

DOS CONCEPCIONES DE LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE DERECHOS FUNDAMENTALES

José Juan Moreso

TWO CONCEPTIONS OF THE APPLICATION OF FUNDAMENTAL RIGHTS STATUTES

RESUMO

ESTE TEXTO TRATA DO CONCEITO DE PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS DE ROBERT ALEXY A PARTIR DE UM CASO CONCRETO SOBRE O DIREITO DE RECUSAR TRANSFUÇÃO DE SANGUE POR RAZÕES RELIGIOSAS. DISCUTE CRITICAMENTE DUAS CONCEPÇÕES DA RACIONALIDADE PRÁTICA, A SUBSUNTIVA E A PARTICULARISTA, E DEMONSTRA QUE A SOLUÇÃO DE ALEXY PERMITE CONCILIÁ-LAS. ENFIM, APRESENTA A PROPOSTA DE UM MODELO PARA A SOLUÇÃO DO CONFLITO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS.

PALAVRAS-CHAVE

DIREITOS FUNDAMENTAIS, CONFLITO DE NORMAS, APLICAÇÃO, PONDERAÇÃO, ROBERT ALEXY.

ABSTRACT

THIS IS AN ARTICLE ON ROBERT ALEXY'S CONCEPT OF BALANCING. IT TAKES AS AN EXAMPLE A CASE ON THE RIGHT TO REFUSE MEDICAL TREATMENT FOR RELIGIOUS REASONS AND DISCUSSES THE CHARACTERISTICS OF TWO MODELS OF PRACTICAL REASONING, THE GENERALIST ONE AND THE PARTICULARISTIC ONE. IT ARGUES THAT ALEXY'S CONCEPT CAN MAKE THEM COMPATIBLE AND OFFERS THE READER A MODEL TO SOLVE CONFLICTS OF NORMS ON FUNDAMENTAL RIGHTS.

KEYWORDS

FUNDAMENTAL RIGHTS, CONFLICT OF NORMS, APPLICATION, BALANCING, ROBERT ALEXY

I. EL CASO DEL NIÑO MARCOS

El día 3 de septiembre de 1994 Marcos A.V., un niño de 13 años que vivía en Ballobar (Huesca) con sus padres, tuvo una caída con su bicicleta a la que no dieron mayor importancia. Pocos días después, el 8 de septiembre, al haber sangrado por la nariz en varias ocasiones, fue llevado por su madre a la Policlínica de Fraga donde aconsejaron el traslado de Marcos al Hospital Arnau de Vilanova de Lleida. En dicho hospital, después de las pruebas pertinentes y ante el alto riesgo de fuertes hemorragias, los médicos prescribieron una transfusión de sangre. En ese momento los padres del menor manifestaron educadamente que su religión, profesaban la religión de los testigos de Jehová, les prohibía el uso de transfusiones y preguntaron si había algún tratamiento alternativo. Los médicos afirmaron que

ellos no conocían ningún tratamiento alternativo, se negaron a conceder el alta voluntaria que los padres solicitaban, y se dirigieron al Juzgado de Guardia para que autorizara la transfusión. Los padres, a pesar de no compartir dicha decisión, la acataron y no hicieron nada para impedir la transfusión, que fue autorizada por el Juzgado. Marcos, que profesaba la misma religión que sus padres, rechazó con auténtico terror la intervención, reaccionando con gran excitación y violencia que los médicos estimaron muy peligrosas, pues podían precipitar una hemorragia cerebral. Fracasados sus intentos de convencer al menor, el personal sanitario del Hospital solicitó a los padres que trataran de convencer a Marcos, a lo que los padres se negaron arguyendo que ellos, como Marcos, pensaban que Dios no autorizaba las transfusiones de sangre ni en los casos de peligro para la vida. Desestimado el uso de algún procedimiento anestésico por razones médicas, al final el Hospital accedió a otorgar el alta voluntaria para que los padres buscaran algún tratamiento alternativo en otro lugar. Regresaron a su domicilio y tres días después lo trasladaron primero al Hospital de la Vall d'Hebron de Barcelona y después al Hospital General de Catalunya, donde les reiteraron la necesidad de la transfusión, pero ninguno de ambos hospitales, dada la expresa oposición de Marcos y sus padres, tomó la decisión de intentar llevarla a cabo. Regresaron a su domicilio, en el cual el menor contó solamente con la asistencia del médico titular de Ballobar, hasta que el día 14 de septiembre el Juzgado de Instrucción de Fraga (Huesca) dispuso mediante Auto, a la vista de que el menor empeoraba progresivamente por anemia aguda posthemorrágica, la autorización para la entrada en el domicilio del menor con el fin de que le fueran realizados los tratamientos médicos que precisaba, es decir, una transfusión de sangre. Marcos fue trasladado en ambulancia primero al Hospital de Barbastro y después al Hospital Miguel Servet de Zaragoza al que llegó con signos clínicos de descerebración por hemorragia cerebral. Marcos falleció el día 15 de septiembre en el Hospital Miguel Servet.

Los padres de Marcos fueron acusados del delito de homicidio, del que fueron absueltos por sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 20 de noviembre de 1996. El Tribunal Supremo casó y anuló dicha sentencia y les condenó, por sentencia de 27 de junio de 1997, por el delito de homicidio con la circunstancia atenuante, muy cualificada, de obcecación o estado pasional, a la pena de dos años y seis meses de prisión, y al pago de las costas correspondientes. Los condenados interpusieron recurso de amparo contra dicha sentencia condenatoria ante el Tribunal Constitucional que, en STC 154/2002, de 18 de julio, resolvió conceder el amparo, declarar vulnerado el derecho fundamental a la libertad religiosa y, en consecuencia, anular la decisión del Tribunal Supremo.

Casos como el de Marcos ponen de manifiesto las dificultades con las que nos hallamos cuando hemos de aplicar las normas que establecen derechos fundamentales.

En este caso, sabemos que la transfusión de sangre habría salvado, al menos a corto y medio plazo, la vida de Marcos; a largo plazo, dependía del diagnóstico certero de su enfermedad que no pudo ser correctamente establecido. Por otra parte, la razón fundamental por la cual la transfusión no se llevó a cabo fue la oposición de Marcos y sus padres, que surgía de sus convicciones religiosas. Aparentemente el derecho a la vida de Marcos y el derecho a la libertad religiosa de Marcos y de sus padres, están en conflicto. Este tipo de conflictos está, en mi opinión, en el núcleo de los problemas de aplicación de las normas que establecen derechos fundamentales.

Este tipo de problemas no es privativo de la aplicación del derecho, sino que comparte su estructura con muchos de los problemas de resolución de los conflictos prácticos. De hecho, el caso del niño Marcos podría ser también un supuesto analizado en un libro de filosofía moral, en el cual la pregunta tal vez sería: ¿tenían los padres de Marcos el deber moral de inducir a su hijo Marcos a aceptar la transfusión de sangre o, por el contrario, fue correcto su comportamiento de no intentar persuadirle de ello, dado que vulnera sus convicciones religiosas más íntimas en las cuales, por otra parte, han educado a Marcos?

Hay dos modos, incompatibles entre sí, de enfrentarse a estas cuestiones que responden a dos diversas concepciones de la racionalidad práctica. Según una de ellas, que denominaré *concepción subsuntiva*, se trata de reconstruir adecuadamente las pautas que han de guiar nuestra conducta y una vez realizada dicha operación de delimitación de nuestras pautas, aplicarla al caso concreto. La apelación a la pauta moral adecuada, junto con la afirmación de que el supuesto en cuestión es subsumible en ella, permite justificar la decisión. Según la otra concepción, a la que llamaré *concepción particularista*, no hay tal cosa como pautas universales en las cuales anclar la corrección moral de las acciones, hay que atender siempre al modo en que, en el caso individual, se presentan entrelazadas las circunstancias y *ponderarlas* con el objeto de percibir la solución correcta para dicho caso. La moral no es una práctica, según esta concepción particularista, de aplicación de pautas previas, sino una práctica narrativa que nos permite averiguar la significación de determinadas circunstancias para ese caso concreto. Por decirlo con una analogía, es mejor ser un buen cocinero que tener un excelente libro de recetas de cocina; las recetas sirven sólo como guías orientadoras, la bondad de un plato no depende exclusivamente del seguimiento estricto de las recetas.

Pues bien, estas dos concepciones de la racionalidad práctica tienen su reflejo en el debate jurídico acerca de la aplicación de las normas constitucionales que establecen derechos fundamentales.¹ En este trabajo, intentaré esbozar el atractivo y, también las dificultades, que ambas concepciones de los derechos fundamentales presentan y propondré una concepción alternativa apta, según creo, para rescatar lo mejor de ambas y superar sus debilidades.

2. LA CONCEPCIÓN SUBSUNTIVA²

El atractivo de la concepción subsuntiva reside, tal vez, en el supuesto, que todos podríamos conceder, según el cual la racionalidad requiere consistencia entre nuestros principios y nuestra práctica y para ser consistente es necesario subsumir los casos particulares en pautas generales. Si estas pautas entran en contradicción entre sí y, por lo tanto, puede el mismo caso individual subsumirse en pautas contradictorias, la consistencia es sacrificada. Por esta razón, tal vez, I. Kant concebía los deberes morales como categóricos, *obligationes non colliduntur*.³ En un pasaje no muy citado de *La paz perpetua*, Kant expresaba claramente la universalidad que a su juicio exigía la formulación de pautas generales:⁴

Sólo he querido llamar la atención de los profesores de derecho natural incidentalmente sobre el concepto de una *lex permissiva*, que se presenta como tal a la razón clasificadora-sistemática. De ese concepto se hace uso sobre todo en el derecho civil (estatutario), sólo que con la diferencia de que la ley imperativa se presenta por sí misma, mientras que el permiso no entra como condición limitativa (como debiera ser) sino que se lleva a las excepciones. Por ejemplo: se prohíbe esto o aquello, *excepto* los números 1.º, 2.º, 3.º, y así indefinidamente, pues los permisos se introducen en la ley de manera casual, no siguiendo algún principio sino tentando los casos concretos. Por el contrario, si las condiciones se hubieran introducido en la *fórmula de la ley prohibitiva*, ésta se habría convertido al mismo tiempo en una ley permisiva. Por esto, es de lamentar que se haya abandonado tan pronto el problema, ingenioso y sin resolver, que planteaba el premio del asimismo sabio y penetrante conde de Windischgrätz y que apuntaba a esto último. La posibilidad de una fórmula así (semejante a las fórmulas matemáticas) es la única piedra de toque verdadera de una legislación consecuente; sin ella el llamado *ius certum* se quedará siempre en un pío deseo. Sin ella habrá *meras leyes generales* (con eficacia *en general*, pero no leyes universales (con eficacia *universal*), como parece exigir el concepto de ley.

La aplicación del derecho, tal como usualmente la comprendemos, es una instancia de esta concepción general de la racionalidad práctica. Aplicar el derecho consiste en 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 individual es una instancia de un caso genérico al que una norma aplicable correlaciona con esa consecuencia normativa. Dicha operación se conoce con el nombre de subsunción.⁵ Todos los supuestos individuales que comparten el mismo conjunto de propiedades relevantes, y en el caso de la aplicación del derecho las propiedades relevantes son aquellas seleccionadas por el legislador en la promulgación

de las normas generales, tienen la misma consecuencia normativa. Es difícil negar el atractivo de dicha concepción. Nociones como las de generalidad y abstracción de las leyes, o la igualdad en la aplicación de la ley, presuponen esta concepción de la racionalidad. No es de extrañar, por lo tanto, que esta sea también una concepción vindicada en el contexto de la aplicación de las normas de derechos fundamentales.

Se trata, entonces, de delimitar adecuadamente el contorno de los comportamientos incluidos en cada una de las normas que establecen derechos fundamentales de forma que encajen perfectamente entre sí. Una vez realizada esta *formidable* tarea interpretativa, las normas de derechos fundamentales nunca colisionan entre sí: no es que los derechos tengan límites, sino que deben ser adecuadamente delimitados.⁶ Tal vez esta sea una caricatura, una posición nunca defendida por nadie, pero anida en el fondo de muchas de las concepciones de derechos fundamentales.⁷ Dicho en los términos de Luis Prieto —una posición que él mismo no comparte y critica: ‘entre el derecho y su límite no existiría propiamente antinomia porque sus respectivos supuestos de hecho estarían incomunicados; o, de existir conflicto entre el derecho que permite y la ley que prohíbe, operaría una relación de especialidad’.⁸

Esta parece ser también la posición de Jürgen Habermas y Luigi Ferrajoli. Habermas critica la ponderación con los siguientes argumentos:⁹

Si en caso de colisión *todas* las razones pueden adoptar el carácter de argumentos que establecen fines, se derrumba aquella barrera cortafuegos que está asociada con un entendimiento deontológico de las normas y de los principios jurídicos en el discurso jurídico.

Es decir, si es posible siempre introducir nuevas excepciones a la regulación establecida por las normas que establecen derechos fundamentales, de acuerdo con las circunstancias del caso, entonces la aplicación del derecho obedece a formas arbitrarias e irreflexivas; el control racional sólo puede proceder de la aplicación subsuntiva.¹⁰

En Luigi Ferrajoli la posición es algo más compleja, porque su clasificación de las diversas categorías de derechos fundamentales le hace creer que ‘la tesis de los conflictos de derechos no es sostenible’, puesto que considera que entre estas categorías de derechos existe una verdadera jerarquía.¹¹ Por ejemplo, los derechos de autonomía, como los derechos civiles de intercambio e iniciativa económica, están siempre, según Ferrajoli, sometidos al resto de derechos fundamentales. Si esto fuera así la polémica de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones reguladas por el derecho privado (la doctrina de la *Drittwirkung*) carecería de sentido y el análisis conceptual de Ferrajoli se alejaría de la práctica de la aplicación de los derechos fundamentales. Por ejemplo, ¿cómo debe ser entendido el derecho a la propia imagen en el marco de una relación jurídico-laboral?, según Ferrajoli, si entiendo bien,

el derecho a la propia imagen sería siempre un límite infranqueable con relación a la potestad del empresario en dicha relación; sin embargo suele entenderse como uno de los asuntos en donde la ponderación es más necesaria.

En cualquier caso, como resultará obvio, la dificultad mayor que la concepción subsuntiva debe superar es la siguiente: ¿cómo es posible realizar una interpretación de todas las normas que establecen derechos fundamentales de modo que los comportamientos por ellas regulados encajen perfectamente entre sí? Esta cuestión, creo, es la que lleva a muchos autores a alguna versión particularista.

3. LA CONCEPCIÓN PARTICULARISTA¹²

Lo que la concepción particularista rechaza de la subsuntiva puede ser resumido del siguiente modo: el hecho de que una propiedad de una situación determinada sea relevante en relación con su corrección, no presupone que lo sea en cualquier otra circunstancia. Normalmente causar dolor de manera intencionada hace una acción más incorrecta, pero si mi hija de cuatro años se clava en la playa las púas de un erizo, entonces mi acción de causarle dolor para extraerle las púas no hace mi acción más incorrecta y si no hay otro modo de hacerlo, no la hace incorrecta en absoluto.¹³ De un modo semejante, podría argüirse, el hecho de no hacer todo lo posible para salvar la vida de un hijo menor de edad es algo que hace dicho comportamiento incorrecto, y en el derecho es algo que hace a los padres responsables como garantes de una omisión calificable como homicidio; ahora bien, en el caso de Marcos, el Tribunal Constitucional argumenta que no convencerle para que acceda a la transfusión de sangre no es punible como homicidio porque es un supuesto del ejercicio del derecho a la libertad religiosa.

Por lo tanto, la corrección de una acción, para la concepción particularista, no depende de su capacidad de ser subsumida en una pauta general, sino que depende de cómo estén moldeadas en ese caso concreto las circunstancias. La relevancia de las propiedades depende enteramente de las circunstancias del caso concreto y nada es posible obtener para su relevancia en casos futuros.

En algún sentido, la técnica jurídica de la *ponderación* puede ser comprendida con la ayuda de estas ideas.¹⁴ En la filosofía del derecho reciente, el intento más importante -hasta donde yo sé- de tratar de lograr una imagen de la ponderación sujetable al control racional es la de R. Alexy.¹⁵ Veámosla con algún detalle:

Según Alexy, los conflictos de reglas —que se aplican según el modelo subsuntivo- y las colisiones de principios —que se aplican según el modelo particularista- tienen en común que, en ambos casos, la aplicación de las normas en conflicto produce resultados incompatibles. Son supuestos de antinomia normativa (como cuando, por poner un ejemplo simple, se prohíbe detenerse en una determinada avenida y, a la vez, se obliga a respetar la luz roja de los semáforos: nadie, por razones

lógicas, puede cumplir ambas normas a la vez). Se diferencian en la forma de resolver el conflicto.

Un *conflicto de reglas* se soluciona o bien introduciendo en una de las reglas una cláusula de excepción que elimina el conflicto o bien declarando inválida, al menos, una de las reglas.

Por ejemplo: hay una (al menos aparente) antinomia entre la norma del Código penal que obliga a los jueces a castigar a los homicidas y la norma penal que considera justificado el homicidio en legítima defensa. Algunos penalistas consideran que el problema se resuelve (la denominada teoría de los elementos negativos del tipo) considerando las causas de justificación como integrantes negativos de la descripción del tipo penal, es decir que las causas de justificación actúan como excepciones. Hay casos, por otra parte, en que un conflicto entre una disposición de rango legal y otra de rango reglamentario se resuelve declarando simplemente la invalidez de la disposición de rango reglamentario.

Las colisiones entre principios han de ser resueltas, según Alexy, de modo distinto. Cuando dos principios entran en colisión (por ejemplo, porque el primero establece que una conducta determinada está prohibida y el segundo que está permitida) uno de los dos ha de ceder frente al otro. Pero esto no significa que uno de los dos principios sea inválido, ni que en el principio desplazado haya que introducir alguna excepción. Lo que sucede es que, en determinadas circunstancias, un principio *precede* al otro. Es por esta razón que se afirma que, en los casos concretos, los principios tienen diferente *peso* y el conflicto ha de resolverse según la dimensión de peso y no según la dimensión de validez. Supongamos que en un caso concreto están en conflicto el derecho a la vida y el derecho a la libertad religiosa. Llamemos al principio que establece el derecho a la vida **DV** y al que establece el derecho a la libertad religiosa **LR**, entonces en las circunstancias C1, en las que se trata de la vida de un menor que no puede prestar su consentimiento, **DV** precede a **LR**: llamemos P a la relación de precedencia y podemos representarlo así:

(**DV P LR**) C1,

en cambio en las circunstancias C2 en las que, se trata de la vida de un adulto que consciente y libremente, debido a sus convicciones religiosas, rechaza el tratamiento médico que podría salvar su vida, la relación es la siguiente:

(**LR P DV**) C2.

En esta operación de determinación de las preferencias condicionadas consiste la *ponderación*, según Alexy. Una vez establecida la relación, podemos obtener la regla según la cual, por ejemplo, en un caso en que la vida que peligra es la de un menor que no puede prestar su consentimiento el no sometimiento al tratamiento médico está prohibido y, en otro caso, de consentimiento libre y consciente, el no sometimiento al tratamiento médico está permitido. De esta manera, vemos como

la relación de precedencia condicionada nos permite obtener una regla para resolver el caso, algo que podemos denominar la *ley de colisión*. R. Alexy la sintetiza así:

Si el principio **P1**, bajo las circunstancias C, precede al principio **P2**: (**P1 P P2**) C, y si de **P1** en las circunstancias C resulta la consecuencia R, entonces vale una regla que contiene a C como supuesto de hecho y a R como consecuencia jurídica: $C \rightarrow R$.

O lo que es lo mismo dicho menos técnicamente: 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. Ahora bien, si las circunstancias C están delimitadas a partir de un supuesto concreto, parece que siempre es posible aducir otro supuesto en el que las circunstancias no coinciden y, entonces, la regla es válida únicamente para ese supuesto.

Otras ideas referidas a cómo funciona la operación de la ponderación de acuerdo con Alexy llevan a la misma conclusión. Como es sabido, con arreglo a las ideas de Alexy, siempre que un derecho fundamental es afectado, tres requisitos deben ser tenidos en cuenta: a) el requisito de adecuación, es decir, que el sacrificio impuesto en el ejercicio de un derecho sea adecuado para preservar otro derecho o un bien constitucionalmente protegido, b) el requisito de necesidad, esto es, que el sacrificio impuesto sea necesario —que no exista otro menos lesivo— para preservar otro derecho o un bien constitucionalmente protegido,¹⁶ y c) el requisito de proporcionalidad en sentido estricto, en donde la ponderación propiamente dicha ocupa su lugar, que se afecte al ejercicio del derecho en el menor grado posible compatible con la mayor satisfacción en el ejercicio del otro derecho.¹⁷

Los últimos desarrollos de la concepción de Alexy¹⁸ ponen de manifiesto que la ponderación es concebida de un modo particularista. Según Alexy, podemos dividir el grado de afección a un derecho determinado en tres rangos: leve, medio y grave. Como es obvio, estos grados de afección son relativos al contexto establecido por el caso concreto. De ello resulta lo siguiente: las vulneraciones leves de un derecho fundamental ceden ante la protección media y la grave de otro derecho fundamental, y las medias ceden ante las graves. Quedan tres casos de empate, en donde —si entiendo bien la propuesta de Alexy— el legislador goza de discreción para afectar uno u otro derecho, lo que equivale a decir que, en los casos de empate, las restricciones legislativas al ejercicio de un derecho fundamental están justificadas. Sea como fuere, y sin poder entrar en detalle en la configuración de Alexy, las anteriores ideas muestran que la ponderación es concebida como una operación dependiente del contexto, como una estrategia particularista.

En el caso de Marcos, el Tribunal Constitucional opera con la técnica de la ponderación. Bajo el supuesto de que los padres tienen la posición de garante en relación con

Marcos, no cuestiona que les fuera exigible proporcionarle la debida asistencia médica y tampoco que les fuera exigible no impedir la transfusión de sangre prescrita. Pero los padres de Marcos le proporcionaron la asistencia médica y acataron, contra su voluntad, la decisión de hacer la transfusión. Lo que cuestiona es si les es exigible una acción suasoria sobre el hijo para que este consintiera en la intervención y, siempre según el Tribunal, esta sería una carga excesiva para su libertad religiosa, entre otras razones, por que no se puede establecer la posibilidad de éxito que dicha acción tendría en el menor. Es decir, entre los comportamientos exigibles en su situación de garantes de la vida del hijo no se halla el de convencerle para que acepte la transfusión o, dicho de otro modo, frente a dicha exigencia los padres pueden argüir su ejercicio legítimo del derecho a la libertad religiosa. Se trata de una forma de argumentar que toma la ponderación como eje central y que tiene, por así decirlo, una matriz particularista.

El desafío más importante que una concepción particularista debe soportar está claramente expresado en el siguiente pasaje de Juan Carlos Bayón:¹⁹

[...] el mayor obstáculo que cualquier forma de particularismo, ya sea moral o jurídico, tiene que vencer, y que no es otro que poner en claro en qué consiste realmente esa misteriosa capacidad del ‘discernimiento’, una vez que se ha rechazado la idea esencial de que la justificación implica una inferencia a partir de una pauta general apropiada... Porque no parece que el auténtico particularismo disponga de una respuesta convincente a la pregunta de cómo es que una ‘decisión acerca del caso concreto’ puede verdaderamente no ser arbitraria. Si la razón para dicha posición es apropiada, se diría que ha de ser un caso de una generalización que rijan también para otros contextos: porque lo que en modo alguno queda claro es cómo entender que se trata de una pretensión circunscrita al caso particular y distinta, a pesar de todo, de una mera decisión carente de fundamento.²⁰

4. LA PONDERACIÓN COMO PASO PREVIO A LA SUBSUNCIÓN

La concepción subsuntiva y la concepción particularista parece que nos enfrentan con el siguiente dilema referido a la aplicación de pautas que establecen derechos fundamentales: o bien tenemos justificación subsuntiva de las decisiones con el precio de asumir la posibilidad de una reconstrucción completa y consistente de los contenidos regulados por las pautas que establecen derechos fundamentales, una reconstrucción inalcanzable para seres humanos como nosotros; o bien tenemos ponderación en los casos individuales, abierta siempre a la acusación de arbitrariedad o, al menos, de imposibilidad de control racional.²¹

Tal vez sea posible una vía intermedia.²² Una vía según la cual la ponderación es únicamente la operación que permite pasar de las normas que establecen derechos

fundamentales, que tienen la estructura de principios –pautas con las condiciones de aplicación abiertas-,²³ a reglas –pautas con las condiciones de aplicación clausuradas-, con las cuales es posible llevar a cabo la subsunción, en el ámbito de un problema normativo determinado. Intentaré mostrar cuáles son las etapas de una operación de este tipo, tomando como ejemplo el caso del niño Marcos.²⁴

La primera etapa consiste en la delimitación del problema normativo, de lo que Alchourrón y Bulygin han llamado el *universo del discurso*.²⁵ Delimitar claramente el ámbito del problema normativo que nos ocupa permite, principalmente, hacer el problema manejable: ya no nos referimos al conjunto de todas las acciones humanas posibles, sino sólo a un conjunto mucho más reducido de acciones humanas. En el caso de Marcos, el universo del discurso podría ser el siguiente: acciones y omisiones de aquellos que están en posición de garante en relación con los tratamientos médicos necesarios para salvar la vida humana de una persona. O sea estamos ante un subconjunto de las acciones y omisiones reguladas por las normas penales que prohíben causar la muerte de otra persona (homicidio, asesinato, auxilio ejecutivo al suicidio, etc.).

La segunda etapa consiste en la identificación de las pautas *prima facie* aplicables a este ámbito de acciones. Aquí obviamente son aplicables las normas penales que castigan el homicidio, en especial aquellas que lo castigan en comisión por omisión (vd. el artículo 138 del código penal en relación con el artículo 11), pero también todas las que establecen las causas de justificación y aquí es de especial relevancia el ejercicio legítimo del derecho a la libertad religiosa.

La tercera etapa consiste en la consideración de determinados casos paradigmáticos, reales o hipotéticos, del ámbito normativo previamente seleccionado en la primera etapa. Los casos paradigmáticos tienen la función de constreñir el ámbito de reconstrucciones admisibles: sólo son admisibles aquellas reconstrucciones que reconstruyen los casos paradigmáticos adecuadamente.²⁶ Los casos paradigmáticos constituyen el trasfondo, a menudo inarticulado, en el cual el razonamiento práctico tiene lugar. Es más, el debate que existe, en España y en Alemania, acerca del significado de las cláusulas constitucionales que autorizan al legislador a desarrollar los derechos fundamentales con el límite del respeto a su *contenido esencial* tal vez pueda ser comprendido así: el legislador puede desarrollar legislativamente el contenido de un derecho siempre que dicha regulación no excluya del ejercicio del derecho los casos que juzgamos paradigmáticos.²⁷ En el problema normativo delimitado en la primera etapa a modo de ejemplo, podríamos considerar como paradigmáticos casos como los siguientes: a) la misma situación del niño Marcos con la diferencia de que los padres hubiesen omitido, a la vista de que necesitaría una transfusión de sangre, conducirlo a hospital alguno y hubiese fallecido en casa; en dicho supuesto los padres habrían cometido, creo que todos acordaríamos en este juicio, un homicidio, en comisión por omisión, no

justificado; b) la misma situación de Marcos, con la diferencia de que Marcos hubiese tenido veinte años, en este supuesto todos consideraríamos que su negativa consciente a recibir la transfusión de sangre junto con las convicciones religiosas de sus padres eximían a estos de la obligación de convencerle para aceptar la transfusión.

En la cuarta etapa se establecen las propiedades *relevantes* de ese universo del discurso. El establecimiento de las propiedades relevantes ha de hacer posible la determinación de las soluciones normativas. En nuestro supuesto son claramente relevantes las siguientes propiedades: la mayoría de edad de la persona en peligro de muerte, su consentimiento serio, libre y consciente, las convicciones religiosas de la persona en peligro y de las personas en la situación de garantes, la adecuación de los comportamientos omitidos para la salvación de la vida en peligro.

La quinta y última etapa consiste en la formulación de las reglas que resuelven de modo unívoco todos los casos del universo del discurso. Una regla, me parece que indiscutida, sería la siguiente:

R1: Los mayores de edad tienen derecho a rechazar un tratamiento médico de manera consciente y libre.

También indiscutida, creo, tendríamos una segunda regla:

R2: Aquellos que están en posición de garante deben realizar todas las acciones a su alcance tendentes a proporcionar tratamiento médico adecuado hacia los menores incapaces de prestar su consentimiento libremente

Todos aceptaríamos que si Marcos tuviera tres años, rechazara la transfusión y los padres pudieran convencerlo prometiéndole un helado para después de la intervención, deberían hacerlo.

Quedan dos tipos de casos posibles: aquellos referidos a mayores de edad que no pueden prestar libremente su consentimiento y aquellos referidos a menores de edad que son capaces de comprender lo que ocurre y de prestar su consentimiento o no de manera seria e inequívoca. La sentencia del Tribunal Supremo equipara este segundo tipo de casos a la regla R2, considerando que el consentimiento prestado por un menor es irrelevante. La sentencia del Tribunal Constitucional, por el contrario, considera relevante el hecho de que el menor se oponga a la transfusión de manera consciente y, en tal supuesto, considera que los padres siguen teniendo el deber de proporcionarle asistencia médica, pero no el deber de convencerlo para que acepte una transfusión de sangre, sobre todo si dicho comportamiento no asegura en modo alguno el éxito de la acción suasoria de los padres. Con estos elementos pueden construirse las reglas adecuadas.

Obviamente que las tres últimas etapas están íntimamente relacionadas entre sí. El establecimiento de las reglas debe ser controlado de acuerdo con su capacidad de reconstruir los casos paradigmáticos. La selección de las propiedades relevantes debe refinarse en la medida en que este objetivo no sea alcanzado y, a partir de una nueva selección, debe procederse a la formulación del conjunto de reglas que disciplinan dicho problema normativo.

Estas cinco etapas constituyen *un modo* de concebir la ponderación que lo hace compatible con la subsunción y con una limitada generalidad. Las reglas surgidas de una reconstrucción como la propuesta se aplican de modo subsuntivo y permiten articular y otorgar coherencia a la función judicial. Cuando un órgano jurisdiccional resuelve un caso individual de dicho ámbito normativo, resuelve con su reconstrucción todos los casos individuales de dicho ámbito. Y lo hace de manera compatible con que en otro caso individual perteneciente a ese ámbito, o bien debe seguir la reconstrucción llevada a cabo o debe mostrar una propiedad relevante, no apreciada previamente, que le permita resolver algunos casos individuales de un modo diverso.²⁸ Creo que de este modo es posible el control racional de la función aplicadora del derecho.

5. LA SOLUCIÓN AL PROBLEMA DEL CONDE DE WINDISCHGRÄTZ

Dos cosas deben quedar claras en este último epígrafe. En primer lugar, que la estrategia de reconciliación entre el modelo subsuntivo y el modelo particularista que ofrezco no constituye una solución al problema del conde de Windischgrätz que Kant nos recordaba, porque tal vez dicho problema no tenga solución. No hay modo de reconstruir de manera completa y consistente el universo de los principios morales. Tal noción puede funcionar como ideal regulativo, al que podemos acercarnos en mayor o menor medida, pero los seres humanos no estamos en condiciones de alcanzar dicho ideal. Tal vez ello no sea únicamente por razones epistémicas sino también por razones conceptuales, dado que hay infinitos modos de describir una acción individual —la acción que ahora estoy realizando puede ser descrita como: teclear el ordenador, escribir un artículo filosófico, retrasarme en llegar a mi casa, etc.—, pretender acotar todas las propiedades relevantes del universo moral es una empresa vana. En el caso de la aplicación del derecho la situación es diversa, alguien puede argüir con sentido que son relevantes sólo aquellas propiedades seleccionadas por las autoridades normativas. Ocurre, sin embargo, que las autoridades normativas seleccionan algunas propiedades de manera abierta (abierto incluso al universo de la moralidad) y de ese modo bloquean la posibilidad, en algunos casos, de una subsunción directa. La subsunción entonces sólo puede llevarse a cabo después de la reconstrucción adecuada del problema normativo y de las propiedades relevantes que estructuran dicho ámbito normativo. Esto ocurre siempre en el

supuesto de las normas constitucionales que establecen derechos fundamentales: los casos genéricos que regulan son necesariamente muy amplios y, por lo tanto, la reconstrucción —el paso de los principios a las reglas— se hace imprescindible. Es obvio que gran parte de esta tarea es y puede ser realizada por el legislador infraconstitucional, mediante las leyes que desarrollan los derechos fundamentales, pero dicha labor no evita los casos en que el conflicto es posible. Tal vez es conveniente que así sea. El legislador penal obviamente desarrolla la regulación de los derechos fundamentales en la legislación penal, pero ello no impide los conflictos, puesto que el propio legislador penal reconoce como causa de justificación el ejercicio legítimo de un derecho.

En este sentido, las declaraciones de derechos contenidas en nuestras constituciones funcionan como filtros que permiten al aplicador del derecho acudir a las razones sustantivas que subyacen a la regulación de las diversas esferas jurídicas. Este es el único modo en el cual la regulación de la vida social puede hacerse compatible con el respeto a los derechos fundamentales.²⁹

En segundo lugar, como habrá quedado claro, tampoco mi reconstrucción pretende resolver el caso del niño Marcos. Pretende únicamente identificar claramente el problema y proporcionar un tipo de solución que no esté tan sujeta a la crítica de falta de control racional como lo está la ponderación en el modelo particularista. Tal vez alguien con el esquema *alexiano* de la proporcionalidad en sentido estricto podría argüir que el Tribunal Constitucional resuelve bien el caso puesto que, en las circunstancias del caso, la vulneración de la libertad religiosa de los padres de Marcos sería grave —al exigirles convencer a su hijo de que se preste a la transfusión en contra de las convicciones que ellos mismos le han inculcado—, mientras la vulneración del derecho a la vida de Marcos es leve porque las posibilidades, dadas de nuevo las circunstancias del caso, de que dicha acción tuviera éxito son muy bajas. Pero esta forma de argumentación tiene dos problemas, típicos de cualquier estrategia particularista: a) sólo sirve para el caso del niño Marcos. Entonces, es difícil establecer cuáles son las razones, que sólo son válidas, en dicho caso que llevan a la solución propuesta por el Tribunal Constitucional. Otros pensarán que, a pesar de todo, la vulneración del derecho a la vida —dado que acaba con la muerte— no es leve sino grave. En cambio, las cinco etapas propuestas, me parece, tienen algunas ventajas —sea cuál sea la solución que ofrezcan al caso concreto— sobre la estrategia particularista: en primer lugar, no vale sólo para el caso concreto sino que pretende resolver todos los casos individuales de un determinado universo del discurso, la ventaja reside aquí en que podemos averiguar si dicha reconstrucción resuelve de manera adecuada los casos paradigmáticos y, utilizando la analogía, averiguar si los casos cercanos a los paradigmáticos son resueltos de manera consistente; y b) en segundo lugar, la estrategia particularista no permite el control racional, puesto que no permite

establecer con claridad las razones por las cuales alguien piensa que dicha propiedad considerada relevante no ha de serlo o, por el contrario, si una propiedad considerada irrelevante ha de ser relevante. Puede notarse que, en un sentido, la concepción aquí presentada también hace la relevancia de las propiedades dependientes del contexto, pero no —como para los particularistas— dependiente del contexto establecido por las circunstancias del caso concreto, sino dependiente del contexto del problema normativo seleccionado. Al hacerlo de este modo, es posible concebir las razones como *generales* y no particulares. Obviamente cabe que dos reconstrucciones, diversas entre sí, sean ambas plausibles y, entonces, podemos decir que el derecho está indeterminado y que, en este sentido, la decisión es discrecional. Pero no se trata de que unos perciban el caso de un modo y otros lo perciban de otro, sino de que unos piensan tener mejores razones a favor de la relevancia de una propiedad, mientras otros piensan de modo contrario y dichas razones pueden ser valoradas de acuerdo con su capacidad de resolver todos los casos del universo del discurso en cuestión.

Por último, tal vez esta forma de concebir la racionalidad práctica no esté tan alejada de un modo estándar de concebir la racionalidad teórica. Como es sabido, el modelo *popperiano* de racionalidad teórica aconseja formular atrevidas conjeturas y disponer de sólidos instrumentos para refutarlas. Pues bien, de modo análogo, el modelo propuesto de racionalidad práctica sugiere formular atrevidas hipótesis de solución de los casos pertenecientes a determinado ámbito normativo y propone sólidos instrumentos para refutarlas también; es claro que dichos instrumentos no son las pruebas empíricas, sino únicamente las convicciones de las que disponemos que anclan nuestros casos paradigmáticos. Pero este es el modelo más plausible de racionalidad práctica, consistente en ajustar nuestras convicciones con nuestros principios hasta alcanzar lo que John Rawls denominó un *equilibrio reflexivo*.³⁰

: ARTIGO CONVIDADO

NOTAS

1 Recientemente, Robert Alexy ha planteado la cuestión también en estos términos: ‘¿Cuál de estas dos construcciones nos permite obtener mayor racionalidad en el control de la constitucionalidad: la que requiere la subsunción o la que requiere la ponderación?’. Robert Alexy, ‘Constitutional Rights, Balancing, and Rationality’, *Ratio Juris*, 16 (2003): 131, 140, en p. 134.

2 Para la presentación de estos dos modelos de la racionalidad práctica sigo a Jonathan Dancy, *Moral Reasons* (Oxford: Blackwell, 1993) que, por otra parte, constituye la defensa más articulada que conozco de la concepción particularista de las razones morales.

3 Immanuel Kant, *Metafísica de las Costumbres* [1797], trad. de A. Cortina y J. Conill, (Madrid: Tecnos, 1989), p. 31.

4 Immanuel Kant, *La paz perpetua* [1795], trad. de J. Abellán con presentación de A. Truyol y Serra (Madrid: Tecnos, 1985), p. 12. Esta concepción de la universalidad está en la base, como es sabido de la teoría moral de Richard Hare, *The Language of Morals* (Oxford: Oxford University Press, 1952).

5 En términos parecidos me expresaba en José Juan Moreso, 'Conflictos entre principios constitucionales' en Miguel Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)* (Madrid: Trotta, 2003), 99-122, en pp. 99-100, un trabajo en el que aparecen esbozadas algunas de las ideas que aquí se desarrollan.

6 Véase una interesante reflexión sobre los límites y la delimitación de los derechos fundamentales en Javier Jiménez Campo, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías* (Madrid: Trotta, 1999), pp. 35-45.

7 Esta parece ser la posición que asumió en España Ignacio de Otto, 'La regulación del ejercicio de los derechos y libertades' en Luis Martín Retortillo, Ignacio de Otto, *Derechos fundamentales y Constitución* (Madrid: Civitas, 1988), 113-145. Una tesis que parecen seguir, por ejemplo, Gregorio Peces-Barba, *Curso de Derechos fundamentales. Teoría general*, con la colaboración de R. De Asís, C. Fernández Lisa y A. Llamas, (Madrid: Universidad Carlos III/BOE, 1995), p. 589; Antonio Luis Martínez Pujalte, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997); Juan Cianciardo, *El conflictivismo en los derechos fundamentales* (Pamplona: Universidad de Navarra, 2000), pp. 243 y ss.; Andrés Ollero, 'La ponderación delimitadora de los derechos fundamentales: libertad informativa e intimidad personal', *Pensamiento y Cultura*, 3 (2000), pp. 157 y ss.; p. 53; Pedro Serna, Fernando Toller, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos* (Buenos Aires: La Ley, 2000).

8 Luis Prieto Sanchís, 'La limitación de los derechos fundamentales' en Id., *Justicia constitucional y derechos fundamentales* (Madrid: Trotta, 2003), cap. 5, p. 219; en el mismo trabajo (p. 223) Luis Prieto sugiere que esta concepción y su opuesta responden a dos filosofías políticas diversas: 'Por eso hay quien ve detrás de estas dos teorías auténticas filosofías políticas: una posición liberal que concibe la libertad sobre todo en términos de libertad negativa se inclinará por la concepción de los derechos como principios susceptibles de limitación externa justificada; una posición más comunitarista y tendente a valorar la libertad más en términos de libertad positiva habrá de preferir la teoría de la delimitación y configuración legislativa'. Sin embargo, no estoy tan seguro de que la concepción subsuntiva y la concepción particularista respondan a estas dos filosofías políticas, los autores a los que más abajo me refiero no necesariamente abrazan una filosofía política comunitarista (piénsese, por ejemplo, en el caso de Ferrajoli) y, en cambio, defienden el modelo subsuntivo. Como he dicho al inicio, creo que aquí están en pugna dos grandes concepciones de la racionalidad práctica, o sea que la confrontación se da en un nivel todavía más abstracto que el de la filosofía política.

9 Jürgen Habermas, *Facticidad y validez. Sobre el Derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso* [1992], (Madrid: Trotta, 1998), p. 327.

10 *Ibidem*, pp. 332 y ss.

11 Luigi Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, (Madrid: Trotta, 2001), p. 353. La posición de Ferrajoli merecería un comentario más detallado y lamento no poder entrar aquí en el análisis cuidadoso de su clasificación y conceptualización de las diversas categorías de derechos fundamentales.

12 Una sugerente concepción particularista en filosofía moral ha sido defendida recientemente por Josep E. Corbí, *Un lugar para la moral*, (Madrid: La Balsa de la Medusa, 2003), caps. 7, 8 y 9.

13 Jonathan Dancy, *Moral Reasons*, supra en nota 2, p. 65.

14 Véase, en este sentido, Juan Carlos Bayón, '¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico', *Doxa* 24 (2001): 35-62, en pp. 55-58.

15 Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, [1986] trad. de E. Garzón Valdés, (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993), pp. 81-98.

16 Estas dos operaciones deben ser comprendidas como distintas en un sentido sólo heurístico y no conceptual. Quiero decir que, conceptualmente, si un medio A es necesario para obtener B también es adecuado. Ahora bien, según creo, hay que interpretar a Alexy en el sentido siguiente: en primer lugar, averiguamos si A se encuentra entre los medios adecuados para obtener B y, en segundo lugar, vemos si no existen medios menos lesivos que A de alcanzar B.

17 Dos exposiciones breves y claras en Robert Alexy, 'Constitutional Rights, Balancing, and Rationality', supra en nota 1, pp. 135-136 y Luis Prieto Sanchís, 'El juicio de ponderación' en Id., *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, supra en nota 8, cap. 4, en pp. 199-203. En España estas ideas han sido ampliamente aceptadas en la doctrina constitucional. Vd., por ejemplo, Juan Carlos Gavara de Cara, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo*, (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994), Manuel Medina Guerrero, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, (Madrid: McGraw-Hill, 1996), José María Rodríguez de Santiago, *La ponderación de bienes e intereses en Derecho Administrativo*, (Madrid: Marcial Pons, 2000), Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003).

18 Robert Alexy, 'Epílogo a la *Teoría de los derechos fundamentales*', trad. de C. Bernal, *Revista española de Derecho Constitucional*, 22, n. 66 (2002): 13- 64

19 Juan Carlos Bayón, '¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico', supra en nota 14, p. 57.

20 Pueden verse este tipo de dudas, aplicadas al uso de la ponderación en el ámbito jurídico, en Pablo de Lora, 'Tras el rastro de la ponderación', *Revista española de Derecho constitucional*, 20, n. 60 (2000): 359-369.

21 Parece que este dilema es lo que late en el trasfondo de la discusión que mantuve con Bruno Celano con motivo de la publicación en italiano del trabajo citado en la nota 5. Vd. José Juan Moreso, 'Conflitti tra principi costituzionali', *Ragion Pratica* 18 (2002): 201-221, Bruno Celano, 'Defeasibility e bilanciamento, Sulla possibilità di revisioni stabili', *Ragion Pratica* 18 (2002): 223-239 y José Juan Moreso, 'A propósito di revisioni stabili, casi paradigmatici e ideali regolativi: replica a Celano', *Ragion Pratica* 18 (2002): 241-248.

22 Una vía sugerida por Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, 'Rules and Principles Revisited', *Associations*, 4 (2000): 147-156; Vd. también José Juan Moreso, 'Conflictos entre principios constitucionales', supra en nota 5 y Juan Carlos Bayón, '¿Porqué es derrotable el razonamiento jurídico', supra en nota 14.

23 Para esta noción de principios vd. Manuel Atienza, Juan Ruiz Manero, *Las piezas del Derecho* (Barcelona: Ariel, 1996), cap. 1.

24 Las ideas están ya esbozadas en José Juan Moreso, 'Conflictos entre principios constitucionales', supra en nota 5. Transcurren cercanas al análisis de lo que se denomina función de coherencia en lo siguientes trabajos de Susan Hurley, *Natural Reasons*, (Oxford: Oxford University Press, 1989), cap 12 y 'Coherence, Hypotetical Cases, and Precedent'. *Oxford Journal of Legal Studies*, 10 (1990): 221-251.

25 Carlos E. Alchourrón y Eugenio Bulygin, *Normative Systems* (New York-Wien: Springer, 1971), cap. I.

26 Vd., para esta función de los casos paradigmáticos en el ámbito del razonamiento jurídico, Ronald Dworkin, *Law's Empire*, (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1986), pp. 255-257; Susan Hurley, *Natural Reasons*, supra en nota 24, p. 212 y Timothy Endicott, 'Herbert Hart and the Semantic Sting', *Legal Theory* 4 (1998): 283-301.

27 Creo que se trata de una idea compatible con el análisis de la cláusula del contenido esencial de Javier Jiménez Campo, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, supra en nota 6, pp. 66-80.

28 Como es obvio esta operación representa el cambio de las reglas del sistema normativo y, por lo tanto, del sistema normativo aplicable. Sin embargo, este cambio es compatible con el hecho de que la solución de los casos realmente ocurridos en el pasado sea la misma para los dos sistemas normativos. Vd. el desarrollo de esta idea en José Juan Moreso, 'Conflictos entre principios constitucionales', supra en nota 5, pp. 117-118.

29 Un filtro semejante al que constituyen las causas de justificación en el derecho penal. He desarrollado esta idea en José Juan Moreso, 'Principio de legalidad y causas de justificación (sobre el alcance de la taxatividad)', *Doxa* 24 (2001): 525-545.

30 John Rawls, *A Theory of Justice* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1971), pp. 48-51.

REFERÈNCIES BIBLIOGRÀFICAS

- ALCHOURRÓN, Carlos E., BULYGIN, Eugenio, *Normative Systems*, New York-Wien: Springer, 1971.
- ALEXY, Robert, Constitutional Rights, Balancing, and Rationality, *Ratio Juris*, 16, 2003.
- . Epilogo a la *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de C. Bernal, *Revista española de Derecho Constitucional*, 22, n. 66, 2002.
- . *Teoría de los derechos fundamentales*, [1986] trad. de E. Garzón Valdés, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ATIENZA, Atienza, MANERO, Juan Ruiz Manero, 'Rules and Principles Revisited', *Associations*, 4 2000.
- ATIENZA, Manuel, MANERO, Juan Ruiz, *Las piezas del Derecho*, Barcelona: Ariel, 1996.
- BAYÓN, Juan Carlos, ¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico, *Doxa* 24, 2001.
- CAMPO, Javier Jiménez, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid: Trotta, 1999.
- CARA, Juan Carlos Gavara de, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.
- CELANO, Bruno, Defeasibility e bilanciamento, Sulla possibilità di revisioni stabili, *Ragion Pratica* 18, 2002.
- CIANCIARDO, Juan, *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, Pamplona: Universidad de Navarra, 2000.
- CORBÍ, Josep E., *Un lugar para la moral*, Madrid: La Balsa de la Medusa, 2003.
- DANCY, Jonathan, *Moral Reasons*, Oxford: Blackwell, 1993.
- DWORKIN, Ronald, *Law's Empire*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1986.
- ENDICOTT, Timothy, Herbert Hart and the Semantic Sting, *Legal Theory* 4, 1998.
- FERRAJOLI, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid: Trotta, 2001.
- GUERRERO, Manuel Medina, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Madrid: McGraw-Hill, 1996.
- HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el Derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso* [1992], Madrid: Trotta, 1998.
- HARE, Richard, *The Language of Morals*, Oxford: Oxford University Press, 1952.
- HURLEY, Susan Hurley, *Natural Reasons*, Oxford: Oxford University Press, 1989.
- . Coherence, Hypothetical Cases, and Precedent, *Oxford Journal of Legal Studies*, 10, 1990.
- KANT, Immanuel, *La paz perpetua* [1795], trad. de J. Abellán con presentación de A. Truyol y Serra Madrid: Tecnos, 1985.
- . *Metafísica de las Costumbres* [1797], trad. de A. Cortina y J. Conill, Madrid: Tecnos, 1989.
- LORA, Pablo de, Tras el rastro de la ponderación, *Revista española de Derecho constitucional*, 20, n. 60, 2000.
- MORESO, José Juan, Conflictos entre principios constitucionales en Miguel Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid: Trotta, 2003.
- . A propósito de revisioni stabili, casi paradigmatici e ideali regolativi: replica a Celano, *Ragion Pratica* 18, 2002.
- . Conflitti tra principi costituzionali, *Ragion Pratica* 18, 2002.
- . Principio de legalidad y causas de justificación (sobre el alcance de la taxatividad, *Doxa* 24, 2001.
- OLLERO, Andrés, La ponderación delimitadora de los derechos fundamentales: libertad informativa e intimidad personal, *Pensamiento y Cultura*, 3, 2000.
- OTTO, España Ignacio de, La regulación del ejercicio de los derechos y libertades, en Luis Martín Retortillo, Ignacio de Otto, *Derechos fundamentales y Constitución*. Madrid: Civitas, 1988.
- PECES-BARBA, Gregorio, *Curso de Derechos fundamentales. Teoría general*, con la colaboración de R. De Asís, C. Fernández Lisa y A. Llamas, Madrid: Universidad Carlos III/BOE, 1995.
- PUJALTE, Antonio Luis Martínez, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.
- PULIDO, Carlos Bernal, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

RAWLS, John, *A Theory of Justice*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1971.

SANCHÍS, Luis Prieto, La limitación de los derechos fundamentales, en Id., *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid: Trotta, 2003.

SANTIAGO, José María Rodríguez de, *La ponderación de bienes e intereses en Derecho Administrativo*, Madrid: Marcial Pons, 2000.

SERNA, Pedro Serna, TOLLER, Fernando, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*, Buenos Aires: La Ley, 2000.

José Juan Moreso

UNIVERSITAT POMPEU FABRA, BARCELONA