Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho
e-ISSN: 2386-4702 | ISSN: 0214-8676
Núm. 47, 2023, pp. 403-426
https://doi.org/10.14198/DOXA2023.47.15

Sobre el principio de proporcionalidad. Una discusión con Horacio Spector*

On the Principle of Proportionality. A Discussion with Horacio Spector

Horacio Spector; otros autores

Autor:
Horacio Spector; otros
Universidad Torcuato Di Tella, Argentina y
Universidad de San Diego, Estados Unidos
hspector@utdt.edu
https://orcid.org/0000-0002-6024-9401

Recibido: 3/11/2021
Aceptado: 10/2/2022

Citar como:
Spector Horacio y otros (2023). Sobre el principio de proporcionalidad. Una discusión con Horacio Spector. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (47), 403-426. https://doi.org/10.14198/DOXA2023.47.15

Licencia:
Este trabajo se publica bajo una licencia de Reconocimiento 4.0 Internacional de Creative Commons (CC BY 4.0).

© 2023 Horacio Spector; otros autores

Resumen

Discusión en el Seminario de Teoría del Derecho y Lógica de Normas «Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin» sobre el texto "Proporcionalidad constitucional y el teorema de Alchourrón-Makinson".

Palabras clave: Ponderación; proporcionalidad constitucional; deontología; derogación; sistema normativo; jerarquía normativa; laguna constitucional

Abstract

Discussion at the "Carlos Alchourrón and Eugenio Bulygin" Seminar on Legal Theory and Logic of Norms on the text "Constitutional proportionality and the Alchourrón-Makinson theorem" by Horacio Spector.

Keywords: Balancing; constitutional proportionality; deontology; derogation; normative system; hierarchy of regulations; constitutional gap.

Hugo Zuleta:

Horacio, he visto que en tu ensayo usás la noción de orden parcial, que se define como un orden que es reflexivo, transitivo y antisimétrico. La propiedad de la antisimetría no admite empates entre principios diferentes. La imposibilidad de empates

* El presente texto transcribe la sesión de preguntas y respuestas que tuvo lugar cuando Horacio Spector presentó su ensayo en el Seminario de Teoría del Derecho y Lógica de Normas «Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin» de la Universidad de Buenos Aires, dirigido por los profesores Juan Pablo Alonso y Hugo Zuleta, el 26 de octubre de 2021. La transcripción fue preparada por la Dra. Celeste Elorriaga. El texto fue revisado por los interlocutores.

que deriva de un orden parcial es perfectamente razonable en materia judicial, porque los jueces tienen que decidir en favor de una u otra parte: no pueden declarar un empate. Pero me parece que los cánones de la argumentación moral no excluyen la posibilidad de empate, la posibilidad de que uno diga al final: «están en la misma, ninguno de los dos principios en estas circunstancias pesa más que otro». Este es uno de los puntos que quería comentar.

El otro punto se refiere a tu idea de que el establecimiento de las reglas jerárquicas a la larga llevaría al ideal del Estado de Derecho porque se transformarían en reglas, es decir que siempre que se presentan los mismos hechos se resolvería de acuerdo con la misma regla jerárquica. En definitiva, estos criterios de decisión expresados en reglas jerárquicas se comportarían como reglas. Pero, claro, el problema es la delimitación de los hechos porque en cada caso particular se presentan muchos hechos y lo que sería el conjunto «F» de hechos que podrían generalizarse serían una subclase de los hechos que se presentaron en el caso particular, seguramente aquellos que crearon la *ratio decidendi* del tribunal para resolver el caso en cuestión.

Ahora, en otro caso esos mismos hechos se van a presentar en compañía de muchos otros que, a lo mejor, no fueron considerados relevantes en el primer caso simplemente porque no estaban presentes. Pero, en este otro caso, el tribunal podría considerar otros hechos relevantes. Entonces, el problema es que esto me parece que es un obstáculo a la idea de pensar que las decisiones a la larga –por la doctrina del precedente vinculante– se van a transformar en reglas porque siempre se pueden encontrar nuevos hechos en los siguientes casos que modifiquen el criterio. Esas son las dos cuestiones que quería plantear.

Horacio Spector:

Gracias Hugo. La primera pregunta es muy interesante. Ayer estaba pensando en problemas parecidos. En realidad, yo tomo el esquema conceptual de Carlos Alchourrón y David Makinson. Ellos adoptan la noción de «orden parcial» para demostrar el teorema de la equivalencia entre jerarquización y derogación. Esa noción, como bien decís, incluye la propiedad de la antisimetría. Es una noción que no sé si necesito, pero, por otro lado, tampoco quería suprimir la antisimetría porque no sé si suprimiéndola se mantiene la demostración del teorema. La verdad es que tengo que seguir investigando ese tema.

Ahora, de todas maneras, me parece que en el contexto pragmático de la resolución judicial de casos –como vos decís en tu pregunta–, el tribunal no puede aceptar un empate: o bien gana una parte o bien gana la otra. En este contexto, me parece que no es un problema. Pero lo que vos realmente decís es: «lo que es un problema es que yo digo que los tribunales pueden seguir los cánones de la deliberación moral». Ahora bien, los cánones de la deliberación moral podrían no arrojar empates, en cuyo caso la antisimetría podría mantenerse. Pero en la moral a veces intuitivamente aceptamos

que hay empates o que hay situaciones que están indefinidas. En ese sentido, podrías tener razón y ésta sería una diferencia. Esa parte del proyecto, a saber, cuál es la forma de argumentación –y si la forma de argumentación es igual que la que uno utiliza en el contexto moral– no está desarrollada en este ensayo, así que sería materia para pensar o trabajar más. Yo creo que el razonamiento judicial en estos casos está gobernado por cánones morales; digamos, la forma es la misma pero no necesariamente es idéntica en todos sus detalles. Es decir, por ejemplo, uno podría decir: «el tribunal tiene que considerar diferentes reglas jerárquicas o diferentes derogaciones, es decir, revisiones alternativas» y si sigue los cánones de la argumentación habermasiana entonces convoca a audiencias públicas y puede decidir con métodos más participativos. La cuestión para tratar en tales debates sería la siguiente. ¿Cuáles son las consecuencias para todos los afectados o todos los interesados de adoptar tal o cual revisión? Esto es en la teoría de Habermas un canon moral, pero él distingue entre lo que es la deliberación moral, la deliberación jurídica y la deliberación judicial. Es decir, quizás no tenemos una identidad tal entre deliberación judicial y deliberación moral que implique la posibilidad de un empate en la deliberación judicial. En fin, este es un tema sobre el que estaba pensando escribir en otro momento, así que tomo en cuenta tu comentario para ese momento.

Tu segunda pregunta se refiere a la fe que deposito en el *stare decisis*. Creo que tu objeción es la siguiente. «Si uno necesita que la regla adoptada tenga un condicional fuerte o establezca deberes concluyentes y luego resulta que es una regla derrotable, estamos en problemas.» En otras palabras, me parece que lo que estás diciendo es «si la regla es derrotable, entonces no es una regla en el sentido relevante para la idea de Estado de Derecho, es decir, no es relevante para la toma de decisiones sobre la base de reglas porque el juez puede perfectamente cambiar de solución cuando se encuentra con un conjunto de enunciados fácticos que es parcialmente diferente del que se tuvo en cuenta al momento de adoptar la regla».

En el sistema del *Common Law*, esto es así. Se acepta explícitamente que, al aplicar reglas derivadas de precedentes, el tribunal puede distinguir entre situaciones diferentes. Claro, los tribunales del *Common Law,* especialmente la Corte Suprema de EE. UU., no hablan de derrotabilidad. Sin embargo, aun cuando esos tribunales ciertamente adoptan reglas y toman decisiones sobre la base de reglas, ello no significa que tales reglas sean irrevisables. Ahora bien, lo que quizás me podrías decir es «al final de cuentas, adoptar una decisión judicial sobre la base de reglas que son revisables es lo mismo que adoptarla de una forma particularista o intuitiva», es decir, sin la prescripción de que la toma de decisiones se ajuste a las reglas. Me parece que no; yo creo que uno puede tratar de abrir una brecha entre ambas cosas y decir: «en principio se sigue esta regla, excepto que en la argumentación o el debate que yo tenga en el proceso una de las partes demuestre que hay elementos que justifiquen revisar la regla». Estoy asumiendo solamente eso. No asumo que las reglas son irrevisables, porque, en realidad, como es

un sistema dinámico, en el fondo lo que estoy pensando es que los tribunales «editan» o revisan el conjunto constitucional todo el tiempo.

Pero tampoco esta situación se puede describir diciendo que cada revisión es un proyecto, como si fuera un proyecto en un Congreso bicameral, donde la cámara revisora discute el proyecto sancionado por la cámara de origen, o una Comisión de la Cámara de Diputados discute un proyecto presentado por un diputado o el Poder Ejecutivo. Sin embargo, no es un proyecto en sentido estricto, porque un proyecto todavía no tiene fuerza vinculante. Entonces, tiene que ser algo que vincule pero que no lo haga en forma irrevisable.

Como todos saben, hay diferentes alternativas para tratar de conceptualizar esta práctica. Una es reinterpretando el condicional como un condicional especial, es decir, un condicional con el simbolito que usaba Alchourrón; el *corner*. O uno puede cambiar el sentido del deber; puede decir que no es un deber concluyente, «considerando todas las cosas», sino un deber *prima facie* o *pro tanto*.

Yo quisiera no seguir ninguna de esas dos alternativas. Quisiera explorar una alternativa diferente, una que no implique tocar ni el concepto de deber, ni la estructura lógica de las reglas. A Alchourrón no le gustaba modificar el concepto de deber y en su lugar cambió el condicional. A mí no me gusta ni una cosa ni la otra, pero no tengo una tercera opción para explicar o defender en este momento. Entonces, en el fondo, te debo una respuesta completa.

Juan Pablo Alonso:

Bien yo tengo una pregunta, o dos. Cuando vos hablás de lagunas constitucionales, dijiste que tenían un parecido de familia con la idea de lagunas normativas de Alchourrón y Bulygin. Sin embargo, Alchourrón y Bulygin cuando conceptualizan…

Horacio Spector:

Axiológicas. No normativas.

Juan Pablo Alonso

Ah, axiológicas.

Horacio Spector

Creo que dije eso, pero si no, es lo que quise decir.

Juan Pablo Alonso

No, no. Dijiste eso, pero igual mi pregunta creo que tiene sentido. Cuando uno habla de laguna axiológica en algún sentido habla de un defecto del sistema, dice que algo está de una forma, pero debería ser de otra. En cambio, en las lagunas de primer orden que vos señalás «falta una regla derogatoria para coherentizar» o en las lagunas de segundo orden «falta una regla de ordenación». Parecería que es un defecto, pero o no es un defecto, o es un defecto ineliminable cuando hablamos de principios que establecen derechos constitucionales.

En un conflicto entre el derecho al honor y la libertad de expresión –típico ejemplo que se utiliza– hay casos en los que la segunda derrota al primero o casos en los que el primero derrota a la segunda. Entonces, la ausencia de reglas derogatorias, o de reglas de ordenación, es como una condición necesaria de la forma estructural de principios que establecen derechos constitucionales.

Es decir, si decimos que en algunos casos la libertad de circulación prevalece sobre la libertad de expresión o de manifestarse y en otros casos viceversa, es porque estamos diciendo que presuponemos la inexistencia de reglas de ordenación o de derogación para coherentizar *a priori*. A eso me refiero. Es decir, es como el presupuesto de la revisión, la ausencia de reglas generales, o que te deroguen o que te coherenticen. En ese sentido, es como un presupuesto necesario para empezar a hablar de principios que establecen derechos fundamentales, que no sabés cuáles van a prevalecer *in abstracto*. Lo vas a saber en el caso en concreto una vez que revises el conjunto normativo.

La segunda pregunta que te hago se refiere a la cuestión de los derechos imponderables. En esto yo estoy con vos en el sentido que considero que no hay derechos imponderables, pero hay muchos que sostienen que hay derechos imponderables, por ejemplo, la dignidad humana. Que es un poco en lo que se basó el Tribunal Constitucional alemán para declarar la inconstitucionalidad de la Ley de Seguridad Aérea. Esta ley apela a un cálculo utilitarista. Después del atentado de las Torres Gemelas, el Parlamento alemán sanciona una ley que dice «si yo tengo un avión con cien personas y sé –no tengo prácticamente margen de dudas– que va a estallar en un estadio que tiene sesenta mil personas, entonces bajo esas condiciones el Ministerio de Defensa está autorizado para ordenar el derribo del avión y matar a cien personas para salvar a sesenta mil. Esta ley –con la cual yo estoy de acuerdo porque creo que el cálculo utilitarista en este tipo de situaciones de terrorismo es un cálculo válido– fue declarada inconstitucional con el argumento de que violaba la dignidad de los pasajeros del avión al usarlos como un medio y no como un fin en sí mismo, y en esta línea hay muchos autores que sostienen que habría algún principio, o algún valor, o algún derecho –como la dignidad humana– que no puede ser sujeto de ponderación en ningún momento.

Esas son las dos preguntas.

Horacio Spector

Gracias, Juan Pablo. En realidad, las dos preguntas están relacionadas. Vos decís que la laguna constitucional «no es un defecto». Sin embargo, uno podría tener, digamos, cinco principios constitucionales ordenados en forma «lexicográfica» (como en un orden parcial) y en ese caso no tendría este tipo de problemas. De modo que la ausencia de una ordenación no es una propiedad necesaria de un conjunto de principios constitucionales.

Por ejemplo, la teoría de la justicia de Rawls –si bien no es un texto constitucional– tiene dos o tres principios, según cómo contemos, y Rawls trató de evitar el problema de la incoherencia estableciendo un orden «lexicográfico». Si no lo hubiera puesto, la aplicación de su teoría a casos concretos generaría los problemas que aparecen en los tribunales constitucionales. Entonces, uno podría decir ante un texto constitucional sin ordenación: «¡Falta algo!».

Ahora bien, no digo que ese tipo de conjuntos totalmente ordenados sea algo que en la práctica constitucional podamos tener; sólo digo que al menos existen como posibilidad teórica. Todo esto supone que poseemos derechos no absolutos, porque si hay un principio absoluto que tiene primacía sobre cualquier otro, entonces obviamente no tengo una laguna. En efecto, un principio absoluto implica que no puede haber un conflicto irresuelto entre ese principio y cualquier otro. Yo justamente trato la decisión del Tribunal Constitucional alemán sobre la Ley de Seguridad Aérea en el artículo publicado en *Jurisprudence* y tomo los derechos a la vida y a la dignidad humana en la interpretación de ese tribunal como ejemplos de derechos absolutos. Pero lo que digo es que estoy en desacuerdo con que algún derecho pueda ser considerado absoluto en este sentido, o sea que vos y yo estamos de acuerdo.

Por ejemplo, estoy en desacuerdo con la tesis de que el derecho a la vida sea absoluto. Mi argumento es que seguramente el tribunal alemán no quiso implicar que, si Alemania es atacada por una potencia enemiga, entonces los soldados alemanes no tienen un permiso constitucional para defenderse, ¿no es cierto? Porque sería absurdo. Es decir que el tribunal no dijo realmente que el derecho a la vida sea absoluto; restringe el carácter absoluto de ese derecho a un cierto tipo de ámbito. Pero, de todas formas, si el tribunal considera que el derecho a la dignidad humana es absoluto –como diría Dworkin: que siempre es un *trump*–, lo que estaría diciendo es que tiene primacía sobre cualquier otro principio y eso significa que hay una ordenación. A mí me parece que, como una cuestión moral, es discutible que pueda haber derechos absolutos. Pero, en fin, tampoco descarto esa posibilidad.

Kant, por ejemplo, pensaba que el imperativo categórico establece un deber absoluto. Su posición es razonable y ha sido aceptada por muchas personas, de modo que no parece algo absurdo. Pero yo no tengo que analizar esa cuestión. Lo que digo es que en los *bills of rights* típicos, cuando se presentan problemas o controversias porque hay conflictos o contradicciones, lo que tengo son principios *no absolutos*. Entonces, esos

documentos constitucionales ofrecen una deontología pluralista a la que le falta o bien normas derogatorias o bien algún tipo de ordenación. En el transcurso de la revisión de ese conjunto de normas, los tribunales podrán aceptar alguna regla jerárquica, o remover algunas consecuencias normativas, sobre la base de distintos tipos de consideraciones. Manuel, pienso que estamos de acuerdo en lo sustancial.

Manuel Atienza:

Horacio, yo creo que tenemos opiniones muy parecidas sobre la ponderación. Y me parece que lo que nos separa y hace que exista una cierta confusión probablemente tiene que ver con la concepción de derecho de fondo. Y yo creo que más exactamente tiene que ver con la idea de ver el derecho al estilo de *Normative Systems.*

A mí me parece que esa es una manera que en un momento determinado significó un gran salto adelante, produjo mucha claridad, rigor, todo lo que se quiera, pero es una forma muy pobre de ver el derecho. Por ejemplo, cuando tú presentas el tema, no queda muy claro, pero da la impresión que en eso estás siguiendo a Alchourrón y Bulygin al pensar que un sistema jurídico consiste únicamente en reglas, porque se trata de enunciados de un único tipo, que ahora solemos llamar reglas (habría definiciones también), pero no introduces lo que me parece que aquí es clave para dar claridad al asunto: la contraposición entre reglas y principios.

Entonces, si introducimos esto, yo creo que el problema de la ponderación se aclara bastante; podemos hablar de ponderación, de proporcionalidad, en fin, se usan expresiones distintas, pero creo que las cosas no cambian, no es cuestión de palabras.

¿Cuál es el problema? ¿Por qué en la teoría del derecho hemos introducido esta cuestión? Yo creo que el problema es muy simple, y es que, si vemos el derecho como un sistema que consiste únicamente en reglas, entendiendo por reglas pautas específicas de comportamiento, pues entonces podemos tener dos problemas, siguiendo aquí a Alchourrón y Bulygin: lagunas normativas y lagunas axiológicas.

Hay, pues, que solucionar esos problemas. Y la manera de solucionarlos pasa por considerar que las lagunas normativas o las lagunas axiológicas tienen lugar en el nivel de las reglas, pero no en el nivel de los principios. Yo me acuerdo que esto alguna vez lo discutí con Eugenio; ellos (él y Carlos Alchourrón) utilizaban algo que venía de Carrió, quien criticaba a los juristas tradicionales cuando estos decían que el derecho no tiene lagunas porque hay jueces que pueden resolverlas.

«Menuda tontería», venía a decir Carrió. Es como si uno dijera que no puede haber agujeros en los bolsillos de los pantalones porque hay sastres que los reparan. A mí esto me pareció muy convincente hasta que pensé: «Bueno, pero… ¿Qué pasaría si viéramos el derecho –siguiendo la metáfora– no como un conjunto de pantalones, de prendas de vestir, sino como una factoría, como una actividad? Y de esa actividad naturalmente forma parte la gente encargada de remendarte los agujeros cuando los

puedas tener.» Esto me parece que es la clave, una idea muy simple, pero que está fuera de *Normative Systems*.

Lo que proponía Alchourrón era «ver el derecho como un sistema maestro, como un conjunto que está ahí, una realidad que está ahí afuera, que consiste en reglas, etc.», pero si lo vemos de esta otra manera, entonces yo creo que aclaramos mucho las cosas. Entendemos por qué tenemos a veces que ponderar, que recurrir a los criterios de proporcionalidad, de balanceo, o como se quiera llamar. Y, por cierto, diría también que por algo la balanza ha sido siempre el símbolo del derecho, porque en los casos difíciles las reglas sin más no nos permiten resolver los problemas; hay que ver las razones a favor y en contra, hay que introducir los principios.

En eso es en lo que consiste el asunto. En pasar de los principios a las reglas. Tenemos que construir una regla. Hasta ahí estamos de acuerdo. Tú lo que dices es: «hay que construir una regla». Y yo: «sí, hay que construir una regla, pero antes de eso teníamos principios». La construcción de una regla es a partir de principios.

Aquí es donde me parece, Horacio, que está nuestra diferencia. Tú dices: «la clave no está en ponderar, sino en revisar; la clave es revisión, no ponderación». Pero claro, la pregunta obvia es: ¿cómo diablos se revisa? Si uno fuera un emotivista o algo así lo que diría es: al revisar, los jueces hacen lo que quieran hacer. Era un poco la posición de Eugenio Bulygin: en esos casos los jueces gozaban de discrecionalidad absoluta, entonces podían hacer cualquier cosa. Dicho entre paréntesis, recuerdo que alguna vez, en broma, comentaba que, en alguna ocasión, siendo juez, había apelado al derecho natural. Pero, en fin, no creo que esto sea aceptable, que dé cuenta de cómo en realidad los jueces toman sus decisiones en los casos difíciles.

Tú me dices: «la clave es revisar, no ponderar». Pero, insisto, ¿cómo revisamos? Aceptamos que lo que hay es simplemente discrecionalidad, no arbitrariedad. Pero si pretendemos dar cuenta de, racionalizar, lo que hacen los jueces, me parece que los jueces, en esos casos, «sopesan», «ponderan»; se trata manifiestamente de una metáfora, pero tiene sentido, y sobre todo tiene sentido cuando vemos las cosas no en abstracto, sino en concreto.

Para manejar un ejemplo usual. En abstracto no podríamos decir que la libertad de expresión tiene más peso que la intimidad, o al revés. Pero cuando se ven las cosas en concreto, sí que tiene sentido atribuir más peso a uno de los dos principios. Uno de los ejemplos que tú pones: la pandemia. Yo creo que tiene todo el sentido del mundo decir que, en las circunstancias de pandemia que vivimos, el derecho a la salud o la integridad de la gente pesa más que la libertad de circulación. Por eso creo que la manera de presentar las cosas de Alexy es acertada, pero siempre y cuando dejemos de lado la manía germánica de los números. La aritmetización de la fórmula del peso es en cierto modo un exceso que no ayuda y que induce a incurrir en una falacia: la de la falsa precisión. Pero si quitas eso, lo que queda está bien. Y vuelvo de nuevo a la pregunta: ¿cómo revisas? Yo creo que no hay otra forma de hacerlo que ponderando. Tendrás que ver cuáles son las razones a favor y en contra y cuáles pesan más. ¿Y no hay criterios

para hacer esa operación? Yo diría que «Claro que hay criterios», pero que esos criterios naturalmente no nos permiten construir un algoritmo o algo así.

Luego viene la idea de que los criterios ordenan. Yo estoy de acuerdo contigo. Se generan reglas que naturalmente son reglas revisables, no puede ser de otra manera. Pero que sea revisable no quiere decir que no sea una regla. Yo creo que aquí los trabajos de Alchourrón son clarísimos: los enunciados condicionales son, siempre o casi siempre, revisables. Y, claro, en el futuro puede surgir una nueva propiedad que no se tuvo en cuenta y entonces habrá que introducir un cambio en la regla.

Entonces, Horacio, lo que yo te diría, es que no veo por qué te empeñas en decir que la clave está en revisar y no en ponderar. ¿Cómo revisamos si no ponderamos? Yo creo que en el trasfondo está una concepción del derecho que es equivocada por pobre, porque hay que meterle más ingredientes. Y discúlpame, porque me parece que me he extendido demasiado.

Horacio Spector:

Es una pregunta fascinante, Manuel. Empezaría con la teoría del derecho expuesta en *«Normative Systems»*. Luego de la publicación de esta obra, Alchourrón y Bulygin fueron evolucionando y cambiaron algunas de sus tesis. Una de las cosas que modificaron es su concepción de las normas condicionales. En efecto, no hay algo así como los condicionales derrotables en *Normative Systems*. Sin embargo, luego Alchourrón empieza a trabajar en ese tema. Asimismo, advierte que el tema de la revisión está insuficientemente tratado en *Normative Systems* y empieza a desarrollarlo. Así, Carlos estudia los procedimientos lógicos de revisión. Es cierto que ni Carlos ni Eugenio tocan específicamente el tema de los principios constitucionales; tampoco hablan de reglas, sino de normas. Aunque tienen una terminología diferente y no hablan de reglas, su concepción de las normas se parece a la concepción estándar de las reglas.

Por mi parte, soy reticente a pensar que los conceptos de pesaje, peso, ponderación y otros similares sean valiosos para explicar el proceso de decisión de disputas constitucionales. Todas esas metáforas mecánicas son muy engañosas y tienen consecuencias problemáticas en las diversas áreas de la toma de decisiones. También impactan negativamente en la concepción del derecho. Como bien decís, hace ya tiempo está de moda decir que el derecho tiene reglas *y principios*; por ejemplo, Ronald Dworkin, Robert Alexy, y una enorme progenie. Y se define a los principios como entidades que tienen peso. En el caso de Dworkin esto es claro; también en el de Alexy.

La idea central de la concepción «principialista» es que un principio no se aplica todo o nada, sino que se aplica con un peso o fuerza determinados. Además, en muchos casos los autores dicen o sugieren que esos principios están formulados en textos constitucionales u otros textos legales. Y en este punto mi indagación me lleva a una conclusión que es parcialmente coincidente con la que extrae Larry Alexander. Larry dice que no

es posible tener un principio legislado con peso porque el texto constitucional nunca dice «este es el peso, este es el numerito».

Manuel Atienza:

Perdona, Horacio, pero es que si le pusiera el numerito ya no sería un principio, sino sería una regla. Naturalmente no lo puede poner, pero eso no es un argumento.

Horacio Spector:

Bueno, pero en ese caso entonces el principio formulado no tiene peso.

Manuel Atienza:

El principio tiene un peso, pero el peso no está predeterminado.

Horacio Spector:

Entonces no tiene peso, el peso se le adjudica.

Manuel Atienza:

Claro.

Horacio Spector:

Eso es un poco distinto, porque una cosa es analizar el principio como algo que tiene peso, o sea que lo tiene predeterminado, lo que implica que cuando existe como principio ya existe con peso y otra cosa es decir…

Manuel Atienza:

Perdona, puedo interrumpirte.

Horacio Spector:

Adelante, sí, sí.

Manuel Atienza:

Lo que dice Alexy –y me parece que no está mal– es que podemos hablar de peso en abstracto y en concreto. Entonces hay un peso en abstracto. Así, en el ejemplo que ponía Juan Pablo antes, a la dignidad o a la vida se le suele atribuir normalmente, en

abstracto, un peso mayor que a otros principios. Pero es cierto que el peso en abstracto no dice mucho. Lo importante es el peso en concreto. Y eso está abierto, no está predeterminado.

Horacio Spector:

Yo sé que estoy diciendo cosas que suenan heterodoxas y entonces tengo la carga de la prueba. Pero a ver si puedo intentar convencerte. Es decir, si uno le adjudica al principio un peso, uno le agrega algo que no tiene, es decir, le asigna un peso que no tiene. Pero si uno define al principio como «algo que tiene peso», lo tiene por definición. Y si no lo tiene, no es un principio, también por definición. Pero si lo tiene, ¿dónde está?

Entonces uno podría decir: bueno, pero si de lo que se trata es de que un principio es algo así como una entidad normativa (todavía no me quiero comprometer con una etiqueta), una entidad de tipo normativo que, digamos, no está ordenada con otras entidades parecidas. Entonces uno puede hablar de peso, o usar otra metáfora, o lo que sea. En cualquier caso, uno tiene que ordenar estas entidades normativas, y entonces uno llama a estas entidades «principios» porque son *ordenables*, pero carecen de una ordenación o pesaje preexistente.

Muy bien, pero también las *reglas* son entidades normativas que muchas veces uno tiene que ordenar porque no están ordenadas. Por ejemplo, imaginemos que un código civil establece los derechos creditorios para los casos de concursos, pero a diferencia de lo que hacen los Códigos Civiles de España y Argentina, no tiene reglas de privilegio o prelación de derechos creditorios. Entonces, uno diría que estos derechos creditorios están fijados por las disposiciones de este código, pero no están ordenados. Por ello, cuando el juez comercial tenga que resolver un conflicto en el concurso o en la quiebra, va a tener que ordenar los créditos en conflicto. Y ¿cómo los va a ordenar? Bueno, como los redactores no pusieron la norma de ordenación o prelación en el Código, los créditos establecidos en este código hipotético se parecen a los principios, porque son unas normas o entidades normativas que el juez comercial de la quiebra tendrá que ordenar oportunamente.

Siguiendo con el mismo ejemplo, imaginemos que el juez comercial dice: ¿Qué es más importante? ¿El derecho creditorio del trabajador o el derecho creditorio del Estado, del Fisco? Él puede decir: «Es más importante el crédito del Fisco porque el Fisco es el que me paga el sueldo» (esto es una broma) o puede decir «es más importante el Fisco porque sus recursos se destinan a servir el bien común», o puede decir «es más importante el derecho del trabajador», porque es la parte más débil. Uno podría describir esto como que el juez está «pesando» los derechos creditorios. Pero no es que está *descubriendo* el peso de los derechos. Sencillamente, está ordenando créditos competitivos sobre la base de criterios que a veces no son explícitos, o quizás apelando a intuiciones.

Entonces, yo creo que lo que uno puede decir es que la diferencia entre principios y reglas no está relacionada centralmente con el tema de la ordenación, porque uno puede tener tanto reglas como principios sin ordenación. En tal caso, cuando el Juez tiene que decidir un caso controlado por reglas o principios conflictivos, deberá agregar una ordenación en el caso concreto

Además del problema de la ordenación, hay otra diferencia entre reglas y principios que parece bastante evidente. En tanto que los principios están formulados típicamente con un lenguaje que es mucho más vago que el de las reglas, las reglas normalmente tienen una estructura condicional y tratan de establecer condiciones antecedentes. Así, hay amplio consenso acerca de cuándo están y cuándo no están cumplidas esas condiciones y cuáles son las consecuencias normativas que se siguen. Pero puede haber reglas que también son vagas o ambiguas, o que están formuladas con un altísimo nivel de generalidad. Por ejemplo –vuelvo a este ejemplo porque de casualidad me resulta también útil ahora–, el imperativo categórico kantiano parece que es una regla, pero uno diría también que es un principio. ¿Es una regla o un principio? En el sentido de que es absoluto y, por ende, está supraordenado, uno podría decir que es una regla. En esa dimensión, la conceptualización es clara. Pero, por otro lado, está la formulación, que es un poco vaga, y requiere cierto tipo de valoraciones por parte del tribunal, o del agente moral en este caso. Como resulta obvio, ésta es la diferencia entre *reglas* y *estándares* que hacen los juristas norteamericanos. El estándar contiene términos valorativos que requieren de una apreciación por parte del aplicador.

Entonces la pregunta es, ¿cuál sería un estándar? Por ejemplo, el estándar de buena fe en el derecho contractual. Es el estándar que exige a las partes cumplir los contratos interpretándolos de buena fe o siguiendo los principios de buena fe. Manolo, alguna vez hemos hablado sobre ese trabajo de Bob Summers «'Good Faith' in General Contract Law and the Sales Provisions of the Uniform Commercial Code», que estudia el precepto de la buena fe en el derecho contractual norteamericano. ¿Qué es ese precepto: un principio o una regla? Como es un estándar tan general, uno podría decir que es un principio, no una regla. Pero la cuestión de la ordenación no se presenta, tal vez porque el derecho contractual lo fija como un principio que tiene primacía sobre otros. Cuando las partes tienen que aplicar un contrato y tienen dudas o están influidas por consideraciones en conflicto, el principio de la buena fe quizás es un principio absoluto, como el de la dignidad humana que mencionaba Juan Pablo para el Tribunal Constitucional alemán.

Entonces, digamos, es cierto que en *Normative Systems* no está el concepto de principio, que hay un concepto de norma, porque hay un modelo teórico en el cual estas entidades normativas ya tienen una cierta estructura y un contenido fácilmente determinable. Pero si uno dice que el derecho incluye reglas y estándares, y que a veces estas reglas y estándares tienen que ser ordenados, porque aparecen contradicciones cuando se los combina con enunciados fácticos, en fin, si uno dice esto, yo creo que no hace falta usar el concepto de principio, porque aun cuando el concepto de principio

me resulta seductor, en el fondo tiendo a pensar (aunque no es el objeto de este trabajo) que la definición de principios como entidades normativas que tienen peso es un error.

Ahora la otra pregunta es: si uno acepta que el sistema jurídico puede incluir o incorporar principios morales, si los principios morales son principios que se definen como entidades normativas que poseen un peso, ¿cómo es esa inclusión o incorporación? Por ejemplo, Alchourrón siempre mencionaba el libro *The Right and the Good* de David Ross, donde este autor discute los deberes *prima facie*. La idea de que uno pesa los deberes *prima facie* en un caso concreto le encantaba, pero nunca le terminó de convencer esta idea del deber *prima facie* y tuvo un famoso debate con Martín Farrell, sobre el cual Hugo escribió hace poco.

Entonces podría ocurrir que en la teoría moral sea lo mismo, es decir, que los principios morales no tengan peso, sino que sean entidades normativas a ser ordenadas. Es lo que yo en realidad creo, pero Larry Alexander piensa diferente. Él dice que principios morales puede haber con peso, pero que principios jurídicos positivos, o sea que están promulgados por una autoridad, no puede haber con peso. A mí me parece que esto es un misterio, que tampoco en teoría moral debería haber principios morales con peso, porque en el fondo yo creo que la metáfora –tu mencionas bien la balanza y todo eso– puede dar lugar a interpretaciones diferentes. Una interpretación es psicológica. Cuando uno participa de un debate, escuchando diferentes voces o diferentes argumentos, psicológicamente va oscilando, al principio uno se inclina a aceptar una posición, escucha algo, cambia; hay algo así como un péndulo y el equilibrio psicológico se mueve para un lado o para el otro. Yo creo que la idea de la balanza de la justicia viene de eso, de que un tribunal hace justicia luego de escuchar a las partes, entonces sus miembros pueden tener esas oscilaciones psicológicas. La metáfora me parece que transmite una idea genuina del proceso psicológico, o lo que vos también llamás, siguiendo la terminología epistemológica, el contexto de descubrimiento. Ahí puede uno tener estos balanceos.

Pero a mí me parece que es erróneo pensar que uno va a adoptar una regla jerárquica, una ordenación, o va a contraer un sistema normativo sobre la base de un juicio ponderado o algo así sobre la importancia, el peso, o la fuerza de los principios en conflicto. Uno puede utilizar una diversidad de consideraciones para establecer la ordenación, pero muchas de las consideraciones relevantes tienen que ver con las consecuencias que se siguen de tener un sistema jurídico que incorpora una u otra regla ordenatoria.

Por ejemplo, cuando los juristas civiles ordenan los derechos creditorios y otorgan a algunos de ellos el carácter de créditos privilegiados, tienen sus razones, ¿no es cierto? Les interesa por un lado mantener el Estado, el Fisco cobra primero, hay razones, pero eso no significa que están percibiendo o ponderando el peso de esos derechos. De igual manera, cuando hay que ordenar normas con diferentes fechas de promulgación –la famosa regla *lex posterior*– uno puede preguntar cuál es el peso o la fuerza, y responder que las normas posteriores tienen más fuerza que las anteriores. Pero la realidad es que la

razón de la ordenación es que las sociedades van cambiando, van modificando sus reglas y quieren que se apliquen las nuevas normas y no las viejas. Yo creo que esencialmente el mismo fenómeno tiene lugar con la ponderación de principios constitucionales.

Hay una parte en la que te tengo que dar la razón. Las indagaciones que Eugenio y Carlos han hecho en *Normative Systems* son incompletas y ellos mismos las fueron suplementando a lo largo de los años, pero, claro, no es éste el punto. El punto es qué es lo que hay que hacer para suplementar eso: el tema de la revisión.

Entonces tu pregunta final –no sé si al final contesté todas– lo que vos cuestionás es mi frase: «es revisión, no ponderación». Yo traté de usar esta frase para transmitir una conclusión. El acento está en la revisión, no en la ponderación. Pero no en el sentido de que funcionalmente cumplan el mismo rol teórico. Lo que ocurre es que uno puede revisar de distintas formas, y ahí llevas razón en el sentido de que Carlos y Eugenio pensaban que el juez tiene discrecionalidad y puede llenar los agujeros como quieren. En el caso de Carlos, él tenía mucha simpatía con el emotivismo de Stevenson (y yo también en esa época, por eso nos entendíamos muy bien). En el caso de Eugenio, tenía una posición bastante cercana al positivismo lógico. O sea que en realidad es cierto que la escuela iusfilosófica de Buenos Aires no hacía mucho lugar para métodos o cánones de razonamiento moral y entonces, en la medida que la revisión de un conjunto normativo requiere deliberar o argumentar, y se trata de encontrar una revisión que sea justa, adecuada, o correcta, en esa medida tienes toda la razón de que ni Carlos ni Eugenio nos dieron herramientas. Pero diagnosticaron el problema y, de todos modos, no creo que la herramienta del peso de Alexy o la de Dworkin sean teóricamente útiles. No creo que sean las herramientas que necesitamos. Antes bien, yo indagaría las formas deliberativas y los cánones de argumentación en la decisión judicial.

Es cierto que hay que racionalizar lo que hacen los jueces. Podrían estar siguiendo patrones de razonamiento bastante plausibles. Uno de ellos podría ser, por ejemplo, ¿qué tipo de revisión cuaja mejor con la estructura de la Constitución? La Corte Suprema norteamericana usa mucho la argumentación estructural. Por ejemplo, un argumento estructural tiene que ver con el principio del federalismo. Entonces, si la pregunta es si los Estados pueden dictar una cierta norma que regula aspectos del comercio interno, si no está claramente dicho en la Constitución, tratan de analizar el problema sobre la base del principio del federalismo. Es decir, apelan a una argumentación estructural. Pero yo no creo que los jueces federales norteamericanos tengan discreción total. Por el contrario, deben seguir ciertos cánones y de hecho los siguen. Hay toda una serie de cánones consuetudinarios que se siguen; así que en esa medida estoy totalmente de acuerdo con vos.

En definitiva, creo que tenemos solamente dos puntos de diferencia. El primero es el tema de los principios como entidades normativas que tienen un peso que hay que ponderar. El segundo es el hecho de que, como resultado de esa ponderación, ipso facto uno tiene luego una norma nueva. En esto discrepamos. Yo lo que creo es que uno no agrega una norma, sino que primero deroga u ordena. En tal caso, uno puede

representar metafóricamente lo que hizo diciendo que balanceó o pesó los principios que estaban en conflicto. Esta narrativa es atractiva, pero también distorsiona la naturaleza del procedimiento, que básicamente es de revisión argumentada.

Pero la ordenación de principios no es lo mismo que la ordenación de preferencias. Cuando se trata de preferencias los economistas dicen: «si yo tomo la opción A en lugar de la opción B, o compro el producto A en lugar del producto B, simplemente lo que hago es preferir uno a otro, me gusta más uno que otro», y ahí parecería que hay una respuesta psicológica directa a un estímulo externo. Y yo creo que en los temas de políticas sociales hay un montón de consideraciones. No es que al tribunal le gusta un principio antes que otro, sino que imagina escenarios en los cuales el sistema jurídico incluye esa regla ordenadora u otra y trata de ver cuáles son las consecuencias que se siguen, o cómo esa ordenación afecta otras consideraciones. No sé si quedó algo, Manolo. Traté de responder todos tus comentarios.

Manuel Atienza:

A mí me parece que no hay nada de misterio en lo de los principios. Si quieres podemos, en lugar de hablar de peso, referirnos, como tú dices, a la estructura de un principio. Yo escribí hace muchos años con Juan Ruiz Manero un trabajo donde tratábamos de ver el problema (la distinción entre principios y reglas) desde diversos puntos de vista: la estructura de un principio vendría a ser lo que Von Wright llamaba una norma categórica, o sea que podrías verlo como un condicional donde en el antecedente, en las condiciones de aplicación, solamente estarían aquellas que se desprenden del contenido; a diferencia de las reglas que serían las normas hipotéticas en la terminología de Von Wright.

Entonces, si aceptamos que hay ese tipo de enunciados en el derecho, ¿qué pasa? Pues pasa que están llamados a entrar en conflicto. Y entran en conflicto porque en un mismo caso va a haber más de un principio aplicable, por esa razón, porque son normas categóricas. Y entonces hay que resolver el conflicto. Sí estoy de acuerdo contigo en que lo de la ponderación es una metáfora, pero eso es lo de menos. Olvidémonos de la metáfora. Lo importante es que en el derecho hay jueces o funcionarios que de vez en cuando tienen que resolver ese tipo de problemas, y entonces la cuestión es cómo hacerlo. Parten de un cierto material, pero ese material consiste en enunciados que son distintos entre sí, bastante distintos.

Por lo demás, esa reticencia frente a la existencia de principios o frente al uso de la ponderación, yo solamente la he encontrado, Horacio, en los analíticos de Buenos Aires y de Génova. En el resto del mundo, me parece que es una cuestión bastante pacífica.

Y para volver a las fuentes –a los argumentos de autoridad–, me parece que estaría bien recurrir a las porteñas: a Carrió y a Nino, y a lo mejor olvidarnos un poco de anglos y de alemanes. Por cierto, a tu colega Larry le podrías sugerir que lea el pequeño libro de Carrió *Principios jurídicos y positivismo jurídico*, de 1970 (hay edición en inglés), que

seguro le interesará. Carrió hacía ahí una crítica a Dworkin y defendía lo que luego se ha llamado «positivismo incluyente». Todo el mundo parece haberse olvidado de eso, pero lo que venía a decir Carrió es que, en realidad, no había nada en una concepción como la de Hart para excluir del derecho a los principios, lo que Dworkin entendía como principios.

La única objeción que ponía Carrió a la incorporación de los principios, la diferencia con Dworkin, se refería a la pregunta de ¿cuándo podemos considerar que un principio es jurídico? Y él apelaba a la regla de reconocimiento. Pero la existencia de ese tipo de enunciados no le planteaba mayor problema; y distinguía, por cierto, entre los principios, los estándares y las reglas. Algo parecido podría decirse de Nino. Esa me parece que es la buena tradición, la que lleva a abordar los problemas reales del derecho.

Normative Systems en su origen tuvo una pretensión de hablar del derecho y tratar de modificar la manera como los juristas y los dogmáticos hacen su trabajo. Pero en un cierto momento los autores abandonaron ese objetivo. Sobre todo, Eugenio, porque Alchourron era un filósofo, iba por otro lado. Abandonaron esa pretensión y yo creo que hay que recuperarla: hay que volver a una teoría del derecho que se ocupe del derecho.

Y en el derecho, de vez en cuando nos encontramos con esos problemas: los jueces, por ejemplo, tienen que resolver casos de conflictos de derechos (o de principios). ¿Cómo hacerlo? Tú dices: «revisando». Si, revisar es el resultado, pero ¿cómo introduces la nueva regla?, o sea, ¿cómo crean derecho los jueces? Yo estoy de acuerdo contigo, Horacio, en que no lo crean como Eugenio sugería, de manera totalmente discrecional, sino que lo hacen con ciertos criterios, y eso es lo que hay que estudiar: ¿cuáles son esos criterios? A mí me parece que para ello la herramienta de los principios ayuda, pero tampoco digo que sea lo único. No creo que haya que darle del todo la razón a Alexy. Pero la otra concepción, el modelo normativista de Alchourrón y Bulygin, es demasiado pobre; sólo con él no podemos dar cuenta de la complejidad del derecho.

Juan Pablo Alonso:

Horacio: ¿Le puedo dar la palabra a Federico De Fazio, que hace rato…?

Horacio Spector:

Sí, por supuesto.

Juan Pablo Alonso:

Después en todo caso te vuelvo a dar la palabra y, si querés, contestale a Manolo.

Manuel Atienza:

Yo ya me callo, no digo más.

Juan Pablo Alonso

No, por favor, es un placer Manolo.

Federico de Fazio:

Gracias Horacio por compartir el texto y por la exposición. A mí me gustó mucho, personalmente; me interesan estos temas en particular y me pareció un abordaje muy original dentro del estado del arte que hay sobre este tema. Así que a mí me gustó mucho.

Tenía una pregunta concreta sobre uno de los argumentos en favor de tu tesis central, que es en favor del Estado de derecho. Digamos, yo veo clara la diferencia que hacés entre la deontología jerárquica que supone una regla de ordenación y la ponderación deontológica que supone sopesar. Ahí está claro y creo que tenés razón cuando decís que la idea de sopesar metafóricamente remite a algún criterio de ordenación implícito –aunque sea vago, aunque no lo tengamos muy determinado–. Me parece que eso está bien.

Pero no vi tanto la diferencia en un segundo aspecto y es cuando decís que de «sopesar» o de la «ponderación» no se extrae una *ratio decidendi*. Porque, por ejemplo, aun concediendo que la ponderación fuera intuitiva o que no tiene claro cuál es el criterio de ordenación, uno podría decir que como resultado de una ponderación uno sí obtiene una regla.

Por ejemplo, si tuviéramos una ponderación entre la libertad de expresión y el derecho al honor, en general los tribunales –como es el caso «Kimel», por ejemplo– dicen: «bueno, si se trata de un funcionario público, en el ámbito de su actividad pública y si la expresión no es injuriante, la libertad de expresión debería tener más peso». De ahí uno puede extraer o reconstruir una regla que diga: «Bueno, si se dan estas propiedades relevantes: si es un funcionario público, en el ámbito de su actividad pública y si la expresión no es injuriante, etc., se deriva una determinada consecuencia normativa que es la que expresa el principio de la libertad de expresión. Esto es lo que Alexy reconstruye bajo el nombre de la «ley de colisión».

Mi duda es esta: no veo tan clara ahí la diferencia entre lo que Alexy denomina la «Ley de Colisión» y la idea de la regla de ordenación, que es una ordenación parcial –es decir, que está sujeta a unas ciertas circunstancias que vos creo que llamás los *facts*, los «F»–. Dado que veo algo bastante similar ahí, quería consultarte si podrías aclarar cuál es la diferencia, ya que es bastante relevante en tu texto porque de ello depende la defensa del Estado de Derecho.

Después, quería hacer un último comentario sobre la idea de dignidad que tiene el Tribunal Constitucional alemán. En otros fallos, lo que surge a la luz es que el Tribunal Constitucional no cree que la dignidad sea absoluta. De hecho, hace no muchos años, Alexy trajo un caso del Tribunal Constitucional donde se discutía si una persona podía ser afeitada compulsivamente a los fines de ser reconocida en una

rueda de reconocimiento dentro de un proceso penal. El Tribunal consideró que era más importante que se realice el proceso penal o la rueda de reconocimiento antes que defender la dignidad de esa persona. Es decir, en casos posteriores el Tribunal dejó aquel criterio que mencionás y con el que, en efecto, vos no estabas de acuerdo.

Horacio Spector:

Gracias Federico. Me das una gran oportunidad para aclarar unos puntos del trabajo. En relación con tu último comentario, yo por supuesto soy escéptico acerca del carácter absoluto de algunos principios. Justamente, el ejemplo que doy es el artículo 1(1) de la Constitución alemana, que dice «la dignidad humana es inviolable». A pesar de que el texto sugiere que el principio de la dignidad humana es absoluto, lo que sugiero es que la interpretación absolutista no es la mejor interpretación de lo que quiere decir el Tribunal Constitucional en el caso de la Ley de Seguridad Aérea. Por lo tanto, yo también rechazo el «absolutismo constitucional». En esto, no tengo discrepancia con Alexy.

Tus otros comentarios merecen un análisis más detenido. Yo hablaba de cuatro estructuras morales deontológicas, dos cuantitativas y dos no cuantitativas. También sugería que las dos cuantitativas (deontología de balance y deontología de umbral) son equivalentes entre sí, así como las dos no cuantitativas (deontología de derogación y deontología de jerarquía) también son equivalentes entre sí. Pero también decía que la metáfora del peso (es decir, una de las estructuras cuantitativas) es una representación de las estructuras no cuantitativas. Es decir que en la medida que la metáfora del pesaje tenga ese significado literal, obviamente cuando uno está sopesando, lo que hace es ordenar o derogar. Pero si sopesar es lo mismo que ordenar o derogar, lo que vos dirías es lo siguiente: «Bueno, pero entonces no es que las estructuras cuantitativas están en contra del Estado de derecho, porque si son iguales a las no cuantitativas, tenés que estar o bien en contra del Estado de derecho o bien a favor del Estado de derecho, pero no se puede hacer esa diferenciación a favor de las estructuras no cuantitativas.»

El punto que yo trato de hacer en el artículo, pero hay que precisarlo más, es que depende cómo se haga esta ponderación o la determinación del peso, porque si se hace solamente entre los principios, y se dice en este caso concreto uno predomina sobre el otro, pero no se brinda información acerca de las circunstancias relevantes en las que se hace la ponderación o de las cuáles depende el peso, sino que se hace de forma intuicionista o particularista, no hay suficiente información normativa como para configurar un precedente vinculante. Entonces es una cuestión de interpretación de cuáles son las razones *decidendi*. Es cierto que en la jurisprudencia del *Common Law* hay que interpretar las sentencias, de modo que muchas veces las razones *decidendi* no están dichas, es un tema de interpretación. Pero justamente ahí también se discute que en la medida que sea más difícil determinar cuál es el *holding* de un caso judicial, entonces es más difícil de prever qué es lo que futuros tribunales van a hacer.

Ahora, si esta metáfora del peso se formula diciendo «en circunstancias A, B y C está este peso», dado que esto es una representación metafórica, es equivalente a establecer una regla jerárquica o hacer una derogación. Pero no es que se agrega una regla, como dice Alexy, sino que se deroga una consecuencia normativa, como afirman Alchourrón y Makinson. En cualquier caso, desde el punto de vista del Estado de Derecho no habría tanta diferencia. Pero sí hay una diferencia en cuanto a lo que sugieren las diferentes formulaciones, porque toda esta metáfora del peso (que Alexy utiliza con su fórmula, no con la Ley de Colisión) sugiere la idea de que hay que aprehender o intuir la fuerza o importancia de los principios y no hay criterios de justificación externa típicos de las argumentaciones morales o de las argumentaciones sociales. En cambio, si uno dice claramente «acá hay que revisar», está aceptando que hay que apelar a consideraciones externas. Todo miembro de la comunidad jurídica sabe que una revisión normativa se hace sobre la base de distintos tipos de razones. Entonces, cuando hay una revisión legislativa todo el mundo sabe que hay una serie de consideraciones, no se hacen intuiciones de fuerzas o de pesos. Entonces, lo que yo quiero decir es que lo mismo ocurre con la revisión judicial de un conjunto normativo. Primero hay que aceptar y reconocer que hay una revisión y tratarla como un acto de autoridad. Segundo, hay que aceptar que una revisión se basa en diferentes razones y hay que discutir las razones que están detrás de una u otra propuesta de revisión en forma transparente y participativa. En muchos casos, la deliberación será de carácter consecuencialista, antes que deontológica.

En realidad, esto no tiene tanto que ver con la decisión basada en reglas, sino con la otra cuestión de cómo se hace la revisión. Si se hace con transparencia, diciendo abiertamente que vamos a ver cuáles son las razones a favor de una u otra revisión, o si se trata de ocultar que hay un proceso deliberativo sobre diferentes revisiones y se esconde el procedimiento con las metáforas mecánicas de las intuiciones y los pesos. Entonces habría un déficit, no tanto por el lado de si la decisión está basada en reglas o no, sino en términos de otro valor asociado con el Estado de Derecho, que es la transparencia en las decisiones públicas. Es decir, en tanto que las estructuras no escalares dejan al desnudo cuál es el procedimiento deliberativo, las metáforas mecánicas ocultan eso sugiriendo que los jueces tienen algún tipo de sentido jurídico o una facultad intuitiva o ponderativa que es diferente a la que tienen los demás ciudadanos. Esta narrativa refiere a alguna forma de elitismo epistémico.

Esto también está conectado con el comentario que hacía Manuel –que ya lo tengo un poco olvidado– sobre el librito de Genaro Carrió, que discute a Dworkin. Por lo que recuerdo, era crítico de Dworkin y sostenía que la regla de reconocimiento puede también identificar como normas del sistema principios jurídicos y no sólo reglas. Pero Carrió no estaba comprometido con la concepción de los principios como normas con peso. Por el contrario, si recuerdo bien, decía que los principios son estándares, que es parecido a lo que yo digo.

Bueno, en el tema de los porteños y porteñas, podría ocurrir (*risas*) que en esto tengamos razón y el resto del mundo esté equivocado. El hecho de que nos equivocamos

en nuestras políticas macroeconómicas no significa que también debamos equivocarnos en las cuestiones iusfilosóficas, ¿no? Vos tenés razón que la ortodoxia en estos días se refiere a los principios. Pero en los Estados Unidos hay colegas escépticos, no es solamente Larry Alexander; digamos que no están todos del todo de acuerdo con las teorías dworkinianas.

En fin, es cierto lo que decís, todo esto parece muy intuitivo, el lenguaje del balance, la imagen de la justicia y todo esto y quizás esté equivocado, pero en ese punto pienso diferente y la seguimos, esto da para mucho. Daría para seguir conversando por muchos días. Pero, la verdad, estoy bastante convencido de que hablar de principios con peso es un error.

Lo que habría que tratar de entender es cuál es la función que cumple esta ficción; yo digo que es una ficción. Creo que la ficción es pensar que cuando uno toma una decisión siempre se basa en normas que están ahí, que son previas, en soluciones normativas predeterminadas, ¿no? Y decir que uno toma decisiones que tienen consecuencias para individuos y sobre la base de una revisión, es decir de forma retroactiva, no suena muy bien. A mí me da la sensación de que una de las funciones de la ficción de los pesos y de las ponderaciones es tratar de maquillar y ocultar que los tribunales toman decisiones retroactivas que tienen impacto sobre los individuos. Esto es un poco inquietante, ¿no? Porque, claro, el poder legislativo siempre revisa para adelante, pero la revisión judicial en estos casos en los que tenemos contradicciones es una revisión retroactiva. Yo creo que es esto lo que uno no quiere aceptar y de alguna forma uno reprime eso y la ficción de la ponderación cumple una función de reestabilización psicológica luego de la represión.

Juan Pablo Alonso:

Bueno muchas gracias. No sé si alguien quiere decir algo más.

Marcelo Persano:

Hola, sí, Juan Pablo, yo dejé una pregunta ahí en el chat; no sé si la llegaron a mirar.

Juan Pablo Alonso:

Podés decirlo ahora de viva voz.

Marcelo Persano:

Quería saber la opinión del Doctor sobre los confinamientos en nuestro país, si considera que esta fórmula de algún modo se respetó o no se tuvo en cuenta. ¿Cuál es su opinión sobre cómo se manejó acá este tema? ¿No?

Juan Pablo Alonso:

¿A quién le estás preguntado, a Manuel Atienza o a Horacio Spector?

Marcelo Persano:

A Horacio Spector, perdón.

Horacio Spector:

Gracias Marcelo. Yo publiqué un par de notas sobre este tema al comienzo de la pandemia, el año pasado, en coautoría con mi hijo Ezequiel. Así que si me mandas un email te las mando. En esas notas explicamos –no lo que pienso ahora porque con el diario del lunes es muy fácil opinar– que las decisiones en la emergencia deben tomarse sobre la base de una serie de consideraciones, buscando equilibrios pluralistas entre el derecho a la salud y otros principios y derechos. Y después tengo un artículo titulado «Paternalismo y estado de excepción sanitario», incluido en una obra compilada por Renato Rabbi-Baldi: *Desafíos de la Pandemia: emergencia sanitaria; garantías constitucionales y derecho del futuro*, publicada por Astrea. Este libro recoge las conferencias en unas jornadas que Juan Pablo ayudó a coordinar desde la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho. Así que también, Marcelo, te puedo mandar una copia de ese artículo, en donde propongo una fórmula para establecer los límites permisibles del paternalismo estatal durante el estado de excepción sanitario.

Marcelo Persano:

Gracias, gracias.

Juan Pablo Alonso:

Muy bien. ¿Alguien más?

Manuel Atienza:

Me gustaría decir una cosa a propósito del caso alemán. Salió antes varias veces, y yo lo he estudiado también con cierto detalle. Estoy de acuerdo con los pronunciamientos que se han hecho: yo creo que es un ejemplo de lo que realmente cabría llamar fundamentalismo jurídico o algo por el estilo.

La decisión adoptada por el tribunal alemán es, en mi opinión, absolutamente inconsistente porque lo que ellos están decidiendo también supone la muerte de inocentes. O sea, el dilema no era, digamos, salvar a 300 inocentes aunque perezcan 10.000; es que esos 300 también iban a morir, porque si se dejara que el avión se estrellase contra el estadio de fútbol, los pasajeros del avión también morirían.

Pero no solo es eso. Yo creo que para entender el concepto de dignidad que tienen los jueces hay que entender también los problemas existenciales de los alemanes. Porque, claro, ellos mismos dicen en la sentencia que si los pasajeros del avión no fueran inocentes, si fueran solamente terroristas, entonces sí, no habría problema en derribarlo. Pero, entonces: ¿en qué quedamos? ¿Qué es eso del carácter *intangible* de la dignidad? ¿Solamente es intangible la dignidad de algunos; no la de todos? O sea que no parece tratarse en realidad de la dignidad humana sin más, porque la de los terroristas quedaría fuera. Si tenéis interés, hay una obra de teatro de Ferdinand von Schirach, a propósito de este asunto, y es muy interesante cómo lo plantea. En fin, yo creo que es una decisión absolutamente inaceptable se mire por donde se mire.

Juan Pablo Alonso:

Ahora, te hago una pregunta Manolo, ¿esto entonces no le terminaría dando la razón a Waldron, en el sentido de que son los representantes del pueblo los que tomaron una decisión? La decisión de que se dé la Ley de Derribo y, en algún sentido, la incorporación de argumentos morales, de tipo deontológicos, o de cualquier otro tipo, en argumentación judicial de alguna forma da pie a la crítica contramayoritaria que dice Waldron. ¿Qué te parece?

Manuel Atienza:

Yo simpatizo poco con Waldron. A ver, hay un punto de razón, pero el punto de razón que tiene quiere decir que los tribunales constitucionales deben ser muy deferentes hacia el legislador. Ahora bien, la tesis suya: «no debería haber tribunales constitucionales», que por cierto la ha rectificado algo últimamente, pues si el mundo fuera un conjunto de países como Suiza o Canadá, quizás pudiera más o menos aceptarse. Pero el mundo es el que es.

Es decir que en el mundo en el que vivimos a mí me parece que, por lo general, los tribunales constitucionales juegan un papel positivo. En lo que sí tiene razón Waldron, pero sobre esto yo diría también que «chocolate por la noticia», es en lo de que el principio de deferencia al legislador tiene que pesar mucho en las decisiones de un tribunal constitucional. Pero eso es algo en lo que también insistió mucho, entre otros, Carlos Nino. Por cierto, ya que sale a relucir Waldron, aprovecho para decir que a mí su teoría de la dignidad me convence muy poco. Creo que lo que hay detrás de ella es una concepción religiosa y una filosofía muy idealista.

Horacio Spector:

Le hice esa broma sobre eso a Waldron en la UBA cuando le dieron el Doctorado Honoris Causa. Si mal no recuerdo el padre era religioso.

Juan Pablo Alonso:

Ministro protestante era.

Horacio Spector:

Sin duda hay una concepción religiosa. En Rawls, que estaba por tomar los hábitos, también hay una idea religiosa.

Manuel Atienza:

¿Quién? Perdona, ¿quién?

Horacio Spector:

Rawls.

Manuel Atienza:

Me resulta más simpático.

Quiero decirte que, naturalmente, hay un fondo de razón en la crítica que a veces se hace contra el llamado neoconstitucionalismo y activismo desbocado de algunos tribunales en Latinoamérica. Yo diría que esa crítica está bien, o sea, que hay que tomarse más en serio al legislador. Pero eso lo acepta tanto Nino como Dworkin o Alexy. La deferencia al legislador, por ejemplo, es uno de los criterios que señala Alexy para resolver los empates, cuando el peso en favor de uno u otro de los principios en contradicción es aproximadamente el mismo. Y la razón de Dworkin para sostener la tesis de la única respuesta correcta tiene que ver también con eso: con la escasísima probabilidad de que puedan darse casos de puro empate. Hugo decía que un juez no se puede dar el lujo de no resolver un caso. Y ese es un punto muy importante, una gran ventaja que ofrece un sistema jurídico frente a un sistema moral. En el Derecho (en la jurisdicción) existen muchos mecanismos –un sistema de presunciones, el principio de prioridad de la libertad, la deferencia al legislador, la reducción de los problemas sociales en términos bivalentes, y muchos otros– que facilitan, por así decirlo, el desempate. Y de ahí lo que decía Dworkin: que su tesis de la única respuesta correcta es más bien una banalidad. Pero detrás de ella aparecen muchísimas cuestiones de fondo.

Horacio Spector:

Sí, Manolo. En realidad, casi, casi propusimos aquí una agenda iusfilosófica para los próximos años. A mí me han resultado muy útiles todos tus comentarios, Manuel, y los de los demás participantes. A Marcelo quisiera comentarle que mi hijo Ezequiel estaba

presenciando este seminario y puso en el chat los links a las dos notas que publicamos a principios de la pandemia.[1]

Manuel Atienza:

Pues te lo agradezco. Lo voy a leer, porque yo estoy escribiendo precisamente algo sobre eso, porque también en España ha habido una sentencia muy controvertida a propósito de la pandemia y en la que se declaró la inconstitucional de una serie de medidas que tomó el gobierno en su momento y que eran restricciones básicamente a la libertad de circulación. Os lo iba a pedir ahora pero ya veo que efectivamente está en la pantalla.

Horacio Spector:

Si, esto se relaciona con el tema del paternalismo que también trato en el artículo del libro de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho. Así que te lo mando Manuel.

Manuel Atienza:

Si me puedes mandar una copia del libro, lo agradecería. Me gustaría verlo.

Horacio Spector:

Hay que ir a buscarlo a la editorial, todavía no fui.

Juan Pablo Alonso:

Ya salió, y es interesante porque son como nueve artículos y hay un epílogo de Joseph Raz, que también escribe sobre el tema. Así que creo que será de interés, Manolo.

Horacio Spector:

Bueno, gracias, Juan Pablo, Hugo, Manuel y gracias a todos en general. Abrazos.

1. https://www.perfil.com/noticias/opinion/emergencia-sanitaria-o-abuso-de-poder.phtml, y https://www.clarin.com/opinion/decidir-emergencia-sanitaria_0_wAnjOVlm0.html