

¿ES EL ESPECIFICACIONISMO UNA ALTERNATIVA A LA PONDERACIÓN?

José Manuel Cabra Apalategui
Universidad de Málaga

I. El especificacionismo como alternativa a la ponderación en el razonamiento jurídico.

Se ha planteado el especificacionismo como una alternativa a la ponderación (o como una ponderación alternativa, es decir, como un *tipo* distinto de ponderación), poniendo en cuestión dos tesis: (i) que existe un vínculo conceptual, defendido por Alexy y sus acólitos, entre los principios y la ponderación; y, relacionado con lo anterior, (ii) que el establecimiento de una relación de precedencia sea el resultado de la aplicación del principio de proporcionalidad.

No sólo existen métodos alternativos, sino que éstos son superiores. Mi idea aquí es mostrar que no son tan distintos, y, por tanto, no hay tal superioridad.

II. El punto de partida: el especificacionismo es una teoría acerca de los derechos morales.

El debate entre “especificacionistas” y “universalistas” o “generalistas” se desarrolla en el plano de los derechos morales. Se discute el status, relativo o absoluto, de los derechos. Dicha relatividad suele expresarse mediante la idea de que los derechos son razones *prima facie*, razones pro tanto.

Los especificacionistas sostienen que los derechos son absolutos, si bien su ámbito de aplicación es más reducido de lo que indica su formulación abierta o literal.

Voy a intentar exponer las tesis más importantes de la concepción especificacionista de los derechos.

II.1. *Neutralidad normativa de ambas tesis.*

Se concibe la especificación como un método alternativo tanto a la subsunción (aplicación/inferencia deductiva) como a la ponderación (aunque es preciso señalar que los autores especificacionistas tienen una concepción intuitiva o no racional de la ponderación).

Al igual que la ponderación, el modelo especificacionista aborda la necesidad de precisar nuestros derechos y obligaciones en caso de conflicto, pero difiere de esta en el modo de hacerlo: no ponderando, sino adaptando las normas a los casos, reduciendo o estrechando su ámbito de aplicación.

Ahora bien, tanto el especificacionismo, como la ponderación, son teorías neutrales desde un punto de vista normativo. Son teorías acerca de la estructura de los derechos y proporcionan una explicación de los conflictos entre derechos y

de en qué consiste su solución. No son teorías sustantivas que intenten identificar el contenido de éste o aquél derecho en particular, de manera que no se puede dilucidar la plausibilidad de una u otra en función de lo atractivo que resulten los derechos que una u otra generan. En principio, los resultados alcanzados por una u otra son los mismos.

II.2. *Carácter absoluto de los derechos morales.*

Según el especificacionismo, no hay un derecho a la vida *simpliciter*, sino un derecho a no ser privado de ella salvo en las circunstancias a, b, c, etc. Los derechos son siempre absolutos y nunca pueden ser derrotados o superados por otros derechos, es decir, no cabe hablar de un “sacrificio (o afectación) justificado” de un derecho, sino de excepciones que configuran el contenido mismo del derecho de que se trate.

El especificacionismo da una respuesta unitaria o conjunta a dos cuestiones que exigen una respuesta diferenciada desde una concepción generalista de los derechos: la cuestión del *contenido* y la cuestión de las *implicaciones normativas* de los derechos. El especificacionismo “identifica el contenido de un derecho *a la luz de y en respuesta a* lo que está justificado hacer en determinadas circunstancias” (Oberdiek).

Aunque en muchos contextos el contenido de los derechos es identificable y sus implicaciones normativas predecibles, los derechos son especificados en virtud del hecho de que su contenido depende, no obstante, enteramente del contexto.

Aunque resulta imposible anticipar de manera exhaustiva todas las excepciones, podemos conocer gran parte de este contenido, su núcleo esencial y aquellas facultades, derechos o inmunidades que resultan indiscutibles en los llamados casos paradigmáticos.

Por otra parte, las cláusulas de excepción pueden ser pocas y ser formuladas típicamente en términos generales.

En la medida en que el especificacionismo no contempla el “sacrificio (o afectación) justificado” de un derecho, la aparición de una circunstancia que justifique limitar significará incorporar (o reconocer) una nueva (o inapreciada) excepción al contenido del derecho en cuestión.

Se podría objetar que esta concepción de los derechos se limita a un “parcheo” *post hoc*. Aquí no cabe más que reconocer que, en efecto, los casos difíciles requieren una revisión y redefinición de los contenidos de los derechos. En esto consiste el equilibrio reflexivo.

II.3. *Concepción instrumentalista de los derechos: las normas de derechos como “conclusiones intermedias”.*

El especificacionismo defiende una concepción “instrumentalista” de los derechos, lo cual significa que los derechos están basados en consideraciones más básicas o fundamentales que los propios derechos, es decir, los derechos no son nociones normativas primitivas. Esto es, no son razones para actuar.

Los derechos dependen de razones y son estas razones subyacentes las fuentes últimas de justificación y donde reside la normatividad de los derechos.

Los derechos *per se* no tienen un sentido concluyente en el razonamiento moral, sino que deben concebirse como *conclusiones intermedias* acerca del modo en que razones más básicas o fundamentales interactúan en un contexto determinado.

Para el especificacionismo, la teoría universalista o generalista *cosifica* los derechos, concediendo especial relevancia moral a una *conclusión intermedia* acerca de la calificación deóntica de una acción en lugar de concedérselo a una *conclusión definitiva* (*all things considered*).

II.4. *Revisabilidad de las normas y estabilidad de la teoría moral normativa.*

El modelo especificacionista parte de reconocer que las normas son revisables (mientras atribuye a los modelos subsuntivo y ponderativo una concepción de las normas fija y definitiva).

Al mismo tiempo, sostiene cierto tipo de constancia o estabilidad. Esta estabilidad es esencial para la pretensión de que las normas originarias no especificadas están, de algún modo, “siendo usadas” en los casos concretos a través de sus versiones especificadas. O dicho de otro modo, que la razón original “sobrevive” en la norma especificada.

Para ello es necesario explicar cómo la especificación de una norma (o sea, su revisión o adaptación) no constituye una modificación de la misma. Algún autor (Richardson) parte de la idea de que las normas morales no deben concebirse como universales del tipo “Siempre y en todo caso...”, sino como generalizaciones del tipo, “por lo general...” (aunque esto no es otra cosa que relativizar el carácter absoluto de los derechos morales).

II.5. *La relación entre la norma originaria y la norma especificada.*

La especificación es una relación entre dos normas. Una norma *p* es la *especificación* de una norma *q*, o, dicho de otro modo, *p* especifica *q* si y sólo si:

- (a) las normas *p* y *q* son del mismo tipo, esto es, un permiso, una obligación o una prohibición;
- (b) cada instancia posible de la “versión equivalente absoluta” (*absolute counterpart*)¹ de *p* contaría como instancia de la “versión equivalente absoluta” de *q*;
- (c) *p* restringe *q* sustantivamente (y no sólo convirtiendo el cuantificador universal en uno existencial) añadiendo cláusulas indicativas de qué, dónde, cuando, por qué, cómo, con qué medios, por quién o contra quién debe realizarse, no realizarse o puede realizarse la acción o cómo debe describirse dicha acción, o cómo el fin debe ser alcanzado o concebido; y
- (d) ninguna de estas cláusulas añadidas en *p* es irrelevante para *q*.

La condición (b) excluye introducir una excepción mediante una disyuntiva. Así, una norma como “debes agradecer a quien te ha hecho bien sin estar obligado a ello”, no puede especificada como “debes agradecer a quien te ha hecho bien sin

¹ La versión equivalente absoluta de una norma es aquella en la que el condicional se formula en términos universales absolutos; en lugar de “por lo general...”, dicha versión absoluta comenzaría por “para todo...” (Richardson 1990: 295).

estar obligado a ello o debes ayudar discretamente a sus hijos”, ya que un acto que satisface la segunda norma ayudando a los hijos no satisface la versión equivalente absoluta de la primera norma.

La condición (c) indica el sentido en el que la norma especificada es más específica que la original. Así, la norma “la tortura está prohibida por lo general” no es una especificación de la norma “la tortura está siempre prohibida”, pues la especificación no consiste en modificar el cuantificador lógico. Una especificación de la norma “los medios de comunicación pueden publicar libremente todo tipo de información” podría especificarse como “los medios de comunicación pueden publicar libremente noticias de interés público, veraces y no injuriosas”.

Por último, la cláusula (d) excluye modos de especificación por conjunción que llevan a resultados irrelevantes.

La norma especificada no se sigue deductivamente de la norma originaria.

II.6. *La relación de la norma especificada con el resto del sistema moral: coherencia y deliberación.*

Pero, la mera idea de la especificación no indica cómo deberían especificarse los principios para resolver un caso concreto, ni se pretende. Mediante la especificación (al igual que con la ponderación) son posibles múltiples alternativas, incluso soluciones incompatibles entre sí.

La justificación de una especificación determinada remite a criterios de coherencia, pero, a su vez, la coherencia es un valor formal que demanda una justificación.

a) Coherencia.

La intuición básica que está tras el coherentismo es incuestionable: ninguna norma moral puede operar independientemente del resto de normas morales; y lo mismo cabe decir de las normas jurídicas. Un rasgo fundamental de la moral y el derecho es que sean capaces de guiar la conducta humana y esto no es posible en las situaciones en las que las normas morales o jurídicas colisionan.

Los derechos, una vez especificados, encajan unos con otros, de modo que, en función de las circunstancias, permiten o exigen un comportamiento determinado sin colisionar con otros permisos u obligaciones morales.

Ahora bien, la coherencia debe ser entendida no como mera consistencia o compatibilidad lógica o ausencia de contradicciones entre normas, sino en un sentido más fuerte, de manera que algunas de ellas se explican en función de otra.

Así, “una especificación es racionalmente defendible en tanto que aumenta el respaldo mutuo entre el conjunto de normas que se tienen por aceptables” (Richardson).

b) Procedimiento deliberativo.

La especificación resulta de un procedimiento deliberativo racional. Es racional porque su finalidad es disolver un conflicto entre normas con un alto grado de generalidad y abstracción. Y, en segundo lugar, es racional porque, aunque las especificaciones de cada norma sean discutibles, e incluso no sean las

únicas alternativas disponibles, se sustentan en razones que pueden ser discutidas discursivamente.

II.7. *Los derechos como resultado del razonamiento moral.*

Para el especificacionismo, los derechos son la *conclusión* del razonamiento moral. Se argumenta *hacia* los derechos, no *desde* ellos. Los derechos no pueden oponerse, sino amoldarse, a lo que está justificado *all things considered*. De ahí se sigue que los derechos no pueden *explicar* en última instancia por qué determinado comportamiento está o no justificado.

Dicho con otras palabras, no cabe decir “puedo hacer (está justificado que haga) x porque tengo un derecho y”, sino al revés: “tengo un derecho y porque puedo hacer (está justificado que haga) x”.

III. Las estrategias ponderativa y especificacionista en el razonamiento jurídico.

III.1. *El modelo de las reglas-resultado de la ponderación (Alexy, Atienza, Clérico).*

Tanto Alexy, como Atienza o Clérico, el modelo de la ponderación no es un modelo *ad hoc*, que aborda cada colisión entre derechos desde cero, sino que es un modelo orientado por reglas, resultantes de anteriores ponderaciones que resolvieron casos pasados (estableciendo relaciones de precedencia condicionadas). Estas reglas-resultado de la ponderación pueden configurarse como un sistema de soluciones vinculantes. O sea, como un sistema de precedentes.

[Podría decirse que el propio Alexy es responsable, en parte, de que su modelo haya sido visto de este modo, pues su preocupación por desarrollar la ponderación como forma de argumento (principio de proporcionalidad, fórmula del peso) aparcó en un lugar secundario la importancia de los casos en el modelo de la ponderación].

Los pasos del razonamiento jurídico en que interviene una ponderación son los siguientes (Clérico 2011: 211-):

1. Determinación de la colisión de dos normas de derecho fundamental (una justifica la promoción de un derecho a costa de limitar otro derecho, al que se refiere la segunda norma).
2. Búsqueda exhaustiva de *reglas-resultado* de ponderaciones anteriores –vinculantes prima facie– con vistas a resolver el conflicto sin necesidad de ponderar. Estas reglas-resultado responden a la llamada “ley de colisión”, según la cual “las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente o vencedor”. La resolución conforme a estas reglas sería un caso de aplicación de precedentes.

No obstante, puede ocurrir que: (i) se carezca de esos casos precedentes; (ii) o que se trate de una línea jurisprudencia todavía incipiente, incierta o dubitativa (existen dudas acerca de la importancia que han detener los argumentos a favor de una u otra solución); (iii) o 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.

Asimismo, puede suceder que el nuevo caso presente determinadas circunstancias relevantes que justifiquen apartarse del precedente porque, a la luz de estas circunstancias, el seguimiento de la regla-resultado de la ponderación anterior resulta irrazonable o injustificada.

3. Ponderación entre los principios en colisión, entre los que no cabe una suerte de preferencia absoluta. Ahora bien, en la atribución de los pesos a los principios hay que distinguir entre la dimensión abstracta de la ponderación, que es independiente de las circunstancias del caso, y la dimensión concreta de la ponderación, que sí depende de las circunstancias del caso (forman parte de esta dimensión concreta 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).

Los precedentes también pueden aparecer aquí, pero no ya para resolver la colisión entre derechos, sino para determinar la intensidad de la interferencia en un derecho o la importancia de la realización de otro basándonos en las valoraciones hechas en casos similares con anterioridad.

III.2. *El modelo especificacionista orientado a la reconstrucción de un sistema normativo (Moreso, Mendonca, Martínez Zorrilla).*

Los procedimientos de Moreso, Mendonca y Martínez Zorrilla están orientados a la reconstrucción de sistemas normativos según el modelo de Alchourrón y Bulygin.

Asimismo, en los casos de Moreso y Martínez Zorrilla se admite una influencia de la teoría coherentista de Susan Hurley. Ambos describen un procedimiento muy similar de especificación de normas cuyo objetivo es la formulación de un sistema normativo.

Cuadro I

	Moreso	Martínez Zorrilla
1ª	Delimitación del problema normativo (tipos de acciones y bienes jurídicos afectados).	Delimitación del problema (identificación del conflicto de normas).
2ª	Identificación de las normas <i>prima facie</i> aplicables a estas acciones.	Examen de las razones en juego (“razones subyacentes” o fundamentos racionales de las

		normas en conflicto).
3ª	Consideración de casos paradigmáticos, reales o hipotéticos, del ámbito normativo previamente seleccionado en la primera etapa.	Análisis de “casos paradigmáticos”.
4ª	Establecimiento de las propiedades relevantes del universo del discurso de discurso.	Proceso deliberativo. En él se elaboran hipótesis teóricas acerca de los fundamentos de las soluciones de los casos paradigmáticos; más concretamente, se intentan identificar las circunstancias específicas que en cada caso determinan el mayor o menor peso de las razones en conflicto.
5ª	Formulación de las reglas que resuelven de modo unívoco todos los casos del universo de discurso.	Determinar las consecuencias que la hipótesis vencedora imputa al caso en cuestión.

El concepto clave aquí es, evidentemente, el de los “casos paradigmáticos” que sirven como referencia para identificar las propiedades relevantes y sus pesos específicos en cada caso; o sea, las relaciones de prioridad que resultan de cada uno de esos casos.

En palabras de 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).

En las soluciones que damos a los casos paradigmáticos se manifiestan nuestras intuiciones más asentadas, más obvias o, en su caso, aquellos sobre los que existe una jurisprudencia más asentada. Podría decirse que permiten captar el núcleo de significado de una las normas; se mueven, por así decirlo, en sus núcleos de certeza.

Lo que me parece es que ambos procedimientos podrían ser explicados con conceptos clásicos de la teoría de la interpretación jurídica.

En primer lugar, la delimitación del problema normativo (antinomía) y la identificación de las normas en conflicto, que son una y la misma operación, puesto que no se entiende cómo podría constatarse un problema normativo si no es a partir de la constatación de una colisión de normas. Pues bien, el problema normativo se produce cuando un mismo caso es susceptible de ser calificado de manera distinta por dos normas, es decir, que es subsumible en el supuesto de hecho de ambas normas. Esto supone que ambas normas han sido interpretadas y que son posibles, en principio, dos enunciados subsuntivos incompatibles.

En cuanto al examen de las razones subyacentes de las normas, éste no difiere en lo esencial de la interpretación teleológico-objetiva.

En segundo lugar, el análisis de los casos paradigmáticos del que resultan las propiedades relevantes que permiten reconstruir el universo de discurso del sistema normativo, no está muy lejano del uso de precedentes (*ratio decidendi*) y puede explicarse como la especificación de las condiciones de aplicación de ambas normas en conflicto.

Y, finalmente, la quinta y última etapa remite a la aplicación subsuntiva de las reglas una vez especificadas. Pues bien, ¿qué otra cosa es interpretar una norma, sino reformular su condición de aplicación a fin de poder establecer si un caso particular cae o no bajo el supuesto de hecho de la norma?

Y en efecto, al intentar explicar el procedimiento recurriendo a uno de los ejemplos proporcionados por la propia Hurley, Martínez Zorrilla reconoce que el problema de fondo no es establecer una regla de precedencia a partir del análisis de casos paradigmáticos, sino la calificación del caso individual; por decirlo con MacCormick, no estamos ante un problema de relevancia, sino de *calificación* debido a la vaguedad de un concepto jurídico.

O sea, que es un problema eminentemente interpretativo que no precisa del complejo instrumental especificacionista ni para ser explicado, ni para ser resuelto.

IV. ¿Modelos alternativos?

Al abordar estas cuestiones relativas a los procedimientos de resolución de conflictos normativos es preciso diferenciar tres aspectos o dimensiones interrelacionadas: (i) *conceptual* (qué se entiende o en qué consiste el procedimiento); (ii) *metodológico* (cuál es su resultado); y (iii) *normativo*, (qué criterios deben satisfacerse para que el resultado de la ponderación pueda tenerse por correcto o justificado).

Cuadro II

	Ponderación	Especificación
Dimensión conceptual (Qué)	Atribución de un mayor peso o importancia a los elementos en conflicto.	Redefinición (reducción / refinamiento) de los ámbitos de aplicación de los elementos en conflicto.
Dimensión metodológica (Cómo)	Establecimientos de una relación de precedencia condicionada entre los elementos en conflicto.	Especificación de las condiciones de aplicación de los elementos en conflicto
Dimensión normativa (Criterios de corrección)	Principio de proporcionalidad (fórmula del peso)	Coherencia normativa

IV.1. *Fuerza vinculante vs. alcance de las normas de derechos.*

Reproduciendo los términos en que se plantea el debate de los derechos morales, Moreso afirma que ante un conflicto de normas caben dos opciones: o bien se reduce la fuerza vinculante o bien se reduce su alcance. En otras palabras, o se reduce su *aplicabilidad*, lo que quiere decir que la norma en cuestión no se aplica en casos en los que *prima facie* y en virtud de lo establecido por su condición de aplicación debería hacerlo; o se reduce su *ámbito de aplicación* mediante la especificación o redefinición de sus condiciones de aplicación. La primera sería la estrategia *proporcionalista* de la ponderación y la segunda la estrategia *especificacionista*. La primera responde una concepción generalista y conflictualista de los derechos; la segunda a una concepción especificacionista y coherentista derechos. La primer estrategia resuelve los conflictos entre normas mediante la ponderación, estableciendo relaciones de precedencia condicionada

según las circunstancias particulares del caso; la segunda estrategia los resuelve redefiniendo los contornos –los ámbitos de aplicación– de ambas normas, definiendo con mayor precisión sus condiciones de aplicación, esto es, su alcance.

A mi me parece que esta distinción tiene sentido en el debate en el que se desarrolla, que es en el de los derechos morales, pero no es tan relevante en el ámbito jurídico, porque ambos procedimientos alcanzan resultados equivalentes, aunque los formulen de manera diversa. Cuando mediante la ponderación concluimos que cuando la información es de relevancia pública, veraz y no ofensiva, entonces la libertad de información precede al derecho al honor (esto es, que en las circunstancias C, P1 precede a P2), ¿no estamos especificando la libertad de expresión como una norma que dice “Cuando la información es de relevancia pública, veraz y no ofensiva, entonces está permitida su publicación?”

Por otra parte, no es correcto oponer *proporcionalidad* y *especificación*, pues la primera es una cuestión normativa, mientras que la segunda remite a la dimensión metodológica. Y, por cierto, cuando abordamos la distinción en el nivel normativo, vemos ambos criterios no son necesariamente excluyentes: las relaciones de precedencia no operan atómicamente en un modelo universalista de la ponderación; la proporcionalidad debe justificar relaciones de precedencia que sean compatibles con las relaciones de precedencia existentes o, en su caso, justificar la revisión de las mismas.

IV.2. *Particularismo vs. universalismo.*

a) Lagunas axiológicas.

Según 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. El modelo especificacionista no está necesariamente vinculado con el particularismo, 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”

Aunque, en efecto, hay casos centrales o casos típicos en los que las circunstancias relevantes se repiten y que pueden ser resueltos mediante subsunción en una regla universal (que bien puede ser una regla “especificada” de un sistema normativa “refinado”, o una regla-resultado de una ponderación anterior), no podemos descartar que concurren otras circunstancias capaces de justificar la revisión de la regla.

El problema no es metodológico, sino de razón práctica. Que los sistemas normativos o las reglas-resultado de la ponderación sean objeto de más o menos revisiones no es una cuestión de cómo el modelo se enfrenta al problema de las lagunas axiológicas, sino a la rigidez con que son aplicadas sus normas.

b) La plena especificación objetiva o la plenitud del sistema normativo.

Dice Moreso que no podemos huir del desafío particularista con una mera reformulación de las normas que incluya en ellas la cláusula *ceteris paribus* (“se reconoce un derecho x, salvo que entre en colisión con otros derechos que, dadas las circunstancias del caso, tengan precedencia frente a él”). Con ello sólo se

consigue hacer explícita la intuición de que las normas establecen derechos y obligaciones *prima facie*.

Para evitar el particularismo es necesario “concebir una reformulación *ideal* de los principios que tenga en cuenta *todas* las propiedades potencialmente relevantes” (Moreso). Esto es lo que Mendonca denomina el “método de la plena especificación objetiva”, que supone estipular la titularidad de los derechos, especificar el contenido de dichos derechos, así como “qué circunstancias (concebidas de manera general, pero no muy general) constituyen excepciones al goce de tales derechos”, “un listado de reglas para determinar quién tiene el derecho y quién no en situaciones de conflicto inevitables (una vez más, estas reglas serían concebidas de manera general, pero no muy general), y, por último “una declaración detallada similar que estableciera el pleno alcance, dentro de límites cuidadosamente circunscritos de los derechos” (Mendonca).

Esto, evidentemente, no es posible. No es posible una reconstrucción completa y consistente del universo definido por los derechos fundamentales; y ello no sólo por razones epistémicas, sino también conceptuales, en la medida en que, dados los infinitos modos de describir una acción individual, resulta imposible delimitar todas las propiedades relevantes de tan amplio universo de casos. El sistema normativo estaría siempre abierto a la incorporación de nuevas excepciones.

Una estrategia muy similar a la propuesta por el especificacionismo es posible a partir del modelo de la ponderación, ya que podríamos reconstruir o componer una “red de reglas-resultados de la ponderación” como un sistema (una “cadena”, dice Clérico) de relaciones de prioridad condicionada. De hecho, como se ha sugerido más arriba, pueden ser modelos complementarios, toda vez que la ponderación, al justificar mediante el principio de proporcionalidad determinadas relaciones de precedencia condicionada, está (re)definiendo en qué condiciones rige una consecuencia jurídica (la de la norma precedente) y en qué consecuencias rige una consecuencia jurídica alternativa (la de la norma no precedente, en caso de que no concurran las circunstancias que condicionan la precedencia).

c) Universalismo limitado.

Frente a la acusación de particularismo, ambos modelos son limitadamente generalistas o universalistas. Dos son las razones que sustentan esta afirmación:

En primer lugar, el universalismo limitado se manifiesta en el carácter *prima facie* tanto de las reglas-resultado de la ponderación como de las propiedades que determinen el universo de casos y el universo de soluciones del sistema normativo. Es una exigencia de la razón práctica la consideración de todas las circunstancias relevantes, incluido aquellas que conduzcan a una nueva ponderación o a la reconstrucción de un sistema normativo “más fino” (en el sentido de Alchourrón y Bulygin), que incorpore la nueva propiedad relevante en la configuración del universo de casos y del universo de soluciones, pero existe una presunción de justificabilidad a favor de las reglas existentes y corresponde la carga de la prueba a quien quiere introducir una excepción.

En segundo lugar, podemos hablar de universalismo limitado por el carácter fragmentario de los problemas normativos. Partimos de nuevo de que es una exigencia de la razón práctica el que todas las normas son potencialmente

susceptibles de incorporar excepciones. Por razones epistémicas no podemos codificar las excepciones como propiedades naturales, puesto que no podemos anticipar todas las circunstancias que pueden operar como excepciones; únicamente podemos hacerlo como conceptos evaluativos: “..a menos que esté justificado”, “salvo que *razonablemente*...”. Esto nos lleva a admitir que el universalismo no puede más que formular principios morales que necesariamente contienen, de forma más o menos explícita, conceptos evaluativos. Pues, bien no sería sino un “particularismo disfrazado”.

Ahora bien, la resolución de problemas concretos no requiere la reconstrucción del universo completo de todas las normas constitucionales (pongamos por caso), sino únicamente de aquellas implicadas en el conflicto en cuestión. En estos casos, sí parece posible aspirar a establecer una lista exhaustiva y más o menos estable de propiedades naturales.

IV.3. La construcción del caso: identificación de las propiedades relevantes.

Según sus defensores, una de las ventajas del modelo especificacionista en relación con los modelos basados en el principio de proporcionalidad es que permite una mejor identificación o acotación de las propiedades relevantes del caso. De hecho, en el modelo de Alexy únicamente se hace alusión a las “circunstancias del caso” (o “circunstancias C”), como si se tratara de un aspecto evidente o poco problemático.

En realidad, nada excluye que la construcción del caso en el modelo de la ponderación alcance el mismo grado de especificidad y sofisticación. Lo que ocurre es que el juicio de relevancia en el procedimiento de la ponderación tiene lugar en el momento de determinar los grados de realización y afectación o los pesos de las normas en conflicto.

IV.4. El déficit justificatorio del especificacionismo.

El modelo especificacionista apunta a una doble fundamentación: por un lado, el principio de universalidad, y, por otro, el principio de coherencia.

En la medida en que el especificacionismo está fuertemente orientado a los casos (paradigmáticos) anteriores y pretende proyectar las soluciones y las razones justificatorias de esos casos a otros casos con las mismas características, es una manifestación del principio de universalidad.

Por otra parte, es una teoría coherentista que “a través de la deliberación se intenta hallar la teoría que dé mejor cuenta de las relaciones entre las razones que sustentan a las alternativas en conflicto” (Martínez Zorrilla). Aquí no queda muy claro qué significa “dar mejor cuenta”. Si hay que entenderlo como consistencia lógica, está diciendo muy poco; pero si quiere decir algo más, no está claro qué sea ese más.

Como ya se ha dicho, ambos criterios están presentes, explícitamente el de universalidad, e implícitamente el de coherencia, en el modelo de la ponderación orientada a las reglas. Pero, además, el modelo de la ponderación orientado a las reglas proporciona todo un arsenal argumentativo y justificatorio en el desarrollo del principio de proporcionalidad (fórmula del peso) del que el modelo especificacionista carece. En este sentido, puede hablarse de un déficit de

justificación de éste último, porque el principio de coherencia es un principio justificatorio más débil.

Ahora bien, el verdadero problema no es, en mi opinión, el potencial justificatorio de la proporcionalidad o de la coherencia, sino el hecho de que ambos modelos acaben ocultando lo verdaderamente importante: el juicio de relevancia, esto es, por qué son esas las circunstancias relevantes. Tanto en la reconstrucción del sistema normativo, como en la determinación de los valores de las variables en la fórmula del peso se corre el riesgo de que la exigencia de justificación de la relevancia de las circunstancias del caso. Es decir, no se trata únicamente de especificar la condición de aplicación de la libertad de información incorporando como condiciones para su ejercicio que la información sea de interés público, veraz y no ofensiva; y tampoco es suficiente con determinar que, dadas esas circunstancias, la libertad de información precede al derecho al honor (que al fin y al cabo es decir lo mismo con distintas palabras), sino, precisamente, justificar por qué en esas circunstancias una información puede ser publicada.

Bibliografía

Alchourrón, C. / Bulygin, E. (1975, 2002⁴): *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 Políticos y Constitucionales.

- (1997b): *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

- (2002): "Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales", *Revista Española de Derecho Constitucional* 66, pp. 13-64.

- (2003a): "Constitutional Rights, Balancing and Rationality", *Ratio Iuris* 16 (2), pp. 131-140.

- (2003b): "On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison", *Ratio Iuris* 16 (4), pp. 433-49.

- (2003c): "Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático", en Miguel Carbonell (ed.) *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid, Trotta, pp. 31-47.

Atienza, M. (1998): "Juridificar la bioética", *Isonomía* 8, pp. 75-99.

- (2006): *El Derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*. Barcelona, Ariel.

- (2014): "Ponderación y sentido común"
(<http://lamiradadepeitho.blogspot.com.es/2014/11/ponderacion-y-sentido-comun-juridico.html>)

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 Bernal Pulido, C. (ed.), *La doble dimensión del Derecho: autoridad y razón en la obra de Alexy*, Perú: Palestra, pp. 205-244.

De Facio, F. (2014): “Sistemas normativos y conflictos constitucionales: ¿es posible aplicar derechos fundamentales sin ponderar?”, *Isonomía* 40, pp. 197-226.

García Amado, J. A. (2007a): “El juicio de ponderación y sus partes. Una crítica”, en Robert Alexy *et al.* *Derechos sociales y ponderación*. Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, pp. 249-331.

– (2012): “Sobre ponderaciones. Debatiendo con Manuel Atienza”, en Manuel Atienza/ Juan Antonio García Amado, *Un debate sobre la ponderación*. Lima/Bogotá, Palestra/Temis, pp. 39-85.

Martínez Zorrilla, D. (2009): “Alternativas a la ponderación. El modelo de Susan L. Hurley”, *Revista Española de Derecho Constitucional* 86, pp. 119-144.

Mendonca, D. (2003): *Los derechos en juego. Conflicto y balance de derechos*. Madrid, Tecnos.

Moreso, J. J. (2003): “Conflictos entre principios constitucionales”, en Miguel Carbonell (ed.) *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid, Trotta, pp. 99-121.

– (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.

– (2012): “Ways of Solving Conflicts of Constitutional Rights: Proportionalism and Specificationism”, *Ratio Juris* 25 (1), pp. 31-46.

Prieto Sanchís, L. (2003): *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid, Trotta.

Oberdiek, J. (2008): “Specifying Rights Out of Necessity”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 28, No. 1, pp. 127-146.

Richardson, H. S. (1990): “Specifying Norms as a Way to Resolve Concrete Ethical Problems”, *Philosophy & Public Affairs* 19, pp. 219-310.

– (2000): “Specifying, Balancing, and Interpreting Bioethical Principles”, *Journal of Medicine and Philosophy*, Vol 25, No. 3, pp. 285-307.

Shafer-Landau, R. (1995): “Specifying Absolute Rights”, *Arizona Law Review*, vol. 37, pp. 209-229.