

CONFLICTOS DE DERECHOS Y ESTRATEGIAS ARGUMENTATIVAS

¿Es el especificacionismo una alternativa a la ponderación?*

Conflict of Rights and Argumentative Strategies Is Specificationism an Alternative to Balancing?

JOSÉ MANUEL CABRA APALATEGUI**

Universidad de Málaga

jcabra@uma.es

Fecha de recepción: 19/01/2017

Fecha de aceptación: 11/05/2017

Anales de la Cátedra Francisco Suárez

ISSN 0008-7750, núm. 51 (2017), 357-380

RESUMEN La teoría del derecho post-positivista sostiene la existencia de una conexión necesaria entre las normas de derecho fundamental, a las que caracteriza como principios, y la ponderación como método para resolver los conflictos entre ellas. Mediante la ponderación se establecen relaciones de precedencia condicionada entre principios. Una estrategia argumentativa distinta a la ponderación es la seguida por los modelos especificacionistas. En este trabajo se analizan dos de esos modelos, el "especificacionismo analítico" y el "especificacionismo aretáico", concluyendo que, sobre todo en relación con el primero de ellos, no existen diferencias profundas de tipo metodológico o conceptual entre ambas estrategias.

Palabras clave: Razonamiento jurídico, principios, ponderación, especificacionismo, neo-aristotelismo.

ABSTRACT Post-positivist Legal Theory holds that a necessary connection exists between the fundamental right-norms, which are characterized as principles, and balancing as a method to solve conflicts between them. Balancing sets up conditioned priority relations between principles. A different argumentative strategy to balancing is followed by specificationist models. In this work both of these models, "analytic specificationism" and "aretaic specificationism", are analyzed, to come to the conclusion that, specifically in relation with the former, there are not deep methodological or conceptual differences between both strategies.

Key words: Legal reasoning, principles, balancing, specificationism, neo-aristotelism.

* Este texto se enmarca dentro del Proyecto de investigación: "Conflictos de derechos: tipologías, razonamientos, decisiones" (der2016-74898-c2-1-r) del Ministerio de Economía y Competitividad / AEI y FEDER.

** Para citar/citation: Cabra Apalategui, J.M. (2017). Conflictos de derechos y estrategias argumentativas ¿Es el especificacionismo una alternativa a la ponderación? *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 51, pp. 357-380.

1. DERECHOS FUNDAMENTALES Y TEORÍA DEL DERECHO

La incorporación de los derechos fundamentales —el reconocimiento dirán algunos— a los textos constitucionales contemporáneos ha supuesto la revisión de gran parte de las tesis y las categorías de la teoría del derecho positivista; desde la tesis de la separación conceptual entre Derecho y Moral a la teoría de la norma jurídica o la teoría del sistema jurídico. No sólo han cambiado las respuestas de la ciencia jurídica a estos y otros problemas, sino que también han cambiado las prioridades en el “proyecto de investigación”, por decirlo con la expresión de Lakatos. Una cuestión como las antinomias, que no deja de ser un problema de segundo orden para la teoría del derecho positivista cuya explicación remite al carácter dinámico del sistema jurídico¹, concita hoy un especial interés cuando el conflicto se produce entre normas de derecho fundamental o entre éstas y otros bienes o valores constitucionales. Y no sólo por razones teóricas, sino porque, precisamente, una parte cada vez más importante de los conflictos sociales a los que el Derecho pretende dar solución se plantean, tanto en el ámbito legislativo (pensemos, por ejemplo, en los recientes debates sobre el aborto, el matrimonio entre personas del mismo sexo o la eutanasia) como en el de la praxis jurídica, especialmente en los más altos tribunales, como la pugna entre pretensiones amparadas por derechos fundamentales o por bienes o valores constitucionales². De hecho, cabe afirmar que la incorporación de los derechos fundamentales a los ordenamientos jurídicos ha transformado la forma de concebir o plantear los problemas jurídicos y, consecuentemente, la forma de darles solución. Se ha pasado de plantear los problemas jurídicos —por utilizar una imagen— como la resolución de un puzle en el que distintas piezas con formas bien definidas encajan unas con otras, a un juego de superficies multiformes en el que progresivamente se van delimitando los contornos de esas superficies allí donde éstas se superponen; se ha pasado, en fin, de una concepción sistemática y *coherentista* a una concepción *conflictualista* del ordenamiento jurídico³. Y, con ello ha

-
1. Otro tipo de problemas que plantean con las antinomias son la naturaleza —lógica o no— de los conflictos normativos o las relaciones entre los criterios de resolución de antinomias previstos por el derecho positivo.
 2. En adelante, y para simplificar, me referiré únicamente a los conflictos de derechos fundamentales, aunque todo lo que diga puede hacerse extensible a los bienes y valores constitucionales.
 3. De hecho, el debate que tiene lugar en la doctrina constitucionalista acerca del contenido esencial de los derechos fundamentales entre las teorías relativa y absoluta se articula en torno a estos dos polos.

cambiado también supuestamente el modo en que razonamos con normas jurídicas.

Veamos con algo más de detalle este escenario conflictualista. Según la teoría del derecho post-positivista, los derechos exigen una nueva teoría de la norma que sea capaz de dar cuenta de las características estructurales de las normas de derecho fundamental; éstas no se ajustan a la noción tradicional de norma entendida como juicio hipotético que conecta un supuesto de hecho con una consecuencia jurídica⁴. Aunque no hay unanimidad en la caracterización de la nueva tipología normativa, sí parece haberla, en cambio, en la denominación: las normas de derecho fundamental, o la mayoría de ellas, son *principios* jurídicos, en contraposición a las *reglas*, que sí corresponden a la concepción tradicional de la norma jurídica. De las varias caracterizaciones de los principios, interesan sobre todo aquellas que permiten sostener la existencia de una diferencia estructural y no meramente de grado entre reglas y principios. Quizás la más extendida sea la que los define como *mandatos de optimización*. Mientras que las reglas establecen, con mayor o menor precisión, lo que puede o debe hacerse en determinadas situaciones, los principios son “normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes” (Alexy, 1997b: 86), posibilidades jurídicas que están determinadas por otras reglas y principios. Otra caracterización es la que define los principios como normas cuya *condición de aplicación está abierta* (Atienza / Ruiz Manero, 2004). Según esta teoría, las normas con estructura de principio establecen claramente una consecuencia jurídica, es decir, que algo puede o deber ser hecho, pero no especifican en qué circunstancias puede o debe hacerse.

Tanto una como otra concepción de los principios portan, por así decirlo, el germen del conflicto normativo, aunque quizás lo hagan en distinto grado: ya sea mediante la idea de optimización, ya mediante la apertura o indeterminación de las condiciones de aplicación, la dinámica de los principios es vincular su consecuencia jurídica a un número indeterminado de situaciones. Esta dinámica es *necesariamente* expansiva si se conciben los principios como mandatos de optimización y sólo *potencialmente* expansivo en el caso de las normas con la condición de aplicación abierta. La identificación del ámbito de aplicación de un mandato de optimización viene determinada —por definición, como acabamos de ver— por

4. La consecuencia jurídica de una norma puede ser bien la calificación deóntica de una acción (normas primarias en el sentido de Hart), bien una sanción (normas secundarias de adjudicación). Las normas de derecho fundamental pertenecen al primer tipo.

la colisión con el ámbito de aplicación de otras normas, ya sean éstas reglas o principios. En el caso de que se conciban los principios como normas con la condición de aplicación abierta o indeterminada, el solapamiento o conflicto entre dos o más normas depende de cómo se concreten por el intérprete las condiciones de aplicación de las normas implicadas. En todo caso, el intérprete habrá de tener en mente a la hora de establecer las condiciones de aplicación del principio en cuestión las posibles colisiones con otras normas del sistema jurídico y, en especial, con otros principios constitucionales. Como, al menos por razones epistémicas, no es posible anticipar todas las situaciones en las que los ámbitos de aplicación de dos normas pueden solaparse, no sólo no pueden descartarse los conflictos entre principios, aunque sean concebidos como normas con la condición de aplicación abierta, sino que son altamente probables.

Los conflictos entre principios presentan características especiales tanto en su estructura como en la manera de ser resueltos. Desde el punto de vista estructural, los conflictos entre principios dan lugar a un tipo especial de antinomia, que reciben la denominación de *contingentes*, *externas* o *en concreto* (Günther, 1995; Prieto Sanchís, 2003: 178)⁵. A diferencia de las antinomias *en abstracto*, las antinomias *en concreto* no obedecen a una inconsistencia lógica del sistema jurídico⁶. En cuanto a su solución, ésta no puede resultar de la aplicación de las reglas clásicas de *lex superior*, *lex posterior* o *lex specialis* (Alexy, 2003: 434). Las dos primeras no son aplicables porque entre las normas constitucionales no puede establecerse una relación jerárquica, salvo que el propio texto constitucional disponga algo en este sentido, ni una relación temporal, dado que, obviamente, ambas son coetáneas por pertenecer al mismo documento o cuerpo normativo. Además —y esto es lo relevante aquí— la aplicación de estas reglas significa la expulsión del ordenamiento jurídico de una de las normas en conflicto

-
5. Sobre esta distinción, vid. Guastini (2014: 118-9). Martínez Zorrilla (2007; 2011) ha propuesto la denominación alternativa de “antinomias contextuales” para los conflictos entre principios. Según Martínez Zorrilla, no es correcto calificar este tipo de antinomias como antinomias *en concreto*, puesto que el conflicto normativo, aunque no derive de una inconsistencia lógica del sistema jurídico, se produce por razones lógicas y no en función de las circunstancias concretas del caso.
 6. La idea de que los sistemas jurídicos pueden ser lógicamente inconsistentes no es una cuestión pacífica en la doctrina. El que dos normas sean de imposible cumplimiento por el sujeto obligado no significa que entre ellas exista una contradicción lógica, sino, más bien, una imposibilidad pragmática o un defecto del sistema normativo desde el punto de vista teleológico; ver, por todos, Kelsen (1973). Utilizo, no obstante, la expresión “inconsistencia lógica” porque resulta clarificadora de aquello que se quiere señalar con la distinción entre ambos tipos de antinomias.

(pérdida de *validez* de la norma cuando se aplica la regla de *lex superior* o pérdida de *vigencia* de la norma cuando se aplica la regla de *lex posterior*). Por razones obvias, la forma de resolver los conflictos entre normas de derecho fundamental no puede consistir en la pérdida de validez o de vigencia de uno de ellos. En ocasiones, cuando entre las normas en conflicto puede establecerse una relación de género a especie, como ocurre con los artículos 14 y 57 de la Constitución Española, pueden las antinomias resolverse o evitarse mediante la regla de *lex specialis*, entendiendo que la norma especial incorpora con carácter permanente una excepción a la regla más general, pero no es así como la concepción conflictualista (principalista) del ordenamiento jurídico entiende la relación de las normas de derecho fundamental. Así las cosas, la forma de resolver los conflictos entre normas de derecho fundamental es mediante la *ponderación*. El procedimiento de la ponderación permite, sobre la base del principio de proporcionalidad, determinar *en cada caso* cuál de los principios resulta aplicable sin comprometer la validez o la vigencia de ninguno de ellos y sin incorporar excepciones definitivas que supongan la preferencia de uno de los principios sobre el otro en todos los casos en que concurren ambos⁷.

La tríada “principios –antinomias *en concreto*– ponderación” sintetiza tres de las tesis centrales de la teoría del derecho post-positivista. En relación con estas tesis, se ha afirmado que entre la concepción principalista de la norma y la ponderación existe una conexión conceptual (Alexy, 1997b; Bernal, 2003). En los últimos años han aparecido una serie de modelos argumentativos de corte coherentista o especificacionista que cuestionan esta conexión y se postulan como alternativas metodológicas a la ponderación. En mi opinión, la conexión necesaria entre los principios y la ponderación sólo es defendible si los principios se conciben como mandatos de optimización. El principio de proporcionalidad parece consustancial a la exigencia de optimización. Dada la naturaleza expansiva de los principios entendidos como mandatos de optimización, la identificación de su ámbito de aplicación significa determinar en qué casos está justificada su limitación por otro principio; limitación que sólo estará justificada en función del grado de realización de otro derecho o bien constitucional, es decir, cuando la limitación del derecho sea proporcional. En cambio, la conexión entre los principios y la ponderación resulta menos evidente si los principios se

7. Distingo aquí expresamente los casos en los que la ponderación sirve como método para la resolución de conflictos entre normas constitucionales positivas y aquellos otros casos en los que la ponderación sirve como método para la inaplicación o revisión del derecho vigente a la luz de supuestos principios implícitos o de los principios de la razón práctica no incorporados al derecho positivo.

conciben como normas con la condición de aplicación abierta, en tanto que la concreción de esas condiciones, esto es, la identificación del ámbito de aplicación, no responde necesariamente a argumentos de maximización de utilidad, como es el caso del principio de proporcionalidad. Esta segunda concepción de los principios es perfectamente compatible con otros planteamientos metodológicos —como los que aquí van a ser examinados— para la identificación del contenido de los derechos y la resolución de posibles conflictos entre ellos; en otras palabras, no todo principialismo estaría abocado a la ponderación.

Sea como fuere, la tesis que quiero desarrollar aquí es que las diferencias entre la ponderación y el especificacionismo tanto en el plano conceptual como, sobre todo, en el metodológico, no son determinantes (e, incluso, podría decirse que las diferencias son más acusadas dentro de la propia estrategia especificacionista, pero esto es secundario respecto de lo que se pretende mostrar aquí); que la contraposición entre ambos modelos sitúa la discusión en un plano normativo, esto es, se desarrolla en relación a los criterios que justifican una o otra solución a los conflictos de normas. En ambos casos, la solución a los conflictos entre normas constitucionales pasa por la obtención de otras normas —reglas— que formulan con un mayor grado de concreción las condiciones de aplicación de las normas en conflicto; ya se presente como una relación de precedencia condicionada entre las normas en conflictos, o como una especificación o refinamiento de dichas condiciones. Ello apuntaría a una cuestión de mayor calado, como es la relación entre el esquema subsuntivo-interpretativo y estos modelos argumentativos y, en última instancia, a la propia concepción conflictualista del ordenamiento jurídico. El hecho de que el resultado de la ponderación y el especificacionismo sea el mismo que podríamos alcanzar mediante la interpretación sistemática de las normas en conflicto, esto es, una concreción de sus condiciones de aplicación, vendría a sugerir que en ambos casos se trata de esquemas argumentativos secundarios o auxiliares que fundamentan, sobre la base de argumentos justificativos distintos —el principio de proporcionalidad y el principio de coherencia, respectivamente— una premisa interpretativa de un razonamiento subsuntivo. Estas consideraciones quedan muy alejadas del objetivo —más modesto— de este trabajo, que se circunscribe a la discusión entre el modelo de la ponderación y el especificacionismo.

2. ESTRATEGIAS ARGUMENTATIVAS EN LOS CONFLICTOS ENTRE PRINCIPIOS

En la solución de un conflicto entre normas de derecho fundamental⁸, son posibles dos estrategias argumentativas. La disyuntiva ha sido formulada por Shafer-Landau en estos términos: o bien se reduce la *fuerza vinculante* (stringency) de, al menos, una de las normas en conflicto o bien se reduce el *alcance* (scope) de, al menos, una de ellas (Shafer-Landau, 1995: 225; *vid.* también Moreso, 2007: 243; 2012: 35). En otras palabras, o se reduce la *vinculatoriedad* de las normas, lo que quiere decir que su consecuencia jurídica no se aplica en todos los casos que sean subsumibles en su supuesto de hecho, o se reduce su ámbito de aplicación, delimitando y estrechando el conjunto de casos que caen bajo el supuesto de hecho.

La primera estrategia, la reducción de la fuerza vinculante de una de las normas en conflicto, es la que sigue la ponderación. La ponderación tiene como resultado el establecimiento de una relación de precedencia entre las normas en conflicto a la luz de las circunstancias del caso, es decir, una relación de precedencia condicionada. En virtud de esta relación, se aplica al caso la consecuencia jurídica de la norma precedente, quedando así limitada la fuerza vinculante de la otra norma. El criterio de corrección que determina cuándo está o no justificada esta relación de precedencia es el principio de proporcionalidad, cuya formulación más conspicua la encontramos en la *fórmula del peso* de Robert Alexy.

La segunda estrategia, la reducción del ámbito de aplicación de las normas, es típicamente especificacionista. Esta estrategia consiste en la revisión —especificación— y delimitación de las condiciones de aplicación de las normas en conflicto a resultas de la cual quedan sistemáticamente ordenadas. El criterio de corrección es aquí la coherencia práctica.

A efectos de una mayor claridad analítica conviene diferenciar tres aspectos o dimensiones de estos modelos argumentativos: (i) *conceptual*: qué se entiende por ponderación y por especificación; (ii) *metodológico*: cómo se lleva a cabo y cuál es su resultado; y (iii) *normativo*: qué criterios deben satisfacerse para que el resultado de la ponderación o de la especificación puedan tenerse por correctos o justificados (Martínez Zorrilla,

8. Una cuestión previa al examen de las distintas estrategias argumentativas orientadas a la resolución de los conflictos entre normas de derecho fundamental debería ser, precisamente, la propia conceptualización del conflicto. Especialmente quienes rechazan la teoría principalista, niegan también la existencia de antinomias entre normas de derecho fundamental y sitúan los problemas de identificación del contenido normativo en el plano interpretativo y no en el plano aplicativo como hace la teoría del derecho postpositivista.

2009: 119 y ss.). Las diferencias entre ambos modelos quedan reflejadas en el siguiente cuadro:

	<i>Ponderación</i>	<i>Especificación</i>
<i>Dimensión conceptual</i>	Valoración del peso o importancia de las normas en conflicto.	Revisión de los ámbitos de aplicación de las normas en conflicto.
<i>Dimensión metodológica</i>	Establecimiento de una relación de precedencia condicionada entre las normas en conflicto.	Especificación de las condiciones de aplicación de las normas en conflicto
<i>Dimensión normativa</i>	Principio de proporcionalidad (fórmula del peso)	Coherencia

2.1. El modelo de la ponderación

La ponderación es un procedimiento argumentativo cuya finalidad es la justificación de una relación de precedencia condicionada entre dos principios en colisión⁹. El criterio de justificación de esta relación de precedencia viene definido por el *principio de proporcionalidad* o *ley de la ponderación*, según la cual “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro” (Alexy, 1997b: 161).

Para determinar los grados de afectación y de realización de los distintos principios hay que considerar las siguientes variables:

(i) su *peso concreto*. Determinan el peso concreto las consideraciones relativas al peso concreto de los principios, la intensidad de la restricción y la importancia de su realización concretas, la duración de la restricción, la existencia de medios alternativos para la satisfacción del derecho en cuestión, el carácter soportable o no, o más o menos soportable, de la restricción o la urgencia que requiere la satisfacción del derecho;

(ii) su *peso abstracto*, que es independiente de las circunstancias del caso y responde a consideraciones ideológicas morales o políticas;

(iii) el *grado de certeza* o seguridad de las apreciaciones empíricas acerca de la afectación que las acciones cuya calificación deóntica está en juego proyectan sobre las normas (principios) en conflicto¹⁰.

9. Para un desarrollo por extenso de esta estructura, vid. Bernal (2003).

10. Esta es la que se conoce como “ley *epistémica* de la ponderación, que establece que “cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la certeza de las premisas subyacentes” (Alexy, 2003: 446).

Estas variables conforman la llamada *formula del peso*, que expresa la relación entre los pesos de los principios en conflicto en el caso concreto. A cada una de estas variables se le atribuye un valor, según una escala triádica¹¹. La fórmula del peso es el cociente de dividir el producto de la afectación del principio P_1 en el caso concreto, su peso abstracto y la seguridad de las premisas empíricas entre el producto de la satisfacción del principio P_2 en el caso concreto, su peso abstracto y la seguridad de las premisas empíricas.

En definitiva, el modelo de la ponderación se basa en una comparación que puede expresarse como un cálculo aritmético cuyo resultado justifica la precedencia de uno de los principios en el caso en cuestión.

Pero, la ponderación no es sólo un esquema de argumentación racional, sino también la base de un modelo universalista, fuertemente orientado por reglas que resultan de las ponderaciones anteriores (*reglas-resultado*) y que resultan aplicables a aquellos casos que presenten las mismas propiedades relevantes. Así, los resultados de la ponderación configuran una red de casos que pueden, incluso, ser reconstruidos como un sistema normativo¹².

El concepto de “caso” se incorpora originariamente en la *Teoría de la argumentación jurídica* de Alexy como un argumento típico: el precedente¹³. La comparación de los casos y el seguimiento del precedente en el razonamiento jurídico se justifica como una manifestación del principio de universalidad (Alexy, 1997a: 263). Así, una vez identificada una colisión de dos normas de derecho fundamental, procede la búsqueda exhaustiva de *reglas-resultado* de ponderaciones anteriores llevadas a cabo por jueces y tribunales, con vistas a resolver el conflicto sin necesidad de ponderar. La estructura de las reglas-resultado responde a la llamada “ley de colisión”, que establece que “las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la conse-

-
11. Escala que correspondería a los siguientes valores tanto para los grados de afectación, como para el peso abstracto de los principios: leve (2^0), medio (2^1) e intenso (2^2). Por su parte, los valores relativos a la seguridad de las premisas fácticas serían: seguro (2^0), plausible (2^1) o no evidentemente falso (2^2) (Alexy, 2002).
 12. Esta es la interpretación que del modelo alexiano ha hecho Laura Clérico (2011); un planteamiento similar puede verse ya en Atienza (1998: 85 y ss.). En opinión de Clérico, el propio Alexy es responsable, en parte, de que su modelo haya sido visto como una estrategia *ad hoc*, pues su preocupación por desarrollar la ponderación como forma de argumento (principio de proporcionalidad, fórmula del peso) desplazó a un lugar secundario la importancia de los casos en el modelo de la ponderación (Clérico 2011: 207).
 13. Los precedentes también pueden aparecer no ya para resolver la colisión entre derechos, sino también para determinar la intensidad de la interferencia en un derecho o la importancia de la realización de otro sobre la base de las valoraciones realizadas con anterioridad en casos similares.

cuencia jurídica del principio precedente o vencedor” (Alexy, 1997b: 94). Si en las circunstancias C el principio P_1 precede al principio P_2 y aquél establece la consecuencia jurídica R , entonces tenemos que en situaciones sucesivas en las que se de C , debe darse R . La idea puede esquematizarse del siguiente modo:

- (1) $C \rightarrow (P_1 \text{ P } P_2)$
- (2) $P_1 \rightarrow R$
- (3) $C \rightarrow R$ [Regla-resultado]

La resolución de un caso conforme a las reglas-resultado es un supuesto de aplicación de precedentes y tiene, por tanto, naturaleza subsuntiva¹⁴.

2.2. El modelo especificacionista

El especificacionismo surge en dos esferas de la filosofía moral: por un lado, como teoría del razonamiento práctico alternativa a la concepción instrumentalista o teleológica¹⁵, y, por otro, como teoría de los derechos morales, en contraposición a la concepción de los derechos como derechos *prima facie*¹⁶. En ambos casos, la especificación se presenta como una estrategia orientada a solucionar conflictos entre fines, estándares, principios o normas que orientan la acción humana, mediante la revisión y el refinamiento de las condiciones en que estos fines, estándares, principios o normas constituyen una razón para la acción.

-
14. No obstante, puede ocurrir que el conflicto de normas no pueda resolverse de forma subsuntiva mediante el recurso al precedente por diversos motivos: (i) que se carezca de precedente; (ii) que se trate de una línea jurisprudencia todavía incipiente, incierta o dubitativa (y existan dudas acerca de la importancia que han detener los argumentos a favor de una u otra solución); (iii) incluso que el tribunal quiera sentar los criterios de resolución de casos futuros y opte por justificar *ex novo* su decisión en lugar de adherirse a la solución proporcionada por otro tribunal; o (iv) que el nuevo caso presente determinadas circunstancias relevantes que justifiquen apartarse del precedente porque, a la luz de las mismas, el seguimiento de la regla-resultado de la ponderación anterior resulta irrazonable o injustificada. En todos estos casos, es necesario acudir a la ponderación para resolver los conflictos entre principios (Clérico, 2011: 211 y ss.).
 15. Suele situarse el origen del especificacionismo en los trabajos de Aurel Kolnai y David Wiggins, editados a finales de los años setenta del pasado siglo; vid. Kolnai (2001) y Wiggins (2001). Quizás la versión más desarrollada sea la de Harry Richardson (1994); vid. también Richardson (1990), (2000) y Millgram (2008).
 16. La concepción especificacionista de los derechos morales es defendida, entre otros, por Gewirth (1981), Shaffer-Landau (1995), Wellman (1995) y Oberdiek (2008).

En el ámbito jurídico existen, al menos, dos modelos argumentativos que desarrollan la estrategia especificacionista: el especificacionismo orientado a la reconstrucción del sistema normativo, que podemos denominar especificacionismo *analítico*, y la teoría neo-aristotélica del razonamiento jurídico o especificacionismo *aretáico*¹⁷.

2.2.1. El especificacionismo orientado a la reconstrucción del sistema normativo o especificacionismo analítico

Como se acaba de decir, la estrategia especificacionista para resolver conflictos de normas pasa por revisar las condiciones de aplicación de las normas en conflicto, añadiendo cláusulas —esto es, propiedades— al supuesto de hecho, y reduciendo así el ámbito de aplicación de las normas en conflicto, o al menos de una de ellas. Esta revisión hace posible el encaje sistemático de ambas normas y, con ello, su aplicación subsuntiva.

Encajan en esta descripción los modelos de Mendonca (2003), Moreso (2007; 2012; 2015; 2016) y Martínez Zorrilla (2007; 2009). En mayor o menor medida, todos ellos se valen del concepto de sistema normativo de Alchourrón y Bulygin (1975), el cual se muestra como especialmente adecuado para explicar el resultado de la especificación de normas en conflicto, que han descrito sendos procedimientos, muy similares entre ellos. Precedencia a partir de las reglas que resultan de la ponderación de las normas, por decirlo con las palabras de los autores argentinos, serían “sistemas normativos más finos”. Ahora bien, ¿cómo se llega a una reformulación del sistema normativo que evite o resuelva los conflictos entre normas? Y, por otra parte, ¿bajo qué criterio normativo se puede considerar justificada una determinada especificación? Inspirados especialmente por el coherentismo práctico de Susan Hurley (1989; 2006), Moreso y Martínez Zorrilla han descrito procedimientos de especificación muy similares. Las etapas a seguir serían las siguientes:

1) *Delimitación o especificación del problema normativo* a partir de los tipos de acciones y bienes jurídicos implicados.

2) *Identificación de las normas prima facie aplicables* a partir de la anterior descripción del caso. Al final de esta segunda etapa queda perfec-

17. En puridad, no se trata de dos variantes del especificacionismo necesariamente incompatibles entre sí, aunque han seguido hasta el momento un desarrollo independiente. Una postura que acerca ambas posiciones es la recientemente mantenida por Moreso (2015; 2016).

tamente configurado el conflicto normativo, así como las razones¹⁸ a favor de las distintas alternativas de acción.

3) *Análisis de casos paradigmáticos del ámbito normativo* delimitado en la primera etapa. Un caso paradigmático puede ser un caso real respecto del cual existe una jurisprudencia consolidada o un caso hipotético. La idea del precedente, no obstante, no capta completamente el significado normativo de los casos paradigmáticos, que van más allá del *principio de universalidad*. Como afirma Moreso, los casos paradigmáticos “tienen la función de constreñir el ámbito de reconstrucciones admisibles: sólo son admisibles aquellas reconstrucciones que reconstruyen los casos paradigmáticos adecuadamente. Los casos paradigmáticos constituyen el trasfondo, a menudo inarticulado, en el cual el razonamiento práctico tiene lugar” (Moreso, 2007: 239-40).

4) En la cuarta etapa tiene lugar un proceso deliberativo del que resulta la *determinación de las propiedades relevantes* que serán consideradas en la especificación de las normas en conflicto. En este proceso se identifican las circunstancias que determinan —que “pesan” en— la solución a los casos paradigmáticos. Se trata aquí de “hallar la mejor teoría posible, esto es, aquella hipótesis que mejor reconstruya y sea más compatible con nuestras intuiciones plasmadas en la resolución de los casos paradigmáticos” (Martínez Zorrilla, 2009: 126).

5) *Formulación de reglas universales* que resuelven de modo unívoco el conflicto normativo. La mejor hipótesis de la etapa anterior debe ser formulada —“reconstruida”— como una regla que incorpore en su supuesto de hecho aquellas propiedades que dan cuenta de los casos paradigmáticos.

Veámoslo con un ejemplo. Una situación que suele presentarse típicamente como un problema de conflicto entre normas constitucionales es la publicación de una información que menoscaba el honor de una persona conocida por tratarse de una información relativa a su vida privada y, además, expresada en términos injuriosos. Los dos primeros pasos del procedimiento, la delimitación del problema normativo y la identificación de las normas aplicables *prima facie*, no presentan dificultades en este supuesto. La cuestión es determinar si la publicación de la noticia está amparada por la libertad de expresión, y, por tanto, se trata de un acción permitida; o si, en virtud del derecho al honor, se trata de una acción prohibida. Aunque existe una abundante jurisprudencia al respecto que pudiera anticipar una

18. Martínez Zorrilla (2009: 125) apunta a que estas razones se refieren tanto a las normas jurídicas como a sus razones subyacentes. En mi opinión, la consideración de las razones subyacentes habría que situarlo más bien en la siguiente etapa.

respuesta a este conflicto, plantearé algunos casos que pueden considerarse paradigmáticos en este ámbito normativo¹⁹:

CASO 1. *Falsedad o ignorancia*. ¿Puede amparar la libertad de expresión la publicación de noticias falsas a sabiendas o de noticias sobre hechos cuya ocurrencia se ignora absolutamente, independientemente de los efectos que la publicación esas noticias puedan tener para el honor de los afectados?

CASO 2. *Certeza*. ¿Exige el ejercicio de la libertad de expresión la certeza absoluta de aquellos hechos sobre los que versa la noticia?

CASO 3. *Honor*. ¿Puede el derecho al honor amparar la prohibición de publicar cualquier información, incluso aquella relativas a las autoridades políticas en el ejercicio de su función?

CASO 4. *Interés público*. ¿Justifica la mera curiosidad la publicación de información de una persona que carece de relevancia pública?

CASO 5. *Insulto*. ¿Puede la libertad de información amparar el insulto o la ofensa, aunque la información esté contrastada y sea de evidente interés público?

Ninguna de las preguntas anteriores puede responderse afirmativamente sin vulnerar alguna intuición importante acerca del contenido de la libertad de expresión o del derecho al honor. La mejor teoría posible acerca del valor de ambos derechos debe, necesariamente, dar cuenta de (i) que ninguno de los derechos es absoluto (casos 1 y 3); (ii) la exigencia de un determinado grado de diligencia —por debajo de la certeza absoluta— en el acceso a la información que justifique su veracidad (casos 1 y 2); (iii) la exigencia de interés público del sujeto y del objeto de la noticia (caso 4); y (iv) la exclusión del insulto del ámbito de protección de la libertad de expresión (caso 5). Las propiedades relevantes que resultan de este análisis (que está sujeto a las exigencias de fundamentación de un proceso deliberativo), a saber: la veracidad, el interés público y la prohibición de ofender, permiten formular la siguiente norma, que no es sino una especificación de la libertad de expresión:

N: Toda información veraz, de interés público y que no contenga términos ofensivos puede ser publicada.

19. Un desarrollo muchos más complejo y sofisticado de este modelo en Martínez Zorrilla (2009: 127 y ss.).

A partir de esta norma se puede reconstruir un sistema normativo completo y coherente (en el sentido de Alchourrón y Bulygin)²⁰ que soluciona, mediante un razonamiento subsuntivo, el problema normativo planteado, así como aquellos casos futuros que presenten todas o algunas de estas propiedades.

2.2.2. El especificacionismo aretáico

La segunda variante de la estrategia especificacionista es el especificacionismo *aretáico*, desarrollado por Amalia Amaya (2011)²¹, cuyo punto de partida es la concepción neo-aristotélica de la razón práctica. Esta concepción asume, por un lado, la pluralidad, heterogeneidad e inconmensurabilidad de los valores, lo que excluye la ponderación o cualquier otra alternativa de raíz algebraica como método para la resolución de conflictos entre ellos; y, por otro, que la razón práctica no es sólo racionalidad instrumental, o sea la capacidad de disponer medios para alcanzar fines, sino también y especialmente la capacidad para deliberar acerca de los fines, para revisarlos y especificarlos de manera que sea posible una armonización entre ellos a la luz de una concepción comprensiva del bien formando un plan de vida coherente.

El especificacionismo aretáico sostiene una tesis radicalmente particularista de la justificación jurídica estrechamente conectada con el concepto de *sabiduría* práctica. La racionalidad de la decisión jurídica no se puede reducir a la aplicación de reglas o principios generales a casos particulares, esto es, a un esquema subsuntivo, sino que depende de la correcta apreciación de los elementos particulares del caso. El esquema subsuntivo no capta la compleja naturaleza de los problemas prácticos (de los que los problemas jurídicos son una especie), que son cambiantes e impredecibles, que pueden presentar aspectos únicos e irrepetibles y cuyas circunstancias son distintas en cada contexto, o mejor dicho, la relevancia práctica de éstas puede variar en función del contexto. En definitiva, la justificación basada en la aplicación de reglas y principios universales es excesivamente rígida y se muestra incapaz de incorporar, y sobre todo de explicar y justificar, excepciones a la regla.

Consecuentemente, la noción de regla no puede jugar un papel constitutivo en la justificación jurídica; es la virtud y, particularmente, el saber

20. Para una reconstrucción de este tipo, vid. Mendonca (2003: 76 y ss.).

21. Sigo en esta exposición el texto de Amaya.

práctico entendido como la capacidad para identificar o percibir los aspectos relevantes de una situación, la que ocupa este espacio central en la teoría del razonamiento jurídico. El juez virtuoso es permeable a la complejidad de los casos que se le plantean y su saber práctico se manifiesta, precisamente, cuando, conforme a una concepción unitaria del bien, puede justificar el apartarse de la regla. El juez virtuoso, en fin, es capaz de *inventar* soluciones adecuadas, incluso cuando esto signifique “una reformulación y ajuste de los valores en juego, a la luz de una teoría general del Derecho e, incluso, la modificación o reelaboración de la propia concepción del Derecho” (Amaya, 2011: 125-6; 2012: 64). Esta revisión de los valores, los principios o los fines en clave coherentista es el núcleo del especificacionismo en general y del aretáico en particular.

Ahora bien, siendo el saber práctico el que determina la pertinencia de la aplicación de la regla en cada caso, cabe preguntarse por el papel de las reglas en el especificacionismo aretáico, toda vez que una teoría del razonamiento jurídico no puede renunciar por completo a dar cuenta de cómo operan o deben operar las normas jurídicas en el razonamiento justificativo de los juristas. Y aunque se atribuye a las reglas un papel importante en la determinación de los aspectos relevantes de caso, éstas no dejan de ocupar una posición secundaria, estando supeditada su aplicación a las consideraciones que se hagan de las circunstancias del caso. Las reglas, en fin, sólo serían aplicables en los casos fáciles, esto es, aquellos que no presentan ninguna circunstancia relevante al margen de las propiedades establecidas por la propia regla en el supuesto de hecho.

La correcta apreciación de los aspectos relevantes del caso presupone una aguda capacidad de *percepción* (que es otra de las manifestaciones del saber práctico)²². La capacidad de percepción no sólo permite identificar los aspectos relevantes de la situación, sino precisamente aquellos que consti-

22. La capacidad de percepción no es solamente una capacidad cognitiva, sino que incluye aspectos emocionales y creativos. Las emociones cumplen las siguientes funciones en nuestro razonamiento práctico: 1) función ‘epistémica’: “son herramientas sumamente útiles para identificar las razones para la acción que con curren en un caso concreto”; 2) función ‘expresiva’: “las actitudes emocionales nos ayudan a expresar la información moralmente relevante”; 3) función ‘reveladora’, “las emociones revelan valores y compromisos cuya importancia no habríamos sido capaces de reconocer [de no haber experimentado dichas emociones]”; 4) función ‘motivacional’; “las emociones nos llevan a la acción”; 5) función ‘constitutiva’, en tanto que una respuesta emocionalmente correcta es condición necesaria de una decisión virtuosa: aunque el contenido de una decisión coincida con el contenido de la decisión que habría tomado un juez virtuoso, ésta es moralmente defectuosa si no se realiza con la adecuada disposición emocional (por ejemplo cuando un juez se vanagloria o siente satisfacción por la resolución de un caso trágico), en parte, porque, como se ha dicho más arriba, sin un compromiso emocional, las percepciones son defectuosas (Amaya

tuyen razones para la acción, “silenciando a los demás”, por decirlo con las palabras de McDowell. Esta sensibilidad perceptiva, ni es infalible, ni es un mero intuicionismo; es una aptitud que se desenvuelve en el marco de una *deliberación* que hace posible que las razones para la acción sean públicas y susceptibles de ser compartidas, discutidas y modificadas racionalmente.

No es extraño que desde el especificacionismo aretáico se afirme que una parte importante de las deliberaciones en Derecho consistan en el perfeccionamiento de las descripciones de las situaciones en cuestión, o sea, en la *construcción* del caso. Mientras la teoría de la argumentación estándar pone el foco en las normas y en su interpretación, el enfoque aretáico la hace sobre los hechos y sus descripciones. Así, los problemas de calificación son concebidos por la teoría estándar como problemas interpretativos derivados, cuya solución pasa por una reinterpretación de los enunciados jurídicos abstractos hasta que sea posible la subsunción; en cambio, para la teoría aretáica, la calificación de los hechos es “el problema” del razonamiento jurídico y en modo alguno puede ser reconducido al esquema subsuntivo. Y no es sólo que la correcta descripción del caso determine en gran medida la decisión, al dilucidarse con la descripción de los hechos la elección de la norma aplicable; es que —en palabras de Amaya— “[l]a descripción de una situación —especialmente en los casos difíciles— es un proceso por el cual se profundiza en la propia concepción de los valores implicados y su relación mutua. La descripción de una situación es en gran parte la especificación de las cuestiones identificadas como relevantes para dicha situación” (Amaya, 2011: 134).

La especificación —entendida como proceso— supone una revisión y refinamiento de los valores en conflicto —especificación como resultado— que explica en qué consiste la realización de estos valores en la situación en cuestión y, a su vez, proporciona “la mejor teoría acerca de la relación mutua de los valores especificados y su encaje en una concepción general de los fines del Derecho” (Amaya, 2011: 136-7).

En definitiva, el especificacionismo aretáico rechaza que la racionalidad práctica deba adoptar el discurso de la maximización de utilidad, como hace la ponderación. De entrada, porque ello supone reconstruir el razonamiento práctico en términos cuantitativos (esto es, atribuyendo valores numéricos a los valores tanto en abstracto, como en el contexto de la situación en cuestión). La racionalidad práctica y, con ello, también la racionalidad de la decisión jurídica, es una reflexión sobre los valores en

2011, p. 130-2). Por así decirlo, una respuesta emocionalmente defectuosa es sintomática de una apreciación defectuosa.

juego y su contribución a una concepción general del bien o del Derecho; un proceso deliberativo cuyo resultado es la especificación y reordenación sistemática de esos valores. Es la coherencia y no la eficacia el criterio que debe guiar la toma de decisiones en caso de conflicto (Amaya, 2011: 137-8).

3. EVALUACIÓN DE LOS MODELOS ARGUMENTATIVOS

De la exposición anterior cabe extraer algunas conclusiones. Primero, que desde un punto de vista metodológico, el resultado de la especificación no es muy distinto a la regla-resultado de la ponderación²³; el establecimiento de relaciones de precedencia condicionada entre principios no es otra cosa que la especificación de las condiciones de aplicación de dichos principios. Y lo mismo puede afirmarse del proceso de especificación al establecer las condiciones en que un derecho puede ejercerse aunque otro pudiera verse afectado. Por otra parte, desde un punto de vista conceptual, ¿no supone la revisión de los ámbitos de aplicación de las normas que lleva a cabo el especificacionismo una valoración de la importancia —“el peso”— de las normas en juego? De hecho, las propiedades relevantes que se tienen en cuenta en la especificación son aquellas que importan —que “pesan”— en la solución a los casos paradigmáticos. Pareciera, por tanto, que desde ambos puntos de vista, metodológico y conceptual, ponderación y especificacionismo, son dos caras de una misma moneda²⁴. Quizás sea el punto de vista normativo el que presente más diferencias, dado que el criterio de la proporcionalidad tiene carácter cuantitativo, esto es, presupone la commensurabilidad de los valores en conflicto, y la coherencia no.

Siendo esto es así, ¿qué tipo de razones hay para preferir una estrategia argumentativa a la otra? Según la tesis de la inconmensurabilidad de los valores y la crítica recurrente a la naturaleza aritmética de la ponderación (Amaya, 2011; Moreso, 2007), ésta debe ser abandonada porque el principio de proporcionalidad parte de un presupuesto implausible, como es la posibilidad de cuantificar la importancia de los valores, su grado de afectación,

23. Desde el punto de vista del especificacionismo aretáico puede resultar cuestionable este paralelismo, considerando el rol secundario que atribuye a las reglas, pero, en la medida en que toda decisión virtuosa puede fundamentar una decisión futura, puede operar en el razonamiento justificatorio como precedente y por tanto, como regla.

24. De ahí que Moreso (2007: 237-8; 2012: 39) haya afirmado que la especificación es “un modo de configurar la ponderación” o que Martínez Zorrilla (2009: 122-3) sostenga que su modelo argumentativo sólo puede ser considerado como una alternativa a la ponderación si ésta se identifica con el “principio de proporcionalidad”.

etcétera. No puedo extenderme sobre ello aquí, por lo que me limitaré a sugerir que la coherencia y la proporcionalidad no son criterios excluyentes de racionalidad en el sentido en que lo plantean estas críticas²⁵.

Aquí me centraré en aquellos argumentos que defienden la superioridad de la estrategia especificacionista: la exposición de la ponderación al particularismo y la superioridad de la estrategia especificacionista para la identificación y justificación de las circunstancias relevantes. No sólo creo que ninguno de los dos resulta concluyente, sino que, en mi opinión, vienen a reforzar mi tesis de que entre la ponderación y el especificacionismo analítico no hay diferencias esenciales de tipo metodológico o conceptual.

3.1. *El problema del particularismo jurídico*

En opinión de Moreso, el modelo de la ponderación “está abocado al particularismo, en el sentido de que una propiedad diferente puede hacer que un nuevo caso tenga una solución distinta”; en cambio, el modelo especificacionista no lo estaría: “en un ámbito determinado y con determinados principios en liza, el modelo presentado es generalista y con él se resuelven todos los casos previamente delimitados” (Moreso, 2007: 246).

El particularismo moral, en su versión más radical, niega que la identificación de las propiedades moralmente relevantes de una situación pueda realizarse mediante la remisión a principios o normas morales. En particularismo niega que la relevancia moral sea una propiedad constante, de manera que no puede ser captada por normas universales que establecen una correlación necesaria entre determinadas propiedades y una calificación moral. La propiedades de una acción serán moralmente relevantes o no, y lo serán un sentido positivo o negativo en función del contexto. Por ejemplo, aunque por lo general mentir pueda ser calificado como moralmente malo, no lo es cuando con esa mentira se ha evitado que un inocente sufra un daño injustificado (como en los casos en que a los villanos que persiguen a un inocente se les oculta qué dirección ha tomado en su huida; o la mentira

25. Aun dando por buenas las críticas sobre el carácter cuantitativo de la ponderación y, en especial, las dirigidas contra la “fórmula del peso”, creo que se ha ido demasiado lejos y, como suele decirse, se ha tirado al niño con el agua sucia; se trata —como sostiene Atienza— un “exceso retórico” que ha acabado desvirtuando la idea misma de proporcionalidad al intentar presentarla como el resultado de un algoritmo (Atienza 2006: 173-4). Eso no significa, sin embargo, que una relación de proporcionalidad no pueda explicar, al menos en parte, qué hacemos cuando decidimos en una situación de conflicto. Con todas sus limitaciones en algunos contextos, no me parece una noción menos adecuada que sus alternativas.

piadosa al enfermo al que el conocimiento de su enfermedad sólo puede suponerle un empeoramiento de su estado de salud). Otras versiones más débiles del particularismo admiten que las normas morales puedan cumplir la función de identificación de las propiedades relevantes, si bien niegan que sea ésta la única vía. Por último, una versión más débil aún reconocería a las normas morales la capacidad de identificar las propiedades moralmente relevantes, pero les negaría la capacidad para determinar la calificación moral definitiva de una determinada situación (vid. Shafer-Landau, 1997: 588; Dancy, 2013).

De los tres modelos examinados, únicamente el especificacionismo aretáico asume los postulados particularistas más radicales. La resistencia a la codificación del saber práctico, la dimensión emocional de la percepción y la primacía de la virtud respecto de la norma en la calificación de los hechos, impiden una construcción *nomológica* del discurso moral y del discurso jurídico (lo que explica la irrelevancia para este modelo de la posibilidad de reconstrucción de sistemas normativos a partir de normas especificadas o de reglas-resultado de la ponderación).

Según la crítica de Moreso, el modelo de la ponderación respondería a la segunda versión del particularismo, dado que la aparición de una nueva propiedad relevante significaría la adopción una solución distinta al conflicto normativo. En el mejor de los casos, la ponderación respondería al particularismo más débil, en la medida en que las normas *prima facie* no determinan la calificación de las acciones de un modo concluyente. En cambio, el especificacionismo analítico, respondería a un modelo generalista, capaz de construir un sistema normativo coherente y pleno. Moreso es consciente de que si el especificacionismo quiere evitar alguna de las formas atenuadas de particularismo debe proceder a la reformulación —especificación— de las normas de un sistema normativo que tenga en cuenta todas las propiedades *potencialmente* relevantes (Moreso, 2003: 115-6). Es el *ideal* de la “norma perfecta” (Günther, 1995: 278) o de la “plena especificación objetiva” (Mendonca, 2003: 84-5), y en tanto que ideal, su realización no es posible. Por razones epistémicas no podemos codificar las excepciones a las normas generales como una lista exhaustiva de propiedades naturales, sino únicamente mediante cláusulas que contengan conceptos evaluativos del tipo “... salvo que esté justificado apartarse de la norma”, lo que convertiría el especificacionismo en un “particularismo disfrazado” (Moreso, 2012: 42).

Una vía menos exigente para el especificacionismo podría hallarse en el hecho de que ni en la discusión moral ni en la discusión jurídica se trata de reconstruir el universo completo de las normas morales o los derechos constitucionales en su totalidad. Los conflictos normativos presentan un número finito de elementos, lo que haría plausible la aspiración a establecer

una lista exhaustiva de propiedades naturales en determinados contextos típicos (Moreso, 2012: 43).

Lo cierto es que no se ve por qué haya de ser así. La mayor o menor extensión del sistema normativo o el carácter típico de los conflictos no permite descartar la concurrencia de una circunstancia moralmente relevante no anticipada por el sistema normativo. En fin, no parece que ninguna de las dos estrategias —la ponderación o el especificacionismo analítico— impliquen un mayor compromiso con una ontología o epistemología particularista. Las reglas-resultado de la ponderación podrían configurar un sistema normativo similar al propuesto por el especificacionismo analítico y, en ambos casos, el sistema normativo puede ser revisado. Siempre cabe la posibilidad de especificar cualquier sistema normativo —hacerlo más fino— mediante la incorporación de una nueva propiedad al supuesto de hecho de una de las normas. Por eso se ha dicho que ambos modelos son “limitadamente generalistas” (Clérico, 2011: 238), aunque, más bien, cabría decir que ambos son *moderadamente* particularistas. Qué cuente como propiedad relevante y cuál sea su relación con el entramado normativo existente no es una cuestión que aquí dependa de la adopción de una u otra estrategia argumentativa, sino un problema de racionalidad práctica²⁶ y, en última instancia, ideológico.

3.2. *La construcción del caso: la identificación de las propiedades relevantes*

Se atribuye al modelo especificacionista una segunda ventaja o superioridad respecto al modelo de la ponderación; ventaja que residiría en una más perspicua identificación de las propiedades relevantes del caso. Esta tesis forma parte del núcleo duro del especificacionismo aretáico: la decisión judicial correcta parte de una “mirada virtuosa” capaz de percibir los aspectos relevantes del caso y poder así proporcionar una respuesta que resulte adecuada a los valores implicados en el caso en cuestión. La superioridad, por tanto, no tiene aquí un sentido metodológico, sino que

26. En este sentido, son esclarecedoras las palabras de Prieto Sanchís: “La ponderación se endereza a la construcción de una regla y, si nos tomamos en serio las exigencias de la argumentación, ello significa el respeto a un principio de universalización que opera como garantía última de racionalidad; al igual que ocurre siempre que carecemos de una única respuesta correcta, *la universalización obliga a considerar todas las circunstancias relevantes* y a justificar a la vista de ellas una solución susceptible de ser asumida en el futuro por todos y, en primer lugar, por el propio juez” (Prieto 2003: 206-7, subrayado mío).

reside en las capacidades o actitudes del juez que se conduce bajo el influjo de la virtud. Pero, también desde el especificacionismo analítico se ha sostenido expresamente esta pretensión, aquí sí con carácter metodológico, es decir, una pretensión que se explica a partir de las diferencias entre ambos procedimientos argumentativos. Según reza el argumento, en el modelo de la ponderación se hace una referencia general a las circunstancias del caso, como si éstas fueran algo evidente o poco problemático, mientras pone el énfasis en la identificación y valoración de las variables de la fórmula del peso. Por su parte, el modelo especificacionista identifica las propiedades relevantes por su conexión con las razones subyacentes de las normas en conflicto que dan fundamento a las alternativas en conflicto (Martínez Zorrilla, 2009: 136; 140-1). En este sentido, y a propósito del conflicto entre la libertad de expresión y el derecho al honor, Martínez Zorrilla aclara que “si una de las razones [para proteger la libertad de expresión y, en caso de conflicto, decidir en su favor] es la contribución a la formación de una opinión pública libre, sólo podrán ser consideradas como circunstancias relevantes aquellas propiedades que de alguna manera tengan o puedan tener incidencia en la formación de tal opinión pública. Esto excluye que puedan ser considerados como relevantes aspectos como por ejemplo la fase lunar del momento en que se publica la noticia o el color del coche del informante” (Martínez Zorrilla, 2009: 136).

Antes de abordar esta cuestión, creo que es preciso llamar la atención sobre algo que quizás pueda pasar desapercibido. Resulta evidente que, para el especificacionismo analítico, la relevancia depende en última instancia de la identificación de las razones subyacentes a las normas en conflicto. O sea, de la interpretación teleológica que de estas normas se haga. Si consideráramos que razón para proteger la libertad de expresión, en lugar de ser la contribución a la formación de una opinión pública libre, fuera que expresión pública de nuestras ideas y opiniones es la más importante manifestación de autoafirmación y realización individual, probablemente, habría que reconsiderar la relevancia del interés público o de las expresiones injuriosas, que quedarían supeditados ahora a lo que el titular del derecho quisiera expresar, al margen del interés de la información o de que ésta pudiera resultar ofensiva para terceros.

En cuanto a la cuestión de fondo, ciertamente, el esquema argumentativo de la ponderación y, especialmente, la formulación de la “ley de colisión”, da lugar a este tipo de objeciones, puesto que en ningún momento se indica expresamente cómo identificar las circunstancias del caso que conforman la condición de aplicación de la regla-resultado de la ponderación. Incluso puede decirse que el modelo ponderativo se presta con cierta facilidad a usos espurios en los que el decisor se limita a afirmar la propor-

cionalidad de la limitación de un derecho fundamental, sin justificar los valores atribuidos a las variables de la fórmula del peso²⁷.

Con todo, no creo que pueda atribuirse a la ponderación *necesariamente* un déficit argumentativo respecto del especificacionismo. En la ponderación, el juicio de relevancia de las circunstancias del caso no es independiente de las razones en pugna; de hecho, no es concebible una regla-resultado de la ponderación que resolviera un conflicto entre la libertad de expresión y el derecho al honor que contuviese en su condición de aplicación referencias a la fase lunar del momento en que se publicó al noticia o el color del coche del informante. La regla-resultado de la ponderación puede ser idéntica a la regla especificada a partir de los casos paradigmáticos o de una perspicua y virtuosa descripción del caso. Por su parte, las razones subyacentes a las normas en conflicto son consideradas en la atribución de peso abstracto, mientras que la relevancia se infiere indirectamente de la atribución del peso concreto. El peso en abstracto de la libertad de expresión viene determinado, entre otras cosas, por su contribución a la formación de una opinión pública libre en un sistema democrático (es decir, por sus razones subyacentes). Igualmente, el peso en concreto —grado de satisfacción/afectación— viene determinado por las circunstancias concretas del caso, esto es, la veracidad, el interés público, así como la ausencia de expresiones injuriosas. Una información carente de veracidad o de interés público no puede justificar un grado de satisfacción alto de la libertad de expresión; o dicho de otro modo, la atribución de un valor alto a la satisfacción de la libertad de expresión sólo puede justificarse a partir de razones como el interés público o la veracidad de la información. Únicamente aquellas circunstancias susceptibles de condicionar el peso concreto de las normas en conflicto son relevantes y pueden formar parte del supuesto de hecho de la regla-resultado de la ponderación.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alchourrón, C. y Bulygin, E. (2002) [1975]. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Astrea.
- Alexy, R. (1997a). *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica* (trad. M. Atienza e I. Espejo). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

27. Lo mismo cabe decir respecto de los juicios de adecuación y necesidad.

- Alexy, R. (1997b). *Teoría de los derechos fundamentales* (trad. Ernesto Garzón Valdés). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Alexy, R. (2002). Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales, *Revista Española de Derecho Constitucional* 66, pp. 13-64.
- Alexy, R. (2003). On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison, *Ratio Juris* 16 (4), pp. 433-349.
- Amaya, A. (2011). Virtue and Reason in Law, en Maksimilian Del Mar (ed.) *New Waves in the Philosophy of Law*. New York: Palgrave MacMillan, pp. 123-143.
- Amaya, A. (2012). The Role of Virtue in Legal Justification, en Amalia Amaya y Hock Lai Ho (eds.) *Law, Virtue and Justice*. Oxford: Hart Publishing, pp. 51-66.
- Atienza, M. (1998). Juridificar la bioética, *Isonomía* 8, pp. 75-99.
- Atienza, M. (2006). *El Derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*. Barcelona, Ariel.
- Atienza, M. (2014). Ponderación y sentido común (<http://lamiradadepeitho.blogspot.com.es/2014/11/ponderacion-y-sentido-comun-juridico.html>).
- Atienza, M / Ruiz Manero, J. (2004). *Las piezas del Derecho*. Barcelona: Ariel.
- Bernal Pulido, C. (2003). Estructura y límites de la ponderación, *Doxa* 26, pp. 225-238.
- Clérico, L. (2011). Los “casos” en el modelo de la ponderación orientado por reglas. El modelo alexiano de la ponderación en comparación con el modelo “especificacionista” de Moreso, en Carlos Bernal Pulido (ed.), *La doble dimensión del Derecho: autoridad y razón en la obra de Alexy*, Lima: Palestra, pp. 205-244.
- Dancy, J. (2013). Moral Particularism, en *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Edward N. Zalta (ed.), (<http://plato.stanford.edu/archives/fall2013/entries/moral-particularism/>).
- Gewirth, A. (1981). Are There Any Absolute Rights?, *The Philosophical Quarterly* 31, pp. 1-16.
- Guastini, R. (2014). *Interpretar y argumentar* (trad. Silvina Álvarez Medina). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Günther, K. (1995). Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica, *Doxa* 17-18, pp. 271-302.
- Hurley, S. L. (1989). *Natural Reasons. Personality and Polity*. Oxford: OUP.
- Hurley, S. L. (2006). Coherence, Hypothetical Cases, and Precedent, en Scott Hershovitz (ed.) *Exploring Law's Empire. The Jurisprudence of Ronald Dworkin*. Oxford: OUP.
- Kelsen, H. (1973). Law and Logic, en *Essays in Legal and Moral Philosophy*, Dordrecht / Boston: Reidel, pp. 228-253.
- Kolnai, A. (2001). Deliberation Is of Ends, en Elijah Millgram (ed.) *Varieties of Practical Reasoning*. Cambridge (Mass.): MIT Press, pp. 259-278.
- Martínez Zorrilla, D. (2007). *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*. Madrid, Marcial Pons.
- Martínez Zorrilla, D. (2009). Alternativas a la ponderación. El modelo de Susan L. Hurley, *Revista Española de Derecho Constitucional* 86, pp. 119-144.

- Martínez Zorrilla, D. (2011). The Structure of Conflicts of Fundamental Legal Rights, *Law and Philosophy* 30, pp. 729-749.
- Mendonca, D. (2003). *Los derechos en juego. Conflicto y balance de derechos*. Madrid, Tecnos.
- Millgram, E. (2008). Specificationism, en Jonathan E. Adler y Lance J. Rips, *Reasoning. Studies of human inference and its foundations*. New York: Cambridge University Press, pp. 731-747.
- Moreso, J. J. (2003). Conflictos entre principios constitucionales, en Miguel Carbonell (ed.) *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid, Trotta, pp. 99-121.
- Moreso, J. J. (2007). Alexy y la aritmética de la ponderación, en Robert Alexy *et al.* *Derechos sociales y ponderación*. Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, pp. 223-248.
- Moreso, J. J. (2012). Ways of Solving Conflicts of Constitutional Rights: Proportionalism and Specificationism, *Ratio Iuris* 25 (1), pp. 31-46.
- Moreso, J. J. (2015). Virtudes, particularismo y aplicación del Derecho, en Pau Luque (ed.), *Particularismo. Ensayos de filosofía del derecho y filosofía moral*. Madrid, Marcial Pons, pp. 187-200.
- Moreso, J. J. (2016). Complicaciones morales y estructuras constitucionales, ponencia presentada en el I Congreso de Filosofía del Derecho para el mundo latino; Alicante, 26-28 de mayo 2016.
- Oberdiek, J. (2008). Specifying Rights Out of Necessity, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 28, No. 1, pp. 127-146.
- Prieto Sanchís, L. (2003). *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid, Trotta.
- Richardson, H. S. (1990). Specifying Norms as a Way to Resolve Concrete Ethical Problems, *Philosophy & Public Affairs* 19, pp. 219-310.
- Richardson, H. S. (1994). *Practical Reasoning About Final Ends*. Cambridge, Cambridge University Press.
- Richardson, H. S. (2000). Specifying, Balancing, and Interpreting Bioethical Principles, *Journal of Medicine and Philosophy*, vol 25, No. 3, pp. 285-307.
- Ross, A. (1997). *Sobre el Derecho y la Justicia*, trad. Genaro Carrió. Buenos Aires: Eudeba.
- Shafer-Landau, R. (1995). Specifying Absolute Rights, *Arizona Law Review*, vol. 37, pp. 209-229.
- Shafer-Landau, R. (1997). Moral Rules, *Ethics* 107, pp. 584-611.
- Wellman, C. H. (1995). On Conflicts Between Rights, *Law and Philosophy* 14 (3), pp. 271-295.
- Wiggins, D. (2001). Deliberation and Practical Reason, en Elijah Millgram (ed.) *Varieties of Practical Reasoning*. Cambridge (Mass.): MIT Press, pp. 279-299.