

LORENZO ZUCCA
GUILLERMO LARIGUET
DAVID MARTÍNEZ ZORRILLA
SILVINA ÁLVAREZ

DILEMAS CONSTITUCIONALES

Un debate sobre sus aspectos
jurídicos y morales

Marcial Pons
MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES
2011

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
LOS CONFLICTOS DE DERECHOS FUNDAMENTALES COMO DILEMAS CONSTITUCIONALES, por <i>Lorenzo Zucca</i>	9
1. INTRODUCCIÓN	9
2. DEFINIENDO LOS CONFLICTOS GENUINOS DE DERECHOS FUNDAMENTALES	14
2.1. La distinción principal.....	17
2.2. Una tipología de los conflictos (orientada a la práctica)	19
3. PONDERACIÓN E INCONMENSURABILIDAD	21
4. TRATANDO CON CONFLICTOS	26
4.1. Teorías de perfeccionamiento constitucional y solución de conflictos.....	28
4.2. La presunción de prioridad.....	31
5. CONCLUSIÓN.....	34
6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	34
 DOS CONCEPCIONES DE LOS DILEMAS CONSTITUCIONALES. COMENTARIOS A ALGUNAS TESIS DE LORENZO ZUCCA, por <i>Guillermo Lariguet</i>.....	 37
1. INTRODUCCIÓN	38
2. CONCEPCIONES	41
3. LAS DESVENTAJAS DE LA CONCEPCIÓN 1.....	42
4. LAS VIRTUDES DE LA CONCEPCIÓN 2	54
5. BALANCE FINAL	59
6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	63

	<u>Pág.</u>
DILEMAS CONSTITUCIONALES Y PONDERACIÓN. ALGUNOS COMENTARIOS SOBRE LA OBRA DE LORENZO ZUCCA, por <i>David Martínez Zorrilla</i>	67
DILEMAS CONSTITUCIONALES, CONFLICTOS MORALES Y SOLUCIONES JURÍDICAS, por <i>Silvina Álvarez</i>	91
1. CONFLICTOS MORALES.....	92
2. CONFLICTOS JURÍDICOS	99
3. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	111
RESPUESTAS A LOS COMENTARIOS, por <i>Lorenzo Zucca</i>.....	113
1. INTRODUCCIÓN	113
2. RÉPLICA A GUILLERMO LARIGUET.....	114
3. RÉPLICA A DAVID MARTÍNEZ ZORRILLA	119
4. RÉPLICA A SILVINA ÁLVAREZ	125
5. CONCLUSIÓN.....	129
6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	132

LOS CONFLICTOS DE DERECHOS FUNDAMENTALES COMO DILEMAS CONSTITUCIONALES*¹

Lorenzo ZUCCA**

1. INTRODUCCIÓN

El 17 de abril de 2007, el Pleno del Tribunal Europeo de Derechos Humanos examinó el caso de la Srta. Evans, que yo considero como un dilema constitucional. En palabras del Pleno:

El dilema central en el presente caso es que implica un conflicto entre los derechos del Artículo 8 de dos individuos privados: la actora y J. Además el interés de cada persona es completamente irreconciliable con el de la otra, dado que si se permite a la actora usar los embriones, J será forzado a ser padre, mientras que si se atiende a la renuncia o retractación del consentimiento de J, se negará a la actora la oportunidad de devenir una progenitora genética².

El 12 de julio de 2000, la Srta. Evans, junto con su marido, el Sr. Johnston, iniciaron un procedimiento para la *fertilización in vitro*

* Traducción de David Martínez Zorrilla.

¹ Este artículo está libremente inspirado en mi libro, ZUCCA, 2007.

** King's College (Londres).

² STEDH de 10 de abril de 2007, *Evans v. Reino Unido*, par. 73.

(FIV). Poco después, se le diagnosticaron a la Srta. Evans serios tumores precancerígenos en ambos ovarios, lo que significaba que debían ser extirpados. El hospital le aconsejó que sería posible «recolectar» sus óvulos con anterioridad a la operación, fertilizarlos con los gametos de su marido, y congelarlos, de cara a mantener viva su esperanza de dar a luz en el futuro³.

En el Reino Unido, este procedimiento está estrictamente regulado por la legislación. La característica principal de esta legislación es que permite a ambas partes revocar su consentimiento en cualquier momento anterior a la implantación de los óvulos en el útero. El Sr. Johnston confirmó a la Srta. Evans su compromiso de tener un hijo con ella. Dos años más tarde, sin embargo, la relación se rompió. Como resultado, el Sr. Johnston pidió al hospital que destruyese los óvulos fertilizados congelados, poniendo así fin a las esperanzas de la Srta. Evans de tener un hijo que fuese genéticamente suyo. En esas circunstancias solicitó un mandato judicial del Alto Tribunal exigiendo a su marido restablecer su consentimiento argumentando que él no podía, de acuerdo con el Derecho inglés, modificarlo válidamente. Además, argumentó que la legislación relevante era incompatible con la Ley de Derechos Humanos de 1998. El Alto Tribunal, la Corte de Apelación, la sección cuarta y el Pleno del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) rechazaron todos ellos la petición de la Srta. Evans.

¿Debe el Tribunal denegar la maternidad a la Srta. Evans o debe forzar la paternidad del Sr. Johnston?⁴ En términos legales, existe un conflicto de derechos fundamentales porque ambas partes tienen una pretensión basada en el art. 8 CEDH. La Srta. Evans exige el respeto de la decisión que tomó previamente a la operación. El Sr. Johnston exige el respeto de la decisión tomada dos años después de no proceder a la implantación. Considero que esta situación es un dilema constitucional desde el punto de vista del juez. Si el Tribunal decide estimar la petición de la Srta. Evans, entonces no sólo rechaza el fundamento de la ley sino que también impone una carga posiblemente perpetua al Sr. Johnston. Si el Tribunal decide a favor del Sr. Johnston, rechaza la posibilidad de tener hijos para el resto de su vida y frustra sus expectativas.

³ Para un comentario de este caso, véanse BOMHOFF y ZUCCA, 2006: 424-442.

⁴ Para una discusión en profundidad de los aspectos morales involucrados en este problema, véase WARNOCK, 2003.

Sea cual fuere el modo en que lo mires, vas a perder algo fundamental. Un dilema constitucional típicamente involucra dos elementos: una elección entre dos bienes (o males) distintos protegidos por derechos fundamentales; una pérdida fundamental de un bien protegido por un derecho fundamental sin importar lo que implique la decisión.

Ahora permítanme exponer la tesis básica de este artículo: los conflictos de derechos fundamentales pueden implicar dilemas constitucionales. En esos casos, no tenemos guía alguna sobre qué hacer. La argumentación jurídica, sugiero, no es capaz de proveer una única respuesta correcta en estos casos; más aún, estos casos no pueden ser resueltos racionalmente. ¿Deberíamos desesperarnos? Concluiré que no deberíamos hacerlo. Al contrario, argumentaré, es importante tomar los conflictos de derechos en serio, lo que significa que deberíamos comprenderlos. Sólo entonces seremos capaces de arreglárnoslas con ellos, incluso a pesar de que nunca será alcanzable una solución final.

Antes, sin embargo, diré algo sobre lo que este artículo *no* trata. No trato aquí de los conflictos entre derechos fundamentales y otros bienes o intereses constitucionales. A lo sumo, éstos son conflictos *sensu lato*. Por ejemplo, el conflicto entre el derecho fundamental a la huelga y el interés en el orden público no es objeto de examen aquí⁵. En su lugar, me centro en los conflictos *sensu stricto*, esto es, conflictos entre normas que protegen derechos fundamentales.

Además, no me extenderé en la controvertida cuestión de la fundamentación de los derechos fundamentales. Ni tampoco me entretendré en una teoría general de los derechos fundamentales. Por tanto, no sugeriré que los derechos fundamentales son mejor entendidos en términos de, por ejemplo, el valor paradigmático de la dignidad o, para lo que interesa, la utilidad. Para el propósito de este artículo, entiendo los derechos fundamentales como reglas constitucionalmente atrincheradas (típicamente la permisión de hacer o abstenerse de hacer algo). Estas normas tienen titulares de derechos y de deberes identificables. Si el estado interfiere en la esfera de libertad protegida por los derechos fundamentales, entonces un tribunal es competente para invalidar la acción realizada por el parlamento y compensar por cualquier posible daño.

⁵ Véase, para una distinción tripartita de los conflictos, KAMM, 2004: 476-513.

Más aún, en este artículo asumo que los derechos fundamentales atrincherados en declaraciones de derechos expresan un pluralismo valorativo fundacional⁶. En otras palabras, creo que, por lo que respecta a las declaraciones de derechos, no existe ningún argumento convincente a favor de una tesis que ordenara esos derechos en términos de un único valor superior⁷. Si ése fuera el caso, entonces la noción de conflictos de derechos fundamentales sería trivial. Sería suficiente con señalar lo que el valor superior exige en cada caso para resolver el conflicto⁸.

Por último, no estoy aquí interesado en el tema de la elección del foro⁹. Si existen los dilemas constitucionales, entonces ni el parlamento ni los tribunales ni otras instituciones especializadas están óptimamente posicionadas para resolverlos; ninguna institución hallará fácil el sacrificio de un derecho fundamental en el proceso decisorio. Esto no significa que los dilemas constitucionales no deberían al final ser afrontados en absoluto. Mi punto aquí es que previamente es necesario comprenderlos, y que este aspecto es independiente del procedimiento que usemos para resolverlos.

Para resumir, entonces, en este artículo me intereso por los conflictos entre reglas que han sido constitucionalmente atrincheradas y que protegen algunos aspectos fundamentales de la libertad individual. Podríamos denominar también al área de protección de los derechos fundamentales como «un proyecto de no-gobierno»¹⁰. Con ello me refiero a que una esfera de soberanía individual ha sido forjada para el beneficio de cada individuo. Esta esfera de soberanía individual supone una transferencia de poder desde la legislatura hacia el individuo. Los tribunales son, en principio, los guardianes del proyecto de no-gobierno. Pero, por supuesto, cada individuo se enfrentará a situaciones en las que su esfera de soberanía interferirá con la esfera de soberanía de otra persona. Bajo esas circunstancias puede surgir un dilema constitucional. Para afrontar tal situación, en ocasiones es

⁶ MASON, 2006.

⁷ En contra véase DWORKIN, 2006: 105-116.

⁸ Esto estaría, no obstante, abierto a discusión.

⁹ Las nuevas teorías republicanas insisten en la importancia de la deliberación dentro de las instituciones representativas y lejos de los tribunales (PETTIT, 1997: *passim*). Para una aplicación del republicanismo a la constitución del Reino Unido, véase TOMKINS, 2005: *passim*.

¹⁰ MACKLEM, 2006: 107-129.

posible trazar las fronteras de las soberanías individuales de manera que se evite el conflicto; en otros casos, no obstante, será necesario evaluar la fuerza de cada pretensión a la soberanía individual cuando se produzca una colisión. Finalmente, cuando las pretensiones son de igual fuerza (y posiblemente basadas en los mismos fundamentos), tendremos un dilema constitucional.

Los conflictos de derechos fundamentales están incrementando su importancia en el presente contexto político en tanto que la política está tratando de contraatacar y reconquistar el control de lo que ha sido delegado a los individuos. Esto puede ilustrarse con algunos ejemplos.

Estamos siendo testigos de un auge de la religión política a un nivel global¹¹. Las implicaciones de este retorno son claras. El liberalismo político, con su agenda de derechos, ya no se ve como algo muy atractivo. Muchas personas, particularmente en los Estados Unidos, opinan que la religión debería jugar un papel más destacado en la esfera pública. Pero si ése es el caso, entonces los conflictos de derechos tal como son interpretados desde un punto de vista liberal y desde un punto de vista religioso devienen más probables. El ejemplo clásico es Antígona: la obligación religiosa de enterrar el cuerpo del hermano muerto se encuentra en claro conflicto con la autoridad de la ciudad de Tebas que rechaza enterrar a los traidores. En nuestros días, la religión está interviniendo de manera agresiva en ámbitos como la bioética en tanto que cree que nuestras sociedades carecen de pautas para tratar tales casos. Ya sea interviniendo en el debate de la definición del estatus del embrión, el del inicio de la vida, o el de la santidad de la vida, preparan las bases para conflictos inevitables. Tómese el aborto por ejemplo. Si todos coincidiéramos en que el feto es titular de derechos con una pretensión absoluta para la vida, entonces el conflicto con el derecho de la madre a elegir si abortar o no sería dramático (como lo es en los Estados Unidos).

El terrorismo es un segundo gran escenario fértil donde pueden formularse pretensiones conflictivas de derechos. El ejemplo usual utilizado para desafiar la comprensión convencional de los derechos

¹¹ Para un argumento muy interesante sobre democracia y violencia religiosa, véase NUSSBAUM, 2007: *passim*. En el contexto europeo, véase CASANOVA, 2006: 23-42; véase también BERGER, 2005: 85-93.

es el del terrorista que lleva una bomba de relojería en un rascacielos. ¿Qué ocurre cuando comparamos el valor de su vida con el valor de la vida de los demás? ¿Estamos autorizados a matarle a fin de evitar otras muertes? El terrorismo también tiene el efecto colateral de dar poder al gobierno para inmiscuirse en nuestra vida privada con una intensidad creciente. Los estados orwellianos minan todos nuestros derechos en nombre del interés supremo de la seguridad. Las cámaras de vigilancia, las tarjetas de identificación biométrica, la vigilancia electrónica, todas contribuyen al estrechamiento de la privacidad de la información. Como consecuencia, no es sorprendente que la privacidad no se respete nunca cuando choca con otros derechos, como la libertad de expresión.

La pregunta básica permanece. ¿Qué hacemos si la argumentación jurídica es inadecuada para tratar los dilemas constitucionales? No debería cundir el pánico. En lo que sigue, mostraré que podemos adoptar una definición razonablemente estrecha de los dilemas constitucionales, lo que significa que los límites de la argumentación jurídica están bien definidos (parte 1). Ello de hecho nos permitirá comprender más claramente lo que la argumentación jurídica puede alcanzar (parte 2). Como resultado, es posible identificar el área en la que la resolución jurídica de los conflictos de derechos es posible de manera más precisa (parte 3). Cuando no sea posible, no deberemos aún desesperarnos. Comprender los dilemas constitucionales puede ser más importante que resolverlos. Puede alertarnos de la existencia de áreas en las que simplemente tenemos que ser más cuidadosos y debemos prestar más atención a las pretensiones de las demás partes (conclusión).

2. DEFINIENDO LOS CONFLICTOS GENUINOS DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Comenzaré con otro ejemplo, el caso de las hermanas siamesas Jodie y Mary¹². La vida de Mary fue definida como parasitaria de la vida de su hermana. El derecho a la vida de Jodie competía contra el derecho a la vida de Mary. Una debía ser sacrificada para salvar a la

¹² HUMAN RIGHTS LAW REPORTS, 2000: 721.

otra. Si no se hubiera hecho nada ambas hubieran muerto¹³. El doctor sostenía que la única manera de salvar a Jodie era matando a Mary. No obstante, sus padres rechazaron aceptar la muerte de una para salvar a la otra basándose en razones religiosas. Entonces, el tribunal tuvo que entrar para resolver el dilema. El tribunal concluyó que Mary debía ser sacrificada, con el fin de salvar a Jodie¹⁴.

Lo esencial del problema radica en la argumentación. La mayoría de los jueces insistieron en que no estaban evaluando la calidad de la vida de las niñas. Yo insisto en que estaban evaluando la calidad de la vida de ambas, subrayando la anormalidad y la no-naturalidad de la unión de las gemelas. Su posición es sólo la afirmación evidente de nuestra ignorancia en asuntos de siameses¹⁵. El preámbulo implícito de esta decisión es: tener gemelos siameses no cae dentro de nuestros parámetros y es por tanto anormal. Después tenemos el problema de la definición de la vida. No se busca una definición clara. En su lugar, la vida es definida conforme a sus «estándares normales»: integridad corporal y autonomía. El aspecto más ridículo de todo ello es que se afirma que Mary recuperará su integridad corporal, incluso si se trata de integridad corporal en la muerte.

Compárese el caso anterior con «la elección de Sofía»¹⁶. Sofía tiene dos hijos. Se encuentran en un campo de concentración. Un oficial nazi pide a Sofía que elija a uno de los dos niños. El otro morirá. Si ella no elige a ninguno, ambos morirán. En este caso, la definición de un dilema no puede ser más clara. Implica dos elementos: por un lado una elección entre dos bienes inconmensurables. Por otro lado, la elección implicará inevitablemente una pérdida fundamental.

En algunos casos el tribunal se encuentra en la misma posición que Sofía. Incluso aunque no tenga los mismos lazos familiares con las personas involucradas en situaciones dramáticas, todavía el decisor se encuentra en una posición donde sus habilidades legales y sus capacidades de distinción son insuficientes para un argumento adecuado a favor de cualquier solución. Así, por ejemplo, en el caso

¹³ Mary murió tras la operación. Jodie volvió a su hogar.

¹⁴ Per Ward LJ, en 775.

¹⁵ DREGER: 2004.

¹⁶ STYRON: 1992.