posible contestar a esa objeción en términos de las características de la razón práctica general, para, en el último apartado, referirme específicamente a la cuestión del derecho frente a esta misma objeción.

6. La incomparabilidad y la posibilidad de decisión racional justificada

La ineptitud de una escala cardinal para dar cuenta de las relaciones de valor entre objetos prácticos no implica incomparabilidad entre estos. A diferencia de lo que afirman las tesis inconmensurabilistas, puede haber comparación entre portadores de valor y, por tanto, elección racional justificada. En esas hipótesis, no sería necesario acudir a procedimientos proracionales o meramente voluntaristas.

Hasta este punto he usado los términos "inconmensurabilidad" e "incomparabilidad" como equivalentes, de la manera en la que lo hace la objeción de inconmensurabilidad. Lo cierto es que no son nociones intercambiables y que tienen efectos muy diferentes para la decisión fundamentada. La incomparabilidad implica inconmensurabilidad, pero no

²⁸ Véase R. Chang, "Incommensurability (and Incomparability)", *op. cit.*; M. Boot, "Incommensurability and Incomplete...", *op. cit.*

viceversa. Ser conmensurable es una de las formas en las que, en una situación de elección, dos cosas pueden ser comparadas, pero no es la única. La incomparabilidad conlleva un desafío radical en una elección: entre sus elementos no hay una relación positiva, básica y binaria.²⁹

Ahora bien, las situaciones de elección están ubicadas en determinado contexto y son relevantes en relación con algo. Quiero decir, no hay una jerarquía abstracta y categórica a la cual acudir para resolver ese tipo de incompatibilidades. Arriba señalé que propuestas como el orden valorativo lexicográfico, las constricciones secundarias a la acción o las razones excluyentes de segundo orden son insatisfactorias porque, entre otras cosas, terminan por acudir en situaciones extremas a modelos de utilitarismo de acto innecesarios e inaceptables.

Ruth Chang propone una alternativa que no bloquea la elección racional justificada entre objetos de valor inconmensurables: la identificación del valor de cobertura para las situaciones específicas.³⁰ El argumento es este, en cada situación de elección auténtica hay algo que importa, es decir, una razón por la cual el curso de acción elegido es importante en ese caso específico. La razón práctica garantiza que, una vez que lo que importa se determina, las alternativas serán portadoras en algún grado de eso que importa. En este sentido es que la incomparabilidad amenaza la razón práctica en tanto no permite poner en relación las alternativas vinculadas por eso que importa en la situación de elección.

Eso que importa en la situación de elección es determinado por un "valor de cobertura", que es definido por ciertos hechos comparativos, esto es,

²⁹ El que la relación sea positiva quiere decir que los elementos se relaciona en términos de mejor, peor o igual. Que sea binaria quiere decir que la situación está integrada por al menos dos objetos de valor diferentes. El carácter básico quiere decir que los extremos de la decisión instancian valores que no son reducibles uno al otro, es decir, la decisión no consiste en determinar qué alternativa deriva mayor valor cardinal. Véase Mark Schroeder, "Value Theory", en *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 28 de Julio de 2016. Disponible en: <https://plato.stanford.edu/entries/value-theory/> [última fecha de consulta: 05 de Septiembre de 2017].

³⁰ Véase R. Chang, "Introduction", *op. cit.*

por los valores relevantes en términos de las características propias de la elección. La incomparabilidad supone, entonces, que hay alternativas vinculadas por ciertos valores, pero que esa relación tiene una falla formal en tanto el valor de cobertura no permite vincularlos en términos de la tesis tricotómica.³¹

Los valores de cobertura habilitan la comparación y están, a su vez, integrados ellos mismos por múltiples valores contribuyentes. Eso significa que comparación y relación valorativa son vínculos positivos. El valor en la elección es lo que importa en esa situación y su justificación de la acción se caracteriza por ser conclusiva, esto es, porque no puede ser desconocida. Esta justificación no es exclusiva de ciertas nociones normativas como utilidad o preferencias, sino que se extiende a relaciones normativas deónticas como derechos y deberes.

Los defensores de la incommensurabilidad tienen una respuesta a esta aparente sin salida para la decisión racional: la propuesta maximalista.³² El maximalismo sostiene que para que haya elección justificada la condición es que la opción elegida no sea peor que las alternativas. Este estándar, que es menos exigente para una posibilidad de elección racional, en tanto que basta con no que no sea peor para acreditarlo, postula a la voluntad como electora subsidiaria. Quiero decir, en situaciones en las que no es posible afirmar de manera concluyente que una alternativa es peor, mejor o igual, no se puede, precisamente, sostener que haya una opción peor. Esta conclusión, aunque parezca redundante, no lo es: que no haya una alternativa que categorice más abajo que las otras abre la posibilidad a que el sujeto escoja, entre las opciones, la que prefiera.

En esos casos, lo que se decida está apoyado por razones relevantes y vinculantes que prescriben una elección racional permitida, si bien no

³¹ *Ibidem*; y R. Chang, "Against Constitutive Incommensurability...", *op. cit.*

³² Véase J. Raz, *The Morality of Freedom*, *op. cit.*; R. Chang, "Introduction", *op. cit.*; M. Boot, "Incommensurability and Incomplete...", *op. cit.*

plenamente justificada. Se está habilitado racionalmente, entonces, para elegir la opción maximal, que por definición no es peor en tanto en estos casos no hay alternativa peor. En ese sentido, ser comparable no es una condición necesaria de la decisión racional. La elección en esos casos es cuestión de voluntad o de sentimientos que, según estas posturas, son sucedáneos de la razón práctica.

Ahora bien, cuando la decisión no afecta sólo al agente individual, además de los problemas de decisión racional, éste tendría que enfrentar cuestiones como la legitimidad de sus preferencias. Esto es, en principio, frente a las elecciones individuales estas tesis afirman que al sujeto elector es a quien corresponde optar, en último término, y que, vía el principio de autonomía individual, esa elección es posible, aunque no esté justificada. La situación cambia cuando la acción genera daños a otros o cuando quien la adopta es una institución pública que debe fundamentar sus decisiones. En esos casos la mera apelación a la incomparabilidad putativa de las alternativas no basta como razonamiento de la decisión pública o dañina, ni la apelación a la voluntad o a las preferencias del sujeto elector hace las veces de proceso aceptable de argumentación racional.

El problema con esta respuesta maximalista es que "no ser peor" no es una relación positiva y, como dije antes, una de las condiciones formales de la elección racional es tener alternativas acotadas por las tesis tricotómicas.³³ En ese sentido, que en una situación de elección haya una relación maximal entre los extremos es compatible con que las opciones sean incomparables. Pero si no hay relación comparativa entre las alternativas, ¿qué justifica la elección? Si lo que importa en el caso concreto, expresado en el valor de cobertura, no permite establecer una relación positiva entre los extremos, no hay elección racional. A diferencia de lo que sostiene la hipótesis maximalista, en casos de alternativas incomparables las razones que las apoyan no son las que quedaron

³³ Cfr. R. Chang, "Introduction", *op. cit.*

en pie en la arena de la razón práctica, sino que esas opciones ni siquiera entran a su dominio.³⁴

Los defensores de la tesis de la incomparabilidad también tendrían que explicar cómo es que la ausencia de relación positiva se subvierte cuando se revisan comparaciones entre ejemplares nominales y notables.³⁵ Algunas alternativas son portadoras meramente nominales de un valor, esto es, son ejemplares más bien mediocres. Otras opciones son portadoras sobresalientes de algún valor, es decir, son ejemplares notables. La objeción a la incomparabilidad apunta a que si es posible comparar ejemplares notables y nominales de los valores en disputa entonces no hay una situación de incomparabilidad en los términos en los que la sostienen estos filósofos. En suma, no hay incomparabilidad entre instancias de esos valores en tanto es perfectamente posible mostrar la configuración de una relación de valor positiva entre ejemplares notables y nominales.

Un ejemplo típico de inconmensurabilidad entre objetos de valor es la que se da entre juicios de valor provenientes del bienestar y de la moralidad.³⁶ Chang no se refiere específicamente a juicios basados en derechos, aunque es evidente que la literatura sobre inconmensurabilidad entre cuestiones de derecho y consideraciones de bienestar usa argumentos análogos.³⁷ El razonamiento que postula la diferencia radical enfatiza que la incompatibilidad sistemática entre mandatos de bienestar y los derivados de derechos se debe, en primer término, a que sus fuentes son incompatibles. La falta de métricas aptas para conmensurar los objetos en conflicto descarta la posibilidad de comparar las alternativas que concretan valores morales y de bienestar. Esos casos representan en sí

³⁴ Cfr. R. Chang, "Incommensurability (and Incomparability)", *op. cit.*

³⁵ Cfr. R. Chang, "Introduction", *op. cit.*

³⁶ Cfr. R. Chang, "Against Constitutive Incommensurability...", *op. cit.*

³⁷ Véase: J. Waldron, "Fake Incommensurability...", *op. cit.*; Francisco J. Urbina, "The Incommensurability Objection", en *A Critique of Proportionality and Balancing*, Cambridge University Press, Londres, 2013, pp. 39-74.

mismos un desafío importante para la razón práctica y su carácter normativo frente a la moralidad y al bienestar porque si no hay un punto de vista común que permita comparar esas opciones, ¿por qué deberíamos preferir las razones derivadas de la moralidad que las provenientes de la fuente que prescribe la acción que mejorará nuestro bienestar o que nos hará más felices?³⁸ Si no es posible poner en términos comparativos los mandatos derivados de esos dos ámbitos parece que, en esos casos, el conflicto racional es irresoluble.³⁹

La respuesta a estas preguntas puede estar en el replanteamiento de la situación que se enfrenta cuando hay que elegir entre alternativas inconmensurables que, no por eso, son incomparables. Empiezo por el primer punto: las situaciones de elección. Las alternativas instancian los valores relevantes y de determinada manera, esto es, lo que importa en el caso concreto tiene un peso normativo relativo. El valor relativo en la elección depende de qué tanto contribuye a lograr una decisión racional. Chang sostiene que la tarea de la razón práctica en estos casos es ofrecer una reconstrucción unificada de los pesos normativos de los valores que figuran en el conflicto práctico. Esto es posible porque, como señalo arriba, en todos los conflictos prácticos auténticos hay un valor comprensivo o de cobertura en términos del cual (o de los cuales) se determina tanto lo que importa en la situación práctica, como la resolución racional del conflicto.⁴⁰

Pero, ¿cómo opera la comparabilidad entre opciones a partir de un valor de cobertura cuando el escenario de elección está integrado también por derechos o, más específicamente, el dominio de la razón práctica en el que se toma la decisión es el derecho? Chang no se refiere específica-

³⁸ Cfr. R. Chang, "Against Constitutive Incommensurability...", *op. cit.*

³⁹ Un estudio interesante y persuasivo sobre los problemas de motivación propios de teorías deontológicas como la kantiana, y las posibles respuestas a esos problemas, puede encontrarse en el libro de Faviola Rivera Castro, *Virtud, Felicidad y Religión en la Filosofía de Kant* (UNAM-IIF, México, 2014).

⁴⁰ Cfr. R. Chang, "Introduction", *op. cit.*

mente a esta situación ni a los efectos de que entre las alternativas haya ese tipo de posiciones normativas, pero una de sus críticas al maximalismo de Raz da algunas pistas de cuál podría ser su enfoque. En la siguiente sección me voy a referir a esta objeción, a las razones por las que creo que falla como crítica al maximalismo y a la manera en la cual es posible, con base en los argumentos sobre razonamiento práctico en general que desarrolla la misma filósofa, trasplantar consideraciones sobre conflictos prácticos a ciertos tipos de choques en derecho o que involucran derechos.

7. Incomparabilidad y justificación racional en el derecho

Una de las objeciones que Chang plantea a la tesis de la racionalidad de las decisiones entre opciones incomparables es que confunde el dominio de la razón práctica con las condiciones de racionalidad de las elecciones en derecho.⁴¹ Esto es, cuando se trata de conflictos en el terreno jurídico opera una suerte de permisibilidad racional ante la ausencia de justificación mediante la aplicación de reglas de solución del choque. Así, en los casos de demandas incompatibles sobre un mismo objeto el sistema jurídico ordena la aplicación de preceptos de solución de antinomias como "la ley posterior deroga a la ley anterior" o "la norma específica debe aplicarse sobre la norma general", entre otras.

El problema con el maximalismo en términos de razón práctica, según este argumento, es que aplica los criterios de propios de las decisiones en el mundo legal a las condiciones de elección justificada: cuando hay que elegir entre opciones incomparables (o inconmensurables, en sus términos) hay una justificación *por defecto* de la decisión: la voluntad tendría la función de las reglas de solución de conflictos en instancias

⁴¹ Cfr. R. Chang, "Value Incomparability and...", *op. cit.*

jurídicas. Pero el razonamiento práctico, según Chang, no opera con principios de presunción de justificación: la elección entre alternativas o está respaldada por las mejores razones, lo que incluye la posibilidad de empate alternativas, o la situación de elección no tiene un valor de cobertura que permita señalar qué es lo que importa en esa decisión en específico y, en consecuencia, no hay, en estricto sentido, una situación de elección.

El argumento de Chang contra el maximalismo tiene varios problemas: uno de ellos es que atribuye a los preceptos para la disolución de ciertos conflictos en derecho el carácter de "solucionadores universales", cuando su función se restringe a un subconjunto de casos. Muchas de las colisiones que involucran derechos tienen una estructura similar y un requerimiento de justificación análogo al del dominio al cual pertenecen: el de la razón práctica.

Algunas discusiones típicas de la filosofía práctica como la relación entre utilitarismo y valores, esto es, sobre la existencia de una única métrica que permita comparar, ponderar y ordenar bienes se encuentran también en el marco institucional del derecho. En esta disciplina hay asimismo versiones no consecuencialistas, consecuencialistas pluralistas, deontologistas, etc., sobre los intereses, bienes, valores y derechos que los tutelan.⁴² Por ejemplo, como señalo en el primer apartado, las posturas deontológicas sobre el derecho, sobre los derechos en específico, sostienen la discontinuidad valorativa entre esas posiciones normativas e intereses maximizadores de bienestar. Su argumento es que, dada la importancia intrínseca de los objetos protegidos con el reconocimiento de un derecho, su valor es inconmensurablemente más importante que el de cualquier otra cosa con valor mediático (inconmensurabilidad e incomparabilidad son entendidos acá como términos análogos). Por su parte, las tesis utilitaristas traducen en términos institucionales el postulado de la conmensurabilidad universal entre los derechos y los valores que protegen.

⁴² Véase F. Schauer, "Commensurability and its Constitutional...", *op. cit.*

De esa manera, una métrica universal permitiría determinar, directa o indirectamente, cuál es la decisión jurídicamente correcta.

Frederick Schauer defiende una idea de la conmensurabilidad instrumental sobre los derechos en el derecho. Yo creo que esta tesis permitiría, a partir de las herramientas desarrolladas por Chang, enriquecer el entendimiento de la comparabilidad entre intereses para posiciones jurídicas y refutar la tesis de esa filósofa, según la cual, los conflictos de derecho entre alternativas incomparables suplen su déficit de racionalidad con las reglas de disolución de antinomias.

El utilitarismo, en tanto propuesta de fundamentación práctica, parte de la idea de conmensurabilidad valorativa universal y de escalas cuantitativas que permiten comparar objetos en términos de una sola medida. Algunas propuestas que defienden la importancia de tomar en cuenta las consecuencias de las decisiones y el carácter instrumental de los derechos y de los razonamientos en los que figuran son equiparadas, de manera ilegítima, con esta optimización utilitarista.

El consecuencialismo pluralista acerca de los derechos y del razonamiento práctico-moral argumenta a favor de un modelo de pluralismo valorativo, contrario al monismo utilitarista, en el que las consecuencias de las acciones figuran como información necesaria, tanto al momento de determinar cuál es el valor de cobertura en un caso concreto, como de individualizar las alternativas de elección. Esta postura reconoce también la importancia superior que algunos valores tienen en este contexto y su tutela reforzada mediante la protección especial que suponen los derechos. De esa manera, al partir de un modelo de consecuencialismo pluralista e instrumental se cubren varios frentes. En primer lugar, se reconoce el amparo específico de ciertos bienes mediante derechos, pero se afirma también su importancia instrumental en favor de la protección de esos objetos. Esto permite, en buena medida, capturar la noción de derechos defendida por el deontologismo, y su lugar en el razonamiento práctico, sin tener que acudir para esos a tesis como la de la superioridad

incommensurable de esas relaciones normativas, ni su carácter absoluto e irrevisable para la elección racional. También habilita las comparaciones legítimas entre bienes incommensurables y permite derivar conclusiones respecto a la decisión racional justificada.

Con esto, la idea de Chang de que el razonamiento práctico en derecho opera en los términos maximalistas defendidos por Raz no se sostiene o, al menos, no completamente. Cuando, por el tipo de conflictos, las reglas de solución de antinomias son inadecuadas para tomar una decisión, la resolución para el caso específico estará justificada con base en las premisas del comparativismo valorativo y no del voluntarismo de la preferencia.

En el derecho operan ciertas metodologías que, de manera consciente o no, parten del supuesto de la commensurabilidad de los intereses protegidos, pero que lo hacen dentro de narrativas sobre esos derechos, lo que protegen y cómo lo hacen, claramente incommensurabilistas.⁴³ Esto es, la postura dominante sobre cómo operan los derechos y los intereses colectivos en el derecho es que obedecen a lógicas radicalmente diferentes y que ponderar unos contra los otros es un error jurídico, moral y metodológico. Un reproche recurrente es que la única métrica de commensuración universal para valorar bienes jurídicos es la comodificación, esto es, entenderlos a todos en términos monetarios. Al convertir a los derechos en bienes mercantiles, el mecanismo de toma de decisión jurídica es el análisis costo-beneficio, con lo cual la idea misma de derechos como tutela reforzada pierde sentido. Esto sumado a los reproches técnicos, morales y jurídicos a los que me referí anteriormente.

Pero, de la premisa de que no todo el derecho y los derechos funcionen con la lógica del análisis costo-beneficio, no se sigue que no haya segmentos comunes e importantes en los que sea necesario operar en términos comparativistas en los que los razonamientos monetarios son centrales.⁴⁴

⁴³ Véase D. González Carvallo, *Derechos y consecuencialismo moral*, *op. cit.*

⁴⁴ Véase F. Sauer, "Commensurability and its Constitutional...", *op. cit.*

Por ejemplo, en el derecho de daños las compensaciones que se fijan frente a agravios antijurídicos son, entre otras, pagos monetarios. Ahora, como dice Schauer, de que haya valores que no pueden representarse en términos mercantiles, no se sigue que ningún valor pueda serlo, tal y como de la afirmación de que el dinero no puede comprar amor no se sigue que el amor no existe.

Las constricciones propias de los derechos no necesitan ser absolutas e inconmensurables para tener peso específico. Este discurso absolutista no tiene entre sus efectos que quien tiene que decidir escoja siempre un derecho sobre un interés, ni que no acuda a la comparación cuando tenga que escoger entre alternativas que instancian derechos absolutos, sino que no exponga los términos en los cuales ha hecho esa comparación.

Una de las cuestiones que habría que probar no sólo teóricamente, sino además en términos empíricos es ¿qué tan cierto es que el modelo deontologista de derechos absolutos genera en la práctica la custodia y la garantía reforzadas de los intereses que protege?⁴⁵ Quiero decir, mi tesis es que la idea de la inconmensurabilidad/incomparabilidad de los intereses de derechos y de bienestar da cuenta de manera deficitaria de lo que son conceptualmente esas instancias y, normativamente, de por qué hacen lo que hacen. Esto obedece, entre otras cosas, al carácter instrumental de los derechos, aun de los que amparan bienes con valor intrínseco. La afirmación de Schauer da otra vuelta de tuerca a esta cuestión: hay que contrastar empíricamente la idea de que el discurso de tutela absoluta de objetos mediante derechos es, de hecho, el que los protege y promueve de mejor manera.

Este argumento escéptico en relación con la tutela reforzada de bienes con valor intrínseco mediante derechos absolutos y la tesis de la simetría entre las alternativas en situaciones de incomparabilidad expuesta por

⁴⁵ *Ibidem*.

Chang evidencian otro problema que eventualmente se sigue de esta tesis. Se trata de la subcompensación,⁴⁶ si en una elección las opciones son incomparables, eso significa que ninguna es mejor, peor o igual que la otra. Esto quiere decir que, en términos formales y materiales, los extremos están en simetría uno respecto del otro, es decir, no hay relación de valor entre estos.

Pero, ¿a qué sujetos es admisible atribuirles los efectos de la tesis de la incomparabilidad entre valores? Esto es, si la situación de partida de cierto grupo es el de la subcompensación por los daños que han sufrido, pero los valores afectados son inconmensurables con los actos o bienes orientados a reparar, la simetría entre los extremos tendría como efecto que ese tipo de reparaciones no tendría justificación racional. En este caso como en muchos otros a los que me he referido arriba, hay tanto un argumento formal de razonamiento práctico para sostener que es posible configurar un escenario de elección en esas situaciones, como un modelo que permita incorporar al razonamiento derechos, bienes, intereses, consecuencias y daños: el pluralismo valorativo consecuencialista e instrumental. En otras palabras, el carácter instrumental mismo de esas relaciones normativas habilita, por definición, la comparación entre objetos en términos consecuencialistas y pluralistas y, por eso, el análisis de daños y la fijación de reparaciones.

8. Conclusiones

La objeción de la inconmensurabilidad es un reproche común a la posibilidad de elección racional justificada, según la cual, no siempre es posible ordenar en términos cuantitativos las opciones en competencia para tomar una decisión. Este desafío a la razón práctica no es de gran entidad en tanto para elegir no es necesario que la relación entre las alternativas pueda expresarse en función de una escala numérica o de rango.

⁴⁶ *Ibidem*.

El reproche de la incomparabilidad, de ser acertado, podría poner en entredicho la función y el alcance mismo de la razón práctica en ciertos casos. Según este argumento, en algunas situaciones las opciones no se relacionan en términos de mejor, igual o peor, que habilitarían la justificación racional. En esas hipótesis no hay manera de comparar los extremos ni cardinal ni nominalmente. Las alternativas quedan en una suerte de "relación" simétrica en la no es formal ni materialmente posible justificar la decisión.

A este problema de la incomparabilidad han sido dadas varias respuestas que buscan restarle entidad como amenaza a la posibilidad de decisión racional justificada. En este escrito se muestra cómo la objeción misma es insostenible en términos formales y materiales y cómo desemboca en la negación de lo que pretende defender en términos de valor categorial mayor y discontinuo. La objeción de inconmensurabilidad entendida como incomparabilidad también ha sido presentada contra algunos de los subconjuntos de la razón práctica: el derecho o el razonamiento que involucra derechos. Es esto casos varias de las razones que sustentan la comparabilidad en el razonamiento práctico en general, son aplicables a los juicios que involucran derechos.

El pluralismo valorativo consecuencialista como propuesta de fundamentación de los derechos permitiría dar cuenta de estos en términos más precisos y más matizados que los extremos deontologistas y utilitaristas. Un universo de valores diferentes no implica el bloqueo general de comparaciones entre estos porque lo que habilita ese examen es una estructura de razonamiento que no tiene que ser cuantitativa para ser concluyente. Este modelo pluralista, consecuencialista y comparativista permitiría evaluar qué tan cierto es que las tesis de la importancia absoluta de los derechos es la que mejor los tutela. También daría paso al examen de compensaciones por daños en situaciones de subcompensación sistemática.

Finalmente sólo quisiera señalar esto, no deja de sorprenderme la facilidad con la que se acude a las peras y las manzanas como el caso paradigmático

de la incomparabilidad. Es cierto que se puede tratar sólo de una forma de presentar el problema en términos simples, pero no creo que sea sólo eso. Mi intuición es que ese es precisamente el ejemplo porque la noción de incomparabilidad entendida como inconmensurabilidad es preva-
 leciente. Y que, al intentar proteger ciertos valores, derechos o intereses de los riesgos del intercambio universal, se ha terminado por soslayar el examen de lo común, lo diferente y los sacrificios de escoger una cosa sobre la otra. En fin, que si algo es comparable y, en muchos sentidos conmensurable, es la dulzura, el disfrute, el verdor, el olor, el peso y la densidad de una pera y una manzana cuando tenemos que decidir que vamos a comer.

Fuentes

BERLIN, Isaiah, *Four Essays on Liberty*, Oxford University Press, Oxford, 1969.

BERLIN, Isaiah, *The Crooked Timber of Humanity*, Random House, Nueva York, 1994.

BOOT, Martijn, "Incommensurability and Incomplete Comparability", en *Incommensurability and Its Implications for Practical Reasoning, Ethics and Justice*, Rowman & Littlefield International, Londres, 2018.

CHANG, Ruth, "Introduction", en Ruth CHANG (ed.), *Incommensurability, Incomparability and Practical Reason*, Harvard University Press, Cambridge, Londres, 1997, pp. 1-34.

CHANG, Ruth, "Against Constitutive Incommensurability or Buying and Selling Friends", *Philosophical Issues*, vol. 11, 2001, pp. 33-60.

CHANG, Ruth, "Incommensurability (and Incomparability)", en LAFO-
 LLETTE, Hugh, *The International Encyclopedia of Ethics*, Blackwell Publishing, Londres, 2013, pp. 2591-2604.

- CHANG, Ruth, "Value Incomparability and Incommensurability", HIROSE, Iwao y Jonas OLSON (eds.), *The Oxford Handbook of Value Theory*, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 205-224.
- DA SILVA, Virgilio A., "Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing and Rational Decision", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 31, núm. 2, 2011, pp. 273-301.
- DWORKIN, Ronald, "Taking Rights Seriously", en *Taking Rights Seriously*, Bloombury Publishing, Nueva York, 2013, pp. 223-247.
- GONZÁLEZ Carvallo, Diana, *Derechos y consecuencialismo moral*, Tesis doctoral, UNAM, 2019. Disponible en: <http://132.248.9.195/ptd2019/enero/0784999/Index.html>
- MASON, Elinor, "Value Pluralism", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 07 de Febrero de 2018. Disponible en: <https://plato.stanford.edu/archives/spr2018/entries/value-pluralism/> [última fecha de visita 9 de abril de 2018].
- NOZICK, Robert, "Moral Constraints and the State", en *Anarchy, State and Utopia*, New York: Basic Books, Nueva York, 2013, pp. 26-53.
- RAZ, Joseph, *The Morality of Freedom*. Oxford-Clarendon Press, Oxford, 1986.
- RAZ, Joseph, *Engaging Reason: On the Theory of Value and Action*, Oxford University Press Oxford, 2001.
- RAZ, Joseph, "Postscript to the Second Edition: Rethinking exclusionary reasons", en *Practical Reasons and Norms* (Oxford University Press, Oxford, 1999, pp. 190-215.
- RIVERA Castro, Faviola, *Virtud, Felicidad y Religión en la Filosofía de Kant*, UNAM-IIF, México, 2014.

SCHAUER, Frederick, "Commensurability and its Constitutional Consequences", *Hastings Law Journal*, vol. 45, núm. 4, 1994, pp. 785-812.

SCHROEDER, Mark, "Value Theory", en *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 28 de Julio de 2016. Disponible en: <https://plato.stanford.edu/entries/value-theory/> [última fecha de consulta: 05 de Septiembre de 2017].

SEN, Amarya, "Incompleteness and Reasoned Choice", *Synthese*, vol. 140, núm. 1/2 , 2004, pp. 43-59.

SUNSTEIN, Cass, "Incommensurability and Valuation in Law", *Michigan Law Review*, vol 92, 1993, pp. 779-861.

URBINA, Francisco, "The Incommensurability Objection", en *A Critique of Proportionality and Balancing*, Cambridge University Press, Londres, 2013, pp. 39-74.

WALDRON, Jeremy, "Fake Incommensurability: A Response to Professor Schauer", *Hastings Law Review*, vol. 45, núm. 4, 1994, pp. 813-824.

Proporcionalidad, normas y valores para ciudadanos y jueces

Marina Velasco*

* Doctora en Filosofía. Posgrado en Lógica y Metafísica (PPGLM), Universidad Federal de Río de Janeiro. Contacto: marina.isa.velasco@gmail.com

SUMARIO: 1. Nota introductoria; Proporcionalidad; Normas; Valores; Personas; 2. Ciudadanos y Jueces.

1. Nota introductoria

Reflexionaré sobre el papel que desempeñan la proporcionalidad, las normas y los valores en dos contextos diferentes: 1) en las relaciones personales, y 2) en las relaciones entre ciudadanos y en el contexto de la decisión judicial, especialmente cuando los jueces deciden sobre conflictos entre derechos fundamentales. El propósito es mostrar que desempeñan papeles diferentes en los distintos contextos y que, dada la especificidad de cada contexto, puede ser más o menos apropiado usar argumentos de proporcionalidad o argumentar en términos de valores o de normas.

Comenzaré con una caracterización muy breve y superficial de los tres elementos.

Proporcionalidad

La proporcionalidad, en sentido general, es una exigencia racional de adecuación entre medios y fines. Ella aparece en muchas áreas del pen-

samiento práctico. No es sólo la idea de que los medios deban conducir al fin deseado, sino también la exigencia de que los medios usados sean proporcionados. Si, por ejemplo, el fin es alcanzado, pero las consecuencias colaterales producen daños que podrían haber sido evitados usando otros medios que conducen al mismo fin, la acción es desproporcionada.

Normas

Las normas sociales —en general, sin distinguir los diversos ámbitos en que pueden estar en vigor— son enunciados deónticos que expresan expectativas de comportamiento generalizadas (en tiempo, espacio y situación de la acción). Típicamente contienen el verbo deber. Ellas expresan obligaciones o prohibiciones. (Dejo de lado en esta caracterización superficial la cuestión de si ellas son propiamente enunciados o, en rigor, el significado de esos enunciados).

Valores

Valor es algo que atribuimos a objetos, estados de cosas, rasgos de situaciones, o acciones de personas. Los valores generalmente expresan preferencias socioculturalmente compartidas. La categoría más importante de valor es el concepto de *bueno* y su opuesto, *malo*, además de los conceptos "mejor" y "peor".

Paso ahora a considerar los tres elementos en los dos contextos mencionados en: 1) las relaciones personales, y 2) las relaciones entre ciudadanos y el contexto de la decisión judicial, especialmente cuando los jueces deciden sobre conflictos entre derechos fundamentales.

Personas

La proporcionalidad aparece como una exigencia de racionalidad que nos hacemos unos a otros en las relaciones personales cotidianas. Una suposición básica de la interacción social entre personas adultas es que

cada uno persigue sus fines, y lo que nos exigimos mutuamente es que cada uno persiga sus fines de forma proporcionada. En la medida en que nuestras acciones pueden afectar a otros, exigimos que el uso de los medios sea proporcionado.

El principio de proporcionalidad puede ser enunciado de la siguiente manera: "Si persigues un fin, debes usar un medio que sea idóneo, necesario y apropiado para ese fin".¹ Ciertamente, un medio que no conduce al fin buscado no es ni siquiera un medio. No cabe hablar de proporción —o sería algo fuera de toda proporción—. Pero también sería fuera de proporción usar un medio que hace más de lo que es necesario, sea porque produce más daño, o es más caro que lo necesario para alcanzar el fin deseado. La proporcionalidad es también una exigencia que nos hacemos a nosotros mismos. Al actuar *queremos* usar los mejores medios para nuestros fines —o *debemos* quererlo, en la medida en que actuamos racionalmente.² Y los mejores medios son aquellos que no sólo nos conducen al fin que queremos, sino aquellos que nos conducen al fin de la mejor manera. La desproporción es mejor percibida cuando constatamos que había otros medios alternativos, menos gravosos o costosos, para alcanzar el mismo fin.

Es un principio muy importante para juzgar acciones en la vida cotidiana, también en sentido moral. Siempre que, en una situación dada, no exista una norma clara que específicamente obligue, permita o prohíba la realización de una acción, justificamos o condenamos esa acción teniendo en

¹ Bernard Schlink, "Proportionality in Constitutional Law: Why Everywhere But Here?", en *Duke Journal of Comparative and International Law*, vol. 22, núm. 2, 2012, p. 292.

² Se trata de un *deber* racional, o una exigencia que nos plantea nuestra racionalidad. Kant lo entendió como un principio racional, al que llamó imperativo *hipotético* (por depender el deber de una condición o hipótesis: sólo *debemos* realizar la acción que consiste en un medio, porque queremos el fin para el cual esa acción es un medio). Y lo contrastó con otro principio, al que llamó imperativo *categorico* (porque el deber no dependería de ninguna condición: el deber de actuar de acuerdo con reglas universalizables, un *deber* también racional, según Kant, pero no instrumental, sino moral). Véase, Immanuel Kant, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Espasa-Calpe, Madrid, 1980.

cuenta la legitimidad del fin perseguido, la idoneidad, necesidad y el carácter apropiado de la acción que constituye el medio para ese fin.

La exigencia de proporcionalidad está implícita en las atribuciones mutuas de responsabilidad que son indisociables del hecho de tratar a otros como personas. En este contexto de las relaciones interpersonales, el concepto de responsabilidad parece tener un significado diferente del significado jurídico. Mientras que en el contexto jurídico se trata de determinar, analizando los hechos, si alguien debe ser castigado por un delito, o si alguien debe ser responsabilizado por un daño, en la interacción personal, más que analizar los hechos, se trata de decidir qué actitud adoptar frente a alguien.³ No es que los hechos no sean importantes en este contexto, sino que nuestra decisión de considerar a alguien como responsable no está determinada completamente por los hechos. Considerar a la otra persona como responsable es una actitud que adoptamos, que depende de la relación que tengamos con esa persona, y que —en cuanto actitud o acción nuestra— también está sujeta a apreciaciones sobre su proporcionalidad. Hay casos en que está claro que tenemos derecho a alguna cosa, pero que, dadas las circunstancias, sería desproporcionado hacerlo valer. Por ejemplo, sería desproporcionado pretender cobrar una deuda irrisoria de un amigo que está pasando por un momento muy difícil y está en la miseria, aun cuando consideremos que la situación en la que se encuentra se debe a imprudencia de su parte. Esto es algo difícil de enseñar a los niños: que tenemos derechos y que, no obstante, a veces no es apropiado reclamarlos.⁴

Muchos abordajes sobre las emociones morales, y especialmente sobre la virtud, incorporan ideas de proporcionalidad. No se debe reaccionar de manera desproporcionada. Frente a cada situación parece haber una me-

³ Me baso aquí en Christine Korsgaard, "Creating the Kingdom of Ends: Reciprocity and Responsibility in Personal Relations", *Creating the Kingdom of Ends*, Cambridge University Press, Cambridge, 1996, pp. 188-221.

⁴ Cfr. Arthur Ripstein, "Reclaiming Proportionality", *Journal of Applied Philosophy*, vol. 34, núm. 1, 2017, pp. 1-18.

didada, una medida que nunca es exacta, pero a la que, sin embargo, aspiramos alcanzar. Una idea de proporcionalidad está presente en la concepción de virtud aristotélica. Para Aristóteles, la persona prudente es aquella que sabe actuar de la manera apropiada, proporcionada, en cada situación, manteniéndose apartada de los extremos, que constituirían el vicio.⁵

Los juicios de proporcionalidad son también centrales a la hora de juzgar las acciones de autodefensa, como es bien sabido en el contexto del derecho penal, pero también, en las acciones de la vida cotidiana. Consideramos que cada uno tiene derecho a defender su vida y su propiedad, pero juzgamos desproporcionado que alguien use armas de fuego para evitar que un grupo de niños robe manzanas de su árbol. En este contexto, la justificación para ese juicio puede ser el argumento de que la vida de un chico vale más que algunas manzanas. Comparamos dos bienes, valores o estados de cosas a los que atribuimos valor. Dada esa atribución de valor —o de peso— concluimos que uno de ellos pesa más que el otro. Volveré más tarde a hablar de proporcionalidad en el derecho, y me preguntaré si es esta misma forma de argumento la que debe ser usada cuando están en juego derechos fundamentales.

Al justificar nuestras acciones en el contexto de la vida cotidiana apelamos tanto a *valores* cuanto a *normas*. Y hay diferencias notables en apreciar las acciones humanas usando conceptos valorativos (bueno, malo, bien y mal) y conceptos normativos (obligación, permisión, prohibición y derecho). Sin embargo, normas y valores son dos entidades que durante mucho tiempo fueron "metidas en la misma bolsa" por buena parte de la filosofía contemporánea, una bolsa que guardaba cosas reputadas como no muy valiosas, por cierto, por el hecho de ser consideradas imposibles

⁵ Cfr. Eric Engle, "The General Principle of Proportionality and Aristotle", en Liesbet Huppel-Cluysenaer y Nuno M. Coelho (eds.), *Aristotle and The Philosophy of Law: Theory, Practice and Justice. Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice*, vol. 23, Springer, Dordrecht, 2013, pp. 265-276.

de ser tratadas de una manera racional. El cuestionamiento de la racionalidad de los valores y de las normas se hizo en el contexto de una gran dicotomía: la dicotomía entre hechos y valores (incluyéndose a las normas en el término genérico valores). Para el positivismo lógico, *hechos* —de un lado— y *valores y normas* —del otro— son entidades absolutamente distintas e irreducibles.

Dentro de esa gran dicotomía entre hechos y valores no tenía mucho sentido hacer una distinción interna a uno de los polos de la dicotomía, entre los valores y las normas. Se consideraba que ambas entidades formaban parte del lenguaje "valorativo", "normativo" o "prescriptivo", un lenguaje que no describe nada y que, por lo tanto, no puede ser verdadero ni falso. Dado que, para esa perspectiva, racional es aquello que puede ser demostrado como verdadero, todo lo que cae fuera de ese dominio de la verdad o de la falsedad es el dominio de la irracionalidad. Para esa perspectiva, la razón es solamente teórica. No hay razón práctica. Discusiones sobre valores o normas no involucran verdad o falsedad: serían por tanto irracionales. Dado que las "afirmaciones" que hacemos sobre nuestra acción, sobre lo que "sería bueno" o "sería correcto" hacer o dejar de hacer, no son afirmaciones con valor de verdad, ellas serían sólo expresiones de nuestros sentimientos, o recomendaciones que hacemos basadas en sentimientos que, a su vez, no están basados en razones. Ellas expresarían nuestra aprobación o desaprobación moral, o prescribirían un comportamiento a partir de una posición de autoridad.

Contra esta visión reaccionan todas aquellas teorías morales que quieren tomar en serio los presupuestos de la interacción mediada por el lenguaje moral en la vida cotidiana, en la que continuamente justificamos nuestras acciones apelando a normas y valores. Ciertamente, para defender que podamos hablar de algún tipo de "objetividad" en la moral, no podemos tomar a la racionalidad teórica como padrón de medida. Que no pueda haber verdad o falsedad en el lenguaje moral que usamos no significa que no intercambiamos razones. Sólo que, desde un punto de vista moral, buscamos *razones para actuar*, no *razones para creer*, por eso no

es de la racionalidad teórica de la que se trata aquí, sino de la racionalidad práctica. Diferentes teorías de la moral tendrán una visión diferente sobre el papel que los valores y las normas desempeñan en la justificación moral. Tradicionalmente, las teorías éticas se clasifican en dos grupos: las éticas del bien y las éticas del deber, las primeras dan primacía al lenguaje valorativo y las segundas dan primacía al lenguaje normativo. No voy a detenerme en ello aquí. En lo que sigue quisiera prestar atención a la diferencia entre argumentar en términos de valores y argumentar en términos de normas en general. Esto será de la mayor importancia en el contexto jurídico, como intentaré mostrar en la segunda parte de este trabajo. Quiero, entonces, enfocarme en la diferencia entre considerar las acciones humanas a la luz de conceptos valorativos (bueno, malo, bien y mal) y a la luz de conceptos normativos (obligación, permisión y prohibición).

Justificamos acciones como buenas o malas en muchos sentidos. G. H. von Wright, tal vez el autor más importante esta materia —que, además, ejerció una gran influencia en la filosofía del derecho en lengua castellana— distingue una amplia variedad de significados de *bondad*.⁶ No voy a seguirlo aquí. Basándome en Habermas, aunque no acompañando fielmente sus pasos, voy a distinguir dos sentidos básicos en que las acciones pueden ser consideradas buenas o malas: un sentido *técnico* (o "pragmático", en la terminología del autor) y un sentido *ético*, que es diferente del sentido *moral*. Como veremos, Habermas hace una distinción entre cuestiones *éticas* y cuestiones *morales*.⁷

Habermas traza las distinciones considerando diferentes "usos de la razón práctica", situándose, por lo tanto, en la perspectiva de la primera per-

⁶ G. H. von Wright, *La diversidad de lo bueno*, Marcial Pons, Madrid, 2010.

⁷ Aunque no todos, varios autores contemporáneos hacen una distinción entre *ética* y *moral*, aludiendo con esos términos, respectivamente, a cuestiones de la "vida buena" y a cuestiones de justicia. En la filosofía contemporánea esta distinción tiene su origen en un libro de Bernard Williams, *Ethics and the Limits of Philosophy*, Harvard University Press, 1985.

sona gramatical.⁸ Acciones pueden ser buenas o malas *para mí*, en sentido *técnico*, cuando son buenas o malas como medios para un fin que quiero. Tenemos un fin, algo que queremos y por ello consideramos valioso, y buscamos los mejores medios para ese fin. Problemas técnicos pueden ser más o menos complicados. Si es conveniente, puedo llamar a alguien que tenga más conocimiento —a un técnico— y me traiga la solución para el problema que me aqueja. Los valores que están en juego en esta situación son utilitarios. El problema que exige una solución en este caso puede ser apreciado desde una perspectiva objetiva, y la solución vale para cualquiera que se encuentre en mi situación.

Acciones pueden ser buenas o malas para una persona en otro sentido, que no es técnico sino *ético*. Más que de medios, en este caso se trata de determinar qué fines quiero o debo perseguir, y los fines aparecen como valiosos en un sentido diferente. El problema que exige una solución racional en este caso es un problema más propiamente *mío*, tiene que ver con la persona que soy. Me pregunto qué es *bueno para mí*, qué fines debo perseguir *yo*, no cualquiera que esté en mi situación —yo, siendo quien soy, teniendo esta biografía insustituible y dados los valores a los que adhiero. Lo que es bueno para mí depende de lo que soy, pero también de lo que desearía ser —es indisoluble de un ideal del yo—. En este caso, ciertamente, no puedo llamar a un técnico para que me proporcione la solución a mis problemas. Este uso de la razón práctica es llamado *ético-existencial*, porque está indisolublemente ligado a la comprensión de sí. Aquí la perspectiva de la primera persona es insustituible.

La misma pregunta "ética" puede ser planteada desde la perspectiva de la primera persona del plural: la pregunta de qué es *bueno para nosotros*. El objetivo en este caso es determinar qué fines queremos —o debemos— perseguir nosotros, en cuanto comunidad que se comprende de cierta manera, y dado que entendemos nuestra historia de cierta manera.

⁸ Cfr. "Del uso pragmático, ético y moral de la razón práctica", en Jürgen Habermas, *Aclaraciones a la ética del discurso*, Trotta, Madrid, 2000.

Este uso de la razón práctica es llamado *ético-político*. Aquí también la perspectiva de la primera persona es insustituible. Los fines a los que aspiramos se fundan en los valores a los que adherimos, los cuales dependen de la manera como nos comprendemos a nosotros mismos. Los valores son siempre culturalmente compartidos. Tienen pretensión de validez intersubjetiva, pero están siempre entrelazados con una forma de vida.⁹

Habermas distingue un tercer "uso de la razón práctica", el uso *moral*, que gira en torno de cuestiones de justicia. Este uso va más allá de lo que es "bueno para alguien". La pregunta por aquello que es justo, por su propio sentido, va más allá de lo que es "bueno para mí" o "bueno para nosotros", y se mueve en un ámbito de validez diferente, con pretensión de validez universal. Las acciones ya no son juzgadas como mejores o peores en diferentes grados, sino como correctas o incorrectas a la luz de algún criterio normativo de justicia. La validez es, en este ámbito, *deontológica*.

Como vemos, los valores y las normas desempeñan un papel diferente en los tres distintos usos de la razón: técnico, ético y moral. Habermas resume las diferencias entre las normas y los valores teniendo en cuenta cuatro rasgos:

1. *Con respecto a la forma de su validez:*

Las normas incorporan un código binario de validez, mientras que los valores tienen una forma de validez gradual y transitiva. Las normas, o las acciones que a ellas se conforman, pueden ser juzgadas como *correctas* o *incorrectas*, en analogía con la verdad y la falsedad. Los valores establecen un orden de preferencia: algunos bienes pueden ser más apreciados que otros, considerados *mejores* o *peores*.

⁹ "Los valores culturales llevan consigo, desde luego, una pretensión de validez intersubjetiva, pero están tan implicados en la totalidad de una forma vital especial que no pueden aspirar, sin más ni más, a la validez normativa en sentido estricto...", J. Habermas, "Ética del discurso. Notas sobre un programa de fundamentación", en *Conciencia moral y acción comunicativa*, Península, Barcelona, 1985.

2. *Con respecto a su fuerza normativa:*

Las normas a las que consideramos justificadas tienen la fuerza de una obligación (independiente de la imposición social) y, por tanto, una validez categórica. Los valores son juzgados en deliberaciones prudentiales y realizados en acciones teleológicas, de modo que los enunciados valorativos que los incorporan son *recomendaciones* o *consejos* de acuerdo con alguna concepción de vida buena.

3. *Con respecto a su universalidad:*

Mientras que una norma puede merecer un reconocimiento incondicionado y universal, el reconocimiento del carácter vinculante de los valores depende de un contexto cultural. Adherimos a valores desde el punto de vista de lo que es "mejor para mí" o "mejor para nosotros".

4. *Con respecto a las relaciones de coherencia:*

Las normas mantienen relaciones de coherencia y deben conformar un sistema. No es posible asentir a normas contradictorias. Mientras que los valores pueden organizarse en jerarquías flexibles o en constelaciones, pero nada exige que conformen un sistema coherente.

Habíamos hablado más arriba de la gran dicotomía positivista entre hechos y valores. Dadas las diferencias apuntadas por Habermas entre las normas y los valores, cabe preguntarnos si no presenta una nueva dicotomía, ahora entre normas como racionales y valores como irracionales. Esto es algo que Hilary Putnam afirma en el debate que mantuvo con Habermas a finales del siglo XX: el peligro, en la posición de Habermas, de lanzar los valores para el ámbito de lo irracional, de lo no-cognitivo. No voy a entrar aquí en ese intrincado debate.¹⁰ Como vimos, Habermas no

¹⁰ Existe una compilación en español que reúne los textos del debate: Hilary Putnam y Jürgen Habermas, *Normas y Valores*, Trotta, Madrid, 2008.

afirma que los argumentos sobre valores sean irracionales. En ambos casos usamos razones, pero son razones de diferente tipo. Lo que afirma es que hay más posibilidad de universalización en el lenguaje normativo.

Parece oportuno preguntar por la relación entre lenguaje valorativo y el lenguaje normativo. ¿Acaso no solemos considerar que hacer lo correcto es hacer lo que es mejor? A veces se sostiene que hay una equivalencia o una correlación entre ambos lenguajes. Robert Alexy, por ejemplo, al distinguir los conceptos valorativos de los conceptos normativos, parece dar por sentado que existe una equivalencia entre lo que es *mejor* y lo que es *debido*.¹¹ En ese contexto, Alexy cita a G. H. von Wright. Sin embargo, von Wright pone en duda que exista una conexión clara entre valor y norma:

Decir que lo bueno es algo que debe existir o que debe ser perseguido, no es sólo muy vago, sino que fácilmente puede verse como una opinión insostenible, a menos que se afirme con grandes reservas. [...] ¿Las manzanas buenas deben ser comidas? [...] ¿A quién obliga, y cómo, la bondad de un buen corredor? [...]¹²

Y concluye:

Incluso podríamos dudar de si hay alguna conexión intrínseca inmediata [entre norma y valor].¹³

Lo que constatamos, en todo caso, es la existencia de dos lenguajes, uno valorativo y otro normativo. Podemos decir que ambos lenguajes obedecen a diferentes lógicas: la lógica del bien y la lógica del deber. La diferencia entre ambas lógicas se manifiesta con más crudeza en los casos en que identificamos un conflicto entre razones para actuar. En tales casos

¹¹ Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2008, pp. 138 y ss.

¹² G. H. von Wright, *La diversidad de lo bueno*, *op. cit.*, pp. 179-80. Este es un punto enfatizado por las éticas deontológicas. Hacer lo correcto no necesariamente produce buenas consecuencias.

¹³ *Ibidem*, p. 180.

de conflicto, hay dos formas básicas de razonamiento práctico que un agente decisor puede adoptar. Mientras que en el primer caso se trata de llegar a una decisión sopesando bienes o valores, en el segundo caso se trata de producir un argumento que muestre que la decisión «se ajusta» al caso a la luz de un sistema normativo presupuesto. En el primer caso la decisión es consecuencialista y obedece a la lógica «del bien». Se trata de encontrar, a la luz de los valores en conflicto, la mejor solución, la óptima. En el segundo caso, el tipo de decisión es deontológica. Se procura una solución que pueda considerarse «correcta» a la luz de las normas presuntamente aplicables; el razonamiento obedece en este caso a la lógica «del deber».¹⁴ Esta distinción será de la mayor relevancia en el contexto de la decisión judicial.

Pasemos ahora a considerar el papel que desempeñan la proporcionalidad, las normas y los valores en el contexto de las relaciones entre ciudadanos y en el contexto de la decisión judicial.

2. Ciudadanos y Jueces

Las relaciones entre ciudadanos son diferentes de otras formas de relaciones personales o familiares. Son relaciones políticas. Las personas, en su papel de ciudadanos, adoptan inevitablemente una perspectiva pública. En el espacio público, los ciudadanos, en primera persona del plural, se plantean fines y crean leyes y políticas públicas, y esa normatividad es indisociable de la coerción legítima. Esta actividad de creación de normas no sucede en un *vacuum* normativo. En el Estado de derecho contempo-

¹⁴ Distingo las dos maneras de argumentar en caso de conflictos prácticos en Marina Velasco, "Conflictos entre derechos y ponderación. Por qué los jueces no deberían abandonar la perspectiva deontológica", *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 39, 2016, pp. 305-317. Las dos perspectivas se corresponden con dos tipos de teorías éticas. Consecuencialistas son llamadas las teorías éticas que sostienen la prioridad de lo bueno sobre lo correcto. Lo correcto, para un consecuencialista, no sólo está subordinado a lo bueno, sino que ni siquiera puede definirse de manera independiente de lo bueno: para un consecuencialista lo correcto es maximizar lo bueno. Deontológicas, por el contrario, son llamadas las teorías éticas que sostienen la prioridad de lo correcto sobre lo bueno. En este caso, lo correcto no sólo no está subordinado a lo bueno, sino que establece restricciones a la persecución de lo bueno.

ráneo la constitución es el marco normativo dentro del cual todas las normas son creadas. La constitución vincula a todos los ciudadanos, tanto en los contextos sociales corrientes, especialmente, cuando estos ciudadanos ocupan cargos públicos, sea como funcionarios, sea como legisladores o jueces.

El Estado de derecho contemporáneo es también una comunidad *ética*, en el sentido que distinguimos en el apartado anterior. Ciudadanos legisladores y ciudadanos funcionarios del Estado crean normas, y diversos tipos de razones justifican esas decisiones colectivas: razones *técnicas*, razones *éticas* y también razones *morales*. En este contexto, la exigencia de proporcionalidad se presenta, además de como una exigencia general de adecuación entre medios y fines, como la exigencia de que los fines sean constitucionalmente legítimos. Dentro de ese marco dado por la constitución, ciudadanos legisladores tienen amplísimo margen para proponerse fines y ponderar valores.

Prestar atención al diferente papel que desempeñan la proporcionalidad, las normas y los valores alcanza su máxima relevancia en el contexto de la decisión judicial. Este contexto no sólo es diferente porque el juez, en la decisión judicial, no se encuentra en una relación simétrica con los ciudadanos. La perspectiva del juez es pública, pero es diferente de la perspectiva pública adoptada por los ciudadanos cuando crean leyes. Voy a defender, además, que hay algo especial en la perspectiva del juez constitucional cuando decide sobre derechos fundamentales.

Los juicios de proporcionalidad atraviesan todas las áreas del derecho. Y no podría ser de otra manera. Siempre que no exista una norma clara que obligue, permita o prohíba hacer algo, somos naturalmente llevados a juzgar las acciones teniendo en cuenta la proporcionalidad entre los medios y los fines. El principio de proporcionalidad aparece cada vez con mayor frecuencia en todos los ámbitos jurídicos, especialmente en las sentencias que enfocan en actos de los poderes públicos en los que están en juego derechos fundamentales.

El principio de proporcionalidad, en la versión que pasó a ser considerada canónica —al ser usada por el Tribunal Constitucional alemán y luego divulgada por Robert Alexy— nació en el derecho administrativo alemán, y surgió con la finalidad de controlar las acciones de la policía.¹⁵ Hasta la segunda mitad del siglo XVIII la policía gozaba de una amplia discrecionalidad en la elección de los medios usados para garantizar la seguridad pública. Las cosas empezaban a cambiar con la proximidad de la Revolución francesa, un momento de iluminismo constitucional en el que diversos proyectos constitucionales son formulados y ciertos derechos individuales comienzan a ser reconocidos. Al imponerse la exigencia de que las intervenciones del Estado en la libertad de las personas debían limitarse a los casos imprescindibles, surge esta norma, que define las tareas de la policía en términos de proporcionalidad. El Estado tenía dos finalidades que apuntaban en direcciones contrarias: debía autorizar a la policía a realizar acciones para garantizar la seguridad pública pero, al mismo tiempo, debía garantizar la vida, la libertad y la propiedad de los ciudadanos contra la inevitable intrusión de la policía. Nótese que se trata de un contexto en que el Estado autoriza a un oficial a actuar en su nombre. Dado que es imposible formular normas que prevean todas las acciones posibles de ser realizadas por la policía en diferentes circunstancias, el Alto Tribunal Administrativo prusiano desarrolló la norma de proporcionalidad: la policía estaba autorizada a usar solamente medios que fuesen idóneos, necesarios y apropiados. El fin tenía que ser lo suficientemente importante como para justificar la intrusión de la policía en la libertad de los ciudadanos, los medios usados debían servir al fin, y no debía haber disponibles otros medios igualmente eficaces pero menos intrusivos para alcanzar el mismo fin.

Paulatinamente, el principio de proporcionalidad fue ocupando un lugar central en el Estado de derecho contemporáneo. La idea general de pro-

¹⁵ Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, pp. 40 y ss. Cfr. también Bernard Schlink, "Proportionality in Constitutional Law...", *op. cit.*, p. 292.

porcionalidad, omnipresente en los Estados de derecho contemporáneos, es la de que toda acción realizada por el Estado, además de perseguir fines que sean legítimos, debe usar medios que sean, en primer lugar, *adecuados* para perseguir esos fines —en el sentido de no afectar derechos fundamentales— y, en segundo lugar, debe usar medios que sean *necesarios*, i. e., que, en el caso de que afecten derechos fundamentales, pueda mostrarse que no existen alternativas menos gravosas para esos derechos que son afectados.

La cuestión compleja y acuciante se presenta en el derecho constitucional. La importante cuestión es si el principio de proporcionalidad debe o no ser entendido como el principio supremo que debe guiar la decisión judicial de los jueces constitucionales *en todos los casos* en que se verifica un conflicto entre derechos fundamentales. Muchos piensan que sí, que a la hora de decidir un conflicto entre derechos fundamentales se presenta a los jueces constitucionales el mismo tipo de problema que enfrentaba el Tribunal Administrativo alemán de tener que lidiar entre dos exigencias en tensión: la Constitución contiene derechos que garantizan a los ciudadanos una variedad de derechos y libertades y, al mismo tiempo, la misma autoriza a limitar esos derechos, i. e., a realizar "intrusiones" en ellos. De nuevo se presentaría en este contexto —así se suele argumentar— el dilema de cómo conciliar estas dos exigencias en tensión, y la solución debe ser dada en términos de proporcionalidad, no solamente en cuanto a la revisión de la idoneidad y necesidad de las medidas que afecten derechos fundamentales, sino también en cuanto a la llamada "proporcionalidad en sentido estricto", por lo que debe ser realizada una *ponderación* entre los bienes o valores involucrados en el conflicto, de forma a determinar cuál del los bienes o valores debe prevalecer, sea en un conflicto entre derechos fundamentales entre sí, sea en un conflicto entre derechos fundamentales y bienes colectivos.

De hecho, el Tribunal Constitucional alemán, poco después de comenzar a funcionar en la segunda mitad del siglo XX, adoptó el principio de proporcionalidad como "el principio" que preside la jurisprudencia

constitucional, y junto con él, la comprensión de la Constitución entendida como un orden de valores. Como sabemos, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán fue sistematizada por Robert Alexy en una teoría de los derechos fundamentales que cada vez tiene más influencia fuera de Alemania. Según esta teoría, los derechos fundamentales deben ser entendidos como principios de optimización y, por esa razón, aplicables por medio del principio de proporcionalidad. El test de proporcionalidad concluye con la llamada "proporcionalidad en sentido estricto", el famoso "juicio de ponderación". Dados dos principios en conflicto, se realiza una comparación entre el grado en que un principio es satisfecho y el grado de no satisfacción del otro: "cuanto mayor el grado de no satisfacción de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacer o realizar el otro".¹⁶ En este marco los derechos fundamentales son entendidos como valores cuya realización debe ser optimizada. No importa si los elementos que son ponderados son llamados "bienes", "derechos fundamentales", "intereses", o "pretensiones", lo importante es que los elementos que son ponderados son entendidos y tratados como valores cuya realización debe ser optimizada.¹⁷

En lo que sigue quisiera criticar esta forma de entender los derechos fundamentales en la constitución. La objeción no se dirige contra el uso del principio de proporcionalidad en general sino contra el uso del juicio de proporcionalidad en sentido estricto, o juicio de ponderación. En sintonía con la posición sustentada por Habermas,¹⁸ quiero defender que los derechos fundamentales deben ser entendidos como normas deontológicas, y no como valores o principios de optimización. Para apreciar la diferencia entre ambas concepciones de los derechos es necesario tener en cuenta la dimensión institucional del derecho. Sólo si tomamos

¹⁶ Véase R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit.

¹⁷ Cfr. *Idem*, p. 91, donde Alexy advierte que en los fallos del Tribunal Constitucional Alemán no se habla expresamente de principios, pero que la diferencia terminológica no impide interpretar la forma de argumentación utilizada por el tribunal como la de una colisión de principios en el sentido privilegiado por él: como mandatos de optimización.

¹⁸ J. Habermas, *Facticidad y validez*, Trotta, Madrid, 1994, cap. 6.

en serio la dimensión institucional del derecho percibiremos la necesidad de que los derechos conformen un sistema, entonces seremos naturalmente llevados a tratar a los derechos fundamentales como normas deontológicas y, por tanto, a entender que el papel del juez cuando decide un conflicto entre derechos fundamentales no puede ser el de alguien que pondera valores.

Algunas precisiones ayudarán a aclarar el argumento en favor de una concepción deontológica de los derechos. En primer lugar, defender este tipo de concepción no significa concebir a los derechos como reglas. Los derechos fundamentales suelen tener la forma de principios, ello es innegable. Suelen ser enunciados abiertos que no especifican las condiciones de su aplicación y, por lo tanto, exigen del aplicador un esfuerzo mayor de argumentación. Pero de ello no se sigue que tengan que ser necesariamente entendidos como valores o principios de optimización. Hay otros modos posibles de entender la manera como la legislación puede "interferir" en los derechos fundamentales, y otras maneras de entender el modo en que los derechos pueden entrar en conflicto. Para decidir un conflicto entre derechos no es inevitable ponderar.¹⁹

En segundo lugar, afirmar que los derechos no deban ser entendidos como valores no significa negar que los derechos encarnen valores. Es innegable que los derechos protegen o promueven valores o intereses. Es la persecución de valores o ideales sociales lo que justifica, desde el punto de vista social, que se reconozcan derechos, y que se exija al Estado la tarea de tutelarlos. No obstante, quien defiende el carácter deontológico de los derechos afirma que, no importa los valores que esos derechos encarnen o protejan, no importa las razones por las cuales pasaron a ser reconocidos como derechos, una vez reconocidos como derechos adquieren vida propia y pasan a someterse a las condiciones de la validez jurídica, a la "lógica del deber". Esa es la fuerza de los derechos: una

¹⁹ Defiendo ese argumento en el artículo: M. Velasco, "Conflictos entre derechos y ponderación...", ya citado.

vez establecidos, por el hecho de pasar a formar parte de una estructura institucional, no pueden ser desplazados invocando los mismos ideales que, desde el punto de vista social, justificaron su reconocimiento. Los derechos, reconocidos como tales en una constitución, pasan a formar parte de un orden jurídico institucional que establece obligaciones recíprocas, y cualquier restricción a los mismos debe ser justificada como un "ajuste" en la comprensión de esos derechos dentro de ese orden coherente.

Es muy importante, para esta perspectiva, distinguir los derechos de los valores que esos derechos protegen o promueven. No es lo mismo argumentar sobre un valor que argumentar sobre un derecho —definido institucionalmente— que protege o asegura ese valor. Este punto ha sido enfatizado por Thomas Scanlon.²⁰ Términos tales como "libertad de expresión" o "libertad de asociación" pueden aludir tanto a bienes que valoramos y deseamos asegurar como a derechos institucionalmente definidos que protegen esos bienes. Si no distinguimos adecuadamente entre esos dos sentidos del término, podemos ser llevados a confundir diferentes tipos de "conflictos", "choques" o "ponderaciones" entre ellos.

Dos valores pueden estar en conflicto —sostiene Scanlon— cuando la persecución de uno de ellos implica sacrificar la persecución del otro. Cuando eso sucede, podemos ponderar (*balance*) esos valores,²¹ i. e., decidir cuál de esos valores es más importante —o, más específicamente, apreciar el grado en que cada uno de ellos es realizado según el caso—. Pero los derechos, entendidos como restricciones o prerrogativas institucionales, pueden "chocar" o colisionar en un sentido diferente: lo que un conjunto de restricciones o prerrogativas nos permite hacer puede estar prohibido por el otro conjunto de restricciones o prerroga-

²⁰ T. M. Scanlon, "Adjusting Rights and Balancing Values", *Fordham Law Review*, vol. 72, núm. 5, 2004, pp. 1477-1486. Scanlon reflexiona sobre cuestiones constitucionales en el marco de una reconstrucción de la perspectiva de la teoría de la justicia de John Rawls. Dejo de lado la referencia a Rawls en mis comentarios.

²¹ "Podemos" ponderar, dice Scanlon, aunque parece dar a entender que es inevitable hacerlo. Yo quisiera agregar que no es inevitable ponderar tampoco en este caso.

tivas. Nótese el lenguaje deontológico en este caso: lo que un derecho *permite* hacer, el otro derecho lo *prohíbe*. Así, por ejemplo, el derecho a la libertad de expresión (entendido de un modo particular) puede prohibir que se proscriban legalmente actos de expresión que revelen hechos vergonzosos de funcionarios públicos, mientras que el derecho a la privacidad (entendido de un modo particular) podría incluir una prohibición legal contra tales actos. Lo que debemos hacer en tales casos —afirma Scanlon— es ajustar nuestra comprensión de esos derechos a dicha situación con el fin de volverlos coherentes. Y este ajuste no es correctamente entendido como la tarea de ponderar (*balancing*) un derecho contra el otro.²²

Mientras que en los casos de un conflicto entre valores estos son ponderados, cuando reconocemos un conflicto entre derechos estos son "ajustados", "redefinidos" o "especificados". La diferencia fundamental entre ambas tareas —señala Scanlon— es que, al ajustarse, redefinirse o especificarse los derechos, al mismo tiempo se definen poderes y prerrogativas institucionales. En la medida en que los derechos se especifican como derechos *constitucionales*, al mismo tiempo se definen poderes de otros agentes (legisladores o funcionarios) para determinar —en el caso del ejemplo— cuáles formas de expresión deben ser legalmente permitidas y cuáles no. Porque especificar los derechos es determinar qué tipo de razones pueden justificar que los agentes públicos eventualmente los limiten.²³ Esta referencia a posibles *razones* que justifiquen la limitación de derechos es la que falta en los argumentos que tratan a los derechos como valores que deben ser ponderados.

Consideraré un ejemplo de la jurisprudencia constitucional brasileña actual que, creo, mostrará con especial claridad la importancia de consi-

²² "The idea of 'balancing' institutionally defined powers and prerogatives against one another hardly makes sense" [...] Values are balanced, rights are adjusted or redefined". En T. M. Scanlon, "Adjusting Rights and Balancing Values", *op. cit.*, pp. 1478-9.

²³ *Ibidem*, p. 1481.

derar a los derechos fundamentales como normas deontológicas, y no como valores. Se trata del argumento presentado por el ministro del Supremo Tribunal Federal de Brasil, Luis Roberto Barroso, en el juzgamiento de la acción constitucional de Hábeas Corpus 152.752, del 3 de abril del 2018, en la que fue considerada la cuestión jurídica subyacente de "si es legítima o no la prisión de alguien que haya sido condenado en segunda instancia a una pena de privación de la libertad".²⁴

En primer lugar, el ministro Barroso caracterizó al derecho fundamental de presunción de inocencia como un principio:

La presunción de inocencia es un principio, y no una regla que se aplique en la modalidad de todo o nada, por ello la presunción de inocencia necesita ser ponderada con otros principios y valores constitucionales.²⁵

Posteriormente, de acuerdo con la concepción de los principios entendidos como mandatos de optimización que deben ser ponderados con otros principios a la hora de ser aplicados,²⁶ caracterizó a los principios opuestos en la situación:

¿Cuáles son los principios que están en juego en la presente discusión? De un lado, el principio de inocencia o de no culpabilidad; de otro lado, el de la efectividad mínima del sistema

²⁴ Barroso, Luis Roberto, "HC152.752. Anotações para manifestação oral", p. 2. Se trata de anotaciones para la exposición oral, ya que no es un voto escrito, y están disponibles en el blog personal del ministro: <https://luisrobertobarroso.com.br/2018/04/12/julgamento-do-hc-152-752-caso-do-ex-presidente-luis-inacio-lula-da-silva/>, pp. 12 e ss. Acceso el 22 de julio de 2018. Las traducciones son mías.

²⁵ *Ibidem*, p. 12.

²⁶ Barroso define qué entiende por principios en el mismo texto: "Los *principios*, al contrario de las reglas, no describen conductas, sino que apuntan a estados ideales a ser alcanzados, tales como la justicia, la dignidad humana o la eficiencia. Son mandatos de optimización dirigidos al intérprete, que debe aplicarlos en la mayor extensión posible, teniendo en cuenta otros principios y la realidad fáctica." Los principios, se dice, deben ser aplicados "... en armonía, en concordancia práctica o en ponderación con otros principios y mandatos constitucionales. Ponderar significa atribuir pesos, hacer concesiones recíprocas y, en el límite, elegir cuál principio va a prevalecer en una situación concreta." *Ibidem.*, p. 13.

penal, que abriga valores importantes, tales como la realización de la justicia, la protección de los derechos fundamentales, el patrimonio público y privado, la probidad administrativa.²⁷

Puestas las cosas de ese modo, llevó a cabo la ponderación entre los dos principios que consideró que estaban en conflicto en la situación:

Cuando comienza la investigación, el principio de presunción de inocencia tiene su peso máximo. Cuando la denuncia es recibida, este peso disminuye. Con la sentencia de condena en primera instancia, disminuye todavía más. Con la condena en segunda instancia, el equilibrio se invierte: los otros valores protegidos por el sistema penal pasan a tener más peso que la presunción de inocencia y, por lo tanto, deben prevalecer.

Y concluyó por la denegación del hábeas corpus.

Creo que es un ejemplo claro de cómo el uso de la ponderación de principios entendidos como mandatos de optimización permite llegar a una conclusión, a un veredicto, al cual no se podría haber llegado de manera tan simple si el derecho fundamental en juego hubiera sido considerado simplemente como una norma deontológica, y no como un valor a ser ponderado con un estado de cosas valioso a ser optimizado. Considerado como una norma deontológica, para llegar a esa conclusión tendría que haber sido dado otro tipo de argumento, uno en el que las *razones* por las cuales el hábeas corpus es denegado tendrían que ser más objetivas, en la medida en que tendrían que basarse en la interpretación y especificación del significado de las normas en conflicto. En lugar de eso, la presunción de inocencia aparece como un valor a ser sopesado con otro valor, entendido como un fin a ser realizado (o "estado ideal a ser alcanzado", según la definición del Ministro) —la efectividad del sistema penal—. Y el juzgador aparece como alguien que tiene que decidir, en la situación, cuál de esos valores pesa más.

²⁷ *Idem.*

En rigor, cabe poner en duda la afirmación de que el principio constitucional de presunción de inocencia en la Constitución brasileña sea propiamente —en el sentido técnico de la distinción— un principio y no una regla. La norma constitucional del artículo 5o., inciso XVII dice: "Nadie será considerado culpable hasta que transite en juzgado la sentencia penal de condena". La norma tiene la estructura condicional de una regla, sólo que la formulación es negativa. En lugar de decir: "Si se dan las condiciones *X*, se debe hacer *Y*", dice "No se debe hacer *Y*, a menos que se den las condiciones *X*". Pero se trata de un mandato definitivo. Siempre que entendamos lo mismo por "transitar en juzgado", no puede haber dudas con respecto a cómo la norma debe ser aplicada. Según la norma, alguien podrá ser considerado culpable si, y solamente si, transitó en juzgado la sentencia penal de condena. La clave de la interpretación está en la expresión "transitar en juzgado". Varios juristas interpretan esa expresión como el término final del proceso, cuando fueron agotados todos los tipos de recurso contra la decisión, y la razón es que sólo en ese caso la sentencia penal de condena puede tener fuerza de ley, estableciendo la situación jurídica nueva de la existencia de la cosa juzgada. Pero en los últimos años hubo idas y vueltas en la interpretación de esa expresión. No voy a entrar en esa discusión, que no es de mi competencia.

Voy a conceder, para los fines de la argumentación, que la presunción de inocencia en la Constitución brasileña sea un principio, y no una regla, i. e., voy a suponer que es una norma de configuración abierta que no especifica claramente las condiciones de su aplicación. Ahora bien, de considerar una norma como principio no se sigue necesariamente que deba aplicarse por medio de ese procedimiento de sopeso de valores. Barroso considera el procedimiento de sopeso o ponderación como inevitable porque se basa en la concepción de los principios de Alexy. Eso lo lleva a concebir al derecho constitucional de presunción de inocencia como algo que puede pesar más o menos dependiendo de otros valores de sistema jurídico que apuntan en sentido contrario en la situación de juzgamiento. Así, en el argumento desarrollado por Barroso, la

efectividad del sistema penal —el valor de la efectividad del sistema penal— acaba pesando más que el valor de la presunción de inocencia. La presunción de inocencia, un derecho fundamental (fundamentísimo) del Estado de derecho, acaba perdiendo fuerza hasta sucumbir frente al valor de la afectividad del sistema penal, el cual —se dice— "abriga valores importantes, tales como (...) la protección de los derechos fundamentales", entre otros.

El problema del argumento es que no proporciona *las razones* por las cuales la efectividad del sistema penal pesa más que la presunción de inocencia en la situación. No es que los derechos siempre deban prevalecer por sobre los bienes colectivos. La concepción de los principios como normas deontológicas no implica necesariamente esa primacía absoluta de los derechos.²⁸ Un bien colectivo puede prevalecer en determinadas circunstancias, pero tiene que ser justificado, también, a la luz de razones fundadas en derechos fundamentales entendidos como normas deontológicas que conforman un "sistema de derechos".

Nótese que, aun cuando la norma de presunción de inocencia sea considerada un principio (y dejando de lado cuál sea la interpretación adecuada de la cláusula "transitar en juzgado la sentencia penal de condena"), la norma contiene la descripción de una conducta prohibida. Decir que "*Nadie podrá ser considerado culpable ...*", es lo mismo que decir que "*Está prohibido que alguien sea considerado culpable...*". Si interpretamos el principio como una norma deontológica que establece una prohibición hay sólo dos posibilidades lógicas: o bien el acusado es culpable o bien es inocente. No tiene sentido pensar en un cumplimiento gradual de ese principio, como si el principio de presunción de inocencia pudiera significar algo así como: "Dependiendo de los principios que operen en sentido contrario en la situación, alguien podrá ser considerado más o

²⁸ Tampoco la concepción de los derechos como "triumfos" de Dworkin implica la primacía absoluta de los derechos sobre bienes colectivos. Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 2012.

menos inocente". Entiendo que carece de sentido pensar que el principio de presunción de inocencia pueda ser concretizado en diferentes grados, dependiendo de los principios o valores que a él se opongan en el caso concreto. A tales absurdos puede conducir también el tratar los derechos fundamentales como valores.

No es que la ponderación de valores sea una forma de razonamiento inválida. En otros contextos, los mismos valores pueden ser ponderados sin conducir a absurdos. Los ciudadanos pueden usar perfectamente ese tipo de razonamiento cuando evalúan la conducta de los políticos, o cuando crean todo tipo de normas, leyes o políticas públicas, pero no es un tipo de razonamiento que puedan usar los jueces cuando deciden sobre el derecho fundamental de presunción de inocencia. Los jueces deben garantizar y hacer respetar los derechos, no ponderar valores.²⁹ Considerar a los derechos fundamentales como valores representa una amenaza para un rasgo fundamental del derecho: la idea de que los derechos fundamentales conforman un sistema de normas que establecen relaciones de obligación recíproca entre las personas. En un Estado de derecho el conjunto de los derechos fundamentales no es una lista de valores a los que debemos aspirar ni una simple lista de demandas. Reclamar un derecho es suponer que ese reclamo será acogido en una estructura de obligaciones y responsabilidades correlativas. Cuando eso sucede, el Estado de derecho puede ofrecer garantías a sus ciudadanos.

Fuentes

ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 2008.

²⁹ El ministro Barroso parece tener otra visión sobre la tarea de los jueces. En el texto mencionado defiende explícitamente la adopción de una perspectiva consecuencialista, "un cambio de paradigma", "un giro empírico-pragmático en el derecho público en general y en el derecho constitucional en particular", y afirma que "cabe al juez producir la decisión que traiga las mejores consecuencias posibles para la sociedad como un todo." Barroso, *op. cit.*, p. 16.

BARROSO, Luís Roberto, "HC 152.752. Anotações para manifestação oral", disponible en: <https://luisrobertobarroso.com.br/2018/04/12/julgamento-do-hc-152-752-caso-do-ex-presidente-luis-inacio-lula-da-silva/>

BERNAL Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005.

DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 2012.

ENGLE, Eric, "The General Principle of Proportionality and Aristotle", en HUPPES-CLUYSENAER, Liesbet, COELHO, Nuno (eds.), *Aristotle and The Philosophy of Law: Theory, Practice and Justice. Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice*, vol. 23, Springer, Dordrecht, 2013, pp. 265-276.

HABERMAS, Jürgen, "Notas programáticas para la fundamentación de una ética del discurso", *Consciencia moral e acción comunicativa*, .

—————, *Facticidad y validez*, Madrid: editorial Trotta, 1994.

—————, "Del uso pragmático, ético y moral de la razón práctica", en Jürgen Habermas, *Aclaraciones a la ética del discurso*, Trotta, Madrid, 2000.

KANT, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Espasa-Calpe, Madrid, 1980.

KORSGAARD, Christine, "Creating the Kingdom of Ends: Reciprocity and Responsibility in Personal Relations", *Creating the Kingdom of Ends*, Cambridge University Press, Cambridge, 1996, pp. 188-221.

PUTNAM, Hilary y HABERMAS, Jürgen, *Normas y Valores*, Trotta, Madrid, 2008.

RIPSTEIN, Arthur, "Reclaiming Proportionality", *Journal of Applied Philosophy*, vol. 34, núm. 1, 2017, pp. 1-18.

SCANLON, T. M., "Adjusting Rights and Balancing Values", *Fordham Law Review*, vol. 72, núm. 5, 2004, pp. 1477-1486.

SCHLINK, Bernard, "Proportionality in Constitutional Law: Why Everywhere But Here?", en *Duke Journal of Comparative & International Law*, vol. 22, núm. 2, 2012, pp. 291-302.

VELASCO, Marina, "Conflictos entre derechos y ponderación. Por qué los jueces no deberían abandonar la perspectiva deontológica", *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 39, 2016, pp. 305-317.

VON WRIGHT, G. H., *La diversidad de lo bueno*, Marcial Pons, Madrid, 2010.

WILLIAMS, Bernard, *Ethics and the Limits of Philosophy*, Routledge, Abingdon (1985) 2006.

**La importancia
del criterio de necesidad
en la resolución de los conflictos
entre derechos constitucionales**

David Martínez Zorrilla*

* Doctor en Derecho por la Universitat Pompeu Fabra (Barcelona, España, 2004). Profesor Agregado de los Estudios de Derecho y Ciencia Política de la Universitat Oberta de Catalunya (Barcelona, España). Correo electrónico: dmartinez@uoc.edu

SUMARIO: 1. Introducción; 2. Los conflictos entre principios en los sistemas constitucionalizados; 3. La ponderación como modo de afrontar los conflictos; 4. Ponderación y racionalidad: el modelo de Robert Alexy; 5. Los elementos del principio de proporcionalidad de Alexy; 6. La relevancia del criterio de necesidad dentro del principio de proporcionalidad para la justificación de las decisiones; 7. Conclusiones.

1. Introducción

Resultan innegables las importantes y profundas transformaciones que todas las sociedades han experimentado durante el último siglo, y especialmente en las últimas décadas. Tales transformaciones han afectado prácticamente a todos los ámbitos, como por ejemplo a la economía, a las comunicaciones, a los conocimientos científicos y tecnológicos, e incluso a la cultura, como resultado de un proceso cada vez más intenso y acelerado de globalización.

El derecho no ha permanecido ajeno a este proceso de transformación, como tampoco lo ha hecho la teoría jurídica. Creo que no es exagerado afirmar que, en este proceso de evolución y cambio, la Constitución (los textos constitucionales) ha tenido un papel central, hasta el punto de que muchos teóricos suelen referirse al proceso de transformación del derecho y de la cultura jurídica en general de las últimas décadas bajo

el rótulo de *constitucionalismo* o *neoconstitucionalismo*,¹ destacando así la importancia e influencia ejercida por los textos constitucionales. En realidad, la importancia de las constituciones como elementos transformadores del derecho ya se puso de manifiesto desde la aprobación de las primeras constituciones modernas, como la estadounidense de 1787 o la francesa de 1789. En tiempos más recientes, un cambio fundamental fue la noción del control de constitucionalidad, ideado por Hans Kelsen² a principios del siglo XX como método para evitar que los textos constitucionales fueran concebidos como meras declaraciones políticas y pasaran a ser considerados como verdaderas normas jurídicas vinculantes y prevalentes frente a la legislación ordinaria, y que se plasmó institucionalmente por vez primera en la Constitución austríaca de 1920, mediante la creación de un Tribunal Constitucional. Hoy en día el control de constitucionalidad es una realidad ampliamente extendida a escala global, ya sea ejercido por los órganos jurisdiccionales o a través de una Corte o Tribunal Constitucional específico.

No obstante, el proceso de cambio y transformación referido como (neo) constitucionalismo es un fenómeno relativamente reciente, cuyos inicios se podrían situar en la segunda mitad del siglo XX (tras la Segunda Guerra Mundial), y que se ha acentuado en las últimas décadas. Muchos de los textos constitucionales aprobados o reformados en las últimas décadas se caracterizan, entre otros extremos, por contar, más allá de los aspectos organizativos e institucionales, con un denso contenido sustantivo, en forma de derechos fundamentales, valores superiores, bienes

¹ El profesor genovés Riccardo Guastini propone un listado de las principales características que caracterizarían a un sistema "constitucionalizado" en Riccardo Guastini, "La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano", en Miguel Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 49-73.

² Si bien es habitual atribuir a Hans Kelsen la paternidad de la noción del control de constitucionalidad a través de una institución específica destinada a tal efecto (el Tribunal Constitucional), algunos autores ponen en duda esta afirmación, señalando que la idea ya aparece previamente en la obra de Sieyès o Jellinek. Véase, por ejemplo, Edgar Carpio, "Sieyès, Jellinek, Kelsen y los tribunales constitucionales", en Luis Cervantes, Liñán y Domingo García Belaunde (comps.), *Hans Kelsen sobre la jurisdicción constitucional*, Universidad Inca Garcilaso De La Vega, Lima, 2017, pp. 151-211.

constitucionalmente protegidos, etc. Este hecho, junto con el carácter jurídicamente vinculante y prevalente de los preceptos constitucionales, ha conllevado importantes consecuencias, que afectan tanto al propio contenido de los sistemas jurídicos como a otros aspectos estrechamente relacionados, como la interpretación y aplicación del derecho, la argumentación jurídica, o la propia función jurisdiccional.

En este sentido, en relación con el propio contenido y estructura de los sistemas jurídicos, muchos teóricos han asumido la distinción entre *reglas* y *principios*, a partir del impulso de la obra de autores como Ronald Dworkin o Robert Alexy³ (si bien existen importantes debates y discusiones acerca de cómo concebir tal distinción, en la medida en que, entre otros extremos, se discute si se trata de una diferencia de grado o de categoría, y, en este último caso, acerca de cuáles serían los criterios de distinción).⁴ En un sistema constitucionalizado, todos estos elementos sustantivos (como los derechos fundamentales) serían principios y no reglas, lo que conllevaría importantes consecuencias: por ejemplo, en el ámbito de la interpretación jurídica, la determinación de los significados de las disposiciones constitucionales dejaría de ser una tarea sencilla o mecánica, al contar éstas con un lenguaje y unos conceptos más propios del discurso moral que del jurídico, lo cual a su vez tendría un impacto importante en la argumentación jurídica y en la justificación de las decisiones judiciales. Suele sostenerse también que, a diferencia de las reglas, que cuentan con unas condiciones de aplicación claramente establecidas (o se aplican o no se aplican al caso), los principios tendrían sus condiciones de aplicación abiertas, por lo que contarían con una "dimensión de peso" y deberían ser ponderados o balanceados en la decisión judicial. De ese modo, la propia función jurisdiccional se transforma, pues

³ En este sentido, se han convertido en obras de referencia tanto Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, trad. Marta Gustavino, Ariel, Barcelona, 1984 [1978]; como Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, (1986) 1993.

⁴ Sobre las diferentes posiciones teóricas acerca de la distinción entre principios y reglas, véase, por ejemplo Pedro Moniz Lopes, "The Syntax of Principles: Genericity as a Logical Distinction Between Rules and Principles", *Ratio Juris*, vol. 30, núm. 4, 2017, pp. 471-490.

ya no se trataría de ser "la boca de la ley" (en términos de Montesquieu) y de ajustarse al modelo de "juez autómatas" que se limita a identificar cuál es la respuesta jurídica que el derecho ha fijado previamente para el caso, sino que el juez pasaría a ser más bien un garante de los derechos y valores constitucionales; a ser alguien que argumenta, razona y justifica la decisión más adecuada desde el punto de vista de los valores constitucionales relevantes para el caso, con un tipo de discurso casi más cercano al de un filósofo moral que al de un estricto aplicador de la ley.

2. Los conflictos entre principios en los sistemas constitucionalizados

Dejando de lado controversias teóricas, en el presente trabajo quisiera centrar la atención en un aspecto concreto de los sistemas "constitucionalizados": el tratamiento de los conflictos entre derechos constitucionales. Un gran número de constituciones actuales contienen catálogos de derechos humanos o fundamentales que son directamente invocables por los ciudadanos frente a los poderes públicos (y, en algunos casos, incluso frente a otros ciudadanos). Las disposiciones que reconocen tales derechos suelen estar redactadas en términos muy generales y abstractos, e incorporar conceptos valorativos o estrictamente morales (como "dignidad humana", "integridad", "honor", "libertad", etc.), lo que conduce a que no sean muy inusuales situaciones en las que distintos sujetos sostengan pretensiones incompatibles que, al menos a primera vista, resultan amparadas en el ejercicio de un derecho fundamental. De este modo, por usar algunos ejemplos relativamente habituales, el ejercicio de la libertad de información puede afectar negativamente a la intimidad personal o familiar de otro sujeto; ciertas expresiones proferidas en principio bajo el amparo de la libertad de expresión pueden menoscabar el honor, la credibilidad o la buena imagen pública de los afectados; el ejercicio de la libertad de manifestación puede afectar negativamente a la libertad de circulación de otras personas; la coherencia de un paciente con sus convicciones religiosas puede exigir el rechazo a un tratamiento médico, poniendo en serio riesgo su salud o incluso su vida; o visto

desde la perspectiva del médico, su libertad de conciencia puede colisionar por ejemplo con la obligación de practicar un aborto a una paciente que tiene derecho a ello.⁵

Este tipo de conflictos plantea importantes dificultades tanto en el ámbito práctico como en el teórico. Desde un punto de vista práctico, entre otras cosas, los derechos constitucionales afectan a aspectos y parcelas muy importantes de nuestras vidas, y tener que tomar una decisión en estos casos suele implicar, sea cual sea el sentido de dicha decisión, desestimar una pretensión que en principio estaría amparada en el ejercicio de un derecho fundamental. Desde el punto de vista teórico plantean también importantes desafíos al modelo tradicional en cómo la teoría jurídica abordaba el tema de los conflictos normativos. Las situaciones de conflicto o incompatibilidad entre reglas, tradicionalmente conocidas como *antinomias*, no son situaciones excepcionales, como muestra la larga tradición jurídica de los criterios para su resolución, como el de jerarquía (*lex superior*), el cronológico (*lex posterior*) o el de especialidad (*lex specialis*). De entrada, una primera dificultad consiste en que en los casos de conflicto entre derechos constitucionales (o entre principios en general) no se dan las condiciones para que estos criterios resulten aplicables, ya que estamos frente a preceptos de igual jerarquía y habitualmente promulgados en un mismo momento. Y aunque autores como Guastini⁶ señalan que no es descartable que puedan plantearse relaciones de especialidad entre derechos, parece haber un amplio consenso en considerar que incluso en la hipótesis de que los criterios de resolución de antinomias fuesen aplicables, no sería adecuado hacerlo, por la forma en cómo operan éstos y los resultados a que dan lugar. Así, suele señalarse que la resolución

⁵ Algunos autores plantean incluso la posibilidad de que surjan situaciones de conflicto a raíz de la omisión o de la acción insuficiente de los poderes públicos en la satisfacción de los derechos fundamentales. En este sentido, véase, por ejemplo Jaime Cárdenas, "Noción, justificación y críticas al principio de proporcionalidad", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 139, 2014, pp. 65-100; y Laura Clérico, "El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto", en Miguel Carbonell (coord.), *Argumentación jurídica. El juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad*, Porrúa-UNAM, México, 2011, pp. 113-153.

⁶ Riccardo Guastini, *Dalle fonti alle norme*, Giappichelli, Turín, 1990, p. 303.

de un conflicto entre reglas supone que o bien se declara la invalidez de una de ellas (por ejemplo, la de jerarquía inferior respecto de la superior), o bien se introduce una excepción en la regla con carácter permanente⁷ (por ejemplo, si una norma establece con carácter general "Está prohibido fumar en los edificios de la Administración de Justicia", mientras que otra norma más específica dispone que "Se permite fumar en los espacios expresamente habilitados de los edificios de la Administración de Justicia", se puede dar lugar a la regla: "Está prohibido fumar en los edificios de la Administración de Justicia, a excepción de los lugares expresamente habilitados para ello"). En ambos casos, se trataría de una solución definitiva y unívoca, pues todos los supuestos serían tratados del mismo modo. En cambio, según se afirma mayoritariamente, en los supuestos de conflicto entre derechos constitucionales no resulta adecuado establecer soluciones unívocas o que supongan el establecimiento de hecho de una jerarquía entre aquéllos o de excepciones generales, sino que, incluso tratándose de colisiones entre los mismos principios, en unos supuestos deberá prevalecer uno de ellos y en otros casos el otro, en función de las circunstancias del caso examinado.

A raíz de lo anterior, existe en el ámbito teórico un consenso bastante amplio acerca de que los conflictos entre principios (y entre ellos, los conflictos de derechos constitucionales) requieren un mecanismo específico para su resolución, distinto del de los criterios de solución de antinomias entre reglas, y al que suele denominarse *ponderación*. Si bien en otro lugar⁸ he cuestionado tanto la propia distinción entre principios y reglas como la vinculación conceptual entre los principios y la ponderación, no es éste el cometido del presente trabajo, de manera que se asumirá, aunque sea como hipótesis, la corrección de este marco teórico.⁹

⁷ Véase, en este sentido Robert Alexy, *Teoría...*, *op. cit.*, p. 88.

⁸ David Martínez Zorrilla, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, Marcial Pons, Madrid, 2007.

⁹ Una relación de las principales críticas que se han dirigido hacia la ponderación (especialmente contra su pretendida racionalidad) puede encontrarse en Carlos Bernal Pulido, "La racionalidad de la ponderación", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 77, 2006, pp. 51-75.

3. La ponderación como modo de afrontar los conflictos

Un importante problema, empero, es que si bien la denominación "ponderación" (en inglés *balancing* o *weighing*) goza de una gran implantación, en realidad no existe demasiado consenso acerca de qué se entiende por tal o en qué consiste, más allá de un núcleo mínimo conforme al cual la ponderación supondría *determinar el nivel de "peso" o importancia que tiene de cada uno de los principios en juego en las circunstancias del caso a decidir, para resolverlo conforme a lo establecido por el principio que resulta vencedor (con mayor "peso" o importancia) en dichas circunstancias.*

Más allá de este núcleo o concepto mínimo, existen importantes discrepancias en aspectos clave. Sobre este punto, en un trabajo anterior señalé que pueden diferenciarse hasta cuatro grandes corrientes,¹⁰ clasificadas en función, por una parte, de si conciben o no la ponderación como una actividad sujeta a parámetros de control racional, y por otra parte, de si sus resultados se circunscriben estrictamente al caso individual enjuiciado, o si son extrapolables a otros casos que compartan las mismas circunstancias relevantes. En función de estas variables, propuse denominar las diversas concepciones de la ponderación como la *intuicionista*, la *escéptica*, la *particularista* y la *universalista*.

En una brevísima aproximación, las dos primeras (intuicionista y escéptica) compartirían la afirmación de que la ponderación no es el resultado de ningún proceso formalizado o algorítmico, ni por tanto algo que pueda estar sujeto a un control de racionalidad (lo que no implica necesariamente que no pueda hablarse de decisiones correctas e incorrectas o que carezca de sentido hablar de la justificación de las decisiones a las que se llega tras una actividad ponderativa). Así, en los autores que podrían calificarse como *intuicionistas*,¹¹ ponderar no consiste en aplicar un método

¹⁰ David Martínez Zorrilla, *Conflictos... op. cit.*, pp. 155-183.

¹¹ Entre otros, véase Lars Lindhal, "Conflicts in Systems of Legal Norms", en P. W. Brouwer *et al.* (eds.), *Coherence and Conflict in Law*, Kluwer Academic Publishers, Deventer, 1992, pp. 39-64;

o procedimiento formal o deductivo, sino en hacer uso de nuestra capacidad inherentemente humana de valorar la corrección o incorrección de las diversas alternativas en juego. La ponderación sería así más bien una forma de *percepción* o de juicio moral que nos guía hacia la decisión correcta para el caso enjuiciado, y no un resultado que podamos obtener tras la aplicación de una serie de reglas estrictas y formalizadas. Esa capacidad intuitiva de enjuiciamiento o sentido innato de la justicia es lo que guía al decisor hacia la respuesta más adecuada en cada una de las situaciones concretas de conflicto a que se enfrenta. Esto no implica que el resultado de la ponderación sea incorrecto, sino tan sólo que no es justificable racionalmente. En contraste, desde la concepción *escéptica* (magníficamente representada por Riccardo Guastini,¹² pero a la que también podrían añadirse autores como Ignacio De Otto¹³ y, en cierta medida, Juan Antonio García Amado)¹⁴ se sostiene que la ponderación no es más que la expresión de las preferencias subjetivas (y, en esa medida, arbitrarias) del intérprete o decisor, que además no le vincularían de cara a otros casos futuros similares, siendo así no sólo el resultado de un ejercicio de discrecionalidad, sino quebrantando también la exigencia de coherencia (los casos iguales deben ser tratados de manera igual).

Las otras dos concepciones (particularista y universalista) resultan probablemente más interesantes, en la medida en que conciben la ponderación como una actividad que puede someterse a un control racional, permitiendo de ese modo discriminar entre procesos ponderativos correctos (o justificados) e incorrectos (o injustificados), en función de la (in)satisfacción de determinados requisitos de racionalidad. La diferencia fun-

Aleksander Peczenik, "Legal Collision Norms and Moral Considerations", en P. W. Brouwer *et al.* (eds.), *Coherence...*, *op. cit.*, pp. 177-197.

¹² Por ejemplo, en Riccardo Guastini, "Principi di diritto e discrezionalità giudiziale", *Diritto Pubblico*, núm. 3, 1998, pp. 641-660.

¹³ Véase Ignacio De Otto, "La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía del contenido esencial en el art. 53.1 de la Constitución", en Ignacio De Otto y Lorenzo Martín-Retortillo (coords.), *Derechos fundamentales y constitución*, Tecnos, Madrid, 1988.

¹⁴ Véase, por ejemplo, Juan Antonio García Amado, "Existe discrecionalidad en la decisión judicial? O de cómo en la actual teoría del derecho (casi) nada es lo que parece y (casi) nadie está donde dice", *Berbiquí, Revista del Colegio de Jueces y Fiscales de Antioquía*, núm. 30, 2005, pp. 14-38.

damental es que mientras que la visión *particularista* sostendría que la decisión correcta depende inexorablemente de las circunstancias del caso individual a decidir (todos los casos que llegan al juzgador son distintos, y por tanto diferirán en algunas circunstancias, de modo que la respuesta dada a un caso no es extrapolable a ningún otro), la concepción *universalista* afirmaría que, si bien la respuesta depende de las circunstancias del caso, tales circunstancias pueden concebirse como propiedades genéricas que pueden manifestarse en un número indeterminado de situaciones futuras, de modo que la solución resulta extrapolable a los futuros casos de colisión que compartan las mismas propiedades relevantes. Por ejemplo, si un supuesto de colisión entre la libertad de información y el derecho al honor se resuelve a favor de la primera fundamentalmente porque la información hacía referencia a un asunto de interés general (aunque afectara negativamente al honor de una persona), y no se utilizó un lenguaje injurioso o insultante, los casos futuros de colisión entre los mismos derechos que compartan dichas circunstancias (interés general y lenguaje no injurioso) podrán ser resueltos de idéntico modo.

4. Ponderación y racionalidad: el modelo de Robert Alexy

Sin duda, uno de los autores que mayores esfuerzos ha dedicado a mostrar que la ponderación puede ajustarse a los parámetros del control racional (y, en consecuencia, que existe fundamento para poder diferenciar entre ponderaciones justificadas e injustificadas) ha sido el jurista alemán Robert Alexy, cuyos trabajos sobre este ámbito se han convertido en una referencia ineludible, tanto para sus defensores como para sus detractores. No resulta del todo evidente si el autor se enmarca en una posición universalista o particularista de la ponderación, puesto que puede apreciarse una evolución en su pensamiento a lo largo de los años. En este sentido, en su importante obra *Teoría de los derechos fundamentales*,¹⁵ su

¹⁵ Robert Alexy, *Teoría...* *op. cit.*

posición parecería encajar perfectamente en una concepción universalista. Sostiene así el alemán que la ponderación consistiría en el establecimiento de una *relación de precedencia condicionada* entre los dos principios en juego, de modo que uno de ellos prevalecería sobre el otro *bajo determinadas circunstancias* (las circunstancias del caso enjuiciado, o circunstancias C). Bajo otras circunstancias distintas (por ejemplo, las circunstancias C'), la relación de precedencia entre los mismos elementos puede ser la inversa. Se trata de una posición universalista en la medida en que sostiene que como resultado del proceso ponderativo se daría lugar a una *regla* con la estructura $C \rightarrow R$, en donde C son las circunstancias relevantes del caso, y R la consecuencia jurídica establecida por el principio que ha resultado vencedor. Al tratarse de reglas (denominadas por el propio Alexy como *normas de derecho fundamental adscriptas*), es posible aplicarlas a casos futuros de colisión entre los mismos elementos que compartan las idénticas propiedades relevantes (las circunstancias C), siguiendo un esquema de razonamiento subsuntivo similar al de la aplicación de cualquier otra regla.

Sin embargo, a partir del *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales* y en escritos posteriores,¹⁶ el autor introduce un cambio significativo, denominado como *fórmula del peso*. Más allá de las concretas características de dicha fórmula, Alexy parece concebir que hay que proceder a realizar un cálculo ponderativo en cada caso concreto enjuiciado, y que el resultado correcto sólo afecta a dicho caso. Ya no habla de creación de reglas como resultado de la ponderación, por lo que una decisión justificada en un supuesto de colisión no tiene por qué estarlo en otro distinto, aunque pueda resultar similar. Así, sin renunciar al carácter racional del proceso ponderativo (e incluso reforzándolo, bajo su punto de vista), parece acercarse más a posiciones particularistas.

¹⁶ Entre otros, véase, Robert Alexy, "Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 66, 2002, pp. 13-64; Robert Alexy, "Constitutional Rights, Balancing, and Rationality", en *Ratio Juris*, vol. 16, núm. 2, 2003, pp. 131-140; y Robert Alexy, "On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison", *Ratio*, vol. 16, núm. 4, 2003, pp. 433-449.

Al margen de las dificultades que puedan plantearse para ubicar adecuadamente la propuesta de Alexy dentro de un mapa teórico, sin duda para la gran mayoría de juristas lo más interesante del pensamiento del autor es la propuesta metodológica que plantea para fundamentar y justificar racionalmente la actividad ponderativa. Dicha propuesta consiste en un procedimiento estructurado denominado *principio de proporcionalidad*, que se basa en una reconstrucción o reelaboración teórica de la práctica que ya llevaba a cabo el Tribunal Constitucional alemán, si bien con una mayor dosis de sofisticación y rigor formal.

Como sugiere su denominación, todo el modelo descansa en la idea de que la decisión estará justificada en la medida en que el sacrificio impuesto a uno de los principios o derechos en juego queda compensado por los mayores beneficios obtenidos por la satisfacción del otro principio o derecho implicado (esto es, que no se trata de un sacrificio desproporcionado). La "ley de la ponderación" exige que el beneficio obtenido a raíz de la satisfacción de un principio debe superar la lesión o menoscabo del otro principio o derecho sacrificado. La decisión no estaría justificada si se diera prioridad a aquel principio o derecho que en las circunstancias del caso no fuera el de mayor peso o relevancia. Se trata, en último término, de una manifestación más de la máxima de racionalidad conforme a la cual la decisión más racional es aquella que maximiza los beneficios y minimiza los costes (con todas las reservas que requiere el uso de conceptos como "beneficio" y "coste" en el contexto de los principios constitucionales en general, y en el de los derechos fundamentales en particular).

Alexy estructura el principio de proporcionalidad en tres etapas o fases sucesivas, a las que denomina "subprincipios", y que consisten respectivamente en (a) el subprincipio de adecuación o idoneidad; (b) el subprincipio de necesidad; y (c) el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto. En rigor, tan sólo se procedería a realizar una actividad ponderativa en este último, ya que consiste precisamente en la atribución de un cierto grado o nivel de satisfacción y de lesión, respectivamente, a los principios o derechos involucrados en el caso a decidir, para

comparar sus magnitudes y en función de ello decidir cuál debe prevalecer. Los otros dos "subprincipios" podrían concebirse más bien como requisitos, exigencias o condiciones previas que deben satisfacerse antes de poder proceder a realizar una ponderación, y que en caso de no superarse conllevan automáticamente el rechazo de la pretensión basada en el ejercicio o aplicación del principio o derecho alegado.

Como cabe esperar, la proporcionalidad en sentido estricto es lo que ha centrado la atención en el debate teórico. El autor ha llevado su propuesta a niveles de complejidad y sofisticación considerables, especialmente tras la incorporación de la "fórmula del peso", conforme a la cual la atribución y comparación de los niveles de satisfacción y lesión de los principios implicados puede calcularse de manera aritmética, contando así con una respuesta precisa y exacta a la cuestión de qué principio debe prevalecer en el caso. No es éste el lugar para entrar en detalle sobre esta cuestión, ya que existe una amplia literatura al respecto, pero puede señalarse que la fórmula del peso es uno de los elementos de la teoría de Alexy que más ha centrado la atención (y con ello también las críticas) de los académicos.¹⁷ En contraste, en lo que resta del presente trabajo me interesaría centrar la atención en los dos primeros elementos o "subprincipios" (idoneidad y necesidad) y especialmente en el segundo que, en mi modesta opinión, tiene (o debería tener) una importancia mucho mayor de la que habitualmente se le atribuye.

5. Los elementos del principio de proporcionalidad de Alexy

De acuerdo con el propio Alexy, antes de poder llegar a la fase de aplicación del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, es nece-

¹⁷ Sin ir más lejos, expuse algunos de los problemas que en mi opinión plantea la posición de Alexy en David Martínez Zorrilla, *Conflictos... op. cit.*, pp. 248 y ss. Según mi criterio, no obstante, los mejores argumentos ofrecidos en contra de la fórmula del peso han sido los expuestos en Hugo Zuleta, "El principio de proporcionalidad. Reflexiones sobre la racionalidad del modelo de Robert Alexy", en http://www.academia.edu/30008861/El_principio_de_proporcionalidad._Reflexiones_sobre_el_modelo_de_Robert_Alexy, 2017. [Último acceso: 19 de octubre de 2018].

sario que la medida a considerar haya superado satisfactoriamente las exigencias del subprincipio de adecuación o idoneidad, y del subprincipio de necesidad, por ese orden.

(a) El llamado subprincipio de adecuación o idoneidad exigiría, a su vez, dos elementos o aspectos: en primer lugar, que toda decisión que implique el sacrificio de un principio o derecho constitucional debe perseguir un fin constitucionalmente legítimo; y, en segundo lugar, que se trate de una medida adecuada o idónea para la obtención de dicho fin. Aunque pueda parecer a primera vista un requisito exigente, en realidad no lo es tanto en la medida en que el "fin constitucionalmente legítimo" se interpreta en un sentido negativo: no es necesario que la medida o decisión persiga un fin explícitamente reconocido o protegido por la Constitución, sino que es suficiente con que no sea contrario a ésta. Esto es, sólo excluye aquellas finalidades que resulten explícita o manifiestamente contrarias a la norma fundamental. Por otra parte, la "adecuación" entre la medida y el fin perseguido también se interpreta negativamente, en el sentido de que basta con que no se trate de una medida manifiestamente inadecuada. Por poner un ejemplo, si se pretende reducir los niveles de contaminación atmosférica y acústica en el centro de las ciudades, sería adecuado restringir la circulación de los vehículos de motor, pero no la circulación de bicicletas o patines.

Puede observarse que el subprincipio de adecuación cobra sentido principalmente en un contexto en el que se examina la constitucionalidad de una medida legislativa, pero en realidad no tendría tanta relevancia cuando se trata de resolver un conflicto entre derechos constitucionales, dado que, por definición, todo supuesto de ejercicio de un derecho constitucional persigue un fin constitucionalmente legítimo (se trata de derechos explícitamente reconocidos y protegidos por la Constitución), y resulta adecuado, al menos en la medida en que pueda considerarse efectivamente como un supuesto de ejercicio de tal derecho. En este sentido, lo que se exigiría analizar es si verdaderamente nos encontramos frente a un genuino ejercicio de un derecho fundamental, o si por el

contrario, se trata de una actuación que sobrepasa los límites de ese derecho, y por tanto no goza de protección constitucional (usando un ejemplo muy simple, el ejercicio del derecho fundamental a la libertad personal no ampararía el uso de la violencia contra otras personas o la privación de la libertad de estas últimas).

(b) Superadas las exigencias del subprincipio de adecuación o idoneidad, corresponde examinar la satisfacción del requisito o subprincipio de necesidad. La finalidad última de éste es la de intentar asegurar que no se produzcan sacrificios innecesarios o excesivos de principios o derechos constitucionales. En síntesis, requiere comprobar que no existan otras medidas o acciones alternativas que sean al menos igual de idóneas o eficientes a la examinada y que resulten menos lesivas para los derechos o principios afectados. Utilizando un concepto proveniente de la teoría económica, Alexy pone de manifiesto que esta exigencia sería una manifestación o aplicación del *óptimo de Pareto*, conforme al cual una situación óptima es aquella en la que no puede mejorarse la situación de ninguno de los afectados sin que empeore la situación de algún otro (en el contexto de un conflicto entre principios, significaría que no es posible mejorar la satisfacción de uno de ellos sin incrementar la lesión o menoscabo del otro).

Como veremos, existen diferencias significativas en función de si aquello que se examina es la constitucionalidad de una medida legislativa (control de constitucionalidad de la ley o *judicial review*), o si se trata de la resolución judicial de un conflicto entre derechos constitucionales. Con todo, existe un núcleo común o una serie de elementos que deben tenerse en cuenta en todos los casos. Siguiendo en este punto a Bernal Pulido,¹⁸ el examen del criterio de necesidad requiere lo siguiente:

1) En primer lugar, corresponde examinar si existen otras medidas alternativas que resulten también idóneas, en algún grado, para satisfacer el

¹⁸ Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 2a. ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, pp. 736 y ss.

fin constitucionalmente legítimo. Si tales alternativas no existen, no habrá nada con qué comparar, por lo que habrá que considerar que la medida examinada es la única posible o adecuada, superando así el requisito de necesidad (es necesaria en la medida en que es la única idónea para el fin perseguido). En síntesis, podría decirse que el primer paso consiste en someter otras posibles o hipotéticas alternativas al análisis del subprincipio de adecuación o idoneidad.

2) En segundo lugar, y partiendo de la base de la existencia de otras alternativas idóneas, hay que proceder a valorar el nivel o grado de idoneidad en la consecución o satisfacción del fin constitucionalmente legítimo, de modo que sólo se tendrán en cuenta aquellas alternativas que tengan, como mínimo, el mismo grado de idoneidad (o un grado superior) para la consecución de dicho fin, descartando en consecuencia toda medida o decisión alternativa que resulte menos idónea o adecuada. De lo anterior se deriva que si pese a existir alguna/s alternativa/s, ninguna de ella es como mínimo igual de idónea, queda superada la exigencia del subprincipio de necesidad.

En este punto, sin embargo, se plantea una dificultad. Como ha puesto de manifiesto la doctrina,¹⁹ la idoneidad de una medida o decisión puede examinarse desde distintas perspectivas o dimensiones, como por ejemplo la eficacia (el grado de plenitud con la que la medida satisfará el fin), la temporalidad (el tiempo que previsiblemente se tardará en la obtención o consecución del fin), o la probabilidad de alcanzarlo. Esta multidimensionalidad puede plantear dudas a la hora de valorar cuál de entre dos o más alternativas es la que resulta más idónea. Si las alternativas A y B son iguales o equiparables en todas las dimensiones relevantes, no habrá problema alguno a la hora de considerarlas como igualmente idóneas, así como tampoco habrá dudas en la superioridad de una de ellas cuando resulte mejor que la otra en todos sus aspectos, o en alguno de

¹⁹ Véase, por todos, Carlos Bernal Pulido, *El principio...*, *op. cit.*

ellos siendo igual en el resto. ¿Pero qué ocurre si, por ejemplo, la alternativa A es superior en eficacia y rapidez que la alternativa B, pero la probabilidad de consecución del fin es muy inferior a ésta última? ¿Es preferible contar con una baja probabilidad de alcanzar el fin más rápida y plenamente, o con una alta probabilidad de conseguir el mismo fin en menor grado y más lentamente? La misma dificultad se plantea en cualesquiera de las demás combinaciones posibles en las que una opción sea superior en una dimensión e inferior en otra(s), como por ejemplo, entre la consecución más plena del fin pero de manera mucho más lenta, o su consecución mucho más rápida pero menos plena, manteniéndose constante el grado de probabilidad en ambas.²⁰

3) En tercer y último lugar, corresponde verificar si, de entre las diversas alternativas con al menos el mismo nivel de idoneidad, alguna de ellas resulta menos lesiva, esto es, afecta de manera menos intensa al otro principio constitucional implicado. En caso de que así sea, se considerará que no se han superado las exigencias del criterio o subprincipio de necesidad, pues se produciría un sacrificio innecesario, al existir otro modo al menos igual de satisfactorio y menos lesivo de conseguir el mismo fin constitucional.

Teniendo en cuenta los tres elementos indicados, podría parecer que el requisito o subprincipio de necesidad establece unas exigencias bastante rigurosas para la justificación de cualquier decisión o medida que implique el menoscabo o lesión de un principio constitucional. Sin embargo, como se indicó más arriba, conviene diferenciar entre el contexto en el que se examina la constitucionalidad de una medida legislativa, y aquel otro en el que se trata de decidir judicialmente qué derecho constitucional prevalece en un caso de conflicto, pues en el primer caso la doctrina

²⁰ Esta cuestión nos conduce al interesante debate filosófico acerca de la incommensurabilidad y la incomparabilidad. Para una visión general acerca del mismo, véase Ruth Chang (ed.), *Incommensurability, Incomparability and Practical Reason*, Cambridge University Press, Cambridge (Mass.), 1997.

y la jurisprudencia, basándose en la cautela que requiere la deferencia hacia el legislador y el respeto al principio democrático (que exige que sólo se pueda invalidar una decisión legislativa cuando no sea posible salvaguardar de ningún modo su constitucionalidad), han introducido una serie de correcciones o matizaciones en el criterio de necesidad que en la práctica hacen que sea excepcional que una determinada medida legislativa sea declarada inconstitucional por no haber superado la exigencia de la necesidad, pues tiene que tratarse de casos muy evidentes y claros de existencia de alternativas menos gravosas y al menos igualmente efectivas o idóneas. Entre tales correcciones o matizaciones pueden señalarse al menos las siguientes:

a) Por una parte, a la hora de valorar la existencia de alternativas idóneas, no se consideran éstas en términos absolutos, sino relativos al contexto de conocimientos empíricos y técnicos de cada momento. De este modo, puede ocurrir que, en términos absolutos, existan alternativas menos gravosas, pero que no se conozcan, o que existan dudas por falta de conocimientos suficientes acerca de sus auténticos efectos, o que conlleven importantes dificultades técnicas para su consecución. Tan sólo se tendrían en cuenta, por consiguiente, medidas alternativas conocidas y sobre las que no se planteasen dudas acerca de su alcance, eficacia y efectos.

b) Adicionalmente, incluso en el supuesto de que exista total seguridad acerca de la existencia de alternativas menos gravosas y al menos igual de idóneas, tampoco se consideraría adecuado adoptarlas (invalidando así la decisión legislativa) cuando su implementación conllevaría la asunción de unos costes exorbitantes que pudieran poner en peligro el desempeño de otras funciones de los poderes públicos. Dicho de otro modo, el criterio de los costes económicos y/o de la complejidad técnica (aspectos que por otro lado suelen estar estrechamente relacionados) prevalecerían sobre la estricta exigencia de la necesidad.

c) Si bien al exponer los elementos que exige el requisito o subprincipio de necesidad se hizo referencia a la posibilidad de que al comparar dos posibles alternativas idóneas una de ellas fuese superior a la otra sólo en algún o algunos aspectos (eficacia, temporalidad, probabilidad) pero no en todos ellos, haciendo difícil concluir si se trataba o no de alternativas al menos igualmente idóneas, si se produce una situación de este tipo al examinar una medida legislativa (es decir, si no existe una medida alternativa superior en todos los aspectos), se considera satisfecho el criterio de necesidad. En todo caso, el carácter menos lesivo de otra alternativa en alguna de sus dimensiones sería un aspecto a tener en cuenta en el análisis de la proporcionalidad en sentido estricto.²¹

d) No se puede exigir al legislador que haya procedido a realizar un examen previo y exhaustivo de la idoneidad y la lesividad de las posibles alternativas a su alcance a la hora de tomar su decisión, sino que es suficiente con que no exista de modo evidente algún otro medio más benigno y al menos igual de idóneo. En un mismo sentido, tampoco es tarea de los jueces que proceden a examinar la constitucionalidad de la medida legislativa asumir el papel de un legislador imaginario y examinar posibles alternativas menos gravosas con al menos el mismo nivel de eficacia, pues esto podría concebirse como una extralimitación de su función jurisdiccional (así se pronuncia el Tribunal Constitucional español por ejemplo en la STC 136/1999, de 20 de julio).

Todo lo anterior conduce a la conclusión de que el papel del requisito de necesidad en sede de control de constitucionalidad de la ley es muy limitado, ya que se limita a impedir sacrificios *patentemente innecesarios* de derechos o principios constitucionales, cuando a partir de datos empíricos y otras razones no controvertidas resulte *evidente* que existen otros medios alternativos con al menos el mismo grado de idoneidad y menos lesivos (STC 55/1996, de 28 de marzo).

²¹ Véase Carlos Bernal Pulido, *El principio...*, *op. cit.*, p. 748.

En contraste, puede afirmarse que el nivel de exigencia impuesto por el requisito de necesidad en los casos de resolución de conflictos entre derechos constitucionales es sensiblemente superior, lo que nos permite sostener que también lo es su relevancia o importancia en tales contextos de resolución de conflictos. De hecho, la principal tesis del presente trabajo consiste precisamente en reivindicar la importancia del papel que desempeña el análisis del requisito de necesidad en la resolución de los conflictos entre derechos fundamentales, que a menudo es infravalorado en favor del papel central atribuido a la proporcionalidad en sentido estricto. Sin embargo, creo que puede afirmarse que tanto a nivel dogmático como jurisprudencial puede acreditarse que el subprincipio de necesidad ocupa (o al menos debería ocupar) un lugar destacado en la justificación de las decisiones sobre conflictos de derechos.

Los distintos niveles de exigencia derivados del criterio de necesidad responden fundamentalmente a las diferencias que existen entre los distintos contextos en los que opera. En un contexto de resolución de un conflicto entre derechos fundamentales, una diferencia muy significativa respecto del control de constitucionalidad consiste en que ya no rige aquí el criterio de deferencia al legislador exigido por el principio democrático, por lo que ya no hay razón para que el órgano jurisdiccional no pueda examinar otras posibles hipótesis de ejercicio del derecho constitucional alegado a fin de valorar si alguna de ellas resulta menos lesiva e igual de idónea, o incluso más. Es decir, el órgano jurisdiccional tendría la posibilidad (lo que incluso podría resultar deseable) de plantear hipótesis alternativas de ejercicio del derecho constitucional alegado, que resulten igualmente idóneas al tiempo que menos lesivas en relación con el otro derecho afectado, pudiendo desestimar la pretensión de una de las partes con base en la no satisfacción del criterio de necesidad. Esto se vería reforzado por la consideración de que, en un contexto de conflicto entre derechos fundamentales, cualquiera que sea la decisión final, supondrá el sacrificio de un derecho fundamental²² (puesto que o bien el

²² En contraste, cuando se examina la constitucionalidad de una decisión legislativa, ni es el caso que ésta se fundamente siempre en el ejercicio, desarrollo o protección de un derecho fundamental,

ejercicio de un derecho supondrá el menoscabo de otro, o bien, a fin de proteger un derecho fundamental se desestimará una pretensión basada en el ejercicio de otro derecho), lo que hace razonable exigir un *plus* de justificación a la pretensión que implica el menoscabo de otro derecho.²³

Por otra parte, el hecho de incrementar los niveles de exigencia respecto de la satisfacción del criterio de necesidad hace que, previsiblemente, un mayor número de pretensiones puedan ser desestimadas o rechazadas por no satisfacer dicho criterio, evitando así al órgano judicial tener que entrar a examinar una proporcionalidad en sentido estricto, con la complejidad que ésta conlleva, y contribuyendo de ese modo a reducir el tiempo y las dificultades en la toma de decisiones, así como el riesgo de error en las mismas.

A mayor abundamiento, un mayor nivel de exigencia a la hora de justificar la necesidad de pretensiones que impliquen un menoscabo o lesión de otros derechos fundamentales tendría efectos positivos en lo que podríamos denominar como la "cultura jurídica" en general, al poner de manifiesto que no basta con alegar el ejercicio de un derecho fundamental para considerar automáticamente justificada una pretensión cuando ésta supone afectar negativamente a otros derechos, y que resulta exigible un mínimo esfuerzo de reflexión acerca de la búsqueda de alternativas menos gravosas que resulten igualmente idóneas para alcanzar el fin perseguido.

Sea como fuere, seguirían siendo de aplicación las consideraciones *a)* y *b)* indicadas anteriormente, esto es, que en el examen de las posibles

ni los principios supuestamente menoscabados son necesariamente otros derechos constitucionales (puede tratarse, y a menudo lo es, de otros bienes constitucionalmente protegidos que no tienen la consideración de derechos fundamentales).

²³ Incluso, podría llegar a considerarse razonable proceder a una especie de inversión de carga de la prueba según la cual se exigiría que ante cualquier pretensión basada en el ejercicio de un derecho fundamental que suponga el menoscabo de otro derecho se acredite que no existen de manera evidente otras maneras alternativas de ejercicio del mismo derecho que resulten menos lesivas con el derecho afectado o menoscabado.

alternativas se tendrían únicamente en cuenta aquellas efectivamente conocidas en el momento de su consideración, y sobre las cuales exista un nivel suficiente de seguridad acerca de sus efectos, y que no entrañen ni excesivas dificultades técnicas ni costes excesivos o inasumibles para la parte que alega el ejercicio de un derecho fundamental.

6. La relevancia del criterio de necesidad dentro del principio de proporcionalidad para la justificación de las decisiones

Lo anterior no es meramente una propuesta teórica, sino que ha tenido también su manifestación jurisprudencial. En este sentido, en mi opinión pueden identificarse en la jurisprudencia constitucional española ejemplos de decisiones sobre conflictos entre derechos fundamentales que han sido resueltos de acuerdo con los criterios y parámetros establecidos por el subprincipio de necesidad, sin entrar en un análisis de proporcionalidad en sentido estricto. En algunos casos, creo que podría afirmarse que la aplicación del criterio de necesidad es *implícita* (esto es, el tribunal no sostiene explícitamente que la resolución del caso se fundamenta en que la pretensión no satisface las exigencias del subprincipio de necesidad, aunque se trataría, a mi parecer, de la reconstrucción más adecuada de la decisión), mientras que en otros casos se hace alusión explícita al criterio de necesidad y a la insatisfacción de sus exigencias como principal argumento para la justificación de la decisión.

Como ejemplificación de una aplicación *implícita* del criterio de necesidad, puede hacerse referencia a una muy extensa y consolidada jurisprudencia del Tribunal Constitucional español conforme a la cual la libertad de expresión o de información no ampara un supuesto "derecho al insulto".²⁴

²⁴ Véase, entre otras, STC 105/1990, de 6 de junio; STC 223/1992, de 14 de diciembre; STC 4/1996, de 16 de enero; STC 57/1999, de 12 de abril; STC 112/2000, de 5 de mayo; STC 39/2005, de 28 de febrero.

Reiteradamente, en supuestos de posible colisión entre las libertades de expresión/información (artículos 20.1 *a*) y *d*) CE) y el derecho al honor (artículo 18.1 CE), el Tribunal sostiene que la Constitución no ampara un supuesto "derecho al insulto", y que la utilización de expresiones formalmente injuriosas, aun en el contexto de la comunicación de noticias que potencialmente tengan interés público, es un comportamiento constitucionalmente ilegítimo. Cuando con ocasión de la expresión de juicios de valor o de la comunicación de noticias se utilizan expresiones formalmente insultantes o injuriosas, parece evidente que, con independencia de la veracidad de la información, del interés público de ésta o del merecimiento que pueda considerarse que tiene la víctima de dichos insultos, se incide muy intensa y negativamente en el honor del afectado. Aunque se trate de información relevante y veraz, existen otros medios que son al menos tan (y a menudo más) idóneos para transmitir la misma información y/o expresar la misma valoración y que no suponen un menoscabo tan intenso del derecho al honor. Se pueden comunicar ciertos hechos (como, por ejemplo, las supuestas ilegalidades cometidas por un cargo público) sin utilizar insultos o expresiones injuriosas, que prácticamente no aportan contenido descriptivo o informativo y en cambio afectan muy negativamente al honor de la víctima. Piénsese por ejemplo en la diferencia entre calificar a alguien como un presunto "prevaricador" y "corrupto", o calificarlo como "sinvergüenza" y "criminal". En el primer caso, más allá del evidente impacto negativo en la proyección e imagen pública del afectado (esto es, en su honor), se está dando a entender que se trata de alguien que ostenta algún tipo de cargo público y que ha tomado decisiones contrarias a derecho a cambio de contraprestaciones económicas o algún otro tipo de ventajas o prebendas. En cambio, en el segundo caso, el impacto negativo en el honor de la víctima es todavía más intenso, pero no se aporta prácticamente contenido informativo alguno. Sería, en síntesis, un modo de lesionar de forma gratuita e innecesaria el honor de la persona, lo que supone no satisfacer las exigencias del subprincipio de necesidad, al existir otras alternativas tanto o más idóneas y que resultan menos lesivas (evitar el uso de expresiones injuriosas e insultantes). Esta sería la razón de fondo por la que se recha-

zaría por injustificada una resolución del conflicto que diese prioridad en tales circunstancias (utilización de expresiones insultantes o injuriosas) a la libertad de expresión o información sobre el derecho al honor.²⁵

Pero posiblemente resulte más interesante examinar aquellas decisiones jurisprudenciales en las que se hace referencia explícita al criterio de necesidad (o, más exactamente, a la insatisfacción de las exigencias del mismo) como razón principal para justificar la decisión. En este sentido, son destacables tres sentencias del Tribunal Constitucional español del año 2012 (STC 12/2012, de 30 de enero; STC 24/2012, de 27 de febrero; y STC 74/2012, de 16 de abril). En los tres casos se trata de situaciones en las que, en el contexto de una actividad de periodismo de investigación, se hace uso de cámaras ocultas para registrar la imagen y el sonido de ciertas personas sin su conocimiento (y consiguientemente, sin su consentimiento), para emitirlos posteriormente por televisión, sin ningún tipo de tratamiento (como pixelado, sombreado o distorsión) que impida conocer la identidad de las personas investigadas. En todos los supuestos, el modo de proceder es idéntico: los periodistas de investigación se hacen pasar por supuestos clientes/pacientes de la persona a que inves-

²⁵ En este sentido, puede verse por ejemplo la STC 39/2005, de 28 de febrero. En síntesis, los hechos que dan lugar a la controversia son los siguientes: un concejal de un pequeño municipio de la región de Extremadura, durante un pleno del Ayuntamiento, se refiere en términos negativos a la gestión de la residencia de ancianos por parte de su administrador, tildándolo de "lameculos", "cacique" y "personajillo", debido a lo cual el concejal será después condenado penalmente como autor de un delito de injurias. Éste recurre la decisión judicial argumentando que se ha lesionado su derecho fundamental a la libertad de expresión, sobre la base de que tanto la persona a quien se refería como el asunto abordado en el pleno eran de relevancia pública, y por tanto los límites para la crítica son mucho más amplios. Cuando el Tribunal Constitucional examina el caso, concluye que las expresiones vertidas exceden el ejercicio legítimo de la libertad de expresión, dando así prioridad a la protección del honor del afectado. Resulta destacable la afirmación del Tribunal de que expresiones como "lameculos" y "cacique" eran objetivamente *innecesarias* para los objetivos de la crítica política que estaba llevando a cabo el concejal en el pleno municipal (fdto. 5o.), lo que equivale a decir que existían medios alternativos y menos gravosos para la consecución del mismo fin. Con carácter general, sintetizando la doctrina jurisprudencial al respecto, el Tribunal sostiene que "La Constitución no reconoce en modo alguno (...) un pretendido derecho al insulto. La Constitución no veda, en cualesquiera circunstancias, el uso de expresiones hirientes, molestas o desabridas, pero de la protección constitucional que otorga el art. 20.1 a) [libertad de expresión] están excluidas las expresiones absolutamente vejatorias; es decir, aquellas que (...) sean ofensivas u oprobiosas y resulten *impertinentes* para expresar las opiniones o informaciones de que se trate" (fdto. 5o.; el énfasis es nuestro).

tigan, para acceder así a sus consultas y poder registrar con cámara oculta todo lo que allí ocurre, así como las conversaciones. El resultado de las grabaciones suele revelar unas prácticas supuestamente fraudulentas por parte de los afectados, y se emiten públicamente o bien sin ningún tipo de tratamiento, o bien con algún tratamiento insuficiente que no impide conocer en todo momento la identidad de la persona ni el entorno en el que desarrolla la actividad, que usualmente es su propio domicilio particular. No se discute en ninguno de los casos ni la veracidad de la información, ni su interés o relevancia pública (pues se trata en todos los supuestos de poner de manifiesto prácticas fraudulentas y/o de intrusismo profesional por parte de falsos especialistas),²⁶ pero se señala que el uso de tales técnicas de cámara oculta supone una lesión de los derechos a la propia imagen y a la intimidad (en la medida en que sus actividades "profesionales" se desarrollan en sus propios domicilios) de las personas afectadas.

La doctrina fundamental del Tribunal para estos casos se establece en la STC 12/2012, puesto que en las otras dos sentencias básicamente se aplica el mismo razonamiento (adaptado a los hechos de cada caso individual), y se fundamenta precisamente en que el medio empleado (cámara oculta, emisión sin tratamiento) resulta innecesario para el objetivo periodístico de la averiguación de la actividad desarrollada por tales personas, puesto que existen otros métodos alternativos para ello, como por ejemplo la realización de entrevistas a los clientes, o incluso el tratamiento de las grabaciones para su posterior emisión (de modo que no sea reconocible ni su imagen, ni su voz, ni su entorno personal y familiar), que resultan igualmente adecuados y menos lesivos con respecto a los derechos a la propia imagen y a la intimidad personal y familiar. Tal y

²⁶ En el caso de la STC 12/2012, se trata de una esteticista y naturista que ofrece en su domicilio servicios de fisioterapia sin cumplir los requisitos de titulación y de colegiación legalmente exigibles para ello. En el supuesto de la STC 24/2012, una coordinadora de una marca comercial de estética se dedica a prestar asesoramiento para tratamientos de adelgazamiento, sin tener la condición de médico. En la STC 74/2012, el protagonista es un supuesto especialista en fenómenos paranormales, que cuenta con una consulta de parapsicología en su vivienda.

como se afirma en el fdto. 2o. de la STC 24/2012, de 27 de febrero, "la captación videográfica in consentida, en que aparezca plenamente identificado el afectado, *no resulta necesaria* (...) desde la perspectiva del derecho a la libertad de información, al existir, con carácter general, métodos de obtención de la información y, en su caso, una manera de difundirla en que no queden comprometidos y afectados otros derechos con rango y protección constitucional" (el énfasis es nuestro). Esto constituye pues una manifestación explícita de la utilización del criterio de necesidad como fundamento para rechazar una pretensión en principio basada en el ejercicio de un derecho fundamental (pues el Tribunal no discute este extremo, ni tampoco el carácter veraz de la información ni su interés público), mediante la comparación con otras posibles alternativas menos gravosas y al menos igual de idóneas para la satisfacción de un fin constitucionalmente legítimo.

7. Conclusiones

A partir de lo expuesto en los apartados anteriores, pueden extraerse las siguientes conclusiones:

Entre las profundas e importantes transformaciones sufridas por los ordenamientos jurídicos durante las últimas décadas, englobables dentro del fenómeno conocido como *neoconstitucionalismo*, puede destacarse la existencia de un conjunto de principios constitucionales con un denso contenido sustantivo (derechos fundamentales, valores superiores, bienes constitucionalmente protegidos...) que, a causa de su carácter genérico y comprensivo, al tiempo que relativamente indeterminado, provoca que no sean inusuales situaciones en las que se plantea un conflicto o tensión entre varias pretensiones incompatibles y *prima facie* fundamentadas o amparadas en tales principios.

Existe un amplio consenso en que el modo de afrontar los conflictos entre principios difiere del de los conflictos entre las reglas, y que el método más adecuado es el que se conoce como *ponderación*, que en su

significado más esencial consiste en la determinación del grado o nivel de importancia (o "peso") con que cuenta cada principio en las circunstancias del caso, a fin de decidir conforme a lo dispuesto por el principio que resulte "vencedor".

Uno de los criterios o procedimientos más ampliamente aceptados como guía de la actividad ponderativa, a fin de asegurar su racionalidad y justificación, es el principio de proporcionalidad. Según la configuración propuesta por Alexy de dicho principio (una de las más aceptadas), la proporcionalidad consta de tres elementos o etapas, denominadas "subprincipios", y que operan de manera secuencial: el subprincipio de adecuación o idoneidad, el subprincipio de necesidad, y el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto.

El subprincipio o criterio de necesidad consiste en la exigencia de acreditar que no existe ninguna otra medida alternativa a la propuesta que resulte menos lesiva para el otro principio afectado y que sea, al tiempo, como mínimo igual de idónea para la consecución del fin constitucionalmente legítimo. Sin embargo, en el contexto del examen de la constitucionalidad de una medida legislativa, existen una serie de matizaciones que en la práctica rebajan considerablemente los niveles de exigencia establecidos por este subprincipio, limitándolo a la constatación de que no exista de manera evidente o palmaria alguna otra medida alternativa claramente menos lesiva y al menos igual de idónea o eficaz.

En un contexto de resolución judicial de un conflicto entre derechos fundamentales (sea entre dos particulares, o entre un particular y un poder público), no obstante, el criterio de necesidad puede (y debería) desempeñar una función más relevante y exigente, principalmente respecto del examen de posibles medidas alternativas menos lesivas. De hecho, existe jurisprudencia en dicha línea, que fundamenta el rechazo de pretensiones basadas en el ejercicio de derechos constitucionales por existir alternativas menos lesivas, y que evitan entrar en el examen de la proporcionalidad en sentido estricto.

Fuentes

ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, (1986) 1993.

ALEXY, Robert, "Epilogo a la *Teoría de los derechos fundamentales*", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 66, 2002, pp. 13-64.

ALEXY, Robert, "Constitutional Rights, Balancing, and Rationality", en *Ratio Juris*, vol. 16, núm. 2, 2003, pp. 131-140.

ALEXY, Robert, "On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison", *Ratio* vol. 16, núm. 4, 2003, pp. 433-449.

BERNAL Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 2a. ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004.

BERNAL Pulido, Carlos, "La racionalidad de la ponderación", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 77, 2006, pp. 51-75.

CÁRDENAS, Jaime, "Noción, justificación y críticas al principio de proporcionalidad", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 139, 2014, pp. 65-100.

CARPIO, Edgar, "Sieyès, Jellinek, Kelsen y los tribunales constitucionales", en Luis Cervantes, Liñán y Domingo García Belaunde (comps.), *Hans Kelsen sobre la jurisdicción constitucional*, Universidad Inca Garcilaso De La Vega, Lima, 2017, pp. 151-211.

CHANG, Ruth (ed.), *Incommensurability, Incomparability and Practical Reason*, Cambridge University Press, Cambridge (Mass.), 1997.

CLÉRICO, Laura, "El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto", en Miguel Carbonell

(coord.), *Argumentación jurídica. El juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad*, Porrúa-UNAM, México, 2011, pp. 113-153.

DE OTTO, Ignacio, "La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía del contenido esencial en el art. 53.1 de la Constitución", en Ignacio De Otto y Lorenzo Martín-Retortillo (coords.), *Derechos fundamentales y constitución*, Tecnos, Madrid, 1988.

DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. Marta Gustavino, Ariel, Barcelona, (1978) 1984 [1978].

GARCÍA Amado, Juan Antonio, "Existe discrecionalidad en la decisión judicial? O de cómo en la actual teoría del derecho (casi) nada es lo que parece y (casi) nadie está donde dice", *Berbiquí, Revista del Colegio de Jueces y Fiscales de Antioquía*, núm. 30, 2005, pp. 14-38.

GUASTINI, Riccardo, *Dalle fonti alle norme*, Giappichelli, Turín, 1990.

GUASTINI, Riccardo, "Principi di diritto e discrezionalità giudiziale", *Diritto Pubblico*, núm. 3, 1998, pp. 641-660.

GUASTINI, Riccardo, "La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano", en Miguel Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 49-73.

LINDHAL, Lars, "Conflicts in Systems of Legal Norms", en P. W. Brouwer *et al.* (eds.), *Coherence and Conflict in Law*, Kluwer Academic Publishers, Deventer, 1992, pp. 39-64.

MARTÍNEZ Zorrilla, David, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, Marcial Pons, Madrid, 2007.

MONIZ Lopes, Pedro, "The Syntax of Principles: Genericity as a Logical Distinction Between Rules and Principles", *Ratio Juris*, vol. 30, núm. 4, 2017, pp. 471-490.

ZULETA, Hugo, "El principio de proporcionalidad. Reflexiones sobre la racionalidad del modelo de Robert Alexy", en http://www.academia.edu/30008861/El_principio_de_proporcionalidad._Reflexiones_sobre_el_modelo_de_Robert_Alexy, 2017 [último acceso: 19 de octubre de 2018].

Democracia en condiciones menos favorables

J.J. Moreso*

* Catedrático de Filosofía del Derecho. Universidad Pompeu Fabra, Barcelona. Contacto: josejuan.moreso@upf.edu. Esta investigación se ha beneficiado de la ayuda financiera del Ministerio español de Economía y Competitividad y de la AGAUR de la Generalitat de Cataluña a los proyectos de investigación DER 2013-48066-C2-1-R y SGR 626. 2014-2, respectivamente. Tiene su origen en una ponencia, con este mismo título, presentada en el *Foro Internacional permanente de estudios anti-corrupción, Primer Encuentro: ¿Cómo guardar a los guardianes?*, de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá (Colombia), 21-22 de marzo de 2018, por la amable invitación del Vicerrector Luis Fernando Álvarez Londoño, S. J. A su vez, el texto se beneficia ampliamente de otro texto, que fue escrito también como respuesta a la amable invitación del Prof. Julio Montero (Universidad de Buenos Aires y CONICET): J. J. Moreso, "Una aristocracia para todos: Gargarella o el constitucionalismo de la igualdad", *Revista Latinoamericana de Filosofía Política (RLFPP)*, vol. VI, núm. 2, 2017, pp. 1-31. A la audiencia de Bogotá, y a L. F. Álvarez y J. Montero, quedo en deuda por su amabilidad y sus observaciones.

SUMARIO: 1. Introducción; 2. La secuencia rawlsiana en cuatro etapas; 3. En condiciones ideales: *getting to Denmark*; 4. En condiciones menos favorables: *getting to Mexico*; 5. Los presupuestos de la democracia constitucional.

The capacity for a good will defines the aristocracy of all.
John Rawls

1. Introducción

La obra de Roberto Gargarella *La sala de máquinas de la Constitución* (la traducción al castellano de *Latin American Constitutionalism, 1810-2010*) contiene un impresionante fresco del desarrollo de dos siglos de constitucionalismo en Latinoamérica.¹ Los conocimientos sobre la historia de las ideas políticas y de la historia económica, social y cultural realmente sobrecogen por su amplitud y atención al detalle. Pero no sólo eso, Roberto Gargarella es, sobre todo, un filósofo de la política y, por lo tanto, su retrato se finca en un análisis de los fundamentos filosóficos del constitucionalismo en Latinoamérica. De este modo, puede analizar tanto su alcance como sus límites.

Carezco de conocimientos para pronunciarme sobre el descomunal esfuerzo de reconstrucción de los orígenes del constitucionalismo en

¹ Cfr. Roberto Gargarella, *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*, Katz, Buenos Aires, 2015; y la edición original en inglés: *Latin American Constitutionalism, 1810-2010. The Engine Room of the Constitution*, Oxford University Press, Oxford, 2013.

Latinoamérica que Roberto lleva a cabo. Sin embargo, el cuadro que nos ofrece está lleno de sugerencias valiosas siempre orientadas al objetivo de que el constitucionalismo sea la pieza clave para construir una comunidad humana de personas libremente iguales o, lo que es lo mismo, igualmente libres. No obstante, me atrevo a sugerir que, tal vez, se habría beneficiado de la literatura historiográfica que trata de mostrar la importancia de la legislación especial con la que los Imperios (como el español, el francés, el británico o el portugués) regularon la vida de las colonias en el tránsito de *Imperios* a *Naciones*, una legislación y una política con la capacidad de arrojar, tal vez, luz sobre algunas de las especificaciones, y de explicar algunas de las insatisfactorias soluciones del primer constitucionalismo en Latinoamérica. En este sentido es de reseñar el esfuerzo, también descomunal, que en mil quinientas páginas llenas de sugerencias interesantes lleva a cabo Fradera en su obra.² Como después trataré de argumentar, esta vía habría podido llevar al autor a una atención mayor a la rama ejecutiva del gobierno, al terreno de la administración pública.

Dos ideas principales recorren este libro de Gargarella: por un lado, el fracaso del constitucionalismo en América Latina por hallar su fundamento en el ideal de la igualdad, que el autor plasma en los subideales del gobierno colectivo y de la autonomía individual; y la idea de que una de las causas de este fracaso se halla en un rasgo del gobierno en esta región del mundo, un rasgo de la sala de máquinas de sus constituciones, que es el de los poderes excesivos de la presidencia constitucional, del hiperpresidencialismo.³

² Véase, Josep M. Fradera, *La Nación Imperial (1750-1918)*, Edhasa Barcelona, 2015. Al que podemos añadir las contribuciones a la comprensión del tránsito desde el final del Imperio español hasta las nuevas naciones latinoamericanas, en especial para Argentina, de Juan Carlos Garavaglia: *Construir el Estado, inventar la nación. El Río de la Plata, siglos xviii-xix*, (Prometeo, Buenos Aires, 2007); *La disputa por la construcción nacional argentina* (Prometeo, Buenos Aires, 2015); *Población y sociedad. Argentina (1830-1880)* (Taurus, Barcelona, 2015).

³ Estoy de acuerdo con Wang y Pivatto en que, dada la relevancia de la tesis del *hiperpresidencialismo* en el libro, una mejor caracterización de los rasgos de dicho fenómeno habría ayudado a comprender mejor la tesis del autor. Véase, Daniel Wei L. Wang y Priscila Pivatto, "Latin American Constitutionalism,

Desde el prefacio hasta el último capítulo, Roberto nos aclara que su preocupación central es la de la igualdad. Hacia el final del libro, nos confiesa

La pregunta que podríamos hacernos, a la distancia, es qué podríamos decirle a Alberdi, si es que él nos invitara a identificar cuáles son, en la actualidad, las necesidades constitucionales de nuestro tiempo. ¿Cuál sería, hoy, el drama principal frente al cual la Constitución debería reaccionar?

En las páginas anteriores sugerimos, de modos diversos, la respuesta: el gran drama que enfrenta la región, desde su independencia hasta hoy, y que sigue irresuelto, y que sigue marcando a nuestra época, es el drama de la *desigualdad*.⁴

Y el ideal de la igualdad ha fracasado porque, en opinión del autor,⁵ el constitucionalismo se ha movido entre tres posiciones: una posición *conservadora*, restrictiva tanto acerca de la autonomía individual —ahogada por una concepción comprehensiva del bien, a menudo fundada en la religión católica— cuanto acerca del autogobierno colectivo, adoptando un enfoque elitista, partidario en el siglo XIX de un sufragio censitario; una posición *liberal*, que rechazaba la visión comprehensiva del bien, a favor de la neutralidad del Estado, pero que seguía manteniendo un fuerte aroma elitista en relación con la representación popular; y una posición *republicana* (a menudo de la mano de opciones procedentes del radicalismo político) que si bien rechazaba el elitismo a favor del mayoritarismo en política, reducía la autonomía individual en virtud del bienestar general o del propio devenir de la política de las mayorías. Parece que Roberto considera que la solución se halla en algo, él no lo dice así,

1810-2010. The Engine Room of the Constitution", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 12, núm. 1, enero 2014, pp. 256-261.

⁴ Roberto Gargarella, *La sala de máquinas de la Constitución*, *op. cit.*, p. 347.

⁵ *Ibidem*, capítulo I.

como un *republicanismo liberal*, un compromiso firme entre el autogobierno colectivo y la autonomía individual. Sin embargo, lo que caracteriza a gran parte del constitucionalismo con arreglo al autor es la coalición conservadora-liberal, siempre de acuerdo en cercenar los mecanismos de inclusión de las voces de todos. Y, cuando en los últimos años del siglo pasado y en los primeros de éste, en algunos países se intenta luchar contra la desigualdad ampliando el catálogo de los derechos sociales, entonces se hace sin prestar atención a cómo estos cambios en la parte dogmática de las constituciones afectan a su parte orgánica, a la distribución de poderes. Para el autor, estos mecanismos no han ido suficientemente acompañados de reformas serias en la sala de máquinas de la Constitución, de reformas que afecten a la distribución de poderes en el sentido de introducir mecanismos de participación que sustenten una robusta democracia deliberativa. Es más, nos advierte⁶ de la relevancia de ciertas reflexiones al respecto de Carlos S. Nino,⁷ mostrando una paradoja producida por la ampliación del catálogo de derechos haciendo lugar a los derechos sociales: pensando, de este modo, dar más voz y poder a los más débiles, en realidad estaba dando más poder a los jueces, el poder más alejado de los ciudadanos.

Comparto los ideales de Roberto, el ideal de la igualdad, plasmado en la autonomía de todos y cada uno y en el autogobierno colectivo, en una democracia deliberativa,⁸ en este bello oxímoron que nos ofrece, en la frase que encabeza el artículo, John Rawls: *una aristocracia para todos*.

⁶ *Ibidem*, p. 250.

⁷ *Cfr.*, Carlos S. Nino, "Transition to Democracy, Corporatism and Presidentialism with Special Reference to Latin America", en Douglas Greenberg, Stanley N. Katz, Melanie B. Oliveiro y Steven Wheatle (eds.), *Constitutionalism and Democracy, Transitions in the Contemporary World*, Oxford University Press, Oxford, 1993, pp. 46-64; Carlos S. Nino, "Hyperpresidentialism and Constitutional Reform in Argentina", en Arend Lijphart y Carlos H. Waisman (eds.), *Institutional Design in New Democracies*, Westview Press, Nueva York, 1996, cap. 9.

⁸ De hecho, Roberto y yo fuimos los directores de la tesis doctoral de José Luis Martí, dedicada a la democracia deliberativa, que se convirtió en una contribución crucial a la cuestión. Como veremos después, sin embargo, no estoy tan seguro como Roberto, y como Martí me temo, de la conexión entre la ausencia de mecanismos deliberativos y la desigualdad. Véase, José Luis Martí, *La República deliberativa. Una teoría de la democracia*, Marcial Pons, Madrid, 2006.

Estoy de acuerdo también con el autor en que un factor crucial de la inestabilidad de los modelos constitucionales en Latinoamérica, con su tendencia a caer en períodos autoritarios, es su diseño de la división de poderes: la máquina de la Constitución. En este breve comentario, en el segundo apartado, ofreceré un modo *rawlsiano* de configurar el diseño de nuestras instituciones para acercarlas a la justicia. Trataré de mostrar, en el apartado tercero, cómo algunos países europeos, en especial las democracias escandinavas, se han aproximado más que nadie a dicho ideal y cómo la introducción de los derechos sociales en las declaraciones de derechos en este modelo presupone una Administración Pública bien dotada, competente, eficiente e imparcial. En el cuarto, habré de referirme a qué hacer en condiciones menos favorables. Y en el quinto, desarrollando algunas ideas del propio Roberto,⁹ concluyo señalando cómo una combinación de refuerzo de la administración y del sistema impositivo en diálogo permanente con todas las ramas del gobierno puede, de modo indirecto, mejorar y enriquecer la distribución de los poderes constitucionales, la máquina de la Constitución y también, como corolario, reducir la corrupción.

2. La secuencia rawlsiana en cuatro etapas¹⁰

Como es sabido, con arreglo a la teoría rawlsiana, la adecuación a la justicia de un determinado orden social depende del grado de cumplimiento de dos principios que serían elegidos por seres humanos racionales en unas circunstancias especiales e hipotéticas, que comportan la ausencia de información acerca de las características particulares de la sociedad para la cual eligen los principios y del lugar que dichos seres humanos han de ocupar en ella —el velo de la ignorancia—, circunstancias

⁹ Roberto Gargarella, *La sala de máquinas de la Constitución*, op. cit., esp. caps. X y XI.

¹⁰ En este apartado me valgo de las ideas de Rawls tal y como fueron presentadas en J. J. Moreso y José Luis Martí, "La constitucionalización del principio de la diferencia", *Revista de ciencias sociales*, núm. 47, 2003, pp. 545-574. y J. J. Moreso, *La Constitución: modelo para armar*, ensayo 8.

conocidas en la teoría como la *posición original*. Los dos principios, en su última formulación, son los siguientes¹¹

- I. (Primer principio): Cada persona tiene un igual e irrevocable derecho a un esquema de iguales libertades básicas plenamente adecuado, que sea compatible con un esquema equivalente de libertades para todos.
- II. (Segundo principio): Las desigualdades económicas y sociales han de satisfacer dos condiciones: primera, que estén adscritas a cargos y posiciones accesibles a todos en condiciones de equitativa igualdad de oportunidades; y segunda, que redunden en el mayor beneficio de los miembros de la sociedad más desfavorecidos (principio de la diferencia).

Estos principios van acompañados de unas reglas de prioridad: el primer principio es prioritario en relación con el segundo, y en el interior del segundo el principio de la igualdad de oportunidades lo es en relación con el principio de la diferencia.¹²

La secuencia del diseño institucional de una sociedad justa es como sigue: la primera etapa consiste en la posición original en la que se eligen los dos principios de justicia, que constituyen un estándar independiente con el cual juzgar la adecuación del resto de etapas. La segunda etapa estipula las normas constitucionales que aseguran el principio de igual libertad para todos. La tercera etapa tiene como objetivo el establecimiento de las reglas legislativas de acuerdo con los principios de justicia —respetados los derechos atrincherados en la segunda etapa, las decisiones deben adecuarse al segundo principio—. La cuarta etapa es la de

¹¹ Véase, John Rawls, *Justice as Fairness. A Restatement*, Erin Kelly (ed.), Harvard University Press Cambridge, Mass, 2001, pp. 42-43. También, John Rawls, *A Theory of Justice*, Harvard University Press Cambridge, Mass, 1971, pp. 60-61 y 320; y de la segunda edición (1999), p. 53 y 266.

¹² Para las reglas de prioridad, véase, John Rawls, *A Theory of Justice*, *op. cit.*, pp. 302-303 (1971); y John Rawls, *Collected Papers*, Samuel Freeman (ed.), Harvard University Press Cambridge, Mass., 1999, pp. 266-267.

la aplicación de las reglas generales a los casos individuales por parte de los órganos de aplicación. Cada una de estas etapas presupone un progresivo levantamiento del velo de la ignorancia; que, por una parte, permiten articular las normas adecuadas para cada sociedad en concreto y, por otra, permiten hacerlo de forma justa, puesto que en todas las etapas deben respetarse los principios de justicia.

De este modo, la prioridad del primer principio de justicia sobre el segundo se refleja en la prioridad de la etapa constitucional sobre la etapa legislativa.¹³ Según Rawls, mientras que en la etapa constitucional se garantiza el primer principio, se garantizan las libertades fundamentales de la persona, se protegen la libertad de conciencia y de pensamiento, y se asegura que el proceso político como un todo sea un procedimiento justo; el segundo principio actúa en la etapa legislativa, estableciendo que las políticas sociales y económicas consigan maximizar las expectativas a largo plazo de los menos favorecidos bajo condiciones de una equitativa igualdad de oportunidades.

En *Political Liberalism*, Rawls especifica cuáles han de ser los elementos esenciales (*constitutional essentials*) que integran la etapa cuyo resultado es el establecimiento de una constitución, que son de dos tipos:¹⁴

a. Los principios fundamentales que especifican la estructura general del gobierno y del proceso político: las competencias de la legislatura, del Ejecutivo y del Poder Judicial; el alcance de la regla de la mayoría; y

b. Las libertades y los derechos básicos iguales de la ciudadanía que las mayorías legislativas deben respetar: tales como el derecho al voto y a la participación en política, la libertad de conciencia, la libertad de pensamiento y de asociación, así como las garantías del Estado de derecho (*the rule of law*).

¹³ John Rawls, *A Theory of Justice*, p. 199 (1971) y p. 175 (1999).

¹⁴ John Rawls, *Political Liberalism*, Columbia University Press, Nueva York, 1993, p. 227.

Veamos aquello que no cubren los elementos constitucionales esenciales:

Mientras algún principio de oportunidades es seguramente un elemento esencial, por ejemplo, un principio que requiere al menos libertad de movimiento y libre elección de ocupación, una equitativa igualdad de oportunidades va más allá y no es un elemento esencial. De manera similar, aunque un *social minimum* que cubra las necesidades básicas de todos los ciudadanos es también un elemento esencial; lo que he denominado "el principio de la diferencia" es más exigente y no lo es.¹⁵

Dos cosas nos resultan sorprendentes de esta argumentación de Rawls: en primer lugar, cuáles son las razones para establecer esta línea divisoria tan clara entre elementos constitucionales esenciales y otros elementos que no lo son; en segundo lugar, cuál es el encaje del mínimo social entre los elementos constitucionales esenciales.

A la primera cuestión responde el mismo Rawls. Según el cual hay cuatro argumentos para distinguir el papel que representan los elementos constitucionales esenciales especificados por las libertades básicas de los principios que gobiernan las desigualdades económicas y sociales:

- 1) Las dos clases de principios cumplen diferentes cometidos en la estructura básica;
- 2) es más urgente establecer los elementos esenciales que se refieren a las libertades básicas;
- 3) es más fácil averiguar si estos elementos esenciales son respetados; y

¹⁵ *Ibidem*, pp. 228-229. Sobre el *social minimum*, véase, también, John Rawls, *A Theory of Justice* (1971), *op. cit.*, pp. 276-277, 285-286, 316-318; John Rawls, *A Theory of Justice* (1999), *op. cit.*, pp. 244-245, 252-252, 278-280) y John Rawls, *Collected Papers*, *op. cit.*, pp. 88-89, 141-142.

4) es mucho más fácil alcanzar un acuerdo acerca de cuáles deben ser los derechos y libertades, aunque obviamente no con todos los detalles, sino sólo en líneas generales.¹⁶

Aunque podría discutirse acerca de la fuerza de estos argumentos —por ejemplo, en qué sentido es más urgente proteger la libertad de conciencia que el acceso universal a las prestaciones sanitarias o bien el porqué no puede establecerse un catálogo de derechos sociales también en sus líneas generales—,¹⁷ ésta no va a ser cuestionada aquí. Rawls acaba sus consideraciones a favor de la restricción de los elementos constitucionales esenciales del siguiente modo:

Estas consideraciones explican porqué la libertad de movimiento, la libre elección de ocupación y un mínimo social que cubra las necesidades básicas de los ciudadanos cuentan como elementos constitucionales esenciales mientras el principio de la equitativa igualdad de oportunidades y el principio de la diferencia no cuentan como tales.¹⁸

De este modo, nos enfrentamos claramente con la segunda perplejidad: aunque el mínimo social que cubre las necesidades básicas de los ciudadanos nunca aparece en la lista de derechos y libertades exigidas por el primer principio, Rawls presupone que se trata de un elemento constitucional esencial. Es más, parece que la equitativa igualdad de oportunidades requiere equitativa igualdad de oportunidades en el acceso a la educación con independencia de los ingresos familiares;¹⁹ y el primer principio, el principio de las libertades, podría ser precedido de un principio lexicográficamente superior según el cual las necesidades básicas

¹⁶ John Rawls, *Political Liberalism*, *op. cit.*, p. 230.

¹⁷ A veces, parece que la secuencia en cuatro etapas rawlsiana y sus consideraciones sobre los elementos constitucionales esenciales depende excesivamente de las contingencias históricas del proceso constitucional de los Estados Unidos. El mismo Rawls reconoce que la idea de la secuencia en cuatro etapas procede de la historia del proceso constitucional norteamericano. John Rawls, *A Theory of Justice* (1971), *op. cit.*, p. 196 nota 1; y John Rawls, *A Theory of Justice* (1999), *op. cit.*, p. 172 nota 1.

¹⁸ John Rawls, *Political Liberalism*, *op. cit.*, p. 230.

¹⁹ John Rawls, *Justice as Fairness*, *op. cit.*, p. 44.

deben ser satisfechas, al menos en la medida en que dicha satisfacción constituya una condición necesaria para que los ciudadanos comprendan y sean capaces de ejercer de un modo fructífero las libertades y derechos básicos.²⁰

Sea como fuere, Rawls considera que la protección del cumplimiento del principio de la diferencia no debe quedar en manos de los jueces:

Una segunda preocupación consiste en averiguar si el cumplimiento del principio de la diferencia debe ser establecido en la constitución de una sociedad. Parece que no debe serlo, por los riesgos que conlleva hacer de él un elemento constitucional esencial que los Tribunales han de interpretar y aplicar, y esta es una tarea que los Tribunales no pueden llevar a cabo adecuadamente. Averiguar si el principio es respetado requiere una comprensión completa de cómo la economía funciona y es extremadamente difícil determinarlo con exactitud, aunque a menudo puede resultar claro que no ha sido satisfecho... Lo que debe ser un elemento constitucional esencial es el establecimiento de un mínimo social que cubra al menos las necesidades humanas básicas... Porque es razonablemente obvio que el principio de la diferencia es violado de manera directa cuando el mínimo no es garantizado.²¹

Creo que para comprender el lugar de la cuarta etapa de la secuencia, la etapa de la aplicación del derecho, es importante traer a colación la distinción de Rawls entre la teoría *ideal* y la teoría *no-ideal*. La teoría ideal es la que tenemos en condiciones favorables en las cuales los conceptos y principios son observados estrictamente por todas las partes,²² es la etapa de la *estricta observancia* (*strict compliance*).²³ Por lo tanto, la cuarta etapa —la de la adjudicación de los deberes y derechos a los casos particulares— es fundamentalmente parte de la teoría no-ideal. La justicia

²⁰ John Rawls, *Political Liberalism*, *op. cit.*, p. 7, John Rawls, *Justice as Fairness*, *op. cit.*, p. 44 nota 7.

²¹ John Rawls, *Justice as Fairness*, *op. cit.*, p. 162.

²² John Rawls, *Collected Papers*, *op. cit.*, p. 537.

²³ Véase, también, por ejemplo John Rawls, *A Theory of Justice* (1999), *op. cit.*, p. 216.

constitucional, entonces, que determina cuándo los elementos constitucionales esenciales han sido vulnerados, es parte de la teoría no-ideal.²⁴ La teoría ideal está integrada, básicamente, por las tres primeras etapas de la secuencia. En ellas, la estricta observancia de los principios y de los elementos constitucionales esenciales garantiza que los dos principios son cumplidos. La etapa constitucional garantiza las libertades del primer principio, las bases más fundamentales de la igualdad de oportunidades y la salvaguarda de un mínimo social. La etapa legislativa es la que garantiza el cumplimiento del principio de la diferencia, es decir, el conjunto de políticas redistributivas que procuran que sólo se mantengan las desigualdades que benefician a los más desfavorecidos.

Sin embargo, aquí estamos interesados también en la teoría no-ideal, en cómo debe institucionalizarse la justicia constitucional para que, en aquellas condiciones menos favorables, repare los supuestos de incumplimiento o inobservancia con los principios.

Acerca de las libertades del primer principio, la respuesta de Rawls es que podemos dejar este aspecto en manos de los Tribunales. Es claro que este punto también es controvertido y muchos abogan ahora por distinguir entre el hecho de que un Tribunal tenga el control de la constitucionalidad y el hecho de que la voz del Tribunal sea revestida de primacía.

²⁴ Queda por analizar si de la cuarta etapa hay una dimensión que integra a la teoría ideal, dado que incluso en condiciones favorables pueden quedar problemas de coordinación irresueltos o, pensemos, en casos de responsabilidad extracontractual objetiva: hay observancia estricta, pero las circunstancias posibilitan la causación de un daño. Entonces, los tribunales deberán determinar si ha sido causado por la acción de otro y por quién ha sido causado ese daño. Esta cuestión no será analizada aquí. El lugar de la distinción entre teoría ideal y teoría no-ideal es controvertido en la obra de Rawls. Por ejemplo, mientras que a Amartya Sen (*The Idea of Justice*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 2009) la noción de teoría ideal le parece demasiado alejada de la realidad para tener algún interés práctico, acerca de cómo diseñar nuestras instituciones en el mundo real, a Gerald Cohen (*Rescuing Justice and Equality*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 2008) le parece una noción con demasiadas servidumbres empíricas. Para la discusión reciente, véase A. John Simmons, "Ideal and Nonideal Theory", *Philosophy & Public Affairs*, vol. 38, núm. 1, 2010, pp. 5-36; David Schmidtz, "Nonideal Theory: What It Is and What It Needs to Be", *Ethics*, vol. 121, núm. 4, julio 2011, pp. 772-796; y Laura Valentini, "Ideal v. Non-Ideal Theory: A Conceptual Map", *Philosophy Compass*, vol. 7, núm. 9, septiembre 2012, pp. 654-664.

Existen diseños institucionales (Canadá, Nueva Zelanda, Australia, Reino Unido con la ratificación del Convenio Europeo de los derechos humanos, por ejemplo) en los que tienen voz —aunque no la voz definitiva— los tribunales, siempre en manos de las autoridades legislativas, a lo que se le denomina *constitucionalismo débil* o, ahora, *New Common Law Model of Constitutionalism*.²⁵ Sin embargo, esta cuestión no será abordada aquí.²⁶

Acerca del principio de la diferencia, como hemos visto, Rawls considera que su control debe dejarse en manos de la actividad legislativa. Antes de tratar de mostrar cómo puede confiarse también alguna función en este punto a la justicia constitucional, quiero aclarar que, contra lo que algunas veces se sostiene,²⁷ esta posición de Rawls,²⁸ no significa que el autor haya abandonado en *Political Liberalism* su ideal igualitario; él se encarga de desmentirlo sosteniendo que mantiene la *misma* concepción igualitaria y añade: "Hago este comentario dado que algunos han pensado que mi reconstrucción de las ideas del liberalismo político conlleva el

²⁵ Véase, Juan Carlos Bayón, "Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo", en Jerónimo Betegón, Francisco Javier Laporta, Juan Ramón de Páramo, Luis Prieto Sanchis (eds.), *Constitución y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, pp. 67-138 o Mark Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton University Press, Princeton, 2009; para una robusta defensa del constitucionalismo débil, y el nuevo modelo *Common Law* de constitucionalismo en Stephen Gardbaum, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism. Theory and Practice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013.

²⁶ No me resisto a añadir que, como a muchos, me parece una decisión justificada la que la Corte Suprema de los Estados Unidos tomó en 2015 cuando reconoció a todos el derecho de contraer matrimonio con personas del mismo sexo (caso *Obergefell et al. vs Hodges*, 576 U.S., 2015). Esta decisión, me temo, sólo puede lograrse —en las circunstancias de los Estados Unidos actuales— dando la última palabra a la Corte Suprema. Creo, por otra parte, que esta solución puede alcanzarse, como hace la Corte (aunque con una mayoría de 5 a 4, y con un voto particular del juez Scalia en el que acusa a la mayoría de la Corte de haber producido un *putch* judicial) razonando a partir de la autonomía personal y del derecho a no ser discriminado.

²⁷ *Cfr.*, Bernard Williams, "A Fair State", *London Review of Books*, vol. 15, núm. 9, 13 de mayo de 1993, pp. 7-8; Brian Barry, "John Rawls and the Search of Stability", *Ethics*, vol. 105, núm. 4, 1995, p. 913; Susan M. Okin ("Review of *Political Liberalism*", *American Political Science Review*, vol. 87, p. 1010; Roberto Gargarella, *Las teorías de la justicia después de Rawls*, Paidós, Barcelona, 1999, p. 209 y nota 67; Roberto Gargarella y Félix Ovejero, "Introducción: el socialismo, todavía", en Roberto Gargarella y Félix Ovejero (comps.), *Razones para el socialismo*, Paidós, Barcelona, 2001, p. 41 y nota 37, por ejemplo.

²⁸ Esbozada en John Rawls, *Political Liberalism*, *op. cit.*

abandono de la concepción igualitaria de *TJ*. No soy consciente de ninguna revisión que implique tal cambio y considero que dicha conjetura carece de fundamento".²⁹

Más aún, en sus últimas publicaciones hay lo que podríamos denominar una profundización de su igualitarismo. Rawls³⁰ distingue cinco modelos de sociedad: el capitalismo *laissez-faire*, el socialismo estatal (la economía planificada), el Estado de bienestar, la democracia de propietarios (*owning-property democracy*)³¹ y el socialismo liberal. Sólo la democracia de propietarios y el socialismo liberal son compatibles —según Rawls— con la justicia como equidad. Es más, en el prefacio a la edición francesa de *A Theory of Justice*³² explica claramente cómo la idea que vindica de la democracia de propietarios se distingue de la idea del Estado del bienestar. Aunque ambos modelos permiten la propiedad privada de los medios de producción, la democracia de propietarios tiende a dispersar la propiedad de la riqueza y del capital y de este modo evita que una pequeña parte de la sociedad controle la economía y, al final, la vida política también. La democracia de propietarios lo evita no por redistribuir el ingreso a los que menos tienen al final de cada período, por así decirlo, sino por garantizarlo al comienzo. Así:

La idea no consiste simplemente en asistir a aquellos que son víctimas de accidentes o mala suerte (aunque ello también debe hacerse), sino de poner a todos los ciudadanos en condiciones de gestionar sus propios asuntos y tomar parte en la cooperación social en una tesitura de mutuo respeto bajo las condiciones iguales apropiadas.³³

²⁹ *Ibidem*, p. 7, nota 6.

³⁰ John Rawls, *Justice as Fairness. A Restatement*, *op. cit.*, pp. 129-130 y 135-162.

³¹ El término, como Rawls nos advierte, procede del economista James E. Meade, en *Efficiency, Equality and the Ownership of Property*, George Allen & Unwin, Londres, 1964.

³² John Rawls, *Collected Papers*, *op. cit.*, pp. 419-420.

³³ *Ibidem*, p. 419.

O también:

Para apreciar completamente la fuerza del principio de la diferencia éste debe ser considerado en el contexto de una democracia de propietarios (o en un régimen de socialismo liberal) y no en el de un Estado del bienestar: es un principio de reciprocidad, o de mutualidad, para una sociedad vista como un sistema equitativo de cooperación entre ciudadanos libres e iguales desde una generación a la siguiente.³⁴

Por otra parte, y dado que la garantía de un mínimo social sí es un elemento constitucional esencial, Rawls considera aceptable la idea de constitucionalizar algunos derechos sociales para conseguirlo, siguiendo la línea desarrollada por Frank Michelman.³⁵ Siempre recordando,³⁶ sin embargo, que no acepta las propuestas de sustituir el principio de la diferencia por el principio de la utilidad promedio, limitado por la garantía para todos de un mínimo que cubra las necesidades humanas básicas para poder llevar una vida decente,³⁷ puesto que el principio de

³⁴ *Ibidem*, p. 420.

Es posible que si Rawls hubiera tomado en cuenta un conocido estudio de Esping-Andersen sobre los tres modelos de Estado del bienestar —liberal, conservador corporativista, y socialdemócrata— habría podido argüir que su modelo de Estado del bienestar sólo se corresponde con el liberal y que, en cambio, el modelo socialdemócrata es cercano a la democracia de propietarios, una peculiar fusión de liberalismo y socialismo (sostiene su taxonomista, Gösta Esping-Andersen, en *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, Polity Press, Cambridge, 1990, p. 28). Véase, para esta idea Martin O'Neill, "Free (and Fair) Markets without Capitalism: Political Values, Principles of Justice, and Property-Owning Democracy", en Martin O'Neil y Thad Williamson (eds.): *Property-Owning Democracy. Rawls and Beyond*, Wiley-Blackwell, Oxford, 2012, p. 91. Más sobre la democracia de propietarios puede hallarse en, Martin O'Neill, Thad Williamson (ed.), *Property-Owning Democracy. Rawls and Beyond*, Wiley-Blackwell, Oxford, 2012; Samuel Freeman, "Property-Owning Democracy and the Difference Principle", *Analyse & Kritik*, vol. 35, núm. 1, 2013, pp. 9-36, y Jahel Queralt, "The Place of the Market in a Rawlsian Economy", *Analyse & Kritik*, vol. 35, núm. 1, 2013, pp. 121-140.

³⁵ *Cfr.*, Frank Michelman, "Constitutional Welfare Rights and *A Theory of Justice*", en Norman Daniels (ed.), *Reading Rawls*, Basil Blackwell, Oxford, 1975, pp. 319-347; Frank Michelman, "Rawls on Constitutionalism and Constitutional Law", en Samuel Freeman (ed.), *The Cambridge Companion to Rawls*, (Cambridge: Cambridge University Press), 2005, pp. 394-425. Por ejemplo en John Rawls, *Political Liberalism*, *op. cit.*, p. 166 nota 29, 236-7 nota 23.

³⁶ John Rawls, *Justice as Fairness. A Restatement*, *op. cit.*, pp. 127-128.

³⁷ Jeremy Waldron, "John Rawls and the Social Minimum", en Jeremy Waldron, *Liberal Rights. Collected Papers. 1981-1991*, Cambridge University Press, Cambridge, 1993, pp. 250-270.

la diferencia supone un mínimo social que se deriva de una idea de reciprocidad, y que va más allá de la satisfacción de las necesidades básicas.

Hasta aquí la exégesis rawlsiana. A partir de estas ideas, en los dos próximos apartados, trataré de mostrar cómo debe de garantizarse el principio de la diferencia conforme a estas ideas, por un lado, y, por otro, cómo diseñar, en condiciones menos favorables, mecanismos de protección jurisdiccional de la constitucionalización de determinados derechos sociales.

3. En condiciones ideales: *getting to Denmark*³⁸

En la secuencia rawlsiana de cuatro etapas, la etapa legislativa es la que está regida por el principio de la diferencia. Las políticas redistributivas, a través de los tributos y del gasto social,³⁹ deben estar orientadas de tal modo que se implante aquel esquema en el cual los menos favorecidos de una sociedad estén mejor. Desde el principio, la teoría rawlsiana está comprometida con este fuerte componente igualitario:

³⁸ La expresión es de Fukuyama en el primero de los dos monumentales volúmenes dedicados al orden político en *The Origins of Political Order. From Prehuman Times to the French Revolution* (Profile Books, Londres, 2011, p. 14). Del segundo (*Political Order and Political Decay. From the Industrial Revolution to the Globalization Democracy*, Profile Books, Londres, 2014) he de valerme más adelante. Dinamarca ha sido, en los últimos años, objeto de muchos ejemplos en España y, en especial, en Cataluña, por dos razones: a) por la exitosa emisión de la serie televisiva *Borgen*, una serie de ficción sobre las vicisitudes políticas de dicho país y, también, b) porque los políticos catalanes partidarios de la independencia han puesto dicho país como modelo de lo que Cataluña sería si fuese un Estado independiente. Desafortunadamente, ignorando que (en números redondos) con un 25% menos de población que Cataluña dispone de una riqueza (en términos absolutos) mayor en un 25% y recauda el 25% más en impuestos de su PIB. Una comparación insostenible como puede apreciarse.

³⁹ Acerca de la política impositiva, Rawls es partidario de importantes impuestos sobre la herencia y las donaciones, pero parece preferir los impuestos indirectos que gravan el gasto, sobre los impuestos directos y proporcionales que gravan el ingreso (John Rawls, *Justice as Fairness. A Restatement*, *op. cit.*, p. 161). Advertiendo que en los países europeos la canasta de los impuestos es a menudo una combinación de todos ellos, en especial el impuesto sobre la renta (que en España recauda en torno al 40% del total) y el impuesto sobre el valor añadido (en España otro 40%), dejo esta cuestión, que requiere de conocimientos económicos de los que no dispongo, en el aire. Para una justificación filosófica y pormenorizada de las políticas impositivas, véase, Liam Murphy y Thomas Nagel, *The Myth of Ownership. Taxes and Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2002.

Una vez el principio de la diferencia es aceptado (...) se sigue que el mínimo debe seleccionarse de modo que, tomando los salarios en cuenta, maximice las expectativas de la clase con los menores ingresos. Ajustando la cantidad de transferencias, y los beneficios de los bienes públicos que mejoran sus circunstancias, es posible incrementar o disminuir el ingreso total de los menos favorecidos (salarios más las transferencias más los beneficios de los bienes públicos).⁴⁰

Si uno atiende a las políticas de bienestar en el mundo, con arreglo a los modelos ideales diseñados por Esping-Andersen,⁴¹ entonces tal vez lo que este autor denomina "Estado del bienestar socialdemócrata" (cerca de los desarrollos en Dinamarca, Noruega, Suecia y Finlandia) constituye la realización más acabada, en el mundo real, del ideal igualitario rawlsiano. Un gasto público en torno al 50% del PIB y derechos sociales (a la educación, a la sanidad, a las pensiones, a la dependencia, al desempleo) accesibles a todos, potencialmente universales. Aquí, coincidiendo con las ideas rawlsianas, el papel que en estos sistemas desempeñan las garantías judiciales es menor. El Estado del bienestar ha sido construido mediante la actividad legislativa y, es claro, una ingente labor de ejecución administrativa de estas medidas legislativas. En este sentido, este modelo se acerca a la teoría ideal.

Daré algunos datos de uno de estos países, de Dinamarca en concreto. Y daré también los de Alemania y los de España. Y lo haré con el objetivo de compararlos con los de México, Chile y Colombia, como ejemplos paradigmáticos de Latinoamérica. Primero la riqueza: la renta per cápita (en dólares internacionales, paridad de poder adquisitivo):⁴² Dinamarca ocupa el lugar 19 con 49 364 USD; Alemania, el 17 con 49 814 USD y España, el lugar 30 con 38 238 USD. Mientras que, México ocupa el

⁴⁰ Por ejemplo, John Rawls, *Collected Papers*, *op. cit.*, p. 154.

⁴¹ Gosta Esping-Andersen, *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, *op. cit.*, nota 16.

⁴² Datos del Fondo Monetario Internacional: <http://bit.ly/2mFzXTS> [último acceso 20 de marzo de 2018].

lugar 62 con 18 840 USD; Chile, el 54 con 24 796 USD; y Colombia, el 68 con 14 609 USD. Veamos qué ocurre con el lugar que ocupan en el Índice de Desarrollo Humano (IDH) de Naciones Unidas (de 2017):⁴³ Dinamarca ocupa el quinto lugar (con un valor de 0,925); Alemania el cuarto (0,926); España el vigésimo séptimo (0,884); mientras que México ocupa el septuagésimo séptimo (0,762); Chile el trigésimo octavo (0,847) y Colombia el nonagésimo quinto lugar (0,727). Podemos añadir la medida de la igualdad de ingreso, con el coeficiente GINI (siendo 0 la igualdad absoluta y 1 la desigualdad absoluta);⁴⁴ entonces, tenemos lo siguiente: Dinamarca en el puesto 16 (con coeficiente 0,2908); Alemania en el 17 (con 0,3012); España en el 58 (con 0,350); y México en el 123 (con 0,472); Chile en el 133 (con coeficiente 0,499) y Colombia en el 143 (con coeficiente 0,535). Aunque los países con mayor riqueza tienden a tener mayor desarrollo humano y más igualdad en el ingreso, hay diferencias entre ellos que deben ser explicadas: por ejemplo, ¿por qué Dinamarca es más igualitaria en el ingreso que Alemania, aunque por poco, o Colombia menos que México y Chile?

Tal vez vale la pena recurrir a los datos sobre su gasto público, por ejemplo, sobre cuál es su porcentaje del PIB y, también, sobre cuál es su gasto social como porcentaje del mismo PIB. El gasto público como porcentaje del PIB es de 44,20% para Alemania, el 53,50% para Dinamarca, el 42,20% para España y el 26,10% para México, el 29% para Chile y el 29,79% para Colombia.⁴⁵ El gasto social⁴⁶ se distribuye así: Alemania el

⁴³ Información disponible en: <http://bit.ly/2kVxkgh> [último acceso 20 de marzo de 2018].

⁴⁴ Son datos del índice de desarrollo humano de UN, no plenamente actualizados (los más actuales de 2012, pero la realidad no se aleja mucho de ellos). https://es.wikipedia.org/wiki/Anexo:Pa%C3%ADses_por_igualdad_de_ingreso

⁴⁵ Los datos son para 2016 del diario económico *Expansión*/Datosmacro.com, Datos, Cuentas nacionales-Gobierno, Gasto público, s.f. Disponible en: <https://www.datosmacro.com/estado/gasto> [última fecha de consulta: 21 de marzo de 2019].

⁴⁶ Con datos de la OCDE (para 2016). OCDE, Centro de México, Medios, Gasto público social, 2018. Disponible en: <https://www.oecd.org/centrodemexico/medios/gasto-publico-social-ocde.htm> [última fecha de consulta: 21 de marzo de 2019]; y para los países latinoamericanos con datos (de 2010) de CEPAL: Base de Datos de Inversión Social, 30 de diciembre de 2012. Disponible en: https://dds.cepal.org/gasto/indicadores/ficha/?indicador_id=1 [última fecha de consulta: 21 de marzo de 2019].

24,6%, Dinamarca el 25,4%, España el 23,7%, México el 11,3%, Chile el 15,6% y Colombia, 13,6%.

Ahora parece más claro: quienes dedican mayor parte de la riqueza al gasto social son más igualitarios.

Sin embargo, creo que podemos realizar la siguiente conjetura: para ofrecer servicios de educación, salud, pensiones, desempleo y asistencia social se precisa una administración profesional, eficiente y robusta. Es la que tienen Dinamarca y Alemania. España no dispone de una administración pública tan robusta (en 1965 el gasto público de un país empobrecido por la guerra civil era sólo del 12% del PIB); no obstante, desde la transición a la democracia a fines de la década de los setenta del siglo pasado, evolucionó hasta disponer de una estructura de gasto —surgida de una política impositiva decidida— que se acerca a la media europea, que le ha permitido colocarse en una buena posición en el IDH (*muy alto* según la calificación de la ONU), aunque no haya conseguido reducir más la desigualdad como sería deseable. El crecimiento de Argentina desde comienzos de este siglo es semejante al de España en el último cuarto del siglo pasado. Deberíamos esperar resultados semejantes.

La idea de una administración profesional, robusta y eficiente es —junto al respeto a los derechos humanos, al imperio de la ley (*rule of law*) y la democracia—, en mi opinión, aquello que constituye el ideal de nuestras democracias constitucionales. Gargarella hace un esfuerzo encomiable para hacernos comprender la profundización de la democracia y, por lo tanto, de nuestros órganos legislativos, para conducir al espacio público la deliberación de las razones políticas. También realiza un importante esfuerzo para mostrar cuál debe ser el lugar del Poder Judicial en este ámbito, un poder que no ha de convertirse en un freno *elitista* de los impulsos democráticos, so pretexto de salvaguardar nuestros derechos básicos. Estoy de acuerdo con él. Pero cuando se refiere al Poder Ejecutivo, se refiere solamente a los peligros del *hiperpresidencialismo*. Parte de esos peligros guardan relación, como pone de manifiesto la

historia de los Estados Unidos desde fines del XIX hasta el presente,⁴⁷ con la captación de servidores públicos mediante el clientelismo de los partidos en el gobierno y no seleccionados según su mérito y capacidad.

En el notable estudio sobre el orden político de Fukuyama,⁴⁸ el autor insiste en que los países que consiguieron generar administraciones *weberianas* están en mejor situación para conseguir sociedades bien ordenadas. Como Fukuyama escribe:

Muchos de los defectos atribuidos a la democracia son de hecho defectos de las administraciones estatales que son incapaces de cumplir las promesas realizadas por los nuevos políticos elegidos democráticamente a sus votantes que desean no solamente que se respeten sus derechos políticos sino también ser bien gobernados.⁴⁹

En mi opinión, aunque no soy historiador, parte del problema en Latinoamérica fue cómo construir una administración moderna a partir del absolutismo *débil* (la expresión es de Fukuyama de nuevo)⁵⁰ del Imperio español y su administración de Indias que, a menudo decidía —según un viejo aforismo del derecho castellano, pensado para aplicaciones injustas de los fueros u otros instrumentos legales medievales— conforme a la fórmula: "Obedézcase, pero no se cumpla".⁵¹ El sistema presidencialista no ayudó, porque tendió a mantener demasiado a menudo los viejos hábitos clientelistas de la Corona española (ahora en manos de las administraciones presidenciales) con tentaciones autoritarias. Como bien nos recuerda Ackerman

⁴⁷ Véase el iluminador estudio de Bruce Ackerman, "The New Separation of Powers", *Harvard Law Review*, vol. 113, núm. 3, 2000, pp. 642-725.

⁴⁸ Cfr., Francis Fukuyama, *Political Order and Political Decay*, *op. cit.*

⁴⁹ *Ibidem*, p. 38.

⁵⁰ La expresión es de Fukuyama de nuevo, *ibidem*, pp. 252, 260, 390.

⁵¹ Francisco Tomás y Valiente, *Manual de Historia del Derecho español*, Tecnos, Madrid, 1983, pp. 291 y ss.

Los burócratas profesionales tienen un horizonte temporal diferente. Están interesados en un servicio de toda la vida y reconocen que tendrán que servir muchos jefes políticos diferentes a través de sus carreras. Por lo tanto, sufrirían un coste a largo plazo si se convirtieran abiertamente en partidarios y se adhirieran apasionadamente a los fines del gabinete actual. En algún momento indeterminado del futuro, el gabinete perderá una elección y el próximo grupo de políticos gobernantes depurarán responsabilidades de aquellos burócratas que se hubiesen comprometido ostensiblemente con la ideología del régimen previo.⁵²

Una administración moderna además de profesional, robusta y eficiente ha de ser *autónoma*. Ésta es la administración que crearon, tal vez antes que nadie en la modernidad, Francia y Alemania unificada en la segunda mitad del siglo XIX.⁵³ Ha de reclutar a sus miembros a través del mérito y la capacidad: ha de ser meritocrática.⁵⁴

4. En condiciones menos favorables: *getting to Mexico*

Sin embargo, ¿qué sucede en condiciones menos favorables? Por ejemplo, México cuenta con más de 10 millones de personas, casi el 10% de la población, según estadísticas oficiales,⁵⁵ en situación de pobreza

⁵² Bruce Ackerman, "The New Separation of Powers", *op. cit.*, p. 695.

⁵³ En la antigüedad (véanse las interesantes reflexiones de Fukuyama, *The Origins of Political Order*, *op. cit.*, al respecto) fue el Imperio chino el que usó la meritocracia para generar su legendaria administración imperial. España imitó, aunque sólo parcialmente, a Francia en el siglo XIX, creando algunos cuerpos de funcionarios de élite y reemprendió dicha labor en un proceso de modernización que se remonta a los años cincuenta del pasado siglo, durante la dictadura franquista. Para las dos etapas, véase, Alejandro Nieto, *Los primeros pasos del estado constitucional: la historia administrativa de la regencia de María Cristina de Borbón*, Ariel, Barcelona, 1996; y, respectivamente, Alejandro Nieto, "De la República a la Democracia: la Administración española del Franquismo (I)", *Civitas. Revista española de derecho administrativo*, núm. 11, 1976, pp. 567-583. Alejandro Nieto, "De la República a la Democracia: la Administración española del Franquismo (II)", *Civitas. Revista española de derecho administrativo*, núm. 15, 1977, pp. 573-588. Alejandro Nieto, 1978.

⁵⁴ Véase, Carles Ramió, *Administración pública y crisis institucional. Estrategias de reforma e innovación para España y América Latina*, Tecnos, Madrid, 2015, cap. 4.

⁵⁵ CONEVAL, "Resultados de pobreza en México 2016 a nivel nacional y por entidades federativas", Medición de la pobreza. Disponible en: <http://www.coneval.org.mx/Medicion/Paginas/Pobrezalnicio.aspx> [última fecha de consulta: 21 de marzo de 2019].

extrema (personas que viven con ingresos inferiores a los 2 dólares diarios). Y, por otro lado, México cuenta con una Constitución que protege jurisdiccionalmente, aun más con la reforma de 2011 y la reforma del amparo, algunos derechos sociales básicos. Por ejemplo, el artículo 4o., en su epígrafe tercero, establece: "Toda persona tiene derecho a la alimentación nutritiva, suficiente y de calidad. El Estado lo garantizará".

Mientras tanto, el gasto público de México —como sabemos— no llega ni siquiera al 30% de su PIB y, aún peor, el gasto social no llega al 12% del PIB (uno de los más bajos de los países de la OCDE), mientras el de la mayoría de países de la Unión Europea está entre el 20% y el 30% del PIB.

En estas más que desfavorables circunstancias, ¿cómo pueden colaborar para honrar mínimamente los derechos sociales el Poder Legislativo, el Ejecutivo y la justicia constitucional? Como hemos visto, y dado que para Rawls un mínimo social es un elemento constitucional esencial, constitucionalizar los derechos sociales es una opción legítima. Una opción legítima que permite remedios para los casos flagrantes de inobservancia, una opción que activa lo que Ferrajoli ha denominado "garantías secundarias", por lo tanto, una parte de la teoría no-ideal.⁵⁶ El ideal es que los derechos sociales sean implementados mediante lo que Ferrajoli denomina "garantías primarias"; es decir, aquellas medidas legislativas que la constitución requiere y que empoderan a la administración para que las lleve a cabo. Claro, para ello hace falta disponer de una administración apta para dichos fines, y una administración empobrecida y clientelar, desde luego, no lo es.

¿Pero qué ocurre, entonces, cuando una constitución reconoce algunos derechos sociales y otorga a los ciudadanos legitimación activa para demandar su protección y, no obstante, la administración es incapaz de

⁵⁶ Luigi Ferrajoli, *Principia Juris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. I, Laterza, Roma-Bari, 2007, pp. 96-197 y 668-695.

proveer los servicios que los ciudadanos reclaman? En el capítulo X del libro, Gargarella comenta favorablemente la introducción de un control de constitucionalidad activado por los ciudadanos, a partir de los años noventa, en Costa Rica y Colombia.⁵⁷

En el caso de Colombia, fue a partir de la Constitución de 1991 que se estableció un control de la constitucionalidad apto para la protección de los derechos, incluidos los derechos sociales. La protección de fácil activación ante cualquier Tribunal que otorga la *tutela* ha permitido generar una práctica de protección jurisdiccional activa y sólida, mediante el impulso de la Corte Constitucional. Dos ideas han sido claves en este proceso:⁵⁸ en primer lugar, la idea de la 'conexidad', de acuerdo con la cual, dado que los derechos sociales (así el derecho a recibir determinados medicamentos) están vinculados con los derechos civiles (en este caso con el derecho a la vida), entonces cabe su protección jurisdiccional, y en segundo lugar, y con mayor determinación, la vinculación de los derechos sociales con la dignidad humana. Como nos recuerda Uprimny: "Es claro que la intervención activa de la Corte al desarrollar los derechos sociales no habría sido necesaria si los otros actores políticos hubiesen realizado su tarea".⁵⁹ De este modo, Uprimny nos muestra cómo esta tarea de la Corte forma parte de la teoría no-ideal, cómo se trata de activar una garantía secundaria y por qué fallaron las garantías primarias.

Tal vez los casos más conocidos sean los relacionados con la protección de la salud, que comportan un claro coste económico para el Estado, y por ello se haya abierto una gran controversia sobre la oportunidad del

⁵⁷ *Cfr.*, Roberto Gargarella, *La sala de máquinas de la Constitución*, *op. cit.*

⁵⁸ Rodrigo Uprimny, "La justiciabilidad de los DESC en Colombia en perspectiva comparada", en Magdalena Cervantes Alcayde, María Silvia Emanuelli, Omar Gómez Trejo, Areli Sandoval Terán (coords.), *¿Hay justicia para los derechos económicos, sociales y culturales?*, SCJN-UNAM, México, 2014, p. 72.

⁵⁹ Rodrigo Uprimny, "The Enforcement of Social Rights by the Colombian Constitutional Court: Cases and Debates", en R. Gargarella, P. Domingo, T. Roux (eds.), *Courts and Social Transformation in New Democracies: An Institutional Voice for the Poor?*, Ashgate, Aldershot, 2006, cap. 6., p. 131, y también, Rodrigo Uprimny, "La justiciabilidad de los DESC en Colombia...", *op. cit.*

activismo judicial en este ámbito.⁶⁰ Sin embargo, por ejemplo, la Constitución colombiana establece en el primer epígrafe del artículo 44 que

Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. (...)

Entonces parece razonable la obligación de proporcionar la asistencia médica necesaria a los niños con parálisis cerebral, como estableció la Corte en la sentencia T-408/2011.⁶¹

Pero pensemos en otro caso en el que la colaboración entre la Corte, los responsables administrativos de las políticas públicas y las organizaciones de la sociedad civil establecieron una fructífera colaboración. Me refiero a la tragedia del desplazamiento forzado de personas como causa de la violencia.⁶² En la sentencia T-025/2004, la Corte declaró ese estado de cosas "inconstitucional" y ordenó el diseño e implementación de un programa tendente a corregir los fallos que condenaban a la miseria a millones de personas. Es un proceso no exento de dificultades, como es obvio, que ha continuado hasta ahora, pero parece que la decisión de la Corte, en este tipo de casos, está claramente justificada.⁶³

⁶⁰ Según Uprimny, los costes adicionales del Estado como consecuencia de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en este ámbito pasaron de 2 millones de dólares en 1998 a 7 millones en 1999. Rodrigo Uprimny, "The Enforcement of Social Rights...", *op. cit.*, p. 134.

⁶¹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-408/2011, de 17 de mayo de 2011. Derecho fundamental a la salud del niño. Sala Cuarta de Revisión. Exp. 2.910.292.

⁶² Rodrigo Uprimny, "La justiciabilidad de los DESC en Colombia...", *op. cit.*, pp. 86-87.

⁶³ No todos los casos de actuación de la Corte pueden ser considerados igualmente felices. Por ejemplo (*ibidem*, pp. 83-86), la Corte decidió (C-383/1999, C-747/1999 y C-700/1999), para proteger el

Podemos entonces decir que el modelo de Colombia consiste en que la Corte trata de determinar cuál es el contenido esencial de los derechos sociales constitucionalmente protegidos y, de acuerdo con ello, establecer el perímetro de protección jurisdiccional; pero lo hace en diálogo con el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo para diseñar los instrumentos más adecuados para alcanzar su fin.

5. Los presupuestos de la democracia constitucional

Mi contribución no debe ser leída como una objeción al constitucionalismo igualitario de Roberto Gargarella. Adhiero a dicho modelo. Considero que una democracia constitucional realmente comprometida con sus tres vértices —los derechos básicos, la *rule of law* y la democracia— es un sistema político y social que honra y respeta la igualdad. Es más, considero como Roberto que la aptitud de un sistema concreto para alcanzar la igualdad es un buen *test* de calidad de las democracias constitucionales.

Mi contribución debe ser leída como un complemento a dicho ideal, como la sugerencia de aceptar que entre los presupuestos de la democracia constitucional se halla el de disponer de una administración eficiente, profesional, robusta y autónoma.

En el capítulo VIII de su obra, Gargarella se refiere al cómo han de gestionarse aquellos cambios en el diseño institucional que, necesariamente, provocan otros cambios y que pueden hallarse en tensión. Refiriéndose a su maestro Carlos Santiago Nino nos lo dice así:

derecho a la vivienda, reconsiderar todos los créditos hipotecarios de un sistema de financiamiento para la adquisición de la vivienda, que se vieron aumentados astronómicamente por una gran recesión y por una modificación del modo de cálculo de la deuda establecida por la autoridad monetaria. Como consecuencia, introdujeron mucha rigidez en el mercado hipotecario lastimándolo y, al parecer, sólo sirvió para rescatar los préstamos hipotecarios de la clase media, dejando a los más desfavorecidos desamparados.

Un modo de comenzar a reflexionar sobre la influencia cruzada de las reformas es a partir de una serie de reflexiones insistentes que realizara sobre la materia, ya hace algunos años, el jurista argentino Carlos Santiago Nino. A Nino le interesaba llamar la atención sobre un hecho paradójico que seguía a las entonces habituales modificaciones constitucionales latinoamericanas, destinadas a expandir la lista de derechos existente, para anexar a la misma nuevos derechos sociales. El jurista argentino detectaba un problema en tales reformas, inequívocamente introducidas por los grupos más avanzados o progresivos, más favorables al cambio social. El problema tenía que ver, justamente, con la *influencia cruzada* de tales cambios, en este caso, el impacto de la introducción de estos nuevos derechos sociales, en materia de organización del poder. Para Nino, resultaba evidente que, al incorporar nuevos derechos sociales, las fuerzas progresivas incurrían en una acción paradójica porque, contra lo que podían esperar, al actuar de ese modo transferían poderes adicionales al Poder Judicial, es decir, a la rama del poder más alejada de la elección y el control populares —es decir, en términos jeffersonianos, a la rama del poder menos republicana de todas [notas omitidas].

Y esta desconfianza hacia el Poder Judicial recorre también parte de la obra del propio Gargarella.⁶⁴ Pues bien, esta es mi propuesta: una democracia constitucional presupone un Estado con una administración robusta, profesional, eficiente y autónoma. Sólo así el ideal de la igualdad se dibuja como accesible en nuestros diseños institucionales. En condiciones más favorables, ello puede hacerse (como sucede en Europa occidental en general) sin la participación del Poder Judicial. En condiciones menos favorables, sin embargo, es necesario acudir a lo que el propio Roberto denomina "reformas sigilosas, localizadas y bien dirigidas, que dan cuenta de la importancia, y de la posibilidad efectiva, de llevar a cambio modificaciones de peso en la 'sala de máquinas' de la Constitu-

⁶⁴ Véase, Roberto Gargarella, *La justicia frente al gobierno*, op. cit., y la respuesta a mi defensa del control de constitucionalidad en "Diritti e giustizia procedurale imperfetta", *Ragion Pratica*, núm. 10, 1998, pp. 13-40.

ción";⁶⁵ es decir, a decisiones judiciales que tiendan la mano a las otras dos ramas del gobierno y las empujen a colmar las lagunas que tiene su diseño institucional a la hora de satisfacer las necesidades sociales.

Sólo con un sistema tributario bien diseñado y con una administración apta para llevar a cabo las funciones que le son propias es posible construir una sociedad bien ordenada. En dicha sociedad, con una administración profesional e imparcial, será más difícil que se extiendan las prácticas de corrupción que, a menudo, atenazan las democracias latinoamericanas.⁶⁶ Entre los fundamentos de una república regida por el bien común se halla, sin duda, una administración robusta e independiente: una co-rraza contra las prácticas corruptas.

Fuentes

ACKERMAN, Bruce, "The New Separation of Powers", *Harvard Law Review*, vol. 113, núm. 3, 2000, pp. 642-725.

BARRY, Brian, "John Rawls and the Search of Stability", *Ethics*, vol. 105, núm. 4, 1995, pp. 874-915.

BAYÓN, Juan Carlos, "Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo", en Jerónimo BETEGÓN, Francisco Javier LAPORTA, Juan Ramón de PÁRAMO, Luis Prieto SANCHÍS (eds.), *Constitución y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, pp. 67-138.

⁶⁵ Refiriéndose a Costa Rica y Colombia en Roberto Gargarella, *La sala de máquinas de la Constitución*, *op. cit.*, cap. X.

⁶⁶ De manera que, en 2016, el 61% de los colombianos consideran que la corrupción se ha incrementado en su país. Ana Marcos, "La corrupción se convierte en una preocupación central en Colombia", *El País*, Bogotá, 19 de octubre de 2017. Disponible en: https://elpais.com/internacional/2017/10/16/colombia/1508167539_278882.html [última fecha de consulta: 21 de marzo de 2019]. Véase, sobre todo ello, un buen diagnóstico y algunas interesantes vías de salida en Jorge F. Malem, *Pobreza, corrupción, (in)seguridad jurídica*, Marcial Pons, Madrid, 2017.

- COHEN, Gerald, *Rescuing Justice and Equality*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 2008.
- ESPING-ANDERSEN, Gøsta, *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, Polity Press, Cambridge, 1990.
- FERRAJOLI, Luigi, *Principia Juris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. I, Laterza, Roma-Bari, 2007.
- FREEMAN, Samuel, "Property-Owning Democracy and the Difference Principle", *Analyse&Kritik*, vol. 35, núm. 1, 2013, pp. 9-36.
- FRADERA, Josep M., *La Nación Imperial (1750-1918)*, 2 tomos, Edhasa Barcelona, 2015.
- FUKUYAMA, Francis, *The Origins of Political Order. From Prehuman Times to the French Revolution*, Profile Books, Londres, 2011.
- FUKUYAMA, Francis, *Political Order and Political Decay. From the Industrial revolution to the Globalization Democracy*, Profile Books, Londres, 2014.
- GARAVAGLIA, Juan Carlos, *Construir el Estado, inventar la nación. El Río de la Plata, siglos XVIII-XIX*, Prometeo, Buenos Aires, 2007.
- GARAVAGLIA, Juan Carlos, *La disputa por la construcción nacional argentina. Buenos Aires, la Confederación y las provincias (1850-1865)*, Prometeo, Buenos Aires, 2015.
- GARAVAGLIA, Juan Carlos, *Población y sociedad. Argentina (1830-1880)*, Taurus, Barcelona, 2015.
- GARDBAUM, Stephen, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism. Theory and Practice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013.

GARGARELLA, Roberto, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Ariel, Barcelona, 1996.

GARGARELLA, Roberto, 'Il ruolo dei giudici di fronte al 'terreno proibito'', *Ragion Pratica*, núm.10, 1998, pp. 65-73.

GARGARELLA, Roberto, *Las teorías de la justicia después de Rawls*, Paidós, Barcelona, 1999.

GARGARELLA, Roberto, *Latin American Constitutionalism, 1810–2010. The Engine Room of the Constitution*, Oxford University Press, Oxford, 2013.

GARGARELLA, Roberto, *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*, Katz, Buenos Aires, 2015.

GARGARELLA, Roberto, y OVEJERO, Félix, "Introducción: el socialismo, todavía", en Roberto GARGARELLA, Félix OVEJERO (comps.), *Razones para el socialismo*, Paidós, Barcelona, 2001, pp. 11-62.

MALEM Seña, Jorge F., *Pobreza, corrupción, (in)seguridad jurídica*, Marcial Pons, Madrid, 2017.

MARTÍ, José Luis, *La República deliberativa. Una teoría de la democracia*, Marcial Pons, Madrid, 2006.

MARTÍ, José Luis y PETTIT, Philip, *A Political Philosophy in Public Life: Civic Republicanism in Zapatero's Spain*, Princeton University Press, Princeton, 2010.

MEADE, James E., *Efficiency, Equality and the Ownership of Property*, George Allen & Unwin, Londres, 1964.

- MICHELMAN, Frank, "Constitutional Welfare Rights and *A Theory of Justice*", en Norman DANIELS (ed.), *Reading Rawls*, Basil Blackwell, Oxford, 1975, pp. 319-347.
- MICHELMAN, Frank, "Rawls on Constitutionalism and Constitutional Law", en Samuel FREEMAN (ed.), *The Cambridge Companion to Rawls*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, pp. 394-425.
- MORESO, J.J., "Diritti e giustizia procedurale imperfetta", *Ragion Pratica*, núm. 10, 1998, pp. 13-40.
- MORESO, J.J., *La Constitución: modelo para armar*, Marcial Pons, Madrid, 2009.
- MORESO, J.J., "Una aristocracia para todos: Gargarella o el constitucionalismo de la igualdad", *Revista Latinoamericana de Filosofía Política (RLFP)*, vol. VI, núm. 2, 2017, pp. 1-31.
- MORESO, J.J. y MARTÍ, José Luis, "La constitucionalización del principio de la diferencia", *Revista de ciencias sociales*, núm. 47, 2003, pp. 545-574.
- MURPHY, Liam y NAGEL, Thomas, *The Myth of Ownership. Taxes and Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2002.
- NIETO, Alejandro, "De la República a la Democracia: la Administración española del Franquismo (I)", *Civitas. Revista española de derecho administrativo*, 1976, vol. 11, pp. 567-583.
- NIETO, Alejandro, "De la República a la Democracia: la Administración española del Franquismo II)", *Civitas. Revista española de derecho administrativo*, 1977, núm. 15, pp. 573-588.

- NIETO, Alejandro, 'De la República a la Democracia: la Administración española del Franquismo', *Revista española de Derecho administrativo*, núm. 18, 1978, pp. 359-366.
- NIETO, Alejandro, *Los primeros pasos del estado constitucional: la historia administrativa de la regencia de María Cristina de Borbón*, Ariel, Barcelona, 1996.
- NINO, Carlos S., "Transition to Democracy, Corporatism and Presidentialism with Special Reference to Latin America", en Douglas GREENBERG, Stanley N. KATZ, Melanie B. OLIVEIRO y Steven WHEATLE (eds.), *Constitutionalism and Democracy, Transitions in the Contemporary World*, Oxford University Press, Nueva York-Oxford, 1993.
- NINO, Carlos S., "Hyperpresidentialism and Constitutional Reform in Argentina", en Arend LIJPHART y Carlos H. WAISMAN (eds.), *Institutional Design in New Democracies*, Westview Press, Nueva York, 1996, cap. 9.
- OKIN, Susan M., "Review of *Political Liberalism*", *American Political Science Review*, vol. 87, 1995, pp. 1010-1011.
- O'NEILL, Martin, "Free (and Fair) Markets without Capitalism: Political Values, Principles of Justice, and Property-Owning Democracy", en Martin O'NEIL y Thad WILLIAMSON (eds.), *Property-Owning Democracy. Rawls and Beyond*, Willey-Blackwell, Oxford, 2012, pp. 75-100.
- O'NEILL, Martin, y WILLIAMSON, Thad (ed.), *Property-Owning Democracy. Rawls and Beyond*, Willey-Blackwell, Oxford, 2012.
- QUERALT, Jahel, "The Place of the Market in a Rawlsian Economy", *Analyse & Kritik*, vol. 35, núm. 1, 2013, pp. 121-140.

- RAMIÓ, Carles, *Administración pública y crisis institucional. Estrategias de reforma e innovación para España y América Latina*, Tecnos, Madrid, 2015.
- RAWLS, John, *A Theory of Justice*, 2a ed., Harvard University Press Cambridge, Mass (1971) 1999. [Edición en español: *Teoría de la justicia*, María Dolores González (trad.), 2a ed., FCE, México, 1995].
- RAWLS, John, *Political Liberalism*, Columbia University Press, Nueva York, 1993. [Edición en español: *Liberalismo político*, FCE-UNAM, México, 1995].
- RAWLS, John *Collected Papers*, Samuel FREEMAN (ed.), Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1999.
- RAWLS, John *Lectures on the History of Moral Philosophy*, Barbara Herman (ed.), Harvard University Press, Cambridge, Mass., 2000.
- RAWLS, John, *Justice as Fairness. A Restatement*, Erin KELLY (ed.), Harvard University Press Cambridge, Mass, 2001. [Edición en español: *Justicia como equidad. Una reformulación*, Erin KELLY (ed.), Tecnos, Madrid, 2012].
- SCHMIDTZ, David, "Nonideal Theory: What It Is and What It Needs to Be", *Ethics*, vol. 121, núm. 4, julio 2011, pp. 772-796.
- SEN, Amartya, *The Idea of Justice*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 2009.
- SIMMONS, A. John, "Ideal and Nonideal Theory", *Philosophy & Public Affairs*, vol. 38, núm. 1, 2010, pp. 5-36.
- TOMÁS y VALIENTE, FRANCISCO, *Manual de Historia del Derecho español*, Tecnos, Madrid, 1983.

TUSHNET, Mark, *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton University Press, Princeton, 2009.

UPRIMNY, Rodrigo, "The Enforcement of Social Rights by the Colombian Constitutional Court: Cases and Debates", en R. GARGARELLA, P. DOMINGO, T. ROUX (eds.), *Courts and Social Transformation in New Democracies: An Institutional Voice for the Poor?*, Ashgate, Aldershot, 2006, cap. 6.

UPRIMNY, Rodrigo, "La justiciabilidad de los DESC en Colombia en perspectiva comparada", en Magdalena CERVANTES A., María Silvia EMANUELLI, Omar GÓMEZ, Areli SANDOVAL (coords.), *¿Hay justicia para los derechos económicos, sociales y culturales?*, SCJN-UNAM, México, 2014, pp. 65-89.

VALENTINI, Laura, "Ideal vs. Non-Ideal Theory: A Conceptual Map", *Philosophy Compass*, vol. 7, núm. 9, septiembre 2012, pp. 654-664.

WALDRON, Jeremy, "John Rawls and the Social Minimum", en Jeremy WALDRON, *Liberal Rights. Collected Papers. 1981-1991*, Cambridge University Press, Cambridge, 1993, pp. 250-270.

WANG, Daniel Wei L. y PRIVATTO, Priscila, "Latin American Constitutionalism, 1810–2010. The Engine Room of the Constitution", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 12, núm. 1, enero 2014, pp. 256-261.

WILLIAMS, Bernard, "A Fair State", *London Review of Books*, vol. 15, núm. 9, 13 de mayo de 1993, pp. 7-8.

Jurisprudencia

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-408/2011, de 17 de mayo de 2011. Derecho fundamental a la salud del niño. Sala Cuarta de Revisión. Exp. 2.910.292.

Sitios electrónicos

CONEVAL, "Resultados de pobreza en México 2016 a nivel nacional y por entidades federativas", Medición de la pobreza. Disponible en: <http://www.coneval.org.mx/Medicion/Paginas/PobrezaInicio.aspx> [última fecha de consulta: 21 de marzo de 2019].

El conflicto de derechos en el estado de necesidad

Ilse Carolina Torres Ortega*

* Doctora en Filosofía del Derecho por la Universidad de Alicante, España. Coordinadora de la Maestría en Derecho Constitucional y Argumentación jurídica en el Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente (ITESO). Agradezco a Victoria Roca el diálogo en torno a las ideas de este trabajo, así como sus oportunas observaciones.

SUMARIO: 1. Introducción; 2. El estado de necesidad como excluyente de responsabilidad penal; 3. Los fundamentos iusfilosóficos del estado de necesidad; 4. ¿Existe un "derecho de necesidad" y un "deber de tolerancia"?; 5. Conclusiones: El conflicto entre los derechos del sujeto necesitado y el sujeto afectado por la acción de salvaguarda.

1. Introducción

En las últimas décadas buena parte de la reflexión iusfilosófica ha estado orientada al esclarecimiento de los "derechos" y al fundamento de los mismos. Así, son muchos los desarrollos que desde distintas perspectivas y paradigmas han tratado de dar una respuesta a qué significa afirmar que tenemos derechos.

Uno de los caminos recurrentes en la Teoría del Derecho ha sido el de la indagación conceptual;¹ esto es, la tarea analítica consistente en sistematizar los distintos usos del término "derecho" en contextos normativos.²

¹ Tal y como indica Guillermo Lariguet, cuando nos ocupamos de los conceptos: "No lo hacemos por prurito especulativo, sino porque queremos comprender los anclajes referenciales de nuestros conceptos que no son otros que estados de cosas, conductas, prácticas que parecen estar impregnadas, o al menos 'circundadas', por nuestros conceptos". (Guillermo Lariguet, "La investigación filosófica: ¿Análisis conceptual versus análisis histórico?", *Revista Praxis Filosófica Nueva serie*, núm. 42, 2016, p. 234).

² Aunque, como bien advierte Cruz Parceró, hablar de derechos no ha de entenderse como algo exclusivo del contexto jurídico, sino más bien de contextos normativos en general: "Una teoría de

La reflexión en torno a los derechos, por supuesto, no ha quedado sólo en su comprensión conceptual, sino que junto a esta ha tenido lugar un proyecto de fundamentación que se propone el esclarecimiento de qué son, cuáles son, cuál es el alcance de los mismos, cuál ha de resultar prioritario en caso de conflicto y, centralmente, cuál es la manera efectiva de materializarlos tanto en nuestras comunidades políticas —a través de una determinada estructura institucional—, como en nuestras relaciones intersubjetivas.

De esta forma, es fácil observar que pocos temas son tan relevantes para la Teoría del Derecho como éste. El recorrido teórico en torno a los derechos ha sido también el recorrido de su concreción y de la reflexión acerca de qué consecuencias prácticas han de derivarse de su reconocimiento. Dado que no se trata de una tarea satisfecha, seguirá siendo uno de los temas centrales en la agenda teórica. Lo que sucede es que parte de este recorrido también ha puesto de manifiesto las relaciones dinámicas entre los derechos que, en ocasiones, constituyen auténticos dilemas. Así, la implementación de los derechos constantemente se enfrenta a dos grupos de problemas de relevancia teórico-práctica: por una parte, las situaciones de conflicto entre derechos de diferentes individuos y, por otra, la determinación del alcance de los derechos de cada persona. Por supuesto, ambos grupos de problemas son interdependientes.³

En este trabajo no voy a dar cuenta del aparato teórico en torno a los derechos y de las consecuencias que se derivan de la opción por una

los derechos debería darnos una visión unificada de los derechos tanto en contextos jurídicos como en contextos no jurídicos...". en Juan Antonio Cruz Parceró, *El lenguaje de los derechos*, Trotta, México, 2007, p. 15.

³ Tal y como señala Carlos Nino, "el primer problema se plantea, por ejemplo, cuando debemos decidir entre la vida de un individuo y la vida, la integridad corporal o la libertad de otro. El segundo problema se presenta cuando debemos decidir si, por ejemplo, el Derecho a la vida de los individuos es satisfecho por el Estado cuando establece y hace cumplir la prohibición de matar, o si exige, adicionalmente, que se provean condiciones que favorecen la preservación de la vida, como son la alimentación, el abrigo, la asistencia médica, etc.", en Carlos S. Nino, *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación*, Ariel, Barcelona, 1989, p. 305.

reconstrucción conceptual y de una fundamentación u otra, en la construcción de una metodología para la resolución de conflictos entre ellos. Mi objetivo aquí es, en realidad, mucho más modesto: pretendo poner de manifiesto la necesidad de llevar la discusión conceptual y de fundamentación sobre los derechos a problemas jurídicos más específicos. Y es que entiendo que esta suerte de equilibrio reflexivo (o de ejercicio de ida y vuelta) entre una reflexión más abstracta sobre los derechos y una más concreta, que nos lleve a pensar en figuras jurídicas específicas, es una metodología conveniente que permite ajustes recíprocos. En este caso, me ocuparé de una figura perteneciente a la dogmática jurídico-penal: el *estado de necesidad*. El estado de necesidad es una *causa de justificación* en la asignación de responsabilidad penal.⁴ De acuerdo con la caracterización de la dogmática, en las situaciones de necesidad nos encontramos ante un conflicto entre derechos en el que una persona en su propio nombre —o bien, total o parcialmente, asistido por otro— causa un daño en la esfera protegida de los derechos de un tercero, y ello porque ésta es la única forma de garantizar aquellos bienes considerados superiores por el derecho positivo de referencia.

Tal y como se busca mostrar, una revisión de esta institución jurídico-penal clásica desde la perspectiva de los derechos tiene mucho que aportar: la cuestión de su alcance y la metodología propia de la resolución de conflictos entre ellos permite dar cuenta de una serie de problemas que, en ocasiones, son pasados por alto por un análisis más formalista que se limita a comparar dos bienes en conflicto. Centralmente, me referiré a una serie de problemas que tienen que ver con las relaciones jurídicas surgidas entre las personas involucradas en la realización de la acción necesaria.

A través de lo anterior, he de señalar que mi pretensión es doble: por una parte, me interesa mostrar la utilidad de llevar el instrumental teórico-

⁴ Por supuesto, el estado de necesidad no es exclusivo del ámbito penal. En el Derecho civil también se recurre a la figura del estado de necesidad e incluso en el Derecho Internacional, en las ocasiones históricas en las que se ha argüido la falta a la neutralidad, argumentando el estado de necesidad.

conceptual de los derechos hacia reflexiones respecto de problemas prácticos a los que se intenta dar respuesta en el seno de instituciones positivizadas. Por otra parte, me propongo desarrollar un ejercicio que me permita poner de manifiesto la conveniencia de vincular y proyectar las herramientas propias de la Teoría del Derecho al ámbito de la Dogmática y, más específicamente, al de la Dogmática jurídico-penal.

2. El estado de necesidad como excluyente de responsabilidad penal

El estado de necesidad ha sido una cuestión ampliamente controvertida en el derecho penal. Se trata de una figura que comprende aquellos casos de justificación en los que se concluye, pese a existir una conducta *prima facie* prohibida y en atención a otros valores, que el sujeto no es responsable y, por tanto, tampoco susceptible de ser sancionado. Esto es así, puesto que se considera que la conducta realizada da lugar a un estado de cosas que, o bien es valioso o, por lo menos, no es disvalioso a la luz de los fines del sistema jurídico. Como bien indican Bouzat, Cantaro y Navarro:

En tanto que justificación, el estado de necesidad compromete con dos consecuencias: por una parte, quien emprende una conducta salvadora en el marco de ese tipo de situaciones se comporta de manera jurídicamente correcta y, por otra parte, la fuerza justificatoria se expande hacia las acciones que cooperan, alientan o promueven la conducta salvadora. Sin embargo, una adecuada reconstrucción del estado de necesidad ofrece todavía muchos aspectos desconcertantes.⁵

El carácter problemático de esta figura no radica únicamente en que nos autoriza a excluir una conducta transgresora del curso normal que para

⁵ Andrés Bouzat, Alejandro S. Cantaro y Pablo E. Navarro, "El fundamento jurídico de un derecho de necesidad", *Revista Discusiones*, núm. 7, 2007, p. 114.

este tipo de conductas indican las reglas secundarias.⁶ Esto es, no sólo radica en el hecho de que es una acción *a priori* dañina que finalmente quedará sin castigo, sino también en el hecho de que tal acción ha de darse bajo unas circunstancias determinadas: la acción de salvaguarda —la acción necesaria— es emprendida por un individuo para preservar sus bienes jurídicos, pero para ello no le queda otra alternativa que vulnerar los bienes de otra persona. Es esta extrema dificultad para poder encontrar otro curso de acción —la necesidad de que ello sea así— lo que dota de sentido a esta figura.

El estado de necesidad es, además, uno de esos casos paradigmáticos del invaluable trabajo que desarrolla la dogmática jurídica.⁷ En efecto, al revisar casi cualquier código penal nos percatamos de que el estado de necesidad aparece dentro del amplio catálogo de causas de exclusión de responsabilidad penal, sin especificar los múltiples matices para su aplicación.⁸ Han sido los teóricos de la dogmática penal quienes se han encargado de analizar minuciosamente esta causa de exclusión, a la que consideran causa de justificación, procurando con ello los criterios de

⁶ Aludiendo a la caracterización de Hart, como es bien conocido, las reglas secundarias se refieren a la creación o modificación de las reglas primarias —las cuales regulan acciones que involucran movimientos o cambios físicos, imponen deberes e indican a sus destinatarios lo que están obligados a hacer o no hacer—, confieren facultades a órganos e instituciones concretas e implican acciones institucionales dirigidas a hacer cambios normativos. Véase, H. L. A. Hart, *El Concepto de Derecho*, 3a. ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2011.

⁷ La dogmática jurídica desarrolla una serie de actividades heterogéneas que tienen relevancia para la práctica del Derecho; de entre ellas, destaca la de proporcionar herramientas que no están en el Derecho positivo a los operadores jurídicos, permitiendo reconstruir el sistema jurídico de manera que puedan evitarse soluciones valorativamente insatisfactorias. La cuestión de las funciones y del carácter de la dogmática jurídica, como bien se sabe, es muy polémico. En este sentido, destaco la propuesta de Manuel Atienza consistente en ver la dogmática jurídica como una *tecnopraxis*, esto es, como una técnica cuyo cometido fundamental no es obtener conocimiento, sino resolver problemas prácticos sobre la aplicación, interpretación y producción del Derecho. Atienza propone unificar la tesis de que la dogmática no obedece al modelo de ninguna ciencia, sino que es más bien una técnica social, con la tesis de que el Derecho se inserta dentro de la razón práctica (*cf.* Manuel Atienza, *Derecho y transformación social*, Trotta, Madrid, 2017, pp. 167-192).

⁸ Muestra de ello el Código Penal del Estado de Jalisco que establece en el artículo 13 las causas excluyentes de responsabilidad penal, especificando en el numeral III las causas de justificación. El inciso c) se refiere a "El estado de necesidad, cuando exista la urgencia de salvar de salvar bienes jurídicos propios o ajenos en un peligro real, grave e inminente, siempre que no exista otro medio producible y menos perjudicial"

los que ha de valerse el juzgador para poder identificar adecuadamente las situaciones en concreto en las que apelar a esta causa sería legítimo.

En este sentido, lo que quiero plantear a continuación son los elementos generales que tradicionalmente se han entendido como constituyentes del estado de necesidad, para después problematizar algunos de ellos.

Así, Franz Von Liszt, uno de los autores clásicos y representativos de la teoría del delito, definió el estado de necesidad como "una situación de peligro actual ante los intereses protegidos por el derecho, en el cual no queda otro remedio que la violación de los intereses de otro, jurídicamente protegidos".⁹ Esta definición ha sido ampliamente aceptada en el ámbito del derecho penal por su carácter *general*, ya que bajo ella cae una variedad de situaciones de necesidad, desde las más graves, hasta las más simples. Algunos ejemplos de estas situaciones referidos por la doctrina son los siguientes:

"El caso de los náufragos que se disputan la *tabula unius capax*; la lucha por ganar la salida del teatro incendiado, en el que el espectador que se ahoga con el humo y abrazado por las llamas, pisotea el cuerpo de otro caído en el suelo; el hacer abortar a la mujer cuya vida peligr¹⁰; operar a una persona en inminente riesgo de muerte, aunque se oponga el padre enfermo; apoderarse de un medicamento secreto, aún no puesto en circulación, por un empleado que salva así la vida de su hija; entrar en domicilio ajeno para

⁹ Franz Von Liszt, *Tratado de Derecho penal*, vol. II, Reus, Madrid, 1999, p. 341.

¹⁰ Es interesante esta perspectiva para analizar el caso de aborto terapéutico que, normalmente, se utiliza más bien para ejemplificar la doctrina del doble efecto en la que se pretende diferenciar la situación en la que un médico prevé que el feto morirá, aunque no tiene la intención de que así sea, de aquella situación en la que el médico prevé esta consecuencia y tiene la intención de que así sea. Philippa Foot señala que la doctrina del doble efecto se basa en una distinción entre lo que un individuo prevé como resultado de su acción voluntaria y lo que, en sentido estricto, es su intención. En la intención directa —o en sentido estricto—, las consecuencias previstas se tienen como una finalidad, o bien, como medio para alcanzar una finalidad. Los medios pueden ser indeseados por sí mismos, pero desearse para lograr el bien final. Por el contrario, cuando un individuo no tiene una intención directa las consecuencias previstas de su acción voluntaria no son ni un fin ni un medio para fin alguno (Philippa Foot, "The Problem of Abortion and the Doctrine of Double Effect", *Oxford Review*, núm. 5, 1967, p. 6).

prestar auxilio o servir a la justicia; hurtar un panecillo para no morir de hambre, o un vestido para reemplazar al del bañista al que le fueron sustraídos los suyos; matar a un animal que nos embiste; ejercer ilegalmente la medicina en situación de apuro; embarrasar la vía pública para refaccionar la casa que amenaza ruina; e incluso el empleo de falsos documentos o cartas de identidad en tiempo de ocupación de fuerzas militares extranjeras, y hasta ciertas contravenciones a los reglamentos".¹¹

Ahora bien, teniendo en cuenta la amplia variedad de casos, en la dogmática se han propuesto dos formas distintas de concebir el estado de necesidad. La primera es llamada "estado de necesidad justificante" y la segunda "estado de necesidad exculpante". El primero se refiere a los casos en los que hay una colisión de bienes jurídicos de distinto valor y en los que se opta por sacrificar el bien de menor valor para salvar el de mayor valor; por ello, lo que vendría a caracterizar este tipo de estado de necesidad es la exigencia de "ponderar" los bienes jurídicos involucrados¹². El estado de necesidad exculpante se reserva para aquellas

¹¹ Luis Jiménez de Asúa, *Teoría del delito*, Editorial jurídica universitaria, San José, 2008, pp. 250 y 251.

¹² Es necesario señalar que, en el contexto de la dogmática penal, la idea de bienes jurídicos es dependiente de la *teoría del bien jurídico*. Autores como Nino han señalado que esta teoría se basa en un concepto de bien jurídico de contenido descriptivo —el cual se establece según su supuesta correlación con datos empíricos definidos—. La dogmática penal tiene por asumido que sólo los bienes jurídicos pueden ser objeto de protección por el derecho penal (principio de protección de bienes jurídicos) y que todo delito lesiona un bien jurídico, pero dada la heterogeneidad de dichos bienes (individuales y universales), parece que no siempre es adecuado decir que se les puede identificar con situaciones fácticas; la consideración de que todo delito lesiona un bien jurídico va más allá de esto. Nino sugiere que esta conexión entre delito y bien jurídico puede ser entendida en tres sentidos: como referida al significado de la palabra delito (si entre las características definitorias se incluyera la lesión a un bien jurídico, sería lógicamente necesario que todo delito ataca a un bien jurídico, aunque habría que negar que ciertos actos sean delitos); como descripción de las figuras delictivas de la legislación positiva (si un acto no lesionara un bien jurídico no sería delito porque provocaría la ausencia de la tipicidad, pero sería una afirmación contingente y falsa respecto a nuestro sistema); como una descripción de las conductas delictivas particulares (afirmar que de hecho todo delito lesiona un bien jurídico, como generalización empírica de verdad contingente) (Carlos S. Nino, *Consideraciones sobre la Dogmática penal. Con referencia particular a la Dogmática Penal*. Ediciones Coyoacán, México, 2011, pp. 80 y 81). La tesis de que todo delito vulnera un bien jurídico en realidad es utilizada por la dogmática para resaltar una relación con la antijuridicidad, no con alguna entidad fáctica. Por esta razón, Nino subraya la necesidad de entender el bien jurídico como un término teórico que no hacen referencia directa a ninguna entidad observable, sino que su entendimiento requiere ver el contexto de la teoría en que tiene lugar; es esto lo que permite vincular los

situaciones en las que los bienes jurídicos en conflicto se consideran de igual valor, por lo que simplemente operaría el principio de no exigibilidad de un comportamiento distinto. El estado de necesidad justificante vendría a ser, entonces, la auténtica causa de justificación, mientras que el exculpante correspondería a aquellos supuestos inculpables.¹³

A los efectos de la reflexión que aquí propongo, no necesito indagar mucho más en el análisis de esta justificación realizado desde la dogmática penal. Sólo daré cuenta de aquellos elementos que casi por unanimidad se consideran característicos del estado de necesidad justificante:

- 1) Para emprender la acción de salvaguarda es indispensable estar ante una situación de peligro real e inminente (propio o de alguien más).
- 2) Debe existir la necesidad de salvaguardar un bien jurídico que está en peligro.
- 3) Ese peligro no debe haber sido ocasionado intencionalmente por el sujeto necesitado.
- 4) El sujeto necesitado no tiene la obligación de afrontar el peligro al que se ve expuesto, en virtud de su oficio o profesión.
- 5) Para salvaguardar ese bien jurídico es necesario que el sujeto necesitado o su auxiliador infrinjan un deber o afecten un bien jurídico de otra persona (no hay otros medios posibles para ello).
- 6) El bien jurídico afectado por la acción de salvaguarda no puede ser mayor que aquel que se está procurando proteger (de no ser así, como ya vimos, se trataría del estado de necesidad exculpante), sino que ha de ser de menor valor.

términos teóricos con correlaciones empíricas.

¹³ En los términos del concepto analítico del delito, esto implica que, como justificación, ha de abordarse en el apartado de antijuridicidad, dando como resultado que no se considere la acción de salvaguarda una conducta antijurídica. El curso causal salvador no resulta en un estado de cosas contrario al sistema jurídico. Como factor de exculpación, el estado de necesidad queda reservado para el estudio del apartado de imputabilidad, dando como resultado considerar a la conducta típica y antijurídica, pero no culpable (Francisco Muñoz Conde, *Derecho Penal, Parte General*, 8a. ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 328 y 329).

Así, a partir de estos elementos generales podemos comenzar a plantear algunas piezas de ese rompecabezas que es la articulación de los derechos en conflicto en el estado de necesidad. Estas piezas son agrupadas como sigue:

- 1) Los sujetos que potencialmente pueden estar involucrados en una situación de estado de necesidad: (a) Sujeto necesitado; (b) auxiliador del sujeto necesitado; (c) un tercero que se ve afectado por la acción de (a) o de (b); (d) un tercero que se opone en favor de los bienes de (c); y (e) el Estado. Atendiendo a estos actores, me parece que podríamos hablar, entonces, de tres relaciones relevantes: (1) la relación entre [(a) o (b)] y (e); (2) la relación entre [(a) o (b)] y [(c) o (d)]; y (3) la relación entre [(c) o (d)] y (e).
- 2) Acciones (u omisiones) implicadas en el estado de necesidad: (1) la acción de salvaguarda de (a) o de (b); (2) la acción de resistencia pasiva de (c) o (d); y (3) la acción de oposición directa activa de (b) o (c).
- 3) Momentos relevantes en el estado de necesidad: (1) el transcurso de la acción necesaria y (2) el momento posterior a dicha acción. Esto nos permitirá explorar, entre otras cuestiones, la posibilidad del tercero afectado (u otro particular que se opone a favor de los bienes del anterior) de oponerse en el tiempo (1) y la posibilidad de que uno de ellos sea sancionado en (2).

Teniendo en cuenta estas piezas, abordaré dos cuestiones:¹⁴ la primera tiene que ver con el fundamento de la juridicidad de la acción necesaria. Esto es, bajo qué circunstancias podemos hablar de una acción necesaria —en sentido crítico o fundamentado— dentro del derecho. Hay una suerte de intuición que nos indica que quien actúa en estado de necesidad no ha de verse jurídicamente comprometido por dicha acción; esto es, no

¹⁴ Aunque aquí me refiero a estas dos cuestiones, se ha de tener presente que, dado que se trata de una reflexión que coadyuva con la dogmática jurídico-penal, además del esclarecimiento de las posiciones tipo vinculadas con el estado de necesidad, esta reflexión filosófica proyecta luz sobre la actividad judicial de identificar si un caso concreto ha de verse o no como caso de estado de necesidad.

ha de verse como jurídicamente responsable de un ilícito. Pese a que esta máxima resulta, en efecto, intuitiva, no hay, sin embargo, claridad sobre el fundamento crítico de la misma y mucho menos todavía acerca del estatus que acompaña al sujeto necesitado. Es decir, tratándose de una situación excepcional, ¿es adecuado decir que el sujeto necesitado posee una suerte de *derecho de necesidad* (un derecho subjetivo que protegería su permiso de hacer una acción necesaria para proteger un bien del que es titular) que puede oponer a terceros?

En segundo lugar, indagar sobre los fundamentos filosóficos de esta justificación, además de facilitar el esclarecimiento de la posición jurídica del necesitado y la aplicación legítima de esta causal, nos permite también replantear el carácter de la posición que ostentan los demás involucrados en la acción de salvaguarda. Y es que no podemos pasar por alto que el éxito de la acción de salvaguarda pasa por la afectación de los bienes jurídicos de un tercero, quien, en principio, parecería tener un *deber de soportar esta afectación*.

3. Los fundamentos iusfilosóficos del estado de necesidad

Si bien de las cuestiones antes mencionadas es la segunda la que más interesa en este trabajo, para abordar adecuadamente cuál debe ser el haz de posiciones jurídicas que reconstruyan esta situación, es necesario reflexionar sobre aquellos principios que constituyen la base del estado de necesidad. Aunque haya sido en líneas muy generales, he presentado cómo es estudiada esta institución desde la dogmática penal. También he dado cuenta de aquellos elementos que se consideran definitorios de la misma, ya sea que operen en su versión justificante o en la de exculpante. Ahora bien, para poder hacer una reconstrucción de un uso fundamentado de la causal es indispensable reflexionar sobre esta figura a la luz de los valores que legitiman el estado de necesidad justificante.

Para llevar a cabo este análisis, en primer lugar, indicé algunas cuestiones generales sobre las defensas, esto es, sobre las excusas y las justificacio-

nes. En el proceso de asignación de responsabilidad en un contexto jurídico, hay un momento apto para que el sujeto en cuestión presente una defensa que evite dar el paso a formular un juicio de sancionabilidad. Autores como Alf Ross hablan de la *responsabilidad como exigibilidad* para distinguir ese primer momento en el que una persona es llamada a rendir cuentas por una conducta transgresora que se presume de su autoría; en este momento su conducta no es objeto todavía de desaprobación, puesto que únicamente debe dar explicaciones, por ejemplo, ofreciendo una justificación o una excusa. Si en esta rendición de cuentas se llega a la conclusión de que no es aplicable ninguna defensa, entonces el individuo puede ser considerado culpable, emitiéndose así un juicio de *responsabilidad como sancionabilidad*; en este momento una persona es formalmente responsable y susceptible de ser sancionada.¹⁵

La admisión de circunstancias eximentes de responsabilidad es una parte crucial del compromiso de los sistemas penales por distribuir el castigo de una forma justa, en tanto que procura evitar que los individuos sean tratados como meros medios, algo que posiblemente sucedería si se atendiera únicamente al fin de castigar conductas transgresoras,¹⁶ sin importar las circunstancias del acto y de su autor. De acuerdo con el marco de fundamentación del derecho penal liberal, una legislación

¹⁵ Alf Ross, *On Guilt, Responsibility and Punishment*, University of California Press, Berkeley-Los Angeles, 1975, p. 20.

¹⁶ Aunque la mayoría de los sistemas jurídicos contemporáneos prevén justificaciones y excusas, las condiciones previstas varían y no siempre son relevantes para excluir la sancionabilidad. Como muestra de ello, los supuestos permitidos de responsabilidad objetiva o cuando la dificultad de probar es tal que admitir una defensa supone un coste demasiado alto. Pese al tratamiento específico de las defensas, en general creo que es posible afirmar que los sistemas jurídicos contemporáneos comparten el compromiso por defender la libertad de elección de los individuos, lo cual implica tener en cuenta las circunstancias en las que se da la acción y las condiciones mentales en torno a la conducta producto de dicha acción. No obstante, autores como Federico L. G. Faroldi han llamado la atención sobre la posibilidad de cuestionar hasta qué punto la posibilidad de elegir y de seguir un plan de vida se ven afectados con un sistema que no contemple lo anterior. Por ejemplo, un sistema de responsabilidad objetiva que define la atribución de responsabilidad únicamente por el resultado. Siempre que las personas se consideren a sí mismas como sujetos racionales y con autocontrol, pueden utilizar las normas como aliadas en la planeación de sus vidas, pensando que mientras actúen correctamente y con el cuidado que las leyes exigen el aparato coercitivo del Estado no se activará contra ellos. (Federico L. G. Faroldi, *The Normative Structure of Responsibility. Law, Language and Ethics*, College Publications, Londres, 2014, p. 55).

penal que contemple supuestos de exclusión de responsabilidad es, sin duda, más justa que una que no lo haga¹⁷. Los ciudadanos poseemos mayores posibilidades de planear nuestras vidas si contamos con la seguridad de que, mientras no transgredamos las normas voluntariamente en condiciones tales que tengamos posibilidades reales de elegir el curso de nuestras acciones, lo más probable es que no recibiremos ninguna clase de castigo.¹⁸

Ahora bien, tanto las justificaciones como las excusas tienen como consecuencia que una acción no sea considerada delictiva. La distinción entre unas y otras es relevante, aunque en la práctica esto puede ser ignorado si sólo se subraya que ambas se refieren a la falta de uno de los requisitos previstos en el tipo penal. Las justificaciones tienen lugar cuando se realiza un acto en condiciones tales que se considera un supuesto no condeñable y no considerado por la regla general de conducta (regla de mandato), excluyendo así la responsabilidad. El ejemplo clásico sería precisamente el de estado de necesidad o el de dañar a alguien en defensa propia (legítima defensa). Se trata de casos que, *prima facie*, constituyen transgresiones, pero que se dan en circunstancias tan distintas a las previstas por el tipo penal involucrado que no constituye un acto que el Estado intente evitar o prevenir. En el caso de las excusas nos encontramos ante supuestos que corresponden a conductas previstas por las normas, pero que disculpan la responsabilidad penal por la presencia de determinadas condiciones en el agente que realizó el acto; un ejemplo claro de excusa

¹⁷ Sobre el derecho penal de corte liberal, Ferrajoli señala que el Derecho penal "es el terreno en el que se construyó el paradigma del Estado de Derecho y de la democracia liberal como sistema de límites a la ley del más fuerte. El paradigma opera en dos direcciones: como sistema de límites a la libertad salvaje de los asociados, mediante la prohibición, la investigación y el castigo como delitos de las ofensas a los derechos ajenos o a otros bienes o intereses estipulados como fundamentales; y como sistema de límites a la potestad punitiva del Estado, mediante las garantías penales y procesales, que impiden la prohibición de las acciones inofensivas o no culpables y el castigo de las ofensivas y culpables sin una previa y correcta averiguación". (Luigi Ferrajoli, *El paradigma garantista. Filosofía crítica del Derecho penal*, Trotta, Madrid, 2018, p. 32).

¹⁸ H. L. A. Hart, *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*. Segunda edición, Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 45.

es la acción de matar a alguien por un accidente (siempre que no implique negligencia¹⁹).

John Gardner explica la distinción entre excusas y justificaciones de la siguiente forma:

La justificación es una explicación racional directa. La pregunta es "¿por qué hiciste eso?" La respuesta justificatoria es: "porque tenía razones no derrotadas para hacerlo; porque era lo correcto todas las cosas consideradas". La excusa, en cambio, es una explicación racional indirecta. La pregunta sigue siendo "¿por qué hiciste eso?", pero la respuesta es ahora más compleja(...) "es verdad: no actué en virtud de razones no derrotadas, pero tuve razones no derrotadas para tener miedo, o para estar tan furioso, confundido o disgustado, que actué tal y como lo hice. Mi acción fue injustificada, pero mi disposición a actuar como lo hice estuvo justificada". No es necesario aclarar que no toda justificación o excusa es exitosa".²⁰

Por otra parte, Pablo Larrañaga indica que esta distinción entre justificación y excusa refleja dos elementos normativos esenciales de los sistemas de responsabilidad: la regla de conducta y la regla de responsabilidad. La justificación aduce una excepción a la regla de conducta para el caso particular, en tanto que la excusa presenta razones para que se suspendan las consecuencias normativas.²¹

Teniendo en cuenta las anteriores precisiones, entonces se implica que la acción justificada no se ha desviado de las pautas de conducta intersub-

¹⁹ Las más frecuentes atienden a la falta de conocimiento que impide considerar a la acción como voluntaria; por ejemplo, la carencia de control muscular, la coacción, distintos tipos de anomalías mentales, la incapacidad para decidir o ejecutar la decisión. En casos como los anteriores, se trata de actos que se condenan, pero en los que se atiende a una exigencia de equidad y de justicia formal que impide castigar a aquellos individuos que no han tenido la misma posibilidad de evitar cometer la acción prohibida. *Cfr.*, *Ibidem*, p. 13.

²⁰ John Gardner, *Ofensas y defensas: Ensayos selectos sobre filosofía del Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 171 y 172.

²¹ Pablo Larrañaga Monjarraz, *El concepto de responsabilidad*, Fontamara, México, 2004, p. 113.

jetivas, debido a que, por las circunstancias, el estado de cosas generado por la conducta del sujeto necesitado es uno deseado o valioso —o simplemente no es "indeseado" o "disvalioso"—. La previsión de justificaciones penales impide el castigo de conductas que, aun si estaban inicialmente prohibidas, han dado lugar a un estado de cosas que no forma parte de aquellas que el sistema penal pretende evitar.

Así, las justificaciones jurídicas como el estado de necesidad pretenden mostrar que el acto resultante es deseable o, por lo menos, más deseable que aquel que hubiera resultado de no llevarse a cabo la acción necesaria. Derivan, por tanto, de un principio vinculado a la protección social, puesto que se trata de un estado de cosas valorado positivamente en virtud de los beneficios que se obtienen de tal estado de cosas, incluso involucrando el sacrificio de los intereses de otros miembros de la sociedad. Asimismo, las justificaciones atienden al principio de antijuridicidad: se exige la comprobación de que la acción efectiva no es antijurídica, esto es, no ha generado el estado de cosas que la ley pretende prevenir. Las justificaciones han de responder también a un principio de intersubjetividad.

Todo ello lleva implícita una defensa de una concepción objetiva de las justificaciones penales que descarte a las actitudes subjetivas de los involucrados como uno de los rasgos relevantes para evaluar el estado de cosas resultante del estado de necesidad. Así, las justificaciones no han de entenderse como situaciones contempladas para invalidar el reproche sobre su autor,²² sino como un estado de cosas objetivo que, a la luz de

²² Carlos Nino es un autor que ha subrayado especialmente esto para criticar, especialmente, cierta concepción de las excusas centrada en indagar la reprochabilidad del acto como un indicio de la calidad moral del agente. Por ello, dentro de su teoría consensual, las excusas se admiten únicamente como excluyentes del consentimiento cuando se refieren a situaciones que afectan desigualmente a solo un grupo social; los factores causales que condicionan la voluntad en forma desigual excluyen el consentimiento, encontrando esto su fundamento en la relación entre el principio de dignidad de la persona y la interpretación igualitaria del principio de inviolabilidad. (Carlos Santiago Nino, "Fundamentos de Derecho penal", en Gustavo Maurino (ed.), *Los escritos de Carlos S. Nino*, Gedisa, Buenos Aires, 2008, p. 41).

las normas de conducta contempladas por el sistema jurídico en cuestión, no es realmente transgresor.

Ahora bien, el porqué de ello ha de estudiarse con mayor cuidado, puesto que no está del todo claro cuál haya de considerarse su fundamento. La juridicidad de la acción de salvaguarda a menudo es vista como algo auto-evidente que no requiere de una justificación, una especie de institucionalización de un instinto de conservación de los propios bienes superiores que emprende el necesitado. El problema es que esta falta de reflexión sobre la justificación del estado de necesidad suele ir acompañada de ciertas convicciones que adelantan ciertos efectos jurídicos: convicciones como que quien actúa bajo necesidad debe quedar impune, que tampoco son punibles aquellos que ayudan al necesitado, que el mal causado por el necesitado no debe ser mayor que aquel que intenta evitar, etc. Determinar cuáles de estas convicciones son válidas y cuáles deben ser excluidas es algo que sólo puede ser dilucidado desde el nivel de su fundamentación.

Sobre la justificación de la impunidad de la acción del necesitado, me parece que es posible utilizar la fundamentación compleja que Nino propone para la justificación de la legítima defensa.²³ Aun tratándose de figuras distintas, retomo los argumentos del autor, reconstruyéndolos para el caso del estado de necesidad.

Proyectando el análisis de Nino es posible, entonces, sostener que el estado de necesidad tiene una fundamentación compleja construida a partir de cinco pasos argumentales:

- 1) La fundamentación del estado de necesidad debe partir del reconocimiento de derechos individuales básicos. Estos derechos se afectarían gravemente si no pudieran ser defendidos directamente

²³ Cfr., Carlos Santiago Nino, *La legítima defensa: fundamentación y régimen jurídico*, Astrea, Buenos Aires, 1982.

por sus propios titulares —o por alguien más que actúe por el necesitado—, aun cuando en tal acto de defensa deban llevar a cabo una acción que afecte bienes protegidos por derechos de otras personas. Sin embargo, para poder defender de tal forma los bienes que protegen esos derechos debe estarse en una situación en la que dicha preservación no pueda realizarse a través de otras vías, concretamente, de mecanismos institucionales.

- 2) Debe tomarse en cuenta el daño social. Una acción necesaria es una acción de justicia privada que tiene graves costos, entre ellos, la posibilidad de que se den errores y excesos en la apreciación del riesgo, o en la elección de medios para llevar a cabo la acción de salvaguarda.
- 3) Los derechos del afectado por la acción de salvaguarda también importan. Esto implica que los derechos que protegen bienes de las personas no pierden su valor, aun tratándose de una situación de estado de necesidad. La afectación de los bienes del tercero para la protección de otros intereses es una acción que corre el riesgo de instrumentalizar al tercero, tratándolo como un mero medio. Esta instrumentalización se da si no hay una valoración del carácter de sus bienes afectados, la posibilidad de restitución o compensación de los mismos, o la revisión acerca de si la afectación de bienes que tuvo lugar era, dadas las circunstancias, la menos lesiva posible.
- 4) La responsabilidad por la generación de la situación de necesidad. Este paso hace referencia al origen del escenario de necesidad. Este último no debe haber sido generado intencionalmente por el sujeto necesitado. Este escenario de necesidad, además, ha de prever la posibilidad de que un tercero se oponga a su acción de salvaguarda, así como una eventual compensación por el daño que le produzca si su acción es exitosa. De igual forma, el tercero precisamente se caracteriza por ser ajeno al riesgo que sufre el necesitado; en ello radica lo delicado de su situación, puesto que se trata de alguien que ve perjudicados sus bienes sin haber agredido antes al necesitado (como sí sucede en la legítima defensa). Es la

situación de necesidad la que genera la autorización de defensa de los bienes a través de los medios que sean necesarios y eficaces para ello.

- 5) La función disuasoria del estado de necesidad. Esta figura es socialmente útil cuando los intereses amenazados son más valiosos que aquellos que han de afectarse para salvaguardar los bienes del sujeto necesitado. Esto quiere decir que el estado de necesidad, debido a su carácter excepcional, no pretende ser una permisión para afectar los bienes de terceros siempre que resulte conveniente para los intereses de un individuo. En tanto que persiste la prohibición, el estado de necesidad es una figura que autoriza a una persona a proteger sus bienes afectando los bienes de otro, sólo y exclusivamente, cuando este sea el único camino para lograr dicha protección; sin embargo, de esta forma, también disuade al sujeto necesitado para que no actúe dañando a cualquier precio los bienes del tercero. Se pretende que el necesitado busque la forma menos lesiva de lograr la acción de salvaguarda. Esto es, si el sujeto toma consciencia de que el derecho no lo castigará ante una situación de necesidad, procurará no exceder los límites de esas circunstancias de necesidad, sabiendo que ese exceso no será eximido de responsabilidad.

De estos pasos argumentativos podemos extraer que los elementos determinantes de la antijuridicidad o juridicidad de la acción de salvaguarda son los siguientes: a) el carácter de mayor valor de los bienes que se pretenden preservar²⁴ y de menor valor de aquéllos que se afectarán para preservar los primeros; b) la importancia de restablecer o compensar los bienes afectados para preservar los de mayor jerarquía; c) la no responsabilidad del necesitado y del tercero afectado en la generación de

²⁴ Una situación problemática en este punto es la posibilidad de proteger bienes de tipo colectivo o público —por ejemplo, defender la soberanía nacional—. El autor concluye que no puede haber "bienes primarios supraindividuales", por lo que, aunque haya bienes colectivos, sólo pueden ser relevantes para esta institución si son instrumentales para el goce de bienes individuales primarios, y su puesta en peligro afectara estos últimos.

la situación de necesidad; (d) antes de realizar la acción debe tenerse un alto grado de certeza de que el mal que se quiere evitar va a suceder y, en el supuesto de que ya se haya actuado, debe revisarse que no haya un exceso de daño infligido al tercero; e) la medida debe ser necesaria y efectiva para prevenir ese mal y debe involucrar un mal menor del que se desea evitar.²⁵

4. ¿Existe un "derecho de necesidad" y un "deber de tolerancia"?

De manera vinculada a las cuestiones anteriores surge el tema de cómo calificar a la posición jurídica que sustenta cada uno de los involucrados en el estado de necesidad y, por supuesto, qué se sigue de ello. Jesús María Silva Sánchez, en un trabajo de gran relevancia titulado "Derechos de necesidad agresiva y deberes de tolerancia",²⁶ plantea que, aunque puede ser pacífica la conclusión de que no realiza una acción antijurídica quien actúa en estado de necesidad —en la relación entre el sujeto necesitado o su auxiliador y el Estado, sabemos que, al constituir una causa de exclusión [causa de justificación] de la responsabilidad penal, el Estado no puede sancionar la conducta constitutiva del estado de necesidad—,²⁷ no resulta tan clara la posición del tercero que se ve afectado por la acción del sujeto necesitado.

Pues bien, el trabajo de Silva Sánchez es una invitación a reflexionar, principalmente, sobre la relación entre A (el sujeto necesitado) o B (su

²⁵ Carlos S. Nino, *Los límites de la responsabilidad penal: una teoría liberal del delito*, Astrea Buenos Aires, 1980, p. 210.

²⁶ Este trabajo fue el punto de partida para el número 7 de la revista *Discusiones*, un número dedicado a debatir las tesis planteadas por este autor. Jesús-María Silva Sánchez, "Derechos de necesidad agresiva y deberes de tolerancia", *Revista Discusiones*, núm. 7, 2007, pp. 25-56.

²⁷ Aun así, no debemos presuponer que unanimidad sobre el estatus jurídico de esa "exclusión". Queda claro que, al tratarse de una exclusión, implica que sí ha existido una infracción jurídica, pero que, por las circunstancias en que fue realizada, se convierte en un supuesto de excepción. Sin embargo, para explicar ese carácter excepcional bien puede asumirse que, entonces, realmente no se trata de una conducta prohibida por el Derecho penal, que se trata de una permisión en sentido débil del Derecho en general o incluso que dicha excepción constituye un derecho del sujeto necesitado.

auxiliador) y C el (tercero perjudicado) o D (quien se opone para proteger sus bienes, intentando determinar si ese tercero tiene el *deber* de resistir la lesión de sus bienes). En este caso, el autor concluye que sí existe un *deber de tolerancia* por parte de C y D, puesto que, de otra forma, el sujeto necesitado no estaría genuinamente respaldado por el jurídico.²⁸ Sostener la existencia de este deber implicaría, por una parte, admitir que el sujeto que actúa es titular de un *derecho subjetivo de necesidad* (si atendemos a una correlación simple entre derechos y deberes) y, por otra parte, que el tercero, al tener el deber de soportar el daño a sus bienes, no puede oponerse a la acción de necesidad; si así lo hiciera estaría incumpliendo un deber y tendría que ser sancionado por la autoridad.

Bajo esta perspectiva, el respaldo estatal al sujeto necesitado debería presentarse en los dos momentos antes señalados: en el momento (2) posterior a la acción necesaria, considerando justificada su acción y no declarándola, por tanto, antijurídica; y en (1), durante la acción necesaria, que implicaría, o bien reclamar auxilio a los órganos estatales para neutralizar la resistencia del tercero perjudicado o, si ya es muy tarde para lo anterior, sancionar a aquellos que se interpusieron en que la acción de salvaguarda emprendida fuera exitosa.

Corresponde entonces explorar los derechos y deberes de los involucrados en el estado de necesidad. Tal y como indica Daniel González Lagier, para intentar resolver cuestiones como las anteriores puede ser de gran utilidad recurrir a las modalidades jurídicas planteadas por W. H. Hohfeld²⁹. De esta forma, el punto de partida sería el concepto de

²⁸ Respecto a este deber de tolerancia, Silva Sánchez señala que en el Estado moderno no es posible entender la distribución social de suerte y desgracias como algo que simplemente sucede; al Estado le corresponde la corrección de esta distribución. Normalmente esto se hace a través de las instituciones públicas organizadas, salvo cuando estas llegan demasiado tarde, que es cuando surgen el derecho de necesidad y el deber de tolerancia como cuasi-instituciones subsidiarias. Así, el autor sostiene que el deber de tolerancia es un deber cuasiinstitucional dinámico que tiene la función de contribuir a asegurar las condiciones reales de la libertad jurídica en aquellas situaciones límite a las que no alcanzan las medidas institucionales a subvenir las necesidades de los ciudadanos (Jesús-María Silva Sánchez, *op. cit.*, pp. 34-35).

²⁹ Si bien la obra de Hohfeld es muy reducida, sus dos ensayos que han pasado a la historia: "Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning" (*The Yale Law Journal*, vol. 23,

derecho subjetivo, concretamente, la reconstrucción de los significados del concepto a través de los distintos usos que los juristas hacen del mismo.³⁰

El trabajo de Hohfeld es considerado uno de los análisis del concepto de derecho subjetivo más influyentes para las teorías contemporáneas de los derechos³¹ (como la de Hart, Dworkin, Raz, Alexy, Ferrajoli, etc.). Este autor, sin embargo, no pretendió construir una teoría sobre los derechos, sino realizar un análisis del concepto de derecho subjetivo; para ello revisó las relaciones jurídicas fundamentales implicadas en contextos en los que se apela a la idea de derecho³².

Para avanzar en ello, evidenció que "uno de los obstáculos mayores a la comprensión clara, enunciación aguda y solución verdadera de los pro-

núm. 1, 1913, pp. 16-59) y "*Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*" (*The Yale Law Journal*, vol. 26, núm. 8, 1917, pp. 710-770). La traducción castellana de este último fue realizada por Genaro Carrió como "Conceptos jurídicos fundamentales" en 1967.

³⁰ Daniel González Lagier, "Sobre el deber de tolerar la acción de salvaguarda en los casos de estado de necesidad agresivo", *Revista Discusiones*, núm. 7, 2007, p. 158.

³¹ Como indica María Beatriz Arriagada: "La utilidad de este modelo de análisis se justifica principalmente por dos razones. La primera razón es su carácter "conectivo" (la comprensión apropiada de cada concepto se obtiene captando sus relaciones con los demás conceptos del mismo sistema). La segunda razón es que a este modelo subyacen (y en este sentido, el modelo anticipa) dos distinciones que han demandado mucho trabajo e inteligencia a los teóricos del derecho y que han demostrado un rendimiento explicativo difícil de exagerar. La primera distinción es entre tipos de normas: (i) normas prescriptivas o regulativas, y (ii) normas de competencia o sobre la producción jurídica. La segunda distinción es entre tipos de acciones humanas: (i) acciones puramente físicas o materiales, y (ii) acciones que, siendo físicas o materiales son, además, normativas" (María Beatriz Arriagada, "Conceptos Jurídicos de Derecho Subjetivo", *Revista Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 11, octubre 2016-marzo 2017, p. 155).

³² En la nota preliminar de *Conceptos jurídicos fundamentales*, Carrió distingue tres tipos de expresiones para hacer frente a las múltiples y diversas situaciones que se dan en el Derecho. Por un lado, señala las expresiones A que serían los términos deónticos generales (enunciados deónticos con los operadores tradicionales de prohibido, permitido, obligatorio), las C que corresponderían a expresiones para situaciones específicas que corresponden a las distintas disciplinas dogmáticas y expresiones B, las cuales que exceden las expresiones C porque se refieren a situaciones más generales, pero que serían menos generales que las expresiones A, como derecho subjetivo, deber jurídico, responsabilidad y sanción. Afirma que, aunque es posible hablar de que hay acciones u omisiones jurídicamente prohibidas, obligatorias o permitidas, estos calificativos deónticos no agotan los términos empleados por los juristas para referir aquellas situaciones. Así, el ensayo de Hohfeld se sitúa en el nivel de las expresiones B, en un nivel intermedio entre los términos deónticos más generales y las expresiones con que los juristas aluden a situaciones específicas. Aunque se centra en las dos familias de términos derecho y deber (Wesley N. Hohfeld, *Conceptos Jurídicos Fundamentales*, Genaro R. Carrió (trad.), Fontamara, México, 2009).

blemas jurídicos, surge con frecuencia de la suposición expresa o tácita de que todas las relaciones jurídicas pueden ser reducidas a 'derechos' (subjetivos), y 'deberes', y de que estas categorías son adecuadas para analizar los intereses jurídicos más complicados...".³³ Preocupado por esta tendencia, y destacando la ambigüedad de dichos términos y con ello su "pobreza", Hohfeld consideró que, dado que las relaciones jurídicas fundamentales son *sui generis*, lo mejor que podía hacerse era intentar presentar las diversas relaciones que pueden surgir entre ellas. Para ello, propuso un esquema de ocho conceptos jurídicos fundamentales (fundamentales porque serían algo así como mínimos denominadores comunes) —cuatro pertenecientes a la familia de "derecho" y cuatro a la de deber— que pueden ser sistematizados, según sus relaciones, en una tabla de correlativos y una de opuestos:

La tabla de correlativos³⁴ contiene cuatro modalidades activas que representan la situación jurídica de *A* respecto de *B* (derecho en sentido estricto, libertad o privilegio, poder o competencia e inmunidad) y cuatro modalidades pasivas que son correlativas y representan la situación que en cada caso tiene *B* frente a *A* (deber, no derecho, sujeción e incompetencia).

Derecho o potestad	Libertad o privilegio	Poder o competencia	Inmunidad
Deber	No-derecho	Sujeción	Incompetencia

La tabla de opuestos³⁵ presenta que a las cuatro modalidades activas se les oponen cuatro modalidades pasivas (derecho/no derecho, privilegio/

³³ *Ibidem*, p. 47.

³⁴ Si *A* tiene un derecho a que *B* haga el acto *X*, *B* tiene el deber frente a *A* de hacer *X*.

• Si *A* tiene frente a *B* el privilegio de hacer el acto *X*, *B* no tiene el derecho de exigir que *A* se abstenga de hacer el acto *X* (libertad).

• Si *A* tiene la potestad de producir ciertos efectos jurídicos respecto de *B*, mediante el acto *X*, *B* está sujeto frente a *A* (la situación jurídica de *B* se verá alterada por los efectos de acto *X*).

• Si *A* tiene frente a *B* una situación de inmunidad respecto de los efectos jurídicos del posible acto *X* de *B*, *B* es incompetente para alterar, por medio del acto *X*, la situación jurídica de *A*.

³⁵ -Si *A* tiene frente a *B* el derecho de que *B* haga *X*, ello excluye que *A* no tiene el derecho de que *B* haga *X*.

• Si *A* tiene frente a *B* el privilegio de hacer *X*, ello excluye que *A* tiene frente a *B* el deber de hacer *X*.

deber, potestad-incompetencia, inmunidad/sujeción). Cada modalidad jurídica activa excluye a la modalidad pasiva opuesta; estas modalidades pueden darse de manera conjunta.

Derecho o potestad	Libertad o privilegio	Poder o competencia	Inmunidad
No-derecho	Deber	Incompetencia	Sujeción

Hohfeld intentó de esta forma mostrar los elementos jurídicos que designan las posiciones jurídicas de un sujeto frente a otro³⁶. El autor distinguió cuatro clases de derechos subjetivos (las pretensiones o derechos en sentido estricto, los privilegios o libertades, las potestades y las inmunidades), intentando ir más allá de la tesis de la correlatividad.³⁷ Con ello además, según la interpretación de la *pretensión máxima* que se hace del ensayo de Hohfeld, con ello trató de "designar todas las situaciones posibles que pueden configurarse con otros mediante la regulación de la conducta de un sujeto en relación con la de otro u otros a partir de las tres modalidades deónticas (prohibido, permitido, obligatorio)".³⁸

- Si A tienen frente a B la potestad de producir ciertos efectos jurídicos respecto de B, mediante el acto X, ello excluye que A es incompetente para alterar mediante el acto X la situación jurídica de B.
- Si A tiene frente a B la situación de inmunidad respecto de los efectos jurídicos del acto X de B, ello excluye que A este sujeto frente a B respecto del acto X y de sus efectos jurídicos.

³⁶ Tal y como señala Alí Lozada la interpretación más desarrollada y extendida de los conceptos hohfeldianos se ha realizado en clave formal. Bajo esta luz, las posiciones y relaciones jurídicas son reducidas a enunciados deónticos, en cuyo marco, los conceptos hohfeldianos no son más que modalidades deónticas. Aunque es cierto que los dos trabajos hohfeldianos, el de 1913 y el de 1917, admiten esta interpretación también son plausibles otras interpretaciones (Alí Lozada, "Hohfeld en la teoría de Alexy y más allá", *Revista Iberoamericana de Argumentación*, núm. 13., 2016, p. 4). Así, este autor considera que el objetivo de Hohfeld no era la sofisticación lógico-deóntica, sino que, considerando el contexto de su obra, sus pretensiones habría que fijarlas en términos más pragmáticos. Hay algunas partes de la obra de Hohfeld en las que esto parece plausible. Por ejemplo, al hablar sobre su ensayo *Conceptos jurídicos fundamentales*, Hohfeld advierte de que, aunque el título sugiere un interés puramente filosófico en la naturaleza del derecho y de las relaciones jurídicas, su objetivo es destacar ciertos temas desatendidos que pueden ayudar a entender y a solucionar *problemas prácticos*, cotidianos, del Derecho. Agrega que con esta finalidad se propuso examinar como tópico principal los conceptos fundamentales del Derecho, los elementos jurídicos que están en todos los tipos de intereses, tanto los fundados en la *equity* como los fundados en el Derecho (Wesley N. Hohfeld, *Conceptos Jurídicos Fundamentales*, Fontamara, México, 2009, p. 31).

³⁷ Es bien conocido que Alf Ross hizo este mismo análisis e introdujo algunas variaciones. A saber, la diferencia entre normas de conducta y normas de competencia y algunos términos: obligación/pretensión, permiso/no pretensión, competencia/sujeción, inmunidad/incompetencia (Alf Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, 5a. ed., Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1994).

³⁸ (Liborio Hierro Sánchez-Pescador, *Derechos humanos. Una concepción de la justicia*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 166).

Teniendo en cuenta lo anterior, la afirmación de que alguien posee un *derecho de necesidad* puede significar cosas diferentes. La posición jurídica de A (sujeto necesitado), correlativamente, nos dará la posición de B (sujeto afectado):

- 1) Si asumimos el sentido de *derecho en sentido estricto*, entonces: A tiene un derecho a que B soporte la afectación de sus bienes, el cual es correlativo a un deber de B frente a A de soportar dicha afectación sin oponerse.
- 2) Si asumimos el sentido de derecho como *libertad*, entonces: A tiene frente a B una libertad (privilegio) de hacer el acto consistente en afectar sus bienes jurídicos, la cual es correlativa a que B no tiene el derecho de exigir que A se abstenga de realizar ese acto.
- 3) Si asumimos el sentido de derecho como *potestad*, entonces: aunque la potestad propiamente pertenezca al Estado, de alguna forma puede decirse que A tiene una potestad de producir ciertos efectos jurídicos respecto de B, si B se opone a la acción necesaria; tal potestad es correlativa a la sujeción de B, puesto que la situación jurídica de B se verá alterada por los efectos de la denuncia de A.
- 4) Si asumimos el sentido de derecho como *inmunidad*, entonces: A tiene frente a B una situación de inmunidad respecto de los efectos jurídicos que sobrevendrán si B denuncia el daño a sus bienes. La situación de B es correlativa a su incompetencia para alterar la situación jurídica de A.

De las anteriores posibilidades, las modalidades de *derecho en sentido estricto* y la *libertad* son las más relevantes para efectos de esclarecer, cuál es la modalidad que mejor caracteriza la posición del sujeto necesitado respecto al tercero afectado. La afirmación de la primera es la que daría lugar a más consecuencias, puesto que envuelve la afirmación de un deber de tolerancia por parte del tercero afectado por la acción de salvaguarda, el cual está obligado a atender. Esto implica, como ya he señalado, el deber de que el tercero afectado no se oponga ni activa ni pasivamente a la acción del necesitado —incluso bajo la pretensión de defender sus

propios bienes—; también que, en el supuesto de que sí exista oposición y las instituciones no puedan hacer nada en ese momento, se considere que el sujeto afectado está incumpliendo un deber por el que ha de ser sancionado.

Como bien indica González Lagier, la opción de que el sujeto necesitado no posee un derecho en sentido estricto, sino una libertad frente a otra persona para realizar la acción de salvaguarda y, con ello, dañar alguno de sus derechos implica que jurídicamente puede hacerlo —en el sentido de que tal conducta no está prohibida y no es antijurídica en esa situación concreta— y que la persona afectada no tiene el derecho de exigir que no lo haga (el sujeto necesitado no tiene el deber de abstenerse). Esto no sería equivalente a afirmar que el tercero afectado tiene el deber de tolerar la acción de salvaguarda, esto es, no se infiere que no pueda intentar evitar la afectación a sus derechos.³⁹

El mismo autor señala que esta última opción le parece la más adecuada para aquellos supuestos en los que los bienes involucrados sean equivalentes, mientras que en los casos en los que los bienes del necesitado sean superiores a los del sujeto afectado sería más conveniente hablar de un derecho en sentido estricto.

Me parece que esta conclusión es acertada, aunque habría que matizarla en atención a la dificultad de fijar en abstracto la jerarquía de los bienes involucrados. Tal y como he señalado como parte del fundamento iusfilosófico de necesidad, si los derechos del tercero afectado también importan —aun cuando protejan bienes de menor valor—, no puede establecerse sin más la prohibición de que éste intente proteger sus bienes. Creo que

³⁹ El mismo autor, agrega que aceptar que quien actúa en estado de necesidad tiene la libertad (no el derecho en sentido estricto) de afectar los derechos de otra persona para salvaguardar sus bienes no es necesariamente dejar desprotegido al necesitado. En el Derecho hay diversos casos de acciones que no están prohibidas ni permitidas expresamente (permisos débiles) y acciones expresamente permitidas, pero que no van acompañadas de una prohibición para impedir la conducta (Daniel González Lagier, "Sobre el deber de tolerar la acción de salvaguarda...", *op. cit.*, pp. 161 y 162).

ha de mantenerse abierta la posibilidad de que el tercero afectado pueda proteger sus bienes a través de medios que, obviamente, no sean antijurídicos, y que esto debe ser así porque no siempre es tan clara la jerarquía de los bienes en conflicto.

5. Conclusiones: El conflicto entre los derechos del sujeto necesitado y el sujeto afectado por la acción de salvaguarda

Para finalizar este trabajo pretendo dar cuenta de cómo las reflexiones hasta aquí anotadas pueden dirigirse al momento de aplicación de las normas. Cuando el juez ha de enfrentarse a un caso de estado de necesidad, algunas de estas herramientas teórico-conceptuales le podrían ser de utilidad para abordar y tomar una decisión en el caso en cuestión. Centralmente, me refiero a que es en el caso particular donde las propias dificultades de las circunstancias excepcionales que integran el estado de necesidad impiden dar una respuesta *a priori* sobre el valor de los bienes. Los valores protegidos determinan si en las circunstancias del caso particular, los bienes jurídicos en juego merecen la misma o distinta protección y bajo qué circunstancias.

Con ello no estoy sosteniendo que la toma de decisiones en sede judicial —allí donde la deliberación se abre a consideraciones sobre bienes jurídicos y si se dan las circunstancias que fundamentarían un reconocimiento del estado de necesidad— sea *ad hoc* o meramente particularista. En efecto, el requisito de universalidad sigue premiando, por lo que la regla que derive de un adecuado ejercicio argumentativo posee la pretensión de servir como pauta para casos futuros; también de dar cuenta de si hay razones para apartarse de una determinada jurisprudencia o si tal o cual caso no tiene análogos ya decididos. Lo que importa subrayar es que habrá que tener en cuenta que el estado de necesidad plantea una deliberación ineludible en la que no basta con el análisis de los elementos jurídicos involucrados, sino que estos han de verse a la luz de la fundamentación de la figura.

Las normas de conducta integradas en un código penal protegen bienes jurídicos. Por bienes jurídicos entendemos, como es sabido, valores tales como la vida, la propiedad, la libertad, etc. La forma jurídica del bien o valor es la que da la regla, y hay antijuridicidad si se daña el bien en la forma que lo configura la regla, es decir, si la transgrede. Sin embargo, el carácter excepcional del estado de necesidad precisamente radica en que para calificar a una conducta como jurídica o antijurídica no se atiende únicamente a ese filtro de reglas que dispone el derecho penal. No hay una regla que le indique al juez cuál es el bien que debe priorizar y en qué circunstancias.

Esto significa que la labor del juez en estos casos no puede consistir en una mera subsunción. Habrá una primera aproximación donde se verá en abstracto la distinta jerarquía —si la hubiera— de los bienes; luego se ha de proceder a reconstruir los bienes involucrados para poder apreciar si su afectación o puesta en peligro fue idónea, necesaria y proporcional para salvar el otro bien. Será así que pueda concluir, dadas las circunstancias del caso, qué bien tendrá prioridad. En concreto sí, pero para todos los casos futuros que se den en las mismas circunstancias.

Este tipo de razonamiento que aquí he esbozado no puede ser reconstruido como un razonamiento puramente deductivo o de subsunción. Se trata de la metodología de la ponderación. Y es que finalmente decidir si un supuesto califica como caso de estado de necesidad es el producto de una ponderación entre principios que colisionan.

Utilizaré un ejemplo para dar cuenta de esto. Una mujer, junto con su hijo pequeño, viven en situación de calle, encontrando de tanto en tanto sitios donde pasar las noches con un poco de resguardo. Durante el mes de diciembre, sin embargo, el clima se hace especialmente adverso, lo que lleva a la mujer a buscar un sitio mejor para resguardarse. Encuentra una vivienda aparentemente deshabitada, rompe una ventana y se aloja en ella durante varias noches para evitar dormir a la intemperie. A los 20 días regresa el inquilino de la vivienda, quien considera que la mujer ha

ocupado ilegalmente su casa, denunciándola ante la policía. Aun cuando en abstracto podamos identificar los bienes involucrados, por una parte, *la integridad física* de la mujer y de su hijo y, por otra, *la propiedad* del tercero, éste es un ejemplo de que la respuesta puede no ser tan obvia para el decisor. ¿Es la medida adoptada por la madre necesaria?, ¿pudo haber protegido su integridad física y la de su hijo de una forma adecuada sin lesionar tanto los intereses del tercero? ¿Si no opera la causal como justificante, opera como excusante? ¿Corresponde al tercero algún tipo de compensación por el mal sufrido?

La ponderación es "un procedimiento argumentativo en el que pueden distinguirse dos pasos. En el primero —la ponderación en sentido estricto— se pasa del nivel de los principios a las reglas; se crea, por tanto, una nueva regla no existente en el sistema de que se trate. Luego, en un segundo paso, se parte de la regla creada y se subsume en ella el caso a resolver".⁴⁰ La racionalidad jurídica que opera ante conflictos en los que están envueltos principios, por tanto, no parte de una norma que establece sin más un listado jerárquico de los bienes a la que el juez pueda acudir, primero, para ver cuáles de ellos son superiores y, segundo, para concluir si se trata de un supuesto de estado de necesidad. Tal decisión se ha de formular estableciendo la prioridad de tal o cual valor a la luz siempre a la luz de las circunstancias del caso⁴¹. Exigir al órgano decisor que ponga de manifiesto los argumentos que le llevan a establecer una u otra priorización es la forma de ponerle en disposición de tener que detenerse en consideraciones más profundas que la mera consideración en abstracto de un determinado bien como superior (sin negar la relevancia de este hecho) y también es la forma de abrir esas razones al control intersubjetivo posterior (recursos, reflexión por parte de la dogmática, etcétera).

⁴⁰ Manuel Atienza, *Derecho y transformación social*, op. cit., pp. 154 y 155.

⁴¹ Un ejemplo ya clásico del ejercicio argumentativo consistente en elaborar una serie de reglas de prioridad entre principios es el trabajo de Manuel Atienza, "Juridificar la bioética", *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 8, 1998, pp. 75-99.

Fuentes

ATIENZA, Manuel, *Derecho y transformación social*, Trotta, Madrid, 2017.

ATIENZA, Manuel, "Juridificar la bioética", *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 8, 1998, pp. 75-99.

ARRIAGADA, María Beatriz, "Conceptos Jurídicos de Derecho Subjetivo", *Revista Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 11, octubre 2016-marzo 2017, pp. 152-162.

BOUZAT, Andrés, Cantaro, Alejandro S. y NAVARRO, Pablo. "El fundamento jurídico de un derecho de necesidad", *Revista Discusiones*, núm. 7, 2007, pp. 113-154.

CRUZ PARCERO, Juan Antonio, *El lenguaje de los derechos*, Trotta, Madrid, 2007.

FAROLDI, Federico L. G., *The Normative Structure of Responsibility. Law, Language and Ethics*, College Publications, Londres, 2014.

FOOT, Philippa, "The Problem of Abortion and the Doctrine of Double Effect", *Oxford Review*, núm. 5, 1967, pp. 5-15.

FERRAJOLI, Luigi, *El paradigma garantista. Filosofía crítica del Derecho penal*, Trotta, Madrid, 2018.

GARDNER, John, *Ofensas y defensas: Ensayos selectos sobre filosofía del Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, "Sobre el deber de tolerar la acción de salvaguarda en los casos de estado de necesidad agresivo", *Revista Discusiones*, núm. 7, 2007, pp. 155-175.

HART, H. L. A., *El Concepto de Derecho*, 3a. ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2011.

- HART, H. L. A., *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*. Segunda edición, Oxford University Press, Oxford, 2008.
- HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, Liborio, *Derechos humanos. Una concepción de la justicia*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2016.
- HOHFELD, Wesley N., "Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning", *The Yale Law Journal*, vol. 23, núm. 1, 1913, pp. 16-59.
- HOHFELD, Wesley N., "Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning", *The Yale Law Journal*, vol. 26, núm. 8, 1917, pp. 710-770
- HOHFELD, Wesley N., *Conceptos Jurídicos Fundamentales*, Genaro R. CARRIÓ (trad.), Fontamara, México, 2009.
- JIMENEZ De Asúa, Luis, *Teoría del delito*, Editorial jurídica universitaria, San José, 2008.
- LARIGUET, Guillermo, "La investigación filosófica: ¿Análisis conceptual versus análisis histórico?", *Revista Praxis Filosófica Nueva serie*, núm. 42, 2016, pp. 219-244.
- LARRAÑAGA MONJARAZ, Pablo, *El concepto de responsabilidad*, Fontamara, México, 2004.
- LOZADA, Alí, "Hohfeld en la teoría de Alexy y más allá", *Revista Iberoamericana de Argumentación*, núm. 13, 2016, pp. 1-17.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal, Parte General*, 8a. ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- NINO, Carlos Santiago, *Consideraciones sobre la Dogmática penal. Con referencia particular a la Dogmática Penal*, Ediciones Coyoacán, México, 2011.

- NINO, Carlos Santiago, "Fundamentos de Derecho penal", en Gustavo MAURINO (ed.), *Los escritos de Carlos S. Nino*, Gedisa, Buenos Aires, 2008.
- NINO, Carlos Santiago, *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación*, Ariel, Barcelona, 1989.
- NINO, Carlos Santiago, *La legítima defensa: fundamentación y régimen jurídico*, Astrea, Buenos Aires, 1982.
- NINO, Carlos Santiago, *Los límites de la responsabilidad penal: una teoría liberal del delito*, Astrea, Buenos Aires, 1980.
- ROSS, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, 5a. ed., Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1994.
- ROSS, Alf, *On Guilt, Responsibility and Punishment*, University of California Press, Berkeley-Los Angeles, 1975.
- SILVA SÁNCHEZ, José María, "Derechos de necesidad agresiva y deberes de tolerancia", *Revista Discusiones*, núm. 7, 2007, pp. 25-56.
- VON LISZT, Franz, *Tratado de Derecho penal*, vol. II, Reus, Madrid, 1999.

La formación editorial de esta obra estuvo al cuidado de la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Se utilizaron tipos ITC Berkeley Oldstyle en 8, 9, 10, 11, 12 y 16.5 puntos. Enero de 2020.

