

DAVID MARTÍNEZ ZORRILLA

**CONFLICTOS
CONSTITUCIONALES,
PONDERACIÓN
E INDETERMINACIÓN
NORMATIVA**

Prólogo de
José Juan Moreso

MARCIAL PONS, EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.
MADRID **2007** **BARCELONA**

ÍNDICE

	Pág.
PRÓLOGO	13
AGRADECIMIENTOS	19
CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN	21
1. IDENTIFICACIÓN DE UN PROBLEMA JURÍDICO	23
2. INSTRUMENTAL ANALÍTICO Y PUNTO DE PARTIDA	31
3. JUSTIFICACIÓN DE DECISIONES Y DETERMINACIÓN DEL DERECHO	37
3.1. Justificación interna y justificación externa	38
3.1.1. Justificación interna	39
3.1.2. Lógica y normas	44
3.1.3. Justificación externa	46
3.2. Casos claros y casos difíciles	52
CAPÍTULO II. LOS CONFLICTOS CONSTITUCIONALES: EL PROBLEMA	59
1. EL CONTEXTO DEL NEOCONSTITUCIONALISMO	59
2. LA CARACTERIZACIÓN DOCTRINAL DE LOS CONFLICTOS CONSTITUCIONALES	63
3. REGLAS Y PRINCIPIOS (TESIS 1)	69
3.1. Los criterios de distinción.....	71
4. LOS CONFLICTOS NORMATIVOS: CONCEPTO, ESTRUCTURA Y CLASES (TESIS 2).....	86
4.1. Los conflictos como inconsistencias del sistema	89

	Pág.
4.2. Inconsistencias sin conflictos normativos: las permisiones	99
4.3. Conflictos normativos sin inconsistencias: la posición de R. B. Marcus	106
5. CONFLICTOS CONSTITUCIONALES: ¿ANTINOMIAS <i>IN CONCRETO</i> O <i>IN ABSTRACTO</i> ?.....	123
6. CONCLUSIONES	142
CAPÍTULO III. LOS CONFLICTOS CONSTITUCIONALES: LA RESPUESTA	145
1. INTRODUCCIÓN. CONFLICTOS ENTRE REGLAS Y CONFLICTOS ENTRE PRINCIPIOS.....	145
1.1. Los criterios de resolución de antinomias.....	147
1.1.1. Criterios relacionados con la validez (antinomias aparentes)	148
1.1.2. Criterios relacionados con la aplicabilidad (antinomias auténticas)	150
1.2. La inadecuación de los criterios para resolver los conflictos constitucionales.....	153
2. ¿EN QUÉ CONSISTE LA PONDERACIÓN?.....	155
2.1. La ponderación como actividad discrecional	157
2.1.1. La concepción intuicionista	157
2.1.2. La concepción escéptica	159
2.2. La ponderación como actividad racional	163
2.2.1. El particularismo moral	163
2.2.2. El universalismo	179
2.3. La concepción negadora del conflicto	183
3. ¿CÓMO SE LLEVA A CABO LA PONDERACIÓN?.....	202
3.1. La elaboración de reglas como resultado de la ponderación	202
3.1.1. El modelo de Alexy	202
3.1.2. El modelo de Moreso y Mendonca	205
3.1.3. De nuevo el particularismo	211
3.2. Normas <i>prima facie</i> y derrotabilidad	216
4. ¿CÓMO SE DEBE PONDERAR?	236
4.1. El principio de proporcionalidad	237
4.1.1. El subprincipio de adecuación o idoneidad	240
4.1.2. El subprincipio de necesidad	242
4.1.3. El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto ..	244

	Pág.
4.2. La teoría coherentista de Susan Hurley	252
5. CONCLUSIONES	273
CAPÍTULO IV. LA INDETERMINACIÓN DE LA RESPUESTA AL CONFLICTO	275
1. LOS DILEMAS MORALES: CONCEPTO Y POSIBILIDAD	277
1.1. Una reconstrucción de la razón práctica moral: el modelo de Michael J. Zimmerman	278
1.2. Conflictos morales	284
1.3. Obligaciones <i>prima facie</i>	285
1.4. Estatus de las obligaciones vencidas	289
1.5. Los dilemas morales	292
1.5.1. El residuo moral.....	294
1.5.1.1. El residuo psicológico	295
1.5.1.2. El residuo normativo	303
1.5.1.3. El mal inevitable	307
1.5.2. El pluralismo y la inconmensurabilidad de los valores	309
1.5.3. Argumentos deductivos (la posibilidad lógica de los conflictos y dilemas)	314
<i>EXCURSUS: EXAMEN DEL PRINCIPIO DE OBLIGATORIEDAD, DEL PRINCIPIO VOLUNTARISTA Y DEL PRINCIPIO DE AGLOMERACIÓN</i>	<i>318</i>
a) El principio de obligatoriedad	318
b) El principio voluntarista	321
c) El principio de aglomeración.....	329
Conclusiones acerca de los argumentos deductivos	334
2. POSIBLES SITUACIONES DE DILEMA MORAL.....	337
2.1. La equivalencia entre alternativas.....	339
2.2. La inconmensurabilidad (incomparabilidad) de las alternativas...	348
3. CONCLUSIONES	370
CAPÍTULO V. CONCLUSIONES GENERALES	373
BIBLIOGRAFÍA	379

PRÓLOGO

José Juan MORESO
Universitat Pompeu Fabra (Barcelona)

I

Carlos E. ALCHOURRÓN y Eugenio BULYGIN, al final de su obra de referencia *Normative Systems*¹, apelan al ideal de completitud normativa como un ideal de la racionalidad, una instancia del ideal más general todavía según el cual: *nihil est sine ratione*, una instancia del principio leibniziano de razón suficiente. Y afirman: «... el ideal de completitud normativa, esto es, la exigencia de que los sistemas normativos sean completos en el sentido de que solucionen todos los casos, presupone que todos los casos son *solucionables*. [...] Decir que todos los casos son solucionables significa que para todo caso hay o es posible construir un sistema normativo tal que lo correlacione con alguna solución. La hipótesis de casos no solucionables, es decir, situaciones en las que no hay razones (ni puede haberlas) para elegir tal o cual curso de acción, situaciones en las que toda elección es esencialmente arbitraria, es tan irracional, tan intolerable para la razón, como la idea de fenómenos inexplicables (fenómenos no causados por nada)».

El libro de David MARTÍNEZ ZORRILLA está escrito con esta *leibniziana* convicción. Los que conocemos a David, sabemos que esta convicción anima su vida y adorna su carácter. Mantiene esta posición frente al desafío mayor que en el ámbito práctico se plantea: el terreno de los dilemas morales y su posible repercusión en el ámbito jurídico, en especial en el ámbito de los conflictos constitucionales.

¹ Citado aquí por la versión castellana, ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1975: 231-232.

No es el menor de los méritos de este libro haber conectado la reflexión en la filosofía moral acerca de los dilemas, con la reflexión jurídica acerca de los conflictos constitucionales. Ello le ha llevado por un largo recorrido a través de la literatura más relevante sobre estas cuestiones, con minuciosa pulcritud.

II

La literatura reciente en filosofía moral está poblada por ejemplos de dilemas. ¿Está justificado desde el punto de vista moral cambiar las agujas para desviar a un tranvía, con la finalidad de salvar la vida de cinco personas, aunque con ello se sacrifique la de otra única persona que será arrollada por el tranvía al desviarlo, dado que para un agente sólo es accesible este curso de acción para evitar la muerte de las cinco personas?

O veamos un ejemplo literario: en la novela de William STYRON, *La decisión de Sophie*², Sofía, una judía polaca madre de un niño y una niña de corta edad, es capturada por los nazis durante la Segunda Guerra Mundial. El oficial de las SS se fija en ella y en sus lamentos cuando están procediendo a separar a las mujeres de sus hijos y le dice que la autoriza a quedarse con uno de ellos, pero sólo con uno; con lo que el otro hijo es arrojado a una muerte segura. Éste es un supuesto claro de dilema moral. ¿Por qué? Porque Sophie no puede salvar a los dos como sería su deber y su deseo de madre más intenso, pero ha de salvar a uno. Por otro lado, su decisión comportará la irremediable muerte inmediata del otro y esto provocará en Sophie remordimientos perpetuos (un tema central de la novela es el modo en que el remordimiento permea la vida posterior de la protagonista).

III

Por otra parte, nuestras constituciones contemporáneas contienen amplias declaraciones de derechos cuyos principios pueden entrar en conflicto entre sí, ¿cómo debemos resolver estos conflictos? La concepción estándar de la aplicación del derecho concibe dicha tarea bajo el modelo del enfoque subsuntivo: se trata de determinar la norma individual que establece una cierta consecuencia normativa para un caso individual determinado. Para tal fin, se trata de mostrar que dicho caso

² STYRON, 1979. Puede verse también el clásico ejemplo de elección trágica propuesto por SARTRE (1968): en la Francia ocupada por los nazis un joven debe decidir entre unirse a la resistencia y combatir al ejército alemán, que había matado a su único hermano, o quedarse con su madre, anciana, desvalida y abandonada por su marido, que era colaboracionista.

individual es una instancia de un caso genérico al que una norma jurídica aplicable correlaciona con esa consecuencia normativa. Entonces, ¿cómo podemos hacer compatible el enfoque subsuntivo de la aplicación del derecho con la convicción de que las razones jurídicas ofrecidas por determinadas normas jurídicas no son siempre concluyentes?

Pongamos un ejemplo: el Tribunal Constitucional español en Sentencia 20/1992, de 14 de febrero, resolvió un recurso de amparo en el cual el cura de Hío demandaba al diario *El País* que en 1984 había publicado una noticia según la cual el cura de dicha parroquia lideraba, garrote en mano, una manifestación de vecinos contra algunos ciudadanos que practicaban el nudismo en algunas playas gallegas. Resultó que, a pesar de la diligencia del redactor de la noticia al comprobar los datos, el cura de Hío no estaba involucrado en dicha circunstancia. ¿Cómo resolver el conflicto entre las razones constitucionales que favorecen la libertad de información y aquellas que favorecen el derecho al honor? Pues bien, buena parte de la teoría jurídica de los últimos veinte años se ocupa de diseñar una noción del derecho y de la actividad consistente en su aplicación capaz de dar cuenta de este tipo de conflictos³.

IV

La aportación de David se funda en la hipótesis de que nuestros sistemas jurídicos, y también nuestros sistemas morales, pueden reconstruirse como sistemas normativos, en la hipótesis de que son isomórficos con algún sistema normativo. Por dicha razón, explora con detención la naturaleza de los sistemas normativos y se embarca en un detallado análisis, lógico y conceptual, de todos los elementos que conforman dichos sistemas.

Presta atención también, en el capítulo III, al mayor desafío que esta concepción de lo normativo ha tenido en las últimas décadas. Frente a un enfoque subsuntivo de la moralidad, tenemos un enfoque particularista. Para el particularismo, el espacio de las razones morales no es articulable subsuntivamente, sino narrativamente. Las razones morales no actúan de manera atomizada, sino de manera holística y un rasgo que puede ser una razón en un caso, puede dejar de serlo o incluso ser una razón en contra, en otro caso. El modo en que los rasgos del mundo se moldean en cada caso no es articulable en un conjunto de reglas o principios generales⁴.

³ Las obras de, por ejemplo, Ronald DWORKIN y Robert ALEXI dan buena cuenta de ello. Véase DWORKIN, 1977 y 1986; ALEXI, 1986.

⁴ El autor que más ha desarrollado esta concepción es Jonathan DANCY. Véase, sobre todo, DANCY, 1993 y 2004. Pero véase también MCNAUGHTON, 1988, y McDOWELL, 1998. Una presentación sintética del particularismo puede verse en MORESO, 2006: 26-28.

Esto no resta objetividad, para estas concepciones, al espacio de las razones morales: es un espacio objetivo, que responde a los rasgos reales del mundo, pero no es articulable en pautas generales.

Lo más importante, sin embargo, es que, para esta concepción, es posible pensar que hay razones en conflicto y que dichas razones son aplicables a determinados supuestos, dejando incólume la noción de dilema moral. En dichos supuestos, debemos elegir en circunstancias trágicas y ningún sistema normativo nos alivia declarando nuestro comportamiento como un deber vencedor en el conflicto o como una facultad.

Tal vez este enfoque podría ser combinado con una concepción pluralista de los valores, como la defendida por Isaiah BERLIN —a la cual David MARTÍNEZ ha prestado mucha atención—⁵, que puede resumirse en las siguientes palabras⁶:

La noción de un todo perfecto, la solución última en la cual todas las cosas buenas coexisten me parece no meramente inalcanzable —esto es un truismo—, sino conceptualmente incoherente. Algunos de los bienes mayores no pueden vivir juntos. Se trata de una verdad conceptual. Estamos condenados a elegir, y cualquiera de nuestras elecciones puede implicar una pérdida irreparable.

Parece, sin embargo, que el derecho sí es reconstruible como un sistema normativo, como un conjunto de pautas fijas y discretas y, por lo tanto, las razones jurídicas se comportan de modo atomista y no de modo holístico. Al menos, esto parecen presuponer las nociones de sistema jurídico de Hans KELSEN, de H. L. A. HART, de Carlos E. ALCHOURRÓN y Eugenio BULYGIN o de Joseph RAZ. Aunque, como es obvio, esta noción también ha sido desafiada para nuestra comprensión del derecho. El desafío más importante es el de Ronald DWORKIN. Y no sólo por la razón de que entre dichas pautas además de reglas hay principios, sino también, y más importante porque, como DWORKIN nos recuerda⁷: «Mi pretensión principal no era que “el derecho” contiene un número fijo de estándares algunos de los cuales son reglas y otros son principios. Es más, quiero oponerme a la idea de que “el derecho” sea un conjunto fijo de estándares de cualquier clase».

No es éste, sin embargo, el lugar para desarrollar las ideas contenidas en este debate. Baste aquí con señalar que la contribución de este libro es muy relevante para una cabal comprensión de los presupuestos de la disputa.

⁵ Véase, por ejemplo, MARTÍNEZ ZORILLA, 2000: 173-199.

⁶ BERLIN, 1991: 13.

⁷ DWORKIN, 1977: 76, y véase también DWORKIN, 2006: 234.

V

Este libro está escrito, por otra parte, mostrando cómo la teoría jurídica se imbrica con la filosofía. La lógica, la filosofía del lenguaje, la ontología y la filosofía moral forman parte del trasfondo sobre el que se construye la teoría del derecho. Es, por tanto, un buen ejemplar de la colección que lo acoge.

Es también una muy perspicua expresión del talante intelectual de David. Conocí a David cuando él tenía dieciocho años y era un joven estudiante de primer curso de Derecho, en la Universitat Autònoma de Barcelona, donde yo era entonces profesor. En una de las clases hice una referencia a la epistemología kantiana, demasiado imprecisa me temo, porque David levantó la mano y me invitó a precisar el alcance de alguna de las tesis de la *Crítica de la Razón Pura*. Desde entonces comenzó entre nosotros una relación intelectual que se estrechó durante los años de la elaboración de su tesis doctoral en la Universitat Pompeu Fabra y que continúa ahora que es un joven profesor de la Universitat Oberta de Catalunya. Afortunadamente, David ha seguido siendo, en algún sentido, ese estudiante que preguntaba con agudeza; aun cuando no estés de acuerdo con él, te obliga siempre a plantear más precisamente tu punto de vista. Y éste es un rasgo filosófico de su modo de ser del que todos los que hemos trabajado con él nos hemos beneficiado y nos beneficiaremos en el futuro.

L'Espigoler (Tortosa), junio de 2007.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCHOURRÓN, C. E., y BULYGIN, E., 1975: *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, pp. 231-232.
- ALEXY, R., 1986: *Die Theorie der Grundrechte*. Frankfurt: Suhrkamp.
- BERLIN, I., 1991: *The Crooked Timber of Humanity*. London: Fontana Press, p. 13.
- DANCY, J., 1993: *Moral Reasons*. Oxford: Blackwell.
- 2004: *Ethics without Principles*. Oxford: Oxford University Press.
- DWORKIN, R., 1977: *Taking Rights Seriously*. London: Duckworth.
- 1977: *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, p. 76.
- 1986: *Law's Empire*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- 2006: *Justice in Robes*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, p. 234.
- MARTÍNEZ ZORILLA, D., 2000: «El pluralismo de Isaiah Berlin frente al relativismo y la inconmensurabilidad», en *Revista de Estudios Políticos*, 109 (julio-septiembre), pp. 173-199.

- MCDOWELL, J., 1998: *Mind, Value, and Reality*. Cambridge; Harvard University Press.
- MCNAUGHTON, D., 1988: *Moral Vision*. Oxford: Blackwell.
- MORESO, J. J., 2006: «Razones y significados en contexto», *Revista de Libros*, 112, pp. 26-28.
- SASTRE, J. P., 1968: *L'existencialisme est un humanisme*. Paris: Nagel.
- STYRON, W., 1979: *Sophie's Choice*. New York: Random House.

AGRADECIMIENTOS

La presente obra tiene como punto de partida el trabajo de tesis doctoral dirigido por el catedrático Dr. José Juan MORESO MATEOS y defendido en la Universidad Pompeu Fabra (Barcelona) en diciembre de 2004, ante un tribunal presidido por el Dr. Riccardo GUASTINI (Università degli Studi di Genova), y compuesto también por los doctores Luis PRIETO SANCHÍS (Universidad de Castilla-La Mancha), Jorge Luis RODRÍGUEZ (Universidad de Mar del Plata, Argentina), Alfonso RUIZ MIGUEL (Universidad Autónoma de Madrid) y Josep Maria VILAJOSANA RUBIO (Universidad Pompeu Fabra). Todos ellos plantearon interesantes críticas y comentarios que han contribuido en gran medida a mejorar el resultado final que aquí se presenta. Huelga decir que les estoy enormemente agradecido y que cualquier error o deficiencia que el lector pueda encontrar en esta obra es entera y exclusivamente imputable a mi responsabilidad.

Estoy especialmente agradecido al Dr. José Juan MORESO no sólo por su inestimable ayuda como director durante el periodo de elaboración de la tesis, sino también (y sobre todo) por la larga trayectoria que, desde mi primer curso de licenciatura en la Universidad Autónoma de Barcelona, me ha permitido aprender y profundizar en los ámbitos de la teoría y la filosofía del derecho, y que ha permitido forjar una estrecha relación que va más allá del terreno estrictamente académico para llegar al ámbito de la amistad personal. Puede decirse sin exageración que mi decisión de dedicarme a la teoría y la filosofía del derecho se debe fundamentalmente a la confianza y el apoyo que desde un principio el Dr. MORESO mostró hacia mi persona.

También quisiera mostrar mi agradecimiento a los miembros del Área de Filosofía del Derecho del Departamento de Derecho de la Universidad Pompeu Fabra, con quienes tuve oportunidad de discutir en

múltiples ocasiones muchos aspectos del trabajo. Asimismo, merece un reconocimiento especial el *referee* anónimo que revisó el manuscrito con anterioridad a su publicación, por sus interesantes comentarios y atinadas observaciones, que han sido de gran ayuda. Por último, me gustaría dar las gracias en general a todas aquellas personas (no todas ellas profesores universitarios) con quienes he podido discutir y comentar alguna parte de esta obra, y cuyo listado sería demasiado largo para ponerlo aquí.

A todos ellos, muchas gracias.

Barcelona, 2006.