
PILAR ZAMBRANO



**APROXIMACIÓN AVALORATIVA
AL DERECHO Y DERECHOS
CONSTITUCIONALES**

**APROXIMACIÓN AVALORATIVA AL
DERECHO Y DERECHOS
CONSTITUCIONALES**

RESUMEN

Una de las tesis nucleares del positivismo legalista y normativista –todavía vigente en el pensamiento de algunos tribunales, como el Tribunal Constitucional Español– es la pretensión de que la interpretación y aplicación del Derecho se lleve a cabo con tal prescindencia de valores extralegales. Esto significa, en lo que a los derechos fundamentales respecta, que ni en su interpretación ni en su aplicación puede el juez pronunciarse acerca de su fundamento, o, más específicamente, sobre cuál es el fundamento de la dignidad humana, y, correlativamente, cuál es el sentido y alcance del respeto incondicionado y del marco de libertad que esa dignidad reclama. Esto explica la conocida sentencia de Bobbio, a saber, que desde la Declaración Universal de 1948 ya no hace falta preguntar por el fundamento de los derechos humanos.

En este trabajo se intenta poner de manifiesto que la dinámica jurídica torna ineludible la resolución de estas cuestiones. Dicho de otro modo, que la aspiración de construir una teoría avalorativa es ilusoria al menos en el campo de la decisión judicial. Se analizan con este fin dos asuntos íntimamente ligados: a) la determinación judicial del alcance de los derechos fundamentales; b) la alienabilidad del derecho a la vida.

1. EPISTEMOLOGÍA Y DERECHO DESDE LA MODERNIDAD. A MODO DE INTRODUCCIÓN

Una característica saliente del pensamiento moderno y contemporáneo es la sujeción de la racionalidad a la demostración empírica o a la demostración lógica, las cuales, tomadas de modo excluyente, definen el método científico, experimental o matemático. O, dicho desde el punto de vista del objeto, la reducción de lo real a lo empírico o lógicamente verificable. El conocimiento práctico, el conocer dirigido a la acción, se relega al campo del puro voluntarismo ya de manera abierta, ya implícitamente, adecuando artificialmente su objeto al método científico. En cualquiera de los dos casos, el conocimiento práctico con su objeto y método propios se excluye de toda actividad que, como la jurídica, aspire a ser auténticamente racional¹.

La disyunción explícita entre la actividad ética y la racionalidad es asumida en el pensamiento jurídico por el positivismo tanto de corte legalista como normativista². La adecuación artificial del objeto de conocimiento práctico al teórico, en cambio, es más bien propia del llamado positivismo conceptual, que aun si no reduce lo jurídico a la norma positiva, hace suyas las premisas epistemológicas del positivismo legalista o normativista. Fiel al método científico, entonces, incorpora al ámbito jurídico únicamente aquellos valores

-
1. Sobre el cientificismo que caracteriza al pensamiento moderno en general, cfr., entre otros: BALLESTEROS, J., *Sobre el sentido del derecho. Introducción a la Filosofía Jurídica*, Madrid, Tecnos, 1984; del mismo autor, *Postmodernidad: decadencia o resistencia*, Madrid, Tecnos, 1989; OLLERO TASSARA, A., *Derechos humanos y metodología jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989; y CIANCIARDO, J., *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, Pamplona, Eunsa, 2000, pp. 125-139. "Un desarrollo de las consecuencias del cientificismo en la Ética", en GONZALEZ, A. M., *Moral, razón y naturaleza. Una investigación sobre Tomás de Aquino*, Pamplona, Eunsa, 1998, pp. 89-259.
 2. Cfr. sobre este punto, y sobre el positivismo conceptual en general, SERNA, P., *Positivismo conceptual y fundamentación de los derechos humanos*, Pamplona, Eunsa, 1990, *passim*.

morales previamente identificados de modo experimental o matemático, y reduce el conocimiento moral a lo que tiene de empírico, o toma el camino inverso y lo depura de todo elemento contingente. En el primer caso, se pretende adecuar el objeto al método de las ciencias experimentales. Ésta es la dirección asumida predominantemente por el pensamiento jurídico liberal anglosajón contemporáneo, en su afán por cercenar la actividad valorativa judicial o legislativa a una juridificación del consenso moral —ideal o fáctico— subyacente en las sociedades democráticas³. Por la segunda vía señalada se intenta sujetar la ética y los demás saberes prácticos a la precisión de las ciencias matemáticas. Es la alternativa emprendida por la Escuela Moderna de Derecho Natural⁴.

Si bien el positivismo conceptual el que domina actualmente en el ámbito doctrinal —especialmente en el sector dedicado al estudio de la fundamentación y aplicación de los derechos fundamentales—, la tajante separación entre las consideraciones antropológicas y la aplicación del Derecho, propia del positivismo normativista y legalista, continúa signando el razonamiento de no pocos tribunales con jurisdicción constitucional. Fiel reflejo de ello es la siguiente reflexión del Tribunal Constitucional Español (en adelante, TC), entre otras muchas que podrían haberse escogido⁵:

«Por otro lado, debemos destacar de manera expresa que la intervención médica forzosa, por los valores humanos que en ella se implican, constituye un tema de excepcional importancia que irradia sus efectos a distintos sectores del ordenamiento jurídico, especialmente al constitucional y al penal, y trasciende del campo de lo jurídico para internarse en el mundo de la axiología, en el que afecta a creencias y sentimientos profundamente arraigados en la conciencia del ser humano, suscitando polémica doctrinal, muy variada y a veces irreconciliable, en la que están en juego concepciones distintas del sentido de la vida humana. En tan vasto campo del pensamiento, nuestro enjuiciamiento, teniendo siempre en cuenta la trascendencia axiológica del problema, no puede estar dirigido más que por aquellos criterios jurídicos constitucionales que nos lleven a encontrar si la resolución judicial impugnada es conforme con nuestra Constitución, ateniéndonos, según dejamos dicho, al caso concreto que se nos plantea, sin extendernos a consideraciones que lo desborden y siendo plenamente conscientes de los límites intrínsecos del derecho»⁶.

3. Así, J. Rawls sostiene que el único criterio apto para juzgar las cuestiones constitucionales en un sistema democrático es la «razón pública». De acuerdo con esto, la razonabilidad de una decisión depende de que se apoye exclusivamente en los valores políticos compartidos en una sociedad democrática (cfr. *El Liberalismo Político*, trad. al castellano de A. Domènech, *Crítica*, Barcelona, 1996, pp. 247-289). Por su parte, en el ámbito cultural argentino, C. S. Nino declara expresamente que su teoría constructivista, de raíces rawlsionianas, es un intento de ajustar la moral a los presupuestos epistemológicos del liberalismo, que él identifica en el experimentalismo racionalista (cfr. *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Barcelona, Ariel S. A., 1989, p. 49 y ss.).

4. Cfr., entre otros, CARPINTERO BENÍTEZ, F., *Una introducción a la ciencia jurídica*, Madrid, Civitas, 1989, p. 56 y ss.

5. Cfr., por ejemplo, STC 53/1985, FJ 5.

6. STC 120/1990, FJ 5.

En este trabajo nos proponemos poner a prueba la suficiencia de esta metodología interpretativa en el plano del Derecho constitucional. En la raíz de la misma se advierte una identificación entre la problemática propia del conocimiento práctico y la arbitrariedad, o cuanto menos la ausencia de control, en la elaboración y aplicación del Derecho positivo⁷. De ahí el afán por trasladar la certeza del cientificismo al campo jurídico. Pero como el obrar humano –objeto del conocimiento jurídico– no es ni un mero hecho ni una realidad inmutable, sino más bien una síntesis entre el hecho y el principio, el logicismo científico termina invirtiendo el proceso cognoscitivo natural y creando un objeto a la medida del método y, en última instancia, de la voluntad de quien idea el método. Por ello, la pretendida separación entre Moral y Derecho, lejos de ser una garantía contra la irracionalidad, la origina.

Toda decisión operativa presupone una razón para actuar que –salvo, valga la redundancia, que el sujeto sea irracional o, circunstancialmente actúe de forma irracional– se considera buena, ya en sí misma, ya como medio para conseguir otro bien. Y la Ética no es sino el saber que, en función de lo que el hombre es y está llamado a ser, califica la bondad o malicia de la acción. De modo que sin una determinada concepción del hombre y de su fin y, particularmente, del modo de alcanzarlo, la acción humana estaría dirigida, no por razones, sino por deseos o caprichos ajenos a toda evaluación objetiva⁸. La actividad jurídica en todos sus niveles, en cuanto orientada al obrar, no es ajena a esta estructura tendencial. Detrás de toda decisión jurídica existe

7. Cfr. OLLERO TASSARA, A., *Derechos humanos y metodología* (...), *op. cit.*, p. 17 y ss. Según este autor, el Derecho tiene, junto a una dimensión valorativa, una dimensión lógico-conceptual y otra fáctico-sociológica, ambas susceptibles de verificación científica. Según cuál de las dos se privilegie –o, incluso absolutice– como objeto de observación, se originarán uno u otro de los siguientes métodos positivistas: normativismo, en el primer caso, y realismo en el segundo. La Teoría Pura del derecho kelseniana se concentra en el primer camino –el lógico– y termina, forzada por el método, reduciendo el derecho a la norma. El realismo escandinavo y el funcionalismo se concentran en la faz sociológica, sustituyendo una ciencia de normas por una ciencia de hechos. Pero «en la medida en que el método condiciona su propio objeto de estudio, su inocente asepsia se hace imposible. El modo de acercarse a la realidad encierra ya nociones previas sobre la realidad misma» (*op. cit.*, p. 21). También J. Finnis se opone a quienes –como Kelsen y, especialmente, autores de la Escuela analítica inglesa como Bentham, Austin, Hart, Fuller y Raz– pretenden elaborar una Filosofía del Derecho puramente descriptiva, sobre la base de que la evaluación del funcionamiento fáctico de una ley no puede hacerse sin antes analizar qué es realmente bueno para el hombre (*Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1996, p. 3 y ss.). Cfr., también en un sentido crítico al acercamiento avalorativo a la ciencia jurídica o, incluso, a la Filosofía del Derecho: BALLESTEROS, J., Sobre el sentido del derecho (...), *op. cit.*, p. 50 y ss.; BALLESTEROS, J., *Postmodernidad* (...), *op. cit.*, p. 81 y ss.; CARPINTERO BENÍTEZ, F., *Una introducción* (...), p. 117 y ss. Para una crítica a la pretensión de desterrar la axiología en la aplicación del derecho, cfr. FERRER, U., «Los valores en el ámbito jurídico», en *Persona y Derecho* IX, 1982, pp. 93-102; FORNÉS, J., «Pluralismo y fundamentación ontológica del Derecho (un comentario al art. 1.1 de la Constitución española)», en *Persona y Derecho* IX, 1982, pp. 102-103; GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1981, p. 225 y ss.; GEORGE, R., *Making Men Moral*, Oxford, Clarendon Press, 1993, *passim* (se trata de un estudio exhaustivo de la neutralidad moral que defienden los autores liberales contemporáneos del ámbito anglosajón); MASSINI CORREAS, C. I., *Filosofía del Derecho. El Derecho y los derechos humanos*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1994, p. 15; OLLERO TASSARA, A., *Derecho a la vida y derecho a la muerte*, Madrid, Rialp, 1994, p. 84 y ss.; SANTOS CAMACHO, M., «El caso Karen A. Quinlan, comentario ético a una sentencia», en *Persona y Derecho* II, 1975, pp. 465-517.

8. Cfr. FINNIS, J., *Natural Law* (...), *op. cit.*, pp. 69-73; GEORGE, P., *Making Men* (...), *op. cit.*, pp. 9-18.

siempre, unas veces de forma implícita, otras explícitamente, una valoración del sentido de la vida humana, sin la cual la actuación del poder carece de justificación⁹.

Lo dicho hasta aquí permite advertir que desde la Modernidad se viene exigiendo a los operadores jurídicos un imposible: racionalidad y neutralidad moral absoluta al mismo tiempo. Y justamente por pedir lo imposible, termina por causar lo que quería evitar: la arbitrariedad. Puesto que las auténticas razones, las razones morales, deberán camuflarse bajo un tecnicismo en apariencia puro que, en tanto esté dirigido a regular la acción humana, es impracticable. Y el camuflaje de las verdaderas razones que fundan una decisión no es otra cosa que arbitrariedad o, lo que es lo mismo, el reemplazo de la justicia por la fuerza de quien decide o de quien controla al que decide —una mayoría, en el mejor de los casos.

En efecto, la aplicación judicial de toda norma se dirige, en última instancia, a plasmar empíricamente un criterio de justicia en una determinada área de conducta y en un caso concreto. Y no cualquier concepto de justicia sino, precisamente, el que la ley le indica al juez en virtud de su finalidad. En esta línea, en la aplicación judicial del Derecho interviene el factor axiológico al menos en dos instancias: en la determinación del sentido de justicia implícito en la ley por aplicar y, fundamentalmente, en su plasmación empírica¹⁰. Lo segundo implica una necesaria corrección o ajustamiento del criterio de justicia que señala la ley (pensada para casos generales y abstractos que, por definición, no se dan en la realidad existencial) según las circunstancias del caso. Y en ese ajustamiento interviene necesariamente la actividad valorativa del juez¹¹.

9. Sobre la relación entre el razonamiento moral y el razonamiento legislativo cfr.: FINNIS, J., *Natural Law* (...), *op. cit.*, pp. 281-290; FINNIS, J., «Natural Law and Legal Reasoning», en GEORGE, R., *Natural Law Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1992, pp. 134-155; MACCORMICK, N., «Natural Law and the Separation of Law and Morals», en GEORGE, R., *Natural Law* (...), *op. cit.*, pp. 105-133.

10. En el ámbito del Derecho constitucional español, ha llegado a una conclusión similar F. J. Ezquiaga Ganuzas tras analizar los diferentes criterios de interpretación que utiliza el TC: en la elección de una u otra directiva interpretativa hay una opción axiológica (en *La argumentación en la Justicia constitucional española*, Madrid, Oñati, 1987, pp. 388-393).

11. Este ajustamiento de la ley no es sino la equidad por la cual el juez determina lo justo en el caso concreto. Cfr. ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea*, Libro V, c. 10 (1137b); TOMÁS DE AGUIÑO, *Suma Teológica*, 1-2 q. 95; 2-2 q. 60 a. 5 ad. 2. Más allá de si, como sostienen estos autores, la equidad autoriza al juez a apartarse de la literalidad de la ley, lo cierto es que, en cuanto encaminada a determinar lo justo concreto, implica una aplicación de los principios o normas que rigen la conducta humana —en su dimensión moral y, como parte de esta, jurídica— a los hechos, lo cual es siempre el producto del juicio de la conciencia. Así, Santos Camacho sostiene que «la dimensión social del obrar humano (...), objeto directo de competencia del derecho y en consecuencia de la conciencia judicial, tiene su fundamento, como propiedad suya que es, en el ser y obrar personal del hombre, objeto directo de la conciencia moral» [en «El caso Karen A. Quinlan, (...)», *op. cit.*, p. 477]. Sobre el panorama doctrinal actual en torno al factor valorativo en la interpretación constitucional: cfr. ELY, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, 1980. Ver, asimismo, la interesante crítica que hace García de Enterría a la pretensión mayoritaria —en especial la del mismo Ely— de excluir todo elemento axiológico de la aplicación del derecho (*La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1981, p. 223 y ss.).

La última determinación de lo justo, por tanto, no es el producto de una aplicación mecánica de la ley, sino la confluencia de dos momentos valorativos: el legal y el judicial.

Sobre esta base, la pretensión de una neutralidad moral absoluta, paradójicamente, conduce al decisionismo judicial del cual se pretende escapar, pues se despoja al juez de un parámetro objetivo de justicia con el cual ajustar equitativamente la solución legal.

2. LA NEUTRALIDAD ÉTICA EN LA APLICACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

En el debate ético contemporáneo parece existir acuerdo sobre una conceptualización inicial de la dignidad como expresión de la condición de fin en sí mismo que destaca al hombre. Yendo un poco más lejos, también parece incuestionado que tratar al hombre como fin en sí mismo exige dos cosas, según que se considere al ser o al actuar del hombre. Desde un punto de vista óntico, la dignidad exige otorgar un respeto a su vida y a su cuerpo, distinto del que se debe otorgar a los demás entes materiales. Desde una perspectiva dinámica u operativa, la dignidad impera asegurarle un ámbito de libre realización personal. Ambas clases de mandatos pretenden garantizarse mediante el reconocimiento de una serie de derechos que reciben el calificativo de «fundamentales». Llegados a este punto es donde comienzan las divergencias. En efecto, para los positivismo legalista y normativista la interpretación y aplicación del Derecho debe ser llevada a cabo sin valoraciones de ningún tipo. Eso significa, en lo que aquí interesa, que ni la interpretación ni la aplicación de los derechos fundamentales deben pronunciarse acerca de su fundamento, y, más específicamente, sobre cuál es el fundamento de la dignidad humana, y, correlativamente, cuál es el sentido y alcance del respeto incondicionado y del marco de libertad que esa dignidad reclama. Esto explica la conocida sentencia de Bobbio, a saber, que desde la Declaración Universal de 1948 ya no hace falta preguntar por el fundamento de los derechos humanos¹².

A continuación se intentará poner de manifiesto que la dinámica jurídica torna ineludible la resolución de estas cuestiones. Dicho de otro modo, que la aspiración de construir una teoría avalorativa es ilusoria al menos en el campo de la decisión judicial. Nos centraremos para ello en el estudio de dos asuntos íntimamente ligados: a) la determinación judicial del alcance de los

12. BOBBIO, N., «Sul fondamento dei diritti dell' uomo», en *Il problema della guerra e le vie delle pace*, Bologna, Il Mulino, 1979. También en *Rivista Internazionale de Filosofia del Diritto* XLII, 1965; y originalmente con el título «L'illusion du fondement absolu», en AAVV., *Les fondaments des droits de l'homme*, Firenze, La Nuova Italia, 1966.

derechos fundamentales; b) la alienabilidad del derecho a la vida. Si nuestra tesis es correcta, se comprenderá —cabe reiterarlo— cómo tanto uno como otro tema requieren para su adecuado tratamiento dogmático de una aproximación valorativa al Derecho, en contra de lo sostenido expresamente por el positivismo legalista y normativista y, particularmente, por el TC en la sentencia antes citada. Una última aclaración: como el punto de partida del análisis que se hará a continuación es en varios momentos el Derecho constitucional español, las conclusiones a las que se vaya llegando no son enteramente transpolables a otros sistemas jurídicos. Por ejemplo, las consideraciones que se realizarán sobre la alienabilidad del derecho a la vida deberían abarcar otros elementos si el asunto fuera examinado en el Derecho argentino.

2.1 LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DEL ALCANCE DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

El respeto a la dignidad del hombre desde un punto de vista óntico plantea exigencias incondicionales, en el sentido de que siempre, cualesquiera que sean las circunstancias sociales e individuales en que se desarrolla el actuar humano, su infracción afecta la dignidad. La incondicionalidad es posible porque tales exigencias se formulan, en su totalidad, negativamente. Son preceptos de omisión, de no hacer. Y el no hacer, salvo que se haya perdido el dominio de los propios actos, siempre es posible. No obstante, el conocimiento de lo que «no se debe hacer» muchas veces se vislumbra en circunstancias que trascienden a la previsión del legislador constituyente. A modo de ejemplo, si bien la dignidad humana reclama el respeto de un derecho inviolable a la interdicción de la tortura, el constituyente no resolvió ni pudo resolver si esta interdicción excluye o no un derecho a rechazar determinados tratamientos médicos que no existían en su época.

La incondicionalidad del derecho a gozar de un ámbito de libre realización personal —originado en la dignidad considerada desde un punto de vista operativo o dinámico— no excluye que, en principio, el objeto de los derechos concretos en que se especifica aquel derecho genérico adquiera su última formulación en las circunstancias que rodean a toda acción libre. De forma que dicha incondicionalidad debe entenderse más bien en el sentido de «inexcepcionalidad», una vez identificadas las circunstancias pertinentes. Así, el alcance del derecho a la libertad de expresión varía, por ejemplo, de acuerdo con los efectos que, según las circunstancias, una determinada expresión pueda producir en la seguridad general. Por otra parte, el libre actuar del hombre origina deberes con un contenido que es, en parte o en todo, positivo. Así, la libertad —por imperio de la dignidad— reclama que se le brinde a todo hombre el conocimiento lingüístico básico para el desarrollo de su potencia intelectual, sin la cual el ejercicio de la libertad es inimaginable. Pues bien, como ocurre respecto de todo deber moral o jurídico positivo, su contenido —la fijación de aquel mínimo de educación lingüística, por ejemplo—, e incluso a veces el sujeto obligado, se configuran en las circunstancias

sociales o individuales en que se desarrolla la libertad personal¹³. A diferencia de lo que ocurre con los deberes de omisión, entonces, ya no se trata de conocer el objeto debido en las circunstancias, sino que el objeto mismo adquiere su última formulación en dichas circunstancias.

Lo anterior permite comprender que un texto constitucional no puede ser exhaustivo en la enumeración y descripción del contenido de los derechos fundamentales que en él se reconocen. O bien el constituyente no tuvo los elementos necesarios para conocer toda la gama de conductas prohibidas por el debido respeto al ser del hombre; o bien el contenido del libre actuar del hombre, dada su inserción en las circunstancias concretas que rodean la acción humana, solamente puede ser enunciado por el legislador constituyente genéricamente.

Queda claro que tanto en uno como en otro caso la actividad del juez rebasa la aplicación silogística del texto constitucional, e incluye un juicio de valoración, consistente en concretizar lo que el constituyente sólo previó genéricamente, o en determinar si ciertas conductas no previstas expresamente se encuentran reconocidas de modo implícito¹⁴. Y este juicio es inescindible de

13. R. Spaemann, argumentando frente a la tesis de Maihofer, entiende que la dignidad plasmada en el artículo 1.1 de la Ley Fundamental de Bonn origina únicamente deberes jurídicos de omisión. Pues como las omisiones son *siempre*, en toda circunstancia, asequibles o fácticamente posibles de cumplir en toda su extensión para cualquier persona que conserve el dominio de sus facultades mentales, solamente este tipo de deberes aseguraría la incondicionalidad propia de las exigencias jurídicas emanadas de la dignidad (SPAEMANN, R., «Sobre el concepto de dignidad humana», *op. cit.*, pp. 100-101). Estamos de acuerdo en que el respeto a la dignidad, garantizado en parte a través del reconocimiento de derechos humanos, es por definición inexcusable. Pero creemos que la inexcusabilidad del deber genérico de respetar la dignidad humana no queda mermada con la condicionalidad de algunos de los deberes que lo concretizan, siempre que una vez reunidas las condiciones que hacen posible su cumplimiento, éste sea inexcusable. En otros términos, nos parece que la dignidad humana no reclama deberes incondicionales, sino más bien deberes absolutos, en el sentido de que no admiten excepciones una vez reunidas las condiciones que tornan posible su cumplimiento. Lo contrario, pensamos, complicaría la fundamentación de derechos tan ligados a la dignidad humana y, al mismo tiempo, a las circunstancias sociales, como el derecho a la libre expresión.

El artículo 1.1 de la *Ley Fundamental de Bonn* dispone que: «[l]a dignidad del hombre es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público».

14. Algunos sistemas constitucionales expresamente descartan la taxatividad de la enumeración de los derechos fundamentales. Cfr. la enmienda IX de la Constitución estadounidense y el artículo 33 de la Constitución argentina. En España el TC ha negado expresamente que puedan admitirse otros derechos que no sean los enumerados en el texto constitucional, ya sea por vía del artículo 10.1 de la Constitución española (en adelante, CE), ya sea a través de un derecho general de libertad fundado en el artículo 1.1 CE. Con respecto a lo primero, cfr. SSTC 120/1990, FFJJ 3 y 4; 53/1985, FJ 8 y 57/1994, FJ 3. Con relación al artículo 1.1 CE, cfr. SSTC 233/1993, FJ 3 y 337/1994, FJ 12. Sin embargo, la negación rotunda de un derecho genérico de libertad queda en gran parte desdibujada con la amplitud casi ilimitada con que define el derecho a la integridad física y moral. Según el TC, mediante este derecho «se protege la inviolabilidad de la persona, no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular. Por ello, este derecho constitucional resultará afectado cuando se imponga a una persona asistencia médica contra su voluntad, que puede venir determinada por los más variados móviles y no sólo por el de morir» (STC 120/1990 FJ 8). En efecto, parece que un derecho a rechazar injerencias contrarias a una voluntad que puede venir determinada por «los más variados móviles», incluso por el móvil de morir, abarca una generalidad casi ilimitada de conductas. Podría decirse, entonces, que ha optado por la integración de los derechos no enumerados a través de la ampliación de la esfera de protección de otros derechos ya reconocidos, como la integridad física y moral.

una reflexión acerca del fundamento de la dignidad y, correlativamente, de la concepción de libertad insita en el reconocimiento de derechos.

Al comenzar esta tarea valorativa resulta posible advertir que la fundamentación de la dignidad enfrenta al operador jurídico con una opción básica. O bien la dignidad se enraíza en una comprensión ontológica del hombre; o bien, por el contrario, se apoya exclusivamente en la valoración que hace el hombre de sí mismo, en «una complicidad de la especie *Homo sapiens* frente al resto del mundo»¹⁵. Si la dignidad emana de la contemplación de la eminencia que caracteriza al ser del hombre, su libre actuar se enmarcará en las coordenadas vitales de aquel ser. En otras palabras, la libertad protegida por los derechos será una libertad teleologizada en lo que hace relación a una naturaleza humana que indicará el límite entre lo que puede y lo que no puede ser reconocido como derecho fundamental. Contrariamente, si la dignidad emana de una voluntad desvinculada de cualquier instancia ontológica, la libertad protegida en los derechos será una libertad desteleologizada, igualmente desvinculada de una referencia a lo real. Desvinculación que amplía el alcance de los derechos fundamentales hasta los confines de la voluntad de quien tiene autoridad para reconocerlos o aplicarlos¹⁶.

Por otra parte, el fundamento de la dignidad no solamente se proyecta sobre el contenido de los derechos reconocidos, sino también sobre la solidez jurídica que éstos pueden llegar a alcanzar. Un fundamento ontológico para la dignidad brinda a los derechos fundamentales la inexceptionabilidad que los caracteriza. Si la dignidad, en cambio, es un valor —aunque sea el valor supremo— postulado por el hombre en un acto de pura voluntad, la solidez de los derechos durará tanto como el acto de voluntad que los sostiene¹⁷.

15. SPAEMANN, R., «Sobre el concepto de dignidad humana», en MASSINI, C. I. y SERNA, P., *El derecho a la vida*, Pamplona, Eunsa, 1998, pp. 81-111, p. 91. Por su parte, P. Serna destaca que la dignidad entendida como exigencia de respeto absoluto es un principio que puede, como hipótesis, ser aceptado tanto sobre bases relativistas como ontológicas. El punto de discordia, en todo caso, se encuentra en la aceptación de un fundamento absoluto o relativo de este principio, con todo lo que esta alternativa implica para la absolutez del principio en sí mismo (cfr. «El derecho a la vida en el horizonte cultural europeo de fin de siglo», en MASSINI, C. I. y SERNA, P., *El derecho a la vida*, op. cit., pp. 23-81, esp. p. 55 y ss.).

16. En el Derecho constitucional español el problema del alcance de los derechos fundamentales se encuentra ligado a la garantía del contenido esencial establecida en el artículo. 53 CE (en el que se recepciona parcialmente el artículo. 19 de la *Ley Fundamental de Bonn*). En la STC 11/1981 se sostuvo que existirían dos vías complementarias para identificar el contenido esencial de los derechos: remitirse a la naturaleza jurídica del derecho —las facultades que identifican a cada derecho— y al interés jurídicamente protegido. Pues bien, si los derechos son expresiones concretas de una libertad en tensión hacia los fines de una determinada naturaleza, no consentirán una ampliación de los intereses y facultades reconocidos que los descarríe de su orientación intrínseca. Contrariamente, la libertad entendida como facultad de autodeterminación absoluta conduce necesariamente a la protección constitucional de las incontables formas de desarrollar la propia personalidad, en tanto y en cuanto sean compatibles con la paralela capacidad de terceros y con el orden de seguridad establecido para su protección.

17. Una crítica ya clásica a las repercusiones jurídicas de la teoría de los valores en SCHMITT, C., «La tiranía de los valores», en *Revista de Estudios Políticos* 115, enero-febrero 1961, pp. 65-79. Una aproximación reciente en CIANCIARDO, J., *El conflictivismo (...)*, op. cit., pp. 106-121.

Se comprende entonces que cuando se niega o quita relevancia al nexo –implícito o explícito– entre las decisiones iusfundamentales y las consideraciones éticas, no hay forma alguna de evaluar la razonabilidad del juicio de equidad con el cual se determina en cada caso en qué consiste respetar la dignidad humana, óntica u operativamente considerada¹⁸.

Por todo lo dicho, cabe concluir que en la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales resulta ineludible la actividad valorativa de los operadores jurídicos involucrados, y que del resultado de esa actividad dependerá no sólo el alcance de esos derechos, sino también el grado de firmeza, es decir, de inexceptionabilidad, que se les reconozca.

2.2 LA ALIENABILIDAD DEL DERECHO A LA VIDA

Preguntarse por la alienabilidad o inalienabilidad del derecho fundamental a la vida es preguntarse por la actitud que le corresponde asumir al Estado frente a un suicidio. Según intentaremos poner de manifiesto a continuación, se trata de una cuestión que no puede resolverse sin una previa determinación tanto del fundamento de la dignidad, como del sentido teleológico o desteleologizado de la libertad que esta dignidad exige respetar.

La razonabilidad de cualquier exigencia jurídica del Estado con respecto a los individuos depende, entre otras cosas, de su necesidad para el cumplimiento de los fines estatales. En un orden político cuyo fundamento son la dignidad y los derechos que le son inherentes (art. 10.1 CE), la utilización del poder ha de tener siempre por fin, mediato o inmediato, la plasmación empírica de las condiciones sociales necesarias para el ejercicio de los derechos y el respeto de la dignidad. Y los medios puestos al servicio del Estado para el cumplimiento de ese fin, especialmente la coacción, han de mantenerse dentro de los márgenes del respeto a los derechos. Se trata de la subordinación de medios a fines.

18. La solución jurídica de no pocos problemas bioéticos originados en el adelanto tecnológico constituye un ejemplo paradigmático de la necesidad de referir la interpretación de derechos fundamentales a una determinada antropología. ¿Constituye el cambio de sexo, posibilitado por la ciencia médica, un nuevo derecho fundamental? ¿Existe un derecho ilimitado a la procreación? ¿Son la vida y la salud personal derechos fundamentales disponibles por su propio titular? En este sentido, son elocuentes las siguientes reflexiones del profesor. Possenti: «Hay también una urgencia por encontrar soluciones a aquellos dilemas morales que se suscitan “in crescendo” ante el admirable progreso tecnológico que va logrando un poder de disposición total sobre la vida (...). El cuestionamiento (...) no se refiere tanto a la respuesta que resuelve cada caso particular, sino al significado mismo que tiene la ética en relación con la vida humana» («Sobre el estatuto ontológico del embrión humano», en MASSINI, C. I. y SERNA, P., *El derecho a la vida*, *op. cit.*, pp. 111-146, p. 112).

En esta línea, cabe preguntarse si la intromisión estatal coactiva en la decisión de disponer de la vida es una medida necesaria para que el Estado cumpla con su función instrumental al servicio de la persona. Una respuesta afirmativa a esta pregunta constaría de dos pasos argumentativos. Por una parte, sería preciso demostrar que la conducta interferida lleva consigo una violación directa de los derechos de terceros, o una afectación al orden general necesario para un goce pleno de estos últimos y para el respeto de la dignidad que presuponen. Se trata de establecer, en otros términos, que el derecho a vivir o a continuar en vida constituye, al mismo tiempo, un deber. De modo que el fin directo de la intervención estatal no sería asegurar la vida del individuo en cuanto bien suyo, sino en cuanto bien debido a otros. Esta primera instancia viene exigida por un elemento básico de la juridicidad, ámbito propio de la actividad coactiva estatal: la alteridad¹⁹. Por otra parte, sería necesario señalar que el medio utilizado para prevenir aquella eventual violación no afecta a ningún derecho fundamental del sujeto, ya sea a reclamar ayuda positiva para darse la propia muerte, ya sea a rechazar la injerencia extraña, estatal o privada.

La peculiar manifestación del acto de vivir obliga a esclarecer cuál es el fundamento de la dignidad para determinar si el derecho a vivir es también un deber y, en su caso, qué clase de deber.

El ejercicio de las facultades reconocidas en la mayoría de los derechos fundamentales recogidos en los textos constitucionales modernos involucra en su ejercicio, de un modo directo y necesario, a terceras personas. Sirvan como muestra los siguientes ejemplos: el reconocimiento de la libertad de comercio, de expresión, de cátedra, de reunión, carecería de sentido sin la concurrencia de otra persona con quien comerciar, a quien o sobre quien comunicar las ideas, a quien enseñar, con quien reunirse. Esta inmediata transitividad hacia la esfera de actuación del prójimo implica que, por regla general, el uso abusivo de aquellos derechos lleve consigo una violación de

19. En este orden de ideas, «el mérito o demérito se explica por relación a la recompensa que se hace según justicia. Una tal retribución en justicia se otorga a alguien cuando hace algo en daño o en provecho de otro. Ahora bien (...), un individuo, viviendo en sociedad, constituye en cierto modo una parte o un miembro de esta sociedad. Por eso, el que obra algo en bien o en mal de uno de sus miembros, esto redundando en toda la sociedad (...). Así, pues, cuando alguien obra en bien o en mal de toda la sociedad, se encuentra en ello un doble motivo de mérito o demérito: uno, porque se le debe retribución de parte de la persona singular a quien favoreció o bien ofendió; otro, por la retribución que le es debida de toda la sociedad. Por otra parte, cuando alguno ordena a su acción directamente en bien o en mal de la sociedad, es la sociedad misma quien primera y principalmente le debe retribuir, y secundariamente los miembros de la misma. Mas cuando a sí mismo se hace el bien o el mal, una retribución aún le es debida, porque su acción tiene repercusión sobre el bien común en cuanto él es miembro de la sociedad, no en razón del bien o el mal que se ha hecho a sí mismo como persona singular, identificada con el autor mismo del acto; a no ser por cierta analogía en cuanto puede hablarse de justicia en el hombre para consigo mismo», TOMÁS DE AGUIÑO, *Suma Teológica*, I-2, q. 21 art. 3. Del mismo modo, Aristóteles aclara que si el suicidio ha de catalogarse como injusto es por su repercusión sobre el orden de la ciudad (en *Ética Nicomaquea*, V 11 (1138a5-10), trad. y notas de J. Pallí, Bonet, Madrid, Gredos, 1995, p. 264).

algún concreto derecho fundamental de la persona o personas hacia las cuales trasciende la acción. No estamos afirmando, como podría suponerse, que los límites de los derechos –en apariencia contrapuestos– se configuran recíprocamente (al contrario, rechazamos de modo explícito esta idea)²⁰.

Todo lo que sostenemos es que, sea cual sea el criterio que se utilice para demarcar los respectivos contornos de este tipo de derechos, su ejercicio extralimitado suele traer aparejada la violación de otro derecho. Cuando esto último ocurre, la intervención estatal no parece necesitar de mayores explicaciones para dar legitimidad a su actuación: su función de garante de los derechos individuales está claramente en juego. Más allá de si el abuso del derecho se configuró a raíz de la ilegítima afectación de los derechos de terceros o en forma independiente y anterior a ello, la intervención estatal encuentra su justificación en la defensa del derecho o los derechos individuales vulnerados.

Ahora bien, existe otra clase de derechos, como el derecho a vivir, cuyo ejercicio no involucra en forma inmediata a terceras personas. Se trata del reconocimiento de la justicia de una acción intransitiva, no por carecer de efectos exteriores, sino por tener como término directo y principal al mismo sujeto que realiza la conducta objeto del derecho. Esta «intransitividad» explica que su ejercicio disfuncional no derive, necesariamente, en la violación inmediata de los derechos ajenos. Por tanto, si el Estado pretende cercenar la decisión libre de disponer de la vida, deberá demostrar que la incolumidad de los derechos de terceros es tan sólo aparente; o invocar a su favor algún título diferente a su función de prevenir violaciones particulares directas al pleno ejercicio de los derechos de terceros: el deber de establecer un orden general de justicia respetuoso de la dignidad y apto para el desarrollo de los derechos fundamentales.

En otros términos, una intromisión estatal coactiva en una decisión suicida presupone, para su justificación, que una vida no querida por su propio titular es, no obstante este desprecio, susceptible de contribuir positivamente al mantenimiento o al perfeccionamiento del orden general de convivencia que el Estado está llamado a plasmar. Pues bien, la determinación de la respuesta a este asunto depende de que se le reconozca a la dignidad humana un fundamento ontológico o un fundamento subjetivo. Si la dignidad encuentra

20. Sobre los conflictos de derechos fundamentales, cfr. CIANCIARDO, J., *El conflictivismo (...)*, *op. cit.*, *passim*; SERNA BERMÚDEZ, P., «Derechos fundamentales: el mito de los conflictos. Reflexiones teóricas a partir de un supuesto jurisprudencial sobre intimidad e información», en: *Humana Iura* IV, 1994, pp. 197-232. Cfr., asimismo, MARTÍNEZ PUJALTE, A. L., *La garantía del contenido esencial (...)*, *op. cit.*, Madrid, C.E.C., 1997, p. 126 y ss., y TOLLER, F., «Propuestas para un nuevo modelo de interpretación en la resolución de conflictos entre derechos constitucionales», *Anuario de Derecho* 4, 1998, pp. 225-252. No nos extendemos en esta cuestión por no ser el objeto principal de este trabajo. Simplemente advertimos que también aquí está en juego el carácter teleológico o no de la libertad, pues —como señala Serna— precisamente la falta de fines objetivos que delimiten intrínsecamente los derechos es una de las posibles causas del carácter aparentemente irresoluble de no pocos conflictos jurídicos de derechos fundamentales.

su razón de ser en la valoración que hace el sujeto de sí mismo, un sujeto suicida ha perdido toda dignidad. El único motivo *jurídicamente* apto para fundar la inalienabilidad de su vida, por tanto, sería una *circunstancial* afectación del orden general o de derechos ajenos. Contrariamente, si la dignidad tiene un fundamento ontológico, no solamente el valor del hombre es invariable frente a su propia autoconsideración, sino que, además, su bondad es siempre, y no circunstancialmente, una condición para la realización plena del orden de convivencia humano. En otros términos, la existencia propia sería siempre un bien propio, pero también sería siempre ajeno. De ahí la inalterabilidad de su inalienabilidad jurídica.

Pero no se trata solamente de preservar el valor jurídico intrínseco que pueda poseer la vida de las personas, sino de preservarlo respetando la dignidad de su titular. Pues no parece aceptable que el avasallamiento de la dignidad sea un medio apto para asegurar el respeto de la dignidad ajena, o la efectividad de los derechos. Y esto nos ubica de lleno en la segunda razón por la cual el concepto de dignidad es central para resolver el caso planteado: el Estado no puede imponer el deber de conservar la vida —por mucho valor jurídico que encuentre en la vida no querida— si este deber, o el medio por el cual pretende hacerlo cumplir, lleva consigo el avasallamiento de algún derecho inherente a la dignidad.

Lo cual gira, nuevamente, en torno al tipo de libertad cuya protección reclama la dignidad. Si los derechos se orientan hacia una posibilidad real de perfeccionamiento personal no puede sostenerse que incluyan en su ejercicio la capacidad de darse la propia muerte. Pues el suicidio cierra definitivamente cualquier posibilidad de una auténtica realización humana. Al contrario, interpretar que el ejercicio de los derechos fundamentales —ya sea el derecho a la vida, la intimidad, la integridad física y moral, la libertad religiosa, la libertad ideológica— puede extenderse hasta el punto de provocar la propia muerte, implica negar que la libertad reconocida en los derechos tienda a un perfeccionamiento humano objetivo. Es decir, la causación de la propia muerte puede incluirse entre las facultades reconocidas en los derechos fundamentales, sólo si antes se adhiere a un concepto de libertad desteleologizado que, por su parte, implica una identificación necesaria entre dignidad —fundamento de los derechos— y autodeterminación moral plena.

3. CONCLUSIONES

A continuación serán puntualizadas las principales conclusiones a las que se ha arribado a lo largo del trabajo:

- El cientificismo propio de la modernidad se ha proyectado en el pensamiento jurídico en dos direcciones fundamentales: de un lado, el positivismo

legalista y el positivismo normativista, que, aunque con profundas diferencias, coinciden en sostener, entre otras cosas, que la aplicación del Derecho excluye la actividad valorativa; y, de otra parte, el positivismo conceptual que, si bien admite la dimensión axiológica de lo jurídico, traslada al conocimiento práctico el método de conocimiento científico. En este trabajo nos hemos propuesto cuestionar la pretensión principal de los positivismo legalista y normativista, a saber: excluir de la interpretación y aplicación del Derecho toda reflexión ética.

- Si la separación tajante entre Derecho y Ética conduce al decisionismo judicial en general, este efecto se acentúa en el ámbito del Derecho constitucional. Esto es así, porque el criterio para elaborar una lista de derechos fundamentales y definir el contenido de cada derecho en particular exige esclarecer tanto el fundamento de la dignidad como, principalmente, el concepto de libertad que la dignidad impera que se respete a través de los derechos. Esclarecimiento que se muestra inescindible de una previa reflexión antropológica y particularmente ética del actuar humano, sin la cual cualquier decisión iusfundamental se torna incomprensible.
- Lo dicho en la conclusión anterior ha sido verificado a lo largo del trabajo mediante el análisis de dos problemas que se plantean en el Derecho constitucional: la fijación del alcance y la solidez de los derechos enumerados, y la alienabilidad del derecho a la vida. En efecto, como se ha visto, tanto la determinación del sentido y alcance de los derechos fundamentales como su grado de solidez jurídica requieren la adopción de una posición acerca del fundamento de la dignidad y del sentido teleológico o desteleologizado de la libertad que se reconoce en cada derecho. Lo mismo ocurre al momento de determinar la alienabilidad o inalienabilidad del derecho a la vida, puesto que la posible injerencia estatal en una decisión suicida sólo puede justificarse —o no justificarse, en cuyo caso podrá hablarse de un derecho al suicidio— si previamente se ha llegado a algún acuerdo sobre si: a) una vida humana no querida es susceptible de contribuir al perfeccionamiento del orden general de convivencia, y b) el deber de preservar la vida no avasalla algún derecho inherente a la dignidad.

