

DIEZ PREGUNTAS SOBRE EL “CASO” ENGLARO: CONSTITUCIONALISMO, DERECHOS, PRINCIPIOS, PLURALISMO Y RELATIVISMO

[TEN QUESTIONS ABOUT THE *ENGLARO CASE*: CONSTITUTIONALISM,
RIGHTS, PRINCIPLES, PLURALISM AND RELATIVISM]

Ernesto VIDAL

Sumario: 1. El “Caso” Englaro, 2. ¿Por qué es importante Englaro?, 3. Constitucionalismo, 4. Derechos, 4.1. ¿Qué derechos?: Los “nuevos” derechos y la Bioética, 4.2. La garantía de los derechos, 4.3. Los conflictos de derechos, 5. Jueces, 5.1. “Casos fáciles, difíciles y trágicos”, 5.2. “Júpiter”, “Hércules” y “Hermes”, 6. Principios y Reglas: Riggs vs. Palmer, 7. Bioética(s), 7.1. Bioéticas paternalistas y totalitarias, 7.2. Bioéticas relativistas, 7.3. Bioéticas *pro choice* y *pro life*, 7.4. Bioéticas anglosajonas y mediterráneas, 7.5. ¿Hay “una respuesta correcta”?, 8. “Legalizar” la moral y “moralizar” el derecho”, 8.1. De la teoría a la praxis: “los casos difíciles y los casos trágicos”, 8.2. Legalizar la Moral: razón(es) y derechos, 8.3. Moralizar el Derecho: la Bioética como Ética aplicada, 8.4. Las Éticas aplicadas, 9. Pluralismo, relativismo, politeísmo, 9.1. El pluralismo moral, 9.2. El relativismo moral, 9.3. Pluralismo y politeísmo: pactos y deliberaciones, 10. Conclusión.

Contents: 1. The *Englaro case*, 2. Why is *Englaro* important?, 3. Constitutionalism, 4. Rights, 4.1. What rights? The *New Rights* and Bioethics, 4.2. Guaranteeing Rights, 4.3. Conflicting Rights, 5. Judges, 5.1. *Easy, Hard*, and *Tragic Cases*, 5.2. “Jupiter”, “Hercules”, and “Hermes”, 6. Principles and Rules: Riggs vs. Palmer, 7. Bioethics, 7.1. Totalitarian and Paternalistic Bioethics, 7.2. Relativism Bioethics, 7.3. *Pro-choice* and *Pro-life* Bioethics, 7.4. Anglo-Saxon and Mediterranean Bioethics, 7.5. Is there a *One Right Answer*?, 8. *Legalize Morality* and *Moralize* the Law, 8.1. From the Theory to the Practice: *Hard cases* and *Tragic cases*, 8.2. Legalizing Morality: Reason (s) and Rights, 8.3. Moralizing the Law: Bioethics as Ethics applied, 8.4. Applied Ethics, 9. Pluralism, Relativism, Polytheism, 9.1. Moral Pluralism, 9.2. Moral Relativism, 9.3. Pluralism and Polytheism: Agreements and Discussions, 10. Conclusion.

1. EL “CASO” ENGLARO

1) El 18 de enero 1992 Eluana Englaro, estudiante de 22 años sufrió un accidente de tráfico y quedó en *estado vegetativo permanente* (SVP). Su padre, tutor y representante legal inició un proceso para que se reconocie-

ra su derecho a suspender la alimentación y la hidratación parenteral que la mantenían en vida. Los Tribunales de Lecco, y Milán, inadmitieron su petición y declararon que la alimentación no es una terapia, sino una medida de *sostenimiento vital*; que no concurre encarnizamiento terapéutico, y que en la Constitución italiana el derecho a la vida excluye el derecho al suicidio asistido.

2) Por Sentencia de 20 de abril de 2005, el Tribunal Supremo (Corte di Cassazione) reiteró estos razonamientos y nombró un *curador especial* garante de los derechos de Eluana.

3) Por Sentencia de noviembre de 2006 el Tribunal de Apelación de Milán *ponderó* el derecho a la autodeterminación y el derecho a la vida y resolvió a favor del derecho a la vida.

4) Sin embargo, la Sentencia del Tribunal Supremo Italiano de 16 de Octubre 2007 (Cassazione civile, sez. I, Sentenza 16. 10. 2007 n° 21748), declaró que la interrupción de la hidratación y la alimentación artificiales de un paciente en SVP, es conforme a Derecho si: a) el SVP es *clínicamente irreversible*, sin la *más mínima* posibilidad de recuperación de la consciencia, según los criterios científicos internacionales y, b) la vida, la personalidad, las creencias religiosas y las convicciones éticas, culturales y filosóficas del paciente, *acrediten inequívocamente*, que de estar consciente, no prestaría su consentimiento a la continuación del tratamiento médico.

La Sentencia proclama *el consentimiento informado* que ampara el derecho a disponer del cuerpo. Cualquier acto médico que se practique sin él derivará responsabilidad aún cuando se derive un tratamiento correcto y benéfico para el paciente (f.j. 6°). En el conflicto entre el art. 32 (Const. it.) que protege el derecho a rechazar un tratamiento y el art. 2 que proclama la inviolabilidad y la tutela de la vida, la Sentencia se decanta por la protección de la libertad del paciente. El Tribunal afirma que “el rechazo del tratamiento médico quirúrgico, aún cuando lleve a la muerte no puede ser considerado eutanasia”...; “la voluntad del paciente válidamente manifestada obliga al médico a estar y a pasar por ella, aunque derive la muerte del paciente”, y por último, los jueces recuerdan que el “tutor debe defender no sólo los intereses patrimoniales de la persona sujeta a tutela sino también y preferentemente, los no patrimoniales, como el derecho para decidir sobre la *calidad de vida*, que le confieren un poder importante sobre su vida”.

5) Por Sentencia de 9 de julio de 2008, el Tribunal de Apelación de Milán, autorizó la suspensión de la alimentación y de la hidratación parenterales.

6) Por Auto n. 334 de 8 de octubre de 2008 el Tribunal Constitucional declaró inadmisble el recurso interpuesto por la Cámara de los Diputados y el Senado porque los Tribunales no han invadido competencias del Legislativo y confirmó las Sentencias de la Corte di Casación y del TAR de Milán que establecieron las condiciones para interrumpir la alimentación y la hidratación parenterales.

7) Por Sentencia de 13 de noviembre de 2008 el Tribunal de Casación rechazó el recurso interpuesto por el Procurador General de Milán y autorizó la desconexión de la sonda que alimenta(ba) e hidrata(ba) a Eluana.

8) Por Sentencia de 16 de diciembre de 2008 el TEDH declaró inadmisibles por falta de legitimación activa los recursos presentados por asociaciones, parientes y amigos de Eluana, contra la ejecución de las citadas Sentencias.

9) Por Sentencia de 26 de enero de 2009 el TAR de Lombardía-Milán estimó el recurso interpuesto por la familia Englaro contra la Región de Lombardía y dijo que "el derecho constitucional de rechazar el tratamiento prescrito, tal como ha declarado la Corte Suprema, es un derecho de libertad, absoluto".

10) El 5 de febrero el Consejo de Ministros dictó un Decreto ley *ad hoc* que impuso el tratamiento de sostenimiento vital. El Presidente de la República no lo ratificó por no concurrir las circunstancias de extraordinaria necesidad y urgencias previstas en el art. 77 Cons. it., y ser contrario a los arts. 3, 13 y 32.

11) Con fecha 8 de febrero, el Consejo de Ministros aprobó un Proyecto de Ley que impuso la alimentación e hidratación artificiales y lo remitió con carácter de urgencia al Senado, que lo recibió mediado el día 9. No se tramitó porque a las 20.10 horas del día 9 de febrero, Eluana Englaro murió en la Clínica La Quiète de Udine.

2. ¿POR QUÉ ES IMPORTANTE ENGLARO?

Englaro (re)plantea las razones de la Filosofía moral, política y jurídica; con razón Tania Groppi¹ sostiene que Englaro es "el gran caso constitucional", un *leading case* que marcará la historia del Derecho constitucional y

1. Cfr. GROPPI, T., "Il caso Englaro: un viaggio alle origini dello Stato di diritto e ritorno". Ponencia en el Seminario de ASTRID *Il potere, le regole, i controlli: la Costituzione e la vicenda Englaro* (Roma 5 marzo 2009). Cito por <www. astrid. eu.>.

será estudiado y analizado por teóricos y prácticos del Derecho. El “caso” Englaro somete a prueba, las *right based theories*, la interpretación y la creación judicial del Derecho la (in)existencia de “la” *respuesta correcta*, las relaciones entre el Derecho y la Moral, entre la(s) Bioética(s) el Derecho y los derechos, la garantía de los derechos y los conflictos entre principios y reglas; la relación entre Derecho y Poder, los conflictos entre poderes del Estado, la(s) función(es) del Tribunal Constitucional, los límites de la mayoría y de la soberanía del Parlamento y la laicidad del Estado, y, aborda los siguientes problemas:

1) *El respeto a la autonomía del paciente*. Para que su autodeterminación no concluya en su *auto-de-terminación*, habrá que regular su contenido y fijar los límites. No hay derechos absolutos ni ilimitados. La autonomía de la voluntad tiene límites precisos en el ordenamiento jurídico: habrá que determinar el alcance *del daño a sí mismo* y del daño a *terceros*.

2) *La conjugación de los principios* de las bioéticas *pro life* y las bioéticas *pro choice*. Para quienes defienden la *sacralidad* de la vida, el derecho a la vida debe respetarse siempre. Para quienes anteponen la *calidad de la vida*, no hay derechos absolutos ni ilimitados, excepto la autonomía del paciente que debe respetarse siempre, en todo caso y en cualquier circunstancia. La bioética deberá conjugar el principio de *autonomía* que propugnan las bioéticas *pro choice* con los de justicia y no maleficencia como sugieren las bioéticas *pro life*². En las sociedades pluralistas y abiertas plantea *problemas* y no *dilemas* que se resuelven mediante la ponderación de los principios de *autonomía*, *no maleficencia*, *justicia* y *beneficencia*³

Los principios de *no maleficencia* y *justicia* preceden los de *beneficencia* y *autonomía*. Para A. Cortina y D. Gracia, lo primero es *no dañar* y *tratar con justicia*. *No-maleficencia* y *justicia* son la base del juramento hipocrático. Mientras que los de *no maleficencia* y *justicia*, son universales y exigibles coactivamente, los de *autonomía* y *beneficencia*, corresponden a cada persona según sus creencias e ideales de vida. Los primeros integran la ética de mínimos, de ahí su exigibilidad y coactividad, mientras que los segundos definen la ética de máximos, y son invitaciones a la vida buena⁴.

2. Cfr. VV.AA., *Dizionario di Bioetica* a cura di S. Leone e S. Privitera. EDB. ISB, Palermo, 1994.

3. Una excelente síntesis es la conclusión del encuentro entre Ratzinger y Ciampi: *lo Stato è laico, la vita è sacra*. Cfr. *La Repubblica* 24-VI-2005.

4. Cfr. CORTINA, A., *Ética aplicada y democracia radical*. Tecnos, Madrid, 2003 y *La ética de la sociedad civil*, Anaya, Madrid, 1994.

3) *La indisponibilidad de la vida*. La Sentencia declara que los derechos a la vida y a la salud de Eluana deben ser respetados tutelados y protegidos, con mayor razón porque su extrema vulnerabilidad (SVP), le impide hacerlo por sí misma. De ahí surgen los *deberes positivos* que alteran el orden lexicográfico: el principio de *autonomía* se coloca en primer lugar y el de *beneficencia* también es coactivamente exigible.

4) *El derecho a morir*. El Tribunal rechaza el derecho a morir, distinto del *derecho a morir con dignidad*. Si *x* tiene derecho a morir y "*debe*" cumplir su voluntad. Si así fuera, dar muerte a alguien sería la ejecución de un *acto debido*, el cumplimiento de un deber jurídico. Recuerdo la distinción entre *laissez mourir* y *faire mourir*, entre *essere aiutato en el morire* y no *aiutato a morire* o el *dejarse morir* de la Convención de Oviedo. Aún admitiendo que en circunstancias extremas cabría la desconexión que lleve a la muerte, la Sentencia reafirma el derecho a la vida de todo ser humano y con mayor razón de quién sea débil, incapaz de querer y/o entender o esté próximo a la muerte⁵.

5) *Si se configura la vida y la muerte como una libertad*, la situación correlativa no es el deber, sino el *no derecho*. Si *x* tiene la libertad de morir nadie está obligado a procurarle la muerte porque el *no derecho* es correlativo a la *libertad*; en consecuencia, quien por acción u omisión viole su libertad, deberá responder por ello. De ahí, la penalización de la inducción y de la ayuda al suicidio. Las omisiones plantean el conflicto con otros principios y con la función de *garantes* que se confía a las instituciones (caso Grapo) y a los padres, tutores o representantes legales (Testigos de Jehová⁶, Welby, Englaro).

6) *Reconocer, garantizar y proclamar el derecho a vivir y a morir con dignidad*, exige cumplir los *deberes positivos* que exigen *curar lo que se pueda curar, cuidar lo que no se pueda curar y ayudar a morir en paz* (Hastings Report).

7) *El derecho a una muerte digna, excluye la eutanasia, el encarnizamiento y el abandono terapéutico, promueve los cuidados paliativos y obliga a los poderes públicos (deberes positivos) a procurar una vida y una muerte dignas* cuya práctica no se cuestiona. Si el consenso contra el

5. Cfr. OLLERO, A., *Bioderecho. Entre la vida y la muerte*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2006, caps. I y IV. ATIENZA, M., "Cuestiones de vida o muerte. Sobre el alcance del derecho a la vida", en *Tras la Justicia. Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico*, Ariel, Barcelona, p. 99.

6. Cfr. VIDAL GIL, E. J., *Los conflictos de Derechos en la legislación y en la jurisprudencia recientes. Un análisis de algunos casos difíciles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

encarnizamiento terapéutico es pleno, hay razones importantes para sospechar que estas leyes legalizan la eutanasia.

8) *La prestación de los cuidados paliativos* no consiente la extralimitación de la biotecnología y de la *biopolítica*. No hay que confundir la sacralidad de la vida con la sacralidad de la técnica. Con razón Jean Fierre Raffarin advirtió en los debates de la ley sobre la Ley de *fin de vie*, que *la muerte no pertenece a los políticos*. El CNB, en Dictamen de 30.IX.2005 sobre *l'alimentazione e l'idratazione di pazienti in stato vegetativo persistente*, declaró que “la vida humana. independientemente del estado de salud, de la percepción de la calidad de vida, de la autonomía o de la capacidad de entender o de querer, es indisponible”, y advirtió sobre “la arbitrariedad de la distinción entre vidas dignas o no dignas de ser vividas”.

9) *El principio de precaución*. La piedad y la compasión obligan a evitar y paliar el sufrimiento, a procurar una muerte digna y a *dejar morir* en paz. No es una *eutanasia omisiva* sino la interrupción de un tratamiento fútil; traspasar ese límite no es curación, sino encarnizamiento y obstinación irracional. Ya en 1957 Pío XII señaló que interrumpir la respiración artificial no es matar sino aceptar que la muerte es inevitable⁷.

10) *La prioridad del consentimiento informado*, garante de la autonomía y de la libertad del paciente, sobre los principios de *maleficencia*, *beneficencia*, y *justicia*, constituye una extralimitación; la Sentencia, que excluye que la vida limite el derecho a la autodeterminación del paciente no *pondera* los principios sino que los *aplica* y declara que “el derecho del individuo a la salud, como todos los derechos de libertad implican la tutela de su faceta negativa, el derecho a perder la salud, a enfermar, a no curarse, a vivir la etapa final de su vida según los cánones de dignidad del interesado, hasta dejarse morir”.

3. CONSTITUCIONALISMO

Del Estado de Derecho al Estado Constitucional

El constitucionalismo recuerda que los derechos (humanos o fundamentales) limitan el poder. El constitucionalismo, dice Matteucci, *es la técnica jurídica que asegura a los ciudadanos el ejercicio de sus derechos individuales y al mismo tiempo impide que el Estado los*

7. Cfr. *Discurso a los participantes en el IX Congreso de la Sociedad Italiana de Anestesiología*, 24 de febrero de 1957 (AAS 49, 1957, pp. 146 y ss).

violate⁸. Para MacCormick, que se sitúa en el límite de la objeción contramayoritaria⁹, es un requisito previo a la democracia; es la *antítesis de la democracia*, pues la democracia entendida como gobierno de la mayoría pura, sin trabas, es una doctrina inconstitucional¹⁰. Con razón, Pérez Luño advierte que el Constitucionalismo no sería lo que es sin una teoría de los derechos fundamentales que, para Ferrajoli son imperativos impuestos a la democracia política: *imperativos negativos* como los derechos de libertad que ninguna mayoría puede violar e *imperativos positivos* como los derechos sociales que ninguna mayoría puede dejar de satisfacer¹¹.

Un acuerdo generalizado señala con Guastini los rasgos que definen el constitucionalismo actual: 1) Constitución rígida; 2) garantía jurisdiccional de la Constitución; 3) fuerza vinculante de la Constitución; 4) sobreinterpretación de la Constitución; 5) aplicación directa de las normas constitucionales; 6) interpretación de las Leyes conforme a la Constitución y 7) influencia de la Constitución en las relaciones políticas¹². El constitucionalismo, concluye Prieto, acentúa los principios y los valores frente a las normas; la ponderación frente a la subsunción; la omnipresencia de la Constitución frente a la independencia del Derecho ordinario; la omnipotencia judicial apoyada en la Constitución en lugar de autonomía del legislador democrático en marco de la Constitución¹³.

4. DERECHOS

4.1. ¿Qué derechos? Los nuevos derechos y la Bioética

Si las Declaraciones del XVIII proclamaron los derechos de *primera generación* o derechos civiles (vida, libertad, propiedad, seguridad y bús-

8. Cfr. MATTEUCCI, N., "Constitucionalismo", en VV.AA., *Diccionario de Política*, dirigido por N. Bobbio y N. Matteucci, Siglo XXI, Madrid, 1982 (2ª edº), p. 389. ID., *Lo Stato Moderno. Léxico e percorsi*, Il Mulino, Bologna, 1993, pp. 127-163.

9. Cfr. BAYÓN, J. C., "Derechos, democracia y Constitución", en VV.AA., *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2006, pp. 211-239.

10. Cfr. MACCORMICK, N., "Constitucionalismo y Democracia" (trad. de Mercedes Carreras) en ADHs, 5 (1988-89), pp. 367-380. La cita, en la p. 374.

11. Cfr. FERRAJOLI, L., "El Derecho como sistema de garantías", en VV.AA., *La crisis del Derecho y sus alternativas*, Consejo General del Poder Judicial, 1995, pp. 469-489. ID., *Derecho y Razón*, Trotta, Madrid, 2000, pp. 855 y ss.

12. Cfr. VV.AA., *Neoconstitucionalismos(s)*, cit., pp. 49 y ss. (Guastini), pp. 81 y ss. (Comanducci), pp. 132 y ss. (Prieto), pp. 164 y ss. (García Figueroa), y pp. 262 y ss. (Barberis).

13. Cfr. PRIETO SANCHÍS, L., *Constitucionalismo y Positivismo*, Fontamara, México D.F., 1997, pp. 16 y 17.

queda de la felicidad), inspirados en el valor libertad, los s. XIX y XX reconocieron los derechos políticos económicos, sociales y culturales, de *segunda generación cuyo valor guía es la igualdad* y el XXI incide en los derechos de *tercera generación*, como los de solidaridad¹⁴. De ahí su inalienabilidad frente al sujeto y frente al mercado¹⁵.

¿Qué derechos? Para los *derechos de libertad* la voluntad es libérrima y onnipotente; para los *derechos de justicia*, lo prioritario es la razón, el orden o la ley universal, que ordena hacer, no lo que se quiere sino lo que se debe. En cuanto pretensiones de la voluntad los *derechos de libertad* son derechos subjetivos, instrumentos para la realización de intereses individuales sólo sujetos a la voluntad de su dueño, que podrá renunciarlos; por el contrario, los *derechos de justicia* limitan el poder de la voluntad; su naturaleza es objetiva, pues los derechos reflejan un *orden justo*. La responsabilidad y el deber impiden su renuncia¹⁶. Mientras en Estados Unidos se fundan en una concepción *preestatalista, historicista, subjetivista y jurisdiccional*, en Francia, muestran un perfil *individualista, estatalista, objetivista y legislativo*¹⁷.

4.2. La garantía de los derechos

Las Sentencias responden al modelo (neo)constitucionalista; se dictan al amparo de una Constitución *rígida y garante* de los derechos que comprenden el Derecho supranacional, el Derecho extranjero (p.e., los *precedentes* del Tribunal Supremo Estadounidense y del Derecho Inglés), el Derecho Comunitario (la Carta de derechos fundamentales UE y la jurisprudencia TEDhs) y los Tratados Internacionales (Convención de Oviedo,

14. Cfr. TALAVERA, P., "Historia de su nacimiento", en VV.AA., *Manual de Derechos Humanos* (J. Justo Megías, coord.), Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2006, pp. 57-76. VIDAL, E. J., *Los derechos de solidaridad en el ordenamiento jurídico español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

15. Cfr. BALLESTEROS, J., *Ecologismo personalista*, Tecnos, Madrid, 2001, pp. 74 y ss.

16. Cfr. ZAGREBLESKY, G., *El Derecho dúctil. Ley, Principios Derechos* (trad. de M. Gascón), Trotta, Madrid, 1995, *op. cit.*, caps. II y III.

17. Cfr. FLORAVANTI, M., *Los derechos fundamentales. (Apuntes de historia de las constituciones)* (trad. de Manuel Martín Neira), Trotta, Madrid, 1996, pp. 25-55, 33, 77, 83 y 93. Cfr. ZAGREBLESKY, G., *El Derecho dúctil. Ley, Principios Derechos* (trad. de M. Gascón), Trotta, Madrid, 1999, caps. II y III. APARISI, A., *La Revolución Norteamericana Aproximación a sus orígenes ideológicos*, CEC, Madrid, 1995.

et alii), y constata que la *supraestabilidad* normativa, desborda las fuentes del Derecho¹⁸.

Sin embargo, *garantizan* los derechos de modo diferente. Hasta la Sentencia de 16 de octubre de 2007 los Tribunales se constituyeron en garantes del principio de conservación de la vida que por su carácter absoluto e inalienable se impuso sobre la voluntad (presunta) de Eluana. En cambio, el giro jurisprudencial, impone la autodeterminación la voluntad de Eluana, pues el *consentimiento informado*, es *conditio sine qua non* para el ejercicio de los derechos. El principio de respeto a la vida se *pondera* con los principios de autonomía y libertad y cede ante ellos. No conlleva el *derecho* a la muerte pero sí, la *libertad* para (en determinadas condiciones) dejar de vivir. Englaro además de un *leading case*, es un *hard case* y aún más, un *tragic case*.

4.3. *Los conflictos de derechos*

Englaro prueba que el Constitucionalismo no garantiza los derechos ni supera los conflictos. Constituciones *rígidas*, impregnadas de principios que se imponen frente a las reglas; limitación (no sólo separación, Matteucci) de los poderes; la omnipresencia de un Tribunal Constitucional¹⁹ imparcial, no neutral sino activamente comprometido con los principios, valores y reglas constitucionales cuya aplicación controla y la distinción entre la mera *vigencia formal* y la *validez material*, garantizan los derechos que son límites frente al poder (incluso al de la mayoría), y *no están sujetos al cálculo, al juego o al regateo políticos*. Parece que los derechos y garantías –*la ley del más débil*– están sólidamente arraigados en la praxis del Estado constitucional.

Sin embargo la verdad en teoría, no lo es en la práctica²⁰. Los *hard cases* y los *nuevos derechos* desmienten su presunto valor absoluto y rompen la armonía de la construcción teórica del constitucionalismo. Si la teoría nos dice que los derechos en el sistema jurídico poseen 1) máximo rango; 2) máxima fuerza jurídica; 3) máximo importancia del objeto, y 4)

18. Cfr. PÉREZ LUÑO, A. E., *El desbordamiento de las fuentes del Derecho*. Discurso de ingreso en la Real Academia Sevillana de Jurisprudencia y Legislación, Sevilla, 1993.

19. Cfr. ZAGREBELSKY, G., *El Derecho dúctil*, cit., p. 150.

20. Cfr. OLLERO, A., *El Derecho en teoría*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007.

máximo grado de indeterminación, la praxis revela que los derechos no son absolutos sino resistentes (Prieto), que los conflictos entre derechos y principios, se *resuelven* mediante la ponderación, donde algún principio *cede* y pierde su valor. Con razón Alexy advierte sobre tres concepciones (*ingenua, idealista y realista*) que distorsionan los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático (alemán)²¹. Sólo un Tribunal Constitucional que conjugue la moral pública con las morales privadas y aspire a una representación *argumentativa* de los ciudadanos por oposición a su representación política en el Parlamento, será capaz de resolver el problema, pues “cuando triunfa la representación argumentativa, triunfa la reconciliación”²².

5. JUECES

Englaro acentúa las contradicciones sobre los Jueces y Tribunales. Quienes censuran la Sentencia propugnan un juez tradicional, sometido a la Ley, que *aplica* y no *crea* el Derecho. Conforme a la división de poderes, el Parlamento debe legislar y los Tribunales, *aplicar* el Derecho. De acuerdo con el principio de legalidad, la legislación debe ser prospectiva y no retroactiva. Pero no saben qué hacer en los *hard* y en los *tragic* cases, aunque confían en que algún Juez esclarecido tenga la solución correcta. Para ellos el Tribunal Constitucional debe ser el *legislador negativo* kelseniano, absteniéndose de dictar Sentencias *interpretativas* y *manipulativas* y constituirse en una *Tercera Cámara*.

Quienes aplauden la Sentencia propugnan un juez activista, comprometido con los valores y principios de la Constitución, que legisla y se erige en *Señor del Derecho*. Sin embargo, admitirán que su juez *crea* Derecho, que el Parlamento no es soberano, que también el legislador democrático y legítimo está limitado por la Constitución y por el Tribunal Constitucional, que los derechos configuran un *coto vedado* inmune a las mayorías y que el constitucionalismo limita la democracia.

21. Cfr. ALEXY, R., “Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático” (trad. del alemán de Alfonso García Figueroa), en VV.AA., *Neoconstitucionalismos(s)*, op. cit., pp. 31-47.

22. Cfr. *ibid.*, p. 40.

5.1. *Casos fáciles, difíciles y trágicos*

Según un viejo aforismo las partes *presentarán* los hechos y el Juez, *aplicará* el Derecho: *da mihi factum dabo tibi ius*. Este principio y el deber especial de conocimiento que del Derecho tienen los Jueces (*iura novit curia*), configuran su función en el Estado de Derecho. A menudo el juez se encuentra en el dilema de estar obligado a resolver inexcusablemente los supuestos que se planteen²³ y no saber qué Derecho aplicar, porque no existe. Estos casos descubren las carencias de la subsunción y muestran el *deber ineludible* de resolver los casos no previstos con los principios.

Aún admitiendo la existencia de los *casos fáciles*, el pluralismo multiplica los *casos difíciles* que los Jueces *deben resolver inexcusablemente*, con discrecionalidad y sin arbitrariedad y los *casos trágicos* en los que surge el conflicto entre la conciencia del Juez y la ley y se plantea la objeción de conciencia. Frente a quienes sostienen que siempre hay "*una*" *respuesta correcta*, en las sociedades, pluralistas, con percepciones diferentes sobre la justicia, hay *varias* respuestas correctas. La motivación y la justificación que implica la discrecionalidad y excluye la arbitrariedad confiere legitimidad a la administración de justicia.

5.2. "*Júpiter*", "*Hércules*" y "*Hermes*"

Júpiter es el juez tradicional que subsume el caso en la Ley, excluye la interpretación (*in claris interpretatio non fit*), afirma que sólo hay *casos fáciles* pues los principios de plenitud y coherencia del Ordenamiento jurídico siempre dan *la respuesta correcta* y rechaza la equidad, que conlleva la creación libre de Derecho. Hércules, en cambio, representa el juez constitucional garante de los derechos y libertades individuales, que refuerza la seguridad jurídica²⁴ con la certeza de atenerse a los precedentes. Reconoce la existencia de los *casos difíciles* y mantiene la prohibición del *non liquet*. La equidad, los principios y la analogía colman las lagunas,

23. Cfr. BOBBIO, N., *Il Positivismo Giuridico*, Giappichelli, Torino, 1979, pp. 80 y ss. CATTANEO, M. A., *Illuminismo e legislazione*, Ed. di Comunità, Milano, 1966, pp. 144 y ss.

24. Cfr. LÓPEZ DE OÑATE, F., *La certezza del Diritto*, in aggiunta, saggi di G. Capograssi. P. Calamandrei, F. Carnelutti e P. Fedele, Giuffrè, Milano, 1968. PÉREZ LUÑO, A. E., *La seguridad jurídica*, Barcelona, Ariel, 1991. MARTÍN MORÓN, M. T., "*El llamado deber general de conocimiento de la norma*", Tesis Doctoral (Dr. V. L. Montés), Valencia, 2003 de próxima publicación.

facilitan el cumplimiento del deber jurisdiccional de *resolver en todo caso los asuntos de que conozcan ateniéndose al sistema de fuentes establecido* e impiden la denegación de justicia. Hércules niega poseer poder político, y rechaza la discrecionalidad pues violaría el principio de la división de poderes, aplicaría retroactivamente el Derecho y quebraría su legitimidad institucional, que es, de ejercicio. Su compromiso con la Constitución y su función garante de los derechos individuales *que son triunfos frente a la mayoría*, le permite resolver los *casos difíciles*, mediante los principios en los que, siempre, encontrará la única respuesta correcta²⁵.

Hermes, el *juez justo*, que conjuga la racionalidad con razonabilidad y acentúa el deber de motivar, considera la justicia como el resultado de un proceso deliberativo, racional y razonable que además de justo debe ser justificado; de ahí el deber de motivar las sentencias. Puesto que la pura racionalidad no asegura un resultado justo (*summum ius summa iniuria*), la razonabilidad, recupera el sentido de la *epikeia* para justificar el resultado.

6. PRINCIPIOS Y REGLAS: RIGGS VS. PALMER

La teoría actual considera que los principios²⁶ no son normas implícitas que sostendrían la existencia un *presunto derecho latente* o de *mitos*²⁷ sino normas explícitas, expresamente formuladas en la Constitución, en las leyes y en las sentencias judiciales. Con razón señala Prieto que la proliferación de principios en las constituciones y el reconocimiento de su valor normativo ha transformado la concepción tradicional, unitaria, jerárquica, sistemática, plena y coherente del Ordenamiento, como *unidad racional dotada de sentido*, cuando surgen los “*casos difíciles*” o existen

25. Cfr. PRIETO SANCHÍS, L., “Teoría del derecho y filosofía política en Dworkin”, REDC, 14 (1985), pp. 353 y ss. *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Centro de estudios constitucionales, 1992, pp. 76-91, 108 y ss. CALSAMIGLIA, A., “¿Por qué es importante Dworkin?”, DOXA, 2 (1985), pp. 159-165.

26. Cfr. ATIENZA, M., RUIZ MANERO, J., *Las piezas del Derecho. Una teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996, cap. I: “Las normas de mandato: principios y reglas”, pp. 1-25. PRIETO, L., “La doctrina de los principios generales del Derecho y la distinción entre principios y reglas”, en, *Lecciones de Teoría del Derecho*, Universidad Castilla-La Mancha, Albacete, 1996, p. 176. *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, CEC, Madrid, 1992, pp. 141 y ss.; *Ley, principios, derechos*, Dykinson, Madrid, 1998, pp. 47-68. GARCÍA FIGUEROA, A., *Principios y positivismo jurídico*, CEPC, Madrid, 1998.

27. Cfr. PÉREZ LUÑO, A. E., *El Desbordamiento de las Fuentes del Derecho*, cit., pp. 39 y 40. Id., “Los principios generales del Derecho: ¿un mito jurídico?”, en REP, 98 (1997), pp. 9-23.

dudas en la atribución de significado a una disposición normativa respecto a un determinado supuesto real. La Constitución y en particular las normas de principio y los derechos fundamentales, representan una invitación al razonamiento jurídico en términos abiertamente superadores de la subsunción, "pues lo importante es que se hace del razonamiento una exigencia constitucional, y por ello, cabe decir que los valores, principios y derechos fundamentales contribuyen a hacer más difíciles los *casos fáciles*, esto es obligan a un planteamiento siempre más problemático de las soluciones sencillas basadas en la subsunción"²⁸.

Mientras las normas se aplican al modo de *todo o nada* y *resuelven* el caso, los principios se *ponderan*, pero no resuelven, sino que dan razones para su resolución. Esta distinción fracasa como advierte Ruiz Manero²⁹ cuando se confronta con su paradigma, el caso *Riggs vs. Palmer*³⁰, sentenciado a finales del siglo XIX por un Tribunal del Estado de Nueva York: un nieto, homicida y heredero, reclamó la herencia que por ley le correspondía. Sin embargo, el Tribunal, apoyándose en el principio *naeminem pro dolo suus prodesse habet*, anuló la Sentencia de instancia, condenó de por vida al nieto como homicida y le desposeyó de la herencia.

Esta decisión cuestiona la teoría puesto que: a) si una regla es válida, se aplica al modo de *todo o nada* y *resuelve* el caso, pero en *Riggs vs. Palmer*, el Tribunal consideró que el principio *naemine dolo suus prodesse debet* debía prevalecer sobre la aplicación de las reglas; b) los principios nunca determinan el contenido de una decisión, pero el principio que impide beneficiarse del propio ilícito, resolvió el caso.

7. BIOÉTICA(S)

La *Bioética* es un saber *práctico*³¹ que orienta y guía los retos y desafíos de las biotecnologías que confieren el dominio sobre la vida y plantean si

28. Cfr. PRIETO SANCHÍS, L., *Constitucionalismo y positivismo*, cit., pp. 40 y 41.

29. Cfr. RUIZ MANERO, J., "Principios jurídicos", en *El derecho y la justicia*, Trotta, Madrid, 2000, pp. 149-159, la cita en pp. 149 y 150.

30. Cfr. JIMÉNEZ CARO, R. M., FABRA ZAMORA, L. y ESTHER GUZMÁN, C., "Riggs contra Palmer. Tribunal de Apelaciones de Nueva York-115-NY-506", en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, 11 (2007/2008), pp. 363-374.

31. La bibliografía es una *historia interminable*, que comienza con el clásico POTTER, V. R., *Bioethics: Bridge the future*, Prentice-Hall, Englewood Cliffs, 1971. Para resumir remito a VV.AA., *Dizionario di Bioética* a cura de Salvino Leone e Salvatore Privitera. Instituto Siciliano

lo *técnicamente correcto y posible*, es éticamente bueno. Su método no es la deducción lógica ni la verificación empírica sino la *reflexión práctica y prudente* sobre los “casos difíciles” que plantean cuestiones inaplazables y urgentes que desbordan el marco normativo y social vigente y exigen “una” que no es “la” y “única, respuesta correcta” capaz de ser aceptada en una *sociedad abierta*, pluralista.

7.1. *Bioéticas paternalistas y totalitarias*

Las concepciones colectivistas, *orgánicas, paternalistas y totalitarias* inherentes a las sociedades *cerradas* cuyo origen data del libro III de la *República* de Platón rechazan a los seres deformes y a los enfermos crónicos. El desarrollo tecnológico posee el dominio de la vida y plantea los límites de la *eugenesia liberal, terapéutica o negativa y positiva o de perfeccionamiento* que la *Bioética* y el Derecho deben afrontar con prudencia, medida, razón y responsabilidad.

7.2. *Bioéticas relativistas*

Las concepciones *liberales*, rechazan los límites a la voluntad individual y exigen la neutralidad del Estado. La decisión autónoma, libre y voluntaria consiente el daño a sí mismo (*volenti non fit iniuria*). Si el *paternalismo* protege a quienes no pueden manifestar su voluntad, el *liberalismo* limita los derechos a los *sui iuris*. Frente al *personalismo* que reconoce a todo ser humano como individuo, el *personismo* excluye

di Bioetica, EDB-ISB, Edizicni Dehoniane, Bologna, 1994. Hay una segunda edición revisada en 2004. VV.AA. (Reich. W. T., ed.) *Encyclopedia of Bioethics* (4 vols.) Free Press-MacMillan Publ., New Corli, 1978. VV.AA. (Gloria Tomás Garrido, coord) *Manual de Bioética*, Ariel Ciencia, Barcelona, 2001. GRACIA, D., *Fundamentos de Bioética*, Eudema Universidad (manuales), Madrid, 1989. *Procedimientos de decisión en Ética clínica*, Eudema, Madrid, 1991. GAFO J., *10 Palabras Clave en Bioética*, Verbo Divino, Pamplona, 2000. D' AGOSTINO, F., *Bioética*, Giappichelli, Torino, 1997. VIOLA, F., *De la naturaleza los derechos* (trad. de V. Bellver), Comares, Granada, 1998. PALAZZANI, L., *Introduzione a la Biogiuridica*, Giappichelli, Torino, 2002. BELLVER, V., *Ecología: de las razones a los derechos*, Comares, Granada, 1994. BELLVER, V., *Para una Bioética razonable*, Comares, Granada, 2006. ENGELHARDT. R. T., *Los fundamentos de lo. Bioética*, Paidós, Barcelona, 1995. SINGER, P., *Animal rights and human obligations*, Prentice Hall, Englewood Cliffs, 1989. BLÁZQUEZ, J., *Bioética y Derecho*, Eunat, Pamplona, 2009.

a quienes no han adquirido la condición de personas de pleno Derecho (Engelhardt) y atribuye, como señalan J. Ballesteros y A. Cortina a los animales el derecho a la vida, cuya inviolabilidad niega a algunos seres humanos³². El principio de autonomía exige el respeto *absoluto* a la voluntad del *paciente*; el principio de *sacralidad de la vida* cede ante el de *calidad* de la vida; la relación médico paciente es *contractual* y *clientelar*. De ahí la relevancia del consentimiento informado y de la responsabilidad.

7.3. *Bioéticas pro choice* y *pro life*

Las Bioéticas pro choice, rechazan el dogmatismo y el fundamentalismo de las religiones; postulan el pluralismo, la libertad de crítica y la independencia del juicio; promueven la tolerancia y rechazan cualquier imposición que fuerce la conciencia.

Por el contrario, las *Bioéticas pro life*, confieren valor absoluto a la vida y consideran que el ser humano debe ser protegido, cuidado y respetado desde *antes* del nacimiento hasta *después* de la muerte. La vida precede a las reglas. Frente a las éticas *pragmáticas, utilitaristas y consecuencialistas* que anteponen la *calidad de la vida* a la intangibilidad y/o la *sacralidad* de la vida, las éticas *personalistas* reafirman la supremacía del individuo sobre la sociedad y su (co)rresponsabilidad con los seres vivos, con las generaciones futuras y con el medio ambiente. Estas concepciones que proclaman el principio *homo hominis res sacra est*, rastrean en Kant y en las corrientes de inspiración personalista, humanista y cristiana, el valor absoluto de todo ser humano y el reconocimiento pleno de sus derechos, correlativo a la adscripción de sus deberes y responsabilidades cuya simetría y reciprocidad son inherentes (Cotta)³³. Desde la sacralidad de

32. Cfr. BALLESTEROS, J., "¿Derechos? ¿Humanos?", en *Persona y Derecho*, 48 (2003), pp. 27-45; ID., "Exigencias de la dignidad humana en la biojurídica", en VV.AA., *Bioteología, dignidad y Derecho: bases para un diálogo*, Universidad de Navarra, Pamplona, 2004, pp. 43-47. "Filosofía del Derecho, conciencia ecológica y universalismo ético", en *Diálogo Filosófico*; Humanizar el Derecho, 55 (2003), pp. 29-38. "Universalità dei diritti umani e critica al personismo", en VV.AA., *Forme de cooperazione, pratiche, regoli, valori*, a cura. de F. Viola, Il Mulino, Bologna, 2004. CORTINA, A., *Las fronteras de la persona. El valor de los animales, la dignidad de los humanos*, Taurus, Madrid, 2009.

33. Cfr. COTTA, S., *Perchè Il Diritto. la Scuola*, Brescia, 1979. ID., *Il Diritto nella essistenza. Linee de Ontofenomenologia giuridica*, Giuffrè, Milano, 1985.

la vida, conjugan la autonomía (limitada) del sujeto con la igualdad y la solidaridad que incluye los *deberes positivos* y acentúa los principios de *beneficencia, justicia y de precaución*.

7.4. *Bioéticas anglosajonas y mediterráneas*

Mientras que las *Bioéticas* anglosajonas, liberales e individualistas, promueven una medicina *clientelar y privatizada* templada por el utilitarismo, persiguen la *eficiencia* que no la justicia y practican la medicina defensiva, las *Bioéticas latinas o mediterráneas*³⁴ guardan las dimensiones familiares y comunitaristas, conciben la medicina como un servicio público, acentúan la confianza en la relación médico-paciente y admiten el paternalismo, promueven la responsabilidad y la precaución frente a la eficiencia y recuerdan la prioridad del *ethos* frente al Derecho.

7.5. *¿Hay “una” respuesta correcta?*

Si la *Bioética* ofrece criterios axiológicos y normativos a la conciencia individual y a la razón práctica para que actúen *bien*, la *Biojurídica* establece reglas que aseguren el respeto a la persona y la protección, la inviolabilidad y la indisponibilidad de la vida humana. Frente a las *biopolíticas liberales* que acentúan la autodeterminación, a las *totalitarias* que someten la vida al interés del Estado y a las *utilitaristas* que priman la utilidad general sobre los derechos del sujeto, las *biopolíticas personalistas* recuerdan la dignidad de todos y cada uno de los seres humanos, y ponderan los bienes y principios. En esta perspectiva, Palazzani³⁵ presenta cuatro modelos:

1) El modelo *liberal y/o libertario* exige la neutralidad del Derecho y proclama la autodeterminación como un derecho absoluto que se concreta en el principio de autonomía y en el *consentimiento informado* que el Derecho *siempre* deberá *proteger, cumplir y hacer cumplir*. Considera

34. Cfr. ELÓSEGUI, M^a, “Reivindicación de la ética mediterránea como síntesis integradora de la dialéctica entre éticas de la virtud y éticas de los principios”, *Cuadernos de Bioética*, 35 (1998), pp. 475-491.

35. PALAZZANI, L., “Bioética e culture: quale tolleranza?”, Ponencia en la XX Semana de Bioética, Valencia, 2006. Cito por el texto provisional, por cortesía de la autora.

que la legislación es una interferencia ilegítima e injustificada del Derecho en la autonomía y en la libertad del individuo, cuya garantía requiere un Derecho no ya *dúctil*, sino *líquido*, cuyo referente es la libérrima voluntad del individuo y una concepción política definida por la imposible *neutralidad liberal* que orilla las doctrinas comprensivas del bien. Este modelo sustenta una concepción imperialista y *anglocentrista* de la bioética, que muestra la superioridad la cultura occidental.

2) El modelo *formalista o procedimental* reduce el *bioderecho* a la *biopolítica* y afirma que el Derecho debe limitarse a traducir la voluntad política según *la regla de mayoría* en un *lenguaje políticamente correcto*. La negociación, el pacto y el acuerdo entre sujetos autónomos, establecen las reglas, regulan el conflicto y definen los límites. Su impronta *procedimental* y *formal* no asegura que los bienes valiosos queden protegidos y sean respetados. La bioética *privada y clientelar* de Engelhardt, sustenta el relativismo de valores, afirma su incommensurabilidad y destila tolerancia, *ironía* y *solidaridad*. Reactualiza, la (sin)razón que excluye a los (no)sujetos débiles y vulnerables. El Derecho garantiza formalmente la no interferencia recíproca de las respectivas concepciones y promueve la creación de instituciones privadas de las comunidades morales y étnicas para que puedan convivir pacíficamente.

3) El modelo *utilitarista* busca el máximo beneficio y el menor coste; destaca la *eficiencia* y el *consecuencialismo* y sostiene que la justicia consiste en la maximización del bien y la eliminación del sufrimiento.

4) El *modelo personalista* afirma que todo ser humano es un sujeto de derechos, que todos poseen y merecen protección jurídica, con mayor razón los que no puedan manifestar su voluntad, ejercer la razón o declarar sus preferencias y/o intereses. Sustenta una concepción *garantista* y promocional de los derechos que acentúa la protección de los sujetos débiles y vulnerables, la redistribución justa y eficiente de los recursos y los deberes *positivos* de solidaridad. Este modelo, exige una bioética *transcultural* que frente al etnocentrismo y al relativismo respete al ser humano y pues a diferencia de la *biopolítica* no es un instrumento al servicio del sino que exige un *mínimo ético* común a las culturas que respetan la dignidad humana³⁶.

36. Cfr. BLÁZQUEZ, J., *Igualdad, libertad y dignidad*, UPN, Pamplona, 2005. PECES-BARBA, G., *La dignidad de la persona humana desde la filosofía del Derecho*, Dykinson, Madrid, 2002, pp. 55 y ss.

8. “LEGALIZAR LA MORAL Y MORALIZAR EL DERECHO”

8.1. *De la teoría a la praxis: los casos difíciles y los casos trágicos*

Los *casos difíciles y trágicos* exigen orientar los procedimientos que deben guiar el tránsito entre la vida y la muerte para saber en qué supuestos y circunstancias se debe atender la petición del enfermo y respetar su voluntad libremente fundada y manifestada³⁷. Estos *casos* presentan las siguientes características:

1) A falta de reglas generales y abstractas, que producen *lagunas* e impiden su resolución jurídica, son *casos* individuales, repletos de emotividad que no debe impedir la racionalidad y la razonabilidad en la deliberación. Los juristas y los bioéticos deberán *resolver* el conflicto y *ponderar* la autodeterminación del paciente, los derechos de los terceros y el bien común, con prudencia, justicia y responsabilidad.

2) Son *casos* que se nutren de un *reality show* que encubre un *fiction show*. En las salas de cuidados paliativos de los hospitales *nunca se oye quiero morir sino quiero llevar otro tipo de vida, sentirme cuidado y querido, acompañado y no ser un estorbo para los demás*³⁸. Por eso, se presentan de modo que la opinión los acepte: mientras que en *Mar adentro* se oculta el sufrimiento físico y moral, en *One million dollar baby*, el padecimiento mueve a la compasión.

3) Estos *casos* instrumentalizan al paciente para alcanzar objetivos políticos y cambios legislativos (eutanasia, reconocimiento del derecho a morir). Los grupos que *acompañan* al enfermo ejercen una intensa presión moral y psicológica sobre él y sus familiares. Habrá que indagar, respetar y garantizar la voluntad real del paciente³⁹ y *si está seguro de querer morir*⁴⁰.

4) Son *casos* opacos. Nunca sabremos si Terri Schiavo sintió y padeció las tres desconexiones hasta que murió. Desconocemos el efecto de la deshidratación en Welby y Englaro y no sé si la muerte de Sanpedro

37. Cfr. BLANCHARD, S., “Fin de vie; la mission parlementaire veut modifier la Loi”, *Le Monde* (12-VI-2004).

38. Cfr. BLANCHARD, S., *Le Monde* (26-XI-2004).

39. Cfr. D’AGOSTINO, F., “I nostri auguri a Welby. Contracorrente, ma sinceri”, *Avvenire* (21-XII-2006).

40. Cfr. MARINO, I., “Caro Welby aspetta a staccare la spina”, *La Repubblica* (19-XII-2006).

fue como se muestra. Sí sabemos, por quienes como Salvatore Crisafulli han despertado del *SVP*, es que durante el coma *oía todo y lloraba de desesperación*⁴¹.

5) Estos *casos* muestran que el Derecho no es el medio idóneo para resolverlos. Situándose en nivel *postconvencional* (Kohlberg), deberá atender la Bioética, ponderar la razón y la *compasión*, atemperar el estricto respeto a los derechos con los principios y tener presentes las éticas del cuidado (Gilligan), la responsabilidad y los *deberes positivos* que conjugan *cure* y *care*. El razonamiento jurídico deberá impregnarse de razonamiento moral⁴² y de una ética *deliberativa y práctica* que conjugue los derechos y garantías con los principios, los valores, los sentimientos y las creencias.

8.2. Legalizar la Moral: razón(es) y derechos

Desde los clásicos, la *rehabilitación de la razón en la ética y de la filosofía práctica*, reconstruye los puentes entre los hechos y los valores, reestablece la conexión entre el Derecho y la moral, recuerda que la última *ratio* del Derecho es de orden moral⁴³ y recupera la racionalidad de los juicios de valor. Frente a quienes como Rorty declaran impertinente el fundamento y optan por la *ironía y la contingencia*, porque las *convicciones son prisiones* que impiden el consenso y traen el fundamentalismo, el *uso público de la razón* exige tomarse los *derechos en serio*, postula un *pensamiento fuerte* y reconstruye una moral de la seriedad y del compromiso que conjugue lo objetivo con lo intersubjetivo, defienda la dignidad y promueva la autonomía, la libertad, la igualdad y la solidaridad. La *racionalidad discursiva* y el *diálogo desde una posición libre de dominio* reestablecen el lugar de la razón en el Derecho que es una garantía contra la arbitrariedad⁴⁴ y aumentan la calidad moral de la democracia, *radical, deliberativa y participativa*. (A. Cortina).

41. Cfr. *La Repubblica* (5-X-2005). *La Stampa* (5-X-2005), p. 7.

42. Cfr. ATIENZA, M., "Juridificar la Bioética. Bioética, derecho y razón práctica", en *Isonomía*, 8 (1998), pp. 75-99.

43. Cfr. DELGADO PINTO, J., "Normatividad del Derecho", VV.AA., *El Derecho y la Justicia*, E. Garzón Valdés y F. J. Laporta (eds.), Trotta, CSIC, y BOE, Madrid, 1996, pp. 425-440.

44. Cfr. BOBBIO, N., "La razón en el Derecho" (trad. de A. Ruiz Miguel), en *DOXA*, 2 (1985), pp. 17-26.

El concepto *amplio* del Derecho, comprende las *reglas* (primarias y secundarias), las *directrices* y los *principios*, diluye la separación estricta entre Derecho y moral y abre el Derecho a los principios y a los valores. Las concepciones del *Derecho como integridad* (Dworkin), el *Derecho dúctil* de (Zagrebelsky), las *teorías del razonamiento* y de la argumentación (Perelmann, MacCormick y Alexy), el Derecho como la *unión de las normas primarias y secundarias* (Bobbio, Hart), y como *sistema de garantías* (Ferrajoli) que se debate entre *la facticidad y la validez* (Habermas), el *contenido mínimo del Derecho natural* (Hart) y la *moralidad interna del Derecho* (Fuller), el neoconstitucionalismo (Dworkin, Alexy, Nino), la *experiencia jurídica* (Cotta), la *hermenéutica y la ética* (Viola, Zaccaria, Conill⁴⁵) y las *teorías críticas* del Derecho, constituyen una referencia inexcusable⁴⁶. La crisis de la dogmática tradicional, y los excesos de las concepciones *antiformalistas y realistas* allanan el camino a las concepciones del razonamiento jurídico y a las teorías de la argumentación. La recuperación del *case law* y de la *tópica* y de la *retórica* clásicas, la revitalización de los principios, la reciprocidad entre derechos y deberes, muestra lo ineludible de la pregunta por el sentido y el *por qué* del Derecho⁴⁷, que deberá aportar justicia, certeza y seguridad y establecer criterios seguros estables y firmes para la resolución de conflictos mediante *normas* emitidas por una *autoridad reconocida, generales, prospectivas, estables claras y ciertas*.

8.3. *Moralizar el Derecho: la Bioética como Ética aplicada*

La *Biojurídica* debe aportar justicia certeza y seguridad y justicia, con-
jugar la ética con la deontología profesional⁴⁸, y *deliberar* con prudencia,

45. Cfr. CONILL, J., *Ética hermenéutica: crítica desde la facticidad*, Tecnos, Madrid, 2006.

46. Cfr. PÉREZ LUÑO, A. E., *Trayectorias contemporáneas de la Filosofía y la Teoría del Derecho*, Gne, Sevilla, 2004, pp. 16-20. TRUYOL SERRA, A., *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado* 3. *Idealismo y Positivismo*, Tecnos, Madrid, 2004.

47. Cfr. BALLESTEROS, J., *El sentido del Derecho. Presupuestos para una filosofía jurídica*. Tecnos, Madrid, 2004 (4ª ed), pp. 110 y ss. COTTA, S., *Perchè Il Diritto. la Scuola*, Brescia, 1979. RODRÍGUEZ PANIAGUA, J. M., *Lecciones de Derecho natural como Introducción al Derecho*, Univ Complutense, Madrid, 1985. OLLERO, A., *¿Tiene razón el Derecho? Entre el método científico y la voluntad política*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1996. OLLERO, A., *El Derecho en teoría*, cit. PÉREZ LUÑO, A. E., *Teoría del Derecho. Una Concepción de la Experiencia Jurídica*, Tecnos, Madrid, 1997, ATIENZA, M., *El sentido del Derecho*, Ariel, Barcelona, 2003. VIOLA, F. y ZACCARIA, G., *Le ragioni del Diritto*, Il Mulino, Bologna, 2003.

48. Cfr. APARISI MIRALLES, Á., *Ética y deontología para juristas*, Euns, Pamplona, 2006.

razonabilidad⁴⁹ y equidad. A diferencia del conflicto entre reglas donde uno *gana* lo que otro *pierde*, en el conflicto entre principios *todos pierden* y *todos ganan*, pues la deliberación *pondera* las razones pero no excluye ni elimina las que en ese caso no ha tomado en consideración. Los *Comités de Ética* no obstante sus diferencias y discrepancias, patentes en el Dictamen del CNB de 24-octubre-2008, sobre *rifiuto e rinuncia consapevole al trattamento sanitario nella relazione paziente-medico*, orientan las decisiones judiciales.

La *Bioética* se configura como una ética civil, pluralista, que *delibera* sobre cuestiones nuevas, inaplazables y urgentes; debe ofrecer criterios a la opinión pública y a la praxis jurídica para resolver los *casos difíciles y trágicos* ante los que no hay "una" sino "varias" *respuesta(s) correcta(s)*; estos *casos* muestran el agotamiento de la casuística tradicional para interpretar los problemas nuevos no previstos en los *casos* a los que no se puede llegar por inducción o deducción, sin el soporte de unos principios o puntos de partida comunes⁵⁰.

8.4. *Las Éticas aplicadas*

Las éticas aplicadas reconstruyen la *razón pública* que responda a los retos que plantean las sociedades plurales. Con razón señala A. Cortina que las éticas aplicadas surgen por imperativo de la realidad social en sociedades moralmente pluralistas y exigen *tomarse en serio* la moral y los derechos y dar respuestas a problemas inaplazables que se justifiquen y acepten por la fuerza de la razón y no por la sinrazón de la fuerza⁵¹.

La ética aplicada no es la aplicación práctica de unos postulados teóricos sino un proceso *hermenéutico* donde la *comprensión exige la aplicación*; conjuga el fundamento con la aplicación de los principios, la teoría con la práctica y exige la participación de los interesados a quienes *reconoce* como interlocutores válidos. Es una ética *cívica* que surge desde la sociedad civil y no desde el poder político. Sus respuestas no son definiti-

49. Cfr. BELLVER, V., *Para una Bioética razonable*, op. cit., caps. III y V.

50. Cfr. FERRER, J. J. y ÁLVAREZ, J. C., *Para fundamentar la Bioética. Teorías y paradigmas en la bioética contemporánea*, U. Pontificia de Comillas-Desclée de Brouwer, Bilbao, 2003, caps. 3º y 4º.

51. Cfr. CORTINA, A. y GARCÍA-MARZÁ, D. (eds.), *Razón pública y éticas aplicadas. Los caminos de la razón práctica en una sociedad pluralista*, Tecnos, Madrid, 2003.

vas sino que se insertan en el contexto de referencia de los problemas que se analizan; su aplicación no se agota en *el caso* sino que orienta otros que se planteen con posterioridad.

9. PLURALISMO, RELATIVISMO, POLITEÍSMO

Frente al *monismo* moral que posee la “única” *respuesta correcta* y frente al *politeísmo de valores* que disuelve la objetividad en el *relativismo* y reduce la ética a la subjetividad, el *pluralismo* refrenda unos valores compartidos que constituyen las éticas de mínimos y delimitan el umbral mínimo de justicia de una sociedad como los derechos humanos, la libertad, la igualdad la justicia y la solidaridad y el respeto y el reconocimiento como interlocutor válido del otro y del diálogo como método para resolver pacíficamente las controversias y desacuerdos, sin las cuales una sociedad pierde su moralidad y su decencia. Las éticas de *mínimos* concretan las éticas de máximos, de felicidad que se ocupan de *lo bueno*, de la vida buena y a diferencia de las de justicia que son exigibles, ni pueden ni deben ser impuestas y mucho menos, coactivamente sino que son *invitaciones* a una *vida buena*. Entre ellas no hay relación de competencias sino de cooperación respeto y no absorción.

9.1. *El pluralismo moral*

Frente a las sociedades *cerradas* donde sólo hay “una” moral y “un” Derecho, el *pluralismo moral*⁵² inherente a las sociedades *abiertas* muestra las diversas concepciones morales y éticas que comparten los *mínimos de justicia*⁵³. Las sociedades plurales y *abiertas* se oponen también a los sistemas *politeístas* en la diversidad y la multiplicidad de valores, el relativismo y el multiculturalismo afirman que *nada vale* porque *todo vale*.

El pluralismo considera que la construcción de una ética racional y razonable que conjugue el objetivismo con la intersubjetividad, atienda a la

52. Cfr. CORTINA, A., *Ética aplicada y democracia radical*, Tecnos, Madrid, 1998. *Ciudadanos del mundo. Una teoría de la ciudadanía*. Alianza, Madrid, 1999. *Alianza y Contrato. Política, Ética y Religión*, Trotta, Madrid, 2001.

53. Cfr. DOMINGO MORATALLA, A., *Lo que usted estudió y nunca debió olvidar de Ética*, Acento, Madrid, 2001.

equidad y pondere los principios, es un deber moral. La democracia *deliberativa y participativa* promueve la libertad, la igualdad, y la solidaridad; propugna el *uso público de la razón*, se opone a los relativismos y los fundamentalismos y rechaza las *sociedades cerradas* que anulan al sujeto y son el germen del totalitarismo.

El pluralismo defiende la sociedad civil y valora lo social, privado y público. Afirma la unidad del orden moral y rechaza la separación entre la ética pública y la ética privada porque *no somos alemanes en la calle y judíos en casa*⁵⁴, pero advierte que mientras la moral se ocupa de los *máximos de felicidad* que son invitaciones a la vida buena y no se deben ni pueden imponer, el Derecho debe garantizar los *mínimos de justicia*, para que *lo justo sea fuerte y lo fuerte sea justo*. El pluralismo conjuga la razón ilustrada, con la tradición que forma la identidad del sujeto.

9.2. El relativismo moral

Si el monismo afirma sólo hay *casos fáciles*, porque el Derecho y la moral siempre tienen "*la*", *respuesta correcta*, y el pluralismo admite la existencia de problemas y de *casos difíciles*, para los que hay más de "*una respuesta correcta*" que deberá justificar y argumentar, el relativismo afirma que son *casos trágicos*, cuya solución consiste en respetar los deseos, preferencias e intereses subjetivos.

El relativismo conlleva el *politeísmo de valores*: como los valores son subjetivos y no hay argumentos para afirmar la superioridad de unos sobre otros, solo cabe llegar a un acuerdo en el que se negocia que cada cual porte sus valores allá donde vaya; esta concepción corresponde hoy al multiculturalismo del *village global* en el que cada cual posee "*su*" *bungalow*, fortín de la privacidad y de la incomunicación⁵⁵. El relativismo moral y el *politeísmo* impiden el diálogo racional sobre los valores porque las cuestiones morales, que proceden de los sentimientos, las emociones o las creencias pero no de la razón, son subjetivas y sobre ellas, no cabe la justificación racional. Puesto que es imposible alcan-

54. Cfr. WALZER, M., "La política de la diferencia: estatalidad y tolerancia en un mundo intercultural", en *Isegoría*, 14 (1996), pp. 37-55. El texto citado, en la página 43.

55. Cfr. D' AGOSTINO, F., *Diritto e Giustizia. Per una introduzione allo Studio del Diritto*, San Paolo, Milano, 2000, pp. 121 y ss

zar racionalmente un acuerdo intersubjetivo y universalmente válido, las convicciones deberán mantenerse en privado y ser igualmente respetadas y toleradas en público.

9.3. *Pluralismo y politeísmo: Pactos y deliberaciones*

Las concepciones *universalistas*, *personalistas* y *humanistas* donde el ser es un *fin* y no un medio y donde todos se *reconocen* como interlocutores capaces de tomar decisiones responsables⁵⁶, excluyen el relativismo radical, incompatible con la democracia. Desde el diálogo, que no es la negociación, ni el compromiso, ni el pacto guiados por un interés estratégico, sino el consenso universal en torno a unos principios, postulo una ética humanista establezca las reglas necesarias para la obtención de la justicia (*ética de mínimos*) y de la felicidad (*ética de máximos*).

De acuerdo con A. Cortina urge construir una ética civil donde estén representadas toda las sensibilidades de las sociedad plural y donde se puedan alcanzar *acuerdos de mínimos* sobre los bienes básicos que hagan posible que cada cual pueda alcanzar las concepciones de la vida buena o sea, de la felicidad de cada cual que surgen desde *la ética de mínimos* y el respeto a la justicia. Una ética civil y pública que desde el *reconocimiento* del ser como el que es radicalmente un *otro insustituible* conjugue el *Contrato* con la *Alianza*. Una ética cívica, que surge desde los ciudadanos que comparten unas concepciones de la *vida buena* y aspira a realizar unos *mínimos de justicia* y es una ética laica y no laicista en expresión de Ollero, que no apuesta por ninguna confesión religiosa pero tampoco, como las *laicistas* se propone arrasadas.

Esta concepción promueve el *uso público de la razón* y reafirma los objetivos de la Ilustración: autonomía de las personas, civilidad de los ciudadanos, legitimidad de las leyes, justicia de las instituciones y tolerancia de las religiones⁵⁷; distingue los *máximos de felicidad* que son invitaciones a la vida buena que no deben imponerse, pero tampoco ocultarse, tolerarse, ni practicarse sólo en privado y las *mínimos de justicia* que deben im-

56. Cfr. LLANO ALONSO, F., *El Humanismo Cosmopolita de Immanuel Kant*, Dykinson, Madrid, 2002.

57. Cfr. CORTINA, A., *Hasta un pueblo de demonios. Ética pública y sociedad*, Taurus, Madrid, 1998, p. 12

nerse aún coactivamente porque en ello nos va la decencia ética, política y moral; en consecuencia, desde la ética cívica que “es el conjunto de valores y normas que comparten los miembros de una sociedad pluralista sean cuales fueren sus concepciones de vida buena” comparto la distinción de A. Cortina entre una ética pública cívica común de mínimos y las éticas públicas de máximos⁵⁸.

En las *sociedades abiertas*, pluralistas y democráticas el *pluralismo moral* excluye el *politeísmo de valores*, el relativismo moral y los fundamentalismos; el iusnaturalismo deontológico, abierto y crítico, el positivismo moderado, el postpositivismo⁵⁹, la ética *dialógica*, la *hermenéutica crítica* y las éticas aplicadas que conjugan lo objetivo con lo intersubjetivo, deben fundamentar los derechos humanos y fundamentales y dar razón de su por qué y para qué mediante acuerdos que no son pactos ni negociaciones, en los que sólo vale lo que cuenta, sino que son, deliberaciones (de libra, balanza), donde a diferencia de aquellos, sólo cuenta lo que vale para formar una voluntad común⁶⁰.

10. CONCLUSIÓN

El Derecho y la *Bioética* deben conjugar *la razón de la fuerza con la fuerza de la razón para que lo justo sea fuerte y lo fuerte sea justo*. De ahí el y el imperativo moral y el deber jurídico de justificar las decisiones para que la fuerza de la razón racional y razonable, la *razón sentiente, impura y cordial*⁶¹ que escucha las *raisons du coeur* y se enriquece con la compasión, la *pietas* y la solidaridad, triunfe sobre la sinrazón de la fuerza.

58. Cfr. CORTINA, A., *Alianza y Contrato. Política, Ética, Religión*, Trotta, Madrid, 2001, p. 137.

59. Cfr. DE DOMINGO, T., “Neoconstitucionalismo, justicia y principio de proporcionalidad”, en *Persona y Derecho*, 56 (2007), pp. 245-280.

60. Cfr. CORTINA, A., *Ética aplicada y democracia radical*, Tecnos, Madrid, 2001 (3ª), pp. 161-178.

61. Cfr. CONILL, J., *El enigma del animal fantástico*, Tecnos, Madrid, 1991.

Resumen: *El caso Englaro es un precedente y un leading case que intenta resolver el conflicto entre la vida y la autonomía del paciente. Es un test para el constitucionalismo, y para las rights based theories, que sostienen que Hércules posee «la respuesta correcta». En una sociedad abierta y plural el Derecho y la Bioética deberán ofrecer criterios razonables que frente al relativismo, resuelvan los casos difíciles y los conflictos entre principios y derechos.*

Palabras clave: *caso Englaro, precedente, test, constitucionalismo, casos difíciles, respuesta correcta, conflictos, derechos, pluralismo, bioética(s), relativismo.*

Abstract: *Englaro is a precedent and a leading case that is questioning rights-based theories. It is a test for Constitutionalism and there are those who affirm that like Hercules, it solves hard cases and provides the one right answer. In a plural society, discussions on theories and bioethical issues should be based on ethical and legal criteria in order to resolve difficult cases, taking into consideration conflicting principles of life and personal autonomy.*

Key words: *The Englaro case, leading case, rights-based theories, constitutionalism, hard cases, one right answer, conflicting principles, pluralism, relativism.*