

## PRESENTACIÓN

Con cierta frecuencia se afirma que los problemas filosóficos carecen de solución; que no hay progreso en filosofía. Estas afirmaciones se basan normalmente en la decepción que produce constatar que los mismos temas reaparecen una y otra vez en la agenda de discusión. Sin embargo, aún cuando fuese verdad que los problemas filosóficos no pueden ser resueltos de manera definitiva, es indudable que el *modo* en que los problemas son formulados es un aspecto importante de los cambios en las discusiones filosóficas. Esto significa que el debate en filosofía tiene un valor especial ya que es precisamente este intercambio racional de argumentos lo que clarifica los problemas y otorga vitalidad a sus nuevas formulaciones. El reconocimiento de la relevancia del debate filosófico y la necesidad de contribuir al mismo son las razones que nos impulsan a presentar *DISCUSIONES* como una revista dedicada al análisis de problemas de teoría del derecho, ética, filosofía política y social.

Esta revista no pretende ser el órgano de difusión de ninguna escuela filosófica en particular y, por consiguiente, espera beneficiarse del debate entre diversas corrientes de pensamiento. *DISCUSIONES* intenta ofrecer un marco de intercambio que permita la crítica y la defensa de las ideas presentadas. Cada número de la revista será dedicado a la discusión de un trabajo central, seguido por una serie de estudios críticos y una réplica por parte de los autores del trabajo principal.

El objetivo de *DISCUSIONES* es integrar ámbitos de debate, conectar grupos de investigación de distintos lugares del mundo, y ofrecer

un espacio institucional para tareas comunes. Por esta razón, se intentará que cada volumen sea coordinado por un *editor invitado*, que se encargará de seleccionar el tema a debatir, y los autores de los diferentes trabajos. Cada volumen incluirá una presentación de la discusión a cargo del editor del número en cuestión. En este sentido, invitamos calurosamente a proponer temas de debate o a asumir las tareas de editor. La evaluación de las propuestas de debate, así como también de la calidad de los trabajos centrales de cada discusión, estará a cargo de la dirección de la revista y del Consejo Asesor.

PRESENTACIÓN:  
Dilemas morales,  
derecho y la decisión de  
Sophie

---

---

José Juan Moreso<sup>1</sup>

I.

Este número de *Discusiones* incluye un texto de David Martínez Zorrilla sobre los dilemas morales y el Derecho en el cual el autor enfoca la cuestión de los dilemas morales desde la perspectiva de los sistemas normativos. Su propósito es doble: conceptual y normativo. Desde el punto de vista conceptual, nos proporciona una noción de dilema moral como una especie de conflicto normativo, en concreto aquellos conflictos normativos que son consecuencia de antinomias presentes en un sistema normativo moral que, además, no suministra

---

<sup>1</sup>Universitat Pompeu Fabra, Barcelona.

criterios de resolución de dichas antinomias. Desde el punto de vista normativo, y de manera más tentativa, David Martínez arguye que el azar sería un modo razonable de resolver estos casos.

El enfoque presupone que tanto el espacio de las razones morales como el espacio de las razones jurídicas pueden ser reconstruidos como sistemas normativos, como conjuntos de pautas que dirigen la conducta humana, estableciendo que determinados comportamientos son obligatorios, prohibidos o permitidos. En este sentido, un conflicto normativo se produce cuando una de las pautas requiere un comportamiento determinado y otra requiere o permite su omisión. Ello puede darse tanto por razones conceptuales, porque una pauta obliga a hacer A y otra prohíbe hacer A o bien permite no hacer A, como por razones empíricas, porque una pauta prescribe hacer A, otra prescribe hacer B y, en cambio, en determinada configuración de las circunstancias del mundo no es posible que sea el caso que A y B. Los dilemas, entonces, son un tipo de conflictos normativos. Los dilemas normativos son aquellos conflictos normativos en los cuales el sistema normativo no suministra ulteriores mecanismos de resolución del conflicto, para decirlo de otro modo, aquellos supuestos de conflicto en los cuales el sistema normativo deja indeterminada la calificación normativa de una acción o, dicho más estrictamente, la *sobredetermina*, dado que en virtud de *ex falso quodlibet*, une a ese supuesto todas las calificaciones normativas posibles.

Entonces, los dilemas morales son aquellos dilemas normativos que se producen en relación con un sistema normativo moral determinado. Dadas las definiciones de las nociones de obligatorio y permitido que Martínez Zorrilla, siguiendo a Zimmerman,<sup>2</sup> utiliza, la situación que se produce en un caso de dilema es parcialmente equivalente a la situación que se produce cuando un comportamiento es facultativo -está permitida

---

<sup>2</sup> M.J. Zimmerman, *The Concept of Moral Obligation*, (Cambridge, Cambridge University Press, 1996).

su realización y su omisión-. Dicho resumidamente, un agente  $x$  está facultado a hacer  $A$  si y sólo si los mundos en que  $A$  es el caso y  $no-A$  es el caso son ambos accesibles a  $x$ , y para cualquier mundo en el que  $x$  no hace  $A$  existe al menos otro mundo en el cual  $x$  hace  $A$  que no es inferior deónticamente al primero. Es decir, que desde el punto de vista del sistema normativo hacer  $A$  y hacer  $no-A$  son indiferentes. Veamos ahora la situación que se produce en el supuesto de los dilemas morales, siguiendo la presentación pionera de Bernard Williams<sup>3</sup> (como nos recuerda Daniel Mendonca en su comentario):

1.  $x$  debe hacer  $A$
2.  $x$  debe hacer  $B$

por el denominado ‘principio de aglomeración’ se obtiene

3.  $x$  debe hacer  $A$  y  $B$ .

Supongamos ahora que

4. No es posible que  $A$  y  $B$ .

Dado el principio *kantiano* ‘debe implica puede’ (en la versión jurídica: ‘ad impossibilia, nemo tenetur’), que puede ser representado así en este caso:

5. Si  $x$  debe hacer  $A$  y  $B$ , entonces  $x$  puede hacer  $A$  y  $B$ .

Como no es posible que  $A$  y  $B$ , entonces  $x$  no puede hacerlo, con lo que de 4. y 5. se deriva:

6.  $x$  no debe hacer  $A$  y  $B$ .

Como puede verse 3. y 6. constituyen una contradicción. El enfoque de Martínez Zorrilla puede bloquear la contradicción rechazando el principio de aglomeración, pero esto resulta más bien extraño. No puede,

---

<sup>3</sup> Bernard Williams, ‘Ethical Consistency’, en *Problems of the Self* (Cambridge: Cambridge University Press, 1973, pp. 166-186).

en cambio, rechazar el principio kantiano puesto que está presupuesto en su definición de obligatorio. Más bien parece que el principio kantiano funciona como restricción acerca del conjunto de nuestros deberes, de lo que resulta que  $x$  no tiene el deber de hacer  $A$  y  $B$ , aunque tiene el deber de hacer  $A$  o bien el deber de hacer  $B$ . En este sentido, hacer  $A$  es facultativo para  $x$ , como también lo es hacer  $B$ , aunque uno de ambos debe hacerse.<sup>4</sup>

Podría argüirse también que los deberes contenidos en 1. y 2. son sólo deberes *prima facie*. Para los deberes *prima facie* no vale el principio kantiano, pero para los deberes definitivos sí rige dicho principio. De modo que, uno de los dos deberes queda derrotado.<sup>5</sup>

En realidad, la propuesta de Martínez Zorrilla de dejar confiado al azar la decisión que ha de ser tomada en estos supuestos presupone que, desde el punto de vista normativo, hacer  $A$  es facultativo, aunque si no se hace  $A$ , entonces se debe hacer  $B$  y hacer  $B$  es también facultativo, aunque si no se hace  $B$ , entonces se debe hacer  $A$ . Esta estrategia reintroduce la consistencia en el sistema, pero al precio de eliminar el conflicto: ya no se debe hacer  $A$  y se debe hacer  $B$ , sino que si no se hace  $A$ , se debe hacer  $B$ , y si no se hace  $B$ , se debe hacer  $A$ . Tal vez así se comprende mejor la

---

<sup>4</sup> Y, de este modo, hacer  $A$  o  $B$  constituye una obligación alternativa como quiere Mendonca en su comentario. Ahora bien, esta es únicamente una determinada forma de reconstruir el problema. Lo que muchos desafiarían, en realidad, es que esta sea una reconstrucción adecuada de los supuestos de dilemas morales.

<sup>5</sup> Según Martínez Zorrilla, una obligación *prima facie* es una obligación que resulta superada en un razonamiento práctico. Siendo así, mientras el deber de cumplir la promesa  $A$  puede ser *prima facie*, porque resulta derrotado por el deber de ayudar a  $X$  por ejemplo, el deber de cumplir la promesa  $B$  no es *prima facie*, puesto que resulta un deber definitivo después de superar otros deberes en conflicto. Es esta una extraña noción y, sobre todo, no es la noción de David Ross -W. D. Ross, *The Right and the Good* (Oxford: Oxford University Press, 1930)-, para el que el deber de cumplir las promesas es un deber *prima facie* que a veces resulta vencedor y a veces vencido. En el caso que nos ocupa, resultaría lo siguiente: si  $x$  decide hacer  $A$ , entonces el deber de hacer  $B$  sería *prima facie* y no lo sería el deber de hacer  $A$ . Si decide hacer  $B$ , resultaría exactamente lo contrario. Esta es una noción excesivamente idiosincrática de lo *prima facie* como también señala en su comentario Manuel Atienza.

propuesta normativa: el azar expresa la idea de que el sistema normativo carece de recursos para resolver el conflicto.

Como Martínez Zorrilla está preocupado por las consecuencias que los dilemas morales tienen para la resolución de conflictos jurídicos (porque el derecho, dicho ahora brevemente, remite a la moralidad en algunos supuestos), no es extraño que proponga una solución que, desde el punto de vista institucional, pueda ofrecer garantías suficientes de imparcialidad.<sup>6</sup>

Bien entendida, la posición de Zimmerman presupone un universo de deberes y permisos consistente, puesto que es condición de la existencia de un deber que el agente pueda hacer y no hacer la acción requerida. Por lo tanto, como lo señalan algunos de los participantes en la polémica, no hay espacio para los dilemas morales. Los sistemas normativos morales son consistentes y completos (puesto que si no hay una acción que resulta en un mundo deónticamente superior, entonces el comportamiento está permitido).

De hecho, el debate que el trabajo de Martínez Zorrilla suscita puede agruparse en tres categorías: conceptuales, tratando de mostrar la inadecuación de algunas de las nociones presentadas por el autor o realizando propuestas que tratan de precisarlas; normativas, que desafían la propuesta normativa del autor: el recurso al azar en los casos de dilema moral y, por último, cuestiones referidas al trasfondo filosófico que plantea la cuestión de los dilemas morales que, en mi opinión, es el siguiente: ¿en qué medida el espacio de las razones morales es isomórfico con la estructura de algún sistema normativo? Vale la pena, según creo, detenerse un poco en ese trasfondo filosófico.

## II.

En el comentario de Guillermo Lariguet se hace referencia a la ausencia de lo que podemos denominar la *fenomenología de la moral*, en

---

<sup>6</sup> En algunos deportes, se prevé que, agotados todos los recursos para establecer el ganador de una competición, se lance una moneda al aire.

el enfoque de los dilemas morales de Martínez Zorrilla. La moral, como es obvio, guarda estrecha relación con nuestras actitudes de aprobación y censura de los comportamientos humanos y con nuestros sentimientos de culpa, pesar y remordimiento en relación con nuestras acciones. Veamos un supuesto, ficticio pero representativo, de dilema moral para atender mejor a su fenomenología.

En la novela de William Styron, *La decisión de Sophie*,<sup>7</sup> 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.

Este 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).

¿Qué puede decir a Sophie un enfoque como el del trabajo de Martínez Zorrilla? Que si no existen criterios para elegir entre uno de sus hijos pequeños, entonces es facultativo moralmente que ella elija y que no sería una mala idea que dejara al azar esa decisión. Algo nos desconcierta de esta respuesta. Parece que este enfoque es incapaz de capturar la verdadera naturaleza del dilema de Sophie.

Los defensores de un enfoque como el del autor algunas veces insisten en que, tal vez, Sophie debería atender a algunas consideraciones que pudieran hacer vencer un deber sobre el otro: por ejemplo, cuál de los dos hijos tiene una salud más fuerte y, por lo tanto, más posibilidades de sobrevivir con su madre en el campo de concentración (de hecho, Sophie elige al niño, que muere en el campo). Y, atendiendo a la

---

<sup>7</sup> William Styron, *Sophie's Choice*, (New York: Random House, 1979).



fenomenología de la moral, sugieren que aunque a Sophie le queden sentimientos de culpa, es preciso distinguir entre el *pesar*, el sentimiento que tenemos ante las contrariedades de la vida que no nos son imputables (la muerte de un ser querido, por ejemplo) y el *remordimiento*, el sentimiento de culpa por el mal causado por acciones de las que somos responsables. Es decir, la culpa que siente Sophie es únicamente *pesar*, aunque sea de grandísima intensidad, y no *remordimiento*.

Ahora bien, todo ello presupone que el espacio de las razones morales es un espacio articulable en un sistema normativo consistente y completo. Sobre este punto es sobre el que plantea dudas, con agudeza, el comentario de Rivera López. Este enfoque presupone que la racionalidad práctica es una racionalidad subsuntiva y que las acciones humanas son determinadas normativamente y de manera unívoca por este sistema normativo. Pero, ¿hay alguna alternativa a este enfoque de la moralidad?

### III.

De hecho, la hay. 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 generales.<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> El autor que más ha desarrollado esta concepción es Jonathan Dancy. Véase, sobre todo, *Moral Reasons* (Oxford: Blackwell, 1993) y *Ethics without Principles* (Oxford: Oxford University Press, 2004). Pero véase también David McNaughton, *Moral Vision*, (Oxford: Blackwell, 1988) y John McDowell, *Mind, Value, and Reality* (Cambridge: Harvard University Press, 1998). Una presentación sintética del particularismo puede verse en José Juan Moreso, 'Razones y significados en contexto', *Revista de Libros*, 112 (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.<sup>9</sup>

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, aunque no en este trabajo, David Martínez ha prestado mucha atención-, que puede resumirse en las siguientes palabras:<sup>10</sup>

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 truísmo- 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.

Por lo tanto, la apelación al azar como solución de los dilemas morales sólo adquiere su sentido si con arreglo al sistema normativo moral dicho comportamiento es calificado como facultativo. Si, en cambio, adoptamos una concepción como a la que me refiero, conforme a la cual

---

<sup>9</sup> En este sentido, la razonable duda planteada por Rivera López en su comentario, de acuerdo con la cual para una posición realista en moral, no deberían ser posibles los conflictos irresolubles, seguramente por la sencilla razón que si la moral puede ser reconstruida como un *mundo*, entonces en relación con ese mundo, un juicio moral es o bien verdadero o bien falso, no es aplicable a enfoques como el de Dancy.

<sup>10</sup> Isaiah Berlin, *The Crooked Timber of Humanity* (London: Fontana Press, 1991), p. 13.

el espacio de las razones morales no puede reconducirse a ningún sistema normativo, entonces nuestra comprensión de la naturaleza de los dilemas morales será otra.

#### IV.

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 recuerda:<sup>11</sup> ‘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 este, sin embargo, el lugar para desarrollar esta idea. Valga con recordar aquí que puede sostenerse esta imagen del derecho como sistema normativo y argüir que en algunos casos no hay pautas *jurídicas* que los resuelvan unívocamente, sin comprometerse con la idea de que en algunos de dichos supuestos tampoco hay pautas *morales* que los resuelvan unívocamente y, por lo tanto, los jueces tienen discreción.

Obviamente que entre estos dos enfoques de la moralidad hay lugar para las posiciones intermedias. Posiciones que sostienen que hay un conjunto de pautas morales *prima facie*, pero que dichas pautas ofrecen

---

<sup>11</sup> Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1977), p. 76 y vd. también Ronald Dworkin, *Justice in Robes* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2006), p. 234.

razones que se comportan de modo coherentista y no pueden ser reconstruidas en un conjunto fijado de antemano.<sup>12</sup>

Mi objetivo, en esta introducción, ha sido únicamente tratar de mostrar que el problema de los dilemas morales nos conduce a repensar algunas de las intuiciones básicas de nuestra comprensión de la moralidad y que también los enfoques subsuntivos de la moralidad deben tener en cuenta el reto que plantean las concepciones de las razones morales que no son subsuntivas.

Profundizar en uno de los dos enfoques, no obstante, como hace David Martínez con minuciosidad y precisión en su trabajo, nos ayuda a comprender mejor sus presupuestos y su alcance. Si el trabajo tiene la fortuna de ser comentado con agudeza y profundidad, por autores como Manuel Atienza, Guillermo Lariguet, Daniel Mendonca y Eduardo Rivera-López, entonces el número de *Discusiones* que presento se convierte en un precioso ejemplar de lo que un debate filosófico debe ser.

---

<sup>12</sup> Puede verse, por todos, Thomas Scanlon, *What We Owe to Each Other* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1999) y 'Intention and Permissibility', *Proceedings of the Aristotelian Society*, suppl. vol. 74 (2000): 301-317.

## Dilemas morales y Derecho<sup>1</sup>

David Martínez Zorrilla<sup>2</sup>

### I.

El de los dilemas morales es sin ninguna duda uno de los temas más interesantes y al tiempo problemáticos del ámbito de la filosofía moral. La escasa atención y tratamiento que tradicionalmente recibieron los conflictos y dilemas, respecto de los cuales, por otra parte, predominaba la idea de que no había lugar para auténticos conflictos entre obligaciones morales (*obligationes non colliduntur*), contrasta claramente con el enorme interés que esta cuestión ha suscitado en las últimas

---

<sup>1</sup> La realización de este artículo ha sido posible gracias a la ayuda de la Dirección General de Investigación del Ministerio de Educación y Ciencia de España a través del proyecto financiado SEJ2004-07136-C02-01.

<sup>2</sup>Profesor ayudante de facultad (segundo período) de la Universidad Pompeu Fabra, Barcelona (España).

décadas, en las que se han hecho muchas aportaciones significativas para entender mejor el problema<sup>3</sup>. En el ámbito de la teoría jurídica la situación ha sido distinta, puesto que, por una parte, los conflictos entre normas jurídicas (al menos en lo que al derecho positivo se refiere) se han concebido como situaciones relativamente frecuentes, o cuanto menos, no muy excepcionales, como lo muestra la larga tradición de los criterios para la resolución de antinomias (*lex superior; lex posterior*, etc.)<sup>4</sup>, mientras que de otra parte apenas se ha prestado atención al impacto o relevancia que los conflictos y dilemas morales pueden tener en el ámbito jurídico.

En el presente trabajo no pretendo realizar un análisis detallado ni de los conflictos jurídicos ni de los dilemas morales, puesto que su pretensión es mucho más modesta y limitada: por una parte, se intentará ver bajo qué circunstancias una situación de dilema moral puede resultar jurídicamente relevante, o dicho en otros términos, cuándo puede ocurrir que el sistema jurídico, para dar respuesta a un caso, de algún modo remita al ámbito del discurso moral y en éste se plantee una situación de dilema; y por otra parte, qué consecuencias se pueden derivar de tales situaciones. Por otro lado, se trata de un trabajo de carácter predominantemente conceptual, en el que la pretensión principal (si bien no la exclusiva) es la clarificación de conceptos y de sus relaciones recíprocas. Por esta razón, más allá de consideraciones conceptuales generales, no centraré el interés en tratar de ver qué situaciones concretas, reales o hipotéticas, resultan o pueden resultar dilemáticas (sin que ello

---

<sup>3</sup> A modo de ejemplo, para una visión general de la situación, pueden verse las recopilaciones de artículos editadas por Gowans en GOWANS, C.W. (ed.) (1987), *Moral Dilemmas*, Oxford, Oxford University Press; y Mason en MASON, H.E. (ed.) (1996), *Moral Dilemmas and Moral Theory*, Oxford, Oxford University Press.

<sup>4</sup> Lo cual no impide que se hayan planteado importantes controversias acerca de si el sistema jurídico ofrece o no una única respuesta correcta para cada caso.

impida que se ilustren algunas situaciones a modo de ejemplo). En la última parte del trabajo, en la sección VI, presentaré algunas propuestas muy limitadas de carácter normativo acerca de cómo dar respuesta a algunas situaciones de dilema, apuntando, como mera hipótesis, que posiblemente no sea adecuado en todos los casos resolver una controversia jurídica en la que un dilema moral es relevante del mismo modo que resolveríamos o responderíamos a la situación en el ámbito del discurso moral; en otras palabras: que aun cuando de algún modo el sistema jurídico nos remita al discurso moral y en éste se plantee una situación de dilema, que será entonces jurídicamente relevante, no necesariamente parecerá acertado resolverlo del mismo modo, debido a ciertas características importantes de los sistemas jurídicos.

El tema aquí tratado enlaza con muchas y muy complejas cuestiones tanto de la teoría y filosofía jurídicas como de la filosofía moral, que por razones de espacio no pueden ser tratadas detenidamente. Algunas de estas cuestiones han sido analizadas con mayor detalle y profundidad en otra parte<sup>5</sup>, y en aras de la brevedad, realizaré las remisiones oportunas cuando así lo requiera el hilo argumental. Antes de proseguir, quizá resulte adecuado señalar lo que *no* va a constituir el objeto del trabajo; esto es, situaciones que de algún modo pueden verse como conflictivas o dilemáticas y que afectan simultáneamente a los ámbitos moral y jurídico, pero que son distintas a lo que deseo analizar: por ejemplo, no me voy a interesar por las situaciones en las que el derecho ofrece una respuesta unívoca y determinada a un caso, mientras que la moral también ofrece su respuesta (asimismo unívoca y determinada), que es distinta e incompatible con la que ofrece el sistema jurídico, planteándose así un “dilema” entre las obligaciones moral y jurídica. De modo similar, tampoco prestaré atención

---

<sup>5</sup> En MARTÍNEZ ZORRILLA, D. (2004), *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa* (tesis doctoral inédita), Barcelona, UPF.

a situaciones que siendo conflictivas en el ámbito jurídico (una antinomia jurídica), no lo son en el ámbito moral, o viceversa (situaciones de conflicto o dilema moral que cuentan con una solución unívoca y determinada en el derecho). Tampoco me interesan, por no constituir un verdadero ‘dilema’ según el concepto que más adelante se expone, las situaciones en que *diversos* sistemas morales alternativos ofrezcan soluciones divergentes e incompatibles, puesto que la noción de ‘dilema’ manejada es relativa a un único sistema normativo. Como se dijo al comienzo, el interés se centrará en aquellas situaciones en que el derecho de algún modo remita para la resolución del caso al razonamiento moral, y en éste se plantee una situación de dilema.

## II.

Como punto de inicio, se partirá del concepto general de ‘conflicto normativo’, y se considerará que el de ‘dilema’ constituye una clase, definida por ciertas propiedades, dentro del concepto más amplio de ‘conflicto normativo’, que es relativo a un (cualquier) sistema normativo y por tanto común a los ámbitos jurídico y moral. Para la caracterización de ese concepto partiré de una noción intuitiva y pragmática, según la cual existe un conflicto normativo cada vez que el agente no puede satisfacer o cumplir todas las exigencias impuestas por el sistema normativo para ese caso (como ocurriría, citando un conocido ejemplo de Alchourrón<sup>6</sup>, si el sistema por una parte obliga al conductor a detenerse frente a un disco rojo, mientras que por otro lado prohíbe detenerse en zona militar, encontrándose el agente en zona militar frente a un disco rojo; en tal situación, haga lo que haga el agente, no satisfará todas las exigencias

---

<sup>6</sup> En ALCHOURRÓN, C.E. (1981), “G.H. von Wright y los desarrollos de la lógica deóntica”, en *Anuario de Filosofía jurídica y social* 1, p. 133.



normativas del sistema para el caso). La razón por la que se parte de una noción puramente pragmática, en lugar de optar por definir los conflictos en términos lógicos (como inconsistencias lógicas del sistema normativo) es evitar tener que entrar en la compleja y discutida cuestión acerca de las relaciones entre los conflictos (en sentido pragmático) y la consistencia lógica del sistema<sup>7</sup> (en otras palabras, si existe o no una relación de conexión necesaria y/o suficiente entre la existencia de inconsistencias lógicas en el sistema normativo y la aparición de situaciones de conflicto), que se suma al clásico problema de la existencia o no de relaciones lógicas entre normas.

La noción presentada de ‘conflicto normativo’ es, sin embargo, sólo embrionaria y requiere ser afinada y precisada, ya que presenta dos importantes dificultades: a) Por un lado, de acuerdo con el concepto presentado, una situación en la que sólo fuese aplicable al caso una única norma y por la razón que fuere el agente no pudiese cumplirla, sería calificada como un conflicto normativo, contrariamente al consenso generalizado; por el contrario, parece asumirse intuitivamente que para poder calificar una situación como de conflicto normativo ha de tratarse de situaciones en las que existen al menos dos normas simultáneamente aplicables, que el agente puede satisfacer o cumplir por separado, y que la imposibilidad de cumplimiento de alguna/s de ellas se debe precisamente al cumplimiento de la/s otra/s. b) Por otro lado, el concepto embrionario presentado no hace referencia alguna a las permisiones o facultamientos, lo que daría pie, por parte de algunos autores<sup>8</sup>, a negar la calificación de ‘conflicto normativo’ a situaciones como aquéllas en las que simultáneamente el sistema para un mismo caso prohíbe un comportamiento y permite o faculta un comportamiento incompatible (por

---

<sup>7</sup> Esta cuestión se analiza en MARTÍNEZ ZORRILLA, D. (2004), *Conflictos...* (cit.), cap. II. Secc. 4.

<sup>8</sup> Véase, por ejemplo, HERNÁNDEZ MARÍN, R. (1998), *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, Madrid, Marcial Pons.

ejemplo, una norma prohíbe fumar en la sala mientras que otra faculta hacerlo), ya sea con el argumento de que las permisiones no pueden ser cumplidas ni incumplidas, o con el argumento de que existe todavía un curso de acción en el que no se vulnera ninguna norma (en el ejemplo expuesto, abstenerse de fumar en la sala). Si queremos evitar tales dificultades, será necesario reformular el concepto de ‘conflicto normativo’, y mi propuesta es la siguiente: *por ‘conflicto normativo’ se entiende cualquiera de las situaciones siguientes: a) toda situación en la que resulten aplicables al menos dos mandatos (obligaciones o prohibiciones), que el agente empíricamente puede cumplir individualmente, pero en la que el cumplimiento de cualquiera de ellos elimina la posibilidad empírica de cumplir con los demás; o b) toda situación en la que resulten aplicables al menos un mandato y un permiso, en la que el agente empíricamente puede cumplir el/los mandato/s y ejercitar el permiso individualmente, pero en la que el cumplimiento de algun/os mandato/s elimina la posibilidad empírica de ejercitar el permiso, o el ejercicio del permiso elimina la posibilidad empírica de cumplir con los demás mandatos*<sup>9</sup>.

Por su parte, el concepto de ‘dilema’ (moral) parece ser más restringido. Por un lado, puede considerarse más restringido porque aunque resulta habitual su uso en el ámbito del discurso moral, no suele usarse en el ámbito jurídico (aunque no conozco ninguna buena razón para no aplicar este concepto al discurso jurídico), si bien en ocasiones se utiliza también en otros ámbitos del discurso práctico (como, por ejemplo, cuando se dice que alguien está frente a un dilema por no saber qué escoger entre dos destinos turísticos para sus vacaciones). Por otra parte, hasta donde llega mi conocimiento, no hay ningún autor que afirme la posibilidad de que surjan dilemas sin que exista al tiempo un conflicto normativo, aunque

---

<sup>9</sup> Se trata de la misma definición usada en MARTÍNEZ ZORRILLA, D. (2004), *Conflictos...* (cit.), p. 112.

sí hay autores que tratan ambos conceptos como sinónimos o (la mayoría) que consideran los dilemas como una subcategoría específica dentro de la categoría más amplia de los conflictos morales. De cualquier modo, un aspecto destacable de la discusión filosófica acerca de los conflictos morales es que el discurso se ha centrado (en ocasiones de modo casi obsesivo) en la *posibilidad* de los dilemas, formando así dos “bandos”: el de los autores que niegan toda posibilidad de que puedan plantearse dilemas (sosteniendo que todas las situaciones de conflicto son en último término aparentes y que hay una respuesta para el caso), y el de los autores que afirman la posibilidad real de su aparición<sup>10</sup>. Esta atención ha repercutido, en mi opinión, en un relativo descuido de los aspectos conceptuales, puesto que puede observarse, al menos en algunos casos, que la diferente posición frente a la posibilidad de que se planteen dilemas morales obedece a que se manejan (de manera no explícita, en muchos ocasiones) distintos conceptos de ‘dilema’, de modo que se plantea una falsa controversia, dado que en cierto sentido, ambos autores tienen razón. De cualquier modo, por el momento dejaremos de lado este concepto<sup>11</sup> para centrar nuestra atención en el ámbito jurídico.

Como se ha afirmado anteriormente, para que una situación de dilema moral resulte jurídicamente relevante, el sistema jurídico debe de algún modo referirse o remitirse al discurso moral para la resolución del caso. De otro modo, lo que podemos tener es por ejemplo soluciones divergentes para un mismo caso según se analice éste desde la perspectiva jurídica o desde la perspectiva moral, o puede ocurrir que una situación sea moralmente dilemática pero que el sistema jurídico ofrezca una

---

<sup>10</sup> Citando algunos autores a modo de ejemplo: como contrarios a la posibilidad de los dilemas, encontramos a Earl Conee, Terrance McConnell o Alan Donagan; y como autores partidarios de su posibilidad pueden citarse entre otros a Bernard Williams, Ruth B. Marcus, Philippa Foot o Walter Sinnott-Armstrong.

<sup>11</sup> Se analizará en la sección IV.

respuesta determinada y unívoca, en cuyo caso, desde la perspectiva estrictamente jurídica, el dilema moral sería irrelevante.

Una de las posibilidades existentes para que se dé esta conexión y un dilema pueda llegar a tener relevancia jurídica se plantea en aquellas normas jurídicas en las que para la solución del caso se hace una remisión a la moral o se utilizan conceptos propios del discurso moral, que hacen necesario un razonamiento de carácter moral para hallar o establecer (para ser neutrales desde un punto de vista metaético) la solución del caso. En el derecho español podemos hallar varios ejemplos de este tipo de remisiones, siendo posiblemente el más conocido el del artículo 1255 del Código Civil, que establece literalmente: “Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por convenientes, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público”. Dicho precepto (en combinación con otros) establece como condición de la validez contractual la de su corrección moral, por lo que en la hipótesis de que desde una perspectiva moral se plantease un dilema (por ejemplo, por poder ampararse el objeto del contrato en un principio moral al tiempo que resulte contrario a otro principio), dicho dilema pasaría a ser jurídicamente relevante.

No son estas situaciones, sin embargo, las que en mi opinión plantean el vínculo más estrecho entre los dilemas morales y el derecho. Dicho vínculo se manifiesta más claramente, a mi parecer, en las situaciones que pueden calificarse como ‘conflictos constitucionales’<sup>12</sup>. Con ello no

---

<sup>12</sup> En realidad, este vínculo entre el derecho y los dilemas morales puede plantearse también en cualquier situación de indeterminación normativa debida a un problema de laguna normativa o de antinomia. En esas situaciones, como (desde la perspectiva positivista hartiana) el decisor goza de discrecionalidad, puede acudir al razonamiento moral para tomar su decisión, y podría ocurrir que en el ámbito moral se plantease un dilema. En cualquier caso, no incluyo estas situaciones porque no hay por qué pensar que necesariamente (o incluso

pretendo sostener ni que toda situación de conflicto constitucional dé lugar a un dilema moral, ni tampoco que los dilemas morales sólo puedan tener relevancia jurídica a través de los conflictos constitucionales (como lo muestra el ejemplo del art. 1255 del Código Civil español). Mi hipótesis es simplemente que la mayoría de situaciones en las que un dilema moral tenga relevancia jurídica, serán situaciones de conflicto constitucional.

### **III.**

Para una adecuada comprensión de estas situaciones que se han denominado ‘conflictos constitucionales’, así como de las consecuencias teóricas y prácticas que conllevan, conviene tener en cuenta que nos hallamos inmersos en un contexto que muchos autores han denominado como ‘neoconstitucionalismo’. Aunque resulta complicado precisar qué propiedades o características definen este contexto<sup>13</sup>, a efectos de lo que aquí interesa basta con señalar lo siguiente: Si durante el siglo XIX y primeras décadas del XX los textos constitucionales occidentales fundamentalmente abarcaban y regulaban aspectos institucionales y procedimentales (tales como la estructura jurídico-política básica del estado, la composición y funciones de sus principales órganos, los procedimientos legislativos, etc.), en tiempos más recientes, fundamentalmente durante el último medio siglo, se han ido incorporando otros elementos de marcado contenido sustantivo, usualmente denominados como ‘derechos

---

usualmente) se trate de controversias que tengan relevancia moral o que deban ser resueltas conforme a un razonamiento de tipo moral (cabén muchas otras alternativas, como usar criterios económicos, de oportunidad, políticos, etc.), mientras que la vinculación con el discurso moral es mucho más estrecha en el caso de los conflictos constitucionales.

<sup>13</sup> Una de las exposiciones más completas y sistemáticas de las características que definirían un contexto jurídico neoconstitucionalista puede encontrarse en GUASTINI, R. (2003), “La constitucionalización del ordenamiento jurídico”, en CARBONELL, M. (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, pp. 49-73.

fundamentales’, ‘bienes constitucionales’, ‘valores’, ‘principios’, etc. Dichos elementos suelen ser expresados en un lenguaje con un alto nivel de vaguedad y una evidente carga emotiva, lo cual ha provocado, junto con la consideración de las constituciones (incluyendo todos sus preceptos) como auténticas normas jurídicas vinculantes y superiores a cualquier otra fuente, que un gran número de controversias jurídicas tengan “relevancia constitucional”, en el sentido de que resulta muy habitual que una pretensión pueda entenderse como que está jurídicamente amparada por alguno de estos derechos, valores, bienes o principios constitucionales. Lo anterior además se complica por el hecho de que, al estar expresados en términos tan generales, vagos y emotivos, en muchas ocasiones las pretensiones opuestas en un conflicto pueden entenderse, al menos *prima facie*, como que ambas se encuentran constitucionalmente amparadas, al encontrar acomodo dentro del gran elenco de derechos, principios, bienes y valores reconocidos por las constituciones.

Tales situaciones en las que pretensiones distintas e incompatibles pueden verse (o al menos así se presentan) como simultáneamente protegidas por derechos, bienes, etc. constitucionales son las que aquí se denominan genéricamente como ‘conflictos constitucionales’. A modo de ejemplo, en la jurisprudencia constitucional española, una situación bastante habitual ha sido aquella en la que la publicación de cierta noticia o información en un medio de comunicación repercute negativamente, por su contenido, en la credibilidad, fama o buena imagen pública de otra u otras personas, o bien afecta a su intimidad. Sin entrar en más detalles y en una primera aproximación, en situaciones de este tipo la pretensión del periodista de hacer pública la noticia o dar esa información encuentra amparo en lo dispuesto por el art. 20.1 d) de la constitución española<sup>14</sup>, mientras que la pretensión de las personas afectadas de que su imagen no

---

<sup>14</sup> Art. 20.1 d) CE: “Se reconocen y protegen los derechos: (...) d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión (...)”.

se vea perjudicada o su intimidad puesta al descubierto hallaría amparo en el art. 18.1 de la misma<sup>15</sup>.

Las situaciones de conflicto constitucional, al margen de las evidentes dificultades prácticas que plantean (pues los tribunales han de dar respuesta a estos casos), suscitan también complejas e interesantes cuestiones teóricas, como por ejemplo: a) qué tipo de normas jurídicas son las que entran en juego (es común afirmar que los preceptos que entran en colisión son *principios*, en contraposición a las *reglas*); b) problemas de interpretación normativa (si se admite la distinción entre ‘disposición normativa’ -como enunciado lingüístico- y ‘norma’ -como significado de la disposición, obtenido mediante la interpretación-, es claro que podría darse el caso de que en algunas interpretaciones, el conflicto podría manifestarse, mientras que en otras no, y la cuestión es problemática debido al alto nivel de vaguedad y carga emotiva de las expresiones utilizadas; c) calificación de estas situaciones, siguiendo la terminología de Guastini<sup>16</sup>, como ‘conflictos *in concreto*’ o como ‘*conflictos in abstracto*’; d) carácter “real” o meramente aparente de estos conflictos; etc. Algunas de estas cuestiones ya han sido analizadas con detenimiento en otro lugar<sup>17</sup>, por lo que no voy a entrar en ellas. Se partirá, eso sí, de la idea de que al menos algunas de estas situaciones son de auténtico conflicto, es decir, que se ajustan a la definición de ‘conflicto normativo’ expuesta en II, a pesar de que no faltan autores que consideran que se trata siempre de aparentes conflictos<sup>18</sup>.

---

<sup>15</sup> Art. 18.1 CE: “Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen”.

<sup>16</sup> Esta distinción se puede hallar en GUASTINI, R. (1996), “I principi nel diritto positivo”, en *Distinguendo*, Torino. Giappichelli.

<sup>17</sup> En MARTÍNEZ ZORRILLA, D. (2004), *Conflictos...* (cit.), cap. II.

<sup>18</sup> Entre otros, es el caso de Ignacio de Otto en De OTTO, I. (1998), “La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.3 de la Constitución”, en De OTTO, I., y MARTÍN-RETORTILLO, L. (1988), *Derechos*

Un aspecto destacable de las situaciones de conflicto constitucional es que no se les puede hacer frente, para su resolución, mediante los clásicos criterios de resolución de antinomias jurídicas. No puede usarse el criterio de *lex superior*, porque se asume (como regla general, al menos) que todos los preceptos constitucionales tienen la misma jerarquía formal<sup>19</sup>; tampoco el de *lex posterior*, por formar parte de un único texto legal y coetáneo. No existiría impedimento, como creo que adecuadamente sostiene Guastini<sup>20</sup>, para la posibilidad de usar el criterio de *lex specialis*, aunque ello habitualmente no será posible porque no suelen plantearse las relaciones de especialidad requeridas para hacer uso de este criterio. Por ello, es prácticamente unánime la idea de que se requiere otro mecanismo distinto y específico para dar respuesta y solución a los conflictos constitucionales, y a tal mecanismo se le suele denominar ‘ponderación’<sup>21</sup>. Desgraciadamente, ocurre que el de ‘ponderación’ es uno de los conceptos más oscuros, resbaladizos y problemáticos de toda la teoría jurídica, y

---

*fundamentales y constitución*, Madrid, Tecnos. También JIMÉNEZ CAMPO, J. (1999), *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid, Trotta. En otro sentido, SERNA, P. y TOLLER, F. (2000), *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*, Buenos Aires, La Ley. En la misma línea, CIANCIARDO, J. (2000), *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, Pamplona, EUNSA; así como OLLERO, A. (2000), “La ponderación delimitadora de los derechos humanos: libertad informativa e intimidad personal”, en *Pensamiento y cultura* 3, pp. 157-166.

<sup>19</sup> Más discutido y problemático es el establecimiento de jerarquías materiales que en ocasiones se ha propuesto por parte de algunos autores u órganos judiciales.

<sup>20</sup> Vid. GUASTINI, R. (1998), “Principi di diritto e discrecionalita giudiziale”, en *Diritto Pubblico* 3, pp. 641-660.

<sup>21</sup> Hay que tener en cuenta, no obstante, que no sólo la ponderación no es el único instrumento conceptualmente posible para la resolución de estos conflictos, sino que además, de hecho, se han planteado alternativas muy interesantes, como la teoría coherentista de Susan Hurley, en HURLEY, S.L. (1989), *Natural Reasons. Personality and Polity*, New York, Oxford University Press, y HURLEY, S.L. (1990), “Coherence, Hypothetical Cases and Precedent”, en *Oxford Journal of Legal Studies* 1990 pp. 221-251.



por razones de espacio no podemos tratarlo en detalle<sup>22</sup>. Lo único que voy a destacar de la ponderación es que ésta puede analizarse, al menos, desde las tres perspectivas siguientes: a) conceptual (en qué consiste la ponderación), b) metodológica (cómo se lleva a cabo la ponderación), y c) normativa (cómo se debe ponderar, o cuándo y cómo una ponderación puede considerarse correcta o justificada). Por desgracia, estos tres aspectos o perspectivas de análisis no suelen ser convenientemente distinguidos, y en ocasiones se entremezclan. Además, si bien, por lo que respecta al aspecto conceptual, podría decirse que, al margen de destacables diferencias entre autores, existiría un consenso sobre el núcleo del concepto (según el cual la ponderación consistiría en la atribución o establecimiento de un valor a cada una de las alternativas en conflicto, conforme al cual se otorga preferencia a la alternativa de mayor valor), las diferencias en los otros dos ámbitos son más importantes. La falta de distinción adecuada entre estas distintas dimensiones de la ponderación se manifiesta incluso en autores reconocidos que han dedicado importantes esfuerzos teóricos a la ponderación, como es el caso de Robert Alexy. Alexy se refiere a la ponderación desde una perspectiva metodológica cuando sostiene que la ponderación se realiza mediante el establecimiento de una relación de precedencia condicionada entre los dos principios en conflicto, de tal modo que dicha relación da lugar a una regla con la estructura ‘C → R’, en donde ‘C’ son las circunstancias de la relación de precedencia, que actúan como supuesto de hecho de la regla, y ‘R’ es la consecuencia jurídica prescrita por el principio que tiene preferencia<sup>2324</sup>. En cambio, un poco más

---

<sup>22</sup> Un análisis detallado se encuentra en MARTÍNEZ ZORRILLA, D. (2004), *Conflictos...* (cit.), cap. III.

<sup>23</sup> Vid. ALEXY, R. (1993), *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEC, pp. 90-98.

<sup>24</sup> La concepción de la ponderación, desde esta perspectiva metodológica, como un mecanismo para la elaboración de reglas que permitan resolver futuros casos mediante un razonamiento subsuntivo es también mantenida por otros autores como Prieto (por ejemplo, en PRIETO, L. (2003), “El juicio de ponderación”, en *Justicia constitucional y derechos*

adelante<sup>25</sup> el autor se sitúa en una perspectiva normativa cuando sostiene que la ponderación se rige por la ‘ley de la ponderación’ o ‘principio de proporcionalidad’ (subdividido a su vez en los subprincipios de adecuación o idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto), conforme al cual, en síntesis, cuanto mayor es el grado de afectación o no satisfacción de uno de los principios en juego, tanto mayor debe ser el grado de satisfacción o realización del otro. Esto es, de lo que ahora se trata es de tener un criterio o procedimiento que determine cuándo una ponderación es correcta o está justificada desde una perspectiva axiológica; en definitiva, cómo hay que regirse a la hora de establecer preferencias condicionadas (en forma de reglas) entre los elementos en conflicto. Lo que en mi opinión es un error de Alexy es el pensar que existe una vinculación conceptual entre el establecimiento de relaciones de precedencia condicionada y el principio de proporcionalidad, cuando no existe impedimento conceptual alguno en imaginar algún mecanismo o criterio para el establecimiento de relaciones de precedencia condicionada basados en algo distinto a los grados de afectación o satisfacción de los elementos en conflicto.

De las tres perspectivas señaladas, me interesa ahora la normativa, por lo siguiente: como se ha dicho reiteradamente, los elementos (derechos, bienes, valores, principios, etc.) que entran en juego en las situaciones de conflicto constitucional cuentan con una importante carga valorativa, y muchos de ellos pueden ser considerados netamente como conceptos

---

*fundamentales*, Madrid, Trotta, pp. 175-216), Moreso (en MORESO, J.J. (2003), “Conflictos entre principios constitucionales”, en CARBONELL, M. (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, pp. 99-121), o Mendonca (en MENDOCA, D. (2003), *Los derechos en juego. Conflicto y balance de derechos*, Madrid, Tecnos), y se trata de una concepción muy atractiva a la cual me adhiero en MARTÍNEZ ZORRILLA, D. (2004), *Conflictos...* (cit.), cap. III.

<sup>25</sup> ALEXY, R. (1993), *Teoría...* (cit.), pp. 161 ss.

morales o propios del discurso moral (por ejemplo, y al margen del propio concepto de ‘derecho humano’, o ‘derecho fundamental’, aparecen otros como ‘dignidad humana’, ‘tratos inhumanos o degradantes’, ‘integridad moral’, ‘honor’, ‘libre desarrollo de la personalidad’, ‘justicia’, etc.<sup>26</sup>). Dado que todos ellos forman parte de igual modo del texto constitucional y carecemos, en principio, de criterios estrictamente formales (como *lex superior*, etc.) para determinar una solución, parece que la alternativa más razonable es trasladar la cuestión al discurso moral<sup>27</sup>, a fin de poder ofrecer también una respuesta a la controversia jurídica, que en su contenido tampoco difiere de manera destacable de una controversia moral.

En este contexto, en la hipótesis de que en el ámbito moral se plantee un dilema, de modo que no pueda determinarse qué alternativa debe escogerse o es la correcta, este dilema se trasladará asimismo al ámbito jurídico; o, dicho de otra manera, será un dilema moral relevante jurídicamente. Es por esta razón por la que antes se ha considerado que el de los conflictos constitucionales es probablemente el vínculo más destacable entre los dilemas morales y el ámbito jurídico. Dicho esto, es el momento de entrar en mayores detalles por lo que respecta a los dilemas morales.

#### IV.

Como se indicó anteriormente, el debate filosófico sobre los dilemas morales ha puesto el acento en la discusión acerca de su posibilidad (tanto conceptual como empírica), esto es, si pueden o no plantearse auténticas situaciones de dilema. En cambio, en ocasiones lo que ha ocurrido es que

---

<sup>26</sup> Todos estos conceptos aparecen en el texto de la constitución española de 1978.

<sup>27</sup> Nótese que se dice “alternativa más razonable” y no “la única” o “la única posible”, ya que podría solucionarse la cuestión de otro modo, por ejemplo, mediante criterios económicos de cálculo coste-beneficio.

el debate ha resultado un tanto artificial, porque el concepto de ‘dilema’ manejado no era siempre coincidente entre los diversos autores y ello determinaba en parte su posición acerca de la posibilidad de los dilemas. Por ello, considero que es de gran importancia contar con un concepto claramente determinado de ‘dilema’, aun a costa de que pueda resultar un tanto estipulativo, para clarificar el análisis y poder plantear la discusión en términos más claros.

En primer lugar, parece claro que cuando hablamos de dilemas (morales) estamos hablando de algo emparentado con los conflictos normativos (morales). No conozco ningún autor que no considere que un dilema es al mismo tiempo una situación de conflicto. Ahora bien, mientras que hay algunos que tratan los términos ‘conflicto’ y ‘dilema’ como sinónimos<sup>28</sup>, la mayoría parece restringir la noción de ‘dilema’ a una categoría específica de conflicto, normalmente a un tipo de conflicto normativo que resulta especialmente “importante” o “problemático”. Lo que ocurre es que hay diversos modos de considerar que un conflicto es “problemático” o “importante”. Una posibilidad es atender al grado de importancia o relevancia que, desde un punto de vista valorativo (no necesariamente moral), tienen los derechos, intereses, bienes o valores en juego. Desde este punto de vista, no sería merecedora de llamarse ‘dilema’ una situación de conflicto entre dos promesas de contenido trivial, mientras que sí lo sería (o podría serlo) la situación en la que se ve involucrada la vida de las personas (por ejemplo, por tener que decidir a quién se salva la vida, siendo imposible salvársela a todos). La principal dificultad que ofrece este criterio es que resulta demasiado vago y subjetivo, de modo que no

---

<sup>28</sup> Tal sería el caso de Alan Donagan, en DONAGAN, A. (1977), *The Theory of Morality*, Chicago, Chicago University Press, y en DONAGAN, A. (1996), “Moral Dilemmas, Genuine and Spurious: A Comparative Anatomy”, en MASON, H.E. (ed.), *Moral Dilemmas and Moral Theory*, Oxford, Oxford University Press, pp. 11-22.

siempre se podrá distinguir claramente una situación de dilema moral de otra de “simple” conflicto. Por esta razón, resulta preferible seguir otra estrategia, y esa estrategia consiste en hacer depender el concepto de la estructura del conflicto normativo. De ese modo, los dilemas morales serán aquellos conflictos normativos (morales) que presenten cierta estructura, que no presentan siempre los conflictos normativos.

Resulta bastante habitual en la literatura sobre conflictos y dilemas morales diferenciar entre las obligaciones *prima facie* y las obligaciones ‘*all-things considered*’ (que aquí podríamos traducir como ‘obligaciones definitivas’). La noción de obligación *prima facie* fue introducida por W.D. Ross en 1930<sup>29</sup> y desde entonces su uso se ha extendido de manera considerable. Resulta necesario, no obstante, aclarar que la expresión ‘obligación *prima facie*’ es ambigua, puesto que se utiliza en dos sentidos distintos, a saber:

- a) *Según la posición que ocupa en el razonamiento relativo a qué se debe hacer.* En este sentido, que es el que predomina en la filosofía moral, es un deber u obligación *prima facie* toda aquella alternativa de acción en un conflicto, que en principio o a primera vista (*prima facie*) debe llevarse a cabo, pero que resulta finalmente desechada o superada por otra alternativa que se juzga como superior o más importante, que es lo que en definitiva debe hacerse (obligación definitiva).
- b) *Como sinónimo de ‘derrotable’ (defeasible).* La idea de ‘derrotabilidad’, que tiene su origen en el desarrollo de las lógicas no monótonas pero que ha visto

---

<sup>29</sup> En ROSS, W.D. (1930), *The Right and the Good*, Oxford, Clarendon Press.

ampliada su aplicación a muchos otros campos, supone, en síntesis, y aplicada al ámbito normativo, que para la aplicación de una norma es necesario, además de la concurrencia de todas las circunstancias establecidas en su antecedente, todo un conjunto de otras circunstancias implícitas que en el supuesto de no concurrir provocan que la norma sea ‘derrotada’, y en consecuencia no aplicable. Usando un ejemplo del ámbito jurídico, la obligación del juez de castigar al homicida es una obligación derrotable porque no basta con que se haya dado la circunstancia de que alguien haya matado a otro, sino además es necesario que concurren otros requisitos (que el homicida sea mayor de edad penal, que no se hallara en situación de enajenación mental, que no fuera un acto de legítima defensa, etc.) que en caso de no concurrir provocan que la norma no pueda aplicarse.

Aunque relacionados, se trata de dos sentidos distintos, puesto que si bien necesariamente toda obligación *prima facie* en el primer sentido es asimismo una obligación derrotable (y derrotada), no ocurre a la inversa: una obligación puede ser derrotable y no ser, en algunos casos, una obligación *prima facie* en el primer sentido, sino una obligación definitiva (por ejemplo, cuando no entra en colisión con otras obligaciones, o cuando a pesar del conflicto, resulte la obligación vencedora).

Para el propósito de este trabajo, se entenderá como ‘dilema (moral)’ *toda situación de conflicto normativo (moral) en la que el sistema normativo (moral) carezca de recursos (criterios, escalas, procedimientos, etc.) para poder determinar la obligación definitiva de entre las distintas obligaciones prima facie en conflicto*; esto es, serán dilemáticas aquellas situaciones de conflicto en las que no pueda

establecerse la obligación definitiva. Se trata de un criterio netamente estructural que no entra a considerar la “importancia” de la situación ni los valores, derechos o bienes involucrados en ella, de modo que puede darse perfectamente el caso de que un conflicto entre dos obligaciones triviales resulte ser un dilema, mientras que otra situación en la que los bienes en juego son más importantes y cualquier alternativa desagradable (como por ejemplo tener que escoger entre salvar a un paciente a costa de provocarle graves disfunciones físicas y psicológicas o dejarlo morir) puede no serlo.

## V.

No es el propósito del presente trabajo decir si en la práctica (en lo que llamaríamos “el mundo real”) estas situaciones son posibles o si por el contrario nunca se manifiestan, o cuáles serían ejemplos concretos de situaciones de dilema. Incluso no se niega la posibilidad de que en algunos sistemas morales (quizás en el sistema moral “verdadero” de los objetivistas cognoscitivistas) no quepa la posibilidad de indeterminación que caracteriza a los dilemas. Si son posibles, y en qué casos pueden surgir dilemas morales, es algo que dependerá del concreto contenido que tenga el sistema normativo moral manejado. El único propósito aquí es conceptual: si ocurren situaciones de conflicto normativo en el ámbito moral en las que el sistema no permita determinar cuál es la obligación definitiva de entre las distintas obligaciones *prima facie* en conflicto, estaremos frente a un dilema moral. De lo que ahora se trata es de ver en qué situaciones los dilemas serían conceptualmente posibles (independientemente de si se manifiestan o no en la práctica) y cuáles serían las consecuencias normativas de tales situaciones. Bajo mi punto de vista, existen dos claros candidatos para situaciones de dilema: a) la equivalencia entre las alternativas; b) los casos de incomparabilidad.

## *La equivalencia de las alternativas*

Simplificando los términos, diríamos que las situaciones de equivalencia son aquellas en las que las obligaciones incompatibles en disputa “valen” lo mismo, en el sentido de que su valor o importancia desde el punto de vista deóntico es idéntico, de manera que no puede reputarse a una de las alternativas como de mayor importancia que la/s otra/s, y ninguna obligación desplaza a las demás convirtiéndose así en la obligación definitiva. En pocas palabras, serían casos de empate. Las situaciones de equivalencia requieren conceptualmente que las alternativas en conflicto sean comparables y conmensurables (evaluables en términos de una escala común a la que se pueden reducir o conforme a la cual se pueden evaluar), y esto las diferenciaría de las situaciones de incomparabilidad que veremos más adelante.

Es importante destacar que para que un conflicto normativo constituya una auténtica equivalencia entre alternativas, éstas últimas han de ser iguales en su valor deóntico desde todos los puntos de vista moralmente relevantes (cuáles sean éstos es algo que dependerá del sistema moral manejado). Como resulta habitual que muchas situaciones o cursos de acción sean relevantes desde distintas perspectivas o atendiendo a distintos criterios moralmente relevantes, es razonable pensar que los casos de auténtica equivalencia, aunque conceptualmente posibles, resultarán poco frecuentes. Por ejemplo: imaginemos una situación en la que el agente no puede satisfacer dos promesas que hizo porque el cumplimiento de cualquiera de ellas impide el de la otra. Los comportamientos en juego, *en tanto que cumplimiento de promesas*, tienen el mismo valor deóntico, porque ambos se subsumen en el principio moral general de que deben cumplirse las promesas. Ahora bien, puede perfectamente ocurrir que desde otros puntos de vista moralmente relevantes (por ejemplo, cómo quedan afectados en cada caso los intereses de la otra parte y de terceros en los supuestos de cumplimiento o incumplimiento), las alternativas resulten muy distintas, lo que constituiría un criterio para decidir qué



alternativa ejecutar. Incluso en situaciones que parecen muy equilibradas, como podría ser aquélla en la que debe decidirse a quién, de entre dos pacientes, se le aplica un tratamiento médico para salvarle la vida, no habiendo recursos suficientes para tratar a los dos pacientes, pueden existir diferencias en aspectos moralmente relevantes que determinen la solución del conflicto (por ejemplo, podría ocurrir que la vida de un paciente sólo pudiera ser salvada a costa de graves dolores y limitaciones, mientras que el otro paciente llevaría una vida normal, o que uno de los pacientes tenga unas probabilidades de éxito en el tratamiento significativamente mayores, o que uno de los pacientes sea significativamente más joven, o que requiera de menos recursos para su tratamiento, de modo que podrían ser tratadas más personas, etc.). Quizás un supuesto de auténtica equivalencia sería el de dos siameses que comparten varios órganos vitales, de modo que sólo puede sobrevivir uno de ellos, siendo las posibilidades de éxito similares para cualquiera de los dos.

Pero dejando al margen el tema de la posibilidad “real” de que se planteen casos de equivalencia, si así fuera estaríamos ante una situación de dilema. La cuestión es ahora qué consecuencias se derivarían de dicha situación. Una posibilidad es pensar que cualquier decisión que se tome estará igualmente injustificada y será por ello incorrecta, de modo que no es posible evitar el “mal” o el “error” (y éste sería uno de los elementos trágicos de las situaciones de dilema). Otra alternativa, muy interesante, es la que adoptan autores como A. Donagan<sup>30</sup>, E. Conee<sup>31</sup>, T. McConnell<sup>32</sup>,

---

<sup>30</sup> Vid. DONAGAN, A. (1984), “Consistency in Rational Moral Systems”, en GOWANS, C.W. (ed.) (1987), *Moral...* (cit.), pp. 271-290.

<sup>31</sup> Vid. CONEE, E. (1982), “Against Moral Dilemmas”, en GOWANS, C.W. (ed.) (1987), *Moral...* (cit.), pp. 239-249.

<sup>32</sup> Vid. McCONNELL, T. (1993), “Dilemmas and Incommensurabilities”, en *The Journal of Value Enquiry* 27, pp. 247-252.

D. Brink<sup>33</sup> o M.J. Zimmerman<sup>34</sup>. Estos autores, en lugar de sostener que cualquier decisión que se tome será incorrecta, afirman que todas las alternativas en conflicto están moralmente permitidas, o dicho de manera más precisa, que existiría una obligación alternativa entre las distintas obligaciones *prima facie*, de modo que debe cumplirse alguna de las obligaciones en conflicto, pero no importa, desde el punto de vista moral, cuál de ellas se lleve a cabo. Lo único que no sería moralmente correcto sería eludir todas las obligaciones en conflicto, pero cumpliendo cualquiera de ellas, sin importar cuál, nuestro comportamiento sería moralmente irreprochable. También Alexy, en el ámbito de la teoría jurídica, mantiene una posición muy similar, afirmando que en los casos de empate existe discrecionalidad<sup>35</sup>.

---

<sup>33</sup> Vid. BRINK, D.O. (1996), “Moral Conflict and its Structure”, en MASON, H.E. (ed.), *Moral...* (cit.), pp. 102-126.

<sup>34</sup> Vid. ZIMMERMAN, M.J. (1996), *The Concept of Moral Obligation*, Cambridge, Cambridge University Press.

<sup>35</sup> ALEXY, R. (2002), “Epílogo a la *Teoría de los derechos fundamentales*”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 66, pp. 13-64; ALEXY, R. (2003a), “Constitutional Rights, Balancing, and Rationality”, en *Ratio Iuris* vol. 16 nº 2, pp. 131-140; y ALEXY, R. (2003b), “On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison”, en *Ratio Iuris* vol. 16 nº 4, pp. 433-449. En su desarrollo del principio de proporcionalidad que debe regir la ponderación, este autor propone una escala triádica conforme a la cual puede valorarse tanto el grado o nivel de afectación o lesión de uno de los principios en conflicto, como el grado o nivel de satisfacción o realización del otro, según cuál sea la alternativa a elegir. Esta afectación o satisfacción puede ser ‘leve’, ‘moderada’ o ‘grave’ (o ‘intensa’ si hablamos de satisfacción y no de lesión), y el principio de proporcionalidad supone una preferencia de una alternativa sobre otra en función de los grados que han sido asignados a cada elemento (por ejemplo, si una alternativa supone una satisfacción ‘intensa’ de un principio mientras que supone sólo una lesión ‘leve’ del otro, ésta sería la alternativa correcta. No obstante, existen tres casos de empate: aquellos en que tanto la afectación como la satisfacción son ambos ‘leves’, ‘moderados’ o ‘intensos’. En tales casos, dice Alexy, existe discrecionalidad, que se traduce, en el contexto del examen de constitucionalidad que llevan a cabo determinados órganos judiciales, en que la ley debe ser declarada constitucional, pues al haber discrecionalidad corresponde al legislativo decidir libremente cómo regular la cuestión.

A fin de analizar si este punto de vista es correcto, deberíamos tratar de ver si se trata de una tesis normativa, que se limita a prescribir cómo hemos de actuar frente a situaciones de equivalencia, o bien si se trata de una tesis conceptual, esto es, de algo que se sigue lógicamente o conceptualmente a partir de los propios conceptos de ‘obligación moral’ y ‘permisión moral’. La primera alternativa es menos interesante desde el punto de vista filosófico, puesto que se trataría de algo contingente, relativo al sistema normativo manejado, que puede contener o no una prescripción de este tipo para guiar la conducta en casos de equivalencia. Por el contrario, si se trata de una tesis conceptual, podremos afirmar que en ese tipo de supuestos *necesariamente* existe una obligación de realizar alguno de los comportamientos incompatibles, sin que exista ninguna preferencia por alguno de ellos puesto que ambos están moralmente permitidos.

Para analizar la cuestión desde esta perspectiva conceptual, partiremos del examen del concepto de ‘obligación moral’ desarrollado por M. J. Zimmerman<sup>36</sup>. Conforme a este autor, que algo es moralmente obligatorio significa: *el agente S debe, en el momento T, hacer A en T’*, si y sólo si a) *S puede (empíricamente) hacer A en T’*; b) *S puede (empíricamente) abstenerse de hacer A en T’*; y c) *todo mundo accesible en el que S no hace A en T’ es deónticamente inferior a algún mundo en*

---

<sup>36</sup> En ZIMMERMAN, M.J. (1996), *The Concept...* (cit.). El análisis de este autor plantea complejas e interesantes cuestiones que no pueden ser aquí discutidas, como por ejemplo hasta qué punto sería su reconstrucción compatible con las diferentes concepciones metaéticas, o si su análisis de expresiones como ‘debo moralmente hacer A’ se refiere a genuinas normas o bien a proposiciones normativas. Para algunos comentarios sobre estas cuestiones, vid. MARTÍNEZ ZORRILLA, D. (2004), *Conflictos...* (cit.), cap. IV sec 1.1. Bajo mi punto de vista, la reconstrucción de Zimmerman resulta neutral en relación con las distintas concepciones metaéticas y se refiere a proposiciones normativas.

el que *S* hace *A* en  $T$ <sup>37</sup>. Por su parte, la permisión moral se define en los términos siguientes: *el agente S puede (deónticamente), en el momento T, hacer A en T', si y sólo si a) S puede (empíricamente) hacer A en T'; b) S puede (empíricamente) abstenerse de hacer A en T'; y c) cualquier mundo accesible en el que S no hace A en T' no es deónticamente superior a algún mundo accesible en el que S hace A en T'<sup>38</sup>.*

---

<sup>37</sup> Vid. ZIMMERMAN, M.J. (1996), *The Concept...* (cit.), p. 26. En pp. 26 y 27 ofrece la siguiente definición, más formalizada:

El agente *S* debe, en el momento *T* en el mundo *W*, hacer *A* en  $T'$ , si y sólo si:

- a) Existe un mundo  $W'$  tal que  $W'$  es accesible para *S* desde *W* en *T* y *S* hace *A* en  $T'$  en  $W'$
- b) Existe un mundo  $W''$  tal que  $W''$  es accesible para *S* desde *W* en *T* y *S* no hace *A* en  $T'$  en  $W''$
- c) Para todo mundo  $W''$  tal que  $W''$  es accesible para *S* desde *W* en *T* y *S* no hace *A* en  $T'$  en  $W''$ , existe un mundo  $W'$  tal que:
  - 1)  $W'$  es accesible para *S* en *W* en *T*
  - 2) *S* hace *A* en  $T'$  en  $W'$
  - 3) El valor deóntico para *S* en *T* de  $W'$  es mayor que el valor deóntico para *S* en *T* de  $W''$ , y
  - 4) No existe ningún mundo  $W'''$  tal que
    - i)  $W'''$  es accesible para *S* desde *W* en *T*
    - ii) *S* no hace *A* en  $T'$  en  $W'''$ , y
    - iii) El valor deóntico para *S* en *T* de  $W'''$  es mayor que el valor deóntico para *S* en *T* de  $W'$

<sup>38</sup> Vid. ZIMMERMAN, M.J. (1996), *The Concept...* (cit.), p. 32. En una versión más formalizada (p.32):

El agente *S* puede (deónticamente), en *T* en *W*, hacer *A* en  $T'$  si y sólo si:

- a) Existe un mundo  $W'$  tal que  $W'$  es accesible para *S* desde *W* en *T* y *S* hace *A* en  $T'$  en  $W'$
- b) Existe un mundo  $W''$  tal que  $W''$  es accesible para *S* desde *W* en *T* y *S* no hace *A* en  $T'$  en  $W''$ , y
- c) Para todo mundo  $W''$  tal que  $W''$  es accesible para *S* desde *W* en *T* y *S* no hace *A* en  $T'$  en *W*, existe un mundo  $W'$  tal que
  - 1)  $W'$  es accesible para *S* en *W* en *T*
  - 2) *S* hace *A* en  $T'$  en  $W'$
  - 3) El valor deóntico para *S* en *T* de  $W''$  no es mayor que el valor deóntico para *S* en  $T'$  de  $W'$

Puesto en términos muy simples, diríamos que un comportamiento es moralmente obligatorio cuando, conforme al sistema moral manejado, su realización es superior (tiene más valor deóntico) que su no realización, vistas todas las alternativas empíricamente posibles, mientras que algo está moralmente permitido cuando su realización no es peor (no tiene menor valor deóntico) que su no realización, vistas también todas las alternativas.

De acuerdo con estos conceptos, puede concluirse que la posición de los autores referidos es correcta, puesto que desde una perspectiva conceptual, en situaciones de equivalencia entre alternativas, cualquier curso de acción de entre las mutuamente incompatibles y del mismo valor que se elija está moralmente permitida, existiendo, eso sí, una obligación de llevar a ejecución alguna de ellas. Ello es así porque, en situaciones de ese tipo, sea cual sea la opción escogida de entre las conflictivas, se dará lugar a una situación respecto de la cual no existe ninguna alternativa deónticamente mejor; esto es, ninguna situación en la que se escoja otra alternativa será mejor, puesto que, como son de valor equivalente, a lo sumo serán del mismo valor. De ese modo, la situación se ajusta a la definición de ‘permisión moral’, pero no a la de ‘obligación moral’, puesto que con ninguna de las alternativas se da lugar a una situación deónticamente mejor que con las demás. Lo que sí que existe, como bien sostienen estos autores, es una obligación moral de realizar alguno de los comportamientos moralmente equivalentes, puesto que en este caso, cualquier situación en la que se ejecuta cualquiera de las dos obligaciones *prima facie* en conflicto resulta moralmente mejor que cualquier otra situación en la que ninguna de ellas es cumplida. Usando un ejemplo: puede que resulte equivalente y por ende moralmente neutra la elección entre salvar a A y no salvar a B, o salvar a B y no salvar a A (siendo imposible salvar a ambos), y en consecuencia cualquiera de esas dos alternativas está moralmente permitida (en tanto que no existe una alternativa mejor, sea cual sea la elección tomada), pero en todo caso habría una obligación moral de salvar a uno de los dos, en tanto que

cualquier alternativa en que eso ocurre es deónticamente mejor a la alternativa de no salvar a ninguno.

### *La incomparabilidad*

Un segundo tipo de contexto que parece apropiado para dar lugar a la aparición de dilemas morales es el de las situaciones de incomparabilidad. De forma similar a lo que ha ocurrido con la discusión sobre los dilemas morales, también se ha desarrollado una interesante y compleja discusión filosófica acerca de la incomparabilidad, si bien en este debate suele preferirse hacer uso del término ‘incommensurabilidad’. Si aquí uso la expresión ‘incomparabilidad’ es porque, siguiendo la línea de algunos autores, considero que se trata de dos situaciones diferenciables y que la más “interesante”, por lo que a las consecuencias para el razonamiento práctico se refiere, es la de incomparabilidad. Es relativamente habitual, sin embargo, usar ambos términos como sinónimos<sup>39</sup>, normalmente en el sentido de ‘incomparabilidad’.

Como se acaba de apuntar, el debate filosófico sobre la incomparabilidad es rico y complejo, por lo que aquí me limitaré a unas pequeñísimas pinceladas<sup>40</sup>, tomando como referencia la obra de Ruth

---

<sup>39</sup> Como es el caso de J. Raz en RAZ, J. (1986), *The Morality of Freedom*, Oxford, Clarendon Press, p. 322; también E. Millgram en MILLGRAM, E. (1997), “Incommensurability and Practical Reasoning”, p. 151, en CHANG, R. (1997) (ed.), *Incommensurability, Incomparability and Practical Reason*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, pp.151-169; o S. Lukes en LUKES, S. (1997), p. 184, en “Comparing the Incomparable: Trade-offs and Sacrifices”, en CHANG, R. (1997) (ed.), *Incommensurability...* (cit.), pp. 184-195.

<sup>40</sup> Con algo más de detenimiento, y examinando las conexiones entre la incomparabilidad y las situaciones de dilema, puede verse MARTÍNEZ ZORRILLA, D. (2004), *Conflictos...* (cit.), Cap. IV secc. 2.2.

Chang<sup>41</sup>. Esta autora distingue entre los conceptos de ‘incomensurabilidad’ e ‘incomparabilidad’. La incomensurabilidad consistiría simplemente en la imposibilidad de valorar dos o más elementos (objetos, situaciones, alternativas de acción, etc.) conforme a una única escala de valor de tipo cardinal. Por ejemplo, la amistad que nos une con distintas personas parece un caso de incomensurabilidad (sería extraño que afirmásemos, por ejemplo, que con A nos une una amistad de 8,3 puntos en una escala del 0 al 10, mientras que con B nos une una amistad de 6,7 puntos, en la misma escala). Parece haber muchísimas situaciones de incomensurabilidad, que por otro lado no parecen resultar habitualmente muy problemáticas, ya que en la mayoría de casos no impiden realizar juicios de valor comparativos (por ejemplo, a pesar de no contar con una escala numérica del valor ‘amistad’, podemos afirmar que con A nos une una amistad más estrecha que con B, o que nuestra amistad tanto con A como con B es igual de intensa). Dicho en otros términos, como en ocasiones se afirma, la incomensurabilidad impide realizar comparaciones en una escala cardinal, pero no impide las comparaciones en una escala ordinal (mejor, peor, del mismo valor que).

Por su parte, la incomparabilidad supone la imposibilidad de establecer una relación comparativa afirmativa entre dos o más elementos (objetos, situaciones, alternativas de acción, etc.)<sup>42</sup>. Usualmente se considera que las relaciones comparativas (evaluativas) son tres: ‘mejor que’, ‘peor que’ y ‘del mismo valor que’ (lo que Chang denomina como ‘tesis tricotómica’). En consecuencia, la incomparabilidad supone que dados dos elementos A y B, es falso que A sea mejor que B, que A sea

---

<sup>41</sup> Vid. CHANG, R. (1997), “Introduction”, en CHANG, R. (ed.) *Incommensurability...* (cit.), pp. 1-34, y CHANG, R. (1998), “Comparison and the Justification of Choice”, en *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 146, nº 5, pp. 1487-1528.

<sup>42</sup> CHANG, R. (1997), “Introduction” (cit.), pp. 4-5.

peor que B, y que A y B sean del mismo valor. Como se verá fácilmente, los conceptos de ‘incomparabilidad’ e ‘inconmensurabilidad’ son fácilmente distinguibles, y mientras que la incomparabilidad implica asimismo la inconmensurabilidad, lo contrario no ocurre. También resulta fácil ver que la incomparabilidad tiene (o puede tener) consecuencias de mayor alcance para el razonamiento práctico, sobre todo si, como hacen Chang y de hecho la mayoría de los autores<sup>43</sup>, se comparte una concepción ‘comparativista’ de la razón práctica, según la cual toda elección en este ámbito para estar justificada requiere descansar sobre un juicio comparativo entre las alternativas de acción en juego. Si tal comparación es imposible, se sigue que cualquier elección estará injustificada.

Como atinadamente recuerda Chang, hay que tener muy presente que todo juicio comparativo requiere de un ‘valor de cobertura’ (*covering value*) respecto del cual dicho juicio cobra sentido. No son posibles las comparaciones en abstracto o *simpliciter*. Si por ejemplo queremos comparar un cuadro de Rembrandt con otro de Picasso, podemos hacerlo atendiendo a distintos valores de cobertura, y no sólo cuantitativos (como por ejemplo comparando las dimensiones), sino evaluativos o valorativos, como por ejemplo el nivel de perfección en la ejecución pictórica o la originalidad de la obra. Es perfectamente posible que las ordenaciones resulten incompatibles atendiendo a los distintos valores de cobertura relevantes: si, por ejemplo, se trata de escoger qué destino es mejor para

---

<sup>43</sup> Algunos autores se desmarcan implícita o explícitamente de esta concepción. A modo de ejemplo, *vid.* RAZ, J. (1997), “Incommensurability and Agency”, en CHANG, R. (1997) (ed.), *Incommensurability...* (cit.), pp. 110-128; GRIFFIN, J. (1997), “Incommensurability: What’s the Problem?”, en CHANG, R. (1997) (ed.), *Incommensurability...* (cit.), pp. 35-51; STOCKER, M. (1997), “Abstract and Concrete Value: Plurality, Conflict, and Maximization”, en CHANG, R. (1997) (ed.), *Incommensurability...* (cit.), pp. 196-214; o ANDERSON, E. (1997), “Practical Reason and Incommensurable Goods”, en CHANG, R. (1997) (ed.), *Incommensurability...* (cit.), pp. 90-109.



ubicar nuestra residencia, y hemos de escoger entre vivir en Oxford, donde siempre llueve, o vivir en las Bahamas, la ordenación de estas alternativas con toda seguridad será distinta en función de si el valor de cobertura es la bondad del clima o si lo es la posibilidad de proyección de nuestra carrera universitaria, por poner dos ejemplos. Esta disparidad de ordenaciones en función de los valores de cobertura utilizados es un dato muy relevante, como intentaré mostrar más adelante.

Como se dijo anteriormente, una situación de incomparabilidad sería aquélla en la que no puede establecerse ninguna relación comparativa afirmativa, o, dicho en otros términos, en la que resulta falso (o al menos no verdadero, para dar cabida, como en ocasiones de hace, a la indeterminación del valor de verdad) que A es mejor que B, que A es peor que B, y que A y B son del mismo valor. No entraré en la discusión de los argumentos dados a favor y en contra de la posibilidad de las situaciones de incomparabilidad, aunque sí me referiré a la original y sugerente posición de Chang sobre el tema, por considerarlo relevante para lo que se dirá posteriormente acerca de las consecuencias de la incomparabilidad para el razonamiento práctico. Chang afirma que no existen auténticas situaciones de incomparabilidad, sino que lo que ocurre es que al menos en muchos de los casos en los que así lo parece, entre los elementos se plantea otro tipo de relación comparativa “no tricotómica”, que la autora denomina como “estar a la par” (*to be on a par*)<sup>44</sup>. Para explicar en qué consiste tal relación, Chang sostiene que deben distinguirse dos aspectos o dimensiones comparativas: a) por una parte, la diferencia entre dos o más elementos puede ser ‘cero’ o ‘no-cero’, mientras que por otro lado ésta puede estar ‘sesgada’ (*biased*) a favor de alguno de los elementos, o bien ‘no sesgada’ (*unbiased*). Las relaciones comparativas clásicas pueden ser vistas de acuerdo con estas dimensiones: a) ‘A es

---

<sup>44</sup> Vid. CHANG, R. (1997), “Introduction” (cit.), pp. 25-27.

*mejor que B*: existe una diferencia no-cero entre A y B y sesgada a favor de A; b) *A es peor que B*: existe una diferencia no-cero entre A y B y sesgada a favor de B; c) *A y B son del mismo valor*: existe una diferencia cero y no-sesgada entre A y B. Según Chang, todavía es posible otra posibilidad: *A y B están a la par*: hay una diferencia no-cero y no sesgada entre A y B<sup>45</sup>. Así, las situaciones en las que podría decirse que hay incomparabilidad (como, por hipótesis, y usando un ejemplo de Raz<sup>46</sup>, la situación en la que una persona debe elegir entre cursar estudios de derecho o seguir su carrera de clarinetista, existiendo en ambos casos unas posibilidades de éxito y de realización personal relativamente iguales), en realidad las distintas opciones están a la par, que es otro tipo de relación comparativa.

Como ya dije en otro lugar, creo que la posición de Chang entremezcla de manera inadecuada las dimensiones cuantitativa y evaluativa de las comparaciones. Que la diferencia entre dos elementos sea cero o no-cero, depende de una comparación que toma como base un criterio comparativo de tipo cuantitativo, esto es, descriptivo o no evaluativo. Conforme a un criterio de este tipo, las posibles relaciones comparativas son *mayor que*, *menor que* e *igual que*. Las relaciones comparativas *mejor que*, *peor que* e *indiferente* (i.e. del mismo valor que) son en cambio evaluativas o valorativas. Éstas últimas son las relevantes en el ámbito en el que nos estamos moviendo, y para ellas la única dimensión relevante de las dos que maneja Chang es la que distingue entre diferencias *sesgadas* y *no sesgadas*<sup>47</sup>. Y desde el punto de vista

---

<sup>45</sup> En realidad, existe todavía otra posibilidad lógica de la que la autora nada dice: una diferencia cero y a la vez sesgada a favor de alguno de los elementos.

<sup>46</sup> En RAZ, J. (1986), *The Morality...* (cit.).

<sup>47</sup> Aunque se trata de otra discusión, aquí se plantea la importante cuestión de en qué medida la dimensión evaluativa depende la cuantitativa; esto es, si el hecho de considerar un elemento como mejor, peor, etc. que otro depende necesariamente o no, y en qué medida, o bajo qué circunstancias, etc., de diferencias en aspectos descriptivos cuantificables.

de la dimensión comparativa evaluativa respecto de un valor de cobertura determinado, sólo parecen ser posibles las tres relaciones propias de la llamada ‘tesis tricotómica’: o bien un elemento es mejor que el otro, o bien son todos del mismo valor.

Si la ‘tesis tricotómica’ es adecuada, parece cobrar plausibilidad la tesis de que en ocasiones se plantean situaciones de incomparabilidad. Pero ello, en mi opinión, sería una conclusión precipitada. Tomemos como base un ejemplo de la propia Chang, en el que debe elegirse al mejor de entre dos candidatos para ocupar una plaza de profesor de filosofía. Uno de esos candidatos es algo mejor que el otro en aspectos como la claridad o la profundidad de análisis, mientras que el otro es algo mejor en aspectos como la originalidad de su pensamiento y el nivel general de conocimiento del pensamiento filosófico. Supongamos que el único valor de cobertura relevante para realizar la comparación que fundamenta la decisión es el de ‘talento filosófico’. En este contexto, parece (o así lo consideraremos, por hipótesis) que ninguno de los dos aspirantes es mejor que el otro, pero al mismo tiempo tampoco parecen ser totalmente indiferentes, puesto que cada uno de ellos destaca más que el otro en aspectos que resultan importantes y valiosos para el cargo al que aspiran. Algunos dirían, pues, que como ninguno es mejor que el otro ni son del mismo valor, existe incomparabilidad (para Chang, en cambio, estarían a la par). Sin embargo, considero que hay otro modo más plausible de concebir la situación, que no implica ni sostener la incomparabilidad ni tampoco renunciar a la tesis tricotómica.

Si observamos un valor de cobertura como el de ‘talento filosófico’, sin duda veremos que se trata de un valor complejo en el que intervienen o para el cual contribuyen otros elementos más simples, como por ejemplo el de la claridad de pensamiento, la profundidad del análisis, el grado de conocimientos filosóficos, o la originalidad del pensamiento, entre otros. Dentro de cada uno de estos elementos más simples, parece

que es posible establecer una relación comparativa tricotómica: respecto a la profundidad de análisis, por ejemplo, o A es mejor que B, o B es mejor que A, o A y B son equivalentes. Es perfectamente posible, por otro lado, que la ordenación sea la inversa cuando se contempla otro de estos elementos o valores de cobertura más simples. Mi hipótesis, que en cierto modo sigue la línea de autores como Kornhauser<sup>48</sup> o Seung y Bonevac<sup>49</sup>, es que los supuestos en que parece existir incomparabilidad lo que ocurre es que tenemos un valor de cobertura complejo en el que distintos elementos contribuyentes establecen ordenaciones incompatibles, conjuntamente con el hecho de que carecemos de procedimientos, esquemas o metacriterios que nos permitan “integrar” estos distintos elementos a fin de poder realizar una ordenación definitiva, que tenga en cuenta todos los aspectos relevantes (en este ejemplo, todos los elementos que formarían parte del valor ‘talento filosófico’). Cuando uno de los candidatos es mejor que el otro en todos esos aspectos, o en la mayoría de ellos en un grado suficiente, no existen dudas acerca de la ordenación comparativa que ha de fundamentar la decisión, pero si las ordenaciones son contrapuestas y ninguno de los dos destaca de manera clara en la mayoría de aspectos, podemos encontrarnos en una situación de cierta perplejidad porque carecemos que mecanismos, metacriterios o esquemas claros que nos permitan realizar una ordenación definitiva. Por esa razón, aunque estrictamente hablando no existiría incomparabilidad en el sentido arriba indicado, se trataría asimismo de una situación de indeterminación respecto de la que tampoco habría demasiados problemas para denominarla ‘incomparabilidad’. Y lo que es más relevante para el tema tratado en el presente trabajo, se trataría de situaciones de dilema, puesto que si en el ámbito del discurso moral se plantea una situación de este tipo (a modo

---

<sup>48</sup> Vid. KORNHAUSER, L.A. (1998), “No Best Answer?”, en *University of Pennsylvania Law Review*, vol 146, n° 5, pp. 1599-1637.

<sup>49</sup> Vid. SEUNG, T.K. y BONEVAC, D. (1992), “Plural Values and Indeterminate Rankings”, en *Ethics* 102, pp. 799-813.

de ejemplo, cuando tratamos de decidir si cumplimos o no una promesa importante pero que al tiempo afecta de manera considerable a intereses de terceros), tampoco podríamos determinar la obligación definitiva de entre las diversas obligaciones *prima facie* en conflicto.

Con todo, creo que puede decirse que toda esta discusión tiene únicamente relevancia teórica (lo que no es poco, por otro lado), pero no consecuencias prácticas, en el sentido de que las consecuencias normativas puedan ser distintas en función de si existe o no “auténtica” incomparabilidad. Para algunos autores (los que pueden denominarse, con Chang, como ‘comparativistas’), determinar si existe o no incomparabilidad es de suma importancia, puesto que de ello dependerá la posibilidad de tomar o no decisiones justificadas. Si se dice que no pueden darse casos de auténtica incomparabilidad, aun cuando se introduzcan nuevas relaciones comparativas (como ‘estar a la par’), se salvaría, por así decirlo, la racionalidad del discurso práctico. Pero si atendemos a los conceptos de obligación y permisión moral de Zimmerman, en los que nos hemos basado anteriormente, podremos comprobar que en realidad las consecuencias serían idénticas en todos estos posibles supuestos: tanto si se trata de “auténtica” incomparabilidad, como si se trata de falta de procedimientos para la integración de valores de cobertura complejos que permitan elegir entre ordenaciones contrapuestas, como si se trata de supuestos de comparabilidad “no tricotómica”, la respuesta sería que cada uno de los cursos de acción incompatibles está permitido (o, dicho de otro modo, que existe una obligación moral de realizar alguno de los comportamientos *prima facie* obligatorios incompatibles). Como se dijo, si consideramos que un comportamiento está moralmente permitido si no existe otra alternativa deónticamente *mejor*, no se puede sino concluir que eso es lo que ocurre en cualquiera de los distintos supuestos aquí referidos, de modo que la respuesta es la misma que en los supuestos de equivalencia. De hecho, puede afirmarse que esa será la respuesta en todos los casos de dilema, con independencia de cuál sea su fuente.

## VI.

Si lo que se ha dicho hasta aquí es correcto, no debe sino concluirse que en los casos de dilema, siempre y cuando éstos sean posibles y con independencia de las razones que den lugar a tales situaciones, existe discrecionalidad por parte del agente para elegir qué curso de acción tomar, sin que se pueda decir que hay una “respuesta correcta”, o que la decisión tomada sea, estrictamente hablando, incorrecta. Pero esto, aunque pueda considerarse acertado desde el punto de vista teórico, no está exento de problemas, tanto en el ámbito moral como en el jurídico. Tomemos el ejemplo, por hipótesis dilemático, del médico que sólo puede tratar a uno de entre dos pacientes, llamémosles A y B, que de modo irremediable fallecerán si no son tratados. El razonamiento del médico podría ser el siguiente: “como sólo tengo recursos materiales y temporales para salvaros a uno de vosotros, y se trata de una situación de equivalencia en la que cualquier decisión es correcta, elijo salvar a A”. Frente a esto, a muchos no nos parecería extraño ni descabellado que B respondiera del siguiente modo: “Pues si realmente da lo mismo salvar a uno que a otro, ¿por qué no me salva a mí? ¿Qué es lo que le lleva a salvar a A en lugar de hacer lo propio conmigo? Si no existe ninguna razón que fundamente su decisión de preferir a A, su elección es totalmente arbitraria, y usted será en último término el responsable de mi muerte, porque yo merezco ser salvado tanto como A”. Algo similar ocurriría en el ámbito jurídico, en el contexto de un conflicto constitucional en el que las pretensiones de ambas partes pueden considerarse *prima facie* amparadas por derechos constitucionales y en el contexto moral la situación sea de dilema. Si el juez elige amparar la pretensión de A reconociendo que del mismo modo podría haber amparado la de B, B podría replicar: “Pues si realmente da lo mismo, ¿por qué no ampara mi pretensión? A no tiene ninguna razón para pretender que su punto de vista merezca más protección que el mío, así que ¿en qué se fundamenta que se me sacrifique un derecho para proteger el de la otra parte, cuya pretensión no merece mayor protección jurídica que la mía?”.

En consecuencia, parece que aun a pesar de que se considerase correcto, desde la perspectiva del sistema normativo manejado, optar por cualquiera de las alternativas del conflicto, esta solución no resulta demasiado satisfactoria desde el punto de vista de sus consecuencias prácticas. ¿Pero existiría alguna otra manera de enfrentarse a esta situación que resultase más satisfactoria (o menos insatisfactoria) que la de elegir discrecionalmente? Quizás, al menos para determinados contextos, sí que exista. J.M. Taurek<sup>50</sup>, en un artículo de 1977 donde pone en tela de juicio la concepción utilitarista conforme a la cual “los números cuentan” o, dicho de otro modo, que en un contexto en el que no puede evitarse un mal de la misma o similar entidad (por ejemplo, la muerte) a todos los afectados, hay que optar por salvar al mayor número, sostiene que no sería moralmente incorrecto optar por salvar al menor número<sup>51</sup>. Lo interesante de su punto de vista para lo que ahora nos interesa es que afirma que probablemente lo más adecuado en estas situaciones sea utilizar algún tipo de mecanismo aleatorio (el autor pone el ejemplo de lanzar la moneda al aire, pero podría ser cualquier otro) para tomar la decisión, porque de ese modo todos los afectados cuentan con exactamente las mismas probabilidades y así se expresa mejor la idea (de tradición kantiana) de que todas las personas son merecedoras de igual respeto, dignidad y derechos<sup>52</sup>. En el ejemplo usado por Taurek, si se opta por salvar al mayor

---

<sup>50</sup> En TAUREK, J.M. (1977), “Should the Numbers Count?”, en *Philosophy and Public Affairs* vol. 6, n. 4 (verano 1977), pp. 293-316.

<sup>51</sup> El ejemplo que utiliza es el siguiente: existen seis personas enfermas, que fallecerán si no se les suministra determinado medicamento. Desgraciadamente, la cantidad de medicamento disponible no permite salvar a todos, porque cinco de ellos necesitarían 1/5 parte del total, mientras que otro enfermo necesitaría la dosis completa. Por tanto, hay que elegir entre salvar a cinco y dejar que el más enfermo muera, o salvar al que necesita toda la dosis y dejar que los otros cinco fallezcan. Taurek sostiene que no existe ninguna razón moral por la que exista una obligación de salvar a estos cinco a expensas de la otra persona (aunque sería una opción moralmente legítima).

<sup>52</sup> Vid. TAUREK, J.M. (1977), “Should...” (cit.), pp. 303 y 306.

número, estas personas que forman parte del conjunto se verían ilegítimamente favorecidas por el dato contingente de formar parte del conjunto más numeroso, mientras que el menor número se ve (conceptualmente) sacrificado por la simple razón (moralmente irrelevante) de formar parte del conjunto menor. Tratar a todos con la misma consideración y respeto implicaría, para Taurek, conceder a todos las mismas posibilidades, en tanto que seres humanos merecedores de igual respeto.

Creo que esta idea resulta interesante como propuesta normativa para dar respuesta a las situaciones de dilema, al menos para aquéllas en las que se vean afectados los intereses de distintas personas (situación que, partiendo de la hipótesis de que los dilemas son posibles, no sería inusual). En lugar de que el agente tome una decisión entre las distintas alternativas moralmente permitidas, lo que, parece que fundadamente, daría pie a las críticas de quien se ve perjudicado por la decisión, quizá sería preferible optar por un mecanismo aleatorio que otorgue las mismas probabilidades a todos los afectados. En el ejemplo del médico que sólo puede tratar a uno de los dos pacientes (por hipótesis, dilema moral por equivalencia de las alternativas), muchos consideraríamos la reacción del paciente no elegido como natural o incluso como justificada. Sin embargo, parece que no diríamos lo mismo ante una reacción de ese tipo cuando la decisión de a quién tratar hubiera sido el resultado del azar, siempre que todos hubiesen tenido las mismas probabilidades. La situación, en mi opinión, es similar a lo que ocurre con las redistribuciones de riqueza derivadas de los juegos de la lotería: si bien muchos diríamos (creo que con razón) que no sería correcto que los poderes públicos decidieran, por sí mismos y sin criterio o razón alguna, enriquecer a determinados ciudadanos, escogidos sin motivo por los propios poderes públicos, pocos piensan que las redistribuciones de riqueza derivadas de la lotería (en ocasiones, muy importantes) son moralmente injustas, a pesar de que en realidad son tan inmerecidas como las anteriores. En la medida en que son el resultado de un juego de azar en los que todos los participantes cuentan con las mismas probabilidades, no parece que nadie sea tratado injustamente.



A pesar de todo, y aun cuando esta propuesta pudiese considerarse adecuada, parece que sólo resultaría aceptable en el contexto del discurso moral, pero difícilmente lo sería en el jurídico, aun en las situaciones en las que el problema remitiera a un dilema moral. A nadie parece resultarle atractiva la situación en la que un fallo judicial se tomase lanzando una moneda al aire, a pesar de que existiera acuerdo en que la situación fuera de dilema. El ámbito jurídico posee una dimensión institucional que parece resultar incompatible con la decisión por azar. Pero como hemos visto anteriormente, tampoco resulta atractiva la idea de que el órgano decida discrecionalmente en cada caso de dilema que se le presente. Parece pues en el contexto jurídico la respuesta debe buscarse por otra parte. Aunque que pocos negarían que entre los fines del sistema jurídico se encuentra el de promover la justicia, el contexto jurídico es más complejo y está sujeto a una serie de consideraciones importantes (relacionadas con el mantenimiento del orden, la seguridad, la resolución de conflictos, etc., manifestados en su dimensión institucional) que hacen imposible un traslado automático de la solución moralmente correcta o aceptable al ámbito jurídico. Un aspecto que parece relevante del contexto jurídico es la importancia que suele otorgarse al valor de la seguridad jurídica y la posibilidad de predecir (normativamente, no psicológicamente) las decisiones que ésta conlleva. Una propuesta razonable podría ser la de dar prioridad a la seguridad jurídica frente a la justificación moral de la decisión en los casos de dilema. Creo que algunas de las concepciones de la ponderación (las que en otro lugar he denominado ‘universalistas’<sup>53</sup>) apoyan esta idea. En concepciones como la de Alexy, Moreso o Mendonca, el cometido de la ponderación no es otro que la elaboración de reglas que, tomando como relevantes determinadas propiedades, permitan ofrecer una respuesta clara y determinada a las situaciones de conflicto constitucional, y sobre todo, que actúen como reglas, esto es, que permitan

---

<sup>53</sup> En MARTÍNEZ ZORRILLA, D. (2004), *Conflictos...* (cit.), cap. III, sec. 2.2.2.

la operación de subsunción. En situaciones de conflicto constitucional, es claro que la corrección de la respuesta desde una perspectiva valorativa resulta algo deseable, pero si la situación es de dilema, en la que no puede afirmarse que exista una solución preferible a la otra y que cualquiera de ellas estaría moralmente permitida, resulta mejor, a mi modo de ver, estipular una regla que ofrezca una solución clara para todas las situaciones de ese tipo, aun a sabiendas de que tal regla no es mejor que otra que decidiera en sentido contrario, que dejar la situación indeterminada y a expensas de la libre voluntad del decisor o del azar.

# Dilemas morales y Derecho. Una crítica a David Martínez\*

Guillermo Lariguet\*\*

## 1. Introducción

Durante mucho tiempo la cuestión de los dilemas morales estuvo sepultada bajo un manto de sal. Fue entre otros, el célebre artículo “Moral Dilemmas”, publicado por Lemmon en 1962<sup>1</sup>, el que reavivó la discusión filosófica, especialmente en el mundo anglosajón.

Las explicaciones de porqué existió este manto de sal y de porqué duró tanto tiempo requiere de un ensayo independiente del que voy a ofrecer aquí. Cabe subrayar que este manto de sal, con pocas

---

\*Agradezco a Eduardo Rivera López por sus críticas a mi trabajo

\*\*Conicet, Argentina.

<sup>1</sup> Publicado originariamente en *Philosophical Review*, 70. Luego recogido en Lemmon, E.J: “Moral Dilemmas”, en Gowans, C.D (Ed), *Moral Dilemmas*, Oxford University Press, New York, 1987, pp. 101-114.

excepciones, ha perdurado mucho más tiempo en el *campo del derecho* que en el de la filosofía moral y política y la escasa atención que los filósofos del derecho han prodigado a la cuestión, así lo atestigua.

Alguna vez Carlos Rosenkrantz me ha dicho que si uno fuera capaz de *despejar* la cuestión de los dilemas morales, despejaría, o desataría si se prefiere, los principales nudos sobre los que los filósofos del derecho forcejean.<sup>2</sup>

Ahora bien, difícilmente pueda negarse que los filósofos estamos habituados a enfrentarnos a eventuales aporías al finalizar nuestro trabajo sobre un problema. La *aporía* no es más ni menos que esa “dificultad de pasar”. En un momento determinado del *examen* filosófico de un problema, el camino se ve interrumpido por un abismo. ¿Cómo pasarlo?

En “Dilemas Morales y Derecho” David Martínez nos propone un camino que sea capaz de generar un puente, una posibilidad de paso. Martínez admite desde el inicio de su trabajo que la tarea no es sencilla pues, como él correctamente afirma, “el de los dilemas morales es sin ninguna duda uno de los temas más interesantes y al tiempo problemáticos del ámbito de la filosofía moral”<sup>3</sup>. En su tratamiento de la cuestión, Martínez da sobradas muestras de porqué su afirmación, relativa al carácter difícilmente tratable de los dilemas morales, es válida.

Martínez está interesado en mostrar la eventual relevancia jurídica que puedan tener los dilemas morales en el campo del derecho. A este

---

<sup>2</sup> Aclaro que el uso de cursivas en pasajes propios o citados, de aquí en adelante, es de mi autoría.

<sup>3</sup> Las citas entrecorilladas las tomo de la versión manuscrita del trabajo de David Martínez del que dispongo para escribir mi crítica. Dado que muy probablemente la numeración de esta versión no coincidirá con la edición en *Discusiones*, no me tomaré el trabajo de citar páginas que el lector no encontrará en esta publicación. Los pasajes son fácilmente reconocibles en el texto de Martínez y pienso que el lector los identificará sin dificultades en la presente edición. Por tal motivo, aquí sólo irán indicados bajo comillas sin citación de páginas.

respecto, su pretensión principal es la de ofrecer una *clarificación de los conceptos en juego y sus relaciones*. En forma más *limitada*, sin embargo, intenta defender una propuesta *normativa* acerca de cómo ‘resolver’ situaciones de dilema moral que puedan tener relevancia para el derecho. Vale la pena aclarar que esta propuesta -a la que habré de referirme luego- es *matizada* por él en cuanto al *contexto jurídico*. Según Martínez, esto es así porque aun si el sistema jurídico puede remitir en algunos casos al discurso moral<sup>4</sup> y en éste se puede plantear una situación de dilema, que será entonces jurídicamente relevante, “no necesariamente parecerá acertado resolverlo del mismo modo, debido a ciertas características importantes de los sistemas jurídicos”.

Quiero desde ya señalar lo que considero *virtudes* del trabajo de Martínez. En mi opinión es un trabajo que, además de ser sumamente interesante, tiene la ventaja de: i) ser claro en lo conceptual; ii) ofrecer distinciones aceptables; iii) en general, estar correctamente escrito.

No obstante lo anterior, el trabajo presenta a mi criterio dos desventajas que a la postre, espero, resultarán evidentes y que por ahora solo *esbozaré a grandes rasgos*. La primera, que atañe a su pretensión principal de clarificación conceptual, me parece que no proyecta una luz nueva sobre la cuestión de los dilemas morales; con otras palabras, no se advierte en su trabajo cuáles serían las *ganancias conceptuales* de esta clarificación que él propugna; clarificación que ya resulta conocida ampliamente por cualquiera que tenga mediana cultura filosófica. Estimo, además, que su enfoque es innecesariamente cauto y esto, lejos de ser una fortaleza de su trabajo, revela su vulnerabilidad. Posiblemente esto se vea mejor si logro mostrar, entre otras cosas, que Martínez no logra distinguir adecuadamente los conflictos constitucionales ordinarios o los conflictos normativos *simpliciter* de los dilemas morales, desarrollando las consecuencias más relevantes para el derecho.

---

<sup>4</sup> Además Martínez supone que en general, en esta hipótesis, el material jurídico padece algún tipo de “indeterminación”.

La segunda pretensión, que tiene que ver con su propuesta normativa, me parece la parte más atractiva del trabajo de Martínez. Con todo, entiendo que la fundamentación que suministra Martínez de su tesis normativa no es claramente consistente con segmentos relevantes de su trabajo y, además, es lisa y llanamente inviable. No obstante, la tesis normativa que él defiende ofrece elementos implícitos sugestivos que desarrollados bajo su mejor aspecto pueden volver no solo consistente su trabajo sino hacerlo más vigoroso. Pero para ello resulta menester que el producto de la elucidación filosófica que propondré sea la sustitución de su tesis normativa por otra de mayores posibilidades.

Dado que mis afirmaciones no pretenden ser gratuitas, pues soy consciente de que me estoy ocupando de un trabajo importante de un colega riguroso, voy a esforzarme por justificar lo que digo.

Estructuraré este artículo en tres partes. Las primeras dos partes presupondrán una faena doble: por un lado, criticar aspectos que considero deficientes del planteo de Martínez, por el otro, sugerir constructivamente vías para plantear de modo más fecundo la cuestión de los dilemas morales y su relevancia jurídica. De estas dos partes, la primera se dedicará a examinar la pretensión de clarificación conceptual de Martínez, mientras que la segunda será dedicada a su propuesta normativa. En la tercera y última parte ofreceré una recapitulación de algunas de las ideas tratadas en el presente trabajo que me parece deben subrayarse.

## **2. Parte crítica**

### **La pretensión de clarificación conceptual de Martínez**

David Martínez propone una tarea de clarificación conceptual de la noción de dilema moral y su eventual relevancia para el derecho.

Si bien el intento de Martínez es valioso, pues construye una base para la discusión filosófica, creo que su trabajo tiene dos defectos centrales: el primero es que, como espero mostrar, no logra deslindar de

manera precisa la categoría de los conflictos normativos y/o constitucionales de los dilemas morales; el segundo es que su caracterización “estipulativa” de los dilemas morales resulta insatisfactoria a la hora de *tratar con* la compleja fenomenología de los dilemas morales. Pronto me ocuparé de estas dos cuestiones, pero antes de ello quiero precisar qué es lo que Martínez incluye y excluye de su análisis filosófico.

### **Lo que Martínez deja fuera y lo que Martínez deja dentro**

De antemano, Martínez aclara que su pretensión es modesta y limitada. En buena medida su aclaración parece corroborarse en las restricciones que él impone a su trabajo. Él no pretende realizar un “análisis detallado ni de los conflictos jurídicos ni de los dilemas morales” sino, más bien, examinar una situación específica, así como sus consecuencias, en la que “puede ocurrir que el sistema jurídico, para dar respuesta a un caso, de algún modo remita al ámbito del discurso moral y en éste se plantee una situación de dilema”.

Pienso que, dado que el tema de los dilemas morales es sumamente complicado como Martínez mismo reconoce, la restricción que él plantea al inicio de su trabajo es inadecuada. No impugno la legitimidad de establecer límites y suscribo su idea de que no puede pretenderse que en un trabajo se de cuenta en forma detallada y exhaustiva de la cuestión.

Sin embargo, dado también que la cuestión de los dilemas morales tiene una relevancia para la discusión *filosófico-jurídica* que todavía hay que mostrar, la restricción que él impone me parece excesiva e incluso conspirativa con el deseo de mostrar, a la postre, la *relevancia jurídica de los dilemas morales*, cuestión en la que él se detiene. Sobre todo esto es así en cuanto se admite que una teoría filosófica es aceptable en cuanto ayuda a iluminar mejor el comportamiento de ciertos aspectos de la práctica.

En cualquier caso, Martínez *deja fuera* de su trabajo las siguientes tres hipótesis:

- i) Situaciones que de algún modo pueden verse como

*conflictivas o dilemáticas* y que afectan *simultáneamente* a los ámbitos moral y jurídico.

ii) Situaciones que, siendo conflictivas en el ámbito jurídico, no lo son en el ámbito moral y viceversa.

iii) Situaciones en que *diversos* sistemas morales alternativos ofrezcan soluciones divergentes e incompatibles, puesto que no constituyen un *verdadero* dilema ya que la noción de ‘dilema’ manejada es *relativa* a un único sistema normativo.

Como ya indiqué, Martínez solo deja *dentro* de su trabajo situaciones de controversia jurídica que *remitan* de un modo u otro al discurso moral, el cual puede hallarse *indeterminado*. Aunque algo diré sobre esta idea de *remisión* y sobre la relación entre dilemas e indeterminación ahora deseo efectuar las siguientes observaciones.

En primer lugar, creo que no se encuentra justificado, salvo por la trivial razón de espacio de un paper, que Martínez deje fuera de su tratamiento “situaciones” como las descritas en i) a iii) pues deja escapar así los aspectos salientes de la *fenomenología* de los dilemas morales. De manera similar a Lemmon, mi tesis es que la expresión “dilemas morales” es solo un rótulo para englobar situaciones de conflicto moral de diversos grados de complejidad. Esto mismo ya acarrea un problema: quizás, el uso de un ‘universal’ para dar cuenta de *situaciones* que quizás solo comparten ciertos *parecidos familiares* no esté suficientemente justificado; dicho de otra manera, es probable que la *fenomenología* de los dilemas morales sea demasiado *compleja*, compuesta de situaciones distintas no fácilmente *reducibles* a una *fórmula estipulativa*. Así, el camino que sugiero, indica que un desafío para los filósofos es que logremos distinguir, para el caso del derecho, las distintas y más relevantes situaciones dilemáticas y no encasillarnos en una como hace Martínez. Con lo dicho lo que estoy tratando de señalar es que Martínez ha excluido injustificadamente otras situaciones posibles de dilema moral con relevancia jurídica. En este sentido soy de la opinión que Martínez deja escapar las situaciones más ricas y llamativas de los dilemas morales.



En gran medida esta exclusión tiene una explicación, sobre la que luego volveré: Martínez *se fía demasiado* de la *estipulación* como recurso filosófico. Adviértase que él deja fuera una situación como la iii) por no constituir un *verdadero* dilema en el sentido en que no se adecua a la *noción* manejada por él. Pienso que el trato *puramente definicional* de problemas filosóficos complicados no despeja nada sino más bien *congela* la discusión.

A tal punto llega el afán estipulativo de Martínez que en su trabajo, más adelante, dice cosas como la siguiente: “no es el propósito del presente trabajo decir si en la práctica (en lo que llamaríamos “el mundo real”) estas situaciones son posibles o si por el contrario nunca se manifiestan, o cuáles serían ejemplos concretos de situaciones de dilema...”.

Entiendo que se puede indagar en las relaciones internas de los conceptos pero la pregunta por su relación con el mundo *sensible* -para usar una expresión acuñada por la filosofía clásica- es relevante a menos que los conceptos morales y/o jurídicos sean confinados a la *Intermundia* de Epicuro. Esto es, los conceptos que interesan al ético o al jurista *tienen que ver* con el mundo empírico, independientemente de cómo se explique este “tienen que ver” si, por ejemplo, bajo una interpretación kantiana (categorías que hacen inteligible fenómenos determinados) o bajo una interpretación hegeliana (donde los conceptos en cierto momento del movimiento del “espíritu” se *identifican* con su objeto).

Pero es que, además, adviértase que lo que Martínez deja fuera tiene que ver con “situaciones”, con “ejemplos”, de conflicto o dilema. La cuestión no es trivial por razones de relevancia conceptual porque, si bien es aceptable pensar que hay conflictos “abstractos” de valores (como luego Martínez manifiesta)<sup>5</sup> los dilemas morales, muy especialmente, tienen

---

<sup>5</sup> Por ejemplo, en términos de Hart, entre el valor “justicia” y el valor “bien general”. Hart, en la misma vena que Berlin, considera que los conflictos entre valores pueden ser irresolubles, pues los valores pueden ser “irreconciliables” y “radicalmente diferentes”. En estos conflictos está presente la idea de “sacrificio”; por ejemplo, diría Hart, si se admite la retroactividad de

que ver con situaciones *concretas*,<sup>6</sup> esto es, con situaciones que suscitan aquello que Kant vio problemático en la *Crítica del Juicio*: la cuestión de la “facultad de juzgar particulares”.

Sea como fuere, Martínez excluye del trabajo tres *tipos* de situaciones sumamente instructivas<sup>7</sup> de cara a dar cuenta de la *relevancia que para el derecho tienen -o pueden tener- los dilemas morales*.

Así, i) muestra nada más ni nada menos que los posibles conflictos entre obligaciones morales y jurídicas que constituyen un clásico ejemplo de las contiendas entre iusnaturalistas y iuspositivistas; descarta también ii) que es una vía promisorio para hacer una distinción, poco frecuente entre los filósofos del derecho, entre “dilemas morales” (relativos a un sistema moral) y “dilemas jurídicos” (relativos a un sistema jurídico). Varios filósofos, incluso, tratan como “dilemas morales” lo que muy fácilmente podría verse como “dilema jurídico”, cuestión ésta que no es baladí por sus consecuencias para la perenne discusión acerca de las relaciones que quepa establecer entre derecho y moral. Por ejemplo, creo que cuando Atienza<sup>8</sup> trata casos como el del “insumiso penal” donde el juez tiene que enfrentarse al dilema de si aplica una norma penal o valores más sustantivos del tipo encarnado por principios constitucionales, el catedrático de Alicante subestima esta distinción y por ello trata como dilemas morales y como situación que se encuadra en i) a lo que uno

---

una ley penal para enjuiciar acciones de los nazis que “ahora” se reputan como “delitos” habrá que ser conscientes de que se “hiere” o “sacrifica” el principio de “legalidad” en aras de satisfacer un valor moral de “justicia”. Ver Hart, H.L.A: *El Concepto de Derecho*, Traducción de Genaro Carrió, Abeledo Perrot, Bs. As., 1992, pp.206; 227;261. Sobre el enfoque de Berlin véase mi trabajo -de próxima aparición en la Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad del Externado de Colombia- titulado “Pluralismo, Conflicto Trágico de Valores y Diseño Institucional. En torno a algunas ideas de Isaiah Berlin”.

<sup>6</sup> Le agradezco a Fernando Atria haberme persuadido de la necesidad de enfatizar en esta cuestión.

<sup>7</sup> No diría que la que Martínez enfoca no lo sea.

<sup>8</sup> Ver Atienza, Manuel: *Tras la Justicia. Una introducción al Derecho y al Razonamiento Jurídico*, Ariel, Barcelona, 1993, Cap. V.

podría incluir en ii). Pero no es lo mismo un caso como el descrito por i) donde el juez tenga, *qua funcionario institucional*, una obligación *jurídica*, por ejemplo de torturar gente sospechada de conductas consideradas delitos por el régimen jurídico de turno, que esté en conflicto con su obligación *moral* de no torturar, que casos como los planteados por ii). En i) hay problemas específicos que aquí no se pueden tratar y que se encuentran entrelazados con cuestiones tales como si el razonamiento práctico es unitario o fragmentado, si hay algo así como una obligación jurídica discernible de una moral, si ambas son comparables, etc. Pero ii) deja abierta la interesante posibilidad de ver que los jueces, u otras autoridades normativas, pueden enfrentarse a situaciones de genuinos dilemas *jurídicos* donde las pretensiones de *ambas* partes cuentan con *protección constitucional*, cuestión esta última, típica de los llamados “conflictos constitucionales”, que es precisamente foco del interés central de Martínez. Por ejemplo, Paulette Dieterlen ha sometido a escrutinio filosófico situaciones donde ciertas comunidades indígenas expulsan a aquellos miembros que practican una religión distinta a la profesada por la comunidad. Según Dieterlen, la Comisión Nacional de Derechos Humanos de México está enfrentada a un *dilema* porque las pretensiones, tanto de los que expulsan como la de los expulsados, están resguardadas por la Constitución Mexicana; por ejemplo, de un lado, se reconoce la existencia de comunidades y el respeto al multiculturalismo; del otro lado, se reconoce la libertad de cultos.<sup>9</sup>

Desgraciadamente también Martínez quita del medio el tratamiento de iii) por no constituir un *verdadero* dilema. Pero no creo que esto sea plausible siempre. Perfectamente se puede conjeturar la existencia de un caso susceptible de ser resuelto con normas que expresen valores incompatibles y esto podría ser el germen de un dilema moral genuino.

---

<sup>9</sup> Dieterlen, Paulette: “Sobre el principio de rectificación de injusticias”, en *Dilemas éticos*, Mark Platts (compilador), Fondo de Cultura Económica, México, 2000, p. 165.

Lo que digo puede mostrarse con dos ejemplos extraídos de la literatura trágica: La *Orestíada* y Hamlet.

Así, por un lado, se puede pensar que la *Trilogía de la Orestíada* de Esquilo, esto es, *Agamenón*, *Las Coéforas* y *las Euménides*, ha sido interpretada por los especialistas como la expresión de la conflagración entre valores pertenecientes a sistemas normativos *diversos* e incompatibles: por un lado entre los *nuevos* valores de lo democrático y racional ejemplificados en Apolo, por otro lado en lo tradicional, filial, afectivo, femenino, expresado por la venganza de las *Furias*.<sup>10</sup>

Por otro lado, cuando Hamlet señala “*en mi corazón había una suerte de lucha*”, se podría decir que en su alma atormentada subyacen dos sistemas morales diferentes y antagónicos que, a diferencia de lo observado por Martínez, son manifestación de un genuino dilema moral: por una parte, la moral de la venganza, la vieja moral (digamos: premoderna, medieval y guerrera) de la honra y la revancha, por la otra, la moral -al estilo de Maquiavelo-, que resulte útil para el Estado<sup>11</sup>.

A lo ya dicho hay que agregar dos cosas más. Primero, aun si es cierto que un dilema se *relativiza* a un sistema normativo, en este caso dado los intereses de Martínez a uno “moral”, esto es *distinto* de mostrar que los valores o las pretensiones de ese sistema sean reconstruidas desde distintas teorías o interpretaciones morales. Segundo, si se admite que el sistema en cuestión resulta *indeterminado* por causa de un dilema moral genuino, y si se acepta la unidad del razonamiento práctico, las consecuencias de este dilema dejan de ser relativas a un único sistema y parecen afectar al discurso práctico *in totum*.

---

<sup>10</sup> Rocco, Christopher: *Tragedia e Ilustración. El pensamiento político ateniense y los dilemas de la modernidad*, Andrés Bello Editor, 2000, p. 48.

<sup>11</sup> Ver Rinesi, Eduardo: *Política y Tragedia. Hamlet, entre Hobbes y Maquiavelo*, Colihue, Bs. As., 2003, p.70 y ss.

## **Conflictos normativos y dilemas morales**

Martínez trabaja con dos grandes categorías que procura distinguir: “conflictos normativos” y “dilemas morales”. A este respecto, como él correctamente recuerda, existen dos tesis tradicionales en pugna: o bien ambas categorías son discernibles o bien no lo son, en cuyo caso el uso de las denominaciones “conflicto normativo” y “dilema moral” es indistinto.

En esta pugna, él toma partido por la primera tesis, aun si, como creo, luego sucumbe a la segunda.

Ahora bien, la primera tesis admite que los dilemas morales son una subclase de la clase general de los conflictos normativos, se trata de una subclase con relativa autonomía conceptual.

En esta vena, Martínez empieza con la caracterización de la categoría de “conflicto normativo”. Él parte de un nivel pre-analítico, esto es, de una noción “intuitiva y pragmática”, según la cual “existe un conflicto normativo cada vez que el agente no puede satisfacer o cumplir con todas las exigencias impuestas por el sistema normativo para ese caso, como ocurriría con el conocido ejemplo de Alchourrón donde el sistema normativo obliga por una parte a detenerse frente a un semáforo en rojo y otra norma prohíbe detenerse en zona militar donde hay un semáforo que se encuentra en rojo”.

A esta noción pragmática Martínez aplica la denominada “reconstrucción racional” a fin de obtener un explicatum más refinado que haya dejado atrás dificultades que él advierte. La noción reformulada de conflicto normativo que Martínez ofrece es aquella que comprende cualquiera de las dos situaciones siguientes: a) toda situación en la que resulten aplicables al menos dos mandatos (obligaciones o prohibiciones), que el agente empíricamente puede cumplir individualmente, pero en la que el cumplimiento de cualquiera de ellos elimina la posibilidad empírica de cumplir con los demás; o b) toda situación en la que resulten aplicables al menos un mandato y un permiso, en la que el agente empíricamente puede cumplir el/los mandato/s y ejercitar el permiso individualmente,

pero en la que el cumplimiento de algún/os mandato/s elimina la posibilidad empírica de ejercitar el permiso, o el ejercicio del permiso elimina la posibilidad empírica de cumplir con los demás mandatos.

Hay varios elementos interesantes sobre los que meditar respecto de esta reformulación. De todos ellos simplemente quiero dejar sugerido el que tiene que ver con la posibilidad *empírica* del agente de cumplir con las normas en juego. Precisamente, esta cuestión es relevante no solo para el tratamiento de los conflictos normativos sino muy específicamente de los dilemas morales. Ello así por cuanto suele alegarse que los dilemas morales son una excepción al principio kantiano según el cual el “debe implica *el puede* en sentido empírico”, dado que en situaciones de conflicto normativo en general o dilema *moral o jurídico* en particular, el agente no puede empíricamente realizar el contenido de ambas normas. Esta es una cuestión peliaguda entre otras cosas porque, como afirma Griffin, “estamos en desacuerdo acerca de cuál es exactamente la clase de ‘no puede’ que debe derrotar al ‘debe’”. La cuestión sobre la que llama la atención Griffin resulta especialmente compleja en casos en que intervienen algunos “raros seres humanos que se sacrifican a sí mismos por otros, de modo que ellos *sí pueden*”<sup>12</sup>.

Sea como fuere, lo central es ver cómo Martínez separa la noción de conflicto normativo respecto de la noción de dilema moral. Para esto resulta menester anticipar dos tesis que Martínez parece defender: la primera es que los dilemas morales configuran una categoría distinguible de la de conflictos normativos, aunque en cierto nivel él use ambas nociones como *indistinguibles*; la segunda es, en contra del bando de autores que

---

<sup>12</sup> Griffin, James: “Incommensurability: What’s the Problem?”, en *Incommensurability, Incomparability and Practical Reason*, Edited by Ruth Chang, Harvard University Press, 1997, p.42 y ss.

niegan la *posibilidad misma*<sup>13</sup> de dilemas morales (por caso Donagan), afirmar que éstos son *posibles*.

Empero, antes de introducirme en la *definición* de dilema moral suministrada por Martínez y de denunciar lo que creo son sus problemas, quiero detenerme un poco en el tipo de situaciones que a él le interesan en su artículo.

### La “remisión a la moral”

Martínez alega que, para que “una situación de dilema moral resulte jurídicamente relevante, el sistema jurídico debe de algún modo referirse o remitirse al discurso moral para la resolución del caso”.

En cuanto a la referencia o remisión que “de algún modo” el derecho hace a la moral, tengo la impresión de que resulta clarificador separar dos hipótesis: una de remisión “explícita” y otra de remisión más bien “implícita”. La primera es ejemplificada por Martínez con una norma expresada por el artículo 1255 del Código Civil Español que remite a la moral en cuanto a fijar límites para el contenido permitido en las cláusulas de los contratos. La segunda es típica de los valores o principios constitucionales que parecen remitir también a la moral cuando emplean expresiones tales como “honor”, “libertad”, “igualdad”, “dignidad”, etc.

Aquí tengo varias cosas para apuntar. En primer lugar, entiendo que, de estas dos clases de remisiones, Martínez está más interesado en

---

<sup>13</sup> Por ejemplo, en su tesis doctoral, “Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa”, que de aquí en adelante sólo será referida como “tesis doctoral”, Martínez examina posturas como las de Wellman (que tienen correlato con posiciones como las sustentadas por constitucionalistas como De Otto) tendientes a disolver la posibilidad misma de “conflictos normativos” (simples o dilemáticos) con una tesis *especificacionista fuerte* según la cual tener un “derecho” - o una obligación- supone la especificación de “todas” las condiciones relevantes de aplicación; especificación que supone la tarea de eliminar aparentes conflictos. La analogía de esta postura con la tesis kantiana de deberes morales perfectos y completos resulta palmaria.

la que se vincula con un material constitucional en tanto él constata allí un vínculo más “estrecho” con la moral y, por ende, con la hipótesis de dilemas morales suscitado en un discurso moral. Pienso que la idea de que aquí hay un vínculo “más estrecho” no pasa de ser un mero estereotipo heredado por una corriente que actualmente se conoce como “neo-constitucionalismo”, a la que Martínez hace referencia en su trabajo. Hacen falta más pruebas para mostrar porqué este vínculo es más estrecho del que se puede apreciar en un código civil, una ley laboral o un ordenamiento de derecho ambiental. La observación es relevante en cuanto una apreciación tan confiada en este vínculo estrecho explica el hecho de que se deje afuera la posibilidad de dilemas producidos por la colisión entre normas constitucionales y leyes ordinarias o entre normas de leyes ordinarias. En segundo lugar, la idea misma de remisión al “discurso o razonamiento moral” me parece un tanto ingenua, a menos que se precise de *qué clase de moral* se habla. Aunque la distinción entre “moral positiva” y moral “ideal” tiene un rédito filosófico muy limitado, no estaría mal que Martínez esclareciera este punto de su trabajo. La indicación es importante porque no es una *mera cuestión de palabras* distinguir entre dilemas “morales” y dilemas “jurídicos”. Creo, como ya sostuve, que lo que se suele plantear como un caso testigo de choque entre el derecho y la moral (que para que las cosas sean realmente inteligibles debería ser una moral ideal) no es más que un malentendido montado en una incapacidad de hacer esta distinción. Porque, ¿qué ganancia se obtiene de decir, por ejemplo, que un conflicto entre el derecho a la vida y la libertad de disponer del propio cuerpo expresa la colisión entre dos valores *morales*? Me atrevo a sugerir que Martínez debería ser más preciso aquí y, para esto, debería explicitar tesis adicionales sobre: i) tipo de moral en juego; ii) alguna tesis sobre la falta de “autonomía semántica” de un material como el constitucional; iii) una explicación de la naturaleza de la clase de *autonomía*



que tendría el derecho<sup>14</sup>; y iv) una justificación de porqué los valores constitucionales serían, por su naturaleza moral, tremendamente *vagos* y *con carga emotiva*, como él afirma.

Las premisas ii) y iii) son relevantes porque, entre otras cosas, está en juego la explicación de la disputa entre partidarios del derecho natural y del positivismo jurídico e incluso la cuestión de hasta qué punto los segundos, por ejemplo Joseph Raz, son consistentes con su propuesta

---

<sup>14</sup> En el marco de esta discusión, Andrei Marmor, en su libro *Interpretación y Teoría del Derecho*, Traducción de Marcelo Mendoza Hurtado, Gedisa, Barcelona, 2001, p.134, específicamente en el capítulo V “Semántica, Realismo y Derecho Natural”, formula una pregunta tan sugestiva como atrayente: ¿Por qué es posible concebir que ciertos dominios normativos, como la moral, tienen aspectos críticos inmanentes o autónomos, mientras que otros, tales como el derecho, sólo pueden ser valorados críticamente desde la perspectiva de otros dominios críticos? Según Marmor, en la actualidad se pueden identificar dos propuestas tendientes a tomarse la pregunta en serio, buscando una vía para pensar la autonomía del derecho respecto de la moral crítica. Esta vía es la noción de “derecho crítico”, discernible de la noción de moral crítica. Dos autores, particularmente, parecieran recorrer esta vía: Michael Moore y E.J. Weinrib. El análisis de Marmor, en este sentido, intenta mostrar -y creo que muy convincentemente- que las propuestas de ambos autores no postulan una noción de un “derecho crítico” sino que encubren la aplicación de determinada moral crítica al derecho. En el caso de Moore por la vía de una concepción objetivista de la moral (habría hechos normativos que contarían como criterios de verdad de las proposiciones normativas) o, como en el caso de Weinrib, una concepción racionalista de la moral que erige a la “coherencia” del razonamiento de los jueces en un criterio político moral *necesariamente inmanente* al derecho. Dado que aquí no es posible hacer una exégesis detallada de las posiciones de los filósofos criticados por Marmor quisiera, más bien, llamar aquí la atención sobre la eventual relevancia de la noción de “derecho crítico”. Me parece que puede resultar un trabajo interesante para mostrar otras posibilidades de análisis en supuestos de casos “difíciles” en distintas áreas del derecho (constitucional, penal, civil, etc.) en que las intuiciones acerca de un derecho crítico operen como alternativa a una moral crítica. Si esta alternativa fuese viable, el problema en un caso difícil estaría centrado en una divergencia entre el derecho positivo y el derecho crítico y no entre el primero y una moral crítica determinada. Considero que se trata de una noción que intuitivamente puede abrir líneas de exploración promisorias en cuanto al análisis de las discusiones sobre la relación entre derecho y moral en general; por tanto, acerca del tipo de “autonomía” que en general tendría el derecho respecto de ésta.

de un positivismo excluyente, en la medida en que admitan que, frente a supuestos de indeterminación del discurso jurídico, hay un recurso a la moral. En este sentido, por ejemplo Bayón, ha visto una suerte de “auto-colapso” de la práctica jurídica<sup>15</sup>, cuestión que aquí no voy a examinar.

La premisa iv), por su parte, requiere de mayor fundamentación. Primero, porque considerar *vagos* a los valores constitucionales, lo cual explicaría la tesis de remisión a un discurso moral que también está indeterminado, deja de lado otra posible consideración: una como la sustentada por Ronald Dworkin cuando sostiene que los valores en cuestión no son ‘vagos’ sino ‘abstractos’<sup>16</sup>. No está de más recordar que, aun si la tesis de Dworkin no es plenamente diáfana, permite dar cuenta de una distinción relevante como la de “conceptos” y “concepciones”<sup>17</sup> y, por extensión, dar cuenta de la relación entre “legisladores” (que trabajan sobre conceptos) y “jueces” (que desarrollan concepciones). Este último es un aspecto que está en el centro del interés de Martínez puesto que los casos que él estudia tienen que ver con jueces que, enfrentados a controversias jurídicas, se involucran con un discurso moral que suscita una situación de dilema. Y, ya que de Dworkin se trata, tampoco está demás recordar que él sostiene la tesis de que situaciones como la de los dilemas morales deben ser *raras* si los jueces disponen de una *adecuada* concepción de los valores o principios constitucionales o morales en la que éstos no choquen.<sup>18</sup>

---

<sup>15</sup> Ver Bayón, Juan Carlos: “Derecho, convencionalismo y controversia”, en *La relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, Pablo Navarro y Cristina Redondo (Compiladores), Gedisa, Barcelona, 2002, p. 68.

<sup>16</sup> De hecho, cuando Dworkin se refiere al término “vaguedad” para referir a los conceptos usa las comillas siempre. Ver Dworkin, Ronald: *Los Derechos en Serio*, Traducción de Marta Guastavino, Planeta Agostini, Barcelona, 1993, especialmente p. 216.

<sup>17</sup> Dworkin, Ronald: *Los Derechos en Serio*, op.cit., pp. 213-216.

<sup>18</sup> Véase Dworkin, Ronald: “Do liberal values conflict?”, in *The Legacy of Isaiah Berlin*, Edited by Ronald Dworkin, Mark Lilla and Robert. B. Silvers, New York Review Books, 2001, p. 89. Ver también de la misma obra *The Legacy of Isaiah Berlin*, en “Discussion”, sugerencias de Dworkin sobre esto en p. 126.

Segundo, porque si los valores constitucionales tienen, como atributo prominente, *carga emotiva*, afirmación que da por sentada la validez inconcusa del no cognitivismo, creo que a la larga la posibilidad de distinguir los simples conflictos constitucionales de los dilemas morales se *disuelve* puesto que las *consecuencias serían las mismas* en ambos casos: el juego más o menos velado de un juez subjetivo y fuertemente discrecional. Así, esta consecuencia, que Martínez casi al final de su artículo atribuye al reconocimiento de dilemas morales genuinos, sería *también* atribuible a los conflictos constitucionales. Y, además, implícitamente generalizaría una tesis *-estilo Guastini*<sup>19</sup>- según la cual la naturaleza de la interpretación jurídica y particularmente de la ponderación es puramente *subjetiva*, en el sentido de que ésta no puede ser *controlada racionalmente*, sea lo que fuere que esto último signifique.

### Las “controversias” sobre los dilemas morales según Martínez

Martínez detecta la existencia de *distintos* “conceptos” de dilema moral y encuentra que, del hecho de que los filósofos *no hayan advertido esto*, se explica la existencia de “falsas controversias” en que, por ejemplo, ambos autores *tingen razón*.

Sin entrar aquí a discutir sobre la naturaleza de las controversias filosóficas, yo encuentro que Martínez subestima demasiado a los filósofos, especialmente los de la moral, que han discutido sobre los dilemas morales. Así, Martínez sería como el “ojo de Dios” que puede ver que la discusión de estos filósofos no es más que la expresión de malentendidos verbales del tipo reflejado en aquel legendario caso, tratado por William James, donde un grupo de excursionistas discute acaloradamente sobre si una persona que gira en torno a un árbol tratando de ver a una ardilla, está o

---

<sup>19</sup> Ver Guastini, Riccardo: “Los principios en el derecho positivo”, *Distinguendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Traducción de Jordi Ferrer i Beltrán, Gedisa, Barcelona, 1999, p.171.

no dando vueltas alrededor de la ardilla. Como se sabe, con un par de distinciones, James mostró que la disputa era verbal y todo dependía de cómo se entendiese la expresión “dar vueltas alrededor”<sup>20</sup>. James sentenciaba que ambos bandos de la discusión tenían razón y que, salvo algunos recalitrantes, la mayoría comprendió la *irrelevancia* de la cuestión.

Pero, ¿es así de irrelevante la discusión de los filósofos? Lo que ellos asumen como sus controversias más *importantes*, ¿no son más que enredos verbales? Y, si es así, ¿cómo se explica que mentes tan lúcidas, aun enterados de que sus diferencias son de índole verbal, persistan en sus posiciones en un vigoroso desacuerdo? ¿No hay acaso espacio relevante para que los desacuerdos genuinos sean -o sigan siendo- operativos?<sup>21</sup>

A esta altura es preciso decir que, ante el panorama de malentendidos verbales, el camino que toma Martínez es el de la *estipulación*. Como he sugerido ya, pienso que la propuesta definitoria de Martínez no logra realmente identificar qué hay de *peculiar* en los dilemas morales, *al menos en los genuinamente más interesantes y reluctantes a tratamiento racional*, respecto de la clase general de los conflictos normativos. Empero, antes de inmiscuirme con lo que implica esta afirmación, necesito situarme en la raíz de la propuesta de Martínez: la estipulación.

A este respecto yo creo, como Brian Bix, que la estipulación es una suerte de “opción por defecto” que tiene el filósofo<sup>22</sup>; con otras palabras, es una suerte de opción *legisladora* sobre las palabras que intenta, por esta vía, despejar un problema filosófico.

---

<sup>20</sup> James, William: *Pragmatismo*, Edición de Ramón del Castillo, Madrid, Alianza, 2000, p. 79.

<sup>21</sup> Para la discusión de esta cuestión me inspiro en trabajos como los de Rodríguez Blanco, Verónica: “‘Genuine’ Disagreements: a Realist Reinterpretation of Dworkin”, en *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 21, N.4, 2001, pp. 649-671 y Faerna, Ángel Manuel: “Algo más que Palabras. Consideraciones sobre significado y desacuerdo”, Versión Manuscrita.

<sup>22</sup> Bix, Brian: “Conceptual Questions and Jurisprudence”, en *Legal Theory*, 1, 1995, pp. 465-479. Utilizo la versión castellana de Laura Manrique: “Interrogantes conceptuales y teoría del derecho”.

Estimo que, lejos de ser despejado, el problema sigue *intocado*. Esto es así porque, como ya se sabe, las definiciones estipulativas son concebidas como “arbitrarias” en el sentido primordial de que no son entrevistas como un modo correcto de clasificar el mundo tal como es. En este sentido, sus criterios de evaluación habituales tienen que ver con la utilidad o conveniencia tanto para la especulación teórica como para el debate sustantivo que sobre un problema determinado se entable. Así, los criterios de las estipulaciones son *internos* a las mismas.

De esta suerte, sugerir que se puede “elegir” si llamar “dilema moral” a “x” o a “z” me parece una posición cándida desde que, de esta actividad de estipulación, no se sigue consecuencia práctica relevante alguna, pues el “fenómeno subyacente al nombre quedará inalterado independientemente de cómo se lo denomine”<sup>23</sup>.

### **La “definición” de dilemas morales ofrecida por Martínez**

Pese a lo anterior, Martínez recurre a la estipulación como método para dar cuenta de los dilemas morales. Los rasgos con que los caracteriza son: i) constituir “conflictos normativos” de una *categoría específica*, esto es, conflictos normativos “no simples”; ii) estos conflictos se caracterizan más apropiadamente por su “estructura” y no por el grado de “importancia” o por la intensidad de “problemas” que éstos generen; iii) estrictamente por ‘dilema moral’, Martínez entenderá “toda situación de conflicto normativo (moral) en la que el sistema normativo (moral) carezca de recursos (criterios, escalas, procedimientos, etc.) para poder determinar la obligación definitiva de entre las distintas obligaciones *prima facie* en conflicto”; esto es, “serán dilemáticas aquellas situaciones de conflicto en las que no pueda

---

<sup>23</sup> Tomo este razonamiento de Soper, Philip: “La elección de una Teoría Jurídica con Fundamentos Morales”, en *Derecho y Moral. Ensayos analíticos*, Jerónimo Betegón y Juan Ramón de Páramo Directores y Coordinadores, Ariel, Barcelona, 1990, p. 57.

establecerse la obligación definitiva”; iv) dos claros candidatos a dilema son, por una parte, la “equivalencia” de las alternativas; por la otra, los casos de “incomparabilidad”. De estos rasgos, por lo pronto, quiero ocuparme de iii). Martínez cree que el rasgo de “importancia” no es un candidato plausible para dar cuenta de los dilemas morales debido a que es un criterio demasiado “vago” y “subjetivo”. Sin embargo, luego, al caracterizar las nociones de “obligación” y “permiso” moral con apoyo en Zimmerman, él emplea ideas que tienen una fuerte semblanza con este criterio de “importancia” que él descarta. Así, conforme a Zimmerman, “un comportamiento es moralmente obligatorio cuando su realización es superior (*tiene más valor deóntico*) que su no realización...”, mientras que “algo está moralmente permitido cuando su realización no es peor (no tiene menor valor deóntico) que su no realización...”.

Con todo, el malentendido que pudiera surgir respecto de la consistencia de las ideas de Martínez debería evaporarse. Cuando él propone sustituir el criterio de “importancia” por el de “estructura normativa” me parece que está pensando en que la *importancia* o el *mayor o menor valor deóntico* en la realización u omisión de una acción no dependen de apreciaciones subjetivas de un intérprete sino de la naturaleza y relaciones de los elementos de un sistema normativo que se adopte como referencia de acciones. Yo creo, sin embargo, que parte del resquemor de Martínez hacia el criterio de importancia y su tilde de “subjetivo” puede remontarse a una doble fuente: por un lado, a la idea tácita según la cual en la moral no hay “autoridades” que determinen factores de importancia en forma independiente a un intérprete; por otro lado, a que el criterio de “importancia” o de “problema” tiene un tufillo muy parecido al que tendría la teoría del “mal inevitable” o de la “consecuencia desagradable” con la cual se intenta enfocar los dilemas morales. Luego me referiré -y defenderé como más idóneo- este enfoque al que puede llamarse el “enfoque trágico” de los dilemas morales, cuyo *alcance* intentaré precisar más adelante.

Por ahora, lo que hay que subrayar es que el criterio elegido por Martínez para definir la *naturaleza* de los dilemas morales es el de

“estructura normativa”. Este criterio sería el más aceptable para discriminar conflictos normativos “simples” (o simpliciter) de otros -Martínez no usa esta expresión- más “complejos” como los dilemas morales. De este modo, él afirma que “los dilemas morales serán aquellos conflictos normativos (morales) que presenten cierta estructura, que no presentan *siempre* los conflictos normativos”. Mis razones para pensar que Martínez no logra distinguir acabadamente los conflictos normativos simpliciter de los dilemas morales no obedecen, aunque en parte se alimenta, de algunos *deslices* de sus frases. Así es muy común que en varias partes de su trabajo él use como indistintas ambas categorías y, en el párrafo que acabo de citar, diga que esta estructura que se presenta en los dilemas morales no se presenta “siempre” en los conflictos normativos. El término ‘siempre’ es el tipo de desliz al que me refiero y que, en forma no consciente, hace que la distinción entre dilemas morales y conflictos normativos colapse pues depende de una estructura meramente *contingente*, que no siempre separará una categoría respecto de la otra.

Más promisorio para el análisis me parece el rasgo que Martínez atribuye a los dilemas morales en iii), esto es, la *ausencia* de *criterios, escalas o procedimientos* para resolver situaciones como las planteadas por los dilemas morales. Este criterio apunta a la idea según la cual los dilemas morales son conflictos “irresolubles racionalmente”, sea lo que fuere que esta expresión signifique. Así, la distinción que Martínez traza entre conflictos normativos “simples” y conflictos normativos *qua* “dilemas morales” (recuérdese que él no examina la idea de *dilemas jurídicos* cuyo provecho ya insinué antes), parece *correlativa* con la usual distinción entre conflictos normativos “resolubles” o “aparentes” y conflictos normativos “irresolubles” o “genuinos”. Empero, la correlatividad no ayuda a la distinción firme que Martínez procura conseguir. Pues, quedarse con el segundo par de distinciones -conflictos resolubles e irresolubles- hace de inmediato surgir la pregunta por la relevancia de usar la expresión ‘dilema moral’. ¿Qué agrega esta categoría a lo que los juristas ya están habituados a tratar cuando enfrentan decididamente conflictos aparentes

o cuando se rinden soterradamente en supuestos en que los conflictos se revelan como reluctantes a una solución racional?

Es claro que esta pregunta no puede ser estudiada apropiadamente si no se especifica qué se entiende por ‘resolución’ o ‘no-resolución’ “racional”, cuestión decididamente importante. A este respecto, Martínez menciona solo al pasar la *ausencia* de criterios, escalas o procedimientos como indicadores de la existencia de conflictos irresolubles. Desde ya téngase en cuenta que esta aproximación no está exenta de dificultades pues el problema de los dilemas morales -o jurídicos- parece *reducirse* a la hipótesis de *lagunas normativas*<sup>24</sup>, esto es, a la ‘ausencia’ de criterios para resolver conflictos. Pero, así, ¿cuál es la especificidad de los dilemas morales?

Ahora bien, una cuestión que surge es la siguiente: ¿en qué ‘criterios’ o ‘procedimientos’ está pensando? La pregunta no es sencilla porque, en el fondo, levanta una cuestión típica de filosofía de la mente: cómo conocer contenidos mentales de otros. Sorteando, sin embargo esta posible dificultad, yo creo que lo que él *tiene en mente* con términos tales como ‘criterio’ y ‘procedimiento’ se vincula con la cuestión del procedimiento de ponderación; más concretamente con la constatación de la imposibilidad de *ponderar* en un sentido *racionalmente controlable*, o de establecer un esquema *coherente* de los valores en pugna sobre el trasfondo de casos paradigmáticos (como propugna Susan Hurley a quien él cita en su tesis doctoral). Por otro lado, parece diáfano que, cuando usa el término ‘escalas’, está pensando en la posibilidad latente de “ordenar un conflicto” sea sobre una base “cardinal” (como propone el utilitarismo) u “ordinal” (como proponen autores como Robert Alexy). Yo no tengo ningún reparo que hacer prácticamente a todo esto.

---

<sup>24</sup> Hay innumerables definiciones de laguna normativa. Aquí tomo la expresión ‘laguna normativa’ en un sentido amplio que no tiene porqué coincidir con la definición suministrada por Alchourrón y Bulygin en *Normative Systems*.



No obstante, mi punto es que, por este camino, no se logra una distinción firme y estable entre conflictos normativos y dilemas morales, ni siquiera por conducto de los rasgos de “equivalencia” e “incomparabilidad” con que Martínez caracteriza a los dilemas morales. Muchos juristas, incluso, podrían pensar que la idea de dilema moral es un plus innecesario en cuanto se admita que hay muchos conflictos constitucionales que se definen por el empate de los principios o valores contendores o de su imposibilidad de comparación. Más aún, si la teoría de la ponderación que se adoptase fuese una del *estilo Guastini*, donde “ponderar” no es más que una operación subjetiva (a pesar de la ideología de turno que encubra este carácter subjetivo) las consecuencias de estos conflictos son las mismas que usa Martínez para establecer diferencias conceptuales con los dilemas morales.

Pero es que además hay un obstáculo muy fuerte todavía aquí. Recuerdese que en la nota a pié de página nº12, Martínez observa que “este vínculo entre el derecho y los dilemas morales puede plantearse también en cualquier situación de indeterminación normativa debida a un problema de laguna normativa o de antinomia. En esas situaciones, como (desde la perspectiva positivista hartiana) el decisor goza de discrecionalidad, puede acudir al razonamiento moral para tomar su decisión, y podría ocurrir que en el ámbito moral se plantease un dilema”. Esta nota avala la idea de que no es clara cuál es la relación entre dilemas morales y derecho, dilemas morales y conflictos normativos y dilemas morales e indeterminación. Ello es así por cuanto las *consecuencias* “son las mismas”: la “discrecionalidad”<sup>25</sup> del juez o de cualquier otra autoridad normativa, cuestión a la que Martínez alude en la última parte de su trabajo.

En suma, los dilemas morales son análogos a fuentes de indeterminación como las “lagunas normativas” y las “antinomias”, pero

---

<sup>25</sup> Se supone que “fuerte” en el sentido dworkiniano del Modelo de las Normas I.

¿cuál es el tipo *específico* de “indeterminación” -si lo hay- suscitado por los dilemas morales? ¿Es la existencia de “inconsistencia” o “antinomía” un indicador *exclusivo* de dilema moral? La respuesta a esta última cuestión tiene carácter negativo en el trabajo de Martínez. Sin embargo, como se ve, él traza una analogía; analogía que es problemática si uno escoge enfoques como los de Bernard Williams o Isaiah Berlin, conforme los cuales, los dilemas morales no pueden ser tratados en esos términos pues los valores o fines rivales no son *verdaderos ni falsos*<sup>26</sup> y no hay elección que los pueda tornar tales y eliminar las ideas de “sacrificio” y “remordimiento”, que Martínez no examina en este trabajo objeto de discusión<sup>27</sup>.

Por último, hay que ver el rasgo apuntado por Martínez en iv). Un dilema moral estaría presente allí donde se verifique “equivalencia” *de* o “incomparabilidad” *entre* alternativas en juego. Ya dije que estos mismos rasgos *pueden estar presentes en conflictos constitucionales*, pero la réplica de Martínez a este punto podría ser que, lo que llamo ‘conflictos constitucionales *simpliciter*’ no es más que el disfraz de un genuino dilema moral. Pero, aún concedido esto, ¿si ambas categorías son intercambiables en el uso habitual, qué justifica más allá de ese uso la diferencia? Esta pregunta no habré de responderla aquí porque considero que Martínez tiene algo que decir al respecto.

---

<sup>26</sup> La posición de Berlin o Williams podría ser interpretada como una movida “anti-teórica” en filosofía moral. Ver sobre esto Clarke, Stanley and Simpson, Evan Eds.: “Introduction. The Primacy of Moral Practice”, en *Anti-Theory in Ethics and Moral Conservatism*, State University of New York Press, 1989, pp. 1-25. Por cierto que se podría bloquear la idea con el pensamiento según el cual las relaciones lógicas entre normas (por ejemplo la de consistencia o la de inconsistencia) no necesitan compromisos tan fuertes. Por ejemplo, Alchourrón y Martino han bregado por la idea de que es posible concebir una noción de consecuencia lógica neutral a la verdad. (Cfr. Alchourrón, Carlos y Martino, Antonio: “Logic Without Truth”, *Ratio Iuris*, Vol.3, N°.1, 1990, pp. 47; 51-53.).

<sup>27</sup> Aunque sí en su tesis doctoral.

Ahora bien, supóngase que admito que los rasgos ya mencionados son atractivos candidatos a la hora de tratar con dilemas morales. Con estas miras, conjetúrese que un sujeto S se encuentra enfrentado a un serio dilema en un supermercado en dos hipótesis: i) sea porque la elección de un queso caro tiene el mismo valor que la elección de un vino caro y no puede comprar ambos; ii) sea porque enfrenta la posibilidad de comprar un tipo de helado que le gusta muchísimo (satisface su placer gastronómico) pero que al mismo tiempo le produce serias molestias gástricas, afectando el valor salud. Supóngase, solo por el experimento mental que empleo, que ambos valores “placer gastronómico” y “salud” no pudiesen ser comparados por S, incluso descontando que S es un agente que cuenta con toda la información relevante y con fino poder deliberativo.

La pregunta que emerge es ¿dónde hay un dilema *moral* aquí? *Supóngase*<sup>28</sup> que ninguno, aún si *hubiese* un genuino “dilema”. Esto muestra, nuevamente, que alegar los rasgos de ‘equivalencia’ e ‘incomparabilidad’ solo pueden ser útiles, con reservas, pues ellos podrían extrapolarse a cualquier tipo de dilema relativo a cualquier tipo de dominio.

Dos observaciones más. Primero, destacar que Martínez reconoce que las “consecuencias” de los dos rasgos mencionados son, finalmente, las mismas: la *discreción* por parte del que tenga que resolver el problema o la *pura elección*<sup>29</sup> si se trata de un mero agente moral. Si es así, su distinción conceptual solo tiene *aplicación* en el campo de lo teórico, pero su relevancia se desdibuja en el campo práctico donde las

---

<sup>28</sup> Digo que “supóngase” porque desde cierta interpretación del “florecimiento” de una vida o “eudaimonía”, el dilema podría ser moral. Tal cosa podría ocurrir si se escogiera una versión “comprehensiva” de la eudaimonía. Sobre esta versión véase Nagel, Thomas: “Aristóteles: sobre Eudaimonía”, en *Otras Mentes*, Traducción Sandra Girón, Gedisa, Barcelona, 1995, p. 145 y ss.

<sup>29</sup> Elección guiada por la idea de que habría una relación de indiferencia en las preferencias por cualquiera de las acciones. Dicho en el vocabulario admitido por Martínez, la idea es que ambas acciones “estarían moralmente permitidas”.

consecuencias parecen idénticas. Siendo así, se trata de una distinción de gabinete que no guarda correlación con la práctica, lo cual hace suponer que la distinción, tal como se plantea en *teoría*, debería ser o bien abandonada o bien reformulada, a menos que se suscriba el lema de “peor para la práctica...”.

Segundo, poner de manifiesto de manera muy especial que, además de los dos rasgos “explícitamente” mencionados por Martínez, (repito: equivalencia e incomparabilidad) se podría agregar a la lista un “tercer” rasgo que, si bien él menciona, está más bien “implícito” en su texto. Para ver este elemento recuérdese que en iii) Martínez argumenta que “serán dilemáticas aquellas situaciones de conflicto en las que no pueda establecerse la obligación definitiva”. En el fondo, la idea es que si hay un genuino dilema moral ninguno de los requerimientos en pugna puede “superar” o “derrotar” al otro. Es decir, a las ideas de equivalencia e incomparabilidad, Martínez añade la de “inderrotabilidad” de las pretensiones normativas en juego.<sup>30</sup> Creo sinceramente que este criterio es más robusto que los anteriores para dar cuenta de las intuiciones que subyacen a la creencia en dilemas morales genuinos. Si se admite esto, la consecuencia es importantísima: queda bloqueado cualquier procedimiento de ponderación. Es más, la idea según la cual la naturaleza de este procedimiento es *subjetivo* resultaría válida en cuanto se afirme que un ordenamiento de un conflicto que tenga corte *subjetivista* deja inalterable el fenómeno de la radical inderrotabilidad de las pretensiones en juego.

### **Una alternativa más plausible: el enfoque “trágico”**

Como ya he sugerido, creo que un *enfoque trágico* de los dilemas morales sería una alternativa más plausible para dar cuenta de esta “especificidad” que Martínez busca para los mismos. Por cierto, soy

---

<sup>30</sup> En la misma línea, McConnell, Terrance: “Moral Dilemmas”, in Stanford Encyclopedia of Philosophy, p. 2. (se encuentra en internet)

consciente de que no se trata de proyectar una *luz nueva* sobre los dilemas morales sino más bien de ir a la búsqueda de un enfoque *ya conocido* pero potente al momento de hacer inteligible la especificidad de los dilemas morales respecto de los conflictos normativos simpliciter.

Así, en un pasaje de su trabajo, Martínez admite, respecto de los dilemas morales, que “una posibilidad es pensar que cualquier decisión que se tome estará igualmente injustificada y será por ello incorrecta, de modo que no es posible evitar el “mal” o el “error””<sup>31</sup>. En otras palabras, cualquiera de los caminos que escoja el agente resulta “intratable” e “intransitable”.<sup>32</sup>

Uno de los filósofos del derecho<sup>33</sup> de habla hispana que introdujo este enfoque, como ya se sabe, fue Manuel Atienza<sup>34</sup>, aunque él no extrajo todas sus consecuencias<sup>35</sup>.

La idea según la cual hay casos “trágicos”, desde luego, es bastante compleja porque involucra numerosos problemas, incluso metafísicos (por caso, referidos a la libertad del agente). Dado que en otro trabajo me he ocupado con más detalle de esta complejidad<sup>36</sup> aquí no avanzaré mucho más que esto.

---

<sup>31</sup> Por cierto que el “error”, desde una teoría ética como la de Aristóteles, podría ser recusado desde que, según el estagirita, el agente que actúa trágicamente estaría dominado por la “hamartia” o la “hubris”; su acción no sería trágica sino “patética”. Pero el error que tengo en cuenta aquí es objetivo o puede correlacionarse con un “estado de cosas”.

<sup>32</sup> Lesky, A.: *Historia de la Literatura Griega*, Madrid, Gredos, 1985, p.285.

<sup>33</sup> En filosofía moral y política este enfoque ha sido suscripto, entre otros, por Sinnott, Armstrong, Bernard Williams, Martha Nussbaum, Isaiah Berlin, etc.

<sup>34</sup> Por ejemplo en “Los límites de la interpretación constitucional”. De nuevo sobre los casos trágicos, *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, N° 6, Itam-Fontamara, México, pp.7-30; *Tras la Justicia. Una introducción al Derecho y al Razonamiento Jurídico*, op.cit, especialmente capítulo V, p. 177.

<sup>35</sup> He intentado mostrar esto en “Conflictos trágicos genuinos, ponderación y límites de la racionalidad jurídica”, en *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, México, 2006, n° 24, págs. 93-114.

<sup>36</sup> Ver Lariguet, Guillermo: “Conflictos Trágicos y Derecho. Posibles Desafíos”, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho* n° 27 (2004), pp. 317-348.

Creo que la noción de “caso trágico”<sup>37</sup> puede ser fecunda para poner en evidencia: i) el carácter intratable de un caso en cuanto no es posible avizorar una respuesta racional para el mismo; ii) la existencia de aspectos<sup>38</sup> del mundo contingentes<sup>39</sup>, variables, inestables, difícilmente

---

<sup>37</sup> No tengo problemas en admitir que hay “casos trágicos” que no involucran “dilemas”. Por ejemplo, es común encontrar que la gente refiere a una muerte imprevista o accidental como un evento trágico. Ello así por cuanto hay ciertos rasgos (por ejemplo los referidos a lo “imprevisto” y a la “muerte” o “destrucción”) que tienen vínculos con la intuición de tragedia, aun si no hay dilema. Pero los dilemas más intensos, o francamente genuinos, creo, son aquellos que tienen ribete trágico, tal como argumentaré. De modo que aun si es verdad que hay tragedia sin dilema moral aquí defenderé que no vale la inversa, al menos para situaciones dilemáticas de un alto grado de intensidad o dramatismo.

<sup>38</sup> Estos aspectos imprevisibles son conocidos en la literatura bajo el nombre de “suerte moral” que los griegos oponían a la idea de “auto-suficiencia”, “florecimiento moral” o “eudaimonia”. Ver Nussbaum, Martha: *The Fragility of Goodness. Luck and ethics in Greek tragedy and philosophy*, Cambridge University Press, 1986, p. 3 y ss. Según Nussbaum, Kant tendió durante siglos un “manto de sal” sobre el problema pues intentó “eliminarlo” mediante la creación de un reino moral “incondicionado” por los avatares que ocurren en el mundo empírico. Esto explica toda una maquinaria conceptual destinada a eliminar la posibilidad de dilemas morales genuinos. Ver Nussbaum, Martha: *The Fragility of Goodness. Luck and ethics in Greek tragedy and philosophy*, op.cit., p.4. Téngase en cuenta, a su vez, que la idea de “suerte moral” tuvo capital importancia en el Renacimiento, apareciendo bajo la forma de la “Diosa Fortuna”. El interés de los filósofos en ese momento era si era posible y cómo oponer a la *fortuna* la *virtù*, entendida esta última como la capacidad de enfrentar situaciones variables e inestables. En ocasiones, los griegos, inmersos en situaciones trágicas, confiaban en que esta capacidad, como sostiene Áyax, le iba posibilitar “alcanzar la gloria, aún al margen de los dioses”. No está de más recordar que, en buena medida, la dicotomía fortuna-virtù fue una preocupación que Maquiavelo trasladó a su obra *El Príncipe*; traslado enmarcado en el “descubrimiento” de Maquiavelo de la existencia de conflictos inevitables y trágicos de valores incommensurables. Ver Rinesi, Eduardo: *Política y Tragedia*, op.cit., pp. 37-65.

<sup>39</sup> La presencia de estos aspectos da lugar a un tipo de dilema *generado por el mundo y no por el propio agente*.

previsibles, a veces *inmanejables*<sup>40</sup>, y que inciden en la caracterización de propiedades prácticamente idiosincrásicas, válidas para *un* caso y no *necesariamente* para otros, de modo tal que resulta problemático pensar en la existencia de reglas o principios universales que regulen estos casos de antemano<sup>41</sup>. Cuando más adelante discuta la propuesta normativa de Martínez, regresaré a este punto; iii) la idea de que cualquier camino escogido por el agente es desastroso y por eso se elimina seriamente la idea de respuesta correcta; iv) la revelación de un genuino aspecto del carácter moral del agente (es un conducto para conocer aspectos de la moralidad profunda del agente); v) la *posibilidad* de un cambio de “horizonte moral” puesto que, después de tomar una elección o decisión trágica, el agente *podría* “no ser el mismo”; dicho en forma más precisa, *podría* haber alterado su “identidad moral”. Respecto de este último punto adviértase que el “cambio” al que llevan las elecciones trágicas *puede ser* bastante “radical”. Este cambio, *con distintos grados*, puede afectar tanto a personas (Edipo por ejemplo) o sistemas normativos. En efecto, el supuesto de cambio radical de identidad presupone la idea de “destrucción” (que no sólo se concibe de manera “física”); así, puede hablarse de destrucción de personas (llegando incluso a la “muerte”, tema clásico de la tragedia) o también de sistemas (que pueden ser “sustituídos” por otros<sup>42</sup>).

---

<sup>40</sup> Me refiero a que puede haber aspectos de la personalidad del agente que éste no puede domeñar (o “evitar”). Pienso en casos al *estilo Fedra* y su amor por Hipólito (hijo de Teseo, su “marido oficial”). En hipótesis de este tipo, tratadas en la literatura por Eurípides o Racine, hay sin duda muchas cuestiones enmarañadas que no puedo tratar en este trabajo.

<sup>41</sup> Es claro que estoy sugiriendo un vínculo entre los dilemas morales y el particularismo moral. Pero sobre este vínculo y el tipo de particularismo en juego no puedo discutir aquí.

<sup>42</sup> La idea de “destrucción” aparece también en la idea de *cambio radical* de sistemas normativos en el vocabulario de los juristas. Cuando los juristas advierten que un sistema, por ejemplo, está a punto de destruirse, suelen activar la idea (también ínsita en la discusión de los dilemas morales) de “sacrificio”. Por ejemplo, si un sistema constitucional basado en derechos individuales está en serio peligro, muchos justifican un “sacrificio” de esos derechos o algunos derechos con la presunta finalidad de “salvar” el sistema para el futuro. Desde

Vale la pena aclarar, respecto de los rasgos i) a v) arriba mencionados, que no necesariamente deben presentarse *todos* para *calificar* como “trágico” a un caso. Como sugerí al comienzo de este trabajo, es posible que la expresión universal “dilemas morales” sea una simple ‘etiqueta’ para dar cuenta de situaciones conflictivas de *diversos* grados o *intensidades* de complicación. Por ejemplo, un rasgo como v) no necesariamente tiene que darse para que estemos habilitados a decir que la situación “x” constituye un dilema moral *genuino*, aún si esta situación es *menos dramática* que otras situaciones dilemáticas en que v) se presente. Pero, incluso dándose v), es factible que el cambio de “horizonte moral” se pueda presentar a través de una paleta de diversos grados de intensidad. Lo que estoy insinuando aquí probablemente deba verse como un conjunto de afirmaciones en el marco de un “work in progress”. Con todo, pienso que una tarea que se espera que la filosofía cumpla es la de ser capaz de *distinguir* diversas situaciones dilemáticas, identificando los “rasgos” que las caracterizan. Pero estos rasgos *no necesariamente* deben ser vistos como el ofrecimiento de un repertorio de *condiciones necesarias y suficientes de definición* de “dilemas morales”. No estoy diciendo que este “enfoque” de los rasgos característicos de los dilemas morales deba quedar descartado pues creo honestamente que la cuestión *metodológica* de *cómo* enfocar el *análisis*

---

luego, que estas ideas pueden volverse peligrosas según el uso que se haga de ellas. Por ejemplo, Carl Schmitt empleaba la idea de “estado de excepción” como una vía que habilitaba a la “suspensión total de la vigencia de un orden jurídico” y una de las finalidades, al menos de la “dictadura comisarial”, era salvarlo o preservarlo; si esto no era posible, operaba lo que Schmitt llamaba la dictadura “soberana” que instauraba un nuevo orden. Sobre esto puede verse Agamben, Giorgio: *Estado de Excepción*, Adriana Hidalgo Editora, 2005; Campderrich, Ramón: *La palabra de Behemoth. Derecho, política y orden internacional en la obra de Carl Schmitt*, Trotta, Barcelona, 2005. El “estado de excepción” funciona de manera muy parecida al “ius necessitatis” que le interesaba a Kant, Immanuel: *La Metafísica de las Costumbres* (1797), Estudio Preliminar de Adela Cortina Orts, Traducción y notas de Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho, Altaya, Barcelona, 1989, p. 45.



conceptual de los dilemas morales es relevante. Así, una cuestión raigal es debatir acerca de cuál es la *mejor explicación filosófica*<sup>43</sup> de una categoría como la de dilemas morales. Sea como fuere, lo que sí creo es que no estamos obligados a construir un *lecho de Procusto* para encajar, a *como de lugar*, situaciones dilemáticas. En esta línea, los rasgos<sup>44</sup> que he mencionado son más bien *guías útiles* a la hora de *identificar genuinas situaciones dilemáticas* y no categorías que el filósofo pueda usar con desdén, permitiéndole sostener, frente a situaciones que no presenten “todos” los rasgos mencionados, el apotegma de “peor para el mundo”.

Ahora bien, dejando a un lado mi aclaración precedente, resultaría sensato esperar que Martínez intentara destruir todo mi argumento sobre el carácter auspicioso del enfoque trágico. De hecho, en su tesis doctoral, él construye una réplica a un argumento del estilo del que presento, en los siguientes pasos: i) “el argumento se comporta de modo distinto según este ‘mal inevitable’ se entienda en *sentido moral* o en un *sentido valorativo extramoral*, pero en ninguno de esos dos casos resulta muy afortunado: la conclusión será que se trata de un argumento o bien irrelevante o bien falso, con lo cual no nos es de ninguna utilidad”. El ‘mal’ en cuestión, si es “moral”, “se identifica con el incumplimiento de una obligación moral: se provoca un mal cuando no se satisface lo que es moralmente obligatorio”<sup>45</sup>; ii) en cualquiera de los *dos casos*, no obstante, se produce un mal moral, por lo que éste se encuentra conceptualmente

---

<sup>43</sup> Debate que, por ejemplo, se encuentra reflejado en el penetrante análisis ofrecido por Joseph Raz en “Two Views of the Nature of the Theory of Law. A Partial Comparison”, en *Hart’s Postscript. Essays on the Postscript to The Concept of Law*, Edited by Jules Coleman, Oxford University Press, New York, 2001, pp.1-37.

<sup>44</sup> En consecuencia tampoco creo que los rasgos que menciono *agoten* necesariamente lo que he denominado el *enfoque trágico*. Sí creo que son rasgos *paradigmáticos* que exigen una investigación detallada.

<sup>45</sup> Para Martínez, “el mal puede ser ‘definitivo’, si lo que se incumple es una obligación definitiva, o puede ser un mal *prima facie*, si lo que se incumple es una obligación de ese tipo”.

unido a *toda situación de conflicto*, sea o no dilemática; iii) por esa razón el argumento es irrelevante: por definición, en todo conflicto se produce al menos un mal *prima facie*; iv) este no es un criterio que nos permita distinguir los meros conflictos de los auténticos dilemas, puesto que en *todos estos casos se produce algún mal moral*; v) si éste es el sentido en el que se entiende este mal inevitable, la respuesta evidente es que se trata de una situación meramente *contingente*; vi) no existe *vinculación conceptual* alguna entre las situaciones de conflicto o dilema y la presencia de un ‘mal’ de esta entidad: se podría (admitiendo hipotéticamente la posibilidad de los dilemas) producir una situación dilemática entre dos promesas intranscendentes, en el supuesto de que el sistema moral no pudiera determinar cuál de ellas debería cumplirse. En este caso existiría un dilema y sin embargo el ‘mal’ que se produciría, teniendo en cuenta la trivial entidad de las promesas, sería mínimo. E incluso en ciertas circunstancias podría ser admisible que nos encontráramos en una situación dilemática cuando las alternativas en conflicto tuvieran ambas consecuencias positivas (o al menos no negativas) desde ese punto de vista valorativo no moral. Si se admite que existe una obligación moral de beneficencia, alguien podría encontrarse en la situación de no saber a qué ONG hacer una donación, pero fuera cual fuera su acción final no existirían consecuencias negativas algunas (a lo sumo un determinado colectivo se quedaría en la misma situación que antes). En suma, pues, es falso que las situaciones dilemáticas supongan la provocación de un ‘mal inevitable’ en este sentido, puesto que el que se produzca o no dependerá *contingentemente* de las circunstancias presentes.

La posible réplica de Martínez podría ser *percibida* como muy persuasiva; sin embargo, no afecta mi argumento sobre la fertilidad del enfoque trágico de los dilemas morales como criterio distintivo de los simples conflictos normativos. Daré algunas *respuestas* a sus argumentos, observando que:

Argumento i) La distinción entre un sentido “moral” y uno “extra-moral” no afecta el núcleo conceptual de la idea de caso trágico

sino que, más bien, introduce una distinción entre dilemas “morales” y dilemas “no morales”, aun si estos últimos suponen valores en juego (como en mi ejemplo del dilema en el supermercado).

Argumentos ii, iii y iv) Además de esto, hay que decir que la idea de “mal inevitable” puede que esté presente en “todo” conflicto como Martínez afirma pero, no obstante esto, sigue siendo útil la idea de caso trágico para enfocar dilemas morales puesto que la eventual presencia de este mal tiene una *incidencia distinta* según se trate de un mero conflicto normativo o según se trate de un dilema moral. Yo creo que en un conflicto normativo se puede hacer la distinción entre “mal menor” y “mal mayor”, justificándose, mediante algún “procedimiento racional”, la elección por el “menor”, evitándose el “mayor”. Desde este punto de vista, en un conflicto normativo se puede atisbar un tipo de “respuesta” distinta a la que cabe esperar en un dilema moral enfocado en términos de lo trágico. La respuesta que opte por el *mal menor* no es una respuesta “tan mala” o “desastrosa”. En cambio, en un dilema moral, *al menos en uno genuino y muy intenso o dramático*<sup>46</sup>, cualquier respuesta es “muy mala” o “desastrosa”. Esto es así por cuanto en un dilema moral *genuino*, si existe, no hay “males menores”, o males mayores y menores; cualquier alternativa resulta penosa; cualquier curso de acción es incorrecto. No hay un mal menor en la elección de la madre chechena que tiene que escoger qué hijo (de los dos que tiene) salva de la escuela tomada por un grupo rebelde. Pero incluso, si el balance entre males (que son mayores y menores) fuese posible, tal balance resultaría trivial desde el punto de vista moral.

Argumentos v) y vi) Por lo anterior no me convence la idea según la cual no hay más que un vínculo “contingente” entre el enfoque trágico y los dilemas morales genuinos. Los ejemplos que suministra Martínez, básicamente, son dos: a) el de las dos promesas “intrascendentes”, y b) el

---

<sup>46</sup> Atiéndase a la importancia de este “al menos” pues enseguida introduciré la distinción entre dilemas morales trágicos y no trágicos.

de la decisión que siempre tiene consecuencias positivas. Estos ejemplos me parecen inidóneos para probar su argumento de la vinculación contingente. En lo que incumbe al ejemplo a) hay que decir dos cosas. Primero, que las promesas conceptualmente siempre suponen la alternativa de la “superabilidad” de una obligación contraída<sup>47</sup>, de modo tal que son malos candidatos para pensar el tema de los dilemas morales que tiene que ver con la existencia de mandatos que no pueden *superarse mutuamente* o *ser superados por un valor externo* a la contienda entablada entre ellos. Segundo, que aún si se descartara lo anterior, el hecho de asumir que los contenidos de las promesas son “intrascendentes” es un argumento que se auto-frustra puesto que en los dilemas morales genuinos nunca las consecuencias son intrascendentes o triviales. Los dilemas morales realmente importantes no tienen consecuencias así; es posible imaginarlas, desde luego, pero la cuestión de los dilemas morales no forma parte de un mazo de naipes que desempolvamos en un día muy gris para procurar divertirnos un poco. Por supuesto, esto puede ser contestado con un ejemplo como el puesto en b), donde se presenta la situación de “no saber” a qué ONG donar dinero, siendo en cualquier caso positivo el curso de acción que se adopte. Es posible que haya “dilemas” con consecuencias positivas pero esto no afecta la cuestión conceptual de los genuinos dilemas morales que nunca, salvo en una hipótesis rebuscada, implican consecuencias positivas. En los dilemas de Agamenón, Antígona, Orestes, Hamlet, la madre chechena, etc., no hay consecuencia positiva alguna. Pero, incluso, si hubiese hipótesis no extravagantes de dilemas

---

<sup>47</sup> Salvo la hipótesis del “empate” entre dos promesas (ya diré algo de esto) el caso de una promesa de la conducta  $x$  por parte de un sujeto  $S$  a otro sujeto  $R$  presupone una serie de condiciones implícitas que explicitadas podrían jugar como factor de superación de la obligación inicialmente contraída por  $S$  con respecto a  $R$ . Por ejemplo, si  $S$  promete tomar un café con  $R$  y surge una circunstancia imprevista, por ejemplo que su hijo enferma, que le impide cumplir con esta obligación.

morales con consecuencias positivas, ¿qué habría de apremiante o interesante aquí? El agente moral solo tendría que aplicar una relación de indiferencia y elegir cualquiera de las ONG en juego. ¿Qué más se puede añadir a esto? Posiblemente algo que propongo como materia reflexiva a Martínez, a saber: que la idea de consecuencia positiva de su contra-ejemplo puede ser un tanto *engañosa* si se admite que aun si la ONG que no recibe el dinero en donación no “estará peor” que antes, sí resultará *menos favorecida* que la ONG seleccionada y quizás -si la comparación entre las ONGs fuese viable- uno no podría decir tan secamente que hay consecuencias positivas en el *estricto sentido* de la palabra.

Aún si lo anterior se admite queda reluciendo el argumento de Martínez según el cual lo “trágico” tiene un vínculo meramente ‘contingente’ con la categoría de dilemas morales. Cuando digo que esta idea *no me convence*, tal como señalé más arriba, debería aclarar que no estoy negando en realidad que el vínculo tenga carácter contingente<sup>48</sup>. Mi falta de convencimiento no supone que yo esté afirmando la existencia de un vínculo *necesario*. Hay algo de los contraejemplos de Martínez muy sugestivo en este sentido. Brevemente, diría que su ejemplo a) de las promesas, mejorado un tanto, podría mostrar la existencia de un caso donde un sujeto S promete a dos amigos, que viven en lugares distantes entre sí, visitarlos a la misma hora. Suponiendo que ambas promesas tengan para S el *mismo peso* uno estaría aquí frente al rasgo de simetría o empate sobre el que Martínez llamara la atención en su trabajo. ¿Está el sujeto S expuesto a un genuino dilema moral? *Admítase*<sup>49</sup>, para ser leal a

---

<sup>48</sup> Le debo a algunas observaciones de Rodrigo Sánchez Brígido la necesidad de aclarar este punto.

<sup>49</sup> Mi admisión es parte de un experimento mental. Habría que pensar distintas hipótesis de promesas a otros (dejo a un lado la complicada cuestión de promesas a “uno mismo”) para determinar si lo que está en juego tiene que ver con valores morales y cuán importantes son los contenidos de las conductas involucradas. Para decirlo en forma breve y sencilla: no es lo mismo prometer a alguien tomar un té que prometerle casamiento, devolver dinero en préstamo o cuidarle en caso de que se encuentre convaleciente.

lo que quiero explicar, que sí. Hay un dilema moral y, no obstante ello, no hay ribetes trágicos a la vista aquí. Concedo este punto pero ello no supone una derrota para la *tesis que yo quiero defender*, a saber: que la mayoría de las situaciones morales genuinamente dilemáticas, aquellas que evidencian imposibilidad de resolución racional y cuyas consecuencias son negativas y nada intrascendentes, tienen ribete trágico. *Quizás* haya dilemas morales no trágicos y, en tal caso, esté bien dar cuenta de ellos. Pero me inclino a favorecer la idea según la cual, salvo contados ejemplos, las genuinas situaciones dilemáticas en el terreno moral, al menos las más interesantes y recalcitrantes, tienen carácter trágico en distintos grados de intensidad, tal como señalé antes. Se podría decir, entonces, que mi desacuerdo con Martínez en este punto es más bien parcial, pero no por ello insustancial y esto por dos razones: primero, porque creo que resulta promisorio en la tarea de *clarificación* del concepto de dilema moral distinguir entre dilemas morales trágicos y no trágicos; segundo, porque entiendo que la mayoría de las situaciones realmente apremiantes en el dominio de la moral, más interesantes y desafiantes, son las que tienen que ver con lo trágico y es de esto de lo que Martínez debiera percatarse.

### **La propuesta normativa de Martínez**

Como anticipé en la introducción, estimo que la parte sustantiva del trabajo de Martínez, esto es, la construida a partir de su “propuesta normativa”, es la parte filosóficamente más atractiva y sugerente de su trabajo.

Sin embargo, los mejores frutos de su propuesta no pueden extraerse simplemente de la parte explícita de su argumento sino que se encuentran implícitos. Como ya he dicho, su parte explícita está en contradicción con algunos de los segmentos más relevantes de su trabajo y su propuesta basada en el valor seguridad jurídica me parece tanto inadecuada como inviable. Es por esto que, para tornar más interesante y consistente su propuesta, tomaré ciertos elementos implícitos de la misma

y, con el añadido de otros, propondré otra alternativa normativa. Pero antes de ello es conveniente ver lo siguiente.

## El problema

Estoy de acuerdo con Martínez en cuanto a que el corolario de asumir la posibilidad de dilemas morales genuinos implica negar la existencia de respuesta correcta, tanto en el dominio de la moral como del derecho. De todas maneras, como intentaré mostrar enseguida, creo que él termina por desmoronar esta conclusión con su propuesta normativa.

Esto marca un evidente límite para la racionalidad y lleva directamente a las ideas de “elección” y “discreción”, esta última en un sentido *fuerte*.

En lo que atañe a la idea de “elección”, el argumento es que, ante dilemas morales genuinos -insisto que también frente a dilemas *jurídicos* genuinos- solo queda el espacio para una elección “arbitraria”.

Que la elección sea “arbitraria” significa, si se ve la cuestión bajo el prisma de la *Crítica del Juicio* de Kant, que la elección no puede satisfacer criterios de validez *intersubjetiva*.<sup>50</sup>

---

<sup>50</sup> Recuérdese que, a diferencia de los juicios *teóricos* que tienen validez *objetiva*, Kant atribuye a los juicios prácticos –concretamente los de índole “estética”- validez universal subjetiva. Así, diría Kant, la gente no dice “esto me parece bello” sino “esto *es bello*”, donde el predicado “es” tiene una validez entendida en términos de universalización del juicio. Una cuestión independiente es preguntarse por qué la mayoría de los kantianos contemporáneos acudieron a la *Crítica del Juicio* y no a la *Crítica de la Razón Práctica*. Una opinión corriente, al respecto, es que esta última obra sigue ofreciendo una visión muy formalista de la ética. Para mayores comentarios sobre esto véase Castoriadis, Cornelius: “La polis griega y la creación de la democracia”, en *Los Dominios del Hombre. Las encrucijadas del laberinto*, Traducción de Alberto Bixio, Gedisa, Barcelona, 2005, especialmente pp. 103-107.

Así por ejemplo, en situaciones de equivalencia o empate entre principios, la idea es que se activa una *relación de indiferencia*, de elección pura<sup>51</sup>. En la literatura filosófica hay gran cantidad de ejemplos de situaciones de esta clase. Por ejemplo, cuando Marx advierte que en la disputa por las horas de descanso y reducción de las horas laborales se tiene, de un lado, al capitalista que procura extenderlas teniendo en cuenta su interés como consumidor y, del otro, al trabajador que procura reducir las teniendo en cuenta su rol de vendedor, sostiene que se da una *antinomia*, “derecho contra derecho, cada uno exhibiendo *por igual* el sello de la ley de intercambios”. La conclusión de Marx es cercana a la idea de elección arbitraria cuando concluye que “entre derechos *iguales*, decide la *fuerza*”.<sup>52</sup>

Lo que acabo de ejemplificar con el pasaje de Marx, supondría que quien tenga que decidir, entre una alternativa A y una alternativa B, en hipótesis de dilemas morales genuinos, no puede más que ejercer la soberanía de la elección por cualquiera de éstas. Ello así, por cuanto no se puede establecer una *relación ordenada de preferencias* y solo cabe aplicar una relación de *indiferencia* o suponer que *cualquier conducta se encuentra moral -o jurídicamente- permitida*, como ya ha argüido Martínez haciendo pié en Zimmerman. Ahora bien, ¿cuál podría ser el problema de todo esto?

El problema, detectado con agudeza por Martínez, es que tanto el sujeto que defiende la alternativa A como la B podría enfrentar, por

---

<sup>51</sup> Como se sabe, Dworkin tiene diversos argumentos para cuestionar esta idea; uno muy conocido sostiene la tesis de que los “empates son situaciones raras” en sistemas jurídicos “evolucionados” donde existe una suerte de “regla tácita” que prohíbe los empates. He analizado esto con cierto detalle en “Conflictos trágicos genuinos y respuesta correcta. En torno a algunas ideas de Ronald Dworkin”, de próxima aparición en la Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México.

<sup>52</sup> Citado por Walzer, Michael: *Las esferas de la justicia. Una defensa del pluralismo y la igualdad*, Traducción de Heriberto Rubio, Fondo de Cultura Económica, México, 1997, p. 198.



ejemplo a un juez, con la siguiente cuestión: que “si realmente *da lo mismo*, ¿por qué no ampara mi pretensión?” Con otras palabras, “si ni A ni B tienen recíprocamente mayores razones para respaldar su posición, ¿en qué se fundamenta que se sacrifique un derecho para proteger el de la otra parte, cuya pretensión no tiene más fuerza que la otra?”

### **El recurso al azar**

Una manera de conjurar el desafío de la pregunta planteada en el apartado precedente ha sido, como bien señala Martínez, la postulación del azar, esto es, el recurso a algún mecanismo aleatorio (por ejemplo “tirar la moneda”) como una manera de establecer qué parte *ganará la querella*.

Como es muy conocido, la postulación de mecanismos aleatorios para la toma de decisiones en situaciones de dilema ha sido vista como la postulación de un *digno adversario* para la llamada “teoría de los grandes números”. Según esta teoría resulta *moralmente aceptable* mantener, por ejemplo, que está justificado salvar al “mayor número”, aún si son sacrificados los que se encuentran en el ámbito del “menor número”. El recurso al azar sería una manera de evitar la defensa de la tesis según la cual “los números cuentan”; tesis recusada por Taurek, autor citado por Martínez.

El empleo de mecanismos aleatorios, a este respecto, constituiría una forma de garantizar que “todos los afectados cuenten con exactamente las mismas probabilidades”. Esto último no es más ni menos que un equivalente de la idea según la cual “las personas son merecedoras de igual respeto, dignidad y derechos”.

Precisamente, son estos argumentos de Taurek los que inspiran la propuesta normativa formulada por David Martínez.

### **La seguridad jurídica**

Su propuesta normativa se contextualiza en el marco de ciertas características propias del derecho, específicamente las que tienen que

ver con su conocida dimensión *institucional*; dimensión que, en la propuesta de Martínez, opera como *filtro* de la decisión que, en lo atinente al dilema moral, se adopte en sede moral.

Desde una *peculiar* interpretación de esta dimensión institucional del derecho, Martínez cree que ella *no es compatible* con el ejercicio de *discrecionalidad* en “cada caso” que se presente de dilema. Cuando digo que su interpretación es “peculiar” estoy pensando en que: i) es una interpretación que se encuentra distante de la interpretación *estándar* que de la dimensión institucional del derecho suministra el positivismo jurídico, al menos el hartiano. Téngase en cuenta que, para este positivismo, la dimensión institucional no erradica la posibilidad de indeterminaciones y no excluye, más bien todo lo contrario, la idea de discreción, aun si ésta no debería resultar equivalente con la “arbitrariedad”; ii) creo que, un tanto indiscriminadamente, Martínez emplea la idea de discreción para referirse al derecho y al dominio moral. Esto último me parece un tanto oscuro, si uno admite que la idea de discreción, como ha mostrado Ronald Dworkin, tiene *sentido en contextos* donde se ejerce una autoridad reglada, por caso, el derecho.<sup>53</sup>

En cualquier caso, resulta esclarecedor destacar que Martínez *comprime* su interpretación de la dimensión institucional del derecho en un *valor*: la “seguridad jurídica”, entendida en el sentido de poder predecir (normativamente<sup>54</sup>, no psicológicamente) decisiones jurídicas.

Aunque él admite que el valor consistente en “promover la justicia” es relevante, en el contexto jurídico hay que *priorizar* otro valor. Concretamente, la propuesta de Martínez, y que él considera *razonable*, estriba en “dar prioridad a la seguridad jurídica frente a la justificación moral en los casos de dilema”.

---

<sup>53</sup> Ver Dworkin, Ronald: “El Modelo de las Normas I”, en *Los Derechos en Serio*, Traducción de Marta Guastavino, Planeta Agostini, Barcelona, 1993, pp. 83-84.

<sup>54</sup> Sobre esto ver mi “Predicción, Conocimiento y Cambio de Sistemas Jurídicos. Una revisión de la propuesta de Alf Ross”, *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, Chile, 2003, pp. 167-178.

Al respecto, su idea es que esta propuesta *está a tono* con concepciones de la *ponderación* de inclinación *universalista*, como la que propugnarían autores como Alexy, Moreso o Mendonca. Correctamente, él aclara que esta concepción supone que el “cometido de la ponderación no es otro que la elaboración de reglas que, tomando determinadas propiedades, permitan ofrecer una respuesta clara y determinada a las situaciones de conflicto constitucional y, sobre todo, que actúen como reglas, esto es, que permitan la operación de subsunción”.

Ahora bien, Martínez reconoce que esta misma solución no puede extrapolarse automáticamente a situaciones dilemáticas en las que “no puede afirmarse que exista una solución preferible a la otra”.

Así y todo, la única manera de garantizar el peso de la dimensión institucional del derecho, tal como ésta es comprendida por Martínez, consiste en, y aquí viene su *propuesta concreta*, “estipular una regla que ofrezca una solución clara para todas las situaciones de este tipo, aun a sabiendas que tal regla no es mejor que otra que decidiera en sentido contrario”. Esto implica que es mejor esto que “dejar la situación indeterminada a expensas de la libre voluntad del decisor o del azar”.

Ante todo, adviértase que no queda del todo claro *en manos* de quiénes quedaría la estipulación de esta regla en la que Martínez cifra sus esperanzas: ¿legisladores o jueces?

Con independencia del interrogante anterior, sinceramente creo que la propuesta de Martínez *fracasa por sus propios términos*. Mis razones para este aserto son las siguientes: i) dudosamente Martínez da por sentado que, en materia de dilemas morales, el discurso moral supone una *justificación moral* de la decisión, cosa que a todas luces se da de cabezas con la idea de que en tales situaciones no hay respuesta correcta posible y solo queda la elección arbitraria o el azar; ii) pretender *estabilizar decisiones* sobre “dilemas morales”, decisiones que se dan “caso por caso”, me parece un disparate. Como indiqué al presentar los rasgos del *enfoque trágico*, esto es así por el hecho de que los dilemas morales suelen ser recalcitrantes, entre otras cosas, por sus propiedades

*idiosincrásicas*, difícilmente maleables en términos de juicios de universalidad. En otras palabras, si la formulación de reglas supone que las condiciones que puedan operar como virtuales *excepciones* puedan ser conocidas y listadas, ¿cómo es posible encarar una tarea así con respecto a situaciones dilemáticas que, por lo general, se caracterizan en términos de casos intrincadamente complejos sujetos a propiedades no susceptibles de conocimiento a priori?; iii) resulta impreciso a qué ámbito Martínez está refiriendo la demanda de seguridad jurídica en el sentido de formular una regla que “estipule” para “todos” los casos una manera de resolver en sentido determinado. En primer lugar pienso que hay que meditar sobre la función *latente* de esta regla estipulada, a la que refiere Martínez. Esta función, a mi juicio, no es otra que la de operar como una suerte de “regla de clausura” que prescriba que, “frente a conflictos dilemáticos establecidos entre A y B”, “siempre deberá *ganar A*” o “siempre deberá *ganar B*”. Pero hay que ser conscientes de que esta regla -parecida en funcionamiento a reglas como la del “nullum crimen...” o la de “obligación de rechazar la demanda”- no puede ser, salvo argumentos muy finos, un sustituto válido de “respuesta correcta” (como pretende por ejemplo Fernando Atria<sup>55</sup> con las dos últimas reglas mencionadas). Porque aun si se admitiese que esta regla de Martínez es un sustituto válido surgen cuatro aspectos que hay que considerar de cara a una tesis que defienda la posibilidad de dilemas morales genuinos: Primero, que si existe tal regla jurídicamente estipulada carece de sentido la llamada “remisión” al dominio moral. Esto es así por cuanto dicha remisión -posibilitada por el tipo de términos empleados por ejemplo en una Constitución- sólo estaría conectada con

---

<sup>55</sup> Como se sabe, Atria defiende aquí dos tesis: la primera, que son posibles las lagunas normativas (nivel de los casos genéricos); la segunda, que, pese a la asunción anterior, siempre hay “respuesta correcta” para los casos “particulares”. Véase Bulygin, Eugenio: “Los jueces ¿crean derecho?”, en *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, 18, 2003, especialmente pp.23-24.

la posible indeterminación del discurso moral pero ya no habría ningún *mecanismo de solución de la moral* que tuviese que ser “filtrado” por la dimensión institucional del derecho. Segundo, que aun si no se cancela esta remisión al dominio moral, se diluye por completo la posibilidad de dilemas morales genuinos desde que ya se columbra la existencia de una regla que “resuelve” el conflicto expresado por el dilema. Tercero, que esta regla solo puede “resolver” aquí en el sentido de que el derecho, por razones que fincan en su propio diseño, dispone de formas de *encauzar demandas de prestación efectiva de justicia*, pero no en el sentido de que el derecho pueda *resolver efectiva o sustantivamente* el dilema que se plantee. Cuarto, creo que las cosas son distintas si esta “regla” es estipulada en el contexto *legislativo* que si lo es en el contexto *judicial*, que es donde tiene lugar típicamente -no digo que exclusivamente- la ponderación. Esta propuesta me parece *innecesaria* en el contexto legislativo e *imposible* en el contexto judicial. “Innecesaria” en el *contexto legislativo* pues no es más que una fórmula redundante de decir que, en casos de dilema moral, da lo mismo tanto una como otra solución. Por supuesto que Martínez pretende evitar esto diciendo que esta “regla” estipulará en un sentido específico las soluciones; pero si es así, esto, lejos de despejar la objeción de Taurek fundada en principios de igualdad y dignidad de las personas, la *refuerza* pues siempre quedaría un resquicio para que las partes no favorecidas por la decisión se quejen. Por supuesto, Martínez puede declarar inexistente este resquicio, alegando que una vez que las cosas se han decidido legislativamente en un sentido determinado, las partes ya no pueden válidamente plantear quejas. Es posible que haya algo de verdad en esta respuesta eventual de Martínez, pero ella sólo podría ser plausible con elementos adicionales de *teoría política*, por ejemplo sosteniendo que las partes, sea cual sea su posición, tienen el deber de acatar aquello que se ha decidido en condiciones de participación deliberativa racional. *Por ejemplo*, el auxilio de las ideas de “posición original” y “velo de la ignorancia”, debidamente explicitadas, podría apuntalar la *legitimidad* del intento de incluir, como parte del *diseño*

*institucional* del derecho, reglas como ésta que él propugna. Pero este argumento no aparece en su trabajo. En lo que atañe al *contexto judicial* su propuesta me parece “imposible”. Ello así por cuanto su mentada regla estipulativa sería *aquí* el producto de un acto de ponderación “in concreto” (lo que, siguiendo a Kant, llamé la “facultad de juzgar particulares”). Pretender ver en la ponderación de valores o principios inmersos en situación de genuino dilema, una solución “universalizable” me parece lisa y llanamente una locura por los siguientes motivos: primero, porque antes que nada hay que *mostrar* que en dilemas morales genuinos o dilemas jurídicos genuinos es posible activar la ponderación como método de “solución”. Ello no resulta simple cuando se caracteriza a los dilemas morales como lo hace Martínez: en función de los rasgos de “equivalencia” e “incomparabilidad” de alternativas; dos rasgos que bloquean el paso inmediato a la *ponderación*. Segundo, porque aun si la ponderación fuese viable, su producto no puede ser *anticipado* -como ya sostuve antes- en la explicitación de las *condiciones* bajo las cuales triunfará o no la posición de A o B; concebir algo así choca con la idea común que se tiene de las situaciones de dilema. Tercero, porque si ya hubiese una ponderación *que ex ante* “ordenase jerárquicamente” valores, normas, principios, etc., no sería inteligible la idea de que, efectivamente, hay conflictos normativos, especialmente los dilemáticos. Pensar algo así, por ejemplo para el campo moral, es, desde luego, posible. Uno puede construir, *a la Rawls*, un “orden lexicográfico” de principios; pero, desde el momento en que se hace tal cosa, ya no puede hablarse de genuinas situaciones de dilema que puedan entablarse entre los principios que figuran en ese orden. Cuarto, porque, tal como vengo indicando, la ponderación que entraría en juego en situaciones “particulares” de dilema opera “in concreto”, motivo por el cual, el eventual “ordenamiento de las pretensiones en conflicto” (cosa que solo sería posible desactivados los rasgos de equivalencia e incomparabilidad) establece jerarquías, “en principio”, para “el caso en cuestión” (jerarquías “móviles”, en términos guastinianos).

El fracaso de la propuesta de Martínez, sin embargo, no lleva necesariamente a atarse de manos en materia de propuestas normativas.

Estimo que hay una alternativa más plausible que se puede apoyar, en parte, en elementos de la propia argumentación de Martínez que él deja un tanto implícitos: me refiero al principio de *igualdad* que anida en su razonamiento.

Considero que mi propuesta, además, permitirá tender un *punte* entre los dilemas morales y los conflictos constitucionales, cuestión que a Martínez le interesa, aunque él realmente no establezca el puente más que de manera retórica.<sup>56</sup>

### **Una propuesta normativa más aceptable**

Ante todo, adviértase que el argumento que subyace a la objeción de Taurek, objeción que Martínez hace propia, tiene raíz en el principio según el cual “las personas son merecedoras de igual respeto, dignidad y derechos”. Pienso que es éste el principio del argumento de Martínez que puede proyectar mejor luz sobre la cuestión.

La cuestión a la que me refiero está circunscripta, por una parte, por el vínculo entre conflictos constitucionales y dilemas morales sobre el que Martínez llama la atención, por la otra, por el procedimiento de la ponderación desarrollado especialmente por los *jueces* como forma de “resolver” de alguna manera la contienda entre principios constitucionales.

Sobre esto último cabe subrayar dos aspectos: primero, que el contexto que aparece como relevante aquí es el judicial; segundo, que la idea de que la ponderación -como quiera que se la entienda- pueda “resolver” conflictos constitucionales que presuponen una versión de *dilema moral* es ininteligible desde que se admite que los dilemas morales

---

<sup>56</sup> Digo esto porque su mención de los “conflictos constitucionales” en el trabajo es bastante *retórica* en el sentido que no los pone a jugar de verdad con situaciones de dilema. Más bien, pese a su proclama, sus ejemplos más recurrentes en torno a la relevancia jurídica de los dilemas morales pasan por el tamiz del instituto de la “promesa”.

“no tienen resolución racional”. A menos, claro está, que se extinga la idea de “no resolución racional” al precio de negar la posibilidad de dilemas morales genuinos y su relevancia “desafiante” tanto para el derecho como para la moral.

Mi propuesta normativa, que está inspirada en la obra *Constitución y Conflicto* de Robert Burt<sup>57</sup>, es que los jueces, particularmente aquellos que desarrollan su función en una Corte Suprema o Tribunal Constitucional, pueden desarrollar un trabajo intelectual que no suponga que *todo el poder de decisión* descansa en ellos. Más bien, mi punto es que estos jueces podrían -y deberían- desarrollar lo que Bickel llamó alguna vez el “método del coloquio”<sup>58</sup> entre la justicia y otras instituciones políticas, especialmente el Parlamento. Este método supone que los jueces no concentran todo el poder de decisión sino que hacen un trabajo que es *completado* por la discusión *política* en sede parlamentaria. Mi propuesta, como se verá pronto, sale al paso de las conocidas críticas que endilgan un carácter “contramayoritario” al poder judicial. Así, lo que propondré es un complejo mecanismo de decisión que vincula a la jurisdicción y a la política.

La propuesta en cuestión está fundada en casos reales de la experiencia judicial y política americana (aunque, pienso, esta experiencia puede extrapolarse a la mayoría de los países “occidentales”). De esta experiencia, me interesa específicamente *un tipo de conflicto constitucional* que bien podría llamarse “polar”. Conflictos de esta índole hay muchos pero creo que la mención de casos como *Brown v. Board Education* y *Roe v. Wade* pueden ayudar a entender lo que tengo en mente.

Lo primero sobre lo que hay que meditar en conflictos de una complejidad como los mencionados arriba es que, cuestión ésta que interesa mucho a Martínez, “cuando la Corte declara que una parte tiene la razón

---

<sup>57</sup> Traducida por la Cátedra de Traducción de Interpretación IV de la Facultad de Derecho de la Universidad de Bs. As. a cargo de Gabriela Garrido de Ortells, Eudeba, Bs. As., 2000.

<sup>58</sup> Citado por Burt en nota 8 de p.487.



y la otra no, que la primera ha ganado la contienda y que la otra resultó vencida, emite un pronunciamiento que tiende a eclipsar la obligación de respeto mutuo entre partes”.<sup>59</sup> ¿Cómo evitar que una parte -justificadamente- perciba que se encuentra a merced de la otra, tanto más cuando ambas partes tienen sobrados elementos como para saber que, de cada lado, sus pretensiones tienen *equivalente* legitimidad?

Siguiendo el análisis efectuado por Burt, mi respuesta es que los jueces tienen que desplegar una serie de “técnicas jurídicas específicas” que presupongan el *impulso de un proceso legislativo* cuya consecuencia sea que “ninguna de las partes pueda declararse completamente ganadora”.<sup>60</sup> Lo que está en danza aquí no es ni más ni menos que el requisito de igualdad que subyace a las preocupaciones de Taurek. La idea es que la igualdad sigue vigente incluso “cuando las partes no queden satisfechas en igual medida”.<sup>61</sup>

No es necesario que me extienda en este lugar con una descripción detallada de estas técnicas<sup>62</sup>. Pero diría que el “común denominador” a todas está dado por la idea de que es preciso fomentar procesos deliberativos racionales en sede legislativa en diálogo con las instituciones jurisdiccionales. Cabe apuntar que las diversas técnicas que emplean los jueces deberían perseguir la finalidad según la cual, en conflictos polares

---

<sup>59</sup> Burt, Robert: *Constitución y Conflicto*, op.cit., p. 478.

<sup>60</sup> Burt, Robert: *Constitución y Conflicto*, op.cit., p. 485.

<sup>61</sup> Burt, Robert: *Constitución y Conflicto*, op.cit., p. 495.

<sup>62</sup> Entre otras, estas técnicas, analizadas con detalle y con abundantes ejemplos por Burt, son las siguientes: i) La técnica de no avocarse a cuestiones de fondo cuando éstas son “vagamente” formuladas por la ley de que se trate; ii) la técnica que aplica el llamado “principio de madurez” según la cual la Corte rechaza todo pedido que no demuestre que los contrincantes se avienen a respetarse mutuamente; iii) la técnica del “análisis intermedio” que combina interpretación “superficial” de las cláusulas legales y/o constitucionales con un examen “profundo”, etc. Cfr. Burt, Robert: *Constitución y Conflicto*, op.cit., especialmente pp. 484-492.

como los mencionados, ninguna parte pueda considerarse absolutamente ganadora y la otra absolutamente perdedora.

En el presente contexto vale la pena aclarar que las técnicas judiciales en cuestión podrían ser moldeadas por dos tipos de intervenciones de los jueces: o bien que éstos declaren lisa y llanamente la cuestión a resolver como “política” y por ende “no judicial” o bien que se avoquen al tratamiento de la misma pero empujando las cosas hacia un proceso legislativo como el descrito anteriormente -si son dilemáticos- sean ‘resueltos’ *sin más*. Más bien, supone que los jueces deben ser conscientes de su poder y que hay cuestiones que, por su importancia, deben ingresar a una agenda de debate más plural que abrace también a la política. Esto no necesariamente debe ser fuente de temor para quienes ven en un poder judicial exclusivo la protección del “coto vedado” de “derechos individuales” que un Ulises “desatado” podría desbaratar. Mi idea es que, con ciertos límites racionales, la deliberación sobre estas grandes cuestiones debería ser posible.

Desde luego, lo que acabo de observar podría hacer pensar que, en el fondo, estoy en el bando de los que niegan la existencia de dilemas morales genuinos si por esto se entiende conflictos “no simples” o “no resolubles racionalmente”. Pero *no es así*. Entiendo que la *razón tiene límites* y esto se testifica por la presencia posible de dilemas morales genuinos. Sin embargo, esta presencia puede ser reducida en muchos casos y reencauzada por procedimientos complejos -judicial-político como el que describí- que hagan de la deliberación un arma para equilibrar pretensiones y no permitir que una parte se quede con todo. Esto no “resuelve” el conflicto en lo sustancial, pero sí supone que las partes en contienda suscriben lo que Berlin<sup>63</sup> llama “compromisos básicos”; compromisos que, mientras más amplios sean, más *perdurables* pueden resultar.

---

<sup>63</sup> Berlin, Isaiah: “Persecución del ideal”, en *El Fuste Torcido de la Humanidad. Capítulos de historia de las ideas*, Traducción de José Manuel Álvarez Flóres, Edición a cargo de Henry Hardy y Prólogo de Salvador Giner, Ediciones Península, Barcelona, 1998, pp. 35; 37.

Pero lo que acabo de describir no puede ser *descontextualizado* de ciertas *teorías filosóficas* y de ciertos *momentos históricos y sociales*. Por ejemplo, una teoría como la de las virtudes de Aristóteles, que no acepta dilemas morales genuinos, no está construida sobre el vacío sino sobre un momento histórico especial vivido por la polis griega. Parte de lo que piensa Aristóteles ya estaba contenido en la “Oración Fúnebre” con que Pericles<sup>64</sup> muestra implícitamente la futilidad de los *falsos dilemas* que, según Castoriadis, envenenan la filosofía política moderna y que oponen, por ejemplo, al “individuo” *contra* la “sociedad civil”, la “sociedad civil” *contra* el “estado”.

Con esto quiero insinuar que la afirmación o negación de dilemas morales no puede desgajarse de un momento histórico y de una tradición filosófica. La idea, muy conocida, es que las tradiciones pueden generar “problemas” que no puedan enfrentar adecuadamente. Por ejemplo, para la tradición dialéctica de Hegel las oposiciones, generadoras de dilema, entre individuo y sociedad civil y entre sociedad civil y estado configuran sólo *momentos* que habrán de disolverse con la consagración de un estado de derecho entendido como “forma racional” de la existencia humana.

Concedo desde ya que mis sugerencias sobre el papel de los “momentos históricos” y su relación con las teorías filosóficas levantan cuestiones intrincadas. ¿Es compatible el llamado “análisis filosófico” con cuestiones de génesis histórica de valores, conflictos de valores y teorías específicas sobre ellos? Si fuera compatible, ¿de qué tipo de historia se trata? ¿Cómo se pueden relacionar en términos conceptualmente sugestivos cuestiones de “génesis” y “validación” de teorías filosóficas? Estas son solamente algunas de las preguntas posibles que uno se puede plantear. Desafortunadamente, las respuestas para ellas, dado el espacio que me he prometido respetar aquí, no podrán ser desarrolladas en el presente trabajo.

---

<sup>64</sup> Ver Castoriadis, Cornelius: “La polis griega y la creación de la democracia”, en *Los dominios del hombre*, op.cit., pp. 130-131.

### 3. Recapitulación

En este trabajo he realizado dos tareas: i) observar críticamente lo que he considerado como aspectos deficitarios del planteo de David Martínez con relación a los dilemas morales y su vínculo con el derecho, particularmente los conflictos constitucionales; ii) sugerir vías alternativas para ver las cuestiones involucradas de un modo más apropiado.

Las tareas señaladas se han movido en torno a las dos pretensiones esgrimidas por Martínez: la conceptual y la normativa. Entre otros señalamientos, con respecto a la primera pretensión: a) he sostenido que él no logra distinguir adecuadamente conflictos normativos simpliciter de dilemas morales; b) observé que deja de lado injustificadamente hipótesis importantes de relevancia jurídica de dilemas morales; c) dije que confía demasiado en una *imprecisa* “remisión” a la “moral” y que, en consecuencia, no se ocupa de una categoría fértil como la de “dilemas jurídicos”; d) mantuve que no establecía un puente verdaderamente efectivo entre conflictos constitucionales y dilemas morales; e) puse en duda que la estipulación sea un recurso válido, salvo que no quede otra salida, para enfrentar problemas filosóficos de la complejidad de los dilemas morales; f) defendí una caracterización de dilema moral en términos del reconocido enfoque de los “casos trágicos”, intentando anticipar posibles réplicas del autor criticado, y g) sugerí que para una clarificación conceptual más penetrante de los dilemas morales podría ser una buena estrategia distinguir entre dilemas morales trágicos y no trágicos, aún si los segundos son los menos problemáticos e interesantes para la filosofía moral.

Con respecto a la segunda pretensión he mantenido que ella es la parte más atractiva del trabajo de Martínez pero su dirección no es consistente con las pretensiones de su trabajo y, aun si lo fuera, sería inviable. Seguidamente, sugerí una propuesta normativa diferente y, según creo, más defendible. Para esto hice en parte pie en algunos sugestivos argumentos de Martínez.

Solo me resta agradecerle a Martínez profundamente por su trabajo pues el mismo ha sido fuente de inspiración para mí y me ha

obligado a pensar sobre aspectos que no vislumbraba en forma consciente. Creo que en una discusión filosófica nadie puede arrogarse la palabra exclusiva y celebro la oportunidad que nos brinda *Discusiones* a los distintos participantes de cooperar en el análisis de los problemas filosóficos y de acercar tesis diferentes de cuyo choque cabe esperar una saludable corrección mutua.

Pienso, por último, que David Martínez cuenta con muchas flechas en su carcaj para completar adecuadamente esta discusión con su réplica.

## Dilemas morales, discrecionalidad y azar<sup>1</sup>

---

**Eduardo Rivera López**

El artículo de David Martínez abarca tanto cuestiones de análisis conceptual como normativas, y se refiere tanto al discurso moral como al jurídico, así como a la relación entre ambos. En esta nota, me centraré en la parte normativa referida, específicamente, a los dilemas morales (no jurídicos).

En relación con este aspecto específico, Martínez distingue dos tipos de dilemas morales y sugiere una misma vía para solucionar ambos. En general, según Martínez, un dilema moral es “toda situación de conflicto

---

<sup>1</sup> Agradezco a Guillermo Lariguet por sus comentarios y críticas.

normativo (moral) en la que el sistema normativo (moral) carezca de recursos (criterios, escalas, procedimientos, etc.) para poder determinar la obligación definitiva de entre las distintas obligaciones *prima facie* en conflicto”.<sup>2</sup> Los dos tipos que Martínez distingue son la equivalencia de las alternativas y la incomparabilidad de las alternativas. En la equivalencia nos encontramos ante dos obligaciones que “empatan”: ambas valen por igual y no existe ningún criterio para jerarquizarlas. En los casos de incomparabilidad, es imposible comparar ambas obligaciones o los valores que fundamentan esas obligaciones. Más allá de los detalles y complicaciones adicionales de ambos tipos de dilema, el argumento que Martínez presenta para darles solución es, muy esquemáticamente, el siguiente:

1. Una conducta es permisible si no existe otra conducta alternativa deónticamente superior.
2. En una situación que se presenta como un dilema moral ninguna de las conductas relevantes es deónticamente superior a otra.
3. Por lo tanto, es permisible realizar cualquiera de las conductas relevantes.
4. Dado que la discrecionalidad que esta permisión implica puede ser moralmente objetable (la persona afectada podría objetar), el agente debe decidir entre las conductas relevantes recurriendo a un método azaroso que otorgue a cada una de ellas la máxima probabilidad compatible con una igual probabilidad de las otras (si son dos, tirar la moneda).
5. Como consecuencia de todo esto, las situaciones que se presentan como dilemas morales no son tales, dado que existe un criterio para determinar qué conducta realizar.

---

<sup>2</sup> David Martínez Zorrilla, “Dilemas morales y derecho”, p. 34

En este argumento, Martínez sigue la posición de Michael Zimmerman y la combina con la propuesta de Taurek respecto de decisiones en casos de elección trágica.<sup>3</sup> En efecto, Zimmerman sostiene la inexistencia de dilemas morales básicos, afirmando que las conductas, en casos de equivalencia (o simetría) e incomparabilidad, son ambas permisibles. Por otro lado, Taurek ha sostenido que, en situaciones en las cuales tenemos que elegir entre salvar una persona o salvar cinco, los números no cuentan, y un método adecuado para adoptar una decisión moralmente inobjetable es dejarlo al azar (tirar la moneda, o someterlo a una lotería).

En lo que sigue, me voy a ocupar de los dos puntos fundamentales del argumento: la idea de que no hay dilemas morales porque las conductas supuestamente dilemáticas son ambas permisibles, y la idea de usar el azar como método de decisión entre ellas. Mi intención no es demostrar que la solución de Martínez es incorrecta. Más bien, quisiera sugerir que, si es correcta, no puede serlo por las razones que él ofrece. Un argumento que no sea meramente conceptual es necesario.

## I.

Ciertamente, la solución de Zimmerman respecto de la existencia de dilemas morales es simple y atractiva. Aunque, quizá, sea demasiado simple. Su simplicidad proviene del hecho de que se trata de una solución conceptual: dadas las definiciones de “obligatorio” y de “permitido”, no puede ocurrir que dos conductas sean obligatorias (todas las cosas consideradas) y que sean ambas incompatibles (en el sentido de que no puedan realizarse ambas). Esto es un requerimiento de coherencia de un sistema moral.

---

<sup>3</sup> Michael Zimmerman, *The Concept of Moral Obligation*. Cambridge: Cambridge University Press, 1996, Capítulo 6; J. M. Taurek, “Should the Numbers Count?”, *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 5, Nº 4, 1977.



Sin embargo, pienso que aquellos que sostienen la existencia de dilemas morales apuntan, justamente, a la imposibilidad de sistematizar la moral de un modo coherente. No es obviamente verdadero que sea posible sistematizar consistentemente todas las obligaciones morales. Podría ser el caso que tuviéramos argumentos independientes para realizar A y para realizar B, de modo que tanto A como B fueran moralmente obligatorias, y, sin embargo, que sea imposible realizar ambas acciones. La existencia de un caso semejante revelaría que nuestras convicciones morales no constituyen un todo coherente y que, por lo tanto, existen situaciones irresolubles desde el punto de vista moral. Desde ya, sostener esto tiene consecuencias desde el punto de vista metaético. Implica, muy probablemente, descartar ciertas teorías, como el realismo moral. Sin embargo, el argumento de Martínez y de Zimmerman parece pretender ser neutral en materia metaética. También es cierto que sostener la posibilidad de obligaciones incompatibles podría tener consecuencias lógicas devastadoras, si tenemos en cuenta que, de una contradicción, es posible inferir cualquier proposición. Sin embargo, no estoy seguro de que la aceptación de la existencia de dilemas implique, estrictamente, contradicciones normativas. Supongamos que debo realizar A y debo realizar B, siendo imposible realizar ambas acciones. Esto no significa que sea cierto que debo realizar A y no debo realizar A (algo que sí sería una contradicción). Lo que probablemente un defensor de la existencia de los dilemas morales sí deba abandonar es el principio kantiano “deber implica poder”, dado que debo realizar A y B, aun cuando sea imposible hacerlo. Empero, se trata de un principio que no es analíticamente verdadero y que ha sido discutido por algunos.<sup>4</sup>

El hecho de que un dilema sea concebido como una situación irresoluble explica por qué la “solución” de Martínez no puede convencer

---

<sup>4</sup> Véase John Martin Fisher, “Resent Work on Responsibility”, *Ethics*, Vol. 110, N° 1, 1999, pp. 123-124.

a quien cree en la existencia de dilemas morales. Si recordamos los típicos casos de dilema moral que suele tratar la literatura sobre el tema, el ejemplo de Sartre o la elección de Sophie, se verá por qué no puede solucionarse el problema con el expediente de un análisis conceptual de los términos. Pensemos en el dilema que plantea Sartre entre la obligación de servir a la patria y la obligación de cuidar de la madre enferma. Para pensarlo como un verdadero dilema, tenemos que imaginar que nuestra moral impone ambas obligaciones, no simplemente como obligaciones *prima facie*, sino como obligaciones finales (todas las cosas consideradas): debo defender a mi patria del ataque extranjero y, si no lo hago, estaré en deuda con mis conciudadanos, y debo cuidar a mi madre y, si no lo hago, faltaré a mi obligación de hijo. Es ciertamente probable que ambas obligaciones tengan un origen o sean de un tipo diferente. Nuevamente, nada garantiza que sea posible construir un sistema moral cuyas normas sean todas del mismo tipo (consecuencialistas, deontológicas, etc.). Quizá no exista una forma de conformar un todo coherente y sistemático entre nuestras convicciones morales. Podría ser que el conjunto total de esas convicciones nos imponga, por un lado, que debo servir a la patria y, por otro, que debo cuidar a mi madre enferma, y que dicho sistema no contenga ningún mecanismo para jerarquizar ambas obligaciones. La salida de sostener que, dado que no hay ningún mecanismo para jerarquizarlas, entonces ambas son permisibles, simplifica la cuestión de un modo que un defensor de la existencia de dilemas morales no estaría dispuesto a aceptar. De hecho, como veremos en la segunda parte, la propia posición de Martínez sugiere que tampoco él está totalmente conforme con esta solución.

Lo dicho hasta aquí no tiende a sostener la existencia de dilemas morales genuinos. Más bien, pretende mostrar que no puede rechazarse su existencia simplemente a través de un argumento conceptual acerca del significado de los términos morales. Debería, más bien, ofrecerse un argumento que justifique por qué es necesario pensar a la moral como un sistema perfectamente coherente, y que nos convenza de que esto es posible. En este sentido, la restricción que establece Martínez en la

definición de “dilema moral”, según la cual se trata de un conflicto que ocurre dentro de un mismo sistema moral, puede ser peligrosamente circular, si es que se define sistema moral como algo necesariamente coherente. Justamente, la idea de que puede haber dilemas morales apunta, creo, a que quizá no podamos reunir todas nuestras convicciones morales dentro de un mismo sistema. Diferentes convicciones que entran en pugna obedecen a diferentes sistemas morales que conviven dentro del cuerpo de creencias morales de un agente: convicciones deontológicas, consecuencialistas, etc.

## II.

Como he señalado, la solución de Martínez no termina (como en Zimmerman) con la conclusión de que las conductas en conflicto son todas permisibles. Martínez sostiene que debe recurrirse a un sistema de lotería para decidir cuál realizar. Este es el segundo punto que cuestionaré y que, como veremos, está vinculado con el primero.

En primer lugar, es interesante notar que la razón por la cual Martínez acude al sistema del azar no es el riesgo inevitable de que el agente sucumba a su preferencia personal o realice una elección parcial, sesgada. La razón es que la persona no favorecida podría alegar legítimamente “¿por qué no fui yo el favorecido?” En el caso de salvar a una de dos personas, podría preguntar “¿por qué no me salvó a mí, en lugar de al otro (u otros)?” Ahora bien, la idea de que ésta sea la razón para acudir al azar, así como el hecho mismo de acudir al azar, entra en conflicto directo con la solución de los (supuestos) dilemas morales previamente ofrecida, y revela, en mi opinión, que Martínez mismo desconfía de esa solución. Si la solución al problema de los dilemas morales es, simplemente, que ambas acciones son permisibles (dado que no hay ninguna que sea deónticamente superior), entonces surgen dos preguntas:

1. ¿Por qué es un problema que el agente use su propia preferencia para elegir a quién salvar o favorecer? Normalmente,

cuando dos conductas son ambas permisibles, yo puedo usar mi arbitrio, mi preferencia, para elegir entre ellas. Podría legítimamente decir: “salvo a A porque soy su amigo”, o “porque B es antipático”. En suma, no habría ninguna razón para impedir la parcialidad del decisor.

2. ¿Por qué podría la persona sacrificada quejarse, de un modo moralmente relevante? Ciertamente, ella estaría infeliz por ser sacrificada, pero, si la conducta del agente de salvar a otro es moralmente permisible (tal como la solución propugna), entonces no hay nada de qué pueda quejarse. La persona sacrificada no podría quejarse tanto si el agente decide siguiendo alguna preferencia personal, como si decide por algún otro método arbitrario (apelando a un orden alfabético, por ejemplo).

En definitiva, la apelación al azar como mecanismo para evitar la discrecionalidad o arbitrariedad del agente revela que la idea de que ambas acciones eran igualmente permisibles no es tan cierta. Si fueran en realidad igualmente permisibles, el agente debería poder hacer cualquiera por cualquier razón, y nadie podría quejarse o reclamar.

Más aún, si la apelación a la lotería o al azar es obligatoria para el agente (es decir, él no tiene permitido realizar una de las dos acciones sin recurrir a ese método), entonces es altamente dudoso que dichas conductas son, simplemente, permisibles. De hecho, no lo son. Es obligatoria sólo una de ellas: la elegida por el azar.

Supongamos un caso en que debo realizar una de dos conductas, pero no está en juego un problema de dilema moral: ambas conductas conducen a un mismo objetivo, de modo que realizar una no frustra el objetivo de la otra. Imaginemos que estoy frente a un incendio y debo, o bien llamar a los bomberos de la sección A o bien a los bomberos de la sección B. Sólo puedo hacer un llamado. En este caso, resulta patente que puedo hacer cualquiera de las dos cosas y puedo llamar, por ejemplo, a los bomberos de la sección A simplemente porque me resultan más

simpáticos. Ahora bien, supongamos que yo no tengo permitido hacer esto. Lo que debo hacer es llamar a la central de bomberos, quienes (esto yo lo sé) asignarán por sorteo cuál de las dos secciones asistirá al incendio. En este caso, mi conducta obligatoria es la de llamar a la central, y no puedo llamar a ninguna de esas dos secciones, aunque sea cierto que mi acción de llamar a la central redundará en que una de las dos secciones vendrá a apagar el fuego. Algo análogo ocurre en el caso de un dilema moral. Si las conductas A y B son ambas permisibles (solución que Martínez adopta siguiendo a Zimmerman), entonces no puede ser que yo deba tirar la moneda para saber cuál hacer. Si debo hacer esto último, entonces no es cierto que son ambas permisibles. Sólo una lo es: aquella que gane en el sorteo.

Más interesante que señalar esta tensión (la cual podría, quizá, ser salvada sin perder el centro del argumento), es preguntarse por qué Martínez recurre al azar para dirimir la cuestión, en lugar de permanecer en la idea simple de que se trata de dos conductas permisibles. Una razón puede ser que, en el caso de un dilema moral, alguien será afectado seriamente y esa persona tiene derecho a un mecanismo de decisión que le otorgue una igual probabilidad que los demás. Esto significa que, de no mediar este mecanismo, un derecho de esa persona se vería afectado.

Creo que esta respuesta puede ser defendible para los casos de dilema por equivalencia, no así para los casos de incomparabilidad. Podemos pensar que un médico elija al azar entre dos pacientes a los que asignar un tratamiento escaso. Pero es difícil de concebir que alguien tire la moneda para decidir si va a la guerra o se queda con su madre enferma. El mecanismo resulta implausible. No parece que el hijo pueda decirle a la madre: “Lo siento. Tiré la moneda y salió cara. Tengo que ir a la guerra”. Justamente, dado que las dos demandas que le impone la moral son incomparables, el mecanismo del azar no puede resolverlo. Lo mismo puede decirse del famoso caso creado por Williams: Jim debe elegir entre matar él a una persona o dejar que otro mate a varias. Suponiendo que ambas obligaciones (no matar, minimizar las muertes) fueran incomparables

(una es deontológica, la otra consecuencialista) y, por lo tanto, constituyeran un dilema, es difícil pensar que Jim podría tirar la moneda para decidir si mata o no a la persona. Por otro lado, si, como sostiene Martínez, la situación no es un verdadero dilema, sino que ambas conductas son permisibles, entonces tampoco parece plausible que Jim tenga que tirar la moneda. Él tendría que poder elegir aquello que él prefiera o le sea menos violento.

### **Conclusión**

Mi impresión general es que la propuesta de Martínez para resolver el problema de los dilemas morales adolece de cierta ingenuidad. Un defensor de la existencia de dilemas morales le respondería que se trata, en realidad, de un argumento circular: funciona sólo si presuponemos lo que queremos probar. Si presuponemos que la moral constituye un todo coherente, en el que no pueden darse obligaciones incompatibles, entonces no hay dilemas morales. Pero, justamente, lo que está en cuestión es si es posible concebir una moral plausible, capaz de motivar a las personas, que, a la vez, no contenga nunca obligaciones finales incompatibles. Es posible que muchos de estos conflictos sean meramente epistémicos: no *sabemos* cuál de las dos obligaciones prevalece, pero hay una que, objetivamente, prevalece. Pero nada garantiza que todos nuestros conflictos morales sean epistémicos. Quizá, no hay nada que nos falte conocer.

Una analogía final tal vez permita apoyar esta (por cierto, desagradable) posibilidad. Todos conocemos la paradoja de los conjuntos, descubierta por Bertrand Russell a comienzos del siglo XX. Supongamos que (como es mi caso) ninguna de las propuestas de solución (incluyendo la teoría de los tipos del propio Russell) nos resulta convincente. Una alternativa, ante esta situación, es pensar que se trata de un problema epistémico: la teoría de los conjuntos no puede implicar una contradicción. La solución existe, pero no la hemos hallado. Otra alternativa es admitir la posibilidad de que esta teoría implica una contradicción. Lo que nunca diríamos es que, como el argumento de Russell nos lleva a la conclusión

de que un determinado conjunto (el conjunto de todos los conjuntos que no se pertenecen a sí mismos) tiene una propiedad P (pertenecerse a sí mismo) y, a la vez, no tiene la propiedad P, entonces podemos optar por cualquiera de esas dos alternativas o tirar la moneda para decidir si tiene o no tiene la propiedad P. Más bien, tenemos que aceptar que la situación es irresoluble. Si fue posible hallar paradojas en el corazón de las ciencias formales, ¿es sorprendente que encontremos situaciones irresolubles en ámbitos mucho menos claros, como la moral?

## Sobre el concepto de dilema moral

**Daniel Mendonca\***

### I.

En el ámbito de la filosofía moral, un tema recurrente es el de los conflictos morales. Un ensayo particularmente importante a este respecto es el clásico de Bernard Williams sobre la consistencia ética<sup>1</sup>. Williams denomina “conflicto moral” al caso en que existe un conflicto entre dos deberes morales, debiendo el sujeto decidir qué hacer. Según su análisis, cabe considerar dos formas básicas de conflicto moral: una es aquella en que parece que debo hacer cada una de dos cosas, pero no puedo hacer ambas;

---

\*Universidad Católica (Asunción, Paraguay)  
Universidad Pompeu Fabra (Barcelona, España)

<sup>1</sup> Williams, B. “Ethical Consistency”, en *Proceedings of the Aristotelian Society*, vol. 39, 1965.



otra es aquella en que algo que (aparentemente) debo hacer con respecto a algunos de sus rasgos también tiene otros rasgos con respecto a los cuales (aparentemente) no debo hacerlo. En lo sustancial, las dos formas se reducen a lo siguiente: en la primera, parece que debo hacer A y que debo hacer B, pero no puedo hacer ambas cosas, A y B; en la segunda parece que debo hacer A con respecto a algunas consideraciones y que no debo hacer A con respecto a otras consideraciones.

Señala Williams que, desde un punto de vista lógico, producir algo que parece una inconsistencia lógica requiere, obviamente, en el primer caso, unas premisas adicionales, mientras que las premisas adicionales no son, al menos obviamente, requeridas en el segundo caso. En este último, las dos conclusiones “Debo hacer A” y “No debo hacer A” ya muestran la forma de la inconsistencia lógica. En el primer caso, en cambio, la pareja “Debo hacer A” y “Debo hacer B” no la muestran en absoluto. Esto no es de sorprender, advierte Williams, ya que el conflicto surge no sólo de estas dos exigencias, sino de éstas junto con el enunciado de que no puedo hacer a la vez A y B. Así, los tres elementos juntos adquieren la forma de una inconsistencia lógica del siguiente modo (la reconstrucción exige otras dos premisas adicionales, a saber: el principio kantiano según el cual “Debe implica puede” (“Si A es debido, entonces A es posible”), y el principio de aglomeración, según el cual “Si debo hacer A y debo hacer B, entonces debo hacer A y B”):

- 1) Debo hacer A
- 2) Debo hacer B
- 3) No es posible hacer A y B

a partir de 1) y 2), por el principio de aglomeración,

- 4) Debo hacer A y B

a partir de 3), por el principio kantiano,

5) No es el caso de que deba hacer A y B

lo cual produce una contradicción entre 4) y 5). Desde luego, esta formulación no produce una incongruencia del tipo “Debe-Debe no”, sino una del tipo “Debe-No debe”, es decir, una auténtica contradicción.

Estudios posteriores recogen la siguiente versión formal del conflicto (donde “O” es “Obligatorio” y “M” es “Posible”)<sup>2</sup>:

- |                      |                                |
|----------------------|--------------------------------|
| 1) OA                | Premisa                        |
| 2) OB                | Premisa                        |
| 3) $\neg M (A \& B)$ | Premisa                        |
| 4) OA & OB           | de 1 y 2, por conjunción       |
| 5) O (A & B)         | de 4, por aglomeración         |
| 6) M (A & B)         | de 5, por “Debe implica puede” |

donde puede verse fácilmente la contradicción entre 3) y 6).

## **II.**

El ensayo de Williams ha tenido una enorme repercusión en los estudios de filosofía moral, en particular respecto de aquellos dedicados a los dilemas morales<sup>3</sup>. Sobre la base indicada, se ha sugerido definir “dilema moral” del siguiente modo<sup>4</sup>:

---

<sup>2</sup> Statman, D. “Hard Cases and Moral Dilemmas”, en *Law and Philosophy* 15, 1996, 127.

<sup>3</sup> Ver, entre otros, Gowans, C. (editor) *Moral Dilemmas*, Oxford University Press, Oxford, 1987; Mason, H. (editor) *Moral Dilemmas and Moral Theory*, Oxford University Press, Oxford, 1996; Foot, P. *Moral Dilemmas*, Clarendon Press, Oxford, 2002.

<sup>4</sup> Ver, por ejemplo, De Haan, J. “The Definition of Moral Dilemmas: A Logical Problem”, en *Ethical Theory and Moral Practice* 4, 2001, y la crítica de Morscher, E. “The Definition of Moral Dilemmas: A logical Confusion and a Clarification”, en *Ethical Theory and Moral Practice* 5, 2002.

- Definición 1.  $OA \ \& \ O \neg A$
- Definición 2.  $(OA \ \& \ OB) \ \& \ \neg M (A \ \& \ B)$

Estas definiciones parten de la base de que un dilema moral constituye un supuesto de conflicto moral, es decir, un supuesto de conflicto normativo, de conflicto de deberes o requerimientos morales. Esta es, precisamente, la posición defendida por Martínez Zorrilla en su ensayo sobre los dilemas morales, con la acotación específica, según sus propios términos, de que no hay autor que afirme la posibilidad de que surjan dilemas morales sin que exista al mismo tiempo un conflicto normativo, aunque hay autores que tratan ambos conceptos como sinónimos o que consideran los dilemas morales como una subcategoría específica dentro de la categoría más amplia de los conflictos morales<sup>5</sup>.

Mi propósito en este ensayo será cuestionar las definiciones formuladas, en tanto que ellas resultan particularmente restringidas y dejan fuera de su alcance supuestos que deberían ser considerados como supuestos básicos de dilemas morales.

### III.

En sentido amplio, “dilema” significa, tanto en el vocabulario técnico como en el vocabulario común, (1) duda o (2) disyuntiva. En un sentido restringido, en cambio, “dilema” alude a (3) un argumento en el que una de sus premisas es una disyunción. Desde una perspectiva formal, la lógica tradicional caracteriza como dilemas (4) algunos argumentos formados por la conjunción de dos condicionales y una disyunción<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> Martínez Zorrilla, D. “Dilemas morales y derecho”, pag. 22.

<sup>6</sup> Sparkes, A. *Talking Philosophy*, Routledge, London and New York, 1991, 162-164.

De manera que, en su acepción central, un dilema exige, por definición, una disyuntiva o alternativa de opciones. En rigor, se trata de una disyunción o alternativa excluyente (es decir, A o B, pero no ambas cosas a la vez)<sup>7</sup>.

La expresión “dilema moral”, por su lado, tiene diferentes sentidos centrales<sup>8</sup>. En un sentido básico, (1) por “dilema moral” se entiende cualquier problema en el que la moral es pertinente. En un sentido adicional, (2) con la expresión “dilema moral” se alude a menudo a cualquier área temática en la que no se sabe qué es moralmente bueno o correcto, si es que algo lo es. Recientemente, sin embargo, los filósofos morales han discutido, bajo la denominación de “dilema moral”, (3) un conjunto de situaciones mucho más restringido en donde se alude con la expresión a una situación en la que el agente tiene el deber moral de realizar uno de dos actos pero no puede realizar los dos. Pero, como los ejemplos más comunes de dilema moral incluyen deberes o exigencias morales, resulta más preciso definir “dilema moral” de modo más restrictivo como (4) una situación en la que un agente tiene un deber o exigencia moral de realizar dos actos pero no puede realizar ambos a la vez. Ahora bien, dado que algunos filósofos morales se niegan a llamar “dilema moral” a situaciones en las que una de las exigencias en conflicto es claramente subordinada respecto de la otra, puede definirse “dilema moral” como (5) una situación en la que el agente tiene la obligación de aceptar una de entre dos alternativas, y ninguna de ellas prevalece sobre la otra, pero el agente no puede adoptar las dos. También es común denominar “dilema moral” a (6) una situación en la que cualquier alternativa es moralmente incorrecta, lo cual equivale a (4) o (5), respectivamente, si un acto es moralmente incorrecto cuando transgrede una exigencia moral o una exigencia moral

---

<sup>7</sup> Quine, W. V. *Los métodos de la lógica*, Ariel, Barcelona, 1981, 27-30.

<sup>8</sup> Audi, R. (editor). *The Cambridge Dictionary of Philosophy*, Cambridge University Press, 1999, 584.

no subordinada. Sin embargo, normalmente, no consideramos incorrecto un acto a menos que transgreda una exigencia moral no subordinada y, en tal caso, (6) elimina dilemas morales por definición, ya que está claro que las exigencias morales subordinadas no pueden entrar en conflicto. Finalmente, para incluir situaciones trágicas, podría definirse “dilema moral” como (7) una situación en la que el agente tiene un deber o exigencia moral poderosa de adoptar una entre dos alternativas, de las que ninguna es subordinada, pero no puede adoptar ambas. Esta definición tiene la fuerza necesaria para plantear las controversias importantes sobre los dilemas morales sin eliminar por definición su posibilidad.

#### IV.

De lo expuesto se sigue, en mi opinión, que la clave para definir “dilema moral” radica, en lo esencial, en la idea de obligación alternativa. Consideré el caso del sujeto que tiene la obligación de hacer A o B, pero no la obligación de hacer A o la obligación de hacer B. Puede cumplir con su obligación haciendo cualquiera de ambas cosas, pero no tiene la obligación de hacer ninguna en especial<sup>9</sup>. Este argumento presenta una analogía aparente con una forma válida de razonar denominada “silogismo disyuntivo”, en virtud del cual, de una proposición disyuntiva y de la falsedad de un miembro de la disyunción se infiere la verdad del otro miembro. En símbolos:

- 1)  $A \vee B$
- 2)  $\neg A$
- 3) B

---

<sup>9</sup> Alchourrón, C. y Bulygin, E. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales, Astrea, Buenos Aires, 1987, 216-217.

La validez de esta forma argumental se funda en la incompatibilidad de la verdad de la disyunción con la falsedad de los dos disyuntos, ya que la verdad de la disyunción implica (por definición de “disyunción”) la verdad de, por lo menos, uno de los miembros de la disyunción. Pero en nuestro caso, la disyunción es normativa, pues aparece el operador deóntico de la obligación (O). Su representación sería como sigue:

O (A v B)

Este parece el caso del conocido ejemplo del estudiante de Sartre, que moralmente debe cuidar de su madre en París pero al mismo tiempo debe moralmente ir a Inglaterra para unirse a los franceses libres y luchar contra el nazismo<sup>10</sup>. Todo parece indicar que, en esta situación, el agente debe moralmente realizar en forma alternativa uno de los dos actos, pero no puede realizar los dos. Esto es, O (A v B) o, en todo caso, OA v OB. En mi opinión, sería un error reconstruir la situación del ejemplo como un supuesto de conflicto de deberes en los términos antes considerados, es decir, (OA & OB) & ¬M (A & B).

Es importante no confundir la obligación de realizar un acto disyuntivo con la disyunción de dos obligaciones, ya que el operador de la obligación no es distributivo respecto de la disyunción. Esto es: O (A v B) no implica (OA v OB). Ahora bien, un teorema propio de la lógica deóntica señala que si es obligatorio realizar un acto o es obligatorio realizar otro, entonces será obligatorio realizar el uno o el otro, pero la inversa no es válida. Expuesto en forma simbolizada, esto es:

(OA v OB) → O (A v B)

---

<sup>10</sup> Sartre, J. P. “El existencialismo es un humanismo”, en *La insignia*, <http://www.lainsignia.org>, 2001. El dilema es analizado en McConnell, T. “Moral Dilemmas”, en *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, <http://www.plato.stanford.edu/entries/moral-dilemmas>, 2002.

De manera que, aun tratándose de obligaciones disyuntas, la alternatividad de las opciones se genera como mera consecuencia lógica en virtud del teorema mencionado, lo que nos ubica de nuevo ante la noción de obligación alternativa.

Tres notas adicionales sobre la noción clásica de obligación alternativa. Primera nota. El objeto de la obligación alternativa es plural o compuesto y ninguna de las prestaciones está subordinada a la otra, de manera que no hay obligación principal ni accesoria. En rigor, en la obligación alternativa no hay sino una sola obligación, por múltiples que sean las prestaciones, y la alternativa puede caber no ya entre dos prestaciones tan sólo, sino más<sup>11</sup>. De manera que es un error sostener que en la obligación alternativa hay tantas obligaciones como prestaciones distintas e independientes se hallan especificadas<sup>12</sup>, salvo en el caso ya considerado de la obligación alternativa lógicamente derivada de una disyunción de obligaciones. Segunda nota. La obligación alternativa queda cumplida con la ejecución de cualquiera de las prestaciones que forman su objeto. Y es propio de esta categoría la libertad de escoger, que corrientemente se confiere al obligado. Mientras no se haya decidido cuál de las prestaciones habrá de cumplirse, el contenido de la relación permanece incierto. Hecha la elección, la obligación se centra en la prestación elegida<sup>13</sup>. Tercera nota. Si una de las prestaciones es eliminada o se torna imposible, el vínculo se reduce a la otra prestación y debe ser considerada como si hubiera sido siempre una obligación pura y simple.

---

<sup>11</sup> Lafaille, H. Tratado de las obligaciones, Ediar, Buenos Aires, 1950, tomo II, 106; Colmo, A. De las obligaciones en general, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961, 257.

<sup>12</sup> De Gásperi, L. Tratado de las obligaciones, Depalma, Buenos Aires, 1946, tomo II, 310.

<sup>13</sup> Borda, G. Manual de obligaciones, Perrot, Buenos Aires, 1974, 224-225.

## V.

Consideremos el clásico dilema del Califa Omar. Según el relato histórico, cuando las huestes árabes alcanzaron la ciudad de Alejandría, su caudillo, el Califa Omar, tuvo que enfrentarse con el siguiente dilema. O los libros de la Biblioteca de Alejandría contienen las enseñanzas del Corán o no las contienen. Si contienen las enseñanzas del Corán, son superfluos y, si son superfluos, deben ser quemados. Si no contienen las enseñanzas del Corán, son nocivos y, si son nocivos, deben ser quemados. Por consiguiente, los libros de la Biblioteca de Alejandría deben ser quemados<sup>14</sup>. El dilema exhibe, precisamente, la forma de un dilema constructivo y puede ser representado, con alguna simplificación, bajo la siguiente forma:

- 1)  $(A \rightarrow OB) \ \& \ (\neg A \rightarrow OB)$
- 2)  $A \vee \neg A$
- 3)  $OB$

Ya hemos advertido que la lógica tradicional caracteriza como dilemas algunos argumentos formados por la conjunción de dos condicionales y una disyunción, a saber: (1) dilema constructivo simple, (2) dilema constructivo complejo, (3) dilema destructivo simple y (4) dilema destructivo complejo<sup>15</sup>. Muchos dilemas morales asumen, precisamente, la forma de las dos primeras variantes, las que pueden ser representadas en el cálculo proposicional del siguiente modo:

- Dilema constructivo simple

- 1)  $(A \rightarrow B) \ \& \ (C \rightarrow B)$

---

<sup>14</sup> García Trevijano, C. El arte de la lógica, Tecnos, Madrid, 2002, 41.

<sup>15</sup> Sparkes, A. Talking Philosophy, Routledge, London and New York, 1991, 162-164.



2)  $A \vee C$

3) B

- Dilema constructivo complejo

1)  $(A \rightarrow B) \& (C \rightarrow D)$

2)  $A \vee C$

3)  $B \vee D$

El conocido dilema planteado por Platón en su diálogo con Céfalo sobre la justicia ejemplifica adecuadamente esta forma argumental<sup>16</sup>. Adaptado, el dilema es como sigue: Si devuelvo el arma a Céfalo, causará daño con ella. Si no devuelvo el arma a Céfalo, habré roto una promesa. Devuelvo el arma a Céfalo o no se la devuelvo. Por tanto, alguien resultará dañado o yo habré roto una promesa<sup>17</sup>. En términos lógicos, el dilema asume la siguiente forma:

1)  $(A \rightarrow B) \& (\neg A \rightarrow C)$

2)  $A \vee \neg A$

3)  $B \vee C$

Ahora bien, si se considera que los dilemas morales involucran deberes o requerimientos morales, la modalización deóntica debe ser recogida en la formalización<sup>18</sup>. Y, sobre la base anterior, es fácil imaginar dilemas con las formas consideradas (o similares), a saber:

---

<sup>16</sup> Platón. *La República*, Gradifco, Buenos Aires, 2005, 18.

<sup>17</sup> Honderich, T. (editor). *Enciclopedia Oxford de Filosofía*, Tecnos, Madrid, 2001, 267.

<sup>18</sup> Una reconstrucción similar a la sugerida, aunque no modalizada deónticamente, puede verse en Kelley, R. "The Generalized Structure of Ethical Dilemmas", <http://www.friesian.com/dilemma.htm>, 2005.

- 1)  $(A \rightarrow OB) \ \& \ (\neg A \rightarrow OC)$
- 2)  $A \vee \neg A$
- 3)  $OB \vee OC$
- 4)  $O(B \vee C)$

o bien,

- 1)  $(A \rightarrow OB) \ \& \ (C \rightarrow OD)$
- 2)  $A \vee C$
- 3)  $OB \vee OD$
- 4)  $O(B \vee D)$

Los dilemas precedentes, por cierto, involucran normas condicionales en 1), pares proposicionales disyuntos en 2) y concluyen con obligaciones alternativas en 4) derivadas de obligaciones disyuntas en 3). Todo parece indicar, pues, que la disyunción debería resultar definitiva de la definición de “dilema moral”, según la reconstrucción propuesta. Parece claro, en mi opinión, que ciertos dilemas morales resultan mejor reconstruidos sobre la base de obligaciones disyuntas o alternativas que sobre la base de obligaciones conjuntas inconsistentes.

## 10 Preguntas a Martínez Zorrilla

**Manuel Atienza**

Por motivos completamente ajenos a mi voluntad, no pude en su momento participar en la discusión de la excelente tesis de doctorado de David Martínez Zorrilla de la que trae causa este trabajo. Por ello, y porque se trata de un tema (los dilemas morales y el Derecho) del que yo me he ocupado en diversas ocasiones (aunque destacando aspectos del mismo distintos a los que más parecen interesar a M.Z.), no quiero dejar pasar ahora la ocasión que amablemente me brinda de comentar su nueva contribución. Lo haré en forma de 10 preguntas

que la lectura de este interesante texto me ha suscitado.

1. Al comienzo de su trabajo, afirma M.Z. que “apenas se ha prestado atención al impacto o relevancia que los conflictos y dilemas morales pueden tener en el ámbito jurídico” (p. 18). ¿No está eso en contradicción con lo que dice más adelante de que los dilemas morales ingresan en el ámbito jurídico a través de lo que él llama “conflictos constitucionales”, cuando resulta que esos conflictos han de resolverse a través de la *ponderación* y que la ponderación es lo que podría llamarse un “tema estrella” en la teoría del Derecho desde hace bastantes años?

2. M.Z. dice partir de una noción puramente pragmática de conflicto normativo y no de una definición en términos lógicos (o sea, de la idea de que los conflictos normativos son inconsistencias lógicas). Ahora bien, la definición “afinada y precisada” que presenta a continuación, ¿tiene también un carácter simplemente pragmático, o está efectuada en términos lógicos? Yo diría que lo que M.Z. parece entender por “conflicto normativo” es un tipo de inconsistencia lógica, pero entonces: ¿cómo puede evitar el problema que le había llevado a preferir una noción puramente pragmática? Y, por cierto, ¿qué hay que entender por “noción puramente pragmática”?

3. En una nota a pie de página (la 21), M.Z. afirma que la ponderación no es el único instrumento para resolver los conflictos constitucionales, y plantea, como posible alternativa, la teoría coherentista de Susan Hurley. ¿Pero es realmente la coherencia una alternativa a la ponderación? ¿Es algo distinto a la idea de coherencia el criterio que los juristas manejan cuando dicen “ponderar” principios o valores?

4. En el apartado III (p.25) M.Z. critica a Alexy en estos términos: “Lo que en mi opinión es un error de Alexy es el pensar que existe una vinculación conceptual entre el establecimiento de

relaciones de precedencia condicionada y el principio de proporcionalidad, cuando no existe impedimento conceptual alguno en imaginar algún mecanismo o criterio para el establecimiento de relaciones de precedencia condicionada basados en algo distinto a los grados de afectación o satisfacción de los elementos en conflicto”. ¿Pero en qué podría basarse entonces? O, dicho de otra manera, ¿se aplicaría la crítica a quienes interpretaran -como, en mi opinión, lo hace Alexy- que “precedencia condicionada” quiere decir “precedencia condicionada justificada”?

5. Al final del apartado III, escribe M.Z.: “Dado que todos ellos [se refiere a conceptos como “derechos fundamentales”, “dignidad humana”, “integridad moral”, etc.] forman parte de igual modo del texto constitucional y carecemos, en principio, de criterios estrictamente formales (como *lex superior*, etc.) para determinar una solución, parece que la alternativa más razonable es trasladar la cuestión al discurso moral, a fin de poder ofrecer también una respuesta a la controversia jurídica, que en su contenido tampoco difiere de manera destacable de una controversia moral”. Ahora bien, ¿por qué es “razonable” pensar que los criterios jurídicos tienen que ser “estrictamente formales”? ¿No hay aquí algo bastante parecido a una falacia: como no hay criterios jurídicos estrictamente formales, entonces no hay criterios jurídicos en absoluto?

6. En el apartado IV, M.Z. habla de dos sentidos de “obligación *prima facie*”. ¿Pero no cabría pensar que se trata más bien de un solo sentido, o sea, que es lo mismo decir que 1) alguien tiene en principio o a primera vista una obligación que luego, consideradas todas las circunstancias del caso, puede que no tenga, o bien que 2) alguien tiene una obligación que puede resultar derrotada? Lo que a M.Z. le permite mantener la distinción es que, en el primero de los sentidos, se hablaría de una obligación

*prima facie* para referirse a una obligación “que resulta finalmente desechada o superada”. ¿Pero es este, realmente, un uso habitual (según M.Z. el sentido “que predomina en la filosofía moral”) de la expresión? ¿No habría más bien que sustituir la frase de M.Z. por “que *pueda* resultar finalmente desechada o superada”? Yo veo bastante natural pensar (o hablar en términos de) que una obligación moral *prima facie* puede verse confirmada una vez consideradas todas las circunstancias: es más, es prácticamente una necesidad lógica en los casos de conflicto que se resuelven a favor de una de las obligaciones -de los principios o valores-enfrentados (por ejemplo, la obligación *prima facie* de respetar el derecho al honor de las personas se convierte en obligación definitiva si se piensa que, dadas las circunstancias, las razones a favor de ese principio pesaban más que las favorables a la libertad de expresión o de información).

7. En la definición de “obligación moral” que M.Z. toma de M.J. Zimmerman, ¿qué hay que entender por “deónticamente inferior” o, en general, por “valor deóntico”? ¿Es algo distinto a, respectivamente, “peor” y “bueno”? ¿Se trata entonces de identificar los conceptos normativos y los valorativos, lo *debido* y lo *bueno*? ¿Sería aceptable esa identificación?

8. M.Z. distingue dos posibles situaciones dilemáticas: cuando hay equivalencia (entre las obligaciones) o cuando hay incomparabilidad. ¿Pero son realmente *dos*, cuando resulta que la respuesta en ambos casos es la misma (y M.Z. presenta el ejemplo que maneja de “incomparabilidad” como un caso de “empate”: dos candidatos a una plaza empatados en cuanto a sus méritos)? Y, si en ambos casos lo que resulta es que está permitido realizar cualquiera de las dos acciones, ¿habría que concluir que, en realidad, para M.Z., no hay situaciones de dilema moral?

9. ¿Por qué piensa M.Z. que, en la moral, el “azar” resulta un procedimiento de toma de decisión más aceptable que

en el Derecho? ¿No sería más razonable aceptar que en la moral (en contra de lo que él parece sostener) los números sí que cuentan?

10. ¿Por qué pensar que la dimensión institucional del Derecho se traduce exclusivamente en la existencia de reglas (o sea, justifica la existencia de una regla “a sabiendas” de que no es mejor que otra)? ¿No parece más razonable pensar que la dimensión institucional del Derecho genera o justifica principios (como el de seguridad jurídica) que habría que ponderar con otros principios (por ejemplo, con otros principios sustantivos, como el de justicia)? Y finalmente, y por más que M.Z. dice interesarse sobre todo por las cuestiones conceptuales y no tanto por las de carácter práctico, ¿no podría ocurrir que en este caso las cuestiones conceptuales y las de carácter práctico se imbrican entre sí de tal manera que no es posible separarlas en el análisis (lo que, me parece, termina por ocurrir en su trabajo)? ¿Tiene algún interés plantearse el concepto de “dilema moral” en el Derecho (yo lo he llamado “caso trágico”), si no es para ver si realmente existen esas situaciones y (si la respuesta a la primera pregunta fuese afirmativa) por qué existen y qué cabe hacer al respecto?

## Respuestas a los participantes

**David Martínez Zorrilla\***

Antes de nada, quisiera mostrar mi más sincero agradecimiento a todos los participantes del número por el tiempo y el esfuerzo que han dedicado a comentar mi artículo. En realidad, este agradecimiento tiene no poco de egoísta, puesto que el trabajo de estos profesores me ha dado la oportunidad de reflexionar mejor sobre mi propio punto de vista y me permite exponer con más detenimiento y claridad algunos aspectos de mi posición, cuando no simplemente mejorarla aceptando algunas de las críticas.

---

\*Profesor ayudante de facultad (segundo periodo) de la Universidad Pompeu Fabra, Barcelona (España).



## A) RESPUESTA A GUILLERMO LARIGUET<sup>1</sup>

La réplica que Lariguet hace a mi artículo es loable por múltiples razones. Por citar sólo un par de aspectos, creo que muestra tanto un gran conocimiento de la discusión filosófica acerca de los dilemas morales como una aguda inteligencia y sagacidad para detectar aspectos relevantes y problemáticos. A lo largo del texto, se suceden no pocas críticas a muchos aspectos de mi artículo, tanto a puntos centrales como a otros secundarios, y tanto a la parte conceptual como a la normativa. Creo, no obstante, que no sorprenderé a nadie si desde este momento adelanto que estoy en desacuerdo con la mayor parte de las críticas, especialmente a las que afectan a la parte conceptual del trabajo, aunque esto no debe restar ni un ápice de valor a las mismas. Por lo que respecta a la parte normativa, dado que ésta tenía un carácter más bien tentativo en mi trabajo, no me encuentro tan predispuesto a realizar una defensa tan férrea, y estoy dispuesto a asumir de buen grado la mayor parte de lo que sostiene Lariguet, si bien también apuntaré algunas cuestiones. Para acabar con estos apuntes introductorios, diré que mientras que algunas de las críticas muestran genuinos desacuerdos entre nuestros puntos de vista, creo que otras responden a una comprensión inadecuada de mi posición. En este punto, no obstante, me gustaría dejar claro que soy yo mismo quien debe asumir toda la responsabilidad, por no haber sido capaz de expresar más claramente mi punto de vista.

---

<sup>1</sup> Con posterioridad a una primera versión de este mismo documento de respuesta, Lariguet me hizo llegar otro interesante manuscrito titulado “Sobre dilemas morales y derecho. Respuesta a una réplica de David Martínez”, en el cual me respondía a la mayoría de las objeciones que yo previamente había planteado a su respuesta. Dado que este último documento de “contra-réplica” no se incluye en el presente número, así como también por razones de extensión, no voy a responderlo aquí, aunque puntualmente haré algunas referencias.

*La parte conceptual*

Por lo que afecta a la parte conceptual, y sin perjuicio de muchas otras cuestiones que comentaré después con mayor detalle, creo que no me equivoco si afirmo que las principales críticas de Lariguet se centran en los dos aspectos siguientes: a) mi reconstrucción conceptual de los conflictos y dilemas morales es excesivamente estipulativa; b) mi propuesta no permite trazar una distinción clara e inequívoca entre las situaciones de dilema moral y los casos de “simple” conflicto.

a) Por lo que afecta a la primera cuestión, creo que no digo nada novedoso ni exagerado si afirmo que todo trabajo filosófico de análisis y reconstrucción conceptual es parcialmente estipulativo. Está claro que no puede ser *totalmente* estipulativo, puesto que en tal caso no sería reconstrucción conceptual, sino creación *ex novo* de un concepto. Pero es parcialmente estipulativo en la medida en que es prácticamente imposible dar cabida dentro de esa reconstrucción a todos los usos, incluyendo los más marginales o secundarios, que en un ámbito preanalítico se atribuyen a la expresión analizada (en este caso, “dilema moral”). Lo más probable es que en tales reconstrucciones conceptuales se dejen fuera algunos de los usos que intuitivamente incluimos, o que caigan dentro del concepto situaciones a las que en un principio no consideraríamos (al menos como casos claros) como pertenecientes a la extensión del término. Uno de los ejemplos más cercanos y conocidos que tenemos es el del concepto de “derecho”. Las teorías de Austin, Kelsen, Ross, Hart o Dworkin, entre otras, son sucesivos intentos (en algún sentido estipulativos) de ofrecer la mejor reconstrucción posible del concepto de “derecho”, que dé adecuada cuenta de los usos que atribuimos a esa expresión y que permita un mayor rigor, claridad y capacidad explicativa a la hora de discutir sobre ese ámbito y sus relaciones con otros. Es de acuerdo con estos últimos criterios, y no según si son o no estipulativos, conforme a lo que deben evaluarse las teorías filosóficas de reconstrucción conceptual.

Considero además, por otro lado, que es precisamente en los ámbitos en los que existe mayor discusión y complejidad (como lo es por ejemplo el de los dilemas morales) donde la estipulación puede resultar más útil y provechosa, al permitir clarificar los términos del debate y avanzar así en la discusión. Esto no quiere decir, claro está, que sirva para tal fin *cualquier* estipulación. Una estipulación adecuada debe, por un lado, recoger el aspecto o aspectos centrales (o al menos algunos de ellos, los más importantes) que se asocian a la expresión en un estadio preanalítico, y por otro lado, y hasta donde sea posible, ser clara, rigurosa, compatible con el resto del entramado conceptual y con el mayor poder explicativo posible. Dentro de mi modestia, considero que mi propuesta resulta bastante satisfactoria. Creo que el aspecto primordial que se tiene en cuenta para calificar una situación (ya sea dentro o fuera del ámbito moral o incluso normativo en general) como ‘dilema’ es el de la indeterminación, o más concretamente, el de *un tipo* de indeterminación, que consiste en la ausencia de criterios, escalas o procedimientos que nos permitan ordenar las razones que apoyan alternativas incompatibles en cualquier ámbito de toma de decisiones. En el trabajo me limito, por su objeto, a los dilemas morales, en los cuales las razones en disputa son normativas (obligaciones morales), pero creo que la estructura es la misma en cualquier situación que usualmente calificamos como “dilema” y que puede o no ser normativa. Por ejemplo, es habitual (no encontramos extraño) hablar de “dilema” cuando no podemos determinar cuál de entre dos destinos alternativos es el mejor para ir de vacaciones, o en cuál de entre dos universidades cursar unos estudios, o qué regalo elegir para nuestro sobrino en su día de cumpleaños. En lugar de optar por otras alternativas (como por ejemplo asumir que se trata de usos metafóricos de la expresión “dilema”), se opta por un tratamiento unitario señalando que se trata de una misma estructura que se adapta al ámbito en el que nos movemos (en nuestro caso, el normativo, y dentro del normativo, el moral). Puede que ésta no sea la opción más acertada, pero si no lo es, no será por la razón de que *es estipulativo*. También Lariguet recurre a la

estipulación (y creo que no existe más remedio) al señalar como aspecto central de la definición de “dilema moral” la nota del “caso trágico” o “elemento trágico”.

En su contra-réplica, Lariguet apunta acertadamente que existen otros muchos tipos de indeterminación (normativa), como los casos de lagunas (normativas o de otra clase) o de “simples” conflictos normativos. De ahí sugiere que posiblemente el criterio central de la estipulación no sea adecuado, puesto que no ofrecería algo inequívocamente diferenciador de los dilemas respecto de estas otras situaciones. Como he apuntado anteriormente, la indeterminación que se asocia a toda situación de dilema (sea o no moral) es *un tipo* de indeterminación, o quizá sería mejor decir una causa por la cual se da lugar a la indeterminación, que se produce por la ausencia de criterios, escalas o procedimientos que consigan llevar a una ordenación de las alternativas en conflicto. Sería por tanto este tipo de indeterminación la que resultaría propia y exclusiva de los dilemas, aunque estos compartan con otras situaciones (como las de laguna normativa, pongamos por caso) la indeterminación de la respuesta a la pregunta ‘¿qué debo hacer?’.

Incluso así, el autor sigue planteando objeciones interesantes, que por ser señaladas en la contra-réplica trataré muy esquemáticamente:

1) Una de ellas es que la existencia o no de tales mecanismos, criterios, etc. en un sistema normativo determinado para poder determinar la obligación definitiva de entre las *prima facie* en conflicto es una cuestión contingente. Estoy totalmente de acuerdo con esta observación, pero no la concibo como un problema para la propuesta conceptual, puesto que en el que un sistema normativo existan lagunas o antinomias es también contingente, y de ahí lo único que se seguiría es que el que aparezcan o no dilemas morales depende de cómo contingentemente sea un sistema moral. Tampoco veo las ventajas que tendría optar por un concepto de “dilema”

que hiciera de su (in)existencia algo necesario o imposible. De hecho, para algunos filósofos los dilemas morales son conceptualmente imposibles, pero esto no hace que su construcción sea más satisfactoria (al menos yo creo que no lo hace).

2) Lariguet afirma, correctamente, que el enfoque de la reconstrucción conceptual en términos de conjunto de condiciones necesarias y suficientes no es el único posible, y que a partir del segundo Wittgenstein se acepta que el análisis conceptual también puede basarse en “parecidos de familia” que comparten algún “común denominador”. No me voy a mostrar tan radical como Frege en el sentido de sostener que todo “concepto” que no tenga perfectamente delimitados sus límites no es un concepto, aunque sí que diría que, según mi opinión, si es posible hacer una reconstrucción satisfactoria en términos de condiciones necesarias y suficientes, ésta es preferible a la otra alternativa, que para mí sería un *second best* para los muchos casos en que no es posible alcanzar el ideal.

En definitiva, lo que en cualquier caso considero erróneo es partir de la base de que *debe haber* algún aspecto propio y exclusivo de los dilemas *morales*, que no está presente en ningún otro tipo de situaciones. No pretendo decir ni mucho menos que *no exista* algún aspecto propio y exclusivo de los dilemas morales, pero en todo caso eso debería ser el *punto de llegada* del análisis, y no el punto de partida. Presuponer que hay algo intrínseca y exclusivamente característico de los dilemas morales que debe ser descubierto (algo así como “la verdadera esencia”) es una *petitio principii* (no estoy afirmando que esto es lo que hace Lariguet, aunque su análisis podría llegar a sugerirlo). Podría suceder que sencillamente no haya nada de especial en los dilemas morales respecto de otras situaciones que también llamamos “dilema” (y en cierto modo, me muestro favorable a la “desmitificación” de los dilemas morales, puesto que muchos de ellos ya serían lo bastante duros en la práctica como para que también lo deban ser en la teoría). Algo similar ocurre en muchos

otros ámbitos, y para poner un ejemplo, en uno de los que he trabajado, el de los conflictos entre principios constitucionales. Muchos autores parecen presuponer, con carácter previo al análisis, que hay algo característico que los hace distintos a los conflictos entre reglas, y con ese presupuesto elaboran sus teorías (para, de algún modo, *descubrir* qué es eso característico y exclusivo). En mi trabajo llego a la conclusión de que los conflictos entre reglas y entre principios comparten una misma estructura básica. Podría haberse dado la circunstancia de que *realmente* fueran muy distintos a las antinomias entre reglas, pero se trataría de una conclusión a la que se llega tras el análisis, y no de un presupuesto de partida previo a éste.

b) El segundo gran punto de la crítica de Lariguet a mi reconstrucción conceptual es que mi propuesta de definición de “dilema moral” no permite distinguir claramente entre éstos y las “simples” situaciones de conflicto normativo (moral). Creo sinceramente que entre los muchos defectos que sin duda tiene mi propuesta, no se encuentra el de no ofrecer un criterio claro y riguroso de distinción. Es cierto que, según mi reconstrucción, la categoría de “dilema moral” es una subclase de la de “conflicto moral”, y por ende toda situación de dilema también lo es de conflicto. Pero ello no significa que las categorías se confundan o que no exista un criterio claro de distinción. Usando una analogía matemática, podría decirse que la distinción es análoga a la que existe entre los conceptos de “número entero” y “número par”. Todo número par es también un número entero, puesto que aquél término designa a una subclase de números enteros (i.e., los que son divisibles por 2). Pero de ahí no se sigue que la distinción entre “número entero” y “número par” no sea clara o que se preste a confusiones. De modo similar, yo considero que existe un criterio claro de identificación y distinción de las situaciones de dilema respecto a las genéricas de conflicto, que consiste en la inexistencia de escalas, criterios o procedimientos para determinar la obligación definitiva de entre las *prima facie* en conflicto. Cuáles sean estos criterios,

escalas o procedimientos dependerá de las teorías morales sustantivas manejadas, pero en cualquier caso no puede decirse que conceptualmente no exista un criterio claro de distinción.

En su contra-réplica, Lariguet afirma que a pesar de todo puede que la distinción no resulte tan clara. Para ello parte de que muchos autores de prestigio o bien usan los conceptos de “conflicto” y “dilema” como sinónimos, o bien hablan de “dilema” aunque exista algo así como una respuesta correcta o justificada, ya que lo importante sería la nota del sacrificio o “residuo” (sea psicológico o normativo) resultante de la no satisfacción de todas las obligaciones en conflicto. De este modo, la nota de la indeterminación no sería en realidad un criterio tan tajante como criterio distintivo, porque, según interpreto, el que haya o no indeterminación no incide en la cuestión del sacrificio, que sería lo importante. Respecto a este punto, diría que naturalmente cada autor es perfectamente libre de usar o no los conceptos (las palabras, más bien) como sinónimos, y definir los conceptos de acuerdo con las características definitorias que consideren relevantes. Desde mi modesto punto de vista, creo no obstante que ya que aparecen las expresiones “conflicto” y “dilema”, y que la idea (preanalítica) de conflicto abarca también cualquier situación intranscendente de incompatibilidad, mientras que la de dilema parece plantear situaciones especialmente problemáticas, resulta interesante realizar la distinción conceptual, y que la alternativa que me parece más interesante es la que reserva la expresión “dilema” a situaciones que no sólo son conflictivas, con los problemas prácticos que esto comporta (o puede comportar), sino que además son teórica o intelectualmente problemáticas, en tanto que no es posible determinar racional o justificadamente qué alternativa es la correcta. Si se tratara de una cuestión de la intensidad del “sacrificio” o “perjuicio” que se produce, la distinción sería inexorablemente gradual y en parte también valorativa, mientras que si es estructural, la distinción es clasificatoria y no gradual, y además, y esto me parece muy relevante, permite un tratamiento unitario de los dilemas normativos (morales y jurídicos) y no normativos.

Por otro lado, creo que la alternativa que propone Lariguet (el “elemento trágico”) sí que resulta problemática, y no es capaz de proveer un criterio claro y riguroso de distinción entre los conflictos y los dilemas morales. Por un lado, como el autor afirma explícitamente, este elemento trágico no es exclusivo de las situaciones de dilema moral (*vid.* nota 37), con lo cual se reconoce expresamente que no se trata de una condición suficiente. Pero por otro lado, aunque dando la impresión de que es un poco más reacio a admitirlo, acaba por afirmar también que no en todo dilema puede aparecer este elemento trágico (se dice que siempre aparece en los dilemas *más intensos* o *francamente genuinos*, pero de ello se infiere que puede haber otros dilemas *menos intensos* o *con un menor grado de intensidad* o *dramatismo* que no presentan este carácter), con lo que se acaba aceptando que tampoco es una condición necesaria (sobre el análisis conceptual como determinación de condiciones necesarias y suficientes me remito a lo que he dicho anteriormente). Además, su criterio es, quizá a su pesar, también estipulativo, porque como contraargumento a mis ejemplos de posibles situaciones de dilema moral en que las consecuencias no son negativas, sostiene que “es un argumento que se auto-frustra puesto que en los dilemas morales genuinos nunca las consecuencias son intrascendentes o triviales” (epígrafe 2.1.6). Es decir, por definición, no hay dilemas morales (“genuinos”, “muy intensos”, “realmente importantes” -¿y de otro tipo?-) si las consecuencias no son desastrosas. Pero esto es una estipulación, y una estipulación no es un argumento válido frente a otra estipulación. Los argumentos para favorecer una estipulación frente a otra hay que buscarlos en aspectos externos a la estipulación misma. En mi propuesta contamos con un criterio claro de distinción, pero no así en la de Lariguet, puesto que no se trata ni de una condición necesaria ni suficiente. Dicho con otras palabras, ni todo caso trágico involucra un dilema, ni todo dilema involucra un caso trágico, lo que convierte a este elemento en inadecuado como criterio de distinción. No tengo, por otra parte, demasiados reparos en aceptar que, como parece sostener Lariguet, nuestra atención debería centrarse en las situaciones



de dilema moral que *además* son casos trágicos. Incluso podría aceptar que *muchos* casos de dilema involucran este elemento trágico. Pero de cualquier modo, seguimos estando necesitados de algún criterio para poder identificar las situaciones de dilema moral y diferenciarlas de las de simple conflicto, y la propuesta de Lariguet no puede cumplir esa función, mientras que la mía sí que puede hacerlo. Por otro lado, estrictamente hablando no hay razón para contraponer los dos elementos como excluyentes: puede partirse de una definición de “dilema” basada en la idea de indeterminación, y después centrar nuestro interés en los casos trágicos.

Seguidamente, de manera más breve, intentaré dar respuesta a algunas de las otras muchas críticas que agudamente realiza a la parte conceptual de mi trabajo.

Uno de los primeros aspectos que comenta Lariguet (epígrafe 2.1.1), simultáneamente en forma de descripción y de crítica, es que mi trabajo deja fuera del análisis al menos tres situaciones: i) situaciones que son simultáneamente conflictivas/dilemáticas en los ámbitos moral y jurídico; ii) situaciones conflictivas en el ámbito jurídico pero no en el moral y viceversa; iii) situaciones en que diversos sistemas morales ofrecen soluciones distintas e incompatibles al mismo caso. Desde el punto de vista estrictamente descriptivo, no tengo nada que objetar. Por lo que hace a entender esto como *crítica*, diría lo siguiente: respecto de i) y ii), el objeto del trabajo se circunscribe a los dilemas *morales* y su relación con el derecho. En ningún momento esto implícitamente supone negar las categorías de conflicto o dilema al ámbito jurídico. Es más, los conceptos son los mismos, pero circunscritos al ámbito jurídico (esto es, un dilema jurídico no es más que un conflicto jurídico para el que no existe escala, procedimiento o criterio para determinar la obligación jurídicamente definitiva). Por supuesto, caben todas las posibilidades lógicas: situaciones que simultáneamente son conflictos jurídicos y morales, conflictos jurídicos que no son conflictos morales, conflictos

morales que no son conflictos jurídicos, y situaciones que no son ni conflictos jurídicos ni morales. En cualquier caso, no pretendía analizar estas situaciones en el trabajo. Por lo que hace a iii), me parece algo evidente que el concepto de conflicto/dilema se circunscribe a un sistema normativo, ya que una colisión entre normas sólo puede plantearse dentro de los límites de un conjunto de normas. Los límites de ese conjunto determinan el sistema normativo de referencia. Lo contrario sería bastante extraño, pues sería como el ejemplo siguiente: según el derecho civil español, no existe conflicto normativo alguno acerca de cómo resolver el caso C; según el derecho civil argentino, no existe conflicto normativo alguno en relación con el caso C; las soluciones a C dadas por el derecho español y el argentino son distintas e incompatibles, luego existe un conflicto/dilema jurídico. No conozco ningún jurista que reconstruya la situación de este modo. Esto no significa que las colisiones entre distintos sistemas normativos no tengan nunca importancia o que no sean problemáticas. Un ejemplo claro de ello es el de la situación del juez que tiene la obligación jurídica de aplicar una norma (sin que exista conflicto jurídico alguno) que le parece moralmente inaceptable. Pero estas situaciones serían más bien “metadilemáticas”. Con ello quiero decir que no creo que pueda hablarse propiamente de dilema si cada sistema normativo de referencia ofrece una respuesta unívoca a la situación. Sólo podría plantearse un conflicto (o dilema) bajo la perspectiva de un “supersistema práctico” que englobara a todos los demás y ofreciera la respuesta a la pregunta ‘¿qué debo hacer (*simpliciter*)?’ y no ‘¿qué debo (moralmente) hacer?’ o ‘¿qué debo (jurídicamente) hacer?’, o incluso ‘¿qué debo (prudencialmente) hacer?’. Siguiendo a Zimmerman, no creo que pueda hablarse de un sistema que pueda ofrecer una respuesta a la pregunta de qué debo hacer (*simpliciter*).

En relación con lo anterior, el autor plantea en su contra-réplica un punto muy interesante, que es la posibilidad de que existan genuinos límites de la racionalidad práctica que hagan que ciertas situaciones sean

dilemáticas *en cualquier sistema normativo*. Sostiene que es una posibilidad lógica, y en tal extremo estoy totalmente de acuerdo. Lo interesante, sin embargo, sería profundizar para tratar de ver si *efectivamente* existen tales límites. Por otro lado, aunque esto fuera así, creo que tampoco haría que mi propuesta conceptual de “dilema” fuera inadecuada, sino que tan sólo llevaría a afirmar que posiblemente haya algo así como “dilemas necesarios”.

En el epígrafe 2.1.3. Lariguet pone en cuestión diversos aspectos que yo afirmo acerca de las conexiones entre el derecho y la moral. Por ejemplo, pone en duda que la inclusión de conceptos tales como “honor”, “dignidad”, “integridad moral”, etc. en los textos constitucionales contemporáneos suponga que se da un vínculo más estrecho entre estos dos ámbitos a nivel constitucional que en otros niveles normativos como el de la legislación ordinaria. No comparto la afirmación subsiguiente de que eso significa dejar fuera la posibilidad de dilemas (morales) por la colisión entre normas constitucionales y legales o entre normas legales. Por supuesto que tales colisiones son posibles, por la simple razón de que otras fuentes normativas no constitucionales pueden contener conceptos como los antes referidos. Mi afirmación (no desarrollada en el artículo por cuestiones de espacio) está relacionada ciertamente con el neoconstitucionalismo (que no es, por otra parte, exclusivamente un término para designar una corriente teórica, sino que, como han mostrado Comanducci y Guastini, puede hacer referencia a un conjunto de características que descriptivamente tienen los sistemas jurídicos actuales, y en esos términos entiendo aquí la expresión), y tiene que ver no sólo con el tipo de conceptos y expresiones contenidos en textos constitucionales, sino también con otras características como el rango jerárquico de los preceptos que contienen esos conceptos y la protección jurídica de los mismos (incluyendo el control judicial de constitucionalidad), que hacen que ocupen una posición central en el discurso jurídico actual.

Dice después Lariguet que debería haberme pronunciado acerca de un conjunto de cuestiones, por lo general bastante complejas, como el tipo de moral a la que me estoy refiriendo, la unidad o fraccionamiento del discurso práctico (la autonomía del derecho frente a la moral), o consideraciones metaéticas. No me pronuncio sobre ellas porque se trata de cuestiones muy complejas y discutidas que excederían con mucho la extensión y el objeto del trabajo, y además, por otro lado, creo sinceramente que su impacto en lo que quiero decir es más bien escaso (por poner sólo un ejemplo, creo que mi esquema funciona igual tanto si cuando me refiero a “la moral” se entiende como “moral social” o como “moral crítica”. Del mismo modo, lo que yo digo pretende ser independiente de la concepción metaética manejada). No obstante, si de lo que se trata es de satisfacer una curiosidad, diré que me considero como inequívocamente positivista y que soy partidario de una concepción metaética no cognoscitivista (lo que no implica, como muchas veces erróneamente se supone, ser escéptico o relativista en materia moral, como lo muestran ilustres ejemplos como el de R.M. Hare o incluso Kant). Tampoco entiendo que exista, al modo de Bulygin, una vinculación conceptual entre el positivismo metodológico y el no cognoscitivismo ético, y no veo impedimentos para que, como sostiene Caracciolo, un positivista sea al tiempo un realista moral.

Otra de las críticas de este epígrafe la dirige Lariguet a la consideración de los conceptos morales incluidos en preceptos constitucionales como vagos y con carga emotiva, por cuanto ello (según él opina) conduce a la indeterminación del discurso moral y al subjetivismo. Sus afirmaciones parecen traslucir que yo uso esas expresiones en sentido peyorativo, cuando no es así. Cuando yo afirmo que los conceptos son vagos, me estoy limitando estrictamente a la idea de vaguedad y de textura abierta de Hart, por lo que me parece que resulta evidente que: a) conceptos como “dignidad” son vagos (como también cualquier otro concepto expresado por un nombre de clase, como “silla” o “mesa”), y b) el grado

de vaguedad es mayor que en otros nombres de clase que son descriptivos (como “mesa”), puesto que tienen *carga emotiva* (implican juicios de valor, no una mera identificación o subsunción). Creo que no es nada descabellado decir que, aunque también podemos discutir y tener nuestras diferencias en casos límite a la hora de decir si cierto objeto es o no una mesa, usualmente la discusión será mayor a la hora de estimar si cierto comportamiento o medida afecta negativamente a la dignidad, lo que muestra un mayor grado de vaguedad, y esta vaguedad está estrechamente vinculada a la carga emotiva positiva de la expresión “dignidad”, carga de la que en principio carece “mesa” (*a priori* no valoramos más positiva o negativamente un objeto por el solo hecho de ser “mesa”, lo que sí ocurre cuando hablamos de “dignidad”, y éste es un extremo que no lo niegan ni los cognoscitivistas). Lariguet se pregunta en su contra-replica si yo asumo la distinción entre conceptos valorativos *thick* y *thin*. La respuesta es afirmativa, por lo que acepto que muchos conceptos valorativos cuentan también con un contenido descriptivo, y que por ende la vaguedad y la carga emotiva es mayor en los conceptos *thin* que en los *thick*. De todos modos, empero, la indeterminación semántica siempre será mayor que en los conceptos propiamente descriptivos.

Por otra parte, considero inadecuada esta vinculación directa que se establece entre la vaguedad y la indeterminación que lleva al escepticismo y al subjetivismo ético. Reconocer que los valores son vagos no conduce sin más a ser escéptico o subjetivista en materia moral, del mismo modo que reconocer la vaguedad de “mesa” no supone ser escéptico en el ámbito de la epistemología. Por ello es erróneo pensar que entonces se generalizaría el punto de vista guastiniano y que toda ponderación sería puramente subjetiva. De hecho, dedico la práctica totalidad de mi tesis doctoral a intentar justificar una concepción de la ponderación (la universalista) que permite la racionalidad tanto en el ámbito metodológico como en el normativo. Por último, cuando hablo de conceptos vagos, me refiero estrictamente a la vaguedad, no a “conceptos abstractos”, al estilo

de Dworkin. Yo creo que los conceptos morales son vagos en sentido estricto (como también lo es, por ejemplo, “automóvil”, aunque aquéllos lo son en mayor grado). Hay muchos conceptos abstractos que no son vagos, como por ejemplo “número primo” (número entero sólo divisible por 1 y por sí mismo). Por otro lado, tampoco comparto el optimismo cognoscitivista de Dworkin.

En el epígrafe siguiente (2.1.4.), Lariguet lleva a cabo una exageración casi hiperbólica. A razón de mis afirmaciones acerca de que distintos autores que se han dedicado al análisis de los dilemas morales manejan distintos conceptos de “dilema moral”, y esto hace que a veces todos tengan razón a pesar de que sus afirmaciones son incompatibles, Lariguet afirma que yo sería “el ojo de Dios” que se da cuenta de que la discusión es irrelevante porque se trata de malentendidos o meras discusiones verbales. Antes que nada, del hecho de que al menos algunos de sus desacuerdos respondan a que manejan distintos conceptos, no se infiere ni muchísimo menos que lo que digan carece de sentido, o que es irrelevante. Cada uno de esos autores dice, en el contexto de los conceptos que maneja, muchísimas cosas interesantes y con sentido, que aportan valiosas contribuciones a la discusión. Ahora bien, eso no significa que en ocasiones algunos desacuerdos sean más aparentes que reales (sobre todo en lo que afecta a la cuestión de la posibilidad de los dilemas), puesto que sus posiciones han venido determinadas por los conceptos que manejan como punto de partida y que son divergentes entre distintos autores. En ocasiones esto es bastante evidente, como en el caso de E. Conee, para quien un dilema es un conflicto entre obligaciones morales definitivas (*all things considered*), respecto del de W. Sinnott-Armstrong, para quien un dilema es un conflicto de obligaciones no vencidas (*non overridden*). Teniendo esto en cuenta, es fácil ver, sin necesidad de ser “el ojo de Dios” (como tampoco lo es William James, pese a haber descubierto el equívoco), que para el primer autor los dilemas son conceptualmente imposibles, mientras que no lo son para el segundo. Lo anterior, por

supuesto, no implica que toda la discusión carezca de sentido o que todo lo que digan no es más que un equívoco. Lo único que remarco, amén de lo que acabo de señalar, es que en algunas ocasiones, cuando los distintos autores discuten, parecen no tener en cuenta estas diferencias conceptuales, persistiendo en sus propias posiciones, y dando a entender que sus diferencias son más profundas de lo que en realidad son. Evidentemente, *detrás* de estas diferencias conceptuales existen diferencias sustantivas. Pero creo que de lo que se trata, por bien de la discusión filosófica, es de intentar fijar una base común para progresar en el análisis.

Poco diré de los epígrafes 2.1.5. y 2.1.6., pues en ellos se contiene el núcleo de la crítica de Lariguet y a esos aspectos me he referido al inicio de esta réplica. Únicamente, de manera muy breve, me referiré a dos aspectos secundarios.

En primer lugar, como el autor adecuadamente señala, según mi posición, la equivalencia entre las alternativas y los supuestos de incomparabilidad conducen a idénticas consecuencias (la discrecionalidad). (En realidad, también otros supuestos que no tienen que ver con los dilemas conducen a idéntico resultado, como afirmo en la tesis). A partir de ahí afirma que se trataría de una mera distinción teórica o “de gabinete” que no guarda correlación con la práctica, por lo que (tratándose el de los dilemas de un problema con tan fuerte impacto práctico) la distinción debería ser abandonada o reformulada. No estoy de acuerdo con este punto de vista, y considero importante mantener la distinción, por más que su impacto en la práctica sea a fin de cuentas idéntico. Para tratar de justificarlo, usaré una analogía médica: la cardiopatía isquémica, la hemorragia cerebral, el cáncer, el SIDA o la hepatitis B, tienen, en el peor de los casos, idénticas consecuencias: la muerte. Ello no nos autoriza, sin embargo, a no distinguir los distintos supuestos y a estudiarlos y tratarlos de manera independiente. Aunque las consecuencias sean las mismas, no sólo su adecuada comprensión, sino también su tratamiento (incluyendo

las posibles respuestas que podemos dar a la situación para afrontarla o tratar de resolverla) exigen un tratamiento diferenciado.

El segundo aspecto que quisiera comentar es el siguiente: según Lariguet, junto a los dos supuestos *explícitos* posibles de dilema moral, habría un tercer supuesto *implícito*: la inderrotabilidad de ambas alternativas. Creo que esto responde a una comprensión inadecuada de mi posición, con toda seguridad causada por una deficiente exposición por mi parte. No se trata de que la inderrotabilidad (imposibilidad de determinar la obligación definitiva de entre todas las obligaciones *prima facie* en disputa) sea un supuesto más de dilema moral, junto con los otros dos, sino que en realidad es el núcleo central de toda situación de dilema moral, el elemento definitorio (vinculado a la idea de indeterminación, común y central para todos los supuestos de dilema, sean o no morales), respecto del cual la equivalencia y la incomparabilidad son dos manifestaciones posibles; esto es, dos maneras en como el dilema, consistente precisamente en esa “inderrotabilidad”, puede presentarse.

### *La parte normativa*

Como ya adelanté al inicio, la parte normativa de mi artículo debe considerarse como algo más bien tentativo, y bajo ningún concepto como algo totalmente articulado o definitivo. Esa es una de las razones, junto con la calidad intrínseca de los comentarios de Lariguet, por las que no me hallo tan predispuesto a una defensa fuerte de mi posición, y asumo como válidos muchos de los comentarios críticos. Me limitaré, en consecuencia, a comentar brevemente algunas cuestiones puntuales.

Por lo que hace a los primeros epígrafes (desde el inicio del 2.2. hasta el 2.2.3., inclusive), sólo quisiera decir que en su respuesta Lariguet pasa por alto (sin duda por una falta de claridad mía) que yo, del mismo modo que él mismo hace en otros artículos suyos, realizo una distinción



muy relevante, y que consiste en diferenciar entre la inexistencia de una respuesta (moralmente) justificada debido a la presencia de un dilema, y la necesidad (tanto en el contexto jurídico como en el moral) de dar una respuesta a la situación que sea lo más satisfactoria posible, dadas las circunstancias. Se trata, según creo, de una cuestión de gran importancia. Es bien cierto, y en este punto creo que ambos estamos de acuerdo, que si la situación es realmente dilemática, no puede hablarse de una decisión correcta, puesto que cualquier alternativa es insatisfactoria (al menos en el sentido de que no es *mejor* que la otra). En cierto modo, por tanto (quizá en el sentido más importante), no puede hablarse se “decisión justificada”. Pero ocurre que, tanto en el ámbito jurídico (un juez que deba tomar una decisión, por caso) como en el moral, el agente debe optar por alguna de las alternativas en conflicto, pues no hacerlo es deónticamente peor que realizar cualquiera de las alternativas del dilema. Y es deónticamente peor no simplemente porque eso es lo que resulta de la reconstrucción conceptual de “obligación moral” y “permisión moral” de Zimmerman, sino porque parece bastante intuitivo que si bien en un supuesto de dilema es imposible dar cumplimiento a *todas* nuestras obligaciones (aunque sean sólo *prima facie*) en conflicto, al menos es posible dar cumplimiento a *alguna* de ellas, y ello es mejor que incumplirlas *todas*.

Partiendo pues de la distinción entre “decisión correcta” (*simpliciter*) y “mejor opción dadas las circunstancias”, y admitiendo de que no puede hablarse propiamente de decisión justificada o correcta, es *en este segundo sentido* en el que hablo cuando, en el contexto del discurso moral, sostengo que la opción más satisfactoria es el recurso al azar (por satisfacer mejor las exigencias de igualdad); mientras que en el contexto jurídico afirmo que, teniendo en cuenta las características institucionales del derecho, es preferible estipular una regla, aun sabiendo que en sentido estricto no está más (in)justificada que la regla contraria, que ofrezca una solución al caso (genérico). La razón es que a pesar de que sustantivamente tal regla no pueda justificarse, su adopción satisface mejor dos valores

centrales del derecho como fenómeno institucional: la seguridad jurídica y la igualdad formal (puesto que al ser una regla, todos los casos que compartan las mismas propiedades relevantes serán resueltos del mismo modo).

Creo que si tomamos en cuenta la distinción, puede disolverse la crítica de que el argumento en algún sentido se autofrustra porque la ponderación, que puede entenderse como un procedimiento para hallar la regla más justificada para resolver un conflicto normativo, no cabe por definición en los casos de dilema, al no existir una alternativa superior a la otra. La crítica tendría pleno sentido si “ponderar” se entiende como la ordenación justificada de alternativas de acuerdo con criterios sustantivos y de racionalidad. En este sentido, los dilemas excluirían toda ponderación posible, pues conceptualmente en tales casos no hay una alternativa mejor que otra, y a lo sumo, como acertadamente apunta Lariguet en su contraréplica, sólo habría “ponderación” en un sentido guastiniano (escéptico), como mero ejercicio de discrecionalidad. Pero tal como he sostenido en la tesis doctoral (caps. II y III), se puede hablar de ponderación en distintos sentidos y desde distintas perspectivas (conceptual, metodológica y normativa). Desde un concepto universalista y en términos metodológicos, la ponderación no requiere necesariamente que haya una alternativa mejor a la otra, y es habitual, sobre todo si acudimos al epílogo a la *Teoría de los derechos fundamentales* de Alexy y a sus artículos posteriores, que en el contexto del procedimiento ponderativo se den supuestos de “empate”, que dan lugar a la discrecionalidad del decisor. Incluso diría más: en muchos casos es muy posible que no nos demos cuenta de que un conflicto es un auténtico dilema hasta que no desarrollemos el procedimiento de la ponderación. Por ello los conceptos de “dilema” y “ponderación” no son excluyentes (sólo lo serían si vinculamos la ponderación con un resultado en que las alternativas resultan siempre ordenadas, pero no es éste el sentido predominante en la actualidad entre los teóricos más relevantes de la ponderación). En este contexto, y ahora en términos normativos, seguiría manteniendo que ante una situación de dilema es

preferible estipular una regla que no la opción de dejar en manos de la arbitrariedad (que no discrecionalidad, si el dilema es auténtico) del decisor la respuesta del caso.

La propuesta normativa de Lariguet (epígrafe 2.2.4.), inspirada en la obra de Robert Burt, es, desde mi punto de vista, enormemente atractiva e interesante, por lo que celebraría cualquier reforma institucional que nos acercara al modelo propuesto. No obstante, es aquí precisamente donde hay que destacar un aspecto: la propuesta normativa presentada, en tanto que implica un importante grado de colaboración entre los poderes legislativo y judicial, requeriría para su implementación importantes cambios en el esquema institucional, dado que difiere en un grado importante del modo como actualmente está configurada la separación de poderes en los países que podríamos denominar “occidentales”. Lariguet apunta en su contra-réplica que el modelo no estaría en realidad demasiado alejado del esquema institucional norteamericano (aunque sí del español y probablemente del argentino). Puede que tenga razón, si bien sigo teniendo mis dudas e interpreto que la posición de Burt es -o al menos implica- una propuesta de cambios institucionales. En cualquier caso, mi propuesta, por el contrario, es muy limitada y va dirigida fundamentalmente a juristas y jueces en el marco de una organización institucional como la que habitualmente podemos encontrar en nuestros países, en los que estos agentes no son (al menos en teoría) ni constituyentes ni legisladores. De todos modos, vuelvo a remarcar que la posición de Lariguet es muy atractiva y sin duda habría que considerarla muy seriamente de cara a abordar un nuevo marco de relaciones entre los poderes legislativo y judicial.

## B) RESPUESTA A EDUARDO RIVERA LÓPEZ

La breve aunque realmente interesante y lúcida réplica de Rivera López se dirige contra aspectos sustantivos y centrales de mi artículo, poniendo en duda elementos sin los cuales puede decirse que mi propuesta

no sería capaz de sostenerse. Debo decir, y me atrevo a apostar a que todos los demás participantes estarán de acuerdo en ello, que ciertamente no podía esperarse menos de este autor, considerando sus amplios conocimientos y su profundidad de análisis. Con todo, espero poder contraponer una respuesta adecuada y así defenderme con cierta dignidad de las críticas formuladas.

Uno de los aspectos centrales de mi trabajo que es puesto en tela de juicio por Rivera es el de la propuesta del recurso al azar como criterio para tomar una decisión en los casos problemáticos. En síntesis, lo que se critica es que, si se considera que en los casos de dilema, y de acuerdo con la construcción conceptual de Zimmerman, las dos (o más) alternativas están moralmente permitidas, no se entiende por qué resulta preferible optar por el recurso al azar en lugar de utilizar otros criterios, incluyendo el de una decisión arbitraria subjetiva. De hecho, dicho sea de paso, el mismo Taurek sostiene que en una situación en la que existe la alternativa de salvar a un grupo de personas o a una sola, elegir salvar a esa sola persona por consideraciones subjetivas, como por ejemplo por ser amigo nuestro o simplemente porque nos cae bien, no sería moralmente reprochable.

Como apunté en el artículo principal y reiteré en mi réplica a Lariguet, la parte normativa del trabajo debe considerarse como meramente tentativa, y no como algo perfectamente elaborado y acabado. Soy perfectamente consciente de que esto es, a lo sumo, una explicación y no una justificación, pero aún así seguiría estando dispuesto a defender el recurso al azar al menos en algunos supuestos. En una situación de dilema, en síntesis nos hallamos ante un fracaso del sistema moral en ofrecernos una respuesta unívoca y determinada a la pregunta de qué debo (moralmente) hacer, por lo que en esencia se trata de un problema de indeterminación, según yo lo entiendo. Pero que la respuesta esté indeterminada porque no se consigue fijar un solo curso de acción definitivamente correcto de entre dos o más alternativas no implica, creo yo, que todas las alternativas sean

indiferentes (ya sea desde una perspectiva moral o desde una perspectiva extramoral). En este contexto, de lo que se trata, según creo, es de ver si, ya que *hay que tomar una decisión*, cómo podemos hacerlo de la mejor manera posible. Con ello tampoco quiero negar que pueda darse el caso de que realmente las alternativas sean indiferentes desde todos los puntos de vista, pero tengo la impresión de que esa situación no es muy habitual.

Creo que en este punto puede trazarse, con ciertos límites, una analogía con los sistemas jurídicos. En los casos de antinomia, el sistema fracasa a la hora de ofrecer un único curso de acción jurídicamente correcto, o, dicho de otra manera, una solución unívoca a un caso de entre varias alternativas. En estos supuestos, como debe tomarse una decisión, debe arbitrarse algún modo de tomarla que sea más satisfactorio (o menos insatisfactorio) que otros. Ello suele hacerse mediante criterios como *lex superior* o *lex posterior*, y si se hace así es por consideraciones tales como la seguridad jurídica e incluso razones sustantivas de fondo, como apuntó Norberto Bobbio (que relacionó estos clásicos criterios de resolución de antinomias con consideraciones generales de justicia). Dicho de otro modo, la indeterminación entre varias alternativas no implica su indiferencia. Partiendo de esta consideración, mi punto de vista es que, dado que el sistema moral no nos ofrece una respuesta determinada y que existen consideraciones moralmente relevantes que afectan a la igualdad y dignidad (igual consideración en dignidad y derechos) de las personas, el recurso al azar puede resultar válido en algunos contextos, o preferible a otras maneras de resolver el conflicto que, recordemos, de algún modo ha de ser resuelto (porque la no realización de ninguna de las alternativas no está moralmente permitida). Es cierto que quizá en situaciones en las que contamos con algún vínculo personal (por ejemplo familiar, o de amistad), optar por favorecer a ciertas personas con las que mantenemos esos vínculos puede no ser moralmente objetable o incluso ser moralmente elogiabile, aunque se me ocurren otros contextos, como por ejemplo el ámbito médico, en los que el recurso al azar me parece más satisfactorio.

Otro punto de crítica importante que afecta a aspectos conceptuales pero que también conecta con el aspecto sustantivo anterior, como espero mostrar, es el de poner en cuestión la visión del sistema moral como algo necesariamente coherente. Creo que en este punto no me expliqué adecuadamente en mi artículo, ya que mi punto no es que siempre los sistemas morales son coherentes (aunque como posibilidad lógica pueden serlo), aunque sí defiende que en las situaciones de dilema moral las alternativas en conflicto son, desde la perspectiva del sistema, moralmente permisibles. Es más, aunque creo que no toda situación de conflicto normativo (sea o no dilemático) obedece a inconsistencias en el sistema, creo también que en muchas ocasiones los conflictos aparecen *porque* el sistema tiene inconsistencias<sup>2</sup>.

Es cierto que yo adopto las nociones de “obligación moral” y “permisión moral” de Zimmerman, y que desde el punto de vista de este autor no son posibles los dilemas, ya que parte de la noción de obligación definitiva (*overall o all things considered*), y por razones lógicas no puede haber dos obligaciones definitivas incompatibles; por ejemplo, tomando el dilema de Sartre, no puede ocurrir que la obligación de alistarse sea deónticamente superior a cualquier otra (incluida la de cuidar a su madre anciana), y que al tiempo la obligación de cuidar de la madre sea deónticamente superior a cualquier otra (incluida la de alistarse). Pero lo que cambia entre Zimmerman y yo es que yo no utilizo el mismo concepto de “dilema” que este autor, sino que mi concepto es, en suma, el de “conflicto entre obligaciones no superadas”, esto es, el de la indeterminación del curso moralmente obligatorio (no existe obligación definitiva). Estas situaciones, que sí son lógicamente posibles, son denominadas por Zimmerman como *quandaries*<sup>3</sup>, y no como *dilemmas*.

---

<sup>2</sup> Mi opinión sobre la conexión entre la consistencia lógica y los conflictos normativos se encuentra en el apartado 4 del capítulo II de mi tesis doctoral.

<sup>3</sup> Vid. ZIMMERMAN, M. (1996), pp. 208 y 209.

Y es más, uno de los motivos que pueden dar lugar a estas situaciones es precisamente la inconsistencia lógica del sistema normativo moral.

En suma, pues, existe un equívoco (seguramente propiciado por mí) entre por un lado la afirmación de que en casos de dilema las alternativas son moralmente permisibles (de acuerdo con la caracterización conceptual de Zimmerman, y de acuerdo además con no pocos autores que han analizado los dilemas morales; y en el ámbito de los conflictos jurídicos también sería la posición de Alexy), y por otro lado la afirmación de que los sistemas morales son consistentes, puesto que puede ser habitual que la razón de la indeterminación de la respuesta definitiva, que hace que todas las alternativas sean permisibles, sea precisamente que son lógicamente contradictorias (junto con la ausencia de criterios para resolver esta contradicción). Que finalmente se decida llevar a cabo una alternativa (sea por recurso al azar o de otro modo) y de ese modo se “resuelva” la indeterminación, no quiere decir que el sistema sea consistente, de modo similar a que el hecho de que el juez pueda resolver una antinomia jurídica no significa que el sistema sea consistente, o que pueda colmar una laguna no significa que el sistema sea completo. De hecho, estos problemas son el presupuesto para poder llevar a cabo estas actividades de resolución (serían algo análogo al recurso al azar en el ámbito moral como criterio de solución).

Como he apuntado anteriormente, esta cuestión conecta con la cuestión sustantiva antes referida. A partir de la afirmación de que las alternativas en conflicto son todas moralmente permisibles, Rivera parece inferir que son asimismo indiferentes, de tal modo que carece de mayor relevancia (a la hora de tomar la decisión) por cuál decantarse y está fuera de lugar la propuesta del recurso al azar como criterio adecuado para tomar la decisión. Yo creo sinceramente que la indeterminación que conceptualmente está vinculada a toda situación de dilema no implica que las alternativas sean indiferentes, o que esté totalmente fuera de lugar la reflexión relativa a qué alternativa tomar, aun a sabiendas de que desde el punto de vista del sistema no existe ninguna opción superior a las demás.

Pienso que esto se puede ilustrar con el siguiente ejemplo: Desde el punto de vista del sistema jurídico, está jurídicamente permitido que yo envíe a mi hija a estudiar a un buen colegio, y también lo está que la envíe a estudiar al peor colegio de la ciudad. Como además ambas alternativas son excluyentes (sólo se me permite enviarla a un colegio), la situación es, al menos, de conflicto normativo. Pero parece claro que las alternativas no son indiferentes, y que tengo razones para pensar que es preferible la alternativa del buen colegio. De modo similar, considero que al margen de que en supuestos de equivalencia e incomparabilidad (de dilema, en general) todas las alternativas sean permisibles, se puede al menos reflexionar sobre si tenemos a nuestra disposición algún mecanismo para tomar la mejor decisión posible, dentro de las circunstancias, y en tal contexto me atrevo a aventurar que el recurso al azar puede ser más satisfactorio que otra decisión arbitraria.

Con toda probabilidad, no habré conseguido con estas líneas dar una respuesta adecuada y convincente a las críticas planteadas, pero en cualquier caso me daré por satisfecho si al menos con ellas he conseguido clarificar algo más mi posición.

### C) RESPUESTA A DANIEL MENDONCA

En su contribución titulada ‘Sobre el concepto de dilema moral’, el profesor Mendonca ofrece otra buena muestra del rigor y la claridad de análisis que le caracterizan, criticando la concepción que podríamos denominar “estándar” de los conflictos y dilemas morales, basados en la idea de la conjunción de obligaciones incompatibles (ya lo sean por razones lógicas o empíricas), y proponiendo una visión alternativa (y desde su punto de vista más satisfactoria), fundamentada en la disyunción de obligaciones y la obligación alternativa. Dado que no realiza en su artículo comentarios acerca de las cuestiones de tipo normativo que planteé en mi artículo inicial, también esta réplica se limitará a unas breves consideraciones de carácter conceptual.



Centraré mi atención únicamente en un par de puntos, a los que después añadiré un comentario marginal. El primer punto se refiere a una cuestión vinculada a la lógica deóntica y que no afecta estrictamente al concepto propuesto por Mendonca. El segundo punto sí que es sustantivo, y en él cuestiono la conveniencia de optar por un concepto de dilema moral basado en la disyunción como mejor alternativa al enfoque clásico de la conjunción de obligaciones incompatibles. El comentario marginal está relacionado con la distinción entre los diversos sentidos de ‘dilema moral’ que el autor recoge en el epígrafe 3.

1. Según entiendo, Mendonca propone una definición del concepto de ‘dilema moral’ por la cual, en síntesis, un dilema moral consiste en una disyunción (excluyente) de obligaciones, como por ejemplo ‘ $O(A) \vee O(B)$ ’, de la cual se deduce una obligación disyuntiva o alternativa ‘ $O(A \vee B)$ ’. Por ello el autor sostiene en el epígrafe 4 la fórmula siguiente: ‘ $(O(A) \vee O(B)) \rightarrow O(A \vee B)$ ’. Aunque no lo indica explícitamente, entiendo que ‘disyunción de obligaciones’ y ‘obligación disyuntiva’ no expresan conceptos -ni son fórmulas- equivalentes, por bien que el segundo se deduzca lógicamente del primero. Creo que es importante remarcar esta no equivalencia de cara a lo que voy a exponer a continuación.

Desde mi punto de vista, me resulta difícil concebir una disyunción de obligaciones del tipo ‘ $O(A) \vee O(B)$ ’ como una fórmula de lógica deóntica (lógica de normas). No creo que exista problema alguno en entender esta expresión en términos de lógica de proposiciones normativas, esto es, como una afirmación con valor de verdad acerca de la existencia de obligaciones (o bien es el caso que debo hacer A o bien es el caso que debo hacer B), pero resulta un tanto extraño si se interpreta como una norma. Si tratamos de imaginar a una autoridad que dicta una disyunción de obligaciones, el resultado sería algo así como “o bien te ordeno que hagas A o bien te ordeno que hagas B”, lo cual resulta algo chocante y da pie a que nos preguntemos legítimamente qué es aquello que la autoridad nos está ordenando. Parece, en síntesis, que una expresión de ese tipo

sólo resultaría adecuada en el ámbito de las proposiciones normativas, en un contexto en el que nos estemos planteando la cuestión epistémica de determinar cuál es nuestra obligación. Esto no ocurre con la obligación alternativa (una expresión del tipo ‘ $O(A \vee B)$ ’), que puede entenderse sin problemas como expresando una norma (“te ordeno que hagas o bien A o bien B”) o como expresando una proposición normativa acerca de la existencia de una norma (“estoy obligado a hacer o bien A o bien B”). Cuando lo que tenemos es una obligación alternativa, no nos estamos planteando la duda epistémica de saber cuál es nuestra obligación de entre dos posibilidades, sino que sabemos que nuestra obligación es llevar a cabo al menos uno de los dos comportamientos alternativos.

El distinto funcionamiento de la disyunción de obligaciones y de la obligación disyuntiva o alternativa queda también patente si utilizamos la noción de ‘obligación moral’ elaborada por Zimmerman. De acuerdo con este autor, un comportamiento A es moralmente obligatorio si existe algún mundo accesible en el que el agente realiza A que resulta deónticamente superior a cualquier mundo accesible en el que el agente no realiza A. En este esquema, y partiendo de la base de que ‘A’ y ‘B’ son comportamientos que se excluyen mutuamente (si hago ‘A’ no puedo hacer ‘B’, y viceversa), las expresiones ‘ $O(A)$ ’ y ‘ $O(B)$ ’ se excluyen mutuamente, y una expresión como ‘ $O(A) \vee O(B)$ ’ sólo resultaría adecuada para plantear un problema epistémico acerca de cuál es nuestra obligación, ya que no permite guiar el comportamiento (no determina qué debemos hacer)<sup>4</sup>. Ello no ocurre si estamos ante una obligación alternativa como

---

<sup>4</sup> Puesto que ‘ $O(A) \vee O(B)$ ’ significaría “o bien existe algún mundo accesible en el que el agente hace A que es deónticamente superior a todo mundo accesible en el que el agente no hace A (incluyendo aquéllos en los que hace B), o bien existe algún mundo accesible en el que el agente hace B que es deónticamente superior a todo mundo accesible en el que el agente no hace B (incluyendo aquéllos en los que hace A)”.

‘ $O(A \vee B)$ ’, ya que de acuerdo con Zimmerman, tenemos una guía para el comportamiento al saber que la realización de una conducta que hace verdadera la disyunción -sin importar si hacemos A o B- resulta deónticamente superior a la no realización de ninguna de esas alternativas.

Con lo anterior, lo que pretendo poner de manifiesto es que, a menos que se sostenga que un dilema moral es siempre un problema epistémico relativo a la determinación de nuestra auténtica obligación moral (lo que resultaría compatible con una concepción realista y/o objetivista de la moral, que no parece ser la sostenida por el profesor Mendonca), si se mantiene que el problema de los dilemas es auténticamente normativo y no (sólo) epistémico, únicamente sería admisible la propuesta de la obligación alternativa, pero no la de la disyunción de obligaciones. De este modo, creo que la propuesta de Mendonca de definición de ‘dilema moral’ debería circunscribirse a ‘ $O(A \vee B)$ ’, excluyendo ‘ $O(A) \vee O(B)$ ’.

2. El segundo punto que quisiera comentar afecta a una cuestión sustantiva de la propuesta conceptual de Mendonca. Este autor opta por distanciarse de lo que podría concebirse como la comprensión estándar de los dilemas morales, basados en la idea de la conjunción de dos o más obligaciones cuya satisfacción conjunta resulta imposible, ya sea por razones lógicas (incompatibilidad lógica o contradicción), como ocurriría en el caso ‘ $O(A) \wedge O\neg(A)$ ’, o bien por razones empíricas, como en el caso ‘ $O(A) \wedge O(B) \wedge \neg\hat{\diamond}(A \wedge B)$ ’. En su lugar, plantea la definición en términos de disyunción, bien sea como disyunción de obligaciones, o como obligación disyuntiva. Ya me he referido a las dificultades que entiendo que tiene la disyunción de obligaciones, por lo que no volveré sobre esta cuestión.

Como puse de manifiesto en mi respuesta al profesor Lariguet, pienso que es común entre los filósofos de tradición analítica el considerar que el éxito de una estipulación conceptual, cuando se trata de reconstruir

un concepto propio de un cierto discurso (y no de crearlo *ex novo*), depende de ciertos criterios, entre los cuales ocupa un lugar destacado el dar adecuada cuenta de los usos propios o centrales de dicho concepto en el discurso en el que es usado. La propuesta de Mendonca en este sentido tiene la virtud de ser muy cercana al concepto de ‘dilema’ utilizado en la lógica clásica, ya que el componente central de esta regla de inferencia, sin el cual no sería posible hablar de ‘dilema’, es precisamente la existencia de una disyunción. A pesar de ello, tengo mis dudas acerca de que la propuesta del profesor paraguayo constituya una reconstrucción adecuada (o cuanto menos, más adecuada que la mía) del concepto de ‘dilema moral’, tal como es usado tanto en el discurso moral *folk* como en la filosofía moral.

En su uso normal en el lenguaje común, dejando incluso al margen la discusión o el razonamiento moral, la idea de ‘dilema’ parece requerir, ciertamente, que existan al menos dos opciones o alternativas, y además también exige que tales alternativas sean incompatibles (ya sea en sentido lógico o meramente empírico). En la lógica tradicional, una disyunción es verdadera también cuando todas las fórmulas que la componen son verdaderas, pero en el lenguaje común no es habitual (por no decir incluso contraintuitivo) hablar de ‘dilema’ cuando el agente puede realizar todas las opciones u obtener todas las alternativas. Si alguien nos plantea que está frente al dilema de elegir entre irse de vacaciones a Fidji o adquirir un nuevo automóvil, pensamos inmediatamente que está en una situación tal que sólo podrá satisfacer una de las alternativas. Si resulta que, después de conversar con esta persona, sabemos que puede realizar ambas cosas, responderíamos que no se encuentra frente a un dilema. En consecuencia, si se pretende concebir el dilema en términos de disyunción, tal disyunción debe ser planteada en términos excluyentes: ‘ $A \vee B \wedge \neg(A \wedge B)$ ’, tal como hace precisamente Mendonca en el epígrafe 3 (definición número 4).

Al margen de lo anterior (disyunción excluyente), creo que en el uso común de ‘dilema’ (no limitado al discurso moral) aparece también

otro elemento relevante, que es el de la indeterminación, en el sentido de que no se trata simplemente de dos o más alternativas incompatibles, sino que además existe cierta dificultad para determinar la alternativa correcta o más adecuada, ya que pueden encontrarse razones de cierta entidad que apoyan cada una de las opciones. Si una de las alternativas es claramente preferible a la otra desde todos los puntos de vista, tampoco diríamos que estamos frente a un dilema, ya que éstos parecen estar asociados a ciertas dificultades (mínimamente racionales) de elección. Modificando un poco el ejemplo anterior, si alguien tiene que decidir entre dos destinos posibles para sus vacaciones y uno de ellos es claramente mejor que el otro desde todos los puntos de vista relevantes (coste, interés, clima, etc.), resultaría extraño sostener que existe un dilema. Esta nota de la indeterminación, entendida de cierto modo, es la que recojo en mi propuesta conceptual de ‘dilema moral’ para diferenciarla del supuesto genérico de conflicto moral.

Centrándonos ahora en el ámbito del discurso moral, mi impresión es que, eliminada la posibilidad de la disyunción de obligaciones por las razones expuestas en el punto 1, un dilema (moral) no puede concebirse adecuadamente en términos de obligación disyuntiva. El razonamiento, de manera escueta, sería el siguiente. Las “alternativas” en el discurso moral son (al menos habitualmente) obligaciones morales. Tanto en términos conceptuales (siguiendo la reconstrucción de Zimmerman) como de lógica deóntica, que un comportamiento sea obligatorio significa que no está moralmente permitido no llevarlo a cabo (esto es, ‘ $O(A) = \neg P\neg(A)$ ’). Si dos comportamientos son moralmente obligatorios, significa que no está moralmente permitido no realizar cualquiera de ellos (o dicho de otro modo, deben realizarse ambos). Para que la situación pueda calificarse de ‘dilema’, se ha de sostener, además, que las alternativas resultan incompatibles. Si consideramos la obligación alternativa (‘ $O(A \vee B)$ ’), vemos que esta estructura no refleja adecuadamente la idea intuitivamente asociada al ‘dilema moral’, ya que la obligación alternativa queda satisfecha simplemente con la realización de alguno de los comportamientos de la disyunción (esto es, cualquier alternativa de acción que haga verdadera la

disyunción), por lo que implícitamente no exige ni que se realice 'A', ni que se realice 'B' (o, dicho en otros términos, permite moralmente la no realización de 'A' y la no realización de 'B'). La idea intuitiva del dilema moral, que aparece recogida en prácticamente toda la discusión filosófica, es la de que el agente no puede (normativamente) dejar de satisfacer todas y cada una de sus obligaciones morales. Por eso cuando las alternativas, que son obligaciones morales, son incompatibles, la situación es problemática; en cambio, ningún problema se plantea si de lo que se trata es de dejar en manos de la libertad del agente el curso de acción a tomar de entre las alternativas propuestas. En suma, considero (como hace de hecho la mayor parte de la discusión filosófica sobre este tema) que resulta más adecuado concebir los dilemas morales en términos de una *conjunción* de obligaciones (pues son varias obligaciones las que se suman, y no se plantean como alternativas de acción abiertas a la libertad de elección del agente) lógica o empíricamente incompatibles.

Sobre esta base, mi propuesta ha sido estipular una distinción entre los "simples" conflictos morales y los dilemas sobre la idea de la indeterminación antes apuntada: partiendo de la idea común de conflicto (muchos autores tratan 'conflicto moral' y 'dilema moral' como sinónimos) la situación será dilemática cuando el sistema carezca de criterios para determinar la obligación definitiva de entre las *prima facie* en conflicto.

**3.** Tal como apunté al inicio, quisiera comentar también una cuestión marginal relacionada con la distinción entre los diversos sentidos de 'dilema moral' que Mendonca expone en el epígrafe 3, siguiendo a R. Audi. Si comprendo bien, los sentidos (3) a (7) son acotaciones cada vez más restringidas del significado que 'dilema moral' tiene en la literatura. No obstante, se advierte una incoherencia entre el sentido (4) y los sentidos (3), (5) y (7). Estos tres últimos comparten la idea de base de que los dilemas suponen una situación en la que el agente debe elegir una de entre dos (o más) alternativas (incompatibles), mientras que en el sentido (4),

el deber o exigencia moral es la de realizar dos (o más) comportamientos incompatibles. La diferencia es importante por cuanto, al menos en la redacción de Mendonca, los sentidos (3), (5) y (7) se adaptan a la estructura de la obligación disyuntiva, mientras que el sentido (4) se ajusta a la idea de conjunción de obligaciones incompatibles. Como he mantenido anteriormente, creo que si de lo que se trata es de ofrecer una descripción adecuada de los sentidos en que ‘dilema moral’ es usado en la discusión, el concepto más adecuado es el de la conjunción de obligaciones incompatibles.

#### D) RESPUESTA A MANUEL ATIENZA

En su contribución, el profesor Atienza plantea un conjunto de cuestiones y dudas que la lectura de mi artículo le ha suscitado. Como es de esperar en una persona de su talla intelectual, todos los puntos son planteados de manera muy atinada y afectan a aspectos centrales, y bajo la apariencia de “inocentes” preguntas, se esconden en muchas ocasiones contundentes críticas a mi posición. Intentaré dar respuesta a todas estas cuestiones, siguiendo el mismo orden planteado por el autor.

1.- El profesor Atienza tiene toda la razón cuando apunta que los conflictos constitucionales y la ponderación son temas “estrella” de la teoría y filosofía jurídicas de los últimos años. Por ese motivo, pone en duda mi afirmación de que el tema de la relevancia de los conflictos y dilemas morales en el derecho ha recibido escasa atención. Creo, sinceramente, que de todos modos mi afirmación es acertada. Por una parte, si bien es cierto que, desde el ámbito de la filosofía moral, en las últimas décadas el tema de los conflictos y dilemas morales ha sido recurrente, el examen de sus relaciones con el ámbito jurídico prácticamente brilla por su ausencia. Desde la perspectiva de la teoría jurídica, si bien es cierto que los conflictos constitucionales y la ponderación han sido objeto de mucha atención, usualmente lo han sido en relación con el espinoso tema de la colisión de los principios jurídicos, dejando en un segundo plano (las aportaciones de

Atienza son precisamente notables excepciones) su conexión con los dilemas morales. A la hora de lidiar con los principios y la ponderación, usualmente no importa demasiado determinar si se plantean o no dilemas morales. De hecho, creo que suele aceptarse ampliamente que pueden aparecer dilemas en el ámbito moral que no se reflejan en un conflicto jurídico (esto es, que su respuesta está claramente determinada en el derecho), como también que al menos algunos conflictos de principios no suponen al mismo tiempo un conflicto o dilema moral. Mi postura se limita a sostener que un posible punto de contacto (quizás el principal) entre dilemas morales y derecho se da en (algunos) conflictos constitucionales, pero ello no implica ni que todo dilema moral refleja asimismo en un conflicto constitucional entre principios, ni que todo conflicto constitucional es al tiempo un dilema moral.

2.- Cuando me decanto por una noción “puramente pragmática” (quizá habría sido mejor decir que la reconstrucción conceptual toma como base una situación puramente pragmática) de ‘conflicto normativo’, no pretendo afirmar que no exista conexión alguna con una situación de inconsistencia lógica. Tal relación *podría* existir, y de hecho podría, hipotéticamente, darse el caso de que *todos* los conflictos normativos respondieran a inconsistencias lógicas. Pero en lugar de partir de la idea de la inconsistencia o contradicción lógica, me parece más interesante partir de la idea (pragmática) de la situación en la que el agente no puede satisfacer simultáneamente todas sus exigencias normativas, y a partir de ahí, analizar sus conexiones con el ámbito de la lógica. Siguiendo este camino, mis conclusiones son que, si bien una inconsistencia lógica en el sistema normativo da lugar a un conflicto, no ocurre a la inversa, por lo que se trata de una condición suficiente, pero no necesaria.

3.- El término ‘ponderación’ es sumamente ambiguo y por ende susceptible de expresar tantos diferentes conceptos que siempre se presta a confusiones. En mi trabajo de tesis doctoral uno de mis mayores esfuerzos fue intentar distinguir adecuadamente los aspectos conceptuales,



metodológicos y normativos a los que se puede y suele hacer referencia al hablar de ‘ponderación’. En un sentido, por ‘ponderación’ se puede entender cualquier teoría normativa que nos indique cómo debemos proceder (qué criterios o procedimientos tener en cuenta) para atribuir un cierto ‘peso’ o importancia a cada elemento del conflicto a fin de resolverlo. En este sentido, la teoría de Hurley no es algo distinto a la ‘ponderación’, sino más bien un determinado *tipo* de ponderación (entendida como teoría normativa). Ahora bien, es bastante usual en países como el nuestro que al hablar de ‘ponderación’ en sentido normativo, ésta se entienda como *una teoría determinada* de la ponderación, a veces conocida como ‘principio de proporcionalidad’ (cuyo mayor y más brillante defensor es Alexy). En este sentido restrictivo, la teoría de Hurley sí que es una alternativa a la ponderación, si ésta se entiende como sinónimo del principio de proporcionalidad. Por otro lado, no me queda demasiado claro qué es lo que quiere decir Atienza cuando apunta que los juristas manejan la coherencia como criterio para ponderar principios y valores. ¿Se trata de la coherencia con las decisiones anteriores? ¿De la coherencia con una determinada teoría moral? ¿De otro tipo de coherencia? En cualquier caso, dada la pluralidad de posiciones teóricas en torno a la ponderación, no creo que en ésta sea generalizable ningún tipo de coherencia que sea ‘transversal’ a todas ellas.

4.- Es cierto que yo critico a Alexy por dar a entender que existe una conexión necesaria entre el establecimiento de relaciones de precedencia condicionada (que es un aspecto que yo calificué como ‘metodológico’) y el principio de proporcionalidad, que es una teoría normativa. Atienza sale en defensa del alemán entendiendo que “precedencia condicionada” quiere decir “precedencia condicionada justificada”. Ahora bien, añadir el adjetivo “justificada” implica que no sirve cualquier precedencia condicionada, sino tan sólo aquellas que sean correctas de acuerdo con ciertos parámetros de corrección, lo que transforma una cuestión que era puramente metodológica en otra que es también normativa. Es posible

(no sabría decirlo), que la idea de “precedencia condicionada” de Alexy sea normativa (aunque su forma de presentación parece sugerir un enfoque puramente formal o metodológico ‘C → R’), pero aun en ese caso tampoco habría una vinculación necesaria entre la precedencia condicionada (justificada) y el principio de proporcionalidad, ya que la precedencia también podría estar justificada de acuerdo con otras teorías normativas de la ponderación distintas del principio de proporcionalidad (como la de Susan Hurley).

5.- En este punto, Atienza parece imputarme, a través de una forma de razonamiento que yo calificaría como *a sensu contrario*, una afirmación que creo sinceramente que no se sigue de lo que yo afirmo. Lo que yo afirmo, como correctamente apunta el autor, es que el uso de conceptos como “derechos fundamentales”, “dignidad humana”, o “integridad moral”, entre otros con un denso contenido moral, en el texto constitucional, junto con la carencia de otros criterios estrictamente formales, hace que sea razonable trasladar el razonamiento al ámbito del discurso moral para determinar la solución del conflicto (para así también dar respuesta a la controversia jurídica). De esta afirmación parece extraer Atienza otra que yo no hago (ni sostengo), que consiste en decir que puesto que no hay criterios jurídicos formales, no hay criterios jurídicos en absoluto. Yo creo que hay tanto criterios formales (como *lex superior*), como también criterios sustantivos, que son también jurídicos en tanto que están recogidos por el derecho positivo. Ahora bien, en casos en los que *sólo* hay criterios sustantivos (i.e. no hay criterios formales o no son aplicables), y éstos son propios del discurso moral, no se me ocurre ningún otro modo de resolver la controversia de manera justificada que acudiendo al tipo de discurso propio del contenido de los criterios utilizados, que en este caso es el del discurso moral.

6.- No estoy seguro de haber entendido adecuadamente lo que el profesor Atienza plantea en este epígrafe, ya que, según lo que yo entiendo,

estaríamos ambos de acuerdo, y las diferencias serían puramente lingüísticas. Efectivamente, lo que Atienza parece sugerir es que una obligación *prima facie* puede devenir la obligación definitiva si no resulta vencida o desplazada por ninguna otra obligación concurrente, mientras que conservaría su estatus de obligación *prima facie* en caso de ser superada. Pero esto es lo mismo que afirmar, tal como yo lo hago, que el carácter de obligación *prima facie* u obligación definitiva depende de la “posición ocupada” en el razonamiento acerca de lo que debo moralmente hacer, razón por la cual la obligación definitiva coincide necesariamente con alguna de las *prima facie* en conflicto (que deja de ser *prima facie* en tanto que resulta prevalente sobre las demás). Lo que me parece interesante es remarcar que éste, que según creo, es el sentido predominante en la filosofía moral, es un sentido distinto a otro que parece dominar en el ámbito de las lógicas deónticas de la derrotabilidad, para las cuales ‘obligación *prima facie*’ parece ser sinónimo de ‘obligación derrotable’. En el discurso moral, sin embargo, no hay impedimento alguno para que una obligación *prima facie* resulte ser la obligación definitiva, si no concurre ninguna circunstancia que haga “derrotar” tal obligación.


7.- La teoría de Zimmerman pretende ser puramente conceptual y no normativa, por lo que la determinación del ‘valor deóntico’, o de las alternativas ‘deónticamente superiores o inferiores’ depende por entero de lo que establezcan las distintas teorías de ética normativa manejadas. En algún sentido, el ‘valor deóntico’ hace referencia a la ‘bondad’ o ‘maldad’, pero no desde un punto de vista sustantivo, sino tan sólo como índice o referencia a cierta teoría moral sustantiva utilizada. Así, por ejemplo, desde la perspectiva de la moral deontológica kantiana, la alternativa con mayor valor deóntico será aquella que mejor satisfaga las exigencias del imperativo categórico, mientras que desde la perspectiva de una teoría utilitarista clásica, la alternativa deónticamente superior es la que contribuya en mayor medida a promover el mayor bienestar para el mayor número de personas.

8.- Sobre la conveniencia de distinguir entre dos distintas situaciones posibles de dilema moral (la equivalencia y la incomparabilidad) cuando las consecuencias son las mismas, reitero la misma idea que expuse en mi respuesta a la contribución de Lariguet: La distinción resulta útil y conveniente en tanto que conceptual y estructuralmente se trata de situaciones distintas, a pesar de que sus consecuencias prácticas sean las mismas. Un infarto de miocardio y un cáncer de pulmón también pueden dar lugar a las mismas consecuencias (la muerte), pero esa no es razón para estudiar y tratar ambas situaciones por separado. Acerca de si eso supone que en realidad no existirían situaciones de dilema moral (coincidiendo aquí con la idea expuesta por Rivera López), la respuesta dependerá del concepto de ‘dilema moral’ manejado: si se entiende por ‘dilema moral’, tal como hago yo, cierta situación de indeterminación de la respuesta a lo que debo moralmente hacer (imposibilidad de determinar la obligación definitiva de entre las *prima facie* en conflicto), los dilemas morales son conceptualmente posibles. Ahora bien, muchos autores conciben los dilemas morales como situaciones de conflicto entre dos (o más) *obligaciones* que *no* son *prima facie*; como casos en que se haga lo que se haga se está incumpliendo un deber que *no* es *prima facie*. Entendidos de este último modo, las situaciones de equivalencia e incomparabilidad no serían dilemáticas.

9.- El tema de la relevancia de los números en la moral es muy controvertido, y sobre él no tengo una posición totalmente inamovible o definitiva. Sí que me parecen atractivos, sin embargo, razonamientos como los de Taurek, que ponen en cuestión la relevancia moral de los números. Creo que una posición de este tipo sólo puede mantenerse desde los parámetros de una teoría deontológica (y más estrictamente, kantiana), ya que me da la impresión de que desde una óptica consecuencialista sería incluso autocontradictorio sostener que los números no son moralmente relevantes. En suma, me da la impresión de que sostener la relevancia del número (son más importantes diez personas que dos, por

ejemplo), es de algún modo conceder que las personas tienen precio, en lugar de dignidad. La idea kantiana de dignidad no permite realizar comparaciones de la magnitud de la ‘importancia’ de las personas. Una persona no vale más por el hecho de estar acompañada por otras.

10.- A pesar de que no me siento demasiado partidario de sostener la distinción entre principios y reglas, nada me impide aceptar que en nuestros sistemas jurídicos existen normas que son (lo que los juristas suelen llamar) reglas y normas que son (lo que los juristas suelen llamar) principios. No creo que la dimensión institucional del derecho se traduzca en la idea de la exclusividad de las reglas. Si he dado a entender esto, se trata de un error por mi parte. Por otro lado, coincido totalmente en la apreciación de que las cuestiones conceptuales y las de carácter práctico se relacionan y conectan entre sí de un modo muy estrecho, aunque ello no quiere decir que *se confundan* en el análisis. Usualmente, las cuestiones conceptuales y teóricas tienen interés en la medida en que se conectan con problemas y cuestiones prácticas (y el de los conflictos y dilemas normativos no es una excepción). Por ejemplo, existe un importante debate en filosofía moral acerca de cuál debe ser nuestro trato hacia los animales, mientras que no existe tal debate acerca de cuál debe ser nuestro trato hacia los extraterrestres. Nada impide que se haga una reflexión teórica sobre esta última cuestión, pero no la sentimos como algo urgente o necesario porque no se conecta con un problema práctico. Ahora bien, en todo caso creo que hay que tener especial cuidado en mantener convenientemente separadas (que no aisladas) las cuestiones conceptuales y las normativas. Reiterando una vez más una clásica idea de la filosofía analítica, el hecho de que las cosas estén confundidas en la práctica no nos autoriza para confundirlas en la teoría.



# Problemas abiertos Presentación

---

---

**Pablo Navarro**

Director

**Hernán Bouvier**

Encargado de sección

Los problemas filosóficos se resisten a desaparecer. Una y otra vez, los mismos temas ocupan el centro del debate académico. Las soluciones que en ciertos momentos han obtenido consenso son desafiadas por nuevos enfoques y estrategias de análisis. A esta dinámica se debe, en gran medida, la vitalidad del trabajo filosófico pero también genera una suerte de pesimismo acerca de las posibilidades de progreso en esa disciplina. Más aún, en ocasiones, algunos problemas simplemente desaparecen del horizonte de intereses académicos sin haber recibido una respuesta satisfactoria.

Esta nueva sección de *DISCUSIONES* pretende inaugurar un espacio para presentar tanto problemas actuales como también temas que han sido injustificadamente dejados de lado en los debates contemporáneos. El propósito de los editores es invitar a los miembros de la comunidad académica a identificar problemas y enunciar de manera sumaria cuestiones que merezcan discutirse en filosofía. Dado que el objetivo central de esta sección es señalar problemas, y no involucrarse en las diferentes soluciones, se valorará especialmente la brevedad y claridad de la presentación. Los requisitos de aceptación de trabajos para esta sección son similares a los que se exigen para la sección principal.

## Dos formas de hacer dogmática jurídico-penal

---

---

**Luís Greco\***

La imagen de la dogmática jurídico-penal alemana que impera en el mundo latino es, aproximadamente, la siguiente. Dos o tres grandes teóricos construyen sus imponentes edificios sistemáticos. Estas teorías alcanzan status de verdaderos paradigmas, “ismos”, dominan el debate por una generación entera hasta que llega otra nueva generación que propone otros rumbos. Existiría, de este modo, una época iusracionalista, de Feuerbach, seguida por el pragmatismo de Mittermaier, la cual dió lugar al Hegelianismo de Abegg, Köstlin y Berner. Esta a su vez fue

---

\*Asistente científico (wissenschaftlicher Mitarbeiter) en la cátedra del Prof. Dr. Dr. h. c. Bernd Schünemann, Universidad de Munich, Alemania. Licenciado en Derecho, Universidad Federal de Rio de Janeiro, Brasil.



sucedida por el positivismo normativista de Binding el cual fue suplantado por el positivismo naturalista de Liszt y Beling. De aquí se habría pasado a la época de Mezger y su neo-kantismo, seguido por Welzel y Maurach con el finalismo, llegando finalmente a la época del funcionalismo de Roxin y Jakobs. Estos autores se ocupan de grandes temas. Por sólo mencionar algunos de los que hoy están en boga: “garantismo”, “funcionalismo”, “abolicionismo”, “principio de legalidad”, “teoría de la pena”, “ontologicismo vs. normativismo”, “bien jurídico”, “concepto de acción”, “concepto de injusto”, “culpabilidad y prevención” y, más recientemente, “derecho penal del enemigo”. Nosotros seguimos desde lejos (aunque con vivo interés) el desarrollo de estos debates, escribimos un sinnúmero de artículos en los cuales tomamos posición al respecto (al igual que un aficionado de un equipo de fútbol que grita por su equipo cuando ve una partida por televisión); admiramos a aquellos que, en tales grupos, dominan estas discusiones o son capaces de moverse de manera competente en tamaños laberintos conceptuales.

Pues bien, la tesis que sostendré en estas sucintas reflexiones es que el modelo antes presentado, en cuanto descripción del desenvolvimiento de la dogmática jurídico-penal, es *inexacto*. En cuanto prescripción de cómo ella debería ser cultivada, *pernicioso*.

El modelo es *inexacto* no debido a la obvia simplificación que el mismo implica (todos saben que hoy existen en Alemania otros penalistas dignos de atención además de Roxin y Jakobs) sino más bien porque transmite la impresión de que la ciencia del derecho penal ha evolucionado como una *ciencia de grandes temas*, y *no como* resultado de un análisis de pequeños y acuciantes problemas. Tomemos, por ejemplo, uno de los grandes temas del derecho penal (quizás *el* tema del derecho penal): *el principio de legalidad*. Su discusión, reproducida con mayor o menor exactitud en los manuales, detenta doscientos años (desde Feuerbach) y está motivada por preocupaciones concretas. Lo que mueve a Feuerbach a formular su máxima *nullum crimen, nulla poena sine lege* y a insertarla en el marco de su teoría de la coacción psicológica (según la cual la

finalidad de la pena es intimidar a la población a través de la amenaza de un castigo, o que debe tener lugar por medio de una conminación legal) es el problema específico del entonces admitido derecho de los jueces de mitigar la pena legalmente prevista. Forzados a trabajar con una legislación que contenía diversas penas atroces, los jueces de final del siglo XVIII desarrollan la idea según la cual las penas legalmente conminadas se referían solamente a los casos paradigmáticos en los cuales el autor obrase de modo plenamente culpable. Circunstancias extraordinarias, aunque no legalmente previstas, justificarían una pena extraordinaria, igualmente no prevista. Es en primer lugar contra esa práctica que se rebela Feuerbach en su teoría de la coacción psicológica. Si se sigue la evolución del debate en torno a este principio, veremos que existía siempre un factor un tanto concreto que le daba vida. Por ejemplo, en la década del treinta, cuando la discusión en torno a la legalidad se reaviva, el factor que lo movilizaba era la efectivización de la permisón de analogía gestada por el legislador nacional socialista (1935). En la década del cincuenta, la recién promulgada Ley Fundamental hizo que la pregunta sobre el sentido de la legalidad en cuanto dispositivo constitucional tornara al centro del debate. En la década del 60 el problema central fue el de la extensión retroactiva de los plazos de prescripción de los delitos cometidos por el nacional-socialismo. En la década del 90 el debate se reenciende en torno del problema de la punibilidad de las violaciones, *prima facie* legales, de los derechos humanos en la Alemania Oriental.

Podría demostrarse lo mismo en relación a la mayoría de los grandes temas que se mencionaron antes. Lo que me interesa, principalmente, es extraer una conclusión. La conclusión es que una ciencia del derecho penal que se ocupa tan sólo de sí misma, de sus propios conceptos o de sus propias construcciones no existe en lugar alguno, y mucho menos en un país que tiene reputación de ser teórico por excelencia. La contraposición ampliamente extendida según la cual el genio alemán es teórico mientras que el genio anglosajón (o a veces latino) es práctico se revela, al menos en cuanto al primero, falsa. El genio alemán no es

meramente teórico. Si lo es en alguna medida, lo es en cuanto siente necesario resolver un problema práctico. Quizás aquí resida la genialidad de este genio.

Otro ejemplo tal vez esclarezca lo que se está diciendo. Discutimos hoy acaloradamente acerca de la relación entre culpabilidad y prevención, el llamado concepto funcional de culpabilidad. Sin embargo, el sentido de esta discusión aparentemente abstracta es, en gran parte, una solución de problemas un tanto concretos. Uno de ellos es, por ejemplo, si aquel que se encuentra en error de prohibición podrá alegar la inevitabilidad en caso de haber ido a un abogado que provee un dictamen espontáneo, o si la inevitabilidad se podrá admitir cuando el abogado, antes de emitir su dictamen, examine cuidadosamente la cuestión. Otro de ellos se refiere al problema de si la información errónea otorgada por un agente público (v.g. un policía) da lugar a la inevitabilidad allí donde el contenido de la información sea implausible. Resulta claro que entre el concepto abstracto y el problema concreto existe un largo camino de por medio, que puede ser recorrido de diversas maneras. En este contexto, será el concepto abstracto el que orientará en algún sentido cómo se recorrerá este camino. Por ejemplo, una concepción que centre la culpabilidad sólo en la idea de no poder actuar de manera diversa tenderá a inclinarse por la negación de la evitabilidad en ambas hipótesis (es así como, en efecto, ha decidido la jurisprudencia alemana, partiendo de tal perspectiva).

En definitiva, incluso aunque un problema pueda ser presentado como una relación entre dos conceptos jurídicos altamente abstractos (por ej. culpabilidad y prevención), tal discusión pretende simultáneamente dar respuesta a preguntas concretas. A saber: bajo qué condiciones puede un sujeto eximirse de pena por desconocer una norma.

Por lo dicho, el modelo acaba siendo no sólo inexacto sino también pernicioso. El excesivo hincapié en la idea de que importan los grandes temas lleva a que nos alejemos de los problemas concretos. Terminamos atribuyendo valor científico sólo a los grandes temas, prestando sólo atención a aquellos de entre nosotros que escriben sobre estos grandes

temas y con ello despreciando y privando de estímulo a quienes tienen el aliento y la finura necesaria para adentrarse en las pequeñas, aunque difíciles, cuestiones concretas. No caemos en la cuenta que con esto no hacemos gran dogmática sino más bien dogmática a medias. Pienso que en vez de discutir sólo el problema de la culpabilidad y la prevención tenemos que discutir los criterios de evitabilidad del error de prohibición; en lugar de hablar abstractamente del principio de legalidad, tenemos que salir en busca de criterios diferenciados para fijar los límites concretos del referido principio con respecto a, por ejemplo, las normas penales en blanco y los conceptos indeterminados. Por poner un ejemplo brasileño: en vez de discutir sobre la posible reducción de la edad mínima de imputabilidad penal, por un lado, y las relaciones entre culpabilidad y prevención, por el otro, debería intentarse elevar el nivel del primer debate aproximándolo y enriqueciéndolo con aquello que nos sugiere el segundo.

Resulta un tanto difícil escribir un trabajo programático para un público tan heterogéneo como al que se dirige la presente revista. Dependiendo de la región de la que proviene el lector mis consideraciones podrán parecerle obvias o injustas. Aún así juzgo adecuado escribirlas porque no es tan sólo entre brasileños donde se encuentra esta fijación excesiva en torno a los grandes problemas en detrimento de los pequeños.

Un gran teórico es como una secuoya. No por casualidad ella no crece en el desierto, sino sólo en el terreno fértil y firme, fruto de un intenso y sofisticado debate sobre problemas concretos.