

El consentimiento informado del paciente como derecho fundamental y como derecho subjetivo

Autora: Noelia Martínez Doallo

Tesis doctoral UDC / 2019

Director: Jose Antonio Seoane Rodríguez

Programa Oficial de Doctorado en Derecho

A QUIEN CORRESPONDA

Jose Antonio Seoane Rodríguez, Profesor titular de Filosofía del Derecho, con destino en el departamento de Derecho privado, sito en la Facultad de Derecho de la Universidade da Coruña (Campus de Elviña, s/n, 15071), en calidad de director de la tesis doctoral realizada por D^a Noelia Martínez Doallo, bajo el título “El consentimiento informado del paciente como derecho fundamental y como derecho subjetivo”.

AUTORIZA

El depósito de la presente tesis doctoral, que cumple los requisitos exigidos por la Universidade da Coruña para optar al grado de doctor/a, así como aquellos requisitos adicionales relativos a la obtención de la mención internacional del mismo.

Y para que conste a los efectos oportunos expide la presente instancia.

En A Coruña, a 30 de octubre 2019

Fdo.: Jose Antonio Seoane Rodríguez

“No habría creatividad sin la curiosidad que nos mueve y que nos pone
pacientemente impacientes ante el mundo que no hicimos, al que acrecentamos
con algo que hacemos”.

Paulo FREIRE

Pedagogía de la Autonomía (1996)



Esta tesis doctoral forma parte de los resultados del proyecto de investigación “El discurso de los bioderechos. Bases filosóficas y jurídicas para su fundamentación, caracterización y aplicación” (DER2014-52811-P), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.



Ayuda para Grupos con potencial de crecimiento (número ED431B 2017/43). Programa de axudas para a consolidación e estruturación de unidades de investigación competitivas e outras accións de fomento nas universidades do Sistema universitario de Galicia. Xunta de Galicia (2017-2019).

RESUMEN

El consentimiento informado del paciente se inserta en el ámbito de su autonomía decisoria. Aunque presenta un sustrato corporal, este aparece combinado con elementos de índole moral que presuponen una noción concreta de persona como libre y autónoma. Tanto de las definiciones doctrinales como del material normativo se desprende que se trata de una posición jurídica subjetiva del paciente, alternativamente calificada como una “pretensión” o “derecho subjetivo en sentido estricto”, en términos hohfeldianos; un “derecho negativo de defensa”, o una “inmunidad”.

En España, el Tribunal Constitucional ha vinculado el consentimiento informado del paciente al derecho fundamental a la integridad física y moral (15 CE), lo cual permite plantear el análisis en clave iusfundamental. Con todo, se advierten dudas e incompatibilidades entre la explicación habitual del consentimiento informado, su fundamento constitucional y su regulación jurídica.

El objetivo de la presente tesis doctoral consiste en proporcionar una definición integral del consentimiento informado como derecho subjetivo del paciente y como manifestación de un derecho fundamental, a partir de una óptica poliédrica que aporta certeza en la práctica asistencial y jurídica.

Palabras clave: autonomía decisoria, consentimiento informado, derecho a la información, derecho de libre decisión o elección, derecho fundamental, derecho subjetivo, integridad física y moral, relación asistencial, responsabilidad médica.

RESUMO

O consentimento informado do paciente insírese no ámbito da súa autonomía decisoria. Aínda que presenta un substrato corporal, este aparece combinado con elementos de índole moral que presupoñen unha noción concreta de persoa como libre e autónoma. Tanto das definicións doutrinarias como do material normativo despréndese que se trata dunha posición xurídica subxectiva do paciente, alternativamente cualificada como unha “pretensión” ou “dereito subxectivo en sentido estrito”, en termos hohfeldianos; un “dereito negativo de defensa”, ou unha “inmunidade”.

En España, o Tribunal Constitucional ten vinculado o consentimento informado do paciente ao dereito fundamental á integridade física e moral (15 CE), o cal permite expor a análise en clave iusfundamental. Con todo, advírtense

dúbdas e incompatibilidades entre a explicación habitual do consentimento informado, o seu fundamento constitucional e a súa regulación xurídica.

O obxectivo da presente tese de doutoramento consiste en proporcionar unha definición integral do consentimento informado como dereito subxectivo do paciente e como manifestación dun dereito fundamental, a partir dunha óptica poliédrica que achega certeza na práctica asistencial e xurídica.

Palabras clave: autonomía decisoria, consentimento informado, dereito á información, dereito de libre decisión ou elección, dereito fundamental, dereito subxectivo, integridade física e moral, relación asistencial, responsabilidade médica.

ABSTRACT

The patient's right to informed consent is inserted within the scope of his decision-making autonomy. Although it has a bodily background, it is combined with features of moral nature, which presupposes a concrete notion of person as free and autonomous. Both, doctrinal approaches and normative legal material show that it is a subjective legal position of the patient, being alternatively qualified as a Hohfeldian "claim" or a "subjective right in a strict sense"; a "negative right" or an "immunity."

The Spanish Constitutional Court has linked the informed consent of the patient to the fundamental right to physical and moral integrity (15 CE), which allows us to propose a fundamental rights-based analysis. Nonetheless, doubts and inconsistencies are perceived between the customary explanation of informed consent, its constitutional foundation and its legal regulation.

The aim of this doctoral thesis is to provide a comprehensive definition of informed consent as subjective right of the patient and expression of a fundamental right, from a multi-fold perspective that provides certainty in both legal and health care practice.

Keywords: decision-making autonomy, fundamental right, health-care relationship, informed consent, physical and moral integrity (privacy), right to make free choices, right to medical information, subjective right, medical responsibility.

PRÓLOGO

En el marco de la relación asistencial, la explicación del consentimiento informado aparece habitualmente referida al ámbito de la autonomía decisoria del paciente, en tanto que se orienta al reconocimiento y garantía de su capacidad para deliberar y decidir de manera informada entre diferentes cursos de acción disponibles en los que su vida y salud se encuentran directamente involucradas. Esta explicación conjuga elementos de índole netamente corporal (integridad corporal, física y psíquica), elementos con componente moral (libertad personal en sentido amplio, integridad moral y libre desarrollo de la personalidad) y conceptos mixtos (integridad personal e intimidad). De esta heterogeneidad no solo se derivan implicaciones en la definición y el fundamento de las posiciones jurídicas subjetivas en las que se sitúan el paciente y los profesionales de la salud involucrados, sino que también repercute en su régimen jurídico.

El consentimiento informado del paciente nace en la jurisprudencia anglosajona y se remonta a la Inglaterra de finales del siglo XVIII, concretamente al famoso caso *Slater v. Baken and Stapleton*, en el que el demandante invocó un supuesto de *malpractice*, que finalmente fue confirmado por el tribunal¹. Con posterioridad, la doctrina del consentimiento informado experimentó un notable desarrollo en sede de los tribunales norteamericanos. No obstante, durante el siglo XIX la protección del consentimiento informado se apuntaló en el principio de beneficencia médica, pues se entendía el consentimiento como parte del proceso terapéutico, no presentando demasiada relevancia los casos en materia de consentimiento informado en esta primera etapa. Será en el siglo XX cuando los tribunales norteamericanos emancipen la doctrina del consentimiento informado, si bien aplicando de manera oscilante las teorías de la responsabilidad *battery* y *negligence*, según los casos. Estas vacilaciones, junto con la diversidad legislativa acerca del estándar de información, no han dejado de generar incertidumbres desde entonces y muestra una relativa indefinición de los contornos de la regulación del consentimiento informado en el ámbito sanitario. Con todo, una vez fraguada, la doctrina acerca del consentimiento informado ha experimentado una considerable difusión a nivel internacional.

En España, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad constituye el primer texto con rango de ley que contiene previsiones en materia de consentimiento informado del paciente, concretamente en su artículo 10, sin que con anterioridad a la década de los 90 del siglo XX se observen pronunciamientos de los tribunales españoles en materia de responsabilidad médica por incumplimiento de los deberes correlativos al consentimiento informado del paciente. En el ordenamiento jurídico español vigente, la Ley 41/2002, de 14 de

¹ *Vid.* Slater v. Baker & Stapleton, 2 Wils KB 359, 95 Eng Rep 860, 1767.

noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (LBAP), precedida a nivel internacional por el Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina del Consejo de Europa (1997), constituye la norma de conducta básica en la materia objeto de estudio de la presente tesis doctoral, junto con una considerable legislación autonómica al respecto, siendo en la Comunidad Autónoma de Galicia la Ley 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes, la norma a considerar. De dicha regulación jurídica resulta posible concluir una estructura compleja o en dos fases del consentimiento informado, a saber: una fase informativa previa, en la que los profesionales de la salud involucrados en la relación asistencial han de informar al paciente respecto de una serie de cuestiones relevantes acerca de su condición y estado de salud, con vistas a la provisión de una adecuada asistencia; y una fase decisoria posterior, en la que el paciente ha de deliberar, elegir y decidir libremente (esto es, sin ser objeto de violencia, coacción o manipulación) entre las alternativas a su alcance, pudiendo, con carácter general, rechazar cualquier intervención referida a su salud, con independencia de las consecuencias que de tal decisión se deriven, a salvo de los supuestos en los que una justificación legal pueda limitar el ejercicio de tal derecho, como en el caso de riesgo para salud pública. En virtud de lo anterior, resulta posible afirmar el carácter auxiliar de la fase informativa. Así pues, ante la ausencia de la información asistencial no puede presuponerse la presencia de un consentimiento “informado”, sino solo un consentimiento “básico” o “a secas”. Por lo que se refiere a la fase decisoria, esta se configura como central en la estructura explicativa compleja propuesta.

De la propia redacción de las proposiciones normativas disponibles en materia de consentimiento informado del paciente se desprende el carácter subjetivo de las posiciones en las que los sujetos implicados se sitúan. No obstante, su encaje conceptual puede resultar problemático, pues *a priori* la posición del paciente podría ser calificada, alternativamente, como un “derecho subjetivo en sentido propio” o “estricto”, en los términos propuestos por HOHFELD; como un “derecho negativo de defensa” frente a la intromisión de los profesionales de la salud o, incluso, como una “inmunidad” del paciente frente a tales injerencias. El primer capítulo de esta tesis está dedicado precisamente a delimitar el alcance conceptual de las posiciones jurídicas subjetivas implicadas. Para ello se ha estimado oportuno comenzar con un recorrido histórico acerca de la categoría jurídica de derecho subjetivo, cuyos orígenes, desarrollo y consolidación permiten vislumbrar su significado actual, así como su relación con otros conceptos afines, facilitando el encaje conceptual más adecuado del consentimiento informado en dicha categoría. En un segundo momento, se da paso al estudio sistemático de las propuestas de algunos de los autores más reputados del siglo XX hasta nuestros días acerca de la idea y el concepto de derecho subjetivo, primando los aspectos analíticos. Los planteamientos doctrinales de autores como JELLINEK, KELSEN,

HOHFELD, ALEXY y de gran parte de sus interlocutores guiarán el estudio de las posiciones jurídicas subjetivas elementales. En último término, se intentarán trasladar aquellas propuestas conceptuales al paradigma del consentimiento informado, con el objetivo de explicar dicha posición jurídica como un derecho subjetivo del paciente, para lo cual resultará especialmente útil recurrir a la propuesta terminológica de W.N. HOHFELD. En esta primera parte, la selección bibliográfica combina un criterio temporal, especialmente presente en el estudio histórico del concepto de derecho subjetivo, con un criterio sistemático, que atiende a la propuesta de los autores mencionados y las posibles conexiones existentes entre sus respectivos planteamientos. Por otra parte, la ubicación de la cuestión relativa al concepto de derecho subjetivo en el primer capítulo atiende a su prioridad explicativa respecto de las posiciones jurídicas subjetivas en las que se sitúan los individuos involucrados en las diversas relaciones jurídicas, incluida la relación médico-paciente, así como a su configuración histórica como una de las principales categorías de la ciencia jurídica moderna.

El segundo capítulo se reserva a la explicación del derecho subjetivo al consentimiento informado del paciente como una categoría iusfundamental. A pesar de que en la Constitución española la autonomía del paciente no aparece configurada como un derecho fundamental, la jurisprudencia constitucional ha adscrito el consentimiento informado del paciente al derecho a la integridad física y moral (15 CE)², lo cual suscita la pregunta acerca de la posible naturaleza iusfundamental de la posición jurídica subjetiva del paciente. Por su parte, en la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), el consentimiento informado sí aparece expresamente reconocido en su artículo 3.2.a), en el que se proclama el respeto del consentimiento libre e informado de la persona, inserto en el marco del derecho a su integridad (artículo 3), lo cual confirmaría la presencia de una categoría iusfundamental. Volviendo a España, el Tribunal Constitucional ha configurado el consentimiento como “una facultad de autodeterminación que legitima al paciente para decidir libremente sobre las medidas terapéuticas y tratamientos que puedan afectar a su integridad, escogiendo de entre las distintas alternativas, aun cuando pueda conducir a un resultado fatal”³. Con base en el artículo 10.2 CE, el TC ha apuntalado su discurso en el ya mencionado artículo 3.2.a) CDFUE, así como también se ha referido expresamente al Convenio de Oviedo y a la interpretación de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos acerca de la noción de “vida privada” (*privacy*) del artículo 8.1 CEDH⁴, instrumentos de Derecho internacional que resultará útil retomar en el tercer capítulo a los efectos de intentar despejar

² STC 37/2011, de 28 de marzo, FF.JJ. 4º y 5º (publicado en «BOE» núm. 101, de 28 de abril de 2011).

³ Vid. SSTC 120/1990, de 27 de junio, FJ 8º; 154/2002, de 18 de julio, FJ 9º; 37/2011, de 28 de marzo, FJ 5º, entre otras.

⁴ NEGRI, S., “El consentimiento informado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos”, *Julgar*, núm. especial consentimiento informado, 2014, pp. 107-108.

aquellas cuestiones dudosas o que presenten soluciones alternativas respecto del régimen jurídico vigente en materia de consentimiento informado del paciente. En este segundo capítulo se estudian los conceptos de derecho fundamental y derecho humano, señalando sus significados y conexiones, para lo cual se acudirá primordialmente a la obra de Robert ALEXY, quien indudablemente ha proporcionado bases sólidas a la configuración teórica de dichos conceptos. Asimismo, se analizan algunos de los planteamientos más destacados y variados acerca del fundamento de los derechos humanos: las tesis iusnaturalista, constructivista, utilitarista, de las necesidades y el enfoque de las capacidades, a partir de las propuestas de algunos de los autores más representativos, entre los que destacan FINNIS, GEWIRTH, LYONS, NUSSBAUM, RAZ o WALDRON. Por último, se estudian los rasgos que tradicionalmente han sido atribuidos a los derechos humanos, a saber: universalidad, inalienabilidad y carácter absoluto, así como las implicaciones que se desprenden de la afirmación de tales características. El capítulo se cierra con la revisión de aquellas aproximaciones idóneas para la explicación de los conceptos empleados en la definición del consentimiento informado, explicado ahora como un tipo especial de derecho subjetivo del paciente manifestación de un derecho fundamental.

Se ha decidido dejar para el final la descripción del Derecho positivo en la materia. La razón principal que justifica dicha organización de capítulos es la conveniencia de trasladar lo estudiado en los dos primeros capítulos al régimen del consentimiento informado del paciente vigente en el ordenamiento jurídico español. Este tercer capítulo permitirá confirmar o, por el contrario, refutar las conclusiones obtenidas con anterioridad, trasladando a la práctica jurídica aquellas cuestiones de índole predominantemente conceptual y teórica, con la intención de explicar el significado actual del consentimiento informado del paciente y su repercusión práctica con la mayor claridad y precisión posibles. El capítulo se inicia con un repaso histórico acerca del proceso de aparición, desarrollo y consolidación del consentimiento informado en el ordenamiento jurídico español, para continuar con un estudio de la legislación vigente en la materia, con especial referencia a la LBAP, aunque considerando también la legislación autonómica gallega y los textos internacionales disponibles en la materia, entre los que cabe destacar el Convenio de Oviedo. También se evalúa, de forma más sucinta, el sistema de responsabilidad médica presente en el ordenamiento español, señalando aquellos aspectos que interesan a los objetivos propuestos, es decir, la definición del consentimiento informado del paciente como derecho subjetivo y como manifestación de un derecho fundamental. Especial referencia ha de realizarse al régimen y jurisprudencia constitucionales, dada su innegable relevancia en la definición y explicación de la posición jurídica del paciente.

Cada uno de los capítulos finaliza con una sección en la que se recapitulan las principales conclusiones e implicaciones para el consentimiento informado del paciente obtenidas del estudio de los contenidos del capítulo en cuestión.

Una estancia predoctoral financiada por el Ministerio de Economía y Competitividad del Gobierno de España (MINECO), dividida en dos prestigiosos centros de investigación estadounidenses: *Yale Interdisciplinary Center for Bioethics* y *The Hastings Center*, ha posibilitado una aproximación al régimen jurídico del consentimiento informado del paciente en los Estados Unidos de América, así como contrastar los resultados previos con reputados especialistas. Sin embargo, la fuerte impronta que el Derecho de daños presenta en el sistema norteamericano, la ingente diversidad legislativa en función del estado federado de que se trate, la escasísima presencia del Derecho constitucional en la materia y el hecho de no sea objeto de la presente tesis un estudio de Derecho comparado, constituyen razones que aconsejan reservar los resultados de dicha investigación. Específicamente, se observa la necesidad de estudiar con mayor profundidad el concepto de *privacy* procedente del Derecho anglosajón y los posibles vínculos existentes con la integridad física y moral del Derecho continental, con el objetivo de habilitar una vía de garantía constitucional del derecho al consentimiento informado del paciente en países como los Estados Unidos.

En definitiva, la presente investigación doctoral se configura como un estudio acerca de algunos de los planteamientos teóricos más influyentes sobre los conceptos de derecho subjetivo y derechos fundamentales en la Teoría y Filosofía del Derecho, principalmente desde el siglo XX hasta nuestros días, en conjunción con un análisis de los elementos jurídicos básicos disponibles en materia de consentimiento informado del paciente en España. La principal intención es facilitar una delimitación conceptual lo suficientemente sólida para resolver las incertidumbres terminológicas; proveer un análisis de la naturaleza del consentimiento informado a partir de una óptica poliédrica que permita su definición integral, lo cual aportará certeza no solo en la práctica jurídica, sino también en la asistencial, y poner de manifiesto las principales cuestiones controvertidas al respecto.

ÍNDICE

RESUMEN/RESUMO/ABSTRACT	vii
PRÓLOGO.....	ix
ÍNDICE.....	xv
ABREVIATURAS.....	xxi

CAPÍTULO I. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO COMO DERECHO SUBJETIVO

1. El desarrollo histórico del concepto de derecho subjetivo.....	1
1.1. La noción de derecho subjetivo en el Derecho romano.....	1
1.2. El desarrollo de los conceptos jurídicos subjetivos en la escolástica medieval.....	4
1.3. El triunfo de la razón y la superación de las fuentes clásicas.....	11
1.4. La consolidación del concepto de derecho subjetivo.....	14
2. Las bases contemporáneas del concepto de derecho subjetivo.....	25
2.1. La teoría del estatus de Georg JELLINEK.....	28
2.1.1. Las cuatro modalidades de estatus.....	30
2.1.1.1. El estatus pasivo.....	30
2.1.1.2. El estatus negativo.....	30
2.1.1.3. El estatus positivo.....	32
2.1.1.4. El estatus activo.....	34
2.1.2. Críticas a la teoría del estatus.....	34
2.2. El derecho subjetivo en la obra de Hans KELSEN.....	37
2.2.1. Presupuestos iniciales.....	38
2.2.2. El concepto de derecho subjetivo.....	44
2.2.2.1. La subjetivación del Derecho.....	44
2.2.2.2. La norma jurídica.....	46
2.2.2.3. El concepto de deber jurídico.....	50
2.2.2.4. Significados del concepto de derecho subjetivo.....	54
<i>i. Derecho subjetivo reflejo de una obligación jurídica.....</i>	<i>55</i>
<i>ii. Derecho subjetivo en sentido técnico.....</i>	<i>56</i>
<i>iii. Derecho subjetivo como permisión positiva.....</i>	<i>57</i>
<i>iv. Derechos subjetivos de participación política.....</i>	<i>61</i>
<i>v. Derechos subjetivos fundamentales.....</i>	<i>62</i>
2.2.3. El sujeto de derecho y el concepto de persona en KELSEN.....	62
2.2.4. Críticas al concepto kelseniano de derecho subjetivo.....	64
2.2.5. Conclusiones críticas.....	68

2.3. La noción de derecho subjetivo en el análisis de W.N. HOHFELD.....	71
2.3.1. Interpretación de las relaciones jurídicas fundamentales.....	74
2.3.2. Los pares conceptuales.....	80
2.3.2.1. Derecho (pretensión)/deber y derecho (pretensión)/no- derecho.....	80
2.3.2.2. Privilegio/no-derecho y privilegio/deber.....	82
2.3.2.3. Potestad/sujeción y potestad/incompetencia.....	88
2.3.2.4. Inmunidad/incompetencia e inmunidad/sujeción.....	93
2.3.3. Críticas al análisis hohfeldiano.....	95
2.3.4. Propuesta de interpretación de los pares hohfeldianos a partir de la teoría del estatus de JELLINEK.....	99
2.4. El concepto de derecho subjetivo según Robert ALEXY.....	101
2.4.1. Presupuestos para el análisis.....	101
2.4.2. Las posiciones jurídicas subjetivas fundamentales.....	106
2.4.2.1. Derechos a algo.....	106
2.4.2.2. Libertades.....	110
2.4.2.3. Competencias.....	115
3. El consentimiento informado del paciente como derecho subjetivo.....	118
3.1. El consentimiento informado del paciente como un “deber” en sentido kelseniano.....	119
3.2. El consentimiento informado del paciente como una “pretensión” o “derecho en sentido estricto” hohfeldiano.....	121
3.3. El consentimiento informado del paciente como un “derecho a algo” en el planteamiento de ALEXY.....	126
4. Recapitulación.....	128

**CAPÍTULO II.
EL CONSENTIMIENTO INFORMADO COMO DERECHO
FUNDAMENTAL**

1. El concepto de derecho fundamental.....	134
1.1. La naturaleza dual de los derechos fundamentales y las objeciones de sobremoralización e inframoralización del concepto.....	134
1.2. Delimitación conceptual de los derechos fundamentales.....	138
1.2.1. El concepto de “disposición de derecho fundamental”.....	138
1.2.2. El concepto de “norma de derecho fundamental”.....	141
1.3. La estructura de los derechos fundamentales.....	147
1.4. Los tres modelos de normas de derecho fundamental.....	155
1.5. El derecho fundamental como “un todo”.....	159

2. El fundamento de los derechos humanos.....	160
2.1. La relación conceptual necesaria entre derechos humanos y derechos fundamentales.....	160
2.2. Aproximaciones generales al fundamento de los derechos humanos.....	162
2.3. El fundamento iusnaturalista de los derechos humanos.....	163
2.3.1. Dilemas acerca del origen de los derechos humanos.....	163
2.3.2. La dignidad humana y primeros principios prácticos.....	165
2.3.3. La búsqueda del “bien común” y la fundamentación de los derechos humanos en el planteamiento de John FINNIS.....	167
2.3.3.1. La justicia como razón para los derechos	167
2.3.3.2. Rasgos de los derechos humanos y sus límites.....	169
2.3.3.3. El análisis formal de los derechos humanos.....	172
2.3.3.4. La especificación de los derechos y la búsqueda del bien común.....	175
2.4. La “acción humana” y el fundamento de los derechos humanos en la obra de Alan GEWIRTH.....	178
2.4.1. La estructura de los derechos humanos.....	178
2.4.2. Condiciones de viabilidad de las propuestas de fundamentación de los derechos humanos.....	182
2.4.3. La propuesta de GEWIRTH.....	188
2.4.3.1. La estructura normativa de la acción humana.....	188
2.4.3.2. La “agencia” (<i>agency</i>) como fundamento de la dignidad humana.....	191
2.4.3.3. El método dialécticamente necesario.....	193
2.5. La tesis constructivista.....	195
2.5.1. Fundacionalismo vs. antifundacionalismo.....	195
2.5.2. La teoría “deflacionaria” de los derechos humanos.....	201
2.5.3. Los derechos humanos y la metafísica de la verdad.....	205
2.5.3.1. Interés y “hechos correspondientes”.....	207
2.5.3.2. Elección, voluntad y coherencia.....	209
2.5.3.3. Derechos, verdad y pragmatismo.....	212
2.6. La tesis de las necesidades.....	215
2.6.1. El concepto de “necesidades”.....	215
2.6.2. Las necesidades básicas como fundamento de los derechos humanos.....	217
2.6.3. La relación entre el lenguaje de los derechos y el lenguaje de las necesidades.....	221
2.6.3.1. El problema de la incertidumbre conceptual.....	221
2.6.3.2. El problema de la prescriptividad de las necesidades.....	224
2.6.3.3. La prioridad del lenguaje de los derechos sobre el lenguaje de las necesidades.....	229
2.7. El enfoque de las capacidades.....	231
2.7.1. Capacidades, igualdad de oportunidades y libertad de elección.....	231

2.7.2. Capacidades y funcionamientos seguros.....	233
2.7.3. Capacidades, dignidad humana y el problema de la medida.....	236
2.7.4. Capacidades y derechos humanos.....	237
2.8. Utilidad, bienestar general y el fundamento de los derechos.....	240
2.8.1. Problemas de la explicación utilitarista acerca de los derechos. Bienestar general vs. derechos.....	240
2.8.2. La fuerza moral de los derechos. Derechos institucionales y derechos morales.....	241
2.8.3. El bienestar general como fundamento de los derechos humanos..	244
2.8.3.1. La reformulación utilitarista de John S. MILL.....	244
2.8.3.2. El principio de libertad personal.....	244
2.8.3.3. El concepto de “derechos”.....	247
3. Los caracteres de los derechos fundamentales.....	251
3.1. La universalidad.....	251
3.1.1. Universalidad, igualdad y dignidad.....	251
3.1.2. La tesis de la “relativa universalidad” de los derechos humanos de Jack DONNELLY.....	255
3.1.2.1. Concepto y tipos de universalidad.....	255
3.1.2.2. Desviaciones en la práctica de los derechos humanos.....	257
3.1.2.3. Dignidad y naturaleza moral humana.....	259
3.1.3. La universalidad de los “derechos genéricos” y el “principio de coherencia genérica” de GEWIRTH.....	261
3.1.3.1. Los rasgos genéricos y las condiciones próximas necesarias para la acción.....	262
3.1.3.2. Los bienes necesarios para la acción.....	264
3.1.3.3. Los derechos genéricos y el PCG.....	265
3.1.3.4. Objeciones a la propuesta de GEWIRTH.....	269
3.2. La inalienabilidad.....	271
3.2.1. El concepto de (in)alienabilidad.....	271
3.2.2. Formas de alienación de los derechos.....	275
3.2.3. Consecuencias de la alienación de los derechos.....	277
3.2.4. Argumentos a favor y en contra de la inalienabilidad de los derechos.....	279
3.2.4.1. Argumentos en contra de la inalienabilidad.....	279
3.2.4.2. Argumentos a favor de la inalienabilidad.....	282
3.3. El carácter absoluto.....	285
3.3.1. Cuestiones acerca del carácter absoluto de los derechos.....	285
3.3.2. La defensa del carácter absoluto de los derechos de GEWIRTH....	288
3.3.2.1. Absolutismo y tipos de absolutismo.....	289
3.3.2.2. El “absolutismo concreto” o “de la regla” de GEWIRTH.....	290
3.3.2.3. Colisión entre derechos genéricos.....	292
3.3.2.4. Especificaciones de los derechos vs. absolutismo.....	294

3.3.2.5. Consecuencialismo vs. absolutismo.....	296
4. El consentimiento informado del paciente como manifestación de un derecho fundamental.....	299
4.1. El consentimiento informado del paciente como norma adscrita de derecho fundamental.....	299
4.2. La relación conceptual existente entre el derecho al consentimiento informado del paciente y el derecho a la integridad personal.....	302
4.3. Caracteres del consentimiento informado como manifestación de un derecho fundamental.....	306
4.3.1. La (relativa) universalidad.....	306
4.3.2. La (in)alienabilidad.....	308
4.3.3. El carácter (no) absoluto.....	310
4.4. El fundamento del consentimiento informado como manifestación de un derecho fundamental.....	312
5. Recapitulación.....	316

CAPÍTULO III.

EL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

1. El proceso de aparición y consolidación del consentimiento informado del paciente en el ordenamiento jurídico español.....	319
2. La regulación del consentimiento informado del paciente en el ordenamiento jurídico español.....	322
2.1. El derecho a la información asistencial.....	325
2.1.1. Titularidad y ejercicio.....	326
2.1.2. Contenido de la información.....	327
2.1.3. Requisitos.....	331
2.1.4. Excepciones.....	333
2.2. El derecho de libre elección.....	342
2.2.1. Titularidad y ejercicio.....	343
2.2.2. Contenido del derecho a la libre elección.....	346
2.2.3. Requisitos.....	349
2.2.4. Excepciones.....	356
3. La responsabilidad médica por incumplimiento de los deberes correlativos al consentimiento informado del paciente.....	361
3.1. Responsabilidad civil médica.....	362
3.1.1. Requisitos esenciales.....	363

3.1.1.1. Daño.....	363
3.1.1.2. Nexos causal.....	370
3.1.1.3. Culpa o negligencia.....	377
3.1.2. Responsabilidad civil contractual y extracontractual.....	382
3.1.2.1. Responsabilidad civil contractual.....	383
3.1.2.2. Responsabilidad extracontractual.....	388
3.2. Responsabilidad de las Administraciones sanitarias.....	391
3.3. Responsabilidad penal.....	397
4. El consentimiento informado del paciente en el ordenamiento constitucional español.....	401
5. Recapitulación.....	409
CONCLUSIONES FINALES.....	413
FINAL CONCLUSIONS.....	422
REFERENCIAS	
1. BIBLIOGRAFÍA CITADA.....	431
2. NORMATIVA.....	462
2.1. Jurisprudencia constitucional.....	462
2.2. Jurisprudencia del Tribunal Supremo.....	463
2.3. Jurisprudencia menor.....	473
2.4. Legislación y otras normas.....	474
3. OTROS TEXTOS CONSULTADOS.....	478

ABREVIATURAS

AAP: Auto de la Audiencia Provincial.

AC: Aranzadi Civil.

ARP: Aranzadi Penal.

BVerfGE: Bundesverfassungsgerichtsentscheidung (Sentencia del Tribunal Constitucional Federal).

BOE: Boletín Oficial del Estado.

BOJA: Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

CC: Código Civil.

CE: Constitución Española.

Convenio de Oviedo/CDHB: Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina.

CP: Código Penal.

DUDH: Declaración Universal de los Derechos Humanos.

DOG: Diario Oficial de Galicia.

FJ: Fundamento Jurídico.

FF.JJ.: Fundamentos Jurídicos.

JUR: Resoluciones no publicadas en los productos CD/DVD de Aranzadi.

LBAP: Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente.

LEC: Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

PCG: Principio de Coherencia Genérica (*vid.* Alan GEWIRTH).

RJ: Repertorio de Jurisprudencia.

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial.

(S)STC: sentencia(s) del Tribunal Constitucional.

STEDH: Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

(S)STS: sentencia(s) del Tribunal Supremo.

TC: Tribunal Constitucional.

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

TS: Tribunal Supremo.

CAPÍTULO I.

EL CONSENTIMIENTO INFORMADO COMO DERECHO SUBJETIVO

El consentimiento informado del paciente es habitualmente considerado como un “derecho” en sentido subjetivo, lo cual se desprende de manera palpable de la propia legislación española disponible en la materia. A pesar de lo anterior no siempre resulta claro qué se ha de entender por tal, surgiendo dudas acerca de la posición jurídica ocupada por el titular y las implicaciones que de dicha consideración se desprenden. Ante la acentuada proliferación del discurso de los derechos, resulta conveniente delimitar correctamente qué significa el concepto de “derecho” en sentido subjetivo, qué condiciones o elementos determinan su titularidad y qué repercusiones presentan la tenencia y el ejercicio del mismo. Con el objetivo de proponer una explicación del consentimiento informado del paciente lo más precisa posible, se iniciará el análisis con un estudio acerca de las claves históricas que muestran el origen, la evolución y la consolidación del concepto de derecho subjetivo, para proseguir con un análisis sistemático de las propuestas efectuadas por algunos de los autores más relevantes del siglo XX hasta la actualidad. Finalmente, se intentarán trasladar las explicaciones y propuestas abordadas al supuesto concreto del consentimiento informado del paciente, objeto de estudio de la presente tesis doctoral.

1. El desarrollo histórico del concepto de derecho subjetivo

1.1. La noción de derecho subjetivo en el Derecho romano

A pesar de que la doctrina ha estimado determinadas expresiones presentes en los textos romanos como equivalentes a la de derecho subjetivo¹, algunos autores han señalado que el empleo del concepto de derecho subjetivo solo parece tener sentido tras el apogeo de la Modernidad², el cual difiere del sentido otorgado por los jurisprudentes romanos, pues tales expresiones designarían una mera

¹ Por ejemplo, *ius fundi, ius testandi, ius utendi fruendi*, entre otras. Vid. MEGÍAS, J.J., “El subjetivismo jurídico en los textos romanos”, en AA. VV., *El derecho subjetivo en su historia*, Servicio de publicaciones de la Universidad de Cádiz, Cádiz, 2003, p. 28.

² En este sentido, CARPINTERO acentúa el importante cambio que supuso la *Escuela de Derecho Natural Moderno*, a través de la cual el *ius* se convierte en una cualidad personal del sujeto (vid. CARPINTERO, F., *Una introducción a la ciencia jurídica*, Civitas, Madrid, 1988, pp. 40-48). Sin embargo, este mismo autor destaca en otro lugar de su obra que a pesar del triunfo del concepto en virtud del racionalismo moderno fueron los nominalistas medievales quienes le otorgaron la estructura necesaria para su consolidación como categoría (vid. CARPINTERO, F., *Historia breve del Derecho Natural*, Colex, Madrid, 2000, pp. 109 y ss.).

posición jurídica y no un derecho subjetivo³, de forma que la posición jurídica acompañaba al objeto del que se podía predicar su titularidad⁴. En opinión de D'ORS, el concepto de "posición jurídica" parece incluir tanto el aspecto objetivo como el subjetivo dentro de un mismo significante, de modo que el *ius sobre una cosa* puede presentarse como una facultad del titular en relación con el contexto jurídico, al mismo tiempo que se configura como el régimen normativo de la cosa misma⁵. Con todo, llegado el período postclásico, la distinción entre las dimensiones objetiva y subjetiva del derecho comienza a configurarse. Durante esta etapa, el emperador acaparó la creación del *ius*, y las *leges* pasan a ser Derecho objetivo en un sentido moderno, puesto que no dejaban lugar a la disposición por parte de los particulares⁶. Los jurisprudentes postclásicos fueron los precursores de aquellos que posteriormente distinguirían entre *res iusta* y ordenamiento (Derecho objetivo), y determinadas facultades (derechos subjetivos), si bien esta distinción no aparecía todavía en los textos clásicos⁷, no pudiendo siquiera entreverse el concepto de derecho subjetivo hasta finales de la República⁸.

En el Derecho romano la noción de derecho subjetivo no constituía una categoría esencial⁹. Originalmente, el término *derecho* aparece vinculado a la idea de la "justicia" y "lo justo", expresado mediante el concepto de *ius*, el cual aludía a la cosa justa u orden judicial socialmente admitido y enunciado por los *iuris prudentes*. En el *Digesto*, CELSO conceptualizó el *ius* como el arte de lo bueno y de lo equitativo, mientras que ULPIANO distinguía entre *ius naturale*, *gentium* y *civile*, como ordenación de lo justo y lo equitativo en los diversos órdenes en los que participaba la persona. De este modo, según ULPIANO, el Derecho natural debía entenderse como el orden de justicia común a todos los animales establecido por naturaleza, el Derecho de gentes sería exclusivamente el propio de los hombres y el civil el orden jurídico propio de cada ciudad en concreto. En esta línea, los jurisconsultos HERGEMONIANO, PAPINIANO, MARCIANO, GAYO y PAULO emplearon derecho en el sentido de "ordenamiento". El término *directum*, por su parte, enunciaba una idea moralizante referida a la conducta justa de una persona como

³ D'ORS, A., "Aspectos objetivos y aspectos subjetivos del concepto de *ius*", en Arangio-Ruiz, V. & Lavaggi, G., *Studi in memoria di E. Albertario*, vol. II, Guiuffrè, Milano, 1953, pp. 285 y ss. Vid. También en *Nuevos Papeles del oficio universitario*, 1980, pp. 280-311.

⁴ Así pues, se podría perjudicar la posición jurídica de un fundo mediante la imposición de cargas, sin que ello conllevara el perjuicio de un derecho subjetivo, ya que el propietario del fundo no tiene un *ius*, sino que ostenta la *res* misma, esto es, el fundo junto con su posición jurídica. Vid. ROBLEDA, O., "La idea del derecho subjetivo en el ordenamiento romano clásico", *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano* 19, 1977, p. 28. Que el dominio no constituyera un *ius*, no obstaculizaba la relación *ius dominii*, pues esta equivalía a la posición justa de dueño, lo cual no coincidía con el *dominium* sin más, sino que constituían realidades distintas. D'ORS, A., "Aspectos objetivos y...", *op. cit.*, pp. 288-289.

⁵ D'ORS, A., "Aspectos objetivos y...", *op. cit.*, p. 290.

⁶ D'ORS, A., "Aspectos objetivos y...", *op. cit.*, p. 297.

⁷ MEGÍAS, J.J., "El subjetivismo jurídico...", *op. cit.*, p. 34.

⁸ ALBANESE, B., "Appunti su alcuni aspetti della storia del diritto soggettivo", en AA.VV., *Studi in onore di Francesco Santoro Passarelli*, vol. I, Napoli, Jovene, 1972, p. 10.

⁹ MEGÍAS, J.J., "El subjetivismo jurídico...", *op. cit.*, p. 17.

aquella que sigue el camino de la rectitud¹⁰. En su sentido objetivo, los términos *ius*, *jura* o *res iusta* significaban una realidad debida a otro en virtud de una relación de igualdad al margen de intereses particulares e intenciones. La doctrina ha señalado que el origen del concepto de derecho reside en la atribución de una cosa debida a un titular como propia apelando a razones de justicia, siendo la consideración de la cosa como debida el fundamento del derecho a favor de su titular¹¹. De este modo, resulta posible afirmar que en el Derecho romano el término *ius* comprendía tanto la concepción objetiva como subjetiva¹². La opinión doctrinal mayoritaria sostiene que durante el período clásico el concepto de “justicia” (*jus* o *jura*) no se basaba en una cuestión de titularidad, sino más bien de estatus, en tanto que consistía en determinar si el individuo se situaba en una posición que le concedía potestades o facultades. Sin embargo, existen posturas contrarias a la concepción del *jus* como posición justa¹³. Por lo demás, un sector doctrinal ha señalado la frecuente identificación de los conceptos de acción y derecho subjetivo hasta principios del siglo XIX. No obstante, esta equiparación ha sido calificada como inexacta, pues si se entiende la acción como un simple derecho a exigir en juicio lo que es debido, entonces sería lógico pensar en un derecho subjetivo “en pie de guerra”. Además, tal identificación puede rechazarse en virtud de la función de la acción de activar un mecanismo procesal de defensa independiente respecto del objeto del derecho subjetivo¹⁴.

En definitiva, a pesar de los desacuerdos doctrinales al respecto de la existencia de la noción de derecho subjetivo en los textos romanos, parece posible concluir que en el Derecho romano no existió una división conceptual formal entre los conceptos de Derecho objetivo y derecho subjetivo, al menos tal y como se construye en el lenguaje de la ciencia jurídica actual. Tampoco resulta adecuado hablar de una concordancia entre la noción de *ius* y el significado contemporáneo del término “derecho subjetivo”, al menos en sentido estricto, ya que esta expresión albergaba tanto el sentido objetivo como el subjetivo. Con todo, durante

¹⁰ D'ORS, A., *Elementos de Derecho privado romano*, Eunsa, Pamplona, 1975, p. 28.

¹¹ SCHOUPE, J.P., “La concepción realista del Derecho”, *Persona y Derecho* 11, 1984, p. 622. *Vid.* también HERVADA, J., *Historia de la Ciencia del Derecho Natural*, 3ª ed., EUNSA, Ediciones de la Universidad de Navarra, Pamplona, 1996; y FINNIS, J., *Natural Law and Natural Rights*, 2nd Edition, Oxford University Press, Clarendon, [1980] 2011 (versión en español: *Ley natural y derechos naturales*, traducción de Cristóbal Orrego Sánchez y Raúl Madrid Ramírez, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992).

¹² D'ORS, A., “Aspectos objetivos y...”, *op. cit.*, p. 277.

¹³ A esta corriente se ha sumado Olís ROBLEDA, quien no ha encontrado vínculos entre la posición jurídica o el estatus y las acciones que podían corresponder a un sujeto, lo cual le ha llevado a afirmar la existencia de derechos subjetivos en relación con las acciones concedidas a los individuos sin necesidad de atender a un derecho subjetivo anterior. (*vid.* ROBLEDA, O., “La idea del...”, *op. cit.*, p. 26). Sin embargo, este razonamiento ha sido tachado de artificial por MEGÍAS al haberse prescindido del estatus del *cives*, siendo este determinante para la solicitud de la protección pretoriana, pues dicho estatus del individuo y su relación con el objeto del litigio era lo que motivaba el otorgamiento, o no, de la acción por el pretor, *vid.* MEGÍAS, J.J., “El subjetivismo jurídico...”, *op. cit.*, p. 27.

¹⁴ LÓPEZ-LÓPEZ, A.M., *Derecho Civil. Parte General*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1992, pp. 324-325.

el período postclásico se atisba el inicio remoto del camino hacia la distinción entre Derecho como orden objetivo de valores y el conjunto de derechos pertenecientes a los sujetos con interés en el objeto sobre el cual versa el derecho en cuestión, de modo que acudir a las referencias del Derecho romano permitirá señalar la evolución del orden de cosas que han posibilitado el posterior desarrollo de dicha noción a finales de la Edad Media y principios de la moderna¹⁵.

1.2. El desarrollo de los conceptos jurídicos subjetivos en la escolástica medieval

La escolástica bajomedieval se caracterizó por las divergencias epistemológicas existentes entre los autores nominalistas, quienes concebían todo lo que existe como algo particular; y tomistas, quienes sostenían la existencia real de los universales. En este contexto florece la noción de libertad personal, donde el concepto de persona es delimitado en función de las explicaciones trinitarias procedentes de Roma y la noción de incomunicabilidad de la misma. Los teólogos bajomedievales identificaron la noción de persona con el ser humano, de manera que cada ser humano se constituyó en persona. De la incomunicabilidad y la correspondiente soledad se siguió inmediatamente la noción de libertad personal, lo cual tuvo como consecuencia la ruptura de la antigua concepción de persona vinculada a una expectativa socialmente estereotipada u *officium*¹⁶. De este modo, la noción de libertad transita a partir de este momento desde la libertad en sentido clásico concebida como participación del individuo en la comunidad político-jurídica hacia una idea de libertad como autonomía, mucho más individualista, cuya consolidación será evidente a partir de la Modernidad y que ha posibilitado la actual concepción predominante de los derechos como manifestaciones de la autonomía de su titular, quien *a priori* puede ejercerlos a su antojo, a salvo de los límites necesarios para el ejercicio de los derechos de los demás. Como se verá a lo largo de esta exposición, a este paradigma responde la idea de consentimiento informado del paciente entendido como una manifestación de su autonomía decisoria, de manera que el estudio de estos cambios permitirá identificar los antecedentes remotos del paradigma actualmente vigente.

Prosiguiendo con el análisis histórico, es destacable el gran poder que la Iglesia Católica ejerció durante la Edad Media a través del Derecho canónico¹⁷. Sin

¹⁵ BRETONE ha situado origen del concepto de derecho subjetivo a finales de la Edad Media y principios de la Modernidad, no pudiendo ser traspuesto con exactitud a los siglos anteriores. *Vid.* BRETONE, M., "La «conciencia ironica» della romanística", *Labeo: rassegna di diritto romano* 43(2), 1997, pp. 187-201. No obstante, A.M. LÓPEZ ha propuesto un nacimiento más tardío, pues sitúa su nacimiento en el contexto del ensalzamiento del individuo efectuado por la Escuela del Derecho Natural Racionalista. *Vid.* LÓPEZ-LÓPEZ, A.M., *Derecho Civil. Parte...*, cit., pp. 308-309 y 346.

¹⁶ CARPINTERO, F., "El desarrollo de la libertad personal en la Escolástica", en AA. VV., *El derecho subjetivo en su historia*, Servicio de publicaciones de la Universidad de Cádiz, 2003, p. 36.

¹⁷ FIGGIS, J.N., *Studies of political thought from Gerson to Grotius 1414-1625*, Cambridge University Press, Cambridge, [1907] 1956, pp. 4 y 15.

embargo, este poder eclesiástico no era absoluto, por lo que los canonistas recurrieron al término “potestad” para solucionar los problemas relativos a la explicación jurídica de la naturaleza del poder eclesiástico, lo cual generó la necesidad de conceptualizar dicha noción, pudiendo consistir tanto en la posibilidad de hacer algo como hacer referencia a una acción procesal, si bien las autoridades eclesiásticas de esta época emplearon indistintamente los términos *facultas*, *potestas*, *jus* y *dominium*¹⁸. VILLEY ha señalado que la conceptualización de la noción de derecho subjetivo tiene lugar en esta época gracias a la labor del franciscano Guillermo de OCKHAM. En cambio, TIERNEY ha atribuido la noción de derecho subjetivo a los canonistas del siglo XII, de manera que OCKHAM simplemente se habría limitado a usarla¹⁹. Ciertamente, la doctrina ha afirmado que la canonística desarrolló un modo propio de expresarse basado en los *jura*, las *facultates*, las *potestates* y los *dominia*²⁰. El reconocimiento de la ausencia de una sustancia conmensurable introdujo un cierto nominalismo jurídico entre los canonistas, quienes concluyeron que los individuos simplemente tenían potestades en el sentido de poderes y facultades que desencadenaban en la acción, lo cual dio lugar a derechos subjetivos sujetos a una finalidad y primer antecedente de la configuración de los derechos individuales. De hecho, la idea de la libertad individual se inicia en la forma de derechos subjetivos fundamentados en el denominado Derecho natural. En ocasiones tales derechos se derivaron de la naturaleza objetiva de cada cosa, mientras que en otras fueron concebidos como capacidades inmotivadas de libertad que recaían sobre todo ser humano²¹.

La recepción del *Corpus Juris Civilis* justiniano permitió el conocimiento del Derecho romano por parte de la cultura jurídica occidental europea, permitiendo el conocimiento indirecto de las opiniones de los juristas romanos clásicos, aunque fragmentariamente y mezcladas con las corrientes filosóficas que coexistieron durante el período bajoimperial²². Es en este momento cuando toman relevancia las tesis relativas a la igual libertad originaria, la común posesión de todas las cosas y de lo bueno y equitativo. Junto al *Corpus Juris*, los estudiosos medievales contaban con las *Etimologías* de Isidoro de SEVILLA, donde se define Derecho natural (*fas*)²³ en atención a la “común posesión de todo” (*communis omnium*

¹⁸ CARPINTERO, F., “El desarrollo de...”, *op. cit.*, p. 40.

¹⁹ GUZMÁN BRITO, A., “Los orígenes de la noción de sujeto de derecho”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 24, 2002, pp. 192-194. CARPINTERO, F., “El desarrollo de...”, *op. cit.*, p. 41.

²⁰ CARPINTERO, F., “El desarrollo de...”, *op. cit.*, p. 42.

²¹ Dicho extremo fue explicado por la escolástica española de finales del siglo XVI, concretamente por los célebres juristas Luis de MOLINA y Francisco SUÁREZ. *Vid.* CARPINTERO, F., “El desarrollo de...”, *op. cit.*, p. 43.

²² Se ha de hacer referencia en este punto a las corrientes filosóficas maniqueas, gnósticas y neoplatónicas similares al cristianismo, las cuales bien podrían equipararse a verdaderas religiones, como así ha señalado CARPINTERO, *vid.* “El desarrollo de...”, *op. cit.*, *ibidem*.

²³ Los juristas romanos extrapolaban al término *fas* (Derecho natural) y el de *jus* empleado para denominar al Derecho positivo. Por su parte, Isidoro de SEVILLA empleó el concepto de *jus* para referirse a *lex humana*, reservando el de *fas* para mencionar a la *lex divina*. *Vid.* CARPINTERO, F., “El desarrollo de...”, *op. cit.*, p. 44.

possessio) y la “igual libertad de todos los hombres” (*omnium una libertas*). Así pues, la doctrina romana acerca del Derecho natural se alzó en este periodo sobre tres pilares: la común posesión de todas las cosas, la igual libertad de todos y la posibilidad de actuar libremente sin daño para otros. Sin embargo, fue la *Nueva Ciencia del Derecho Natural*, durante los siglos XVI y XVII, la que promovió que la libertad personal pasara a ser el eje de la nueva *Juris Naturalis Disciplina*. En este sentido, VÁZQUEZ DE MENCHACA fue el primer jurista en considerar la libertad individual como pilar basilar de su doctrina, tomando el relevo de las doctrinas isidorianas y del *Corpus Iuris Civilis*²⁴. Posteriormente, se irán consolidando tres tipos de libertad en la tradición del *Jus Commune*: la filosófica, la natural y la jurídica²⁵.

Hasta el siglo XIV, las nociones de persona, libertad o voluntad presentaron un carácter fundamentalmente teórico, pero fue a partir de la polémica entre el Papa Juan XXII y los Hermanos Menores de San Francisco cuando se otorga relevancia jurídica y teológica a aquellos elementos implicados en la categoría de persona, ya que para los franciscanos los derechos, especialmente el de propiedad en tanto que representativo de la exclusión de los demás y la avaricia, eran algo indigno para un cristiano. En opinión de OCKHAM, el dominio en sentido jurídico no sería más que una de las cinco manifestaciones del dominio, siendo posible adquirirlo por la dignidad del mérito, la necesidad, el *jus poli*²⁶ o la sinceridad de la conciencia y según el derecho. OCKHAM identificó el dominio con la imposibilidad de privación de algo por la fuerza sin razón²⁷, lo cual supuso un criterio negativo que dejaba margen a diferentes nociones de derecho. Asimismo, le atribuyó naturaleza procesal, de manera que todo dominio podía ser perseguido y reivindicado ante un tribunal. OCKHAM destacó el carácter de potestad o facultad de todo dominio, en tanto que consistente en una libertad de disposición, dando paso al concepto de arbitrio, en contraposición con la discrecionalidad de la ciencia jurídica romanista que entendía el ejercicio del derecho como el cumplimiento de unos fines determinados (*officium*). En definitiva, OCKHAM entendió el dominio como “la potestad humana principal de vindicar en juicio una cosa temporal, y de usarla de cualquier modo no prohibido por el derecho natural”²⁸.

²⁴ CARPINTERO, F., “El desarrollo de...”, *op. cit.*, p. 45.

²⁵ CARPINTERO, F., “El desarrollo de...”, *op. cit.*, p. 50.

²⁶ Se trata de un derecho concedido por Dios, terminología que OCKHAM tomó de SAN AGUSTÍN y que este describía como la equidad natural revelada por Dios, equiparable a la recta razón y cuya existencia es independiente de cualquier constitución puramente positiva, ya sea esta humana o divina. *Vid.* OCKHAM, G., “Opus nonaginta dierum” [Lyon, 1494], en Offler, H.S. (ed.), *Opera política*, Mancunii, 1974, cap. 65, pp. 573 y 574.

²⁷ OCKHAM, G., “Opus nonaginta dierum”, *op. cit.*, cap. 2.

²⁸ Esta afirmación permitió a OCKHAM negar el derecho de los clérigos sobre las cosas temporales, pues, aunque podían vindicarlas en juicio, no podían usar las cosas eclesiásticas a su “libre arbitrio” (*ad suum libitum*). La afirmación de que todo ser humano goza de una *potestas* radical anterior al ordenamiento humano, permitió a los Franciscanos actuar al margen del Derecho humano. En este sentido, OCKHAM vendría a afirmar la existencia de una “licencia de uso”, si bien no constituye un *jus*

Juan de GERSON, por su parte, cristalizó en su obra tanto las teorías de SCOTO como las de OCKHAM. Al igual que había hecho OCKHAM, GERSON despreciaba el derecho de propiedad, proponiendo como alternativa un dominio fundado en la “justicia original” (*prima justitia*)²⁹, en virtud de la cual la criatura racional poseía un derecho concedido por Dios para tomar las cosas inferiores para su uso y conservación, consistente en un *dominium libertatis*³⁰. GERSON introdujo el término *electivus*, que en la escolástica designaba a aquellos actos de la voluntad libre, noción que tendrá especial repercusión durante la Edad Moderna. Asimismo, empleó indistintamente los conceptos de *jus*, *dominium* y *potestas*, explicando asimismo la existencia de una potestad, facultad o derecho para tomar aquello necesario para la vida³¹. Sin embargo, concibió el Derecho civil como una facultad o uso lícito según las leyes razonablemente estatuidas y definió el concepto de derecho como una facultad personal, esto es, un tipo de potestad³². Para GERSON toda potestad se originaba a partir de aquella *prima justitia*, a partir de la cual se originaban las leyes, las jurisdicciones y los dominios justos³³. Solo de una potestad podía surgir una facultad o derecho³⁴, lo cual era posible en tanto que entendía lo vinculante a partir de su negación o, lo que es lo mismo, la generación de un deber de respetar todo lo que no puede ser privado sin causa suficiente, de forma que de negarse o impedirse supondría una injuria, ya que para GERSON todo ser tenía una potestad o facultad para hacer aquello requerido por naturaleza³⁵.

Por su parte, Conrado de SUMMENHART, ilustre discípulo de GERSON, ya distinguió el concepto de derecho en su doble vertiente objetiva y subjetiva. Por una parte, entendió Derecho como la Ley; por otra, equiparó derecho a potestad. El propio SUMMENHART reconoció que el Derecho como Ley y el derecho como potestad difieren, pues este último constituye una relación o hábito fundado en aquello a lo que se dice que el sujeto tiene derecho, y termina en la cosa a la cual se tiene derecho. Esta potestad puede entenderse en un doble sentido como una

utendi, previa a todo Derecho positivo. OCKHAM, G., “Opus nonaginta dierum”, *op. cit.*, cap. 2, pp. 3 y 11.

²⁹ La “justicia original” en GERSON equivale a la idea de “integridad natural”. Vid. GERSON, J., “Tractatus de potestate ecclesiastica et de origine juris et legum”, en Ellies du Pin, L. (ed.), *Opera omnia*, Antwerpiae, [1417] 1706, vol. III, columna 253.

³⁰ Se trata de una facultad adecuada al ser humano resultante de la condescendencia de Dios, de forma que este otorga libertad al ser humano para hacer u omitir aquellos actos resultantes de su libertad, en atención a los dictados de su alma racional. Vid. GERSON, J., “Tractatus de potestate...”, *op. cit.*, col. 253.

³¹ GERSON, J., “Tractatus de potestate...”, *op. cit.*, col. 234.

³² GERSON, J., “Tractatus de potestate...”, *op. cit.*, col. 227.

³³ GERSON, J., “Tractatus de potestate...”, *op. cit.*, col. 250.

³⁴ Véase la incompatibilidad de este planteamiento de GERSON respecto de la definición de potestad efectuada por Jacobo ALMAIN quien la definió como un “cierta facultad adecuada para ejercer alguna operación en algún supuesto”. Vid. *De potestate ecclesiastica*, Paris, 1526, fol. 1. Citado por CARPINTERO, F., “El desarrollo de...”, *op. cit.*, p. 40.

³⁵ FOLGADO, A., “Evolución histórica del concepto del derecho subjetivo: estudio especial en los teólogos-juristas españoles del siglo XVI”, *Anuario jurídico y económico escurialense* 1,1960, pp. 153-154.

realidad “electiva” del alma humana al producir sus actos, de forma que el alma constituye una realidad absoluta y no una relación; o formalmente, según su significado, de modo que se trataría de un hábito del alma basado en dicha realidad, por el cual el alma tiende al objeto y la potencia constituye la relación. Entender el derecho de este segundo modo supondría equipararlo al dominio en sentido estricto, pues el *dominium* en un sentido amplio implica algo que trasciende la razón de ser del derecho. No obstante, el dominio se constituye aquí como una noción menos amplia que la de *jus*, en tanto que una persona puede usar la cosa sin ser su propietaria. Según SUMMENHART el derecho o *jus* establecía una relación objetiva y, por tanto, equivalente entre las dos partes de una relación jurídica; mientras que el *dominium* constituía una potestad o facultad vertical (“de arriba abajo”), mediante la cual un superior domina a un inferior, ya sea persona o cosa³⁶. Sin embargo, en repetidas ocasiones SUMMENHART identificó el *jus* con el *dominium*, reduciendo así todas las manifestaciones de derechos a dominios. Asimismo, recogió la idea de Derecho natural preceptivo, negativo y concesivo propio de la escolástica³⁷, el cual posibilitaba hacer algo sin necesidad de ordenar ni prohibir nada, y al que subyacía la tesis de que todo cuerpo “natural”³⁸ tiene derecho a hacer aquello a lo que tiende por naturaleza (dominio original), en virtud de su creación. A partir de esta idea, SUMMENHART construyó el derecho natural a la libertad de toda persona³⁹.

Los últimos escolásticos nominalistas del siglo XV⁴⁰ enfatizaron la incomunicabilidad de la persona como rasgo constitutivo de la misma⁴¹. En este periodo, el Derecho fue considerado como un mal necesario y una forma degradada de vivir conforme a la Ley natural. Es en este momento cuando se fragua el dualismo todavía persistente entre el mundo del ser, moralmente neutro, no creado por el hombre; y el mundo del deber ser representado por la *lex imperans seu praecipiens*, dependiente de la voluntad y moral humanas, causa eficiente y fundamento del deber ser. Autores como BIEL, ALMAIN y MAYR, abandonando el criterio *formaliter*⁴² seguido por SCOTO, iniciaron el camino del

³⁶ SUMMENHART, C.d., *De Contractibus licitis atque illicitis Tractatus*, Venetiis, 1580, Tract. 1, q. 1.

³⁷ MEGÍAS, J.J., “De la facultad moral a la cualidad moral: el derecho subjetivo en la Segunda Escolástica tardía”, *Anuario de Filosofía del Derecho* 9, 1992, pp. 325-349.

³⁸ En este punto se incluyen tanto los seres humanos como los animales o las estrellas, pues para SUMMENHART el dominio no se concede a las criaturas cognitivamente, sino que se trata de un *dominium* atribuido en razón de un don natural de concesión divina. Vid. SUMMENHART, C.d., *De Contractibus licitis...*, *op. cit.*, Tract. 1, q. 6, p. 23.

³⁹ SUMMENHART, C.d., *De Contractibus licitis...*, *op. cit.*, Tract. 1, q. 1.

⁴⁰ Destacan en este período personajes como el teólogo francés Jacobo ALMAIN, el alemán Gabriel BIEL o el escocés Juan MAYR.

⁴¹ BIEL, G., *Commentarii doctissimi in IIII Sententiarum*, Brixiae, 1674, *op. cit.*, L. III, Dist. 1, p. 2-B.

⁴² El criterio *formaliter* o *ex objecto* pretendía el estudio de las cosas en sí mismas al margen de las circunstancias. Dicho criterio postula la existencia de un orden metafísico del ser, de forma que la razón humana participaba de un orden nouménico, que es conocido de forma directa sin ayuda de los sentidos, lo cual vino a conocerse como conocimiento formal. Sus defensores entendieron que la propia naturaleza de la cosa determina de forma unívoca la bondad o maldad de las acciones

individualismo y del voluntarismo, sosteniendo que la voluntad ha de entenderse, en tanto que opuesta a la naturaleza, como la potestad por la que es dueña de sus actos, no pudiendo ser forzada dado que estos están bajo su potestad⁴³. Por lo que se refiere a la libertad, fue entendida como la neutralidad de la potestad de querer e indiferente a las posibilidades de acciones opuestas, pues en su poder está querer alguno de los extremos, ya sea hacer u omitir⁴⁴. Además, estos nominalistas establecieron teorías acerca de un *dominium originale* previo al *jus civile* o Derecho positivo, se trataría de un plano prejurídico previo al Derecho natural del que surgen verdaderas facultades de obrar. En este sentido, según la clasificación de ALMAIN, el dominio podía ser natural, original, evangélico y civil⁴⁵. Así, en consonancia con el voluntarismo profesado por dicho teólogo francés, el dominio civil estaría originado por el consenso social conjunto o de a quien la sociedad había concedido el poder. Siguiendo las tesis de OCKHAM, lo más genuino del dominio civil sería la posibilidad de reivindicarlo procesalmente ante un tribunal humano⁴⁶, siendo este plano de lo procesal designado por los nominalistas como *prima justitia* o *recta ratio*. ALMAIN siguió la definición de derecho de GERSON, en tanto que potestad o facultad que corresponde a cualquiera según el dictamen de la recta razón, entendiendo el *dominio* como el derecho que compete a cada cual, siendo el derecho esa misma facultad⁴⁷. Por lo demás, dicho dominio se extendía a todo aquello necesario para el sustento y conservación de la vida⁴⁸.

El nominalismo tardío recogió el subjetivismo propio de la noción de derecho en sentido subjetivo. ALMAIN afirmó que toda *auctoritas* era necesariamente una potestad, pues entendía que todo dominio suponía siempre una potestad⁴⁹. Ya anteriormente, los nominalistas se habían ocupado de si el dominio se determinaba por la cosa misma o por una relación que se establece entre una persona y una cosa. Al respecto, MAYR destacó que era el titular del dominio quien

humanas, y posteriormente la licitud e ilicitud. Esta tesis puede reconocerse tanto en el propio Duns SCOTO, como en los conimbricenses Gabriel VÁZQUEZ BELMONTE, Luís de MOLINA, Francisco SUÁREZ y posteriormente en Hugo GROCIO, dado las influencias que en su pensamiento presenta la Escuela de Salamanca, especialmente la figura de Francisco SUÁREZ. Este criterio fue rechazado recurrentemente por Tomás de AQUINO, quien se cuestionó la existencia de un orden metafísico como tal, pues el ser humano no atiende a las cosas por ellas mismas, sino que estas son buenas o malas para el hombre, a pesar de admitir la existencia de un orden objetivo de ideas, si bien en el plano teórico, no pudiéndose aplicar directamente a la práctica (*Vid. Suma teológica*, I-II, q. 18, art. 2 y q. 19, arts. 2 y 3). CARPINTERO, F., *La ley natural: historia de un concepto controvertido*, Encuentro, Madrid, 2008, pp. 140, 165, 176, 216 y 365 (entre otras). También en CARPINTERO, F., "El desarrollo de...", *op. cit.*, pp. 111 y ss.

⁴³ BIEL, G., *Commentarii doctissimi in...*, *op. cit.*, L. II, Dist. 25, quaestio unica, p. 131-G.

⁴⁴ BIEL, G., *Commentarii doctissimi in...*, *op. cit.*, L. II, Dist. 25, quaestio unica, p. 130-B.

⁴⁵ ALMAIN, J., *A decima quarta distinctione questiones Scoti profitentis*, Paris, 1526, Dist. 15, q. 2, p. 27-Dorso.

⁴⁶ ALMAIN, J., *A decima quarta...*, *op. cit.*, Dist. 15, q. 2, p. 53-Dorso.

⁴⁷ ALMAIN, J., *A decima quarta...*, *op. cit.*, Dist. 15, q. 2, p. 27-Dorso.

⁴⁸ ALMAIN, J., *De origine jurisdictionis civilis*, Paris, 1518, p. 46. *Vid.* GROSSI, P., "Usus facti. La nozione di proprietà nella inaugurazione dell'età nuova", *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* 1(1), 1972, pp. 341-342.

⁴⁹ ALMAIN, J., *A decima quarta...*, *op. cit.*, Dist. 15, q. 2, p. 30.

tenía en sí la sustancia y el mismo ser de la cosa poseída, siendo el quien puede poseer y usar la cosa *ad proprium libitum*⁵⁰. Por su parte, VÁZQUEZ DE MENCHACA, a pesar de no manejar una noción unívoca, concedió mayor atención a aquella idea que entendía el Derecho natural como la libertad natural que todos los hombres poseían en el *status naturae*⁵¹. En otra orden de cosas, el jurista español explicó las tesis acerca de la libertad y la doctrina del *dominium*, estableciendo el fundamento del derecho de propiedad en el dominio que el ser humano tiene sobre sí mismo, y en virtud de su intelecto y su voluntad o libre arbitrio. Igualmente, señaló que todo dominio era por naturaleza ilimitado y de uso *ad libitum* por su titular, de modo que concebía las categorías del dominio, libertad y facultad como intrínsecamente relacionadas. Siguiendo a GERSON, VÁZQUEZ DE MENCHACA definió el dominio como la facultad de quien puede hacer lo que quiera, salvo prohibición derivada de la violencia o del derecho, aunque su distinción entre los conceptos de libertad, propiedad y dominio no es completamente clara, pues identificaba el hecho de tener dominio en las cosas como tener una facultad libre sobre ellas⁵².

Nominalistas y tomistas se diferenciaban en su concepción acerca de la noción de libertad. Así pues, mientras que los nominalistas concibieron al ser humano como ser primordialmente incomunicable, de modo que el entorno humano no formaba parte del hombre, quien estaba a solas con su buena voluntad y su capacidad para transformar de forma técnica dicho entorno. Los tomistas, por su parte, siguiendo la doctrina aristotélica de la *praxis*⁵³, configuraron al ser humano como una función del entorno que le correspondía⁵⁴. Tomás de AQUINO concedió gran importancia a las actuaciones que proceden desde “las operaciones propias de cada ser”⁵⁵, ya que todo lo que no proceda de ellas constituye un movimiento violento, objeto de estudio de la Física. La forma de obrar humana se presenta traspasada por la libertad, pues el hombre ejerce el dominio sobre sus actos y es la causa de lo que hace⁵⁶. En su explicación, AQUINO no reconoció la voluntad como una realidad separada del resto de la persona, sino que consideró la totalidad del hombre, de manera que racionalidad y voluntariedad aparecen superpuestas en su pensamiento. Además, insistió en que la libertad supone que el hombre es causa de su actuación, puesto que lleva en sí el motivo por el que decide

⁵⁰ MAYR, J., *Quaestiones utilissimae in Quartum Sententiarum*, Paris, 1521, q. 15, p. 76-Dorso.

⁵¹ VÁZQUEZ DE MENCHACA, F., *Controversiarum illustrium aliarumque usu frequentium libri tres*, Rampazetus, Venetiis, 1564, cap. 82, § 1.

⁵² VÁZQUEZ DE MENCHACA, F., *Controversiarum illustrium aliarumque...*, *op. cit.*, cap. 17, § 4 y 6.

⁵³ La noción de *praxis* indica una realidad biológica que indica la forma de comportarse un ser de acuerdo con lo que es, pues obrar es “la operación del ente en acto”. *Vid.* AQUINO, S.T., *Suma teológica*, I, q. 75.

⁵⁴ Se condiciona en este punto la existencia de las capacidades o sentidos del hombre a la existencia de realidades u objetos que pueden ser aprehendidos por tales capacidades, de modo que el hombre usa de la razón porque existen razonamientos que hacer e ideas que han de ser pensadas y dispone de intelecto en virtud de la existencia de instituciones morales que han de ser entendidas. *Vid.* CARPINTERO, F., “El desarrollo de...”, *op. cit.*, p. 158.

⁵⁵ AQUINO, S.T., *Suma contra los gentiles*, Barcelona, RBA, 2014, § 2394.

⁵⁶ AQUINO, S.T., *Suma contra los gentiles*, *op. cit.*, § 2394.

por sí mismo, de modo que solo quien posea el dominio de sus actos tendrá libertad. Asimismo, mantuvo que la voluntad individual no se determina por una sola representación. Por lo que se refiere al determinismo, afirmó que “todo lo que es causado se convierte en su causa por el deseo”⁵⁷. Por lo demás, para AQUINO la persona virtuosa siempre actúa libremente, en tanto que no es forzada por la Ley, sino que la cumple espontáneamente⁵⁸. En la Escuela franciscana, el ser humano era concebido como dueño de sí mismo y de las cosas externas⁵⁹, configurándose la razón como aquella facultad que asiste a la elección. El derecho se configuraba predominantemente como *dominium*, lo cual ya era perceptible en la identificación de GERSON al respecto de las categorías de *potestas*, *facultas* y *dominium*. Esta idea gozó de amplia aceptación entre los nominalistas, quienes ya en la segunda mitad del siglo XVI afirmaron mayoritariamente que los términos *jus* y *dominium* eran completamente intercambiables⁶⁰.

1.3. El triunfo de la razón y la superación de las fuentes clásicas

El humanismo jurídico se integra en el movimiento del *ius commune*, por lo que su pensamiento deriva parcialmente de la corriente bajomedieval. El estudio efectuado por los juristas medievales y humanistas versa sobre los materiales del Derecho romano proporcionados por la Compilación justiniana, la cual no recogía el concepto de derecho subjetivo, dado que la *jurisprudencia* romana clásica no conoció esta idea⁶¹. Los doctores del Derecho común concibieron el Derecho como un conjunto de preceptos que representaban las exigencias de la justicia en un orden más concreto. De este modo, durante la Edad Media, se concibió el Derecho como un orden objetivo de justicia circunscrito a una serie de leyes y principios orientados a regular, limitar y autorizar la actuación de las personas. Fue al tratar de explicar dichos límites y autorizaciones cuando estos autores expusieron pormenorizadamente un conjunto de poderes que en ocasiones denominaron como *ius*. No obstante, cabe recordar que el Derecho romano no fue totalmente ajeno a esta mentalidad, puesto que ya había reconocido poderes de los sujetos sobre cosas y personas, si bien considerados como datos prejurídicos y no como derechos propiamente dichos⁶².

Los romanistas medievales asumieron que el Derecho también protegía un ámbito de poder propio del sujeto, aunque este poder aparezca denominado como

⁵⁷ AQUINO, S.T., *In Librum Beati Dionysii de divinis nominibus expositio*, Marietti, Taurini, 1950, § 296.

⁵⁸ AQUINO, S.T., *Suma teológica* I-II, q. 96, art. 5.

⁵⁹ SUMMENHART, C.d., *De Contractibus licitis...*, *op. cit.*, Tract. I, q. 6, p. 24.

⁶⁰ CÓRDOBA, A.d., *Opera quinque libris Digesta*, Venetiis, 1569, L. I, q. 36, p. 287.

⁶¹ RODRÍGUEZ PUERTO, M.J., “Jus commune y derechos subjetivos en el siglo XVI”, en AA. VV., *El derecho subjetivo en su historia*, Servicio de publicaciones de la Universidad de Cádiz, 2003, p. 291.

⁶² GUZMÁN BRITO, A., “Los orígenes de la doctrina de los derechos innatos”, *Cuadernos de historia* 6, 1996, pp. 121-132. GUZMÁN BRITO, A., “Presentación”, en VILLEY, M., *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Universidad Católica de Valparaíso, 1976, p. 18.

dominium y no como *ius*. No obstante, el término *dominium* poseía diferentes significados en la Edad Media, pues designaba situaciones de dominación jurídica sobre personas y cosas diferentes a la actual propiedad privada⁶³. Y cuando se menciona la propiedad privada, esta no se correspondía con el sentido moderno de la misma, pues frecuentemente aparecía fragmentada en diversas facetas y utilidades, de modo que no constituía un poder ni absoluto ni exclusivo del titular⁶⁴. En el siglo XIV, Bartolo de SASSOFERRATO sostuvo que el *dominium* era un derecho a la perfecta disposición sobre una cosa corporal, a salvo de las limitaciones legalmente establecidas. Sin embargo, también lo concibió como un poder sobre cosas incorpóreas, incluidos los derechos⁶⁵. No obstante, con independencia de los límites de ese poder, la doctrina ha afirmado que en la tesis de SASSOFERRATO el *dominium* aparece dispuesto a modo de una facultad jurídica⁶⁶. La palabra *ius* presenta diversos aspectos: *ius* como acción que se ejercita; *ius* como mecanismo procesal o procedimiento que se sigue de dicha acción; e *ius* como derecho por el cual se pide, pudiéndose identificar algunos de ellos con la noción de facultad. Progresivamente el uso de *ius* como facultad o poder se va difundiendo cada vez más entre los juristas, en este sentido Lucca da PENNE, comentando el Codex justiniano, señaló que el concepto de derecho posee múltiples acepciones, entre las que destaca el dominio directo, “cualidad” para ciertos asuntos o juicios, e *ius* como *potestas*⁶⁷. No obstante, la doctrina ha señalado que tales consideraciones no constituyen definiciones propiamente dichas, sino tan solo supuestos en los que se emplea la palabra *ius*⁶⁸.

Durante el humanismo jurídico del siglo XVI se elaboraron múltiples compendios que pretendían la superación de la ordenación de las fuentes romanas. Estos compendios fueron precedidos por la publicación de tratados que procuraban exponer las principales materias que componían el *ius commune*. Quizá el más famoso de los sistemáticos del siglo XVI sea Hughes DONEAU o DONELLUS, quien en su obra otorgó primacía a los derechos subjetivos⁶⁹. Respecto del contenido del Derecho, sostuvo que no todos los mandatos son jurídicos, sino tan

⁶³ CARPINTERO, F., “El desarrollo de...”, *op. cit.*, p. 73.

⁶⁴ BUSSI, E., *La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto commune (diritti reali e diritti di obbligazione)*. Studi di diritto privato Italiano e straniero diretti da Mario Rotondi, vol. XXVII. Padova, Cedam, 1937. X u. 337 S. GROSSI, P., *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale*, CEDAM, Padova, 1968, pp. 103-ss. y 131-ss.

⁶⁵ BUSSI, E., *La formazione dei...*, *op. cit.*, pp. 18-19. COING H., “Zur Eigentumslehre des Bartolus”, en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Römische Abteilung* 70, 1953, p. 349. COING cree percibir en la teoría de Bartolo de SASSOFERRATO acerca del *dominium* la existencia de derechos subjetivos en el *ius commune*, *ibidem*, pp. 361 y 366. RODRÍGUEZ PUERTO, M.J., “Jus commune y...”, *op. cit.*, p. 294.

⁶⁶ BUSSI, E., *La formazione dei...*, *op. cit.*, p. 19. GROSSI, P., *Le situazioni reali...*, *op. cit.*, p. 144.

⁶⁷ PENNE, L.d., *Commentaria D. Lucae De Penna iuriscons. Clarissimi in tres posteriores lib. codicis Iustiniani*, Lugduni, 1582, Lib. I, tit. I, 1, fol. 4.

⁶⁸ RODRÍGUEZ PUERTO, M.J., “Jus commune y...”, *op. cit.*, p. 299.

⁶⁹ COING, H., “Zur Geschichte der Begriffs subjektives Rechts”, en *Zur Geschichte des Privatrechtsystems*, Vittorio Klostermann, Frankfurt a./M., 1962, pp. 42-44. RODRÍGUEZ PUERTO, M.J., “Jus commune y...”, *op. cit.*, p. 332.

solo aquellos que permiten lo recto y prohíben lo contrario, pues en otro caso no se trataría de Derecho o Ley sino fuerza, lo cual no obligaría en conciencia⁷⁰. En este sentido, los derechos subjetivos no conforman propiamente el concepto de Derecho, sino que el Derecho se forma por los contenidos regulados por las normas. Desde el punto de vista privado, el Derecho se subdivide en “lo que es propio de cada uno” y “lo que le es debido”⁷¹. “Lo propio de cada uno” aparece integrado por aquello que corresponde a la persona misma y por el conjunto de cosas externas de dicha persona, pero sin identificarse con el término *dominium*. Son los derechos subjetivos los que componen “lo nuestro”, esto es, bienes que han sido atribuidos por naturaleza a la persona de modo directo, como son la integridad corporal, la libertad y la estimación (*iura*)⁷². En el ámbito externo de “lo nuestro”, la noción de *ius* puede equipararse a la de potestad⁷³, pero Derecho “en sentido propio” es la Ley reguladora, es decir, los *iura* (poderes, bienes, facultades...), los cuales solo reciben este nombre por derivación. “Lo que es debido” es aquello que le es propio a un titular, pero que aún no está en poder efectivo del mismo, pues precisa de una prestación por parte de otro sujeto⁷⁴. En sus comentarios, DONEAU situó la obligación en función de los poderes jurídicos del sujeto, es decir, el *ius obligationis*, expresión que ya estaba presente en el *ius commune* medieval.

Por su parte, Johannes ALTHUSIUS sostuvo que el Derecho se desplegaba en *membra*, integrados por los “negocios jurídicos”; y *species*⁷⁵, constituidos por el *ius*. Este filósofo alemán destacó las realidades humanas relevantes para el Derecho en sentido propio⁷⁶, integrado por los “actos” humanos, los cuales poseen los requisitos de voluntad y facultad. En su obra, la noción de facultad aparece referida a algún tipo de autorización para la actuación, de modo que se hace depender tanto de la potencia, fuerza propia del hombre que le permite actuar, como de la autoridad, permiso y potestad conformes al Derecho, además de ser precisa la observancia de las formalidades necesarias⁷⁷. A partir de estas reflexiones definió el concepto de *Derecho* como un uso y directiva constituidos por el hombre en alguna cosa o persona en función de una necesidad. Mientras que el acto voluntario forma parte del ámbito de los hechos, el derecho es la autorización y regulación de los mismos, por lo que el *ius* no se configuraba como el poder de actuar propiamente dicho, sino como la regulación de tales poderes. En el contexto de estas definiciones toma sentido su tratamiento de las *species iuris*: el *dominium* y la

⁷⁰ DONEAU, H., *Commentariorum de iure civili libri viginti octo*, Francofurti, 1596, lib. I, cap. III, p. 10.

⁷¹ DONEAU, H., *Commentariorum de iure ...*, *op. cit.*, lib. II, cap. VIII, p. 82.

⁷² DONEAU, H., *Commentariorum de iure ...*, *op. cit.*, lib. II, cap. VII, p. 81 y cap. XI, p. 83.

⁷³ DONEAU, H., *Commentariorum de iure ...*, *op. cit.*, lib. IV, cap. I, p. 223.

⁷⁴ DONEAU, H., *Commentariorum de iure ...*, *op. cit.*, lib. XII, cap. I, pp. 1-2.

⁷⁵ ALTHUSIUS, J., *Dicaelogicae libri tres totum universum ius, quo utitur, methodice complectentes*, Frankfurt a./M., 1649 (reprint de Scientia, Aalen, 1967), lib. I, cap. I, 9, p. 2.

⁷⁶ ALTHUSIUS, J., *Dicaelogicae libri tres...*, *op. cit.*, lib. I, cap. I, 9, p. 2.

⁷⁷ ALTHUSIUS, J., *Dicaelogicae libri tres...*, *op. cit.*, lib. I, cap. I, 5-7, p. 34.

obligación. En este sentido, el dominio equivalía a un derecho constituido sobre una cosa, por el cual las ventajas y cargas de aquella pertenecen a alguien. Los *dominia* constituían para ALTHUSIUS poderes o facultades de poseer una cosa sin impedimentos de otros⁷⁸, si bien no se encuentran libres de cargas. ALTHUSIUS concibió el derecho a la libertad desde una doble vertiente, pues versa tanto sobre la propia persona, como sobre las cosas que le conciernen⁷⁹. En cuanto a la obligación, se trata de un *ius* precedido por un negocio en virtud del cual se obliga al deudor a dar o hacer algo en provecho del acreedor, por lo que *ius* no se identifica con *dominium* o potestad, a pesar de conllevar el poder del acreedor para exigir el cumplimiento⁸⁰.

Por último, el español VÁZQUEZ DE MENCHACA estableció las líneas básicas de la Modernidad jurídica. En su obra *Controversias ilustres* trató el concepto de *dominium*, identificándolo con la noción de libertad de FLORENTINO presente el *Digesto*, quien lo había concebido como la facultad natural de aquel que puede hacer lo que quiera, salvo lo prohíba la Ley o la fuerza, de modo que el dominio se configuró como una facultad libérrima para actuar sobre las cosas propias⁸¹. Es reseñable su concepción del dominio como ámbito de libertad del sujeto, la cual ha sido considerada por la doctrina como el precedente de la actual interpretación liberal del derecho como ámbito de realización del arbitrio individual⁸².

1.4. La consolidación del concepto de derecho subjetivo

En el siglo XVI, la incomunicabilidad de la persona presenta un carácter positivo y se conecta con su dignidad⁸³. La doctrina secularizada de los aristotélicos no era partidaria de concebir la libertad como un atributo de concesión divina⁸⁴, lo cual propició un cambio conceptual, en virtud del cual el individuo pasó a constituir una potencia individual libre, al disponer de un *dominium* casi universal *ad libitum*. Sin embargo, esta definición de libertad no siguió rigurosamente la explicación aristotélica, pues ARISTÓTELES no había señalado tanto la indeterminación de la voluntad personal, sino el hecho de la disposición intrínseca por parte del individuo del principio del propio

⁷⁸ ALTHUSIUS, J., *Dicaelogicae libri tres...*, *op. cit.*, lib. I, cap. 18, 7, pp. 56-57.

⁷⁹ ALTHUSIUS, J., *Dicaelogicae libri tres...*, *op. cit.*, lib. I, cap. XXV, 12, pp. 97-98.

⁸⁰ ALTHUSIUS, J., *Dicaelogicae libri tres...*, *op. cit.*, lib. I, cap. 34, 1, p. 125.

⁸¹ VÁZQUEZ DE MENCHACA, F., *Controversiarum Illustrium aliarumque...*, *op. cit.*, lib. I, cap. 17, 4-5, p. 52. Vid. CARPINTERO, F., *Del Derecho natural medieval al Derecho natural moderno: Fernando Vázquez de Menchaca*, Ediciones Universidad de Salamanca, 1977, p. 192.

⁸² RODRÍGUEZ PUERTO, M.J., "Jus commune y...", *op. cit.*, p. 342.

⁸³ AQUILA, P., *In IV Sententiarum. Ubi non tantum ad Scoti subtilitates, sed etiam ad D. Thomas relinquorum Scholasticorum doctrina, facilis via pareteur*, Paris, 1585, L. I, Dist. 23, q. 1, p. 181. Y L. II, Dist. 5, q. 2.

⁸⁴ LENSÆUS, J., *De libertate christiana libri quindecim*, Antwerpiae, 1590, p. 21. CARPINTERO, F., "El desarrollo de...", *op. cit.*, p. 194.

movimiento⁸⁵. Por otra parte, el sector tomista de la segunda escolástica no encumbró la categoría de la facultad individual en la misma medida que lo había hecho la filosofía moral anterior, al considerar que las nociones de *facultas*, *potestas* o *jus* designaban realidades con existencia universal en el Derecho, en tanto que situaciones objetivas justas⁸⁶; o normalmente reconducibles a cuestiones de hecho⁸⁷, pues mientras que el *jus* es siempre limitado, la *facultas* es libre⁸⁸. Durante este siglo, las nociones de *dominium* y *proprietas* presentan un significado distinto. SASSOFERRATO había definido *dominium*, distinguiéndolo del *dominium* relativo a la acción procesal orientada a la reivindicación de la cosa ante un tribunal, como un derecho perfecto de disposición, a salvo las limitaciones establecidas por la Ley. Con todo, este *dominium* no se configura como un poder anterior a la Ley e ilimitado, puesto que la cosa objeto del *dominium* se encuentra sometida a las exigencias del intercambio jurídico, no pudiendo calificarse como libre. Sin embargo, los juristas de los siglos XV y XVI se apartaron de esta concepción de SASSOFERRATO para definir el *dominium* como una facultad de disposición o como una potestad libre, que denomina un derecho perfecto de libre disposición sobre la cosa. En esta línea, DONELLUS equiparó los conceptos de libertad, voluntad, capricho y provecho del propietario, dando origen a una etapa dominada por el individualismo, en la que aparece por primera vez la expresión “sujeto de derecho” para designar la titularidad de derechos concretos⁸⁹.

El pensamiento de la segunda escolástica se dividió en dos escuelas que han pasado a la historia como Escuela de Salamanca, cuyos miembros fueron conocidos como *salmanticenses*; y Escuela de Coímbra, denominándose sus integrantes *conimbricenses*. Por lo que respecta a los primeros destacan los perfiles de Francisco de VITORIA y Domingo de SOTO. VITORIA, por su parte, cuyo pensamiento basculaba entre las doctrinas tomistas y nominalistas, sostuvo que el libre arbitrio constituía una facultad de la razón y de la voluntad⁹⁰. En cuanto a la relación entre utilidad y libertad, VITORIA prefirió la libertad a la utilidad, de manera que lo que es justo se ha de determinar mediante pacto, ya sea privado o público (es decir, Ley)⁹¹. Así pues, este fraile dominico inauguró entre los salmanticenses la tendencia a derivar la libertad política de la libertad de la voluntad individual. Por lo que se refiere a SOTO, bajo influjo nominalista, explicó la noción de derecho a

⁸⁵ ARRIAGA, J.d, *Elementorum sacrae theologiae libri quatuor*, Florentiae, 1569, L. III, *Positio* 7. BELLVER, V. y VIOLA, F., *De la naturaleza a los derechos: los lugares de la ética contemporánea*, Comares, Granada, 1998, p. 77. CARPINTERO, F., “El desarrollo de...”, *op. cit.*, p. 195.

⁸⁶ GUZMÁN BRITO, A., “Los orígenes de la noción...”, *op. cit.*, p. 195.

⁸⁷ FOLGADO, A., “Evolución histórica del...”, *op. cit.*, p. 216.

⁸⁸ CÓRDOBA DE LARA, A., *In legem si quis a liberis, D. de liberis agnoscendis*, Hispali, 1575, p. 31. CARPINTERO, F., “El desarrollo de...”, *op. cit.*, *ibidem*.

⁸⁹ GUZMÁN BRITO, A., “Los orígenes de la noción...”, *op. cit.*, pp. 152-155.

⁹⁰ VITORIA, F.d., “Relectio de Simonia”, en *Relecciones teológicas*, edición y traducción de Teófilo Urdánoz, BAC, Madrid, 1960, de Simonia, § 21, p. 1314.

⁹¹ VITORIA, F.d., “Commentaria”, en Beltrán de Heredia, V. (ed.), *De justitia*, Madrid, 1934, II-II, q. 57, art. 2, §1.

partir de los postulados de GERSON y SUMMENHART, para quienes el derecho podía entenderse como Ley o como potestad. SOTO manifestó dicho legado nominalista en su concepción del *dominium* como fundamento de los contratos, convenios y pactos, estudiada por la justicia conmutativa⁹². Tal y como era típico en la Edad moderna, se dedicó al estudio secularizado de las principales categorías jurídicas, abordando el Derecho natural también en sus concreciones. El *dominium*, explicado desde su uso⁹³, resultó ser un hábito o relación entre el posidente y lo poseído, lo cual implicó una facultad del posidente sobre la cosa poseída, por la que el poseedor obtiene el empleo de la cosa para su utilidad, según los usos permitidos por las leyes⁹⁴. SOTO indicó un uso exclusivo del propietario⁹⁵, dejando fuera la noción romanista y tomista de *officium*, que sustituyó por una concepción subjetivista del derecho. En la obra de SOTO, la noción de *dominium* constituye la base de todo el Derecho de contratos y designa el derecho de propiedad, mientras que *propietas* presenta un significado eminentemente procesal, en tanto que acción de todo propietario para exigir lo que es suyo. Dado que el dominio fue configurado como una facultad de libre disposición sobre las cosas, este derecho se identificó con una facultad⁹⁶.

Por lo que respecta a los conimbricenses, la obra jurídica del jesuita español Luis de MOLINA gira en torno a la noción de *dominium* desde la perspectiva del Derecho patrimonial. Concibió el *dominium* como una relación de señorío entre una persona y una cosa, o entre el propietario y los terceros no propietarios. El título del dominio aparecía fundamentado en el libre arbitrio del hombre⁹⁷, en virtud de su imagen y semejanza de Dios⁹⁸. Para MOLINA derecho y dominio eran lo mismo, por lo que definió *jus* como una cierta facultad a una cosa y un dominio que compete a todos los seres⁹⁹. Asimismo, podría afirmarse que asimiló todo dominio a un derecho, del mismo modo que concibió todo derecho como una forma de dominio¹⁰⁰. En opinión de MOLINA, la manifestación primaria y radical del derecho eran los *jura in re*, pues el derecho versa sobre los dominios donde se manifiesta lo que el hombre es, sin detenerse en la definición de dicha categoría debido a su gran extensión¹⁰¹. Lo anterior resultaría posible gracias a un postulado previo ya empleado por los nominalistas, a saber, una concepción del derecho a partir de la noción de “injusticia” (*iniuria*), lo cual implica la consideración de un único género de injusticia y una única especie de actos que la originan. Desde este

⁹² SOTO, D.d., *De justitia et jure*, Honoratus, 1582, *Proemium*.

⁹³ Aquí Domingo de SOTO parte de la tesis nominalista que establece la derivación de las potencias a partir de sus actos. *Vid. De justitia et...*, *op. cit.*, L. IV, q. 1, art. 1.

⁹⁴ *Idem*.

⁹⁵ SOTO, D.d., *De justitia et...*, *op. cit.*, L. IV, q. 1, art. 2.

⁹⁶ SOTO, D.d., *De justitia et...*, *op. cit.*, L. IV, q. 1, art. 1.

⁹⁷ MOLINA, L.d., *De justitia et jure opera omnia*, Venetiis, 1614, Tract. II, Disp. 23, col. 105.

⁹⁸ MOLINA, L.d., *De justitia et...*, *op. cit.*, Tract. II, Disp. 18, col. 83.

⁹⁹ MOLINA, L.d., *De justitia et...*, *op. cit.*, Tract. II, Disp. 3, col. 33.

¹⁰⁰ MOLINA, L.d., *De justitia et...*, *op. cit.*, Tract. II, Disp. 1.

¹⁰¹ MOLINA, L.d., *De justitia et...*, *op. cit.*, Tract. II, Disp. 12, col. 65.

planteamiento, toda violación del derecho consistiría en la negación de un dominio. MOLINA no profundizó en la concepción del derecho entendido como pretensión legítima de hacer todo aquello que la naturaleza racional y libre del hombre exige, pues entendió que los derechos naturales eran principalmente potestades o facultades que surgían a partir de la naturaleza objetiva de las cosas¹⁰², consistiendo todo derecho en una potestad o facultad, si bien mostró predilección por el concepto de potestad, entendido como la facultad de una autoridad para el régimen y gobernación de otros¹⁰³. Concibió esta facultad como una relación directa de persona a persona no mediada por las cosas, desapareciendo así el criterio romanista del *medium rei*, entendido como un hábito o relación entre una persona y una cosa. Para MOLINA existían dos tipos de potestades: naturales y voluntarias¹⁰⁴. En este sentido, todo aquello que se origina a partir de la naturaleza del objeto integra el Derecho natural. No obstante, si todo lo que tiene una causa para existir es Derecho natural, entonces el Derecho que no es natural será aquel que surja de la voluntad de los hombres, lo cual supondría dejarlo a disposición del mero contractualismo.

Junto con MOLINA, dentro de la Escuela de Coímbra destaca especialmente la figura del también jurista jesuita español Francisco SUÁREZ, dada la gran repercusión posterior de su obra. SUÁREZ, evidentemente influenciado por el paradigma trazado por los Hermanos Menores de San Francisco, entendió el *jus* como una libertad, esto es, como un privilegio o ausencia de normación¹⁰⁵. Para el jesuita, el derecho entendido como libertad constituía una determinada facultad moral otorgada por Dios para actuar libremente¹⁰⁶. Formalmente, la libertad consistía en una cierta facultad de la causa creada¹⁰⁷, potencia activa que por sí misma y por su naturaleza otorga una facultad con fuerza para ejercitar o interrumpir la acción propia¹⁰⁸. En la obra de SUÁREZ, la noción de facultad indica la posibilidad del individuo de obrar o no según su arbitrio, pues concebía que, por la propia naturaleza de la cosa, todos los hombres nacen libres y por ello ninguno tiene jurisdicción sobre otro¹⁰⁹. En virtud del Derecho natural todo hombre es *sui juris*, lo cual equivale a afirmar que dispone de la potestad de regirse a sí mismo, excluyéndose por lo tanto toda sujeción de un hombre a otro¹¹⁰. A partir de lo anterior, SUÁREZ trazó aquella doctrina liberal que afirma la ausencia de un privilegio que pudiera corresponder a alguien para regular la vida de los demás. El

¹⁰² MOLINA, L.d., *De justitia et...*, op. cit., Tract. II, Disp. 1, col. 25.

¹⁰³ MOLINA, L.d., *De justitia et...*, op. cit., Tract. II, Disp. 21, col. 96.

¹⁰⁴ MOLINA, L.d., *De justitia et...*, op. cit., Tract. II, Disp. 20, col. 36.

¹⁰⁵ SUÁREZ, F., *Defensio Fidei Catholica adversus Anglicanae sectae errores*, Coimbra, 1613, L. IV, cap. 1, § 4.

¹⁰⁶ SUÁREZ, F., *Defensio Fidei Catholica...*, op. cit., L. IV, cap. 9, § 11.

¹⁰⁷ SUÁREZ, F., *Metaphysicorum Disputationum tomi duo*, Coloniae, 1614, Disp. 19, § 5.

¹⁰⁸ SUÁREZ, F., *Tractatus de legibus ac deo legislatore: in decem libros distributus*, Ex typis Fibrenianis, 1872, L. III, cap. 2, § 3.

¹⁰⁹ SUÁREZ, F., *Tractatus de legibus...*, op. cit., L. III, cap. 2, § 3.

¹¹⁰ SUÁREZ, F., *Defensio Fidei Catholica...*, op. cit., L. III, cap. 2, § 11.

ser humano, en tanto que posee uso de razón, tiene poder sobre sí mismo, es libre naturalmente y no es siervo de nadie. La libertad del ser humano, en sentido general, se dividía en tantas cosas como este pueda hacer libremente, configurándose como “propiedades cuasi morales”¹¹¹, las cuales se originan porque la libertad se fundamenta “en la dignidad natural del hombre, ya que el ser humano ha sido creado según la imagen de Dios, *sui juris*, y solamente está sometido a Dios y creado para Él”¹¹². Asimismo, SUÁREZ señaló la ambigüedad de la noción de *jus*, pues en ocasiones significa la facultad moral a una cosa o sobre una cosa, bien sea verdadero dominio (*jus utile o reale*), o una participación de este (*jus honestum o legale*)¹¹³, pudiéndose dividir ambos derechos, a su vez, en Derecho natural, de gentes, y civil. Para SUÁREZ, el término Derecho se identificaba con la Ley, entendido como la regla del justo obrar, que instituye en las cosas cierta equidad, siendo la *ratio* el Derecho entendido en el primer modo¹¹⁴. Para el jesuita, la noción estricta de *jus* realmente se refería a “una cierta facultad moral que tiene cada uno bien sobre la cosa que es suya, bien sobre la cosa que se le debe a él”¹¹⁵. SUÁREZ puso de manifiesto de nuevo su influencia franciscana al señalar que el derecho frecuentemente consistía “en la facultad de hacer, en un cuasi *usus facti*”¹¹⁶, concibiendo el derecho como una especie de *lex permissiva* originaria, llegando a afirmar que “la Ley natural permite con propiedad, pues no es meramente negativa, sino que también indica positivamente, y dispone que tales cosas sean indiferentes”¹¹⁷. Con todo, SUÁREZ no negó que la categoría de Ley pudiera entenderse como manifestación del *jus* y criticó la tesis luterana por haber restringido el derecho a simples pactos¹¹⁸. En su opinión, algo era justo cuando se adecuaba a una regla¹¹⁹, debiéndose entender la naturaleza como la medida de la actuación (*vis quaedam*)¹²⁰, pues, a diferencia de MOLINA, entendía que para que existiera un deber era necesario un mandato, entendido como la *lex praecipiens* de Dios, junto con la *lex indicans* en la que mora la revelación de la Ley natural¹²¹. No obstante, SUÁREZ reconoció la tesis de MOLINA acerca de los derechos naturales derivados para cada persona a partir de la naturaleza de las cosas, pues concebía que todo ser humano conocía y recibía sus potestades a partir del orden metafísico

¹¹¹ SUÁREZ, F., *Tractatus de legibus...*, op. cit., L. III, cap. 3, § 6. Vid. Carpintero, F., “El desarrollo de...”, op. cit., p. 223.

¹¹² SUÁREZ, F., *Defensio Fidei Catholica...*, op. cit., L. III, cap. 1, § 2.

¹¹³ SUÁREZ, F., *Tractatus de legibus...*, op. cit., L. II, cap. 17, § 2.

¹¹⁴ En este punto SUÁREZ cita de forma expresa a Tomás de AQUINO, en concreto la q. 57, art. 1. Vid. SUÁREZ, F., *Tractatus de legibus...*, op. cit., *ibidem*.

¹¹⁵ SUÁREZ, F., *Tractatus de legibus...*, op. cit., L. I, cap. 2, § 5. Vid. CARPINTERO, F., “El desarrollo de...”, op. cit., p. 224.

¹¹⁶ SUÁREZ, F., *Defensio Fidei Catholica...*, op. cit., L. IV, cap. 9, § 11.

¹¹⁷ SUÁREZ, F., *Tractatus de legibus...*, op. cit., L. I, cap. 16, § 8. Vid. CARPINTERO, F., “El desarrollo de...”, op. cit., *ibidem*.

¹¹⁸ SUÁREZ, F., *Tractatus de legibus...*, op. cit., L. II, cap. 5, § 2.

¹¹⁹ SUÁREZ, F., *Tractatus de legibus...*, op. cit., L. II, cap. 5, § 8.

¹²⁰ *Idem*.

¹²¹ En esta cuestión SUÁREZ (Vid. *Tractatus de legibus...*, op. cit., L. II, cap. 6, § 1) sigue a SCOTO (Vid. *Summa theologiae...*, op. cit. I-II, q. 90, art. 1).

de las cosas “según una potestad connatural”, obteniendo, de este modo, una potestad que necesariamente procede del *jus*¹²². Por otra parte, SUÁREZ también distinguió entre deber moral y deber legal o jurídico¹²³, si bien no concretó que noción de deber suscribía, pues negó la doctrina de la causa jurídica, la cual implicaba la existencia de un motivo suficiente y racional para otorgar y cumplir las leyes y sentencias. SUÁREZ se refirió a la norma por la norma misma, siendo suficiente su sola existencia, entendida como acto de voluntad suficientemente cualificado, para que surja el deber de su obediencia.

Durante el siglo XVII se produce la quiebra de la unidad católica debido a la reforma protestante y las guerras religiosas, en este contexto la filosofía práctica pasa a manos de autores laicos. Sin embargo, estos se limitaron a presentar las tesis anteriormente desarrolladas por la filosofía escolástica, si bien prescindiendo de aquella terminología que le era propia y que estimaban obsoleta¹²⁴. Autores como Hugo GROCIO, Samuel PUFENDORF y John LOCKE representan esta nueva corriente secular. Durante la Modernidad destaca especialmente la corriente iusfilosófica de la *Escuela de Derecho Natural Moderno*, la cual consideraba al hombre como un ser libre y aislado por naturaleza, de modo que el derecho consistiría en un poder que emanaba de la persona, tan solo adquiriendo objetividad las normas de la vida social cuando se originen a partir de un pacto entre hombres libres. Estos iusnaturalistas modernos pretendían el diseño de una teoría jurídica basada en la idea del individuo aislado¹²⁵. Además, esta corriente de pensamiento recogió la noción de libertad propia del “estado de naturaleza” trazado por los representantes bajomedievales del Derecho común, quienes entendieron esta libertad, en tanto que estado originario de la humanidad sin leyes ni gobiernos, como una faceta más del *ius naturale* que había sido abolida debido a razones de interés social. Sin embargo, los modernos convirtieron la libertad en el punto de partida de su construcción iusfilosófica¹²⁶.

Respecto de los fundamentos del Derecho, en opinión de GROCIO la *potestas seu facultas* constituía la primera manifestación del Derecho, seguida en segundo lugar por la *lex*¹²⁷. Este jurista neerlandés explicó el concepto de derecho como una *qualitas moralis personae competens*¹²⁸, constituyendo el primer autor en concebirlo como la libertad originaria que supone una cualidad moral. A pesar del carácter contractualista de su obra, el contrato no fue la única fuente del deber, admitiendo también la generación (es decir, la patria potestad sobre los

¹²² SUÁREZ, F., *Defensio Fidei Catholica...*, op. cit., L. IV, cap.1, § 12.

¹²³ SUÁREZ, F., *Tractatus de legibus...*, op. cit., L. II, cap. 9, § 5.

¹²⁴ CARPINTERO, F., “El desarrollo de...”, op. cit., p. 242.

¹²⁵ CARPINTERO, F., *Historia breve del...*, op. cit., pp. 237-238.

¹²⁶ CARPINTERO ha señalado como precursor de esta labor teórica a Fernando VÁZQUEZ DE MENCHACA, seguido por GROCIO y PUFENDORF. Vid. CARPINTERO, F., *Del Derecho natural...*, op. cit., *passim*.

¹²⁷ GROCIO, H., *De jure belli ac pacis libri III*, Editio altera, Amstelodami, 1651, L. I, cap. 1, § 1.

¹²⁸ GROCIO, H., *De jure belli...*, op. cit., L. I, cap. 1, § 4.

descendientes) y el delito¹²⁹. Respecto del significado del concepto de Derecho, GROCIO ofreció tres acepciones del término *ius*: como “cosa justa”, como facultad y como Ley. No obstante, la noción de facultad se presenta como más relevante y recurrente en su planteamiento, consistiendo en una cualidad moral por la que el sujeto puede actuar o tener algo legítimamente, la cual pertenece de forma directa a la persona aunque verse sobre una cosa, pudiendo ser “perfecta” (*facultas*) o “menos perfecta” (*aptitudo*), conceptos que GROCIO identificó con lo que la Ciencia Natural ha denominado como acto y potencia¹³⁰. Para este autor la noción de facultad no era un simple significado más del término *ius*, sino que componía el derecho en sentido “propio” y “estricto”, ofreciendo una doble faceta, en tanto que podía consistir tanto en *potestas* como en *dominium*. En este sentido, *potestas* equivaldría a la libertad ejercida por uno mismo, mientras que el *dominium* se manifestaba directamente en las cosas, poseía grados de plenitud y alcanzaba al dominio sobre el débito que corresponde a otro (derecho de crédito)¹³¹. De este modo, el *ius* se establece como una realidad meramente personal, comprendida en un poder de actuación que corresponde a cada individuo, se trataría pues de un ámbito de libertad propio del sujeto¹³². Muestra de la continuidad de la tesis de GROCIO con la filosofía anterior, durante el siglo XVI y principios del XVII, los escolásticos jesuitas españoles ya se habían inclinado por esa misma definición de derecho. Además, la noción de derecho como facultad ya estaba presente en los tratados jurídicos de inspiración humanista. Todas estas corrientes se reúnen en la tesis de GROCIO, aunque la mayor influencia la ejercieron los escolásticos tardíos MOLINA y SUÁREZ¹³³, ya que los humanistas no ofrecieron esa identificación en el ámbito de la definición.

GROCIO entendió el derecho como un poder personal que se manifestaba como un *dominium* sobre la propia persona y sobre las cosas que le pertenecen, siendo su función la de garantizar la expresión de esa libertad (*suum*). Este concepto de *suum* abarcaría aquello que es propio de cada ciudadano: la vida, el cuerpo, la libertad y los bienes para la vida¹³⁴. Para GROCIO, la propiedad era una simple extensión del *suum* que ha de ser protegida por el orden jurídico, puesto que la realidad fundamental del derecho es el poder individual¹³⁵. No obstante, de nuevo esta idea no constituye una innovación, ya que la propiedad como

¹²⁹ GROCIO, H., *De jure belli...*, *op. cit.*, L. II, cap. 5, § 1.

¹³⁰ GROCIO, H., *De jure belli...*, *op. cit.*, L. I, cap. I, § IV, p. 2.

¹³¹ GROCIO, H., *De jure belli...*, *op. cit.*, lib. I, cap. I, § V, p. 2.

¹³² RODRÍGUEZ PUERTO, M.J., “Propiedad e individuo en la Modernidad”, en AA. VV., *El derecho subjetivo en su historia*, Servicio de publicaciones de la Universidad de Cádiz, 2003, p. 347.

¹³³ Estos escolásticos españoles habían expuesto con claridad que la noción básica de derecho consistía en una potestad, facultad o poder moral que un sujeto ostenta sobre aquello que es suyo. Vid. MOLINA, L., *De justitia et...*, *op. cit.*, Tract. I, disp. II, col. 6. SUÁREZ, F., *De Legibus. Deo legislatore*, Ed. bilingüe de J.R. Eguillor, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1967-68, Lib. I, cap. II, 5.

¹³⁴ GROCIO, H., *De jure belli...*, *op. cit.*, L. I, cap. II, § I, p. 15.

¹³⁵ BUCKLE, S., *Natural Law and the Theory of Property: Grotius to Hume*, Oxford University Press, New York, 1991, pp. 29-30 y 32.

manifestación específica de la idea genérica de derecho como facultad ya era patente en la obra de autores humanistas como ALTHUSIUS y DONEAU¹³⁶. La consecuencia de la apropiación sería el *suum* que todavía no instituye un derecho, pues si la libertad constituye la realidad primaria del derecho, una norma que origine un poder sobre otra persona exige el consentimiento de esta, siendo necesario que la institución de la propiedad se sustente en el consentimiento de los afectados, ya que les impone obligaciones. Por ende, la propiedad privada solo podría nacer del pacto, en tanto que equivaldría al *suum*, y del acuerdo de todos los miembros de la sociedad para ceder parcialmente sus poderes individuales¹³⁷. Con todo, la propiedad no constituye el elemento básico de la teoría jurídica de GROCIO, sino la promesa, dado que concebía el consentimiento individual como fuente de obligaciones, del cual nacen las instituciones jurídicas como la propiedad.

PUFENDORF, por su parte, continuó el camino hacia el subjetivismo. Este jurista alemán señaló la ambigüedad generada por el término *ius*, indistintamente empleado para denominar tanto la ley, como el conjunto de leyes de un país o las sentencias judiciales. Con todo, puso especial atención en aquella definición que lo identifica con una “cualidad moral” en virtud de la cual resulta posible mandar sobre otras personas y se ostentan bienes o créditos¹³⁸. En este sentido, el concepto de *ius* se presenta como una manifestación de la personalidad, esto es, como una *qualitas moralis* que tiene una doble faceta: activa, en tanto que implica un poder para exigir algo a alguien; y pasiva, porque también se refiere a la capacidad para ser titular de las facultades heterogéneas que el derecho origina¹³⁹. En el pensamiento de PUFENDORF esta capacidad presenta diversos niveles, correspondientes con los tres tipos de “cualidades morales pasivas”. El primer grado facilita la titularidad de un beneficio, pero no el poder exigirlo ni la obligación de entregarlo. El segundo, proporciona la idoneidad para recibir algo de otra persona, pero no faculta para exigirlo, si bien el sujeto se ve obligado a llevar a cabo dicha prestación “a causa de una virtud moral”, aunque no puede ser forzado salvo que se dé una necesidad imperiosa. Por último, en el tercer nivel existen cualidades morales que sí implican una obligación plena para otro sujeto, la cual viene legalmente establecida¹⁴⁰. De este modo, la cualidad moral jurídica se configura a partir de la combinación de poderes de distinta extensión. Además, la distinción entre “*ius* como libertad” y “*lex* como vínculo” efectuada por PUFENDORF robusteció la definición del concepto de derecho como facultad personal¹⁴¹.

¹³⁶ RODRÍGUEZ PUERTO, M.J., “Propiedad e individuo...”, *op. cit.*, p. 362

¹³⁷ OLIVECRONA, K., “El concepto de derecho subjetivo según Grocio y Pufendorf”, en *El derecho como un hecho*, apéndice I, traducción de L. López Guerra, Labor, Barcelona, 1980, pp. 264 y ss.

¹³⁸ PUFENDORF, S., *De iure naturae et gentium libri octo*, G. Mascovius (ed.), Frankfurt und Leipzig, 1759 [Reprint de Minerva G.M.B.H., Frankfurt a./M., 1967], L. I, cap. I, § XX, p. 20.

¹³⁹ PUFENDORF, S., *De iure naturae...*, *op. cit.*, L. I, cap. I, § XX, p. 20.

¹⁴⁰ *Idem*.

¹⁴¹ PUFENDORF, S., *De iure naturae...*, *op. cit.*, L. I, cap. VI, § III, p. 89. CARPINTERO, F., “El cambio decisivo de la “jurisprudencia”: Samuel Pufendorf y la teoría de la cualidad moral en la Modernidad», en *XI*

Asimismo, PUFENDORF consideraba que la propiedad procedía de la imposición humana, ya que la substancia física de las cosas no se transforma ni se pierde mediante la apropiación. Respecto de las diferencias existentes entre las nociones de *proprietas* y *dominium*, el alemán reiteró las ideas anteriores, criticando aquellas tesis que defendían que el dominio concernía a la persona, mientras que la propiedad era inherente a la cosa. PUFENDORF consideraba falso que el *dominium* fuera un efecto de la propiedad, ya que lo consideraba como algo inherente al ser humano, a partir de lo cual se derivaba una designación para la cosa objeto de dicha propiedad¹⁴². Por lo demás, identificó la moral con una realidad estrictamente personal, siendo las realidades extrapersonales meramente físico-naturales, por lo que el único criterio para construir la realidad jurídica era la voluntad individual. Al atribuir a la propiedad la condición de cualidad moral, PUFENDORF logró circunscribirla a un subjetivismo radical carente de sujeción en “las cosas”¹⁴³.

Finalmente, en el planteamiento de LOCKE, los seres humanos se encontraban por naturaleza en un estado de completa libertad para ordenar sus actos y disponer de sus propiedades y personas como mejor convinieran, sin necesidad de pedir permiso ni depender de la voluntad de otro, si bien dentro de los límites establecidos por la Ley natural¹⁴⁴. En el marco de la *Escuela del Derecho Natural Moderno*, LOCKE proclamó que el derecho a ser propietario era un derecho innato o absoluto del ser humano. También concedió valor a la libertad personal, de modo que quien pretendiese someter a otro ser humano bajo su poder absoluto, se posicionaría respecto de este en “estado de guerra”. La doctrina ha advertido una notoria influencia escolástica en la obra de LOCKE, especialmente patente cuando señala que la Ley natural solo otorga libertades y que dicha libertad general se fundamenta en la razón del ser humano, tan solo siendo posible reprimir y castigar a los infractores de esta Ley. Para el filósofo inglés, evitar que cada individuo sea

Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano. Actas y Estudios, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, vol. I., 1997, *per totum*. Aunque en ocasiones PUFENDORF criticó algunas ideas de HOBBS, como la falta de juridicidad en el estado de naturaleza (*vid.* PUFENDORF, S., *De iure...*, *op. cit.*, L. I, cap. II, § IV, p. 26), otras veces se presentó como seguidor de sus doctrinas. Sería este el caso de la distinción entre los conceptos de *ius* y *lex* efectuada por PUFENDORF, la cual recuerda a aquella realizada por HOBBS entre “derecho como poder” y “ley como restricción de ese poder”. Asimismo, también existen paralelismos con la definición de HOBBS acerca de la propiedad como el derecho que tiene un sujeto para excluir a los demás del uso de una cosa, es decir, se trataría de un espacio concedido por la ley, el cual a su vez nace del pacto, dentro del cual el sujeto puede actuar a su arbitrio. *Vid.* HOBBS, T., *Leviathan*, Thoemmes Continuum, Bristol, [1651] 2003.

¹⁴² PUFENDORF, S., *De iure naturae...*, *op. cit.*, cap. IV, L. IV, §§ I-II, pp. 512-514.

¹⁴³ RODRÍGUEZ PUERTO, M.J., “Propiedad e individuo...”, *op. cit.*, p. 367.

¹⁴⁴ Así pues, este estado natural no otorga al individuo el derecho a autodestruirse, ni dañar a las criaturas que posee, sino que dicho estado se gobierna por la Ley natural, es decir, por la razón, la cual establece que, siendo iguales e independientes, nadie debe dañar a otro en su vida, libertad o posesiones. *Vid.* LOCKE, J., *Two treatises of government*, Student ed., Cambridge University Press, Cambridge, [1988] 2017, cap. II, § 7, p. 271. (*Vid.* versión española: *Segundo ensayo sobre el gobierno civil*, traducción de A. Lázaro Ros, Orbis, Barcelona, 1983).

juez y parte en sus asuntos justificaba la salida del estado de naturaleza¹⁴⁵, debiendo ser voluntaria la pertenencia del individuo como súbdito a una comunidad política, económica y jurídicamente organizada. Sin embargo, no pasa desapercibida la importancia que la posición de propietario ostenta en la obra de LOCKE, al punto de concebirla como condición necesaria para poder ser considerado sujeto de derecho¹⁴⁶, lo cual implicaría una defensa de la libertad individual basada en la preservación del reparto y disfrute actual de la propiedad, derivándose con ello una falta de autonomía del concepto de libertad individual en su obra. Con todo, LOCKE defendió que todos los hombres nacen con dos derechos: la libertad sobre su propia persona¹⁴⁷, no teniendo ningún otro hombre autoridad sobre ella; y el derecho a heredar, junto con sus hermanos, los bienes de sus padres antes que ninguna otra persona¹⁴⁸.

Por lo que se refiere a cómo se alcanza la posición de propietario, LOCKE afirmó la posesión común de la tierra por todos los seres humanos, quienes, por otorgación divina, pueden servirse de ella del modo más ventajoso y conveniente para todos¹⁴⁹. Ulteriormente, añadió la propiedad respecto del propio trabajo, pues consideró que mediante la transformación de los recursos naturales a través del propio esfuerzo, el ser humano agrega algo de su propiedad y lo hace suyo sin que nadie más tenga derecho al resultado de tal aditamento¹⁵⁰. Por lo demás, afirmó que la propiedad recae sobre la tierra y no sobre los frutos¹⁵¹, lo cual parece contradecirse con la forma de adquisición de la propiedad resultante de la transformación de la naturaleza por el ser humano, y que cualquiera puede poseer tierras sin límite. Para LOCKE, la principal finalidad de una comunidad humana organizada consistía en salvaguardar sus bienes¹⁵², lo cual desencadena en la defensa de una “Ley fundamental de la propiedad” (*fundamental law of Property*)¹⁵³, postulado que nuevamente destaca la importancia que el derecho de propiedad y la posición jurídica de propietario presentan en el pensamiento de lockeano.

La doctrina ha señalado la fecha convencional de 1879 como el inicio de la neoescolástica, si bien algunos autores han señalado que ya finales del siglo XVIII

¹⁴⁵ LOCKE, J., *Two treatises of...*, *op. cit.*, cap. II, § 13, p. 275.

¹⁴⁶ CARPINTERO, F., *La cabeza de Jano*, Servicio de Publicaciones, Universidad de Cádiz, 1989, pp. 145 y ss. BOBBIO, N., *Locke y el derecho natural*, Tirant humanidades, Valencia, 2017, p. 60.

¹⁴⁷ En este punto LOCKE enfoca la cuestión dentro de los márgenes de la tesis escolástica de Luis de MOLINA, quien también había teorizado acerca del derecho de propiedad sobre el propio cuerpo y los propios actos. *Vid.* CARPINTERO, F., “El desarrollo de...”, *op. cit.*, p. 275.

¹⁴⁸ LOCKE, J., *Two treatises of...*, *op. cit.*, §§ 190-191, pp. 393-394.

¹⁴⁹ LOCKE, J., *Two treatises of...*, *op. cit.*, cap. II, § 26, p. 286.

¹⁵⁰ LOCKE, J., *Two treatises of...*, *op. cit.*, cap. II, §§ 27-28, pp. 287-288. En lo respectivo al trabajo como modo de adquisición de la propiedad, LOCKE sigue los pasos del Cardenal de LUGO. *Vid.* CARPINTERO, F., “El desarrollo de...”, *op. cit.*, *ibidem*.

¹⁵¹ LOCKE, J., *Two treatises of...*, *op. cit.*, cap. II, §§ 31-32, pp. 290.

¹⁵² LOCKE, J., *Two treatises of...*, *op. cit.*, cap. II, §§ 123-124 & 125-126, pp. 350-351.

¹⁵³ LOCKE, J., *Two treatises of...*, *op. cit.*, cap. II, §§ 140-141.

se habían producido intentos orientados a la recuperación de esta corriente filosófica¹⁵⁴ a partir de las doctrinas tomistas, las cuales fueron presentadas como el soporte del pensamiento neoescolástico¹⁵⁵. Los nuevos autores escolásticos del siglo XIX tomaron como referencia el pensamiento suareciano, lo cual provocó una concepción del Derecho de tipo existencialista e inmutable. No consideraron ni la flexibilidad del pensamiento romanista ni la doctrina jurisprudencial anterior a la Modernidad. La noción de *ius* se configuró como primitiva y de difícil explicación, la cual habitualmente se concibió como la facultad moral de disponer de alguna cosa o de exigir algo a alguien¹⁵⁶. De esta manera, el concepto de derecho fue definido como una “facultad moral inviolable de hacer o exigir algo”¹⁵⁷, lo cual supuso considerar a la persona como fin en sí mismo, generándose así un gran subjetivismo. No obstante, para contrarrestar este efecto, se priorizó el concepto de deber sobre el de derecho, a partir de la comprensión de que en el orden de la naturaleza humana existen primero los deberes y secundariamente los derechos¹⁵⁸. En suma, la neoescolástica del siglo XIX ofreció una visión rígida del derecho, instigada por la necesidad de combatir las “desviaciones” del Estado liberal, para lo cual paradójicamente emplearon una concepción subjetivista del derecho que intentaron ajustar mediante expresiones, como las de “facultad moral” u “orden necesario de acciones”, en un intento por neutralizar el excesivo individualismo¹⁵⁹.

El interés genuino por el concepto de derecho subjetivo comienza en el siglo XIX y continúa hasta la ciencia jurídica moderna¹⁶⁰. Como resultado de las tareas de sistematización y unificación del Derecho, el sistema jurídico pasa a entenderse como un conjunto de derechos¹⁶¹. Sin embargo, en este momento todavía no surge el concepto de derecho subjetivo. La comprensión del concepto de *ius* como derecho subjetivo implicaba contradecir la tradición de los jurisconsultos

¹⁵⁴ AGUIRRE, F. J., *El poder político en la neoescolástica española del S. XIX*, Eunsa, Pamplona, 1986, p. 34. LABOA, J.M., *La Iglesia del S. XIX: entre la restauración y la revolución*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1994, p. 196.

¹⁵⁵ Sin embargo, la doctrina se ha cuestionado la verdadera pureza de las ideas tomistas que autores neoescolásticos –como Ignatius SCHWARZ, Anselmo DESING o Juan Francisco FINETTI- reconocen, dado que estos partían de los últimos escolásticos españoles, de modo que recibieron las doctrinas de AQUINO interpretadas a partir de las bases de la escolástica jesuítica construida por VÁZQUEZ BELMONTE, MOLINA y SUÁREZ, de tal suerte que el neotomismo y la neoescolástica inconscientemente realizaron una interpretación descontextualizada del genuino pensamiento tomista. En este sentido se postula CARPINTERO en su obra *Historia breve del...*, *op. cit.*, pp. 239 y ss. *Vid.* también CABRERA, L., *Modernidad y neoescolástica: Anselmo Desing*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 2001, pp. 105-ss. y 173-ss. *Vid.* también VILLEY, M., *Compendio de Filosofía del Derecho*, vol. II, Eunsa, Pamplona, 1981, p. 109.

¹⁵⁶ LIBERATORE, M., *Institutiones Ethicae et Juris Naturae*, 10ª ed., Neapoli, 1890, p. 115.

¹⁵⁷ LIBERATORE, M., *Institutiones Ethicae et...*, *op. cit.*, p. 117.

¹⁵⁸ LIBERATORE, M., *Institutiones philosophicae*, editio secunda hispana, vol. II, Barcinone, 1858, p. 115.

¹⁵⁹ MORA, E.V., “El derecho subjetivo...”, *op. cit.*, p. 419.

¹⁶⁰ CASTÁN TOBEÑAS, J., *Situaciones jurídicas subjetivas*, Reus, Madrid, 1963, pp. 36 y ss.

¹⁶¹ WILHELM, W., *La metodología jurídica del siglo XIX*, traducción de R. Bethmann, Edersa, Madrid, 1980, p. 40 y pp. 93-94.

romanos¹⁶². La Pandectística alemana del siglo XIX entendió la noción de derecho subjetivo como un derecho emanado del propio sujeto, esto es, de su esencia o de su objeto. De este modo, mientras que para los modernos el derecho subjetivo implicaba el poder que un individuo ostenta sobre las cosas, para los clásicos lo relevante era el objeto, una vez limitado, sobre el que recae el derecho¹⁶³. Así pues, el *dominium* de los romanos se presentaba como derecho, pero no en el sentido de poder del acreedor, sino como obligación, esto es, la relación que vincula de modo objetivo a deudor y acreedor¹⁶⁴, por lo que en este sentido *ius* no se puede considerar como derecho subjetivo¹⁶⁵. Cabe recordar que algunos autores han situado la génesis de la noción de derecho subjetivo en la Edad Media, pues ya OCKHAM había definido el derecho como una potestad o facultad inmediata, competencia de cada uno según el dictamen de la primera justicia, doctrina que posteriormente se generalizó en el ámbito de la escolástica¹⁶⁶. Por lo tanto, la idea de derecho subjetivo tendría origen en el nominalismo y franciscanismo, haciéndose explícita en la tesis de OCKHAM. Alcanzada la Modernidad, esta noción de derecho subjetivo adquirió relevancia gracias a que la perspectiva del individuo pasó a ocupar el centro de la comprensión del Derecho y el ordenamiento jurídico comenzó a ser interpretado como un elenco de derechos subjetivos¹⁶⁷. En esta línea avanzó el siglo XIX, momento en el cual el concepto de derecho fue principalmente concebido como el señorío de la voluntad, aunque paulatinamente también se fue configurando la noción de Derecho objetivo en el ámbito del Derecho privado¹⁶⁸.

2. Las bases contemporáneas del concepto de derecho subjetivo

Como se ha tenido ocasión de mostrar en líneas anteriores, el origen, la evolución y la consolidación del concepto de derecho subjetivo, tal y como es entendido por la ciencia jurídica actual, son resultado de un proceso lento y paulatino en el cual ha tenido un impacto fundamental un paradigma epistemológico de corte dualista, que ha posibilitado la aparición de nociones y conceptos confrontados como el caso paradigmático de la separación entre los

¹⁶² En este sentido, la definición de justicia de ULPIANO ha de entenderse como dar a cada uno según el estatuto la condición que le conviene. Vid. VILLEY, M., "Los orígenes de la noción de derecho subjetivo", en *Estudios en torno...*, op. cit., p. 38.

¹⁶³ VILLEY, M., "La génesis del derecho subjetivo en Guillermo de Occam", en *Estudios en torno...*, op. cit., pp. 159-160.

¹⁶⁴ VILLEY, M., "La génesis del...", op. cit., pp. 162-163.

¹⁶⁵ MORA, E.V., "El derecho subjetivo en la neoescolástica", en AA. VV., *El derecho subjetivo en su historia*, Servicio de publicaciones de la Universidad de Cádiz, 2003, p. 390.

¹⁶⁶ VILLEY, M., "La génesis del...", op. cit., p. 47.

¹⁶⁷ CARPINTERO, F., *Una introducción a...*, op. cit., pp. 43 y ss. LLANO, A., *Derecho, persona y comunidad política: la categoría "relación jurídica"*, Dykinson, Madrid, 2001, pp. 99 y ss.

¹⁶⁸ VATTIER FUENZALIDA, C., "Observaciones críticas en tema de derecho subjetivo", *Anuario de Derecho Civil* XXXIV, 1981, p. 19.

mundos del “ser” y del “deber ser”, entendidos como realidades cuya comprensión requiere de manera indiscutible su adecuada diferenciación, a riesgo de incurrir en el error de confundir la naturaleza de las cosas, o el contraste entre los conceptos de Derecho objetivo y derecho subjetivo, introducido en páginas precedentes.

No obstante, quien escribe considera necesario poner de manifiesto que el planteamiento a través del cual acostumbra operar la percepción y el conocimiento humanos resulta bastante limitado, generando en no pocas ocasiones resultados excesivos y problemáticos, al convertir ciertas categorías conceptuales que simplemente deberían gozar de la consideración de medios o instrumentos para la descripción de la realidad en fines en sí mismas, convirtiéndose en consecuencia en un dogma inalienable, lo cual presenta el peligro de enquistar eventuales errores y obstaculizar la importante función crítica que ostenta la razonabilidad práctica humana. A partir del estudio de la evolución histórica, la consolidación y el desarrollo conceptual de nociones como aquella referida al derecho subjetivo parece posible deducir una forma habitual en la que el pensamiento humano se comporta, a saber: tiende a proporcionar definiciones de las realidades que se le presentan, a veces incluso de manera un tanto inconsciente, a partir de otras realidades que al menos aparentemente se perciben como contrapuestas, de manera que es mediante la idea contraria como se suele percibir y definir la realidad de las cosas. Esta forma de funcionar proporciona esencialmente definiciones negativas, es decir, se sabe “lo que es algo” a partir de “lo que no es”, pues resulta bastante más económico para la percepción y el conocimiento humanos proceder de tal modo. Sin embargo, de ser esto correcto, se presenta un problema estructural que impediría el progreso del pensamiento humano, pues cualquier realidad situada al margen de tales categorías, esto es, aquellas nociones para las que se encuentra disponible un opuesto, supondría su desconocimiento. Así pues, la percepción humana vendría a funcionar de manera aproximada al mecanismo de una cámara fotográfica digital cuyos sensores tan solo son capaces de recoger imágenes en blanco y negro, siendo posible solo a través de la superposición de filtros (las categorías, por lo que respecta a la percepción humana) con los colores básicos (verde, azul y rojo) reconstruir la considerablemente mayor variedad de colores que en el plano de lo real muestran verdaderamente los objetos y/o seres fotográficamente capturados, reconduciendo así la realidad a aquello que puede ser reconstruido e impidiendo alcanzar una captura o comprensión integral de la misma. Con el objetivo de superar semejantes limitaciones, resultará ciertamente útil adoptar una “perspectiva analógica”¹⁶⁹ consistente en no contemplar las categorías como edificaciones pétreas, inamovibles e incuestionables, pues ello conduciría a

¹⁶⁹ Esta “perspectiva analógica” no se refiere aquí a aquel razonamiento basado en la existencia de atributos semejantes en seres o cosas diferentes, sino a la presentación de la información mediante una magnitud física continua y proporcional al valor de dicha información. Curiosamente las cámaras fotográficas analógicas recogen imágenes más fieles a la realidad.

deformar su finalidad, esto es, ayudar a describir y comunicar realidades existentes tal y como se perciben en el seno de una comunidad de pensadores. Adicionalmente, la no superación de las limitaciones introducidas mediante el empleo de las categorías imposibilitará o, al menos, dificultará la dimensión crítica del pensamiento humano y, por consiguiente, la posibilidad de corregir eventuales errores a los que se haya llegado.

En el sentido apuntado, la noción de derecho subjetivo se habría originado principalmente por contraposición a la de Derecho objetivo. Esto solo tiene sentido en un momento histórico en el que el sistema jurídico goza de una cierta consistencia, lo cual habría generado la necesidad de reafirmación de los individuos que conforman la comunidad jurídico-política como sujetos con intereses individualizables y depositarios de una libertad entendida como autonomía para gobernar sus propias vidas, frente a un Estado dotado de una estructura institucional determinada y basada en un sistema jurídico a través del cual ejerce sus funciones. Sin embargo, estos conceptos continuarán evolucionando durante todo el siglo XX hasta nuestros días, sufriendo ajustes fruto de la evolución de la realidad socio-política y económica: el triunfo del positivismo jurídico y la posterior recuperación de posiciones próximas a la concepción iusnaturalista, especialmente después de las dos grandes guerras que azotaron Europa en la primera mitad del siglo XX; el constitucionalismo, la expansión de las democracias, la aparición del Estado social de Derecho y los denominados derechos económicos, sociales y culturales, incrementándose formidablemente el discurso de los derechos; y la crisis económica de 2008, la cual supuso un evidente retroceso de las políticas que posibilitaban la efectividad de aquellos derechos de índole prestacional.

Al margen de lo anterior, parece evidente que el concepto de derecho subjetivo es deudor de aquella concreta idea de persona configurada originalmente por la escolástica medieval como un ser incomunicable y libre, lo cual apunta hacia la estrecha relación entre el concepto de derecho subjetivo y las nociones de voluntad y autonomía personal o individual, presentando un enorme impacto, principalmente a partir de la Modernidad, en los sistemas jurídicos de corte liberal hasta la actualidad¹⁷⁰. En este contexto se fraguan posiciones jurídicas subjetivas cimentadas en la libertad individual entendida como independencia, antesala del concepto de autonomía que posteriormente fundamentará posiciones como la del consentimiento informado del paciente, cuya primera aparición se produce en los tribunales de la Inglaterra del siglo XVIII en el legendario caso *Slater v. Baker &*

¹⁷⁰ A pesar de que ciertamente el concepto de derecho en sentido subjetivo es fundamentalmente moderno, parece posible afirmar que su formación atiende a un proceso cuyo inicio ya se atisba de algún modo en la Edad Media. Vid. SERNA BERMÚDEZ, P., *Positivism conceptual y fundamentación de los derechos humanos*, EUNSA, Pamplona, 1990, p. 264.

*Sapleton*¹⁷¹. Lo cierto es que una vez consolidada, la noción de derecho subjetivo se posicionó como una de las categorías esenciales de la ciencia jurídica contemporánea. El estudio de este concepto durante el siglo XX se presenta como especialmente significativo, al punto de merecer un análisis no ya solo histórico, sino sobre todo sistemático. En lo sucesivo, se estudiarán algunas de las tesis más atractivas e influyentes surgidas y desarrolladas durante el siglo XX en adelante, las cuales han servido indiscutiblemente a la construcción del denominado discurso de los derechos, con el objetivo de culminar con una reconstrucción del consentimiento informado entendido como derecho subjetivo del paciente, de un modo similar a como sucedía en la metáfora de la cámara digital.

2.1. La teoría del estatus de Georg JELLINEK

El planteamiento de Georg JELLINEK enraíza en la tendencia de la ciencia jurídica alemana de finales del siglo XIX y principios del XX, detractora de las concepciones iusnaturalistas de los derechos humanos. El triunfo de la mentalidad positivista trató de ofrecer una configuración positiva de las libertades individuales frente al Estado, al que se le dotó de personalidad jurídica con el objeto de hacerlo titular de derechos y obligaciones para con los súbditos, junto con el establecimiento de garantías jurisdiccionales para la protección de estas nuevas realidades subjetivas. En este contexto se originó la noción de “derechos públicos subjetivos”, de la cual JELLINEK es uno de los principales representantes¹⁷². El surgimiento de esta nueva categoría pretendió asentar los derechos humanos en el seno de un sistema de relaciones jurídicas entre el Estado y los particulares, con el objetivo de conciliar la teoría de los derechos humanos con las tesis de corte positivista. En el seno de esta tendencia, JELLINEK desarrolló una “teoría de posiciones totales abstractas”¹⁷³ en la que distinguió cuatro estatus diferenciados: estatus pasivo o *subiectionis*, estatus negativo o *libertatis*, estatus positivo o *civitatis* y estatus activo o de la ciudadanía activa¹⁷⁴. JELLINEK definía el estatus como la “relación con el Estado que califica al individuo”¹⁷⁵, de manera que concebía el estatus como una situación distinta de la tenencia de un derecho, ya que el estatus tendría como contenido el “ser” jurídico y no el “tener” jurídico de una persona¹⁷⁶. Consecuentemente, de estas situaciones o estatus surgen una serie de pretensiones de los ciudadanos, las cuales constituyen los denominados

¹⁷¹ *Slater v. Baker & Stapleton*, 2 Wils KB 359, 95 Eng Rep 860, 1767.

¹⁷² Cabría asimismo destacar a autores como GERBER, LABAND y MAYER, quienes también tomaron parte en la construcción de dicha noción, como pone de manifiesto PÉREZ LUÑO, *vid. Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 10ª ed., Madrid, Tecnos, [1984] 2010, p. 60.

¹⁷³ ALEXY, R., *Teoría de los...*, *op. cit.*, p. 219.

¹⁷⁴ JELLINEK, G., *System der Subjektiven öffentlichen Rechte*, 2ª ed., Tubinga, 1905, pp. 86 y ss. Citado por ALEXY, R., *Teoría de los...*, *op. cit.*, pp. 219 y ss.

¹⁷⁵ JELLINEK, G., *System der Subjektiven...*, *op. cit.*, p. 83.

¹⁷⁶ JELLINEK, G., *System der Subjektiven...*, *op. cit.*, p. 84.

derechos públicos subjetivos, ordenados en los cuatro estatus anteriormente enunciados.

En líneas generales, en el planteamiento de JELLINEK, el estatus pasivo o *subiectionis* se configura como la abstracción de determinadas posiciones descriptibles a partir de las modalidades normativas del mandato, la prohibición, la competencia y la sujeción, y reducible a las mismas. Para que un individuo se sitúe en el estatus pasivo, este ha de encontrarse inserto en la esfera del deber individual, en virtud de una relación de sumisión respecto del Estado¹⁷⁷. Por lo que respecta al estatus negativo o *libertatis*, JELLINEK lo configuró como un ámbito de libertad individual¹⁷⁸. Bajo este estatus el individuo se sitúa en el terreno de la autonomía, dentro del cual sus actos quedan libres de la injerencia del poder estatal, por lo que el estatus negativo conlleva una garantía frente a la intromisión del Estado en determinados ámbitos¹⁷⁹. En tercer lugar, el estatus positivo o *civitatis* se muestra como un reflejo del estatus negativo, en tanto que se configura como el derecho del ciudadano frente al Estado a la realización de acciones por parte de este último¹⁸⁰, de modo que se encuentra en un estatus positivo aquel individuo a quien el Estado reconoce la capacidad jurídica para reclamar el poder estatal para sí, a los efectos de servirse de las instituciones estatales¹⁸¹. Por último, la estructura formal del estatus activo o de la ciudadanía activa se caracteriza a través del concepto de competencia. Se trata aquí de la atribución al individuo de competencias dirigidas a facilitar su participación en el Estado y orientadas a la creación de la voluntad estatal¹⁸². Sin embargo, un sector doctrinal ha señalado que la delimitación del estatus positivo operada por JELLINEK resulta precaria, ya que existen supuestos dudosos en los que estatus activo y positivo aparecen vinculados, como por ejemplo en el caso concreto del derecho al voto. Tales oscilaciones son representativas del carácter relativamente difuso presente, en mayor o menor medida, a lo largo del planteamiento propuesto por JELLINEK¹⁸³. En el análisis de las modalidades propuestas por JELLINEK, se tendrán asimismo en consideración algunas de las críticas doctrinales sobre ellas vertidas, además de la reformulación propuesta por ALEXY a los efectos de evitar algunas de las objeciones más relevantes a dicha teoría. El objetivo de este análisis reside en considerar el posible impacto que la clasificación de los diferentes estatus operada por JELLINEK pueda tener en la consideración de las posiciones jurídicas subjetivas de los

¹⁷⁷ JELLINEK, G., *System der Subjektiven...*, *op. cit.*, p. 86.

¹⁷⁸ JELLINEK entendía la expresión “esfera de libertad individual” como la clase “de las acciones de los súbditos jurídicamente irrelevantes para el Estado”. *Vid.* JELLINEK, G., *System der Subjektiven...*, *op. cit.*, p. 104.

¹⁷⁹ Este estatus resulta más controvertido, puesto que no queda claro si se trata de simples posiciones libres, esto es, libertades jurídicas no protegidas; o, por el contrario, también se incluyen protecciones a dichas libertades en la forma de derechos a la no obstaculización.

¹⁸⁰ JELLINEK, G., *System der Subjektiven...*, *op. cit.*, p. 121.

¹⁸¹ JELLINEK, G., *System der Subjektiven...*, *op. cit.*, p. 87.

¹⁸² JELLINEK, G., *System der Subjektiven...*, *op. cit.*, p. 136 y 137.

¹⁸³ ALEXY, R., *Teoría de los...*, *op. cit.*, p. 232.

sujetos, y en atención a las propuestas doctrinales objeto de análisis en la presente tesis. No obstante, se ha de partir invariablemente de la consideración de que, en la teoría de JELLINEK, los estatus constituyen antesalas para la adjudicación de posiciones jurídicas subjetivas y que, definitivamente, dicha tesis necesita de una reformulación que le otorgue suficiente flexibilidad y, consiguientemente, le permita adecuarse a las nuevas realidades jurídicas.

2.1.1. Las cuatro modalidades de estatus

2.1.1.1. El estatus pasivo

Como ya se ha adelantado, en el estatus pasivo el individuo se inserta en el ámbito del deber individual, en virtud de su posición de sumisión frente al Estado¹⁸⁴, siendo posible una doble interpretación al respecto. De una parte, el propio JELLINEK parece haber considerado que el individuo situado en dicho estatus se encuentra en una situación de sujeción, en virtud de su subordinación a determinados mandatos o prohibiciones estatales. Este estatus individual se extingue ante la ausencia de mandatos o prohibiciones que afecten al individuo, y cuando el Estado sea incompetente para establecer tales prescripciones. Una segunda interpretación ha sido propuesta por ALEXY, quien aboga por un estatus pasivo consistente en la totalidad o clase de los mandatos y prohibiciones para cuya imposición el Estado es competente. En esta interpretación alternativa, toda modificación de los mandatos o prohibiciones y la competencia del Estado para imponerlos conduce a una modificación del estatus. No obstante, el propio ALEXY ha señalado la necesidad de distinguir el contenido del estatus del estatus en sí mismo considerado, de modo que el contenido del estatus pasivo consiste en un haz de posiciones; mientras que el estatus pasivo del individuo como tal es aquello que perdura cuando cambia el número o contenido de las posiciones que constituyen ese haz. En consecuencia, el concepto de estatus pasivo se configura como una abstracción de determinadas posiciones descriptibles y reducibles a las modalidades normativas de los mandatos y las prohibiciones¹⁸⁵.

2.1.1.2. El estatus negativo

JELLINEK describió el estatus negativo como el perímetro de libertad del individuo, en el que los fines individuales son satisfechos a través de la actuación libre del sujeto¹⁸⁶. Este ámbito incluye aquellas conductas de los individuos ni prohibidas ni permitidas, es decir, acciones jurídicamente irrelevantes para el

¹⁸⁴ JELLINEK, G., *System der subjektiven...*, op. cit., p. 86.

¹⁸⁵ ALEXY, R., *Teoría de los...*, op. cit., pp. 221-222.

¹⁸⁶ JELLINEK, G., *System der subjektiven...*, op. cit., p. 87.

Estado¹⁸⁷, de modo que se tratan de permisiones “puramente negativas”¹⁸⁸. JELLINEK se refirió exclusivamente a posiciones libres, esto es, a libertades jurídicas no protegidas, lo cual vendría justificado por el hecho de que les atribuía protección mediante lo denominados “derechos de defensa”, es decir, derechos de no impedimento frente al Estado. Sin embargo, ALEXY ha advertido que tal consideración plantea dificultades, pues dicha pretensión de no perturbación por parte del Estado al individuo pertenecería al estatus positivo. En este sentido, la noción de derecho de defensa presenta en el planteamiento de JELLINEK un carácter indeterminado y fluctuante¹⁸⁹.

Al igual que ocurría con el estatus pasivo, el estatus negativo consiste en una abstracción de determinadas libertades jurídicas no protegidas, por lo que una vez más resulta necesario distinguir entre el estatus negativo como tal y su contenido. En este sentido, el contenido podría sufrir modificaciones, pero el estatus negativo como tal permanecerá intacto. En atención a lo anterior, JELLINEK afirmó que “solo existe la libertad jurídica en singular” y que “la situación individual que surge de las leyes que reconocen y regulan la libertad (...) es sustancialmente la misma para todos los casos”¹⁹⁰. El contenido del estatus negativo de un individuo consiste en la totalidad de las libertades jurídicas no protegidas que el individuo ostenta frente al Estado en un momento determinado, pudiendo ser designadas como “ámbitos de libertad”, “esferas de libertad” o “campos de libertad”¹⁹¹.

Por lo que se refiere a las relaciones entre los estatus negativo y pasivo propuestos por JELLINEK, el Estado puede optar por dos alternativas recíprocamente excluyentes en la regulación de las relaciones con sus súbditos: “el sometimiento y la libertad de sometimiento”¹⁹², de manera que los estatus pasivo y negativo se encuentran en una relación de contradicción. Así, mientras que todas aquellas acciones de un individuo que no están ni prohibidas ni ordenadas pertenecen al estatus negativo, es decir, se insertan en su ámbito de libertad; las acciones que le están prohibidas u ordenadas pertenecen a su estatus pasivo, esto es, al ámbito de sus obligaciones. Toda ampliación del ámbito de obligaciones supone una reducción del ámbito de libertad jurídica y viceversa, lo cual concordaría con el criterio del propio JELLINEK acerca de que las libertades jurídicas no protegidas tan solo corresponden al estatus negativo¹⁹³.

¹⁸⁷ En términos de JELLINEK, la noción de acción permitida denomina a las acciones jurídicamente relevantes; mientras que las acciones jurídicamente irrelevantes también las denomina como “jurídicamente indiferentes”. JELLINEK, G., *System der subjektiven...*, op. cit., p. 46.

¹⁸⁸ JELLINEK, G., *System der subjektiven...*, op. cit., p. 46.

¹⁸⁹ ALEXY, R., *Teoría de los...*, op. cit., p. 224.

¹⁹⁰ JELLINEK, G., *System der subjektiven...*, op. cit., p. 104.

¹⁹¹ JELLINEK, G., *System der subjektiven...*, op. cit., pp. 87 y 104.

¹⁹² JELLINEK, G., *System der subjektiven...*, op. cit., p. 104.

¹⁹³ ALEXY, R., *Teoría de los...*, op. cit., pp. 225-226.

Con todo, surgen inconvenientes respecto de las relaciones existentes entre estatus y derechos. JELLINEK afirmó que de un estatus se derivan determinados derechos públicos subjetivos¹⁹⁴, es decir, pretensiones entendidas como derechos concretos y actuales, los cuales se fundan, se vinculan, resultan y se generan a partir del estatus en cuestión¹⁹⁵. Afirmar que el estatus negativo genera derechos de no perturbación puede tener un doble significado. En primer lugar, que el derecho se sigue lógicamente del estatus, lo cual resultaría incorrecto, en tanto que de las libertades no protegidas o posiciones libres no se sigue de manera lógica un derecho a algo, ni tampoco un derecho al no impedimento de lo permitido, de manera que la relación ha de ser de tipo no lógico. En segunda instancia, podría entenderse que entre estatus y derecho existe alguna relación de tipo más débil. En este sentido, ALEXY ha señalado que, acudir al “propósito de la liberación” permitiría establecer una relación de tipo no lógico, de modo que si al individuo debe garantizársele un ámbito de libertad segura, entonces resultará necesario protegerlo mediante derechos al no impedimento y a la no eliminación de la posición jurídica¹⁹⁶.

2.1.1.3. El estatus positivo

JELLINEK concibió el estatus positivo como “un reflejo del negativo”¹⁹⁷. El estatus positivo otorga al individuo “pretensiones positivas”¹⁹⁸, es decir, el Estado confiere al individuo el “estatus de la civilidad” o positivo cuando le garantiza “pretensiones a su actividad” y “le facilita medios jurídicos para su realización”¹⁹⁹. JELLINEK denominó como “pretensiones jurídicas positivas formales”²⁰⁰ a aquellos derechos que el individuo puede alegar en un procedimiento para la protección de derechos, lo cual significaría que el individuo posee derechos a algo frente al Estado y ostenta una competencia para hacerlos exigibles. La fórmula empleada por JELLINEK referida a “la capacidad jurídicamente protegida para exigir prestaciones positivas del Estado”²⁰¹ posee un doble sentido. Así, si se prescinde de la competencia y otros matices, se obtiene como núcleo del estatus positivo el derecho del ciudadano frente al Estado a acciones estatales. Como ya se ha señalado, JELLINEK afirmó expresamente que el estatus positivo se configura como “justamente el reflejo del negativo”²⁰². Al emplear la expresión “reflejo”, ALEXY señala una correspondencia entre la extensión del estatus positivo del ciudadano y la extensión del “estatus pasivo del Estado”, así como que en la relación entre

¹⁹⁴ JELLINEK, G., *System der subjektiven...*, op. cit., pp. 54 y ss.

¹⁹⁵ JELLINEK, G., *System der subjektiven...*, op. cit., pp. 84, 86 y 106.

¹⁹⁶ ALEXY, R., *Teoría de los...*, op. cit., p. 226.

¹⁹⁷ JELLINEK, G., *System der subjektiven...*, op. cit., p. 121.

¹⁹⁸ Es decir, “le reconoce la capacidad jurídica de reclamar para sí el poder estatal y utilizar las instituciones estatales”. Vid. JELLINEK, G., *System der subjektiven...*, op. cit., p. 87.

¹⁹⁹ JELLINEK, G., *System der subjektiven...*, op. cit., p. 104.

²⁰⁰ JELLINEK, G., *System der subjektiven...*, op. cit., p. 70.

²⁰¹ JELLINEK, G., *System der subjektiven...*, op. cit., p. 121.

²⁰² ALEXY, R., *Teoría de los...*, op. cit., p. 228.

Estado y ciudadano todo lo que no pertenece al estatus positivo del ciudadano pertenece al “estatus negativo del Estado”²⁰³. Igual que en el caso del estatus pasivo, tampoco el estatus positivo debe ser idéntico a los derechos que de este “surgen”²⁰⁴. Empero, si el estatus positivo no consiste en determinados derechos a algo, entonces solo podrá consistir en aquello que es común a todos cuando los individuos poseen frente al Estado diferentes derechos a algo, vinculados con posibilidades de protección jurídica. Si se interpreta el estatus positivo en este sentido, entonces será imposible hablar de derechos que surjan del mismo.

A juicio de JELLINEK, el contenido de los derechos atribuibles al estatus positivo constituye “un hacer positivo del Estado”²⁰⁵. La omisión de impedimentos puede denominarse como un “hacer”, pero no en un sentido positivo. Esto supondría que el derecho al no impedimento o “derecho de defensa” no podría adscribirse en ningún estatus, por lo que el sistema de JELLINEK no contemplaría una de las posiciones de derecho fundamental más significativas. Para evitar esta circunstancia, ALEXY ha señalado la necesidad de adscribir dicha categoría al estatus positivo o al negativo, alternativamente. No obstante, cualquier decisión de adscripción implicaría resultados contraproducentes, pues si se adscribe el derecho de no impedimento al estatus negativo su carácter cambiará de manera esencial. Si, por el contrario, se adscribe al estatus positivo, entonces se hará imposible expresar la distinción entre derechos a acciones negativas y a acciones positivas del Estado. Además, dicha adscripción contrariaría la terminología de la dogmática de los derechos fundamentales. Para resolver esta cuestión, ALEXY ha propuesto subdividir ambos estatus positivo y negativo en estatus positivo y negativo “en sentido amplio” y “en sentido estricto”. Así pues, el “estatus negativo en sentido estricto” aparecería exclusivamente referido a las libertades jurídicas no protegidas. Por su parte, el “estatus positivo en sentido amplio” se referiría además a los derechos a acciones negativas del Estado, es decir, a los derechos de defensa, los cuales protegen el estatus negativo en sentido estricto. Al “estatus positivo en sentido amplio” pertenecerían tanto los derechos a acciones positivas como los derechos a acciones negativas; en cambio, el “estatus positivo en sentido estricto”, tan solo aparecería integrado por los derechos a acciones positivas. Lo anterior desembocaría en consecuencias de tipo sistemático, pues los derechos que son añadidos al “estatus negativo en sentido estricto”, para que se convierta en un “estatus negativo en sentido amplio” (derechos de defensa), han de consistir en un tipo especial de derechos del “estatus positivo en sentido amplio”²⁰⁶. Con todo, el propio ALEXY ha reconocido que esta solución complicaría demasiado el lenguaje de los derechos fundamentales, ya que por lo general en las argumentaciones iusfundamentales se alude al “estatus negativo en sentido amplio” y al “estatus

²⁰³ ALEXY, R., *Teoría de los...*, op. cit., p. 229.

²⁰⁴ JELLINEK, G., *System der subjektiven...*, op. cit., pp. 118, 124, 121 y 128.

²⁰⁵ JELLINEK, G., *System der subjektiven...*, op. cit., p. 121.

²⁰⁶ ALEXY, R., *Teoría de los...*, op. cit., p. 230.

positivo en sentido estricto”. Con todo, en los casos dudosos, siempre se podrá acudir a la teoría de las posiciones jurídicas fundamentales. Sin embargo, cuando se traten de cuestiones de derecho fundamental que contengan problemas de la teoría del estatus en sí mismo considerado, las distinciones antes señaladas resultarán necesarias²⁰⁷.

2.1.1.4. El estatus activo

Por último, el estatus activo se fundamenta en la noción de competencia. De este modo, para que el individuo pueda situarse en este estatus, es necesario adjudicarle capacidades adicionales a su mera libertad natural²⁰⁸, si bien no es preciso adscribir a dicho estatus todas las competencias disponibles en el sistema jurídico. Según JELLINEK, solo pertenecían al estatus activo aquellas competencias orientadas a la “participación en el Estado”²⁰⁹ y a la “formación de la voluntad estatal”²¹⁰. En este punto, presenta especial importancia la vinculación de posiciones que pertenecen a diferentes estatus, pues las posiciones del estatus activo aparecen siempre vinculadas a las de otro estatus, ya que el ejercicio de una competencia siempre está ordenado o prohibido (estatus pasivo) o es libre (estatus negativo). JELLINEK afirmó que el estatus activo de un individuo presenta un ámbito más extenso cuando no se encuentra limitado por un deber, ensanchándose así su capacidad de acción jurídica, lo cual no implica que los estatus activo y pasivo sean recíprocamente inconciliables. No obstante, el ejercicio de las competencias pertenecientes al contenido del estatus activo se suelen poner a disposición del individuo, combinándose los estatus activo y negativo²¹¹.

2.1.2. Críticas a la teoría del estatus

La doctrina ha adoptado diferentes posturas al respecto de la estimación que la teoría del estatus de JELLINEK merece en la actualidad. Un sector doctrinal ha destacado la oportunidad de su consideración no solo en virtud de su valiosa conceptualización y teorización jurídicas, sino también debido a su actual vigencia como base para la clasificación de los derechos fundamentales²¹². Dicha validez vendría abalada por los intentos de acomodar la estructura de la tesis de JELLINEK, ciertamente influenciada por la mentalidad del Estado liberal de Derecho, al

²⁰⁷ ALEXY, R., *Teoría de los...*, op. cit., p. 231.

²⁰⁸ Por ejemplo, el derecho al voto. Vid. JELLINEK, G., *System der subjektiven...*, op. cit., p. 138.

²⁰⁹ JELLINEK, G., *System der subjektiven...*, op. cit., p. 137.

²¹⁰ JELLINEK, G., *System der subjektiven...*, op. cit., p. 136.

²¹¹ A modo ejemplificativo, el derecho al voto constituiría un supuesto de combinación entre los estatus positivo y activo. Vid. JELLINEK, G., *System der subjektiven...*, op. cit., pp. 139-140.

²¹² Suscriben esta opinión autores como Fr. KLEIN, W. SCHMITT GLAESER, J. SCHWABE, C. STARCK o el propio ALEXY. Vid. *Teoría de los...*, op. cit., p. 219.

modelo del Estado social de Derecho²¹³. No obstante, otros autores han cuestionado dicha vigencia, y evalúan negativamente tales tentativas de acomodar la teoría del estatus a las nuevas realidades. En este sentido, PÉREZ LUÑO ha señalado que “la propia sutileza de estos esfuerzos teóricos por acomodar la noción clásica de derechos públicos subjetivos a las nuevas situaciones surgidas de las nuevas circunstancias no supone sino tentativas de injertar nueva savia en un tronco caduco”²¹⁴, además de suponer una distorsión de las estructuras de JELLINEK, con las cuales resultan incompatibles. Para este autor, la tesis de JELLINEK se configura como un planteamiento de marcado corte liberal-burgués que de ninguna manera resulta trasladable a los nuevos modelos derivados del avance económico y social, resultando por ello pretérita, lo cual se evidenciaría en el progresivo abandono de la noción de derechos públicos subjetivos en favor de una noción más amplia, a saber, la de derechos fundamentales²¹⁵.

Adicionalmente, se ha acusado a la tesis del estatus de JELLINEK de no ser nítida al respecto de las relaciones entre las posiciones elementales y los estatus, así como en cuanto a las relaciones que median entre las diferentes posiciones elementales. No obstante, ALEXY confía en la superación de estas debilidades a través de una fundamentación de teoría del estatus sobre la base de una teoría de las posiciones jurídicas y modalidades deónticas fundamentales. Respecto de los presupuestos materiales, cabe reproducir algunas objeciones doctrinales a la tesis de JELLINEK sobre el contenido del “estatus negativo en sentido estricto”, en la terminología empleada por ALEXY²¹⁶. Como se recordará, el contenido de este estatus se define por aquello que el individuo no tiene ni prohibido ni ordenado, quedando dicho contenido a disposición del legislador, de modo que JELLINEK amparó el estatus negativo simplemente en el derecho del ciudadano frente al Estado a no ser “obligado a ninguna prestación ilegal”, pues “toda libertad es simplemente libertad de coacciones ilegales”²¹⁷. No obstante, esta tesis acerca del estatus negativo parece contradecir la norma de derecho constitucional según la cual también el legislador se encuentra sometido a las normas de derecho fundamental²¹⁸. Sin embargo, a los efectos de evitar estas críticas, ALEXY ha propuesto una reconstrucción de dicho estatus negativo sobre la base de la

²¹³ Ejemplos de ello son los esfuerzos de P. HÄBERLE de adaptar la teoría de JELLINEK a la mentalidad jurídica democrática, quien intentó complementar el elenco de estatus de JELLINEK con su estatus *activus processualis*. En este mismo sentido, destacan las propuestas DENNINGER y su estatus *constituens*; HESSE con sus estatus de derechos constitucional y derecho político general; o GRABITZ y su estatus *libertatis*. Vid. ALEXY, R., *Teoría de los...*, op. cit., pp. 219 y 220. En España destaca GARCÍA DE ENTERRÍA, quien propuso en el ámbito del derecho administrativo la distinción de dos tipos de derechos públicos subjetivos: típicos o activos y reaccionales o impugnatorios. Vid. PÉREZ LUÑO, A.E., *Derechos humanos, Estado...*, op. cit., p. 35.

²¹⁴ PÉREZ LUÑO, A.E., *Derechos humanos, Estado...*, op. cit., p. 36.

²¹⁵ PÉREZ LUÑO, A.E., *Derechos humanos, Estado...*, op. cit., p. 35.

²¹⁶ ALEXY, R., *Teoría de los...*, op. cit., p. 233.

²¹⁷ JELLINEK, G., *System der subjektiven...*, op. cit., p. 103.

²¹⁸ En este punto, cabe señalar la intangibilidad del contenido esencial de los derechos fundamentales por parte del legislador.

consideración de las normas permisivas de derecho fundamental, es decir, ha propuesto un “estatus negativo de derecho fundamental”²¹⁹.

En otra orden de cosas, la doctrina ha alegado una serie de objeciones derivadas principalmente del excesivo formalismo de la teoría del estatus propuesta por JELLINEK, además de presentar un carácter abstracto y espacial, considerar al individuo de manera aislada e, incluso, encontrarse desfasada. En esta línea, HESSE ha advertido que el estatus negativo de JELLINEK es “puramente formal”, pues no se le atribuye al “ser humano o el ciudadano en su realidad vital”, y la libertad que otorga “no se refiere a relaciones vitales concretas”. Sin embargo, las normas de derecho fundamental contienen “un otorgamiento y fundamento concretos”, de manera que ha propuesto la sustitución de la tesis del estatus de JELLINEK por un “estatus jurídico material” fundamentado y garantizado por los derechos fundamentales de la Constitución²²⁰. Por su parte, HÄBERLE ha objetado que la teoría del estatus niega a los derechos fundamentales “un aspecto activo-civil”²²¹, lo cual no resulta coherente con una posición de “ciudadanos activos”, perdiéndose el “sentido de Constitución”, o lo que es lo mismo, “adscribir a los seres humanos vivientes, de manera conjunta, a una comunidad política”²²². Por su parte, PREUß ha reivindicado que las relaciones sociales no pueden organizarse mediante un sistema de adscripciones de esferas vitales individualmente dominadas, lo cual no puede ser superado por el concepto de derecho subjetivo ni, por tanto, por la teoría del estatus de JELLINEK²²³. En virtud de lo anterior, dicho autor ha propuesto la comprensión de las libertades garantizadas a través de los derechos fundamentales como normas de organización de la libertad social en vez de como derechos subjetivos²²⁴. En opinión de ALEXY, la tradicional oposición entre las tesis formales y materiales subyace a las críticas acerca de la tesis de JELLINEK, de lo cual deriva que la cuestión acerca de la teoría formal del estatus no es su verdad o falsedad, sino su relevancia o irrelevancia, pues resulta posible observar la posición jurídica de un ciudadano tanto desde puntos de vista formales como materiales. No obstante, el objeto de la teoría del status es la estructura formal de la posición jurídica total del ciudadano, de modo que no solo se ha que preguntar

²¹⁹ ALEXY, R., *Teoría de los...*, op. cit., p. 234.

²²⁰ HESSE, K., *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 14. Auflage, Heidelberg, 1984, observación marginal 280 y ss. Citado por ALEXY, R., *Teoría de los...*, op. cit., p. 235.

²²¹ HÄBERLE, P., *Die Wesensgehaltgarantiedes Artikel 19 Abs. 2 Grundgesetz*, 3. Auflage, Heidelberg, 1983, pp. 18 y ss. Vid. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales de la ley fundamental de Bonn*, traducción de Joaquín Brage Camazano, presentación y estudio preliminar de Francisco Fernández Segado, Dykinson, Madrid, 2003.

²²² SMEND, R., “Brüger und Bourgeois im deutschen Staatsrecht”, en Smend, R., *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, 2. Auflage, Duncker & Humblot, Berlin, 1968, nota 15, p. 320. Citado por ALEXY, R., *Teoría de los...*, op. cit., p. 234.

²²³ PREUß, U.K., *Die Internalisierung des Subjekts. Zur Kritik der Funktionsweise des subjektiven Rechts*, Suhrkamp, Frankfurt a./M., 1979, p. 28. Respecto de la crítica de PREUß a la revisión de la teoría del estatus de RUPP, vid. PREUß, U.K., *Die Internalisierung des...*, op. cit., pp. 198 y ss. Citado por ALEXY, R., *Teoría de los...*, op. cit., p. 235.

²²⁴ PREUß, U.K., *Die Internalisierung des...*, op. cit., pp. 193 y 165-ss.

qué contenido deben tener las normas de derecho fundamental para ubicar al individuo en la posición de un sujeto activo, sino también qué estructura se ha de otorgar a tales normas para lograr este fin. Además, la existencia de problemas materiales al respecto de la tesis del estatus no implica que una teoría analítica del estatus carezca de importancia, pues se justifica en virtud de su valor explicativo al margen de cualquier utilidad práctica. Por último, a los efectos combatir las críticas de tipo espacial vertidas sobre la tesis de JELLINEK, ALEXY ha señalado que la inclusión del concepto de “ámbito o margen de libertad” resulta indefectible²²⁵.

2.2. El derecho subjetivo en la obra de Hans Kelsen

En contraste con lo anteriormente expuesto, el planteamiento kelseniano parte del rechazo al dualismo conceptual entre Derecho objetivo y derecho subjetivo, el cual Kelsen consideraba ideológico e inadmisibles. En opinión del profesor austriaco, esta distinción suponía la equivocada existencia de derechos naturales previos al establecimiento del orden jurídico, debiendo este último limitarse simplemente a reconocerlos, a riesgo de presentarse como un orden jurídico injusto. El análisis kelseniano parte de la norma entendida como una proposición jurídica, para concluir que el concepto de derecho subjetivo se integra en aquel otro más amplio de Derecho en sentido objetivo o sistema normativo que, en un primer momento, Kelsen identificó con el Estado. En este sentido, el concepto de derecho subjetivo resultaría superfluo, constituyendo tan solo una técnica posible, si bien no necesaria, a disposición del orden jurídico y encaminada a la creación de normas jurídicas particulares.

Originariamente, Kelsen adoptó una concepción estática del Derecho, pues consideraba que solo las normas jurídicas generales constituían el objeto de la teoría del Derecho²²⁶. No obstante, con posterioridad también se ocupará de las cuestiones relativas a la creación y unidad del Derecho, incorporando así una perspectiva dinámica, y quizás más voluntarista, a su planteamiento²²⁷. Con todo, incidió en el carácter coactivo de las normas, al concebir que estas siempre imponen una sanción, concepto primario, consistente en la privación coercitiva de un bien, a consecuencia de una conducta contraria a lo establecido por un deber jurídico y que, por consiguiente, implica un hecho ilícito o delito.

²²⁵ ALEXY, R., *Teoría de los...*, op. cit., pp. 235-237.

²²⁶ Kelsen, H., *Problemas capitales de la Teoría jurídica del Estado (Desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica)*, traducción de Wenceslao Roces, Porrúa, México, 1987.

²²⁷ Kelsen, H., *Teoría General del Derecho y del Estado*, traducción de Eduardo García Máynez, UNAM, México, 1983, 978 pp. Acerca de las cuestiones relativas a la estática y dinámica jurídica en Kelsen, vid. ROBLES, G., *Hans Kelsen. Vida y obra*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014, p. 141; y GARCÍA AMADO, J.A., *Hans Kelsen y la norma fundamental*, Marcial Pons, Madrid, 1996, nota 14, p. 19.

2.2.1. Presupuestos iniciales

KELSEN se mostró muy crítico con diversas doctrinas relativas a la asignación de las posiciones jurídicas subjetivas, en concreto se posicionó radicalmente en contra de las teorías tradicionales, a saber, la concepción iusnaturalista, en general; y las tesis del interés de Rudolf von IHERING, de la voluntad de Bernhard WINDSCHEID y de la combinación de Edmund BERNATZIK, en particular. Asimismo, KELSEN dirigió sus objeciones tanto a los planteamientos de John AUSTIN, insertos en la corriente de la jurisprudencia analítica; como también a la teoría y doctrina marxistas del Derecho de Georg Friedrich PUCHTA y Evgeni B. PASUKANIS. En lo que sigue se darán cuenta tan solo de las líneas de crítica más generales efectuadas por el profesor austriaco, pues un análisis pormenorizado de tales extremos excedería la finalidad del presente estudio.

Cabe adelantar que, a juicio de KELSEN, la norma jurídica se individualizaba o subjetivaba a través de los deberes jurídicos, los cuales definió como la “norma jurídica subjetivada”²²⁸. De hecho, consideraba que la preferencia por el concepto de derecho subjetivo constituía el resultado de la generalización de las concepciones iusnaturalistas, las cuales presuponen la existencia de derechos naturales anteriores a la existencia del orden jurídico. KELSEN consideraba que esta idea de justicia a la que recurrían las tesis iusnaturalistas constituía una realidad extrajurídica, que contaminaba la teoría del Derecho con elementos ajenos a lo jurídico. En sentido estricto, KELSEN negó la posibilidad de distinguir entre los conceptos de Derecho objetivo y derecho subjetivo²²⁹, constituyendo el concepto de derecho subjetivo un concepto iusnaturalista que identifica el perímetro que queda al margen de la regulación estatal con un poder de licitud, lo cual para KELSEN suponía un error, en tanto que solo se trataría del reflejo de un deber jurídico que, por lo demás, ni siquiera tendría por qué aparecer necesariamente en la norma jurídica que establece dicho deber. En definitiva, este error provendría de la inadecuada identificación de un poder de licitud con una realidad jurídicamente irrelevante²³⁰.

Así pues, en opinión de KELSEN el método empleado por los autores iusnaturalistas era simplemente equivocado, en tanto que consideraban posible deducir de la naturaleza las reglas de la conducta humana, lo cual presupone una concepción de la naturaleza de las cosas orientada a la consecución de algún fin y dispuesta por principios racionales y eternos²³¹. De este modo, el método iusnaturalista no distinguiría adecuadamente entre “el ser” (*Sein*) y “el deber ser”

²²⁸ KELSEN, H., *Problemas capitales de...*, op. cit., p. 379.

²²⁹ KELSEN, H., *Problemas capitales de...*, op. cit., p. 495.

²³⁰ Por ejemplo, hacer lo que se quiera con las cosas propias simplemente constituirá un hecho jurídicamente irrelevante. KELSEN, H., *Problemas capitales de...*, op. cit., p. 496.

²³¹ KELSEN, H., *Teoría Pura del Derecho. Introducción a la Ciencia del Derecho*, 1ª ed., edición francesa, traducción de M. Nilve, EUDEBA, Buenos Aires, 1960, p. 103.

(*Sollen*)²³². Además, señaló que las normas jurídicas y la moral, pertenecientes al mundo del deber ser, no operan mediante el principio de causalidad, sino a través de la imputación. Según KELSEN, la teoría del Derecho natural se contradice al afirmar el carácter perfecto del Derecho natural, establecido por una autoridad sobrehumana, lo cual implicaría el carácter superfluo del Derecho positivo. El Derecho natural extrae de la naturaleza humana los principios sobre los que se sustenta y presupone que esta naturaleza ha de ser buena, pero no describe al ser humano como “es”, sino como “debe ser”²³³. Asimismo, incurre en contradicción al no admitir el conflicto entre el Derecho positivo y el Derecho natural, o cuando se establecen reglas de justicia vacuas. Para KELSEN, esta idea dualista de dos órdenes intercalados y subordinados solo podía ser explicada de manera política, acusando con ello a la doctrina del Derecho natural de subordinarse a objetivos conservadores y legitimistas²³⁴, lo cual explicaría la pluralidad de doctrinas iusnaturalistas existentes orientadas a la justificación de diversas concepciones del ser humano y de la forma de gobierno. En el sentido otorgado por la concepción iusnaturalista, el derecho subjetivo se configura como autonomía y libertad frente al orden jurídico²³⁵, de manera que estaría presuponiendo un significado artificial de los conceptos de derecho subjetivo y sujeto de derecho, pues nadie puede atribuirse derechos unilateralmente, sino que estos surgen del acuerdo de voluntades, siendo en todo caso necesario el reconocimiento por la norma. En contraste con las tesis iusnaturalistas, KELSEN concibió el Derecho como un orden normativo orientado al establecimiento de una serie de comportamientos humanos como jurídicamente legítimos, con el objetivo de proveer una seguridad relativamente estable para los sujetos vinculados a la jurisdicción de dicho orden jurídico.

Por lo que respecta a la tesis del interés de IHERING, el factor fin constituía en el planteamiento del jurista alemán la característica definitoria del concepto de derecho subjetivo, entendido como un interés jurídicamente protegido²³⁶. Sin embargo, KELSEN consideró que dicho factor fin no formaba parte del concepto jurídico formal que el propio IHERING pretendía construir. IHERING concebía el derecho subjetivo como un concepto con entidad propia respecto del de Derecho objetivo, si bien vinculado a este último. Para este, el concepto de derecho subjetivo se identificaba con el concepto de interés, entendido como realidad psicosocial con un significado material. En opinión de KELSEN, esta identificación

²³² Como se podrá observar, el propio KELSEN partía del planteamiento dualista fraguado en el siglo XV y que perdura en la actualidad. Es más, el profesor austríaco insistió en la distinción entre “ser” y “deber ser” como presupuesto metodológico de todo el conocimiento. Vid. ROBLES, G., *Hans Kelsen. Vida...*, op. cit., pp. 61-62. GARCÍA AMADO, J.A., *Hans Kelsen y...*, op. cit., p. 27.

²³³ KELSEN, H., *Teoría Pura del...*, 1ª ed. francesa, op. cit., p. 106.

²³⁴ KELSEN, H., *Teoría Pura del Derecho. Introducción a la Ciencia del Derecho*, 1ª ed., edición alemana, traducción de Tejerína, Editora Nacional, México, 1979, p. 68.

²³⁵ KELSEN, H., *Teoría Pura del...*, 1ª ed., ed. alemana, op. cit., p. 72.

²³⁶ IHERING, R.V., *El espíritu del Derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, Comares, Granada, 1998, p. 821.

del concepto de derecho subjetivo con el interés resultaba inaceptable, pues hacía depender la existencia del Derecho objetivo de la presencia de un interés. Este error de IHERING derivaría nuevamente de una inadecuada equiparación entre los mundos del “ser” y del “deber ser”, al igual que ocurría en las tesis iusnaturalistas. El interés, en tanto que elemento psíquico, forma parte del mundo del “ser” y es consiguientemente independiente del mundo del “deber ser”, al cual pertenece el Derecho objetivo y, por lo tanto, las normas jurídicas que lo conforman. Evidencia de lo anterior sería que la inexistencia o desaparición del interés no implica el desvanecimiento de la protección que KELSEN identificaba con la norma, de tal manera que el interés no puede ser el elemento determinante del concepto de derecho subjetivo. De hecho, para KELSEN, sostener que el interés constituye el elemento definitorio del derecho subjetivo implicaba la presunción de la existencia de dicho interés, incluso en aquellos casos en los que este no concurra²³⁷.

A juicio de KELSEN, tanto la postura de IHERING como la de WINDSCHEID eran equiparables con la única diferencia de que mientras que IHERING recurría al elemento psíquico del interés, WINDSCHEID lo sustituyó por otro elemento de la misma naturaleza: la voluntad. En virtud de tal semejanza, KELSEN consideró que las mismas críticas vertidas contra la tesis de IHERING eran trasladables a la de WINDSCHEID, quien concibió el derecho subjetivo como una voluntad del titular de la posición jurídica otorgada por el orden jurídico²³⁸. KELSEN acusó a WINDSCHEID de incluir bajo dicho concepto tanto a los supuestos de hecho que recaen sobre la conducta ajena o “derechos de primera clase”, cuya característica fundamental consiste en que el orden jurídico pone a disposición del titular la aplicación de los medios que este le confiere; como también aquellos otros que recaen sobre la propia conducta o “derechos de segunda clase”, referidos a la creación, extinción o transmisión de derechos de la primera clase. En opinión de KELSEN, los derechos de segunda clase suscritos por WINDSCHEID serían jurídicamente irrelevantes, en tanto que habría asimilado erradamente el concepto de derecho, entendido como entidad deontológica, con una posibilidad real u ontológica²³⁹. En definitiva, la teoría de la voluntad pretendía explicar el derecho como una forma de poder. Sin embargo, para KELSEN, la capacidad de hacer uso de lo propio no constituiría estrictamente un poder, sino una manifestación de la norma que estatuye deberes de abstención en los demás, o algo jurídicamente irrelevante. KELSEN negó que un derecho pudiera ser considerado como un poder de voluntad, pues para ello sería necesario que la voluntad del sujeto fuera decisiva para determinar la obligación de otro, lo cual no ocurre ni respecto de las normas generales, pues tan solo

²³⁷ KELSEN, H., *Problemas capitales de...*, op. cit., p. 501.

²³⁸ En su crítica a la teoría de la voluntad, KELSEN se refiere expresamente la obra de WINDSCHEID: *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Rütten & Loening, Frankfurt a./M., 1906.

²³⁹ KELSEN, H., *Problemas capitales de...*, op. cit., p. 516.

recogen los mandatos de la autoridad; ni en el caso de los negocios jurídicos, pues la obligación surgiría del acuerdo de voluntades anterior²⁴⁰.

En la segunda edición de *Teoría Pura*, KELSEN rechazó nuevamente la íntegra identificación de la voluntad del sujeto titular con el derecho subjetivo, si bien concedió cierta relevancia a dicha voluntad, pues afirmó que la tenencia de un “derecho reflejo” a la obligación de un tercero proveía al titular del primero una potestad jurídica vinculada al referido derecho reflejo, de manera que el titular del mismo podrá hacer valer su pretensión mediante el ejercicio de la acción o querrela otorgada por la norma en caso de incumplimiento de la obligación. No obstante, para KELSEN, este poder jurídico para demandar constituía una realidad diferente respecto de la obligación jurídica. De este modo, solo cuando el orden jurídico conceda dicha potestad surgirá un derecho subjetivo diferente de la obligación jurídica, el cual denominó como “derecho subjetivo en sentido técnico” y que proporciona a su titular la posibilidad de demandar el cumplimiento de la obligación, posibilidad que, por lo demás, dependerá de la voluntad del propio titular²⁴¹. Con todo, este derecho subjetivo en sentido técnico no constituye una realidad independiente del Derecho objetivo en el pensamiento kelseniano, sino que se trataría de un poder jurídico para reclamar, otorgado por la norma al individuo y que le permite impulsar la ejecución forzosa de la obligación en caso de incumplimiento de la misma. De este modo, KELSEN concibió los derechos subjetivos en sentido técnico como una mera técnica posible a disposición del orden jurídico, orientada a la aplicación de la sanción prevista²⁴².

En cuanto a la explicación propuesta por BERNATZIK, KELSEN la denominó como “tesis de la combinación”, en tanto que reunía ambos factores: fin (o interés) y voluntad. Evidentemente, también consideró esta teoría como inadecuada, pues se sustenta en elementos extrajurídicos, los cuales no pierden tal consideración por más que se vinculen con otros factores²⁴³. Adicionalmente, KELSEN acusó a esta tesis de enfatizar el elemento fin, lo cual se evidencia tanto en su definición de derecho subjetivo como fin humano capaz de producir efectos jurídicos y mediante cuya realización el orden jurídico reconoce la posibilidad de dominio de la voluntad; como también en su concepto de sujeto de derecho, entendido como representante de cualquier fin humano que el orden jurídico reconozca como un fin en sí mismo, confiriendo con ello virtualidad jurídica a la voluntad necesaria para su realización. Sin embargo, el propio BERNATZIK reconoció que el portador de la voluntad encaminada a la realización del fin no tiene por qué coincidir

²⁴⁰ KELSEN, H., *Teoría General del...*, op. cit., pp. 74-75.

²⁴¹ KELSEN, H., *Teoría Pura del...*, 2ª ed., op. cit., p. 147.

²⁴² KELSEN, H., *Teoría Pura del...*, 2ª ed., op. cit., p. 149.

²⁴³ En este punto KELSEN cita expresamente el artículo de BERNATZIK, E., „Kritische Studien über den Begriff der juristischen Person und über die juristische Persönlichkeit der Behörden insbesondere“, *Archiv des öffentlichen Rechts* 5(2), 1890, pp. 169-318. Vid. KELSEN, H., *Problemas capitales de...*, op. cit., p. 517.

necesariamente con el sujeto de dicho interés²⁴⁴. En la tesis de la combinación no es sujeto de derecho todo aquel que ostente un fin jurídicamente protegido, resultando posible constatar intereses protegidos por el orden jurídico que no pueden ser considerados como derechos en tanto que sus portadores no intervienen en su realización. Si la realización de un interés jurídicamente garantizado es considerada como un requisito esencial del derecho subjetivo, entonces su realización equivaldrá a la aplicación de la sanción por parte del Estado y, por consiguiente, la voluntad necesaria para dicha realización no podrá ser otra que la de este último. Así, aunque sea necesaria la mediación de una eventual acción y deba concurrir la voluntad del particular, la voluntad del Estado siempre será un requisito primordial para la realización de los intereses. De este modo, si la voluntad que protege el interés es la de la colectividad, los intereses jurídicamente protegidos serán aquellos en los que intervenga la voluntad del Estado y serán derechos subjetivos aquellos cuya protección dependa del ejercicio de la acción, necesitándose además la concurrencia de una voluntad particular. Para KELSEN, la protección jurídica conferida a un interés equivalía a un deber de realizar el objeto del interés o abstenerse de perturbarlo, pero no necesariamente de la acción, “cuya significación se reduce a ofrecer al interesado la posibilidad de disponer de esta protección”²⁴⁵, lo cual evidencia la desconexión de los conceptos de “derecho subjetivo en sentido técnico” y “derecho subjetivo reflejo” en el planteamiento kelseniano.

En *Teoría General del Derecho y del Estado*, KELSEN reiteró su declarado monismo, pues negaba tanto la relación entre las nociones de “Derecho” y “justicia” como las distinciones entre “Derecho objetivo”/“derecho subjetivo” y “Derecho”/“Estado”, lo cual se contrapuso a las tesis dualistas procedentes de la jurisprudencia analítica, especialmente a la propuesta de John AUSTIN, quien consideraba que Estado y Derecho constituían realidades separadas²⁴⁶. AUSTIN introdujo el elemento psíquico de la sanción en la relación que media entre el sujeto obligado y el orden jurídico, de manera que dicho sujeto adopta un determinado comportamiento por temor a la imposición de la sanción prevista por la norma, la cual se traduce en una consecuencia negativa o daño para el sujeto infractor. Sin embargo, como ya es sabido, KELSEN rechazaba tajantemente cualquier inclusión de elementos extrajurídicos en la explicación del Derecho, de manera que una norma válida se relaciona con una conducta humana solo a través de la sanción, al margen de cualquier elemento psíquico de los sujetos. Además, para KELSEN emplear el elemento del temor a la sanción se contradecía con la definición de obligación como sujeción a una sanción prevista para el caso de desobediencia del mandato contenido en la norma. Por lo demás, KELSEN acusó a la

²⁴⁴ KELSEN, H., *Problemas capitales de...*, op. cit., p. 518.

²⁴⁵ KELSEN, H., *Problemas capitales de...*, op. cit., p. 521.

²⁴⁶ AUSTIN, J., *Lectures on Jurisprudence or The Philosophy of Positive Law*, J. Murray (Ed.), London, 1977.

tesis de AUSTIN de no compatibilizar adecuadamente este elemento psíquico con el requisito formal exigido por el concepto de deber jurídico, de lo cual culpó a la definición de Derecho como mandato mantenida por AUSTIN²⁴⁷.

Por último, en su artículo *Allgemeine Rechtslehre im Lichte materialistischer Geschichtsauffassung* de 1931²⁴⁸, KELSEN reiteró sus ya conocidas observaciones acerca del carácter ideológico de la distinción entre Derecho objetivo y derecho subjetivo, vinculando a este último los conceptos de “sujeto de derecho” o “persona”. En concreto, KELSEN se mostró crítico con el concepto de sujeto de derecho sostenido por el jurista alemán PUCHTA, quien concebía la libertad como concepto primario del Derecho, entendida como la voluntad o poder de los seres humanos para determinarse. Como se recordará, KELSEN rechazó la inclusión del concepto de autonomía en la explicación de los derechos subjetivos, pues concebía que incluso los efectos de los contratos típicos del Derecho privado eran determinados por el Derecho objetivo y no por los contratantes, cuya decisión se restringiría a celebrarlos o no. KELSEN acusó a los planteamientos voluntaristas de presuponer la existencia de la propiedad privada como una categoría previa y trascendente respecto del concepto de Derecho objetivo, de un modo similar a la técnica empleada por las tesis iusnaturalistas²⁴⁹. Asimismo, criticó el dualismo conceptual mantenido por PASUKANIS entre Derecho objetivo y derecho subjetivo, el cual se le antojaba contradictorio, especialmente en tanto que dicho jurista soviético había reconocido la contradicción intrínseca en la que incurría la teoría del Derecho al afirmar tal dualismo. PASUKANIS afirmó que el concepto de Derecho podía significar tanto una “forma de reglamentación autoritaria externa”, esto es, un orden jurídico entendido como sistema de normas dictadas por una autoridad externa y encaminadas a establecer las pautas de la organización social; como también una “forma de autonomía privada subjetiva”, es decir, un “medio que permite a los individuos delimitarse dentro de la sociedad” y que posibilita la oposición frente a toda autoridad externa que no lo reconozca²⁵⁰. En el planteamiento de PASUKANIS, el sentido subjetivo del Derecho constituía el elemento primario, fundamentado en intereses materiales independientes de la reglamentación externa²⁵¹. En contraste con lo anterior, para KELSEN, la validez del

²⁴⁷ KELSEN, H., *Teoría General del...*, *op. cit.*, pp. 83-86.

²⁴⁸ KELSEN, H., „Allgemeine Rechtslehre im Lichte materialistischer Geschichtsauffassung“, *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik: neue Folge des Archivs für soziale Gesetzgebung und Statistik*, 1931, pp. 449-521. CRUZ PARCERO cita la versión italiana, traducción de F. Riccobono, *La Teoría Generale del Diritto e il materialismo storico*, Instituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1919, p. 118. Vid. CRUZ PARCERO, J.A., *El concepto de derecho subjetivo en la teoría contemporánea del derecho*, Fontamara, México, 1999, pp. 34 y ss.

²⁴⁹ KELSEN, H., *La Teoría Generale...*, *op. cit.*, pp. 122-123.

²⁵⁰ PASUKANIS, E.B., *Teoría General del Derecho y marxismo*, traducción de Virgilio Zapatero, Labor Universitaria, Barcelona, 1976, pp. 81-82. KELSEN cita la ed. alemana de 1929.

²⁵¹ PASUKANIS, E.B., *Teoría General del...*, *op. cit.*, p. 83.

Derecho emanaba exclusivamente de la norma, concebida como único instrumento hábil para crear Derecho, no pudiendo existir relación jurídica alguna sin esta²⁵².

2.2.2. El concepto de derecho subjetivo

2.2.2.1. La subjetivación del Derecho

En *Problemas Capitales*, KELSEN se ocupó de la cuestión referida a la derivación o subjetivación del Derecho a partir de la norma, con base en los presupuestos de identidad y unidad del concepto de Derecho²⁵³, de lo cual concluyó su naturaleza doble público-privada. Como ya se ha adelantado, para KELSEN, el derecho subjetivo era pura forma y no contenido, es decir, constituía la protección del interés y no lo protegido, pues sostenía que solo se han de considerar los elementos que componen el Derecho, a diferencia de lo mantenido por IHERING en su tesis del interés. En opinión de KELSEN, la norma jurídica se subjetivaba cuando la realización de la sanción era puesta a disposición del individuo a través de una acción judicial (*actio*)²⁵⁴, si bien esta prosperará en virtud de la condición establecida por la norma jurídica y dependiente de la voluntad del Estado. En virtud de lo anterior, afirmó la confluencia de dos voluntades necesariamente complementarias en presencia de un derecho subjetivo: de una parte y con carácter primario, la voluntad del Estado que ordena una conducta como debida, derivación derecho subjetivo reflejo; y de otra, la voluntad del individuo al que el orden jurídico confiere la facultad de reclamar el cumplimiento de un deber jurídico establecido a través de una norma jurídica²⁵⁵. La concesión de esta facultad de interponer una acción judicial reclamando el cumplimiento de un deber jurídico conllevaría a su vez el deber del Estado de imponer la sanción en caso de infracción de la conducta jurídicamente obligatoria. No obstante, para KELSEN, la imposición de estos dos deberes por una norma jurídica, es decir, el deber de un súbdito de comportarse de una determinada manera y el deber estatal de imponer la sanción en caso de inobservancia de dicha conducta, no implicaba dos derechos subjetivos distintos, sino que tan solo constituían dos proyecciones de una misma norma jurídica, a pesar de que el propio KELSEN recurrió a dicha dualidad conceptual al emplear las expresiones “derecho a exigir” y “derecho de ejecución estatal”²⁵⁶, respectivamente. El profesor austriaco identificó el derecho subjetivo con la acción procesal, a lo que denominó “derecho subjetivo en sentido técnico”²⁵⁷. De esta manera, la verificación del supuesto de hecho previsto por la norma desencadenaría la aparición del derecho

²⁵² KELSEN, H., *La Teoria Generale...*, op. cit., pp. 140-141.

²⁵³ KELSEN, H., *Problemas capitales de...*, op. cit. p. 539.

²⁵⁴ KELSEN, H., *Problemas capitales de...*, op. cit. p. 540.

²⁵⁵ KELSEN, H., *Problemas capitales de...*, op. cit. p. 546.

²⁵⁶ KELSEN, H., *Problemas capitales de...*, op. cit. p. 541.

²⁵⁷ KELSEN, H., *Problemas capitales de...*, op. cit. p. 545.

subjetivo, en el cual KELSEN incluyó no solo la conducta antijurídica, sino también la cualificación personal de los sujetos implicados en la relación y otras circunstancias concomitantes previstas por la norma. De este modo, el derecho subjetivo se encontraría en un estado potencial que, al producirse la conducta antijurídica y el ejercicio de la acción judicial, se actualiza mediante la sanción²⁵⁸. Consiguientemente, KELSEN identificó el término derecho subjetivo con la norma jurídica considerada a partir de la perspectiva de su específica relación con el sujeto. Consiguientemente, el derecho subjetivo no sería más que la subjetivación del Derecho objetivo, solo siendo posible afirmar la existencia de un derecho subjetivo cuando, en virtud de lo establecido por la norma jurídica, se derive una relación que ponga a disposición del sujeto el cumplimiento de la misma²⁵⁹.

Como ya se ha señalado con anterioridad, KELSEN rechazó la tradicional distinción entre Derecho público y privado, pues consideraba que en el seno de dicha clasificación residía una concepción del fin como criterio para la formación de conceptos que, en su opinión, eran puramente formales, mezclándose así realidades, a su juicio, incomparables. Además, consideraba que una misma norma podía estar orientada tanto a fines públicos como privados. Efectivamente, KELSEN pensaba que todos los derechos presentan una naturaleza pública, en tanto que se orientan a la salvaguarda del interés general; al mismo tiempo que, desde una perspectiva subjetiva, presentan una naturaleza privada, lo cual se evidenciaría en aquellos casos en los que la norma pone a disposición del titular una facultad para exigir el cumplimiento de la obligación o, en caso de incumplimiento de la misma, la ejecución de la sanción por el Estado. Sin embargo, KELSEN señaló que de lo anterior no puede deducirse que los derechos presenten un carácter exclusivamente privado²⁶⁰. Con la intención de demostrar la inadecuación de la dicotomía Derecho público vs. Derecho privado, KELSEN acudió a la doctrina de JELLINEK al respecto de la noción de licitud y su contraste con el concepto de poder, la cual criticó. Para JELLINEK, solo eran lícitos los actos jurídicamente relevantes, entendidos como aquellos que producen efectos jurídicos respecto de los demás individuos y están permitidos por el orden jurídico, de manera que los actos lícitos equivaldrían a los actos jurídicamente permitidos. Sin embargo, para KELSEN, entre licitud y permisión mediaba una relación de identidad, de manera que no resultaría posible explicar la licitud en términos de permisión, pues conduciría a una definición tautológica. En el pensamiento kelseniano, para que un acto pueda ser considerado jurídicamente relevante, el orden jurídico ha de atribuirle efectos, ya sean jurídicos o antijurídicos. De este modo, un acto desprovisto de efectos jurídicos (o antijurídicos) constituiría un acto jurídicamente irrelevante o, lo que es lo mismo, un acto extrajurídico, afirmación que JELLINEK parece haber compartido en ciertas ocasiones. Así pues, un acto jurídicamente permitido

²⁵⁸ KELSEN, H., *Problemas capitales de...*, op. cit. p. 547.

²⁵⁹ KELSEN, H., *Problemas capitales de...*, op. cit., pp. 539-540.

²⁶⁰ KELSEN, H., *Problemas capitales de...*, op. cit., p. 550.

constituiría un acto jurídicamente existente, si bien JELLINEK requería la presencia de efectos jurídicos para poder hablar de relevancia jurídica, definiendo “lo permitido” como “lo no prohibido”, lo cual resulta indudablemente redundante.

Por lo demás, para JELLINEK una permisión implicaba el reconocimiento de la “libertad natural” por el orden jurídico²⁶¹, reduciéndose los conceptos de licitud y poder a la función de respetar y ampliar, respectivamente, la libertad natural de los individuos, a lo cual KELSEN se opuso al considerar que la distinción entre ambos conceptos era insostenible, pues concebir licitud y poder de los actos desde el plano extrajurídico de la naturaleza (ser) implicaba la irrelevancia jurídica de los mismos, en tanto que los actos naturales no pueden ser considerados ni lícitos ni permitidos, siendo necesario que el orden jurídico les atribuya efectos jurídicos. KELSEN señaló que “lo podido” es tan solo un caso especial de “lo jurídicamente relevante”, pues también “lo prohibido” presenta tal consideración, de lo cual se deriva que no todo lo jurídicamente relevante está permitido. Si “lo podido” equivale a “lo permitido” y por tanto a “lo lícito”, entonces el concepto de poder incluye el concepto de licitud, pues “lo podido” es aquello que no ha sido prohibido por el orden jurídico que le atribuye efectos jurídicos y, en consecuencia, constituye una conducta como lícita. Consecuentemente, los actos jurídicamente relevantes pueden ser tanto actos permitidos (lícitos), como actos prohibidos (no lícitos)²⁶². A partir de estos planteamientos, KELSEN negó la distinción entre Derecho público y privado, pues para JELLINEK el concepto de poder implicaba una relación de subordinación de los particulares respecto del Estado, mientras que la licitud suponía una relación de coordinación entre particulares. A lo anterior, KELSEN objetó que, al definir la permisión como una relación entre el orden jurídico y el individuo, identificar el orden jurídico con Estado y entender la licitud como permisión, en realidad, se estarían identificando los conceptos de poder y licitud, a pesar de lo que el propio JELLINEK había declarado expresamente. De este modo, KELSEN impugnó todos los argumentos empleados por JELLINEK para justificar la distinción entre poder y licitud, lo cual le permitió, a su vez, negar la distinción entre Derecho público y privado, y el concepto de “derechos públicos subjetivos” formulado por el propio JELLINEK²⁶³.

2.2.2.2. La norma jurídica

KELSEN definió la noción de derecho subjetivo a partir de los conceptos de norma jurídica y deber u obligación jurídica, concebidos como conceptos primarios. Sin embargo, se observa una evolución de dicha noción de norma jurídica a lo largo de su obra²⁶⁴. Así, en *Problemas Capitales*, KELSEN consideró la

²⁶¹ KELSEN, H., *Problemas capitales de...*, op. cit., p. 552.

²⁶² KELSEN, H., *Problemas capitales de...*, op. cit., pp. 555-556.

²⁶³ KELSEN, H., *Problemas capitales de...*, op. cit., p. 570.

²⁶⁴ CRUZ PARCERO, J.A., *El concepto de...*, op. cit., p. 37. WALTER, R., “Las normas jurídicas”, *Doxa* 2, 1985, pp. 107-115.

norma jurídica como un juicio hipotético que dirige el ejercicio de la voluntad condicional del Estado e introduce el elemento coactivo mediante la imposición de una sanción²⁶⁵. Sin embargo, en la primera edición de su *Teoría Pura*, KELSEN desechó esta concepción para entenderla como una estructura interpretativa dotada de significado (*Sinngehalt*), distinguiendo asimismo entre “norma primaria”, la cual instituye una relación entre un hecho ilícito y un acto coactivo (sanción); y “norma secundaria”, orientada al establecimiento de la conducta en la que consiste el hecho ilícito y que permite eludir el acto coactivo²⁶⁶. En *Teoría General del Derecho y del Estado*, KELSEN incidió en el necesario carácter coercitivo y sancionador de las normas que integran el orden jurídico. En este sentido, las “normas primarias” establecen sanciones cuya imposición se subordina a las condiciones descritas por las “normas secundarias”, dándose así una relación de dependencia deontológica entre ambas, pudiendo expresarse de diversas formas y no solo como juicios hipotéticos²⁶⁷. En la segunda edición de *Teoría Pura*, KELSEN abandona dicha distinción entre normas primarias y secundarias, al tiempo que extiende su concepto de deber a las normas imperativas, permisivas, facultativas y derogatorias, a las cuales denominó “normas no-independientes”, en tanto que subordinadas a aquellas normas coactivas que establecen sanciones²⁶⁸. Sin embargo, en su obra póstuma *Teoría General de las Normas*²⁶⁹, KELSEN retomó la clasificación referida a las normas primarias y secundarias, si bien enfatizando la unidad de ambas y reconociendo el carácter superfluo de las normas secundarias, ya que consideraba que la conducta que evita la sanción se encuentra implícita en la norma primaria²⁷⁰. Aunque, como ya se ha señalado, KELSEN rechazó la distinción categórica entre normas de Derecho público y privado, pues concebía que todas las normas presentan un alcance público, reconoció que aquellas normas que hacen depender la aplicación de las medidas de ejecución por parte del Estado de una voluntad particular orientada al ejercicio de una acción judicial del titular gozan de una naturaleza relativamente privada. Con todo, en el planteamiento kelseniano, el Derecho público comprende invariablemente al privado.

Adicionalmente, KELSEN distinguió entre “normas en sentido amplio”, las cuales establecen un deber del Estado; y “normas en sentido estricto”, entendidas

²⁶⁵ SCHMILL, U., “Prólogo”, en *Problemas capitales de...*, *op. cit.*, pp. XVI y ss.

²⁶⁶ KELSEN, H., *Teoría Pura del...*, 1ª ed., ed. alemana, *op. cit.*, p. 58.

²⁶⁷ KELSEN, H., *Teoría General del...*, *op. cit.*, pp. 52-53 y 71.

²⁶⁸ KELSEN H., *Teoría Pura del...*, 2ª ed., traducción de Roberto J. Vernengo, UNAM, México, 1986, p. 64.

²⁶⁹ *Teoría General de las Normas* es una obra póstuma sobre la cual la doctrina discute si realmente en ella KELSEN realmente pretendía acercar su tesis a determinados planteamientos voluntaristas. Lo cierto es que KELSEN nunca abandonó su crítica al dualismo naturalista, de modo que resulta improbable que su concepto de derecho subjetivo pudiera adoptar aspectos voluntaristas. Muestra de ello es la concepción kelseniana de los derechos fundamentales como meros productos del orden jurídico objetivo. En este sentido, *vid.* ARRIOLA, J.F., “Presentación”, en KELSEN, H., *Teoría General de las Normas*, Traducción de Hugo Carlos Deloy y Jacobs, Trillas, México, 1994, p. 6. ROBLES, G., *Hans Kelsen. Vida...*, *op. cit.*, p. 180.

²⁷⁰ KELSEN, H., *Teoría General de...*, *op. cit.*, p. 148.

como aquellas que instauran un deber jurídico de los súbditos y recogen tanto las medidas de ejecución como las sanciones. Sin embargo, KELSEN rechazó la distinción entre las normas que establecen los derechos subjetivos del Estado y aquellas que configuran los derechos subjetivos de los particulares, pues consideraba que lo relevante de la relación jurídica no era la posición del titular del derecho, sino la relativa al sujeto del deber. Precisamente por este motivo, KELSEN distinguió entre “normas referidas a derechos subjetivos contra el Estado” y “normas que otorgan derechos subjetivos contra otras personas”²⁷¹, ambas comprendidas por la categoría de las “normas jurídicas en sentido estricto”, en tanto que solo estas establecen deberes de los súbditos correlativos a los derechos de otros particulares o del Estado. Además, KELSEN se cuestionó la posibilidad de derivar derechos subjetivos contra el Estado de las normas jurídicas en sentido amplio, es decir, aquellas que establecen deberes del Estado. En opinión de KELSEN, la solución a esta cuestión partía del reconocimiento de la diferencia formal entre el deber jurídico del Estado y el deber jurídico de los demás sujetos, pues mientras que la conducta antijurídica del Estado le resultaba inconcebible, consideraba la posibilidad del incumplimiento de las obligaciones por los particulares como el principal presupuesto de vulneración del Derecho²⁷². Por consiguiente, solo resultaría posible considerar como derecho subjetivo contra el Estado aquella norma jurídica puesta a disposición del sujeto titular y que establezca una obligación del Estado, dependiendo su cumplimiento de la solicitud o “exigencia” por parte del sujeto titular (esto es, un súbdito)²⁷³.

En *Teoría General de las Normas*, KELSEN reiteró su ya conocida equiparación del Derecho a la simple legalidad, en tanto que concebía que el objeto de las normas jurídicas versaba sobre la conducta humana, si bien la norma no se ocupaba de cómo se comportan los seres humanos, sino de cómo estos se han de comportar en determinadas situaciones, siendo el comportamiento antijurídico el que contradice la norma y no el ser humano en sí mismo considerado²⁷⁴. En este sentido, cuando la norma permite o prohíbe una conducta, el sujeto destinatario es el ser humano; mientras que cuando la norma apareja una sanción a la infracción del comportamiento, el ser humano se convierte en el objeto material de dicha

²⁷¹ KELSEN, H., *Problemas capitales de...*, *op. cit.*, p. 572.

²⁷² KELSEN, H., *Problemas capitales de...*, *op. cit.*, p. 573.

²⁷³ En este sentido, KELSEN definió el *derecho subjetivo de los súbditos* como “la norma jurídica considerada en su relación con aquella persona de cuya pretensión o exigencia se hace depender la voluntad del Estado de comportarse del modo que la norma jurídica proclama”. En contraste, definió el *derecho subjetivo del Estado frente a los súbditos* como “la norma jurídica considerada en la relación del Estado con todas las demás personas a quienes la norma jurídica obliga”. KELSEN, H., *Problemas capitales de...*, *op. cit.*, pp. 577-578. Acerca de los conceptos de *derechos subjetivos del Estado y contra el Estado*, vid. MEDINA MORALES, D., “Los derechos subjetivos del Estado y los derechos subjetivos contra el Estado”, en Ramos Pascua, J.A. y Rodilla González, M.A. (eds.), *El positivismo jurídico a examen: estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2006, pp. 141 y ss.

²⁷⁴ KELSEN, H., *Teoría General de...*, *op. cit.*, p. 99.

norma. De este modo, KELSEN señaló que la función de la norma no es solo describir, sino también prescribir una determinada conducta, la cual puede tener tanto un contenido activo (acción) como pasivo (omisión). Asimismo, KELSEN admitió la posibilidad de que las normas autoricen ciertas conductas, lo cual se traduce frecuentemente en la tenencia de un derecho subjetivo. Lo cierto es que en el pensamiento kelseniano todas las normas establecen deberes de manera ineludible, pues aun cuando establezcan una autorización, esta ha de ser necesariamente correlativa a deberes de terceros, de manera que el concepto de deber reúne las funciones normativas de decretar, autorizar y permitir²⁷⁵. Cuando una norma jurídica decreta una conducta, establece una sanción para el caso de su incumplimiento, de modo que, si la conducta se refiere a la realización de una acción, la sanción se impondrá en el caso de omisión de la conducta; mientras que, si la conducta decretada consiste en una omisión, será la acción la que desencadene la consecuencia de la sanción. KELSEN empleó el concepto de permisión para referirse a todo aquello al margen de la norma, de manera que se configura como jurídicamente irrelevante. No obstante, también empleó la permisión para indicar que la vigencia de una norma queda derogada por otra, pasando lo prohibido a estar permitido (función derogatoria de la norma, ya sea esta total o parcial). Para KELSEN “autorizar” y “permitir” poseían funciones normativas diferentes, en tanto que la función normativa de autorizar implica la concesión de un poder individual para fijar y aplicar normas, de manera que autorizar supone la atribución de una competencia o facultad. En caso de que un individuo realice una actividad sin estar autorizado, esta no producirá efectos, excepto cuando esté prohibida, en cuyo caso será condición para la sanción de la conducta prescrita. Por lo que respecta a los actos que permiten crear Derecho, en caso de no mediar autorización ni prohibición, estos no tienen efecto, siendo por tanto jurídicamente irrelevantes. Además, la autorización podrá implicar un decreto cuando se autorice el establecimiento de normas o se establezcan competencias que impliquen necesariamente un acto de obediencia²⁷⁶.

Las normas, al ordenar la realización o la abstención de una conducta, establecen el valor de determinadas conductas humanas²⁷⁷. En este sentido, los derechos constituirían un conjunto de juicios hipotéticos que establecen deberes y obligaciones, al tiempo que autorizan determinadas conductas de los individuos, surgiendo la obligación del establecimiento por el orden jurídico de una sanción aparejada a una conducta antijurídica. La sanción se impondrá cuando se verifique dicha conducta, entendida como condición para la imposición de la sanción. En el planteamiento kelseniano, es precisamente el mecanismo de la sanción lo que posibilita la presencia de derechos subjetivos, ya que, cuando la voluntad del particular figure entre las condiciones para la imposición de la sanción, se podrá

²⁷⁵ KELSEN, H., *Teoría General de...*, op. cit., pp. 106 y 107.

²⁷⁶ KELSEN, H., *Teoría General de...*, op. cit., pp. 111-113.

²⁷⁷ KELSEN, H., *Teoría General de...*, op. cit., p. 135.

afirmar que este tiene un derecho correlativo a la obligación. Para KELSEN, el concepto de derecho subjetivo puede indicar tanto una conducta libre o permisión negativa, como un derecho correlativo a una obligación de contenido idéntico (“derecho subjetivo reflejo”), siendo el derecho específico la facultad de reclamar dicha obligación (“derecho subjetivo en sentido técnico”)²⁷⁸.

Dado que KELSEN concibió los derechos subjetivos como la protección jurídica de un interés mediante una norma que otorga a su titular el poder de producir una norma particular que prescriba la ejecución de la sanción prevista, dicho concepto de derecho subjetivo adquiere el significado de facultad para la participación en la producción del Derecho, esto es, la sentencia judicial entendida como norma jurídica particular. Sin embargo, concibió el otorgamiento de dichas facultades como una simple técnica jurídica, pues lo realmente imprescindible sería el establecimiento de obligaciones por parte del orden jurídico, pudiendo imponerse la sanción incluso de oficio²⁷⁹. De este modo, KELSEN destacó el carácter normativo de las sentencias judiciales, definidas como normas individuales que establecen pautas de conducta, además de una sanción para el caso de incumplimiento. En un sentido similar a los derechos subjetivos entendidos como capacidad individual de intervención en la creación normativa, los derechos políticos también posibilitan la participación de los individuos en la creación del orden jurídico mediante los mecanismos legalmente establecidos. Así, del mismo modo que respecto de los derechos subjetivos civiles, los derechos políticos se corresponden con un deber correlativo, a saber, el deber de los funcionarios electorales²⁸⁰. En opinión de KELSEN, los derechos subjetivos se configuran como la técnica de participación política en la voluntad del Estado característica del capitalismo privado, de la misma manera que los derechos políticos constituyen la técnica de participación política propia de los sistemas democráticos²⁸¹.

2.2.2.3. El concepto de deber jurídico

En opinión de KELSEN, la diferenciación entre los conceptos de norma jurídica y deber jurídico era consecuencia de la separación entre las perspectivas objetiva y subjetiva del Derecho. Para el profesor austriaco, los deberes jurídicos subjetivos eran “la forma primaria y verdaderamente originaria de manifestarse el Derecho”²⁸², siendo posible reconducir el concepto de derecho subjetivo al de deber subjetivo. Así pues, el concepto de deber jurídico presenta una eminente independencia en la explicación kelseniana, al punto de afirmar que la función primordial de la norma jurídica consiste en el establecimiento de deberes jurídicos,

²⁷⁸ KELSEN, H., *Teoría General de...*, op. cit., pp. 141-142.

²⁷⁹ KELSEN, H., *Teoría General de...*, op. cit., p. 143.

²⁸⁰ KELSEN, H., *Teoría General del...*, op. cit., pp. 102-103.

²⁸¹ KELSEN, H., *Teoría General del...*, op. cit., pp. 98-99 y 105.

²⁸² KELSEN, H., *Problemas capitales de...*, op. cit. pp. 271-272.

no siendo posible hablar de normas jurídicas sin deberes jurídicos²⁸³. No obstante, no todo deber jurídico suponía para KELSEN la presencia de un derecho subjetivo correlativo, los cuales solo expresan la capacidad de subjetivación de la norma jurídica, es decir, su aplicabilidad a un sujeto concreto²⁸⁴.

En *Problemas Capitales*, KELSEN se limitó a definir el concepto de derecho subjetivo a partir de la distinción entre derechos y deberes, estableciendo la prioridad conceptual de los deberes, lo cual posibilitará la posterior definición del concepto de derecho subjetivo, el cual posee escasa autonomía en el pensamiento kelseniano. En este sentido, KELSEN se refirió al concepto de derecho subjetivo como mero reflejo de una obligación jurídica de la contraparte en la relación, es decir, lo configuró como un simple reflejo del orden jurídico en sentido objetivo. Será a partir de su obra *Teoría General del Derecho y del Estado*, cuando KELSEN mostrará con toda claridad la distinción entre “derecho subjetivo como mero reflejo” de un deber, obligación o responsabilidad de las personas (nomoestática del derecho) y “derecho subjetivo en sentido técnico” como potestad para participar en la creación de normas (nomodinámica del derecho), si bien esta división conceptual subyace a toda su obra. En la tesis kelseniana, el deber de respeto y obediencia que todo ciudadano tiene respecto de la norma constituye la principal forma de subjetivación de la norma jurídica, siendo el derecho subjetivo la segunda. Con todo, ambas formas de subjetivación implican una relación por la cual el derecho de un sujeto siempre se corresponde con un deber correlativo que recae sobre otra persona. Sin embargo, aunque toda norma establece deberes, no necesariamente estatuye derechos subjetivos, lo cual solo se producirá cuando la voluntad acerca de la producción de efectos jurídicos o la realización de la sanción dependa del ejercicio de una acción judicial por el sujeto. En virtud de lo anterior, KELSEN concluyó que, mientras que el deber constituye una modalidad subjetiva jurídicamente necesaria; el derecho subjetivo tan solo es una modalidad jurídicamente posible, en tanto que técnica jurídica a disposición del Derecho objetivo.

Con respecto a las circunstancias que posibilitan el establecimiento por parte del Estado de la sanción o medidas de ejecución previstas en la norma en cuestión,

²⁸³ Para KELSEN un derecho subjetivo desvinculado de un deber y, por consiguiente, de la imputación de una sanción no puede considerarse una verdadera norma jurídica, en tanto que no logra cumplir la función propia del Derecho. Parcialmente *a contrario*, Luigi FERRAJOLI ha señalado la posibilidad de afirmar la existencia de derechos subjetivos incluso cuando se encuentren desprovistos de las garantías para su aplicación coactiva, si bien reconoce que en tales supuestos el ordenamiento jurídico en cuestión presenta una “indebida laguna que ha de ser colmada por la legislación”. FERRAJOLI, L., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2009, p. 26.

Acerca de la independencia del concepto de deber jurídico en el planteamiento kelseniano, *vid.* también MEDINA MORALES, D., “Kelsen y el deber. El deber jurídico como primera forma de subjetivación del Derecho en Kelsen”, en Robles Morchón, G. y Medina Morales, D., *El primer Kelsen y otros escritos*, Seminario de Filosofía del Derecho, Córdoba, 2010, pp. 109-110.

²⁸⁴ KELSEN, H., *Problemas capitales de...*, *op. cit.* p. 303.

KELSEN distinguió entre la descripción del hecho antijurídico y la acción judicial puesta a disposición del titular del derecho. Dentro de la descripción del hecho antijurídico, KELSEN incluyó todas aquellas acciones y omisiones que dan lugar a la aparición de una conducta contraria a Derecho, distinguiendo en este punto dos categorías: los “condicionantes normativos personales”, los cuales posibilitan la asignación de una obligación o derecho a un individuo concreto; y los “condicionantes normativos concurrentes”, sin los cuales no surgiría el deber o derecho subjetivos y que fundamentalmente consisten en una conducta concreta, ya sea esta activa o pasiva. Cuando se cumplen ambos tipos de condiciones, nace el deber subjetivo y el derecho correlativo. De este modo, el derecho subjetivo existe desde que se produce el supuesto de hecho hasta que la conducta antijurídica se consuma, pero solo cuando se ha consumado la conducta antijurídica se podrá hacer efectivo el derecho subjetivo mediante el ejercicio de la acción judicial que la norma pone a disposición del titular²⁸⁵.

Tanto en la primera edición de *Teoría Pura* como en *Teoría General del Derecho y del Estado*, KELSEN definió el deber jurídico como la validez de una norma jurídica que establece una sanción para el supuesto de constatación de la conducta contraria a la que constituye el deber jurídico, de manera que el deber jurídico coincide con la norma jurídica en su relación con el individuo obligado por esta última²⁸⁶. Aquella conducta en la que consiste el acto antijurídico constituye la condición para la imposición de la sanción y el contenido del deber jurídico, es decir, el deber de obedecer la norma jurídica²⁸⁷. En realidad, para KELSEN, la obligación jurídica de comportarse de una determinada manera no difiere del contenido objetivo de la norma jurídica que ordena la conducta de un individuo a riesgo de cumplir las condiciones de aplicabilidad de la sanción. En este sentido, el concepto de obligación jurídica aparece exclusivamente vinculado a un orden jurídico positivo, de manera que KELSEN independizó totalmente este concepto del mundo de la moral, pudiendo el contenido del deber jurídico coincidir o no con lo moralmente obligatorio, si bien no de manera necesaria, siendo posible un conflicto entre un deber jurídico y lo moralmente obligatorio²⁸⁸. En esta línea, en su obra póstuma *Teoría General de las Normas*, KELSEN señaló expresamente que un derecho subjetivo jurídico no puede dar lugar a una obligación moral, pues un deber moral tan solo puede ser impuesto en virtud de un orden también moral y no por uno jurídico. Además, un deber no puede derivarse de un derecho subjetivo,

²⁸⁵ Así pues, como ya se ha tenido oportunidad de señalar con anterioridad, en un primer período, el derecho subjetivo solo existe en un estado potencial, el cual tan solo se materializa a través de la acción. Vid. KELSEN, H., *Problemas capitales de...*, op. cit. p. 547.

²⁸⁶ KELSEN definió el deber jurídico como “la norma de derecho en su relación con el individuo a cuya conducta la misma norma enlaza la sanción”, vid. KELSEN, H., *Teoría General del...*, op. cit., p. 69. Vid. también KELSEN, H., *Teoría Pura del...*, ed. francesa, op. cit., p. 119; y KELSEN, H., *Teoría Pura del...*, ed. alemana, op. cit., p. 77.

²⁸⁷ KELSEN, H., *Teoría General del...*, op. cit., p. 69.

²⁸⁸ KELSEN H., *Teoría Pura del...*, 2ª ed., op. cit., pp. 129-131.

ya sea este un “derecho subjetivo reflejo”, el cual prescribe la conducta jurídicamente debida y cuya observación es condición de la sanción; o “derecho subjetivo en sentido técnico”, es decir, un poder jurídico para reivindicar el cumplimiento de un deber jurídico²⁸⁹.

La segunda edición de *Teoría Pura* constituye una auténtica reelaboración de la primera edición, lo cual no solo afectó a la estructura de dicha obra, sino también a los contenidos de la misma. Para KELSEN, el Derecho constituía un orden jurídico coactivo de la conducta humana, el cual se traducía en un sistema normativo unitario, en tanto que todas las normas que lo componen poseen el mismo fundamento de validez²⁹⁰. El elemento de la coactividad del Derecho se derivaría de la capacidad de reacción del Estado frente al incumplimiento²⁹¹, imponiendo un daño o mal al sujeto infractor, pudiendo incluso recurrir a la fuerza física ante situaciones de resistencia frente la ejecución de las sanciones previstas por la norma²⁹². En este sentido, para KELSEN mediaba una relación intrínseca entre los conceptos de sanción y antijuridicidad, pues concibió la primera como la consecuencia de la segunda que, a su vez, constituía una condición de la sanción²⁹³. Las sanciones, entendidas como consecuencia de la consumación de una conducta antijurídica, pueden consistir en una pena (sanción penal) o en la ejecución de lo previsto por la norma (sanción civil). A pesar de designarse como “sanción”, la sanción civil, a diferencia de la penal, presenta una función eminentemente reparadora, en tanto que pretende poner fin al estado provocado por la conducta antijurídica y restablecer así la situación conforme a Derecho, pudiendo incluso consistir en la indemnización de un daño, lo cual la acerca a las sanciones patrimoniales penales, si bien las segundas no presentan la mencionada función reparadora²⁹⁴. Asimismo, las sanciones pueden presentar un carácter disuasorio, previniendo la comisión de la conducta antijurídica, en virtud del carácter retributivo de la sanción, en tanto que consecuencia lógica de la conducta antijurídica. Para KELSEN, la sanción no constituía una categoría metajurídica, sino una simple condición impuesta por el orden jurídico y, por consiguiente, parte

²⁸⁹ KELSEN, H., *Teoría General de...*, *op. cit.*, nota 85, p. 305.

²⁹⁰ Constituyendo este fundamento de validez la producción normativa observando los procedimientos establecidos por la “Constitución”, “Norma Fundamental” o “norma fundante” (*Grundnorm*), lo cual introduce el problema del fundamento de validez de la Constitución, en tanto que cúspide del orden jurídico. KELSEN, H., *Teoría Pura del...*, 2ª ed., *op. cit.*, p. 44. *Vid.* también GARCÍA AMADO, J.A., *Hans Kelsen y...*, *op. cit.*, pp. 27-28.

²⁹¹ Recuérdese que para KELSEN la noción de Estado equivalía a la de Derecho objetivo u ordenamiento jurídico.

²⁹² KELSEN, H., *Teoría Pura del...*, 2ª ed., *op. cit.*, pp. 46-47.

²⁹³ KELSEN, H., *Teoría Pura del...*, 2ª ed., *op. cit.*, p. 52.

²⁹⁴ A pesar de denominarse “sanción”, la sanción civil presenta una función eminentemente reparadora, en tanto que pretende poner fin al estado provocado por la conducta antijurídica y reestablecer así la situación conforme a derecho, pudiendo consistir en la indemnización de un daño. KELSEN, H., *Teoría Pura del...*, 2ª ed., *op. cit.*, p. 124.

integrante del Derecho²⁹⁵. Asimismo, el concepto de sanción se encuentra íntimamente conectado con el de obligación, ya que el sujeto sobre quien recae una obligación jurídica puede incurrir en una conducta antijurídica, provocando con ello la aparición de la condición para la sanción. En virtud de lo anterior, KELSEN definió asimismo la obligación jurídica, en un sentido negativo, como “la omisión del delito por parte del individuo cuya conducta configura el delito”²⁹⁶.

Por lo que respecta al concepto de “responsabilidad” empleado por KELSEN, este aparece estrechamente vinculado al de deber, en tanto que indica la imputación de los efectos jurídicos, a saber, la sanción o la ejecución, respecto del sujeto cuya conducta suponga un acto antijurídico, distinguiéndose diferentes grados de responsabilidad, ya sea esta culposa, dolosa o negligente. En la segunda edición de *Teoría Pura*, KELSEN distinguió entre los conceptos de “obligación jurídica”, el cual aparece conectado con el ilícito; y el de “responsabilidad jurídica”, vinculado a la sanción. De este modo, solo quien esté obligado puede evitar o desencadenar mediante su conducta la sanción, a diferencia de quien tan solo responda por el incumplimiento de la obligación de un tercero, pues su comportamiento no condicionará la imposición o exclusión de la sanción, pudiendo ser dicha responsabilidad: individual, cuando el individuo responda de su propia conducta o la de un tercero a su cargo; o colectiva, cuando la responsabilidad recaiga sobre un grupo de individuos entre los que media una determinada relación²⁹⁷.

2.2.2.4. Significados del concepto de derecho subjetivo

KELSEN reconoció la significación polisémica del término “derecho”, pudiendo ser empleado tanto para indicar un conjunto de normas (Derecho objetivo), como para expresar una facultad jurídica individual (derecho subjetivo). Como ya se ha tenido ocasión de señalar, a partir de *Teoría General del Derecho y del Estado*, la explicación kelseniana del concepto de derecho subjetivo experimenta una evolución, albergando a partir de entonces la perspectiva dinámica del Derecho²⁹⁸, la cual contempla la participación del actor en la creación del Derecho a través del ejercicio de la acción, interviniendo así en la creación de una norma específica que impone una sanción al sujeto infractor de la obligación, esto es, el fallo de la sentencia judicial²⁹⁹. KELSEN consideró que esta configuración resultaba extensible a la estructura de los derechos políticos, con la única salvedad de que mientras que en los “derechos subjetivos en sentido técnico” el sujeto participa en la creación de una norma individual; en el caso de los derechos políticos, el individuo participa en

²⁹⁵ En este punto, KELSEN no se ocupa de la moralidad o inmoralidad de las conductas, lo cual sitúa al margen del Derecho. *Vid.* KELSEN, H., *Teoría Pura del...*, 2ª ed., *op. cit.*, p. 126.

²⁹⁶ KELSEN, H., *Teoría Pura del...*, 2ª ed., *op. cit.*, p. 137.

²⁹⁷ KELSEN, H., *Teoría Pura del...*, 2ª ed., *op. cit.*, p. 135.

²⁹⁸ CRUZ PARCERO, J.A., *El concepto de...*, *op. cit.*, p. 44.

²⁹⁹ KELSEN, H., *Teoría General del...*, *op. cit.*, p. 102.

una norma general³⁰⁰. En la segunda edición de *Teoría Pura*, KELSEN indicó los cinco significados en los cuales es posible afirmar que un individuo tiene un derecho subjetivo³⁰¹.

i. Derecho subjetivo reflejo de una obligación jurídica

En primer lugar, un individuo puede ostentar un “derecho subjetivo reflejo”, correlato del deber u obligación jurídica establecida por una norma de conducta (norma secundaria) y a cuyo incumplimiento se vincula el “derecho subjetivo en sentido técnico o estricto”, es decir, la facultad de ejercitar la acción procesal. A partir de esta formulación, KELSEN introdujo la noción de “pretensión” en su planteamiento, la cual configuró como equivalente a una obligación de la que es titular otro/s individuo/s. No obstante, como se recordará el concepto de derecho subjetivo reflejo no es más que una categoría secundaria en la explicación kelseniana, pues consideraba que la situación objetiva quedaba adecuadamente descrita a través de la obligación establecida por la norma jurídica. Además, esta categoría también resultaba superflua para KELSEN, ya que no en todos los casos en los que concurre una obligación jurídica individual se constata la existencia de un derecho subjetivo reflejo. Por lo demás, solo podría hablarse de pretensión cuando el sujeto se encuentre facultado para hacerla valer mediante el ejercicio de la acción procesal o querrela³⁰².

Como se ha adelantado, KELSEN consideraba que todos los derechos eran personales, en tanto que es la obligación la que define el vínculo jurídico, la cual ha de ser necesariamente personal, pues en todo caso recaerá sobre la conducta del sujeto obligado, con independencia de que esta consista en hacer u omitir. Además, los derechos subjetivos reflejos pueden estar individualmente determinados y ser, por lo tanto, relativos; o pueden dirigirse a un número indeterminado de obligados, en cuyo caso serán absolutos. Sin embargo, el propio KELSEN reconoció que si se considera el sujeto titular del derecho reflejo y del derecho en sentido técnico en lugar del sujeto obligado, entonces todos los derechos serán relativos, ya que se tratará de una obligación titularidad de un número indeterminado de individuos respecto de uno y, en este sentido, los derechos absolutos son también relativos³⁰³. Por lo demás, KELSEN se mostró contrario a la formulación tradicional de correlatividad, enfatizando la prioridad de la posición deudora en la explicación de las relaciones jurídicas subjetivas e invirtiendo, en consecuencia, dicha tesis de la correlatividad. Esta prioridad conceptual vendría abalada por la constatación de que no todas las obligaciones indican la presencia de una posición acreedora correlativa, constituyendo la obligación el único elemento necesario e ineludible para la descripción de la norma jurídica.

³⁰⁰ BOBBIO, N., “Kelsen y el problema del poder”, *Crítica Jurídica* 8, 1988, p. 10.

³⁰¹ PRIETO SANCHÍS, L., *Apuntes de teoría del Derecho*, Trotta, Madrid, 2005, pp. 298-299.

³⁰² KELSEN H., *Teoría Pura del...*, 2ª ed., op. cit., pp. 140-142.

³⁰³ KELSEN H., *Teoría Pura del...*, 2ª ed., op. cit., pp.144-145.

ii. Derecho subjetivo en sentido técnico

Otro sentido en el cual KELSEN consideró que un individuo puede tener un derecho subjetivo es “en sentido técnico o estricto”³⁰⁴. En *Problemas Capitales*, el profesor austriaco definió este derecho subjetivo en sentido estricto como “la norma jurídica en su relación con aquella persona de cuyo poder de disposición se hace depender la realización de la voluntad del Estado en cuanto a la sanción, tal como en la norma jurídica se proclama”³⁰⁵. En *Teoría Pura*, sin embargo, KELSEN prefirió emplear el concepto de derecho subjetivo en sentido técnico para expresar aquel poder jurídico otorgado al individuo y cuya existencia depende de la norma que establece la obligación, la cual incluye una acción procesal (demanda o querrela) entre las condiciones de aplicación de la sanción por el órgano competente derivada de la eventual infracción de dicha obligación jurídica³⁰⁶. Pese al monismo característico de su tesis, KELSEN concibió que el concepto de derecho subjetivo podría resultar útil a los efectos de describir la posibilidad jurídica de realizar la sanción prevista por la norma. Como se ha visto, KELSEN partió de la idea de que, pesar de que todas las normas jurídicas establecen un deber jurídico, no todas las normas jurídicas confieren derechos subjetivos, de manera que la identidad antes referida entre Derecho objetivo y subjetivo no resultaría absoluta, configurándose el monismo kelseniano más ideal que real en el conjunto de su teoría. KELSEN aceptó que su planteamiento admitía un concepto de derecho subjetivo descrito como una facultad o poder individual otorgado por el orden jurídico objetivo, mediante el cual se pone en relación la voluntad individual del sujeto con la aplicación de la coactividad prevista por la norma. No obstante, matizó que esta voluntad no se configura como meramente individual o subjetiva, pues solo resultará posible hablar de derecho subjetivo cuando el orden jurídico haga depender de la voluntad de una de las partes la ejecución de la sanción prevista por la norma jurídica objetiva. En la explicación kelseniana, este poder jurídico se configura como un hecho diferenciado respecto de la obligación jurídica y, solo en este sentido, es el individuo sujeto de un derecho distinto de la obligación establecida por la norma jurídica³⁰⁷.

KELSEN fue un gran crítico de aquella tesis tradicional que sostenía la identidad entre el poder jurídico y la pretensión de un individuo respecto del cumplimiento de una obligación que recae sobre la conducta de un tercero. Sin embargo, señaló que cuando el individuo carezca de todo poder jurídico para entablar acción judicial ante el incumplimiento de una obligación, el acto mediante el cual haga valer dicha pretensión se configurará como jurídicamente irrelevante,

³⁰⁴ En la terminología empleada por L. PRIETO SANCHÍS, un derecho subjetivo en sentido técnico o estricto equivale a un “derecho subjetivo como acción procesal”. Vid. PRIETO SANCHÍS, L., *Apuntes de teoría...*, op. cit., p. 298.

³⁰⁵ KELSEN, H., *Problemas capitales de...*, op. cit. p. 545.

³⁰⁶ KELSEN H., *Teoría Pura del...*, 2ª ed., op. cit., pp. 146-147.

³⁰⁷ KELSEN, H., *Teoría General del...*, op. cit., p. 96.

solo pudiendo afirmarse la existencia de una pretensión jurídicamente eficaz en presencia de un “derecho subjetivo en sentido técnico”³⁰⁸, el cual no difiere del Derecho en sentido objetivo, en tanto que es la norma jurídica la que posibilita que el sujeto interponga la acción, al incluir el ejercicio de dicha facultad del sujeto entre las condiciones para su aplicabilidad. De este modo, KELSEN configuró el concepto de derecho subjetivo como la norma jurídica en relación con el individuo de cuya voluntad depende la ejecución de la sanción³⁰⁹. Con todo, esta formulación no explica aquellos casos en los que el sujeto hace uso de un poder jurídico al margen de la existencia de derecho subjetivo alguno, como en el supuesto del recurso de apelación de una decisión judicial, al que tiene acceso el sujeto jurídicamente obligado por la norma; o el recurso administrativo de queja frente a eventuales actos injustificados de la Administración. En tales casos, KELSEN negó la presencia de un derecho subjetivo, en tanto que se tratan de posiciones desligadas de un derecho reflejo³¹⁰, de modo que para KELSEN un derecho subjetivo se configura como un “derecho reflejo provisto de ese poder jurídico”³¹¹, consecuencia de la estructura condicional de la norma jurídica y la duplicidad de deberes que de ella se derivan³¹².

iii. Derecho subjetivo como permisión positiva

Asimismo, KELSEN contempló la significación de los derechos subjetivos como permisos, contraponiéndose a la tesis de JELLINEK, quien, como ya se ha tenido ocasión de mostrar, concebía una permisión o licitud como el “reconocimiento de la libertad natural por el orden jurídico”³¹³, caracterizándose un “acto lícito” por ser jurídicamente relevante y estar permitido por el orden jurídico. Para KELSEN, la “permisión” era incompatible con un acto ilícito, esto es, con una prohibición. Además, cuando el orden jurídico no haya vinculado a una conducta efectos jurídicos o antijurídicos, entonces esta ha de ser considerada jurídicamente irrelevante. En este sentido, para que un acto pueda calificarse como permitido, será necesario que el entorpecimiento del mismo sea considerado antijurídico. No obstante, dado el reconocimiento de la libertad e inviolabilidad de la persona por el Estado de Derecho, resultaría posible afirmar que todo acto no prohibido está permitido, en tanto que no presenta los efectos propios de un comportamiento antijurídico. De este modo, el concepto de permisión de KELSEN se traduce tanto en la negación de una prohibición como en la existencia de una norma jurídica que establece una sanción dirigida a la conducta de un tercero que impide una conducta permitida. Así pues, resultaría superfluo que el orden jurídico explicitara la permisión de un acto, pues en todo caso se encontrará permitido en función de

³⁰⁸ KELSEN H., *Teoría Pura del...*, 2ª ed., *op. cit.*, p. 148.

³⁰⁹ KELSEN, H., *Teoría General del...*, *op. cit.*, p. 97.

³¹⁰ KELSEN H., *Teoría Pura del...*, 2ª ed., *op. cit.*, p. 150.

³¹¹ KELSEN H., *Teoría Pura del...*, 2ª ed., *op. cit.*, p. 148.

³¹² CRUZ PARCERO, J.A., *El concepto de...*, *op. cit.*, p. 51.

³¹³ KELSEN, H., *Problemas capitales de...*, *op. cit.*, p. 552.

los efectos jurídicos que la norma le atribuya, ya sea de modo directo o indirecto³¹⁴.

En la primera edición de *Teoría Pura*, KELSEN afirmó la existencia de una regla general negativa que establece que “todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido”³¹⁵. Esta aproximación al concepto de permiso hace superflua la distinción entre las reglas que establecen órdenes y prohíben y aquellas otras que permiten, pues el orden jurídico concede un derecho mediante la imposición de un deber a un tercero, de manera que mientras que una norma es permisiva para un sujeto, es imperativa para la contraparte en la relación³¹⁶. No obstante, se evidencia un cambio en la concepción kelseniana acerca del concepto de permiso a partir de la segunda edición de *Teoría Pura*³¹⁷, en donde KELSEN distinguió dos formas de regular la conducta humana: de manera positiva, cuando se ordena la realización u omisión de una conducta o cuando se otorga una facultad jurídica para producir determinadas consecuencias jurídicamente ordenadas o, incluso, cuando a través de una norma permisiva se introducen limitaciones a una norma que prohíbe; y de forma negativa, cuando la conducta en cuestión no está ni prohibida ni permitida por el orden jurídico. Ese carácter positivo de una permisión es especialmente evidente cuando una conducta es permitida por la norma, vinculándose así las funciones de permisión y obligación del orden jurídico, en otras palabras, obligación y permisión cumplirían la misma función en el orden jurídico³¹⁸.

Además, KELSEN objetó la calificación de los permisos como derechos reflejos o derechos en sentido estricto, precisamente con fundamento en la idea de que permitir y obligar cumplen idéntica función. Así, cuando una conducta no se encuentre prohibida, se encontrará permitida en un sentido negativo, es decir, el sujeto será libre de realizar u omitir la conducta de que se trate³¹⁹. Que una conducta se encuentre permitida en sentido negativo, implica la inexistencia de una norma que ordene, prohíba, autorice o permita positivamente dicha conducta. De este modo, permitir en sentido negativo no constituye ninguna función de la norma, pues la permisión solo existe como propiedad de una conducta que no es objeto de norma alguna, lo cual equivale a afirmar que la conducta será “libre”³²⁰. En sentido negativo, las expresiones “tener derecho a algo” y “ser libre de hacer u omitir algo” indican la inexistencia de normas que prohíban o autoricen tal conducta. No obstante, la inexistencia de tales normas en relación con cierta conducta no

³¹⁴ KELSEN, H., *Problemas capitales de...*, op. cit. pp. 533-534.

³¹⁵ KELSEN H., *Teoría Pura del...*, 1ª ed., op. cit., pp. 138-139.

³¹⁶ KELSEN, H., *Teoría General del...*, op. cit., p. 89.

³¹⁷ ALCHOURRÓN, C. y BULYGIN, E., *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1974, pp. 184-188.

³¹⁸ KELSEN H., *Teoría Pura del...*, 2ª ed., op. cit., pp. 28-30.

³¹⁹ KELSEN H., *Teoría Pura del...*, 2ª ed., op. cit., p. 139.

³²⁰ KELSEN, H., *Teoría General de...*, op. cit., p. 108.

implica la inexistencia de otras normas que puedan limitar dicha conducta³²¹. En definitiva, en el planteamiento de KELSEN, una conducta permitida en sentido negativo solo resultaría concebible dentro de un orden jurídico que prescriba ciertas normas de conducta³²².

Al respecto del denominado “principio de prohibición” del orden jurídico propuesto por KELSEN, se ha objetado que un orden jurídico solo puede garantizar una libertad si contiene una norma que prohíba la obstaculización de la conducta libre, lo cual resulta ciertamente circunstancial³²³. No obstante, para KELSEN, una permisión no solo equivalía a una no-prohibición, sino también al acto positivo de un órgano estatal. De este modo, mediante el otorgamiento por parte del órgano estatal competente de una autorización o licencia prevista por el orden jurídico, un individuo podrá realizar una conducta que estaría prohibida de no mediar dicha autorización, lo cual es equivalente a la concesión de una permisión positiva. Con todo, en el pensamiento kelseniano, la posición jurídica subjetiva derivada de dicha permisión positiva no constituye un derecho reflejo, sino que se trata de un poder jurídico o facultad para llevar a cabo determinados negocios jurídicos³²⁴. Adicionalmente, KELSEN consideraba la existencia de una permisión positiva cuando una norma derogatoria elimine o restrinja otra norma que establece una prohibición. Precisamente, la función normativa de la permisión en sentido positivo equivale a la función de derogación de una norma de conducta prohibitiva, siendo la función de la norma tan solo indirectamente de permisión³²⁵. Respecto de esta “función indirecta” de permisión positiva de la norma derogatoria, algunos autores han señalado la difusa diferencia existente entre una norma derogatoria cuya función indirecta es el establecimiento de una permisión y aquella otra norma de conducta que expresamente establece una permisión, categoría esta última de la cual KELSEN parece haber prescindido³²⁶. El profesor austriaco no consideró la necesidad de una permisión normativa expresa, bastando los efectos jurídicos de

³²¹ Por ejemplo, a pesar de que el suicidio propio sea inimputable y el TC español haya reconocido una cierta “libertad a morir”, entendida como un *agere licere* manifestación de la libertad genérica recogida en el art. 17 CE (*vid.* STC 120/1990, FJ 7º), ello no significa que un individuo se encuentre jurídicamente amparado a realizar atentados contra su propia vida y salud, en tanto que existe un mandato constitucional de protección de la vida humana dirigido a los poderes públicos, además de razones de orden y seguridad pública que justifican la intervención de los órganos del Estado en la evitación de la conducta del sujeto en tal sentido, lo cual muestra la debilidad de las posiciones jurídicas subjetivas descritas como “libertades”. En este sentido, y como ha puesto de manifiesto Carlos S. NINO, si se identificara “tener un derecho” con “lo no prohibido”, entonces tener un derecho no implicaría la existencia de una prohibición de no obstaculizar la conducta o de asistencia a realizar dicha conducta (*vid.* NINO, C.S., *Introducción al análisis del Derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1988, p. 199). De este modo, “lo no prohibido” constituiría una “posición libre” o una “permisión en sentido débil” dada debilidad de la correlatividad que vincula a la posición de libertad respecto de posiciones jurídicas de terceros.

³²² KELSEN, H., *Teoría General de...*, *op. cit.*, p. 143.

³²³ ALCHOURRÓN, C. y BULYGIN, E., *Introducción a la...*, *op. cit.*, pp. 185-186.

³²⁴ KELSEN H., *Teoría Pura del...*, 2ª ed., *op. cit.*, p. 150.

³²⁵ KELSEN, H., *Teoría General de...*, *op. cit.*, p. 108.

³²⁶ CRUZ PARCERO, J.A., *El concepto de...*, *op. cit.*, p. 59.

una concesión o licencia administrativa, o de una norma derogatoria que elimine o restrinja el alcance de una norma prohibitiva. Lo que resulta innegable es que la cuestión acerca de la relevancia jurídica es especialmente importante al respecto de los conceptos de permisión y libertad³²⁷.

No obstante, el concepto de derecho subjetivo es habitualmente empleado para expresar una situación que no está jurídicamente prohibida, siendo el individuo libre para realizarla o no. En *Teoría General del Derecho y del Estado*, KELSEN trató de incorporar por primera vez el concepto de libertad a su explicación acerca de los derechos subjetivos, si bien se trató de un concepto esencialmente formal. De este modo, para KELSEN un derecho subjetivo era equivalente a una libertad jurídica, esto es, a una libertad descrita por el orden jurídico positivo. En tal sentido, para poder alegar la libertad de alguien con relación a una determinada conducta, uno o varios individuos han de estar jurídicamente obligados a realizar la conducta correlativa. Consiguientemente, el contenido de un derecho subjetivo viene descrito por el cumplimiento de una conducta jurídicamente debida a otra persona. Además, en dicha obra KELSEN parece haber admitido una cierta autonomía en el uso de los derechos por parte de sus titulares, en tanto que afirmó que “cada persona es libre de hacer o no uso de su derecho”³²⁸, lo cual le permitió a su vez rechazar la distinción entre normas imperativas y permisivas, pues cuando una norma jurídica obliga a un individuo a una conducta en beneficio de otro (norma imperativa), en realidad lo que hace es garantizar al segundo el cumplimiento de la conducta del primero (norma permisiva), constituyendo ambos tipos de normas las dos caras de una misma realidad, siendo redundante distinguirlas³²⁹.

En la segunda edición de *Teoría Pura*, KELSEN estableció la distinción entre “normas independientes” y “no-independientes”. Así, mientras que una norma independiente establece una sanción en caso de que la conducta de un individuo contravenga lo dispuesto por la obligación; las normas no-independientes dependen de otras normas para el establecimiento de sanciones. KELSEN distinguió a su vez cinco tipos de normas no-independientes, a saber: normas que prescriben sin establecer sanciones, normas que permiten positivamente conductas, normas derogatorias, normas que confieren poderes para producir otras normas y normas que aclaran el sentido de otras normas. De este modo, KELSEN clasificó como normas no-independientes aquellas normas de conducta que establecen permisiones positivas, en tanto que tan solo delimitan el marco de validez de otra norma que vincula una sanción al supuesto de vulneración del permiso otorgado

³²⁷ ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J., “Sobre los permisos en el Derecho”, *Doxa* 15-16(2), 1994, pp. 815 y ss. Vid. también ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J., *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 2ª ed. act., Ariel, Barcelona, 2004, pp. 128-131.

³²⁸ KELSEN, H., *Teoría General del...*, op. cit., p. 89.

³²⁹ *Idem*.

por la primera³³⁰. KELSEN entendió que la permisión negativa derivaba de una norma positiva que establecía el principio de prohibición del orden jurídico, lo cual ha conducido a algunos autores a concluir que el concepto kelseniano de “permisión positiva” puede ser entendido de dos maneras: como el simple producto de una norma derogatoria que elimine o restrinja una norma de conducta prohibitiva; o como una norma permisiva explícita que cancele o restrinja una norma de conducta prohibitiva. Por consiguiente, afirmar la existencia de una permisión positiva equivaldría a afirmar la derogación de una norma de conducta prohibitiva, de manera que la conducta pasa a estar ahora permitida en sentido negativo; y que la norma derogatoria ha establecido una “autorización”, “licencia” o “concesión” para actuar en un determinado sentido³³¹. Por lo demás, KELSEN consideró la posibilidad de clasificar como derechos subjetivos los permisos, licencias o concesiones administrativas, consistentes en una facultad o poder jurídico para realizar un negocio jurídico determinado que estaría prohibido en caso de no mediar dicha autorización. Sin embargo, negó que de tales permisos se puedan derivar derechos reflejos, en tanto que no existiría obligación alguna por parte de la Administración³³².

iv. Derechos subjetivos de participación política

Como se recordará, KELSEN contempló la posibilidad de concebir los derechos políticos como una suerte de derechos subjetivos, los cuales confieren al individuo la posibilidad de participar en la formación e la voluntad del Estado, ya sea de manera directa o indirecta en la producción del orden jurídico a través de normas jurídicas generales o particulares³³³. De este modo, los Estados democráticos se caracterizan por otorgar a sus ciudadanos el derecho subjetivo a integrar el parlamento, participar en el mismo y votar, en caso de democracia directa; o reconocer derechos de voto a los mismos, en caso de democracias indirectas o representativas. Los derechos subjetivos en sentido técnico comparten con los referidos derechos políticos la misma función de participación en la creación del Derecho, en el primer caso respecto de la producción de normas jurídicas individuales, es decir, la sentencia judicial; en el segundo caso, los electores participan a través de su derecho al voto en la elaboración de normas jurídicas generales³³⁴. Sin embargo, resulta posible la imposición de sanciones a la autoridad electoral en caso de incumplimiento de sus obligaciones. Con todo, a diferencia de lo que ocurre con los derechos subjetivos en sentido técnico kelsenianos, si la autoridad que ostenta el poder de juzgar tales omisiones lo ejerce de oficio, entonces no estará incluido en el poder del elector la posibilidad de reclamar el

³³⁰ KELSEN H., *Teoría Pura del...*, 2ª ed., op. cit., p. 68.

³³¹ CRUZ PARCERO, J.A., *El concepto de...*, op. cit., p. 61.

³³² KELSEN, H., *Teoría Pura del...*, 2ª ed., op. cit., pp. 150 y 156-157.

³³³ KELSEN H., *Teoría Pura del...*, 2ª ed., op. cit., p. 150. KELSEN, H., *Teoría General del...*, op. cit., p. 102.

³³⁴ KELSEN H., *Teoría Pura del...*, 2ª ed., op. cit., pp. 151-152.

cumplimiento de la obligación³³⁵. Sin embargo, cabe recordar que para KELSEN la función principal de del orden jurídico era establecer obligaciones, siendo los derechos subjetivos en sentido técnico una simple técnica posible propia de los órdenes jurídicos capitalistas y los derechos políticos una técnica en manos de un orden jurídico democrático³³⁶.

v. Derechos subjetivos fundamentales

En el marco de los derechos políticos, KELSEN incluyó los derechos o libertades fundamentales constitucionalmente reconocidos. Sin embargo, KELSEN negó que tales garantías constitucionales constituyeran derechos subjetivos, tanto reflejos como en sentido estricto, al mismo tiempo que negó su pretendido carácter absoluto, en tanto que tan solo constituyen prohibiciones de violar la igualdad y la libertad garantizadas por la Constitución, es decir, se tratan de restricciones a las leyes, pues proporcionan un procedimiento de anulación de aquellas que sean inconstitucionales. De este modo, en tanto que no se establezcan obligaciones jurídicas concretas, no resultará posible afirmar la existencia de derechos subjetivos, ni reflejos ni en sentido técnico, siendo tan solo viable cuando el orden jurídico otorgue al individuo afectado por la ley inconstitucional un poder jurídico para promover un procedimiento encaminado a la supresión de la ley inconstitucional³³⁷.

2.2.3. El sujeto de derecho y el concepto de persona en KELSEN

En opinión de KELSEN, tan solo la persona podía ser sujeto de derecho, pues la relación jurídica vincula al sujeto con el Derecho objetivo, circunscribiendo así las relaciones jurídicas a una correlación del sujeto con la norma³³⁸. KELSEN configuró las relaciones jurídicas como meramente formales, de modo que tanto los deberes subjetivos como los derechos correlativos solo tienen vigencia respecto del orden jurídico, no existiendo relaciones entre personas, quienes solo se relacionan con el orden jurídico, es decir, la norma que establece un deber o un derecho correlativo a ese deber. Desde la perspectiva estrictamente jurídica adoptada por KELSEN, la titularidad de un derecho subjetivo implicaría la existencia de una norma jurídica que condiciona el deber correlativo y la realización del acto coactivo a la manifestación de la voluntad del titular en tal sentido. Ello explicaría la evolución de las teorías de la voluntad hacia el reconocimiento de la voluntad del Estado como única presente en el concepto de derecho subjetivo, pues no es el elemento psíquico lo que obliga al sujeto, sino la norma jurídica objetiva. De este modo,

³³⁵ BOBBIO, N., "Kelsen y el problema...", *op. cit.*, p. 14.

³³⁶ KELSEN, H., *Teoría General del...*, *op. cit.*, p. 105.

³³⁷ KELSEN H., *Teoría Pura del...*, 2ª ed., *op. cit.*, pp. 152-155.

³³⁸ KELSEN, H., *Problemas capitales de...*, *op. cit.*, p. 615.

KELSEN concibió el derecho subjetivo como un mero elemento del orden jurídico, estableciendo así un concepto unitario de Derecho³³⁹.

KELSEN rechazó la identificación entre sujeto de derecho, entendido como realidad deontológica, y ser humano, en tanto que realidad ontológica. De este modo, para KELSEN el único y verdadero sujeto de derecho era la “persona”, concepto netamente jurídico. En este sentido, KELSEN rechazó la distinción entre “persona física” y “persona jurídica”, pues entendía que entre ambos conceptos existía una relación de género a especie. Toda persona es en definitiva jurídica, dado que tal concepto surge por referencia al Derecho, constituyendo las nociones de persona física y jurídica la personificación de un orden jurídico parcial, con la única diferencia de que representan a uno o varios sujetos, respectivamente. A pesar de que el contenido de las normas aparece referido a la conducta humana, tan solo algunas conductas son jurídicamente consideradas, de modo que es la norma jurídica la que determina qué conductas son objeto de análisis jurídico y cuáles no. La persona física era concebida por KELSEN como un orden jurídico parcial y relativamente autónomo frente a la totalidad del orden jurídico, constituyendo un punto de referencia de los contenidos de este³⁴⁰. Por consiguiente, la tenencia de deberes y facultades equivale a afirmar que la conducta del ser humano integra el contenido del Derecho, pues la acción humana no implica un acto jurídico de por sí, sino que depende de su calificación como deber o facultad por el orden jurídico. En este sentido, KELSEN distinguió entre la “voluntad del ser humano” y la “voluntad de la persona”, pues mientras que la primera es un fenómeno psicosocial relativo al mundo del ser, la segunda viene determinada por el orden jurídico, es decir, depende de un deber ser. La voluntad de la persona en el sentido apuntado permitió a KELSEN configurar dicho concepto como centro de imputación de los deberes y facultades jurídicas establecidas por una norma jurídica, lo cual se produciría al margen de la voluntad del ser humano situado en la posición de persona, categoría esta última puramente formal y determinada por el orden jurídico objetivo³⁴¹. En la tesis kelseniana, el Estado también es concebido como una persona jurídica, situada por encima del resto de personas, centro común de imputación que pone en relación al resto de personas que conforman la comunidad jurídica y establece sus obligaciones recíprocas.

Para KELSEN, el concepto de persona resultaba esencial para la imputación de posiciones jurídicas por parte del Derecho, al punto de concebirla como unidad personificada de imputación de las mismas. En este sentido, las relaciones jurídicas no se encuentran regidas por reglas de causalidad, sino de imputación, constituyendo la persona su centro, de manera que los individuos que se colocan en la posición de la persona, ya sea física o jurídica, han de adecuar su conducta a

³³⁹ KELSEN, H., *Teoría General del...*, op. cit., pp. 76 y 79.

³⁴⁰ KELSEN, H., *Teoría General del...*, op. cit., pp. 83-84.

³⁴¹ KELSEN, H., *Teoría General del...*, op. cit., p. 99.

lo establecido por la norma de que se trate. No obstante, a partir de lo anterior y dado el monismo kelseniano, se podría pensar que si el concepto de persona es un concepto puramente jurídico resultaría redundante afirmar que tiene derechos, mediando entre ambos conceptos una relación de identidad. Con todo, deberes y derechos aparecen ciertamente referidos a la conducta de los seres humanos, que ha de ser interpretada en función del conjunto de normas que delimitan la persona, de modo que una misma conducta podrá presentar diferentes efectos jurídicos en función de quien proceda, lo cual redonda en la comprensión kelseniana de la persona como constructo puramente jurídico³⁴².

2.2.4. Críticas al concepto kelseniano de derecho subjetivo

La doctrina ha propuesto una clasificación de las críticas vertidas al concepto de derecho subjetivo elaborado por KELSEN en internas y externas. Mientras que las críticas internas o analíticas arrancan del propio pensamiento kelseniano, intentando depurar sus planteamientos; las críticas externas se oponen a los fundamentos mismos del positivismo kelseniano, ya sea a partir de una concepción iusnaturalista, ya sea desde planteamientos sociológicos³⁴³. A continuación, se abordarán en primer lugar algunas de las críticas externas dirigidas al planteamiento de KELSEN, para posteriormente finalizar con un tratamiento diferenciado de aquellas críticas y objeciones doctrinales referidas a los diversos significados de derecho subjetivo propuestos por KELSEN, dada la relevancia que presentan para el objeto del presente estudio.

En sede de las críticas tradicionales de influjo iusnaturalista, LEGAZ Y LACAMBRA subrayó el vínculo que la noción de derecho subjetivo presenta respecto de los llamados “derechos fundamentales de la persona”, al punto de que negar la idea de derecho subjetivo equivaldría a negar la noción misma de persona³⁴⁴. En opinión de este autor, la cuestión no consistía en demostrar o refutar la existencia del derecho subjetivo, sino delimitar el ejercicio del mismo por su titular³⁴⁵. Por su parte, GARCÍA MÁYNEZ sostuvo una tesis fuerte de la correlatividad, junto con la regla de clausura del orden jurídico. No obstante, para este jurista mexicano todo el orden jurídico era reconducible a derechos subjetivos, los cuales concebía como el fundamento de los deberes jurídicos³⁴⁶, lo cual lo acercaría a las concepciones iusnaturalistas que KELSEN había rechazado. También DíEZ-PICAZO se mostró en desacuerdo con los planteamientos kelsenianos referidos al concepto de derecho

³⁴² KELSEN, H., *Teoría General del...*, op. cit., pp. 111-112.

³⁴³ CRUZ PARCERO, J.A., *El concepto de...*, op. cit., pp. 71 y ss.

³⁴⁴ LEGAZ Y LACAMBRA, L., *Filosofía del Derecho*, Bosch, Barcelona, 1978, p. 729.

³⁴⁵ LEGAZ Y LACAMBRA, L., *Filosofía del Derecho*, op. cit., pp. 739-740.

³⁴⁶ GARCÍA MÁYNEZ, E., *Algunos aspectos de la doctrina kelseniana*, Porrúa, México, 1978, p. 84.

subjetivo³⁴⁷, pues concebía que Derecho objetivo y derecho subjetivo constituirían dos verdaderas categorías conceptuales pertenecientes a un único concepto o género. Asimismo, para este autor el Derecho era un “sistema de justa satisfacción de pretensiones”, en el cual las normas cumplirían la función de establecer criterios de solución o la plasmación de experiencias dirigidas a la solución de conflictos, de manera que el orden jurídico se habría construido, siempre y desde el origen, a partir de derechos subjetivos. Además, señaló que el concepto kelseniano de derecho subjetivo en sentido técnico no encuentra acomodo con el uso habitual del concepto de derecho subjetivo como la “justificación de la pretensión que el sujeto formula”³⁴⁸.

Por lo que se refiere a las críticas sociológicas, el ya mencionado jurista soviético PASUKANIS formuló su crítica a la tradición kelseniana a partir de los postulados marxistas que suscribía. Su crítica se distingue de la efectuada por el iusnaturalismo en que, a pesar de que este también mantenía el dualismo entre Derecho objetivo y derecho subjetivo, otorgó preferencia al segundo sobre el primero. PASUKANIS rechazaba rotundamente el enfoque formal adoptado por KELSEN, pues consideraba que las relaciones económicas eran la verdadera fuente de la relación jurídica. Asimismo, subrayó la repercusión histórica de la relación jurídica, la cual surgiría de la controversia o contienda. De este modo, es en virtud del proceso judicial que los elementos económicos de la relación se separan de los puramente jurídicos, adquiriendo con ello autonomía. Para PASUKANIS, el derecho se originaba a partir de la acción judicial, tan solo surgiendo el Derecho en sentido objetivo en un momento posterior y a consecuencia de la incorporación de relaciones de hecho o puramente económicas preexistentes³⁴⁹. Este no consideró necesario recurrir al concepto de norma, pues entendía que las relaciones jurídicas se derivaban de las relaciones materiales de producción, las cuales consideraba como independientes a toda reglamentación externa. En su opinión, la teoría pura asociaba la idea de Derecho con el orden social establecido. Además, criticó la pretendida autonomía que las teorías burguesas conferían al concepto de derecho subjetivo entendido como la encarnación de la noción burguesa de propiedad³⁵⁰, pues consideraba que ninguna combinación de imperativos y obligaciones podía otorgar al concepto de derecho subjetivo el significado autónomo y real pretendido por la propiedad burguesa³⁵¹.

Como se ha manifestado, especial atención merecen las críticas doctrinales vertidas sobre los diversos significados proporcionados por KELSEN al respecto del concepto de derecho subjetivo. Así pues, como se recordará, respecto del concepto

³⁴⁷ DÍEZ-PICAZO, L., “Hans Kelsen y el Derecho privado”, en AA.VV., *Filosofía y Derecho. Estudios en honor del Profesor José Corts Grau*, tomo I, Universidad de Valencia, 1977, pp. 247-259.

³⁴⁸ DÍEZ-PICAZO, L., “Hans Kelsen y...”, *op. cit.*, pp. 253-255.

³⁴⁹ PASUKANIS, E.B., *Teoría General del...*, *op. cit.*, p. 79.

³⁵⁰ PASUKANIS, E.B., *Teoría General del...*, *op. cit.*, p. 82.

³⁵¹ PASUKANIS, E.B., *Teoría General del...*, *op. cit.*, p. 84.

de “derecho subjetivo reflejo”, KELSEN sostuvo la primacía de la posición deudora en la explicación de las relaciones jurídicas subjetivas, invirtiendo con ello la tradicional tesis de la correlatividad. Sin embargo, algunos autores detractores de esta aproximación han enfatizado la relevancia de la posición acreedora en dicha descripción, lo cual se desprendería del hecho de que la renuncia del derecho implicará necesariamente la desaparición de la obligación³⁵². En esta línea, David LYONS concibe que los derechos y deberes correlatos no solo vinculan a sujetos acreedores y deudores, sino que también presentan una conexión sustantiva a nivel de los contenidos³⁵³, pudiendo establecerse una regla formal al respecto de los derechos pasivos, consistentes en esperar el cumplimiento de la obligación correlativa; y las obligaciones activas, relativas a la realización de una conducta de hacer u omitir. Sin embargo, esta regla formal decae frente a posiciones tradicionalmente consideradas como derechos, pero que consisten en la posibilidad de realizar una conducta, no pudiendo afirmarse la existencia de obligaciones correlativas con la misma fuerza que aquellas que requieren una conducta de la contraparte. No obstante, el propio LYONS ha estimado posible afirmar que tales derechos imponen la obligación a los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley de no interferir en el ejercicio de tales derechos. Con todo, y dada la legitimidad de los órganos del Estado para imponer restricciones al ejercicio de tales derechos, no resulta claro cuál es el contenido de dicha obligación de no interferencia³⁵⁴.

Por lo que se refiere al concepto kelseniano de “derecho subjetivo en sentido técnico”, Robert ALEXY ha propuesto una formulación de los derechos subjetivos entendidos como proposiciones del tipo “a tiene derecho a G”, a los que acompaña enunciados referidos a la protección de tales posiciones “a puede reclamar la violación de su derecho a G a través de una demanda” y que expresan la capacidad jurídica del sujeto para imponer su derecho, esto es, un derecho subjetivo en sentido técnico kelseniano, el cual implica un poder jurídico³⁵⁵. Sin embargo, a diferencia de KELSEN, ALEXY introduce el objeto del derecho en la descripción del mismo mediante una estructura de tipo triádico entre dos sujetos y un objeto, lo cual KELSEN había rechazado al negar la distinción entre derechos *in rem* y derechos *in personam*, pues en su opinión todos los derechos implicaban la relación diádica entre una persona y la norma, siendo irrelevante el objeto del mismo, fruto de su indiferencia acerca de los aspectos sustantivos de las relaciones jurídicas subjetivas. Con todo, ALEXY ha defendido el empleo de enunciados acerca de derechos reflejos en sentido kelseniano desde una doble perspectiva: desde una perspectiva funcional, tales enunciados se justifican en función de la capacidad de

³⁵² LYONS, D., “The correlativity of rights and duties”, *Noûs* 4(1), 1970, pp. 45-55.

³⁵³ LYONS, D., “The correlativity of...”, *op. cit.*, p. 48.

³⁵⁴ LYONS, D., “The correlativity of...”, *op. cit.*, p. 55.

³⁵⁵ ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción de Carlos Bernal Pulido, Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, Madrid, [1985] 2012, p. 163.

imposición del sujeto; desde un punto de vista semántico, los derechos justifican la capacidad jurídica de su imposición, lo cual introduce una relación de fundamentación entre los enunciados sobre derechos y enunciados sobre su protección³⁵⁶.

En cuanto al concepto kelseniano de derecho subjetivo entendido como “permisión positiva”, se han señalado dos grupos de problemas fundamentales: la cuestión relativa al principio de prohibición, la constatación de la regla de clausura y la (in)existencia de lagunas jurídicas, de un lado; y el problema de la relevancia de las normas permisivas, de otro³⁵⁷. Por lo que respecta al primer grupo de problemas, KELSEN empleó el principio de prohibición para negar la existencia de lagunas jurídicas³⁵⁸, de manera que todo lo jurídicamente no-prohibido resulta jurídicamente permitido. Sin embargo, ALCHOURRÓN y BULYGIN discrepan de lo anterior. Estos autores argentinos han clasificado los permisos como “fuertes” o normativamente expresos, y “débiles” o derivados de la mera ausencia de prohibición³⁵⁹. A su vez, de dicha clasificación derivan dos versiones del principio de prohibición: una fuerte y otra débil, las cuales critican. Así pues, la versión débil, se trataría de una burda tautología, pues un permiso débil consiste en la ausencia de prohibición, siendo los conceptos de “permisión” y “no-prohibición” interdefinibles entre sí³⁶⁰. Por lo que se refiere a la versión fuerte, los mencionados autores objetan que de la simple inexistencia de una norma prohibitiva no cabe concluir la existencia de una norma permisiva, a menos que el orden jurídico contenga una regla de clausura que confirme el principio de prohibición, lo cual no necesariamente sucede en todos los sistemas jurídicos³⁶¹.

Por lo que respecta al principio de prohibición kelseniano, RUIZ MANERO se ha planteado si este equivale a la aplicación del argumento *a contrario* como solución frente a la presencia de lagunas jurídicas. No obstante, el valor de este argumento *a contrario*, al igual que sucede con el argumento por analogía, parece haber sido descartado por el propio KELSEN, en tanto que el orden jurídico no prevea su utilización, dependiendo así de la decisión de la autoridad competente, es decir, del juez³⁶². De este modo, cuando la conducta del demandado no se encuentre jurídicamente prohibida ni ordenada (en el sentido de obligatoria), los jueces y

³⁵⁶ ALEXI, R., *Teoría de los...*, *op. cit.*, pp. 159-160.

³⁵⁷ CRUZ PARCERO, J.A., *El concepto de...*, *op. cit.*, pp. 62-67.

³⁵⁸ En este sentido, KELSEN afirmó la “unidad sin divisiones del orden jurídico”, en tanto que consideraba que todo el comportamiento humano sujeto al orden jurídico se encontraba jurídicamente regulado, ya fuera en sentido positivo o negativo, negando así la existencia de lagunas jurídicas. KELSEN, H., *Teoría General de...*, *op. cit.*, p. 138.

³⁵⁹ ALCHOURRÓN, C. y BULYGIN, E., *Introducción a la...*, *op. cit.*, pp. 174-176.

³⁶⁰ ALCHOURRÓN, C. y BULYGIN, E., *Introducción a la...*, *op. cit.*, p. 186.

³⁶¹ ALCHOURRÓN, C. y BULYGIN, E., *Introducción a la...*, *op. cit.*, p. 179.

³⁶² RUIZ MANERO, J., *Jurisdicción y Normas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, pp. 47-48.

tribunales, han de rechazar la demanda o absolver al demandado³⁶³. Lo anterior ha llevado a RUIZ MANERO a afirmar que, para KELSEN, la permisión positiva y la permisión negativa presentan las mismas consecuencias normativas³⁶⁴. En cuanto al problema de la relevancia de los permisos jurídicos, KELSEN concibió la permisión como el acto positivo de un órgano estatal en el ejercicio de un poder jurídico, aunque en última instancia una permisión positiva constituía para el profesor austriaco la derogación total o parcial de una prohibición³⁶⁵. Si una norma debe dirigir la conducta de sus destinatarios, entonces una norma permisiva solo podrá permitir una conducta o derogar una prohibición. Pero, si se concibe que una permisión en sentido negativo constituye la mera ausencia de una prohibición, entonces no existirá razón alguna para realizar la conducta de que se trate, siendo posible cuestionar si las normas permisivas son superfluas y equivalentes a la ausencia de normas de conducta. En opinión de ALEXY, quien en este punto sigue a Christiane y Ota WEINBERGER, las normas permisivas son relevantes en tanto que establecen los «límites del deber ser» con respecto a las normas de rango inferior”, lo cual resulta especialmente evidente respecto de las normas de Derecho fundamental con rango constitucional, las cuales se presentan típicamente como normas permisivas³⁶⁶.

Por último, respecto del planteamiento de KELSEN acerca de los denominados “derechos subjetivos fundamentales”, ALEXY ha señalado que el austriaco identificó el concepto de derechos fundamentales con la capacidad individual de imposición de los mismos, pasando por alto un aspecto esencial de los mismos, a saber, que estos derechos suponen juicios de valor que fundamentan la imposición de mandatos y directrices encaminados a su garantía y protección³⁶⁷. Otros autores, como LYONS, quien ha empleado los conceptos jurídicos fundamentales hohfeldianos en su explicación, han calificado a los derechos fundamentales como “inmidades”, en tanto que su correlato no es una obligación, sino una “incompetencia” para promulgar leyes inconstitucionales³⁶⁸.

2.2.5. Conclusiones críticas

Por lo que se refiere a las objeciones kelsenianas a la concepción iusnaturalista del Derecho, cabe señalar que el profesor austriaco rechazó tanto aquellas teorías de inspiración aristotélico-tomista que consideran que “lo bueno” (ser) precede a “lo debido” (deber ser), como aquellas otras que plantean el caso contrario de influencia mayoritariamente kantiana y que derivan “lo bueno” de “lo

³⁶³ KELSEN, H., *Teoría General de...*, op. cit., p. 139.

³⁶⁴ RUIZ MANERO, J., *Jurisdicción y Normas*, op. cit., p. 42.

³⁶⁵ CRUZ PARCERO, J.A., *El concepto de...*, op. cit., p. 66.

³⁶⁶ ALEXY, R., *Teoría de los...*, op. cit., pp. 223-224.

³⁶⁷ ALEXY, R., *Teoría de los...*, op. cit., pp. 159-160.

³⁶⁸ LYONS, D., “The correlativity of...”, op. cit., p. *ibidem*.

debido". En este sentido, KELSEN propuso una radical desconexión entre ambas realidades, de manera que "lo bueno", en tanto que aprehensión fáctica del ser de las cosas, no indica nada acerca de "lo que deba ser" o cómo actuar de acuerdo con dicha constatación, lo cual se presenta como una afirmación contraria al modo habitual de funcionamiento de la percepción humana, la cual adopta patrones de conducta en función de la constatación de *algo como bueno para algo*. Al respecto, una eventual réplica kelseniana objetaría que se están considerando cuestiones extrajurídicas (ser) ajenas al Derecho (deber ser) y por tanto incompatibles. Sin embargo, una respuesta como la descrita además de ideológica, resultaría lógicamente defectuosa, pues devuelve de nuevo a la cuestión de la no derivación deber ser del ser, pudiéndose calificar entonces de respuesta circular. Lo que KELSEN no parece haber considerado es que el Derecho positivo también presenta una dimensión, al menos parcialmente, ontológica: "el Derecho que es" o "el Derecho que existe" en una determinada comunidad jurídico-política. Por consiguiente, KELSEN identificó "el Derecho que es" con "el Derecho que es debido", de manera que el mismo se contradujo al criticar el método iusnaturalista, incurriendo en un positivismo ideológico. Además, si se acepta dicha dimensión ontológica del orden jurídico, entendido como las normas válidas y eficaces que han sido promulgadas, entonces la tesis kelseniana decaería, pues estaría derivando realidades híbridas "ontológico-deontológicas", es decir, normas que existen con la pretensión de establecer patrones de conducta considerados adecuados, de realidades también ontológicas: la naturaleza de las cosas, pero que también involucran un "deber ser", en tanto que incluyen una valoración de cómo se ha de considerar ese "ser" particular de que se trate. De este modo, la falacia naturalista estaría resuelta, pues habría que desterrar la distinción clásica entre "ser" y "deber ser" por constituirse como demasiado artificiosa y tan solo parcial.

Además, KELSEN rechazó la conexión entre Derecho y justicia de manera un tanto obstinada, pues solo concebía una única descripción posible y esta parece que ha de ser, en todo caso, contraria a la concepción que identificó como iusnaturalista, haciéndose a sí mismo esclavo de las categorías y ciñéndose a una sola descripción de entre todas las posibles, que desde el punto de vista de esta crítica no serían incompatibles, sino fundamentalmente complementarias. Además, la objeción acerca de la pretensión legitimista no es exclusiva del método iusnaturalista, pues la propuesta iuspositivista otorga una fuerza de obligatoriedad al Derecho objetivo que no puede ser cuestionada desde parámetros de justicia no contenidos en el propio orden jurídico establecido, lo cual podría conllevar el riesgo de la inmovilidad y la autojustificación del Derecho por el mero hecho de ser Derecho positivo que, como se ha expuesto con anterioridad, también constituiría una realidad parcialmente ontológica en tanto que equivalente al "Derecho que es". En virtud de la gran confianza que KELSEN depositó en la democracia, la legitimación del Derecho procede en su tesis precisamente de la posibilidad de que los súbditos participen en la creación de las normas que configuran el orden

jurídico, lo cual podría parecer a simple vista una propuesta aceptable, si bien es parcial e incluso incoherente al respecto de ciertos extremos, pues la crítica kelseniana parte de categorías (“ser” vs. “deber ser”) que son tan artificiales como las que el mismo criticó (“Derecho objetivo” vs. “derecho subjetivo” o, incluso, “Derecho público” vs. “Derecho privado”). Asimismo, asumió una concepción de “lo que es bueno” (la democracia) que no incluye en su definición de “lo debido” (el orden jurídico), pero que está presente en su explicación de manera implícita y que no ha reconocido, posiblemente en virtud de una coherencia obstinada que, irónicamente, le condujo a contradecirse a sí mismo al recurrir a presupuestos dualistas semejantes a los que el mismo criticó.

En su intento por ofrecer una visión puramente científica y neutral, KELSEN trató de despojar al Derecho de todo componente ideológico, sin embargo, empleó una distinción también es ideológica (ser vs. deber ser). Este noble ideal kelseniano, aunque científicamente deseable, no parece en absoluto posible en el reino de “lo humano” en el que surge el Derecho, entendido como una ciencia humana (como todas las ciencias, por otra parte) y, consecuentemente, relativa a una cosmovisión mortal y no-neutral, sujeta a una perspectiva que el propio KELSEN concibió como extrajurídica, pero de la que no logra deshacerse por completo. Recuérdese que KELSEN afirmó que el derecho subjetivo tan solo constituía un instrumento jurídico en manos de los ordenamientos jurídicos capitalistas, de manera que parece presuponer que detrás de un ordenamiento existe una ideología implícita, cuya consideración excluye totalmente de su teoría pura.

En otro orden de cosas, a partir de las objeciones y comentarios efectuados por KELSEN al respecto de las teorías del interés y la voluntad, se podría articular una suerte de fórmula híbrida a medio camino entre ambas aproximaciones, pues una reformulación de la explicación kelseniana podría integrar ambos conceptos de interés y voluntad en su descripción de los derechos subjetivos reflejos y en sentido técnico, para lo cual se ha de aceptar necesariamente la inconveniencia de disociar, al menos tan radicalmente, las dimensiones ontológica y deontológica, de manera que se trataría de una reconstrucción estructural, si bien permitiría reciclar determinados conceptos kelsenianos y su significado original. Así pues, un derecho subjetivo reflejo podría reconducirse a la protección del interés de un sujeto, en tanto que correlato de una obligación establecida por una norma de conducta (secundaria, en términos kelsenianos); mientras que un derecho subjetivo en sentido técnico, por su parte, equivaldría a una potestad otorgada por el orden jurídico, la cual permite a su titular ejercitar una pretensión (acción judicial) orientada a la ejecución forzosa de una obligación que ha sido inobservada, de manera que la voluntad del titular se configura, junto con la sanción por la norma primaria, en condición para la ejecución de los mecanismos de defensa del derecho jurídicamente previstos, lo cual no parece plantear

demasiados inconvenientes en el planteamiento del propio KELSEN. A pesar de la desconexión que en la obra de KELSEN existe entre los conceptos de derecho subjetivo en sentido técnico y la obligación de la que el derecho subjetivo reflejo es correlato, lo cierto es que resulta posible establecer un vínculo entre ambos conceptos subjetivos, pues, aunque la protección de un interés y la potestad para reclamar la observancia de dicha protección no tienen por qué concurrir en un mismo sujeto, lo cierto es que no solo puede ocurrir, sino que resulta habitual que así suceda. Sin embargo, existen razones más relevantes para sostener un vínculo conceptual lógico entre el derecho subjetivo reflejo y el derecho subjetivo en sentido técnico en su versión reformulada, ya que la posibilidad de demandar que otorga el segundo (esto es, el derecho subjetivo en sentido técnico) se orienta a la ejecución de una obligación o al resarcimiento de los daños derivados de su incumplimiento, deduciéndose el derecho subjetivo reflejo de tal obligación, lo cual se aproxima a la relación de fundamentación propuesta por ALEXY. De lo anterior se desprende que, si bien resulta verosímil afirmar la existencia de un derecho reflejo desprovisto de un derecho en sentido técnico aparejado al primero, aunque ello implicaría sustentar posiciones jurídicas subjetivas realmente débiles; no resulta posible sostener la presencia de un derecho subjetivo en sentido técnico al margen de una obligación de un tercero desprovista de un derecho reflejo a dicha obligación³⁶⁹, pues el ejercicio de la acción solo tiene sentido encaminado a la reclamación del cumplimiento de una obligación que ha sido inobservada o a su resarcimiento, siendo en este punto en donde se manifiesta el elemento de voluntad, si bien limitada a lo sancionado por el orden jurídico. Por lo demás, el titular del derecho subjetivo en sentido técnico puede coincidir o no con el titular del derecho subjetivo reflejo de la obligación. Si se acepta el planteamiento anterior, entonces los conceptos de interés y voluntad aparecerían interrelacionados en la explicación de los derechos subjetivos, pues la voluntad de reclamar el cumplimiento de una obligación jurídica (derecho subjetivo en sentido técnico) se orientará a preservar un interés cuyo respeto viene determinado por la norma jurídica de conducta que establece una obligación correlativa a dicho interés reflejo (derecho subjetivo reflejo).

2.3. La noción de derecho subjetivo en el análisis de W.N. HOHFELD

La trascendencia de los conceptos jurídicos fundamentales de Wesley Newcomb HOHFELD se justifica por su intento de clarificar el lenguaje jurídico, caracterizado por su ambigüedad y equívocidad en la práctica. Al planteamiento de HOHFELD subyace la influencia de la jurisprudencia analítica, a la cual debe su

³⁶⁹ A salvo de la facultad del demandado para apelar la decisión judicial, si bien el propio KELSEN negó que dicha potestad se tratara de una posición subjetiva, en tanto que desligada de un derecho subjetivo reflejo, lo cual hablaría a favor de la reformulación aquí propuesta.

método de estudio. Las teorías de autores como ROSS, ZITTING y AUSTIN, por señalar algunos ejemplos, muestran tanto el contexto en el que surge como la repercusión de la tesis hohfeldiana, la cual ha gozado de una amplia repercusión doctrinal.

Asimismo, el análisis de HOHFELD ha tenido buena aceptación por la corriente del realismo jurídico escandinavo, destacando la obra de Alf ROSS quien partió de la realidad observable para el estudio de las categorías del concepto de derecho subjetivo, centrándose en las actividades del comportamiento, las cuales dividió en interesadas, como compulsión de hecho provocada por el Derecho; y desinteresadas, que representan al Derecho como un compromiso aceptable y moral³⁷⁰. ROSS compartía con HOHFELD su visión de los derechos como relaciones entre sujetos, muestra de ello se refirió a privilegios y restricciones en su tratamiento de los derechos y obligaciones, respectivamente, constituyendo las restricciones el punto de partida en el comportamiento de los obligados. Así pues, derecho sería aquello efectivamente aplicado, derecho en la aplicación del Derecho y como protección por el Derecho. No obstante, la aplicación efectiva del derecho es transformada e interpretada como la protección por el Derecho, siendo el elemento primario la protección por el Derecho (es decir, el elemento coactivo), cuyo reverso consiste en el contenido del derecho³⁷¹. Tanto la protección por el Derecho como las actitudes y expectativas relacionadas estipulan las restricciones del comportamiento de un obligado e, indirectamente, las facultades del titular del derecho. El derecho en la fase disposicional acaba siendo un conjunto de relaciones personales y jurídicas³⁷²: facultades primarias o función heterónoma de la forma estática (“primaria”) de las obligaciones (derecho como beneficios); restricciones de comportamiento de los obligados sobre las cuales se basan las libertades de comportamiento de los interesados; facultades primarias o función autónoma de la forma estática de las obligaciones (derechos como potestad); facultades del titular para iniciar una acción y demandar la aplicación en contra del obligado; y facultades secundarias o función dinámica de facultades estáticas (derechos como competencia), expresando el término “competencia” el poder de disposición del titular sobre el derecho. Mientras que el uso del poder es dirigido a las facultades estáticas; la protección dinámica comprende una larga serie de relaciones distintas y especiales entre personas³⁷³. ZITTING, por su parte, concibió la realidad empírica como realidad de reglas. La naturaleza empírica, base de la protección jurídica, se transforma en fundamento puramente conceptual de los derechos. Este autor adaptó los criterios básicos formulados por HOHFELD a la propuesta de ROSS, siendo

³⁷⁰ ROSS, A., *Hacia una ciencia realista del Derecho. Crítica del dualismo en el Derecho*, traducción de Julio Barboza, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961, p. 78. NIEMI, M., *Hohfeld y el análisis de los derechos*, traducción de Raúl M. Mejía, Fontamara, México, 2001, p. 16.

³⁷¹ NIEMI, M., *Hohfeld y el análisis...*, *op. cit.*, p. 15.

³⁷² ROSS, A., *Ejendomsret og Ejendomsøvergang. Med særligt henblik paa dansk retspraksis, København*, 1935, pp. 347-351 y 353. Citado por NIEMI, M., *Hohfeld y el análisis...*, *op. cit.*, p. 16.

³⁷³ *Vid.* NIEMI, M., *Hohfeld y el análisis...*, *op. cit.*, p. 17.

el criterio clasificatorio distintivo la división entre contenido y protección de un derecho³⁷⁴.

Uno de los autores más influyentes en la obra de HOHFELD ha sido el ya mencionado jurista británico John AUSTIN, quien entendía los derechos como representaciones de mandatos y deberes. En este sentido, un derecho que no incluyera el deber, la sanción y el mandato del soberano no sería un derecho reconocido en el orden jurídico, sino un “derecho imperfecto”. Así pues, mandato, deber, sanción y derecho son incluidos en el concepto de derecho subjetivo, presentando relaciones correlativas entre sí. Para AUSTIN, al igual que para KELSEN, el aspecto primario de una regla jurídica era su aplicación por y obligatoriedad para los tribunales, quienes se encuentran obligados por la norma primaria a imponer una sanción en función de un acto; mientras que la regla secundaria prohíbe a los ciudadanos realizar dicho acto³⁷⁵. Sin embargo, se ha de señalar que este requisito relativo a la presencia de un deber, sanción o mandato no está necesariamente presente en todas las posiciones jurídicas fundamentales señaladas por HOHFELD.

Más recientemente, el profesor sueco Lars LINDAHL ha destacado que HOHFELD observó la necesidad de abordar el análisis de los distintos enunciados jurídicos en términos de conjunción de los mismos, sin que tengan que contener la relación “derecho-deber”, pues podrían comprender tanto la relación “privilegio-no derecho”, como “poder-sujeción” o “inmunidad-incompetencia”³⁷⁶. Por su parte, el célebre jurista inglés H.L.A HART, objetó al planteamiento hohfeldiano el hecho de no haber explicado por qué derecho, libertad, poder e inmunidad quedan definidos como “derechos subjetivos”. A juicio de HART, el elemento unificador parece haber sido que el derecho reconoce específicamente la elección de un individuo, ya sea negativamente, al no impedirla u obstruirla (libertad e inmunidad); ya sea afirmativamente, al darle efecto jurídico (pretensión y poder)³⁷⁷. En este sentido, CRUZ PARCERO ha observado que HOHFELD simplemente partió del uso del lenguaje por los juristas, sin preguntarse por qué ciertos términos, a saber: “inmunidad”, “libertad”, “privilegio”, “prerrogativa”, “facultad”, etc.³⁷⁸, son o deben ser entendidos como derechos subjetivos en sentido amplio, problema que se ha intentado solventar a través de las teorías del interés jurídicamente protegido

³⁷⁴ ZITTING, S., *Omistajan oikeuksista ja velvollisuuksista I*, p. 400. Citado por NIEMI, M., *Hohfeld y el análisis...*, *op. cit.*, p. 19.

³⁷⁵ “All laws are commands”, *vid.* AUSTIN, J., *Lectures on Jurisprudence*, *op. cit.*, p. 19. NIEMI, M., *Hohfeld y el análisis...*, *op. cit.*, p. 21.

³⁷⁶ LINDAHL, L., *Position and Change. A Study in Law and Logic*, Reidel Publishing Company, Dordrecht-Holland, Uppsala, 1977, p. 36. *Vid.* CRUZ PARCERO, J.A., *El concepto de...*, *op. cit.*, p. 113.

³⁷⁷ HART, H.L.A., “Definición y teoría en la ciencia jurídica”, en HART, H.L.A., *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, traducción de Genaro R. Carrió, Depalma, Buenos Aires, [1953] 1962, pp. 94-138.

³⁷⁸ CARRIÓ, G., “Nota preliminar”, *op. cit.*, pp. 7-21.

(IHERING) y de la voluntad (WINDSCHEID)³⁷⁹, anteriormente señaladas con ocasión del estudio de las críticas formuladas por KELSEN a otras teorías.

2.3.1. Interpretación de las relaciones jurídicas fundamentales

En su artículo de 1913 HOHFELD clasificó las diversas relaciones jurídicas posibles en las tablas de “opuestos” (*opposites*) y “correlativos” (*correlatives*) que a continuación se reproducen. Los ocho conceptos obtenidos fueron considerados por el profesor de Yale como el “mínimo común denominador” del lenguaje jurídico³⁸⁰:

Tabla 1. Pares conceptuales opuestos y correlativos hohfeldianos

Jural opposites — Opuestos jurídicos	<i>Right (claim)</i> — derecho (pretensión)	<i>Privilege</i> — privilegio libertad	<i>Power</i> — poder competencia potestad	<i>Immunity</i> — inmunidad
	<i>No-right</i> — no-derecho	<i>Duty</i> — deber	<i>Disability</i> — incompetencia incapacidad	<i>Liability</i> — sujeción
Jural correlatives — Correlativos jurídicos	<i>Right (claim)</i> — derecho (pretensión)	<i>Privilege</i> — privilegio libertad	<i>Power</i> — poder competencia potestad	<i>Immunity</i> — inmunidad
	<i>Duty</i> — deber	<i>No-right</i> — no-derecho	<i>Liability</i> — sujeción	<i>Disability</i> — incompetencia incapacidad

Esta clasificación supone una propuesta conceptual simplificada de todas las relaciones jurídicas subjetivas entendidas como estructuras formadas por dos

³⁷⁹ CRUZ PARCERO, J.A., *El concepto de...*, op. cit., p. 111.

³⁸⁰ HOHFELD, W.N., *Conceptos Jurídicos Fundamentales*, traducción de Genaro R. Carrió, Fontamara, México, 1997, p. 47.

posiciones jurídicas básicas. El concepto de posición jurídica, por su parte, se refiere a una situación normativa concreta de un sujeto respecto de otro³⁸¹. El estudio de la propuesta hohfeldiana requiere ineludiblemente de su interpretación, pues el profesor norteamericano partía del estudio de la jurisprudencia para posteriormente, tras un análisis pormenorizado, obtener pocas conclusiones en el plano conceptual. De este modo, su planteamiento carece de nutridas explicaciones que permitan conocer de primera mano el sentido exacto de los términos que este autor empleó. Asimismo, su temprana muerte imposibilitó el ensanchamiento de su obra, lo cual habría tenido un interés incuestionable. Con todo, la doctrina se ha ocupado de esclarecer el alcance en el que HOHFELD consideró que un individuo puede ostentar un derecho subjetivo, sobre lo cual versarán las siguientes líneas. Por lo demás, para la interpretación de la propuesta hohfeldiana se ha de considerar que en su análisis se encuentran latentes dos tipos de distinciones³⁸²: entre tipos de normas y entre clases de acciones humanas³⁸³. Respecto de los tipos de normas, resulta esencial acudir a la distinción entre normas regulativas, prescriptivas o de conducta, de una parte; y las normas de competencia o sobre la producción jurídica, de otra. Así pues, las normas de conducta se orientan a establecer condiciones al comportamiento de sus destinatarios, estableciendo lo que debe, no debe o puede ser hecho. Se tratan de prescripciones o regulaciones, de modo que también cabe denominarlas “normas regulativas o prescriptivas”, es decir, son normas dictadas por una “autoridad normativa” y van dirigidas a otro u otros “sujetos normativos”, con la pretensión de que estos últimos adopten una conducta determinada³⁸⁴. Las normas de conducta poseen carácter deóntico, pues dependen de que hayan sido otorgadas a los efectos de establecer que algo deba ser hecho (normas obligatorias), tenga que no ser hecho (prohibiciones o normas negativas) o pueda ser hecho (normas permisivas). Por último, el contenido de las normas de conducta versa sobre aquello que la norma declara obligatorio, prohibido o permitido, es decir, lo caracterizado deónticamente³⁸⁵.

No obstante, los ordenamientos jurídicos no solo están constituidos por prescripciones amparadas por la amenaza de sanciones, sino que también contienen “reglas sobre reglas” que indican cómo proceder para producir acciones o cambios normativos, es decir, se tratarían de instrucciones para lograr

³⁸¹ PEÑA FREIRE, A., “Concepto y estructuras de las potestades jurídicas”, *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho* 21, 2010, *op. cit.*, p. 63.

³⁸² HART, H.L.A., *El concepto de derecho*, traducción de G.R. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, [1961] 1995, *vid.* capítulos III y V. ROSS, A., *Lógica de las normas*, traducción de S.P. Hierro, Comares, Granada [1969] 2000, pp. 18-72; ALCHOURRÓN, C. y BULYGIN, E., “Definiciones y normas”, en ALCHOURRÓN, C. y BULYGIN, E., *Análisis lógico del Derecho*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, [1983] 1991, pp. 439-463

³⁸³ ARRIAGADA, M.B., “Los derechos fundamentales en clave hohfeldiana”, inédito, pp. 4 y ss.

³⁸⁴ WRIGHT, G.H.v., *Norma y Acción*, traducción de P. García Ferrero, Tecnos, Madrid, [1963] 1970, pp. 26-27 y 87 y ss.

³⁸⁵ PEÑA FREIRE, A., “Concepto y estructuras ...”, *op. cit.*, p. 70.

determinados resultados³⁸⁶, cuya función consiste en otorgar facilidades para llevar a cabo determinados actos o definir las condiciones y límites bajo los cuales ciertos actos o decisiones serán válidos, pero sin llegar a exigir una conducta concreta³⁸⁷. Así pues, las normas de competencia señalan que ciertos hechos y/o acciones tienen como resultado determinados cambios jurídicos. De este modo, señalan que para que se produzcan tales cambios jurídicos se han de realizar unos hechos o actos específicos³⁸⁸. Esta definición de las normas de competencia asume que las expresiones “producir” y “producción” de normas incluyen la modificación y derogación de normas, así como que una norma es jurídicamente válida cuando haya sido producida de conformidad con las normas de competencia que, en un sistema jurídico, definen las potestades o competencias para producirla³⁸⁹. En cuanto a las diferencias entre normas de conducta y normas de competencia, HART ha señalado como elemento diferenciador la consecuencia derivada de su no cumplimiento, de modo que mientras que la transgresión de las normas de conducta lleva aparejada una sanción, la inobservancia de las normas de competencia condice a la nulidad o invalidez jurídica del acto en cuestión³⁹⁰.

Por lo que se refiere a los tipos de acciones humanas, cabe distinguir las acciones puramente físicas de las acciones normativas. El criterio para distinguir los tipos de acciones humanas es si su realización (esto es, su resultado) y las consecuencias que de su realización se siguen han sido o no definidas o constituidas por normas de competencia. Mientras que las acciones físicas o materiales pueden ser realizadas y descritas sin referencia a norma alguna, a pesar de poder ser reguladas por normas, con lo que adquirirían significado jurídico; las acciones normativas, por su parte, son definidas o constituidas en virtud de normas de competencia. Por ejemplo, la acción de “tocar a otro sin su consentimiento” es un acto puramente físico o material que puede ser descrito sin referencia a norma alguna, aunque puede adquirir significado normativo cuando

³⁸⁶ HART, H.L.A., *El concepto de...*, *op. cit.*, p. 52.

³⁸⁷ HART, H.L.A., *El concepto de...*, *op. cit.*, p. 35. PEÑA FREIRE, A., “Concepto y estructuras...”, *op. cit.*, p. 69.

³⁸⁸ PEÑA FREIRE, A., “Concepto y estructuras...”, *op. cit.*, p.73.

³⁸⁹ Estas normas contienen tanto las competencias para producir normas (“normas que confieren competencias”), como las que condicionan el ejercicio de tales competencias (“metanormas de competencia”). ARRIAGADA, M.B., “Las cortes constitucionales frente a los ‘derechos civiles y políticos’. Una mirada desde la teoría analítica del derecho”, *Revista Española de Derecho Constitucional* 105, 2015, pp.112-113. *Vid.* también ORUNESU, C., *Positivismo jurídico y sistemas constitucionales*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 119-120; GUASTINI, R., “Cinco observaciones sobre validez y derogación”, *Discusiones* 2, 2001, p. 60. KELSEN, H., *Teoría pura del...*, 2ª ed., *op. cit.*, pp. 201-208.

³⁹⁰ Junto con de HART, otros autores han empleado asimismo dichas distinciones. *Vid.* ROSS, A., *Lógica de las...*, *op. cit.*, p. 123. ALCHOURRÓN, C. y BULYGIN, E., *Introducción a la...*, *op. cit.*, p. 461. PEÑA FREIRE, A., “Concepto y estructuras...”, *op. cit.*, p. 69.

dicho acto sea definido como “una violación de la integridad física” o como “una intromisión en su privacidad”³⁹¹.

Al respecto de la clasificación de las relaciones jurídicas presentes en la propuesta de HOHFELD, estas se pueden dividir en relaciones de primer orden (derecho/deber), las cuales presentan carácter deóntico, están compuestas por normas de conducta y su función no es otra que la de disuadir la realización de ciertas conductas consideradas reprochables; y relaciones de segundo orden (potestad/sujeción), en las que se insertan reglas secundarias referidas a normas de competencia o sobre la producción jurídica, orientadas a la decisión de cómo se han de realizar determinados actos jurídicos y que, a su vez, otorgan facilidades para alcanzar deseos de sus titulares. Además, en cada uno de los dos grupos de relaciones solo hay un concepto que pueda ser explicado sin referencia a otro. Así, en las relaciones de primer orden es el concepto de deber³⁹², mientras que en las relaciones de segundo orden es el de potestad. Ambos pueden ser explicados con referencia a la acción de un sujeto situado en la respectiva posición jurídica. De este modo, un deber constituye la exigencia impuesta por una norma de conducta de realizar u omitir una acción puramente física o normativa; mientras que una potestad es la posibilidad legal, conferida por una norma de competencia, de realizar u omitir una acción normativa. De este modo, cabe afirmar que las relaciones jurídicas derecho/deber y potestad/sujeción resultan básicas o elementales debido a que cualquier relación fundamentada en normas jurídicas puede reducirse a alguna de ellas o a alguna de sus posibles combinaciones³⁹³.

Podría estimarse como adecuada la inclusión de los pares hohfeldianos libertad/no-derecho e inmunidad/incompetencia en la anterior clasificación al respecto de las relaciones de primer y segundo orden, respectivamente. No obstante, ello resultaría improcedente, pues la explicación de los mencionados pares conceptuales se caracteriza por la ausencia tanto de normas de conducta (en el caso de los pares privilegio/no-derecho) como de competencia (en los casos de inmunidad/incompetencia)³⁹⁴, de modo que las situaciones de “libertad”, “no-derecho”, “inmunidad” e “incompetencia” no serían posiciones jurídicas subjetivas adscritas a los sujetos mediante normas, sino que constituyen “términos negativos”³⁹⁵ imposibles de enumerar por cualquier ordenamiento jurídico

³⁹¹ ARRIAGADA propone otro ejemplo: la acción de “matar a otro” es un acto puramente físico o material que puede adquirir significado normativo cuando dicho acto es definido como “homicidio” o como “pena de muerte”. *Vid.* “Los derechos fundamentales...”, *op. cit.*, nota 27, p. 5.

³⁹² Otros autores señalan el concepto de “derecho” en vez del de “deber” como concepto primitivo del esquema hohfeldiano, pues argumentan que el concepto de libertad se obtiene a través de la negación de un derecho. *Vid.* VEGA, J., “El sujeto de derecho y la relación jurídica. De las modalidades deónticas a las posiciones jurídicas de Hohfeld”, en GONZÁLEZ LAGIER, D. (Coord.), *Conceptos básicos del derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2015, pp. 127-128.

³⁹³ ARRIAGADA, M.B., “Los derechos fundamentales...”, *op. cit.*, p. 8.

³⁹⁴ ARRIAGADA, M.B., “Los derechos fundamentales...”, *op. cit.*, p. 7.

³⁹⁵ HART, H.L.A., “Definición y teoría...”, *op. cit.*, pp. 118-119.

razonable, de manera que toda persona goza de libertad e inmunidad en tanto que nadie ostente un derecho o una potestad frente a esta³⁹⁶. No obstante, algunos autores señalan que el ejercicio de una actividad, tanto jurídica como física, adquiere carácter jurídico por su mera conformidad con la regla que declara lícita dicha actividad, de manera que se estaría presuponiendo la existencia de una regla en el ordenamiento jurídico que fundamenta la posición del titular. De este modo, los conceptos de libertad e inmunidad interesarían al Derecho en tanto que este los legitima. De ser esto cierto, no serían actos “diferentes al derecho”, sino que la esfera de libertad/inmunidad autorizada o permitida, estaría protegida por el ordenamiento jurídico. En este sentido, algunos autores han afirmado que la libertad jurídica no implica la ausencia de regla jurídica, sino que supone el derecho a la libertad de acción del sujeto. Así, para el establecimiento de un derecho subjetivo bastaría la existencia de un eventual oponente u oposición actual³⁹⁷. Sin embargo, una vez que el ordenamiento jurídico establezca una regla que imponga deberes a un sujeto, correlativos a una posición acreedora de otro, ya no podrá afirmarse una libertad en sentido hohfeldiano, sino que la regla en cuestión estará estableciendo un derecho subjetivo en sentido estricto o pretensión. En este sentido, el concepto de libertad equivaldría a una posición libre, en la cual la acción no estaría ni prohibida ni tampoco sería obligatoria, sino que tan solo estaría permitida o sería consentida por el ordenamiento jurídico. En este sentido, el concepto de libertad se configuraría como un permiso en sentido fuerte o débil, en atención a su provisión normativa.

Una posible objeción a esta tesis podría alegar la existencia de deberes de abstención que garantizarían el desempeño de las libertades. No obstante, la existencia de deberes concretos relativos a la abstención (omisión) de determinadas conductas, en atención a la clasificación de HOHFELD, supondría la presencia de derechos subjetivos en sentido estricto o pretensiones, y no de libertades, pues de constituir libertades en sentido hohfeldiano, estas serían correlativas a un no-derecho de la contraparte. Sin embargo, como ya se ha señalado, la objeción presupondría la existencia de un deber concreto de abstención, por lo que en términos hohfeldianos no tendría cabida su clasificación como libertad³⁹⁸. Además, este mismo razonamiento podría ser empleado al respecto de los pares conceptuales “inmunidad” e “incompetencia”, pues una posición de inmunidad se corresponde con una incompetencia de la otra parte, y no con una posición de sujeción, pues en tal caso se estaría ante una potestad.

³⁹⁶ ROSS, A., *Sobre el derecho y la justicia*, traducción de Genaro R. Carrió, Eudeba, Buenos Aires, [1958] 2005, pp. 204-207.

³⁹⁷ DABIN, J., *El derecho subjetivo*, traducción de Francisco Javier Osset, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, pp. 34-35.

³⁹⁸ Como se tendrá ocasión de mostrar, el concepto de derecho de defensa tiene un mejor encaje en el seno del estatus positivo de JELLINEK, el cual aparece vinculado con los conceptos hohfeldianos de derecho y competencia.

Otro argumento en favor de la comprensión del concepto de libertad como permiso o posición libre en el esquema hohfeldiano señala la imposibilidad material de que el ordenamiento jurídico contemple pormenorizadamente todo el elenco de acciones humanas jurídicamente aceptables y no prohibidas, así mismo no parece razonable afirmar como función de los sistemas jurídicos el recoger todos y cada uno de los deseos e intereses legítimos de sus súbditos. En este sentido, lo más aconsejable sería reservar los conceptos de “libertad” e “inmunidad” para posiciones que no están prohibidas ni tampoco establecidas como obligatorias por el ordenamiento, sino simplemente permitidas en un sentido débil. Además, en aquellos casos en los que resulte posible afirmar que existe una conducta permitida, será razonable alegar la presencia de una norma de conducta que acredite dicha posición, por lo que daría lugar a un permiso en sentido fuerte avalado por un deber de abstención en los demás, lo cual permitiría reconducir aquellas posiciones “impropiamente” concebidas como libertades o inmunidades, según la propuesta hohfeldiana, a la categoría de derechos subjetivos en sentido estricto. Con todo, se podría objetar que no todas las normas presentes en un sistema jurídico tienen necesariamente que traer aparejada una consecuencia jurídica, bien consista en una sanción o en la nulidad de un acto. En tales casos se podría hablar de meras declaraciones de intención o, incluso, de principios, pero no de posiciones subjetivas de los particulares como tal, no resultando relevantes al respecto del presente análisis, ni tampoco parecen haber sido consideradas por el propio HOHFELD. Sin embargo, en tanto que estos principios informen la producción de otras normas reconducibles a las categorías antes señaladas, esto es, normas de conducta y normas de competencia, resultará relevante y necesario tomarlas en consideración para su interpretación, tarea que, por lo demás, excede la propuesta hohfeldiana.

Como ya se ha tenido ocasión de advertir, resulta vital considerar estas acotaciones a los efectos de explicar de manera precisa la clasificación propuesta por HOHFELD, pues malentender el significado que el profesor norteamericano otorgó a las posiciones subjetivas fundamentales descritas en su esquema, fácilmente conduciría a albergar cualquier posición subjetiva en cualesquiera de las categorías conceptuales propuestas. A la luz de tales consideraciones, a continuación, se tratarán de explicar las relaciones existentes entre los pares de opuestos y correlatos formulados por HOHFELD, con la intención de, en última instancia, encuadrar el derecho al consentimiento informado del paciente en el marco de dicha clasificación y evaluar las eventuales virtudes y/o desventajas que de ello se puedan derivar.

2.3.2. Los pares conceptuales

2.3.2.1. Derecho (pretensión)/deber y derecho (pretensión)/no-derecho

HOHFELD empleó el concepto de “deber” para delimitar el término derecho subjetivo, dada la elevada vaguedad de su uso en el lenguaje jurídico, habitualmente empleado de manera indistinta como privilegio, potestad o inmunidad. De este modo, derecho y deber se configuran como conceptos correlativos, en el sentido de que cuando se viola un deber, se invade un derecho. Sin embargo, el propio HOHFELD señaló la conveniencia conceptual de sustituir el término derecho por el empleo de “pretensión” (*claim*), a los efectos de hacer referencia a la noción de derecho subjetivo en un sentido “limitado y propio”³⁹⁹.

AUSTIN, por su parte, definió el concepto de “deber” en términos de sanción, de manera que el deber implica la sujeción a un mal con el que se amenaza. Además, distinguió entre los conceptos de “deber absoluto” y “deber relativo”. Sin embargo, se han de considerar dos cuestiones al respecto. En primer lugar, se ha de esclarecer en qué sentido el deber es una razón para la acción. En segunda instancia, se han de identificar e individualizar, a partir del material normativo vigente, qué deberes existen y a qué situaciones normativas de un sujeto es posible referirse al afirmar que tiene la obligación jurídica de (esto es, “debe”) hacer algo. Respecto de estas cuestiones, CRUZ PARCERO ha señalado dos alternativas. Una primera posibilidad consiste en afirmar que siempre que haya un deber habrá un derecho, presentándose dos versiones posibles: a’) la ausencia de titular de un derecho implica la inexistencia de un deber, es decir, no existen deberes sin derechos, lo cual resulta discutible; pudiendo reformularse en el sentido de que: a’’) no es empíricamente posible alegar deberes sin derechos; y b) pueden existir deberes sin derechos, pero siempre que haya un derecho habrá un deber⁴⁰⁰, siendo esta última alternativa la que el propio HOHFELD parece haber suscrito al afirmar que los conceptos de deber y derecho (pretensión) son correlativos. Como se recordará, en sentido similar KELSEN admitió la posibilidad de la existencia de deberes sin derechos como manera posible para describir las relaciones jurídicas. Tanto KELSEN como ROSS identificaron el derecho subjetivo con la facultad de interponer una demanda (la acción procesal)⁴⁰¹, lo cual no parece ser trasladable a la propuesta de HOHFELD, quien se limitó a identificar el concepto de derecho

³⁹⁹ HOHFELD, W.N., *Conceptos Jurídicos Fundamentales...*, op. cit., p. 50.

⁴⁰⁰ CRUZ PARCERO, J.A., *El concepto de...*, op. cit., p. 115.

⁴⁰¹ Lo cual el propio KELSEN denominó como “derecho subjetivo en sentido técnico” o “derecho subjetivo como poder jurídico”. Vid. KELSEN, H., *Teoría pura del...*, 2ª ed., op. cit., pp. 146-147.

subjetivo con la tenencia de una “pretensión bien fundada (...) reconocida o tutelada por el orden jurídico (*claim*)”⁴⁰².

Además, resulta relevante señalar una frecuente confusión referida a la calificación de los derechos como posiciones activas, mientras que los deberes acostumbran a configurarse como posiciones pasivas⁴⁰³. Estas clasificaciones parecen más bien evidenciar un uso impreciso de los calificativos “activo” y “positivo”, de un lado; y “pasivo” y “negativo”, de otro. En este sentido, se ha de considerar que indican realidades diferentes, pues mientras que los adjetivos “activo” y “pasivo” hacen alusión al ejercicio del derecho, esto es, quién ha de realizar la acción descrita por la norma de conducta; los adjetivos “positivo” y “negativo” se refieren a quién se beneficia o a quién satisface el bien jurídico que describe la posición jurídica acreedora en cuestión. Así pues, el concepto de “derecho”, entendido como correlativo o reflejo de un “deber”, ha de ser concebido como un concepto pasivo orientado al respeto de una determinada situación o a la entrega de algo por parte del deudor⁴⁰⁴, dado que quien ha de realizar u omitir la acción descrita por una norma de conducta es el deudor u obligado por del deber, quedando el titular del derecho a la espera de su cumplimiento. Sin embargo, en cuanto al contenido del derecho, podríamos convenir que este normalmente resultará beneficioso para el titular del derecho, es decir, el derecho resultará en una “posición positiva” para su titular; mientras que el deudor se situará en una posición “negativa”, en el sentido de onerosa. De este modo, el deber constituirá una modalidad activa, en tanto que indica la obligación de hacer u omitir; al mismo tiempo que negativa, pues supone una carga para el deudor; mientras que el titular del derecho ostenta una posición pasiva, a la espera del cumplimiento por parte del deudor; y positiva, dado que supone una posición acreedora⁴⁰⁵. Dicha confusión viene posiblemente provocada por el hecho de que los derechos generalmente vienen garantizados mediante potestades que habilitan a sus titulares (o a los representantes legales de los mismos) a reivindicar ante tribunales sus “posiciones positivas” jurídicamente fundamentadas en normas de conducta⁴⁰⁶. Estas potestades aparejadas a los derechos establecen relaciones que han de ser consideradas de manera separada en el análisis hohfeldiano, si bien se

⁴⁰² HOHFELD, W.N., *Conceptos Jurídicos Fundamentales...*, *op. cit.*, *ibidem*. Vid. CRUZ PARCERO, J.A., *El concepto de...*, *op. cit.*, p. 116.

⁴⁰³ Por ejemplo, PEÑA FREIRE escribe textualmente que “‘A’ es el sujeto activo del derecho y ‘B’, en tanto que titular del deber correlativo, es el sujeto pasivo del derecho”. Vid. “Concepto y estructuras...”, *op. cit.*, p. 64.

⁴⁰⁴ CRUZ PARCERO, J.A., *El lenguaje de los derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos*, Trotta, Madrid, 2007, p. 24.

⁴⁰⁵ ARRIAGADA, M.B., “Los derechos fundamentales...”, *op. cit.*, p. 8.

⁴⁰⁶ Esto es lo que se ha venido en llamar “derechos subjetivos complejos”. Vid. ARRIAGADA, M.B., “Conceptos jurídicos de Derecho subjetivo”, *Eunomía. Revista en cultura de la legalidad* 11, 2016, p. 159. KELSEN H., *Teoría Pura del...*, 2ª ed., *op. cit.*, pp. 146-149 y 152. HART, H.L.A., “Legal Rights”, en *Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Oxford University Press, New York, 1982, pp. 183-184 y 188.

encuentran en una relación de conexión e instrumentalidad respecto del derecho del que se derivan. En este caso, será una norma de competencia la que habilite al titular del derecho a ejercitar dicha potestad, por lo que resulta posible que en un mismo enunciado normativo se combinen proposiciones relativas a ambos tipos de normas, tanto de conducta como de competencia⁴⁰⁷. En contraste, en las relaciones regidas por potestades, la “posición activa” corresponderá al titular de dicha potestad, quien coincidirá con el titular del derecho, mientras que el acreedor ostentará una “posición pasiva”, concretamente de sujeción. Como se ha apuntado anteriormente, esta confusión podría precisamente derivar de no diferenciar correctamente entre el contenido del derecho y su protección o garantía en el marco de su explicación conceptual.

2.3.2.2. Privilegio/no-derecho y privilegio/deber

Para HOHFELD, un “privilegio” se configuraba como el concepto correlativo a un “no-derecho” y el opuesto a un “deber”. Así, un determinado privilegio constituiría la negación de un deber cuyo contenido es opuesto al del privilegio en cuestión⁴⁰⁸, de manera que el privilegio podría ser compatible con un deber con un contenido idéntico al del privilegio⁴⁰⁹, de manera que se trataría de un “privilegio-deber”. Estas precisiones resultan relevantes a los efectos de compatibilizar distintas relaciones jurídicas coexistentes, es decir, en aquellos casos en los que se pudiera calificar un mismo acto de privilegio y deber, atendiendo así estas calificaciones a diferentes relaciones jurídicas, aunque conectadas por una situación de necesidad lógica⁴¹⁰. No obstante, se podría objetar que esta última

⁴⁰⁷ Sin embargo, por lo que respecta al supuesto del consentimiento informado del paciente, mientras que las normas de conducta se encuentran en la LBAP y en las leyes autonómicas en la materia, la norma de competencia que habilita al paciente o a sus representantes legales a efectuar la eventual reclamación se encuentra en las normas de responsabilidad del Código civil y en la Ley administrativa correspondiente, según los casos. Por lo demás, dicha diversificación normativa suele ser frecuente en el ordenamiento jurídico.

⁴⁰⁸ A los efectos de ilustrar el término “privilegio” en sentido hohfeldiano, resulta posible tomar como ejemplo el denominado privilegio terapéutico que, en los supuestos en que es reconocido por el sistema jurídico, constituye una excepción al derecho al consentimiento informado del paciente, en tanto que el profesional sanitario podrá retener determinada información en aquellos casos en los que considere que las necesidades terapéuticas del paciente así lo recomiendan. Al margen de los problemas éticos que pueda plantear esta excepción se pretende tomar aquí como ejemplo a los efectos de someterlo al test hohfeldiano.

De este modo, el privilegio terapéutico es correlativo a un no-derecho del paciente a recibir esa información considerada perjudicial dadas sus circunstancias terapéuticas, a la vez que dicho privilegio es opuesto al deber del médico de proporcionar la información completa en los casos en los que no se den los requisitos necesarios para alegar el mencionado privilegio terapéutico.

⁴⁰⁹ Como se ha señalado el privilegio terapéutico sería incompatible (esto es, opuesto) al deber de revelación completa por parte del médico o profesional sanitario en cuestión. Sin embargo, si sería compatible con un deber con el mismo contenido, es decir, el deber de retener esa información en virtud del beneficio terapéutico.

⁴¹⁰ Continuando con el ejemplo relativo al privilegio terapéutico, mientras que el deber de retener la información atendería a las obligaciones del médico en virtud de la relación de prestación de servicios sanitarios y el principio de beneficencia médica, el privilegio terapéutico vendría

delimitación no avanza mucho, puesto que la existencia dentro de un mismo sistema jurídico de una norma de conducta que establece un deber de hacer algo en convivencia con otra que establece una prohibición con el mismo contenido supondría una antinomia, lo cual posibilitaría la calificación de dicho ordenamiento jurídico como incoherente e inseguro⁴¹¹.

HOHFELD señaló la diferencia entre “derecho” y “privilegio” en los términos correlativos de cada uno, así el correlativo de “derecho” es un “deber” jurídico, mientras que el correlativo de privilegio es un “no-derecho”, término acuñado por el propio HOHFELD al no encontrar una alternativa disponible en el lenguaje jurídico⁴¹². No obstante, la doctrina ha apuntado dos objeciones a esta propuesta relacional operada por HOHFELD. En tal sentido, CRUZ PARCERO ha apuntado que si el privilegio equivale a la negación de un deber y, a la vez, es compatible con un deber del mismo contenido; entonces resultaría inadecuado equiparar los conceptos de libertad y privilegio, a pesar de que el propio HOHFELD así lo estableció en su esquema⁴¹³. En este sentido y en contra de lo señalado por el propio HOHFELD, el profesor alemán Manfred MORITZ afirmó que los conceptos de deber y privilegio no se excluían mutuamente, sino que entre ellos existiría una relación lógica distinta a la de oposición o negación. Si bien es cierto que HOHFELD nunca sostuvo que deber y privilegio fueran conceptos excluyentes, sino tan solo opuestos (pues para que fueran excluyentes sería necesario que en una proposición se afirmara una acción, mientras que en otra una omisión de esa acción), cuando esto se produce, deber y privilegio se colocan en una relación de negación⁴¹⁴. Consecuentemente, sería posible sostener la coexistencia de un “privilegio de hacer A” y un “deber de no hacer A” en virtud del establecimiento de una excepción a tal deber, de modo que ambos conceptos no resultarían excluyentes, sino tan solo opuestos⁴¹⁵. Empleando el “modelo de mandato” (*Gebots-Modell*), MORITZ equiparó los conceptos de privilegio y permiso, presentando tanto el significado de “no estar ordenado ni prohibido”, como el de “no estar prohibido”⁴¹⁶. Si el sistema es coherente, cuando una acción está ordenada, entonces tampoco estará prohibida, por lo que resulta compatible con su clasificación como privilegio⁴¹⁷. Sin embargo, afirmar que una

justificado en virtud de una excepción al deber de información correlativo al derecho al consentimiento informado del paciente.

⁴¹¹ En este sentido, sería imposible justificar la existencia de un privilegio terapéutico del médico sin establecer una excepción al deber general de información completa del mismo, lo cual sería incompatible e incoherente, en tanto que el ordenamiento jurídico estaría prohibiendo y autorizando a la vez una misma actuación en virtud de dos normas de conducta contradictorias.

⁴¹² HOHFELD, W.N., *Conceptos Jurídicos Fundamentales...*, *op. cit.*, p. 51.

⁴¹³ CRUZ PARCERO, J.A., *El concepto de...*, *op. cit.*, p. 117.

⁴¹⁴ CRUZ PARCERO, J.A., *El concepto de...*, *op. cit.*, p. 118.

⁴¹⁵ Retomando el ejemplo del privilegio terapéutico, como ya se ha tenido ocasión de señalar, este constituiría una excepción al deber de informar al paciente de manera completa.

⁴¹⁶ MORITZ, M., “On the Hohfeldian Privilege: Reply to Philip Mullock”, *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, 59(3), 1973, p. 428.

⁴¹⁷ Esta tesis no toma en consideración la elección del titular del privilegio en la configuración de dicha categoría, es decir, no la contempla como una posición libre del titular, por lo que podrá

acción está ordenada excluye la comprensión de la omisión de esa misma acción como privilegio, a salvo del establecimiento de una excepción. No obstante, la doctrina ha alegado en defensa de la tesis de HOHFELD que, cuando el profesor norteamericano afirmó que los conceptos de deber y privilegio no eran incompatibles, no señaló que dichos conceptos tuvieran un significado equivalente⁴¹⁸. A juicio de MORITZ, HOHFELD sostuvo que cuando una conducta constituía un deber, también implicaba un privilegio, pero no al contrario, es decir, una conducta privilegiada no equivaldría a un deber. Ello vendría abalado por el hecho de que, una orden de hacer algo, es lógicamente incompatible con el establecimiento de una prohibición con idéntico contenido, lo cual resultaría evidentemente contradictorio e incoherente. Adicionalmente, si una conducta está permitida por una norma de conducta, ello no dice nada acerca de la obligación de ejecutar tal acción, sino que podrá ser realizada a discrecionalidad del titular del privilegio⁴¹⁹.

A partir de las anteriores precisiones operadas por MORITZ, CRUZ PARCERO ha concluido que HOHFELD empleó el término privilegio con un doble significado. En primer lugar, concibió el “privilegio de A” como la “omisión de la prohibición de A”; y el “privilegio de la omisión de A” como la “omisión de la prohibición de la omisión de A” y como la “omisión de la orden de A”, es decir, “privilegio de $A = \neg$ deber de A o $\neg A$ ”⁴²⁰. En segundo lugar, al mismo tiempo habría concebido el “privilegio A” como la “omisión de la prohibición de A” y la “negación de la orden de A”. Análogamente, “privilegio de la omisión de A” equivaldría a la “omisión de la prohibición de la omisión de A” y a la “negación de la orden de la omisión de A”. Puesto lo anterior de manera simplificada, CRUZ PARCERO concluye que, en el planteamiento hohfeldiano, es posible afirmar que el “privilegio de A o $\neg A$ ” equivale a “ \neg deber de A o $\neg A$ ”⁴²¹. Si se acepta lo anterior, entonces A y $\neg A$ tendrán

existir un deber y ese mismo deber configurarse como un privilegio. Si esto es cierto, los pares de opuestos privilegio-deber propuestos por HOHFELD perderían, al menos en parte, su virtualidad, pues un privilegio no siempre se opondría a un deber, pudiendo ambos confluír. Para evitar estos problemas, se podría acudir a la definición de privilegio como posición libre, es decir, como algo ni ordenado ni prohibido. En este sentido, privilegio se configurarías como una auténtica libertad, por lo que se configuraría como opuesto al concepto de deber. Esta interpretación parece ser la que HOHFELD tiene en mente cuando establece los pares conceptuales.

⁴¹⁸ CRUZ PARCERO, J.A., *El concepto de...*, op. cit., p. 119.

⁴¹⁹ De este modo, una eventual norma de conducta que estableciera la obligación del médico de reservarse determinada información en ciertos casos, es coherente con el privilegio de hacerlo; no obstante, una norma de conducta que establezca un permiso para que, en determinados casos, el médico pueda retener cierta información, no necesariamente introduce un deber con el mismo contenido, de manera que queda a la valoración del titular del permiso (en este caso el médico) decidir si se proporciona o se retiene dicha información.

⁴²⁰ En este sentido, el privilegio parece configurarse como la suspensión de un deber, pudiéndose observar o inobservar el mismo. De modo que, el privilegio terapéutico equivaldría a un no-deber de informar u omitir informar al paciente. Así, no imponer el deber de informar en determinados casos, equivaldría a retener información en los mismos; y no imponer un deber de no informar, implicaría permitir informar.

⁴²¹ Si trasladamos lo anterior al supuesto del privilegio terapéutico, un privilegio relativo a la no revelación de determinada información médica equivaldría a un no-deber de retener la información

el mismo significado. Por consiguiente, tanto el “privilegio de A” como el “privilegio de $\neg A$ ” se podrían identificar con la “no-prohibición de A” y el “no-deber de A”⁴²².

MORITZ presupuso que HOHFELD empleaba el concepto de privilegio en el sentido de permiso. Si HOHFELD entendió por “no-deber de A” tanto que la acción no está ordenada, como que no está prohibida (es decir, está permitida); entonces empleó el término como “no-deber de $\neg A$ ”. Sin embargo, si entendió la expresión “privilegio de $\neg A$ ” como “no-prohibición de A”, entonces análogamente habría entendido “privilegio de A” como “no-prohibición de A”, esto es, “privilegio de $\neg A$ ” como “no-deber de $\neg A$ ”. En este sentido, se ha afirmado que HOHFELD entendió por “privilegio” también “estar permitido”, de modo que el término privilegio tendría un doble significado⁴²³, a saber: como no prohibido y como permitido. En este sentido, ROSDORFF también señaló que un no-deber coincidía con la negación de una orden (deber hacer), o la negación de una prohibición (deber no hacer)⁴²⁴. Es decir, “no-deber de A” equivaldría a un “no-deber de hacer A”, y a un “no-deber de no hacer A”. A juicio de este autor, HOHFELD habría utilizado indistintamente ambos⁴²⁵.

En otra orden de cosas, el profesor inglés Glanville WILLIAMS señaló como más conveniente usar el término “libertad” que el de “privilegio”, en tanto que este último presenta el significado de constituir un favor especial otorgado a un individuo o a un grupo concreto de individuos⁴²⁶. HOHFELD consideró equivalentes los conceptos de “privilegio” y “libertad”, pero optó por el uso de “privilegio” al considerarlo más preciso, ya que el término “libertad” es habitualmente empleado con un sentido corporal, o como libertad política general, lo cual difiere de una relación jurídica entre particulares⁴²⁷. Por lo demás, WILLIAMS señaló que el concepto de libertad no es correlativo a un “no-derecho” ni contradictorio a un “deber”⁴²⁸, lo cual dismantlaría por completo la estructura propuesta por

y a un no-deber de informar, al mismo tiempo que equivaldría a una no-prohibición de retener la información y, por tanto, a un permiso de retener la información. De manera análoga, un privilegio de informar se correspondería con un no-deber de retener la información y con un no-deber de informar; al mismo tiempo que equivaldría a una no-prohibición de informar y, por lo tanto, a un permiso para informar.

⁴²² CRUZ PARCERO, J.A., *El concepto de...*, *op. cit.*, p. 119.

⁴²³ MORITZ, M., “On the Hohfeldian...”, *op. cit.*, p. 431.

⁴²⁴ Por ejemplo, podemos definir el deber de informar como una orden y como una no-prohibición. Una eventual negación del deber de informar podría formularse como ni ordenada y ni prohibida, descripción la cual encaja con un privilegio hohfeldiano, es decir, se permite tanto informar, como no informar. Así, el concepto de privilegio puede ser entendido en dos sentidos: como negación de un deber (informar); y como negación de un deber con contenido opuesto (retener la información).

⁴²⁵ CRUZ PARCERO, J.A., *El concepto de...*, *op. cit.*, p. 120.

⁴²⁶ WILLIAMS, G., “The Concept of Legal Liberty”, *Columbia Law Review* 56(8), 1956, pp. 1129 y ss.

⁴²⁷ HOHFELD, W.N., “Conceptos Jurídicos Fundamentales...”, *op. cit.*, p. 66.

⁴²⁸ Se podría sostener que una libertad supone un no-derecho a intervenir en la esfera de libertad del titular y la negación de una libertad podría entenderse como el deber de realizar aquello a lo que se estuviera obligado en virtud de una orden. Si esto es cierto, entonces podemos sostener que tanto privilegio como libertad se configuran como una posición libre, donde no está ordenado ni

HOHFELD. Con el objetivo de corregir la tabla de HOHFELD, WILLIAMS propuso añadir el concepto “libertad de no” (*liberty-not*). A tales efectos, ha considerado que las acciones pueden ser positivas o negativas, pudiéndose negar o afirmar la existencia de un derecho, deber, etc. Un “no-deber” constituye lo contrario a un “deber”, por lo que una “libertad de hacer algo” se ha de traducir en un “no-deber de no hacerlo”. Asimismo, una “libertad de no hacer algo” equivale a un “no-deber de hacerlo”⁴²⁹. Por consiguiente, el correlativo de la “libertad de no” o del “no-deber” sería un “no-derecho”. Precisamente en este punto residiría el error en el que HOHFELD habría incurrido, en tanto que afirmó que el correlativo de un “no-derecho” era un “privilegio” y el opuesto de un “privilegio” era un “deber”⁴³⁰. WILLIAMS incorporó estas objeciones y reelaboró la tabla de HOHFELD como figura a continuación:

Tabla 2. Reformulación de WILLIAMS de los pares hohfeldianos

OPUESTOS	Derecho	Deber	Derecho de no	Deber de no
	No-derecho	No-deber/ Libertad de no	No-derecho de no	No-deber de no/ Libertad
CORRELATIVOS	Derecho	No-deber/ Libertad de no	Derecho de no	No-deber de no/ Libertad
	Deber	No-derecho	Deber de no	No-derecho de no

No obstante, la consideración de actos positivos y/o negativos en la descripción de las relaciones jurídicas no resulta incompatible con el esquema de HOHFELD, pues su clasificación presenta la suficiente flexibilidad para incluir tales previsiones. De este modo, la descripción de un privilegio o libertad como correlativo de un no-derecho y opuesto a un deber, puede incluir una libertad de no hacer u omitir. En realidad, la reelaboración propuesta por WILLIAMS estaría más bien concretando algunos extremos de la propuesta hohfeldiana que contradiciéndola, pues ambas aproximaciones no se presentan como incompatibles.

prohibido hacer/omitir algo. Sin embargo, HOHFELD no sostiene que de la titularidad de una libertad se siga su protección, sino que ha entendido dicha protección como una mera cuestión de justicia o conveniencia, por lo que no parece ser una tesis compatible con su planteamiento. *Vid.* HOHFELD, W.N., *Conceptos Jurídicos Fundamentales...*, *op. cit.*, pp. 56 y 57.

⁴²⁹ WILLIAMS, G., *The Concept of...*, *op. cit.*, p. 1137.

⁴³⁰ WILLIAMS, G., *The Concept of...*, *op. cit.*, p. 1138.

En cuanto a los medios de protección de los privilegios, para HOHFELD el privilegio existía desprovisto del concepto de deber, en más, lo concibió como su opuesto. Sin embargo, autores como ROSS, HART o LYONS han afirmado que un privilegio (o libertad) ha de implicar la posesión de ciertas posiciones subjetivas, al menos en el sentido de que tal privilegio se inserta en un perímetro de obligaciones y deberes. Por consiguiente, ostentar un privilegio o libertad no significaría estar desprovisto de toda protección, ya que el ordenamiento jurídico impondría deberes y prohibiciones a terceros orientadas a la protección del ejercicio de tales privilegios y libertades⁴³¹. Sin embargo, HOHFELD, consciente de lo anterior, señaló que el único correlativo lógicamente implicado por los privilegios o libertades estaba constituido por los “no-derechos” de los terceros⁴³², por lo que constituiría un *non sequitur* concluir que de la mera existencia de estas libertades se sigue que los terceros están sometidos a un deber de no interferir⁴³³. Al igual que HOHFELD, WILLIAMS pensaba que afirmar que los derechos y privilegios son lo mismo porque existe un derecho a no ser interferido en el ejercicio de los privilegios constituía una falacia, en tanto que vincula dos proposiciones distintas: a) tener libertad o privilegio de hacer algo, y b) tener derecho a la no interferencia de hacer algo. Sin embargo, la segunda proposición no se deriva de la primera, lo cual evidencia un planteamiento lógicamente defectuoso⁴³⁴.

En lo que atañe al concepto de “no-derecho”, muchos críticos han negado su significado jurídico. En esta línea se ha situado, Albert KOCOUREK, quien ha afirmado que un “no-derecho” solo cumple la función de excluir la idea de “derecho”⁴³⁵. MORITZ, por su parte, ha destacado que HOHFELD no interpretó en tal sentido el concepto de “no-derecho”, sino que lo utilizó para referirse a una relación jurídica. Así pues, una relación de “no-derecho” entre dos personas excluiría la relación “derecho/deber” y viceversa, referida a la misma conducta. MORITZ se percató de que los autores que niegan la existencia del concepto presuponen que se trata de la negación de un derecho o pretensión, así como que todas las relaciones jurídicas

⁴³¹ CRUZ PARCERO, J.A., *El concepto de...*, *op. cit.*, p. 122.

⁴³² En este sentido, para HOHFELD ostentar un privilegio supone la suspensión de un derecho previo de titularidad de algún/s tercero/s, de manera que un privilegio supondría un no-derecho a impedir hacer/omitir algo que de no existir ese privilegio sería posible, si bien HOHFELD parece haber dejado claro que este no-derecho no se refiere a un deber general de no injerencia.

Por ejemplo, A, en tanto que paciente, tiene el derecho a recibir información de su médico B. Sin embargo, B, en virtud de una previsión legal expresa, le es otorgado el privilegio terapéutico relativo a la omisión de información cuando el profesional estime que resulta contraproducente para el paciente, siendo este el caso. En este supuesto, la posición de A no le permite exigir dicha información, pues el derecho general relativo al consentimiento informado de A queda en “suspense” en virtud de una excepción legalmente establecida, del mismo modo que también decae el deber de ‘B’ de informar. El ejemplo anterior vendría a demostrar que no todas las normas son órdenes, al menos en un sentido estricto. *A contrario, vid.* AUSTIN, J., *Lectures on Jurisprudence, op. cit., ibidem.*

⁴³³ HOHFELD, W.N., *Conceptos Jurídicos Fundamentales...*, *op. cit.*, pp. 56 y 57.

⁴³⁴ WILLIAMS, G., *The Concept of...*, *op. cit.*, p. 1143.

⁴³⁵ KOCOUREK, A., *Introduction to the Science of Law*, Fred Rothman & Co., Colorado, [1930] 1982, p. 261.

descansan en el elemento de la coacción y, como en la relación “no-derecho/privilegio” no hay esa coacción, niegan que se trate de una relación jurídica. En virtud de lo anterior, el mencionado autor concluyó que un “no-derecho” no puede ser entendido solo en términos de negación del derecho, pues proveería información insuficiente acerca de la posición jurídica del sujeto. Para entender la relación habrá que analizarla junto con su correlativo, es decir, el “privilegio”, de tal forma que el término “no-derecho”, al igual que “privilegio”, presentaría también un significado dual en el planteamiento hohfeldiano⁴³⁶.

2.3.2.3. Potestad/sujeción y potestad/incompetencia

HOHFELD configuró el concepto de “potestad” como una posición jurídica correlativa a una “sujeción” y opuesta a una “incompetencia”. En este sentido, el concepto de potestad se presenta como sinónimo del de competencia jurídica, y oponible a los de “incompetencia” o “incapacidad”⁴³⁷. El propio HOHFELD advirtió la ambigüedad generada por el empleo de la categoría de “derecho” para hacer referencia a una posición de poder o capacidad, pues tales conceptos denotan un grupo específico de hechos operativos y no una relación jurídica como tal. Por consiguiente, solo resultaría posible hablar de “poder en sentido técnico”⁴³⁸ cuando el cambio en una relación jurídica se manifiesta en virtud de una decisión voluntaria. No obstante, el concepto de poder coexiste con otras relaciones en la práctica. En este sentido, en la relación “poder/privilegio”, el titular del poder no lleva a cabo ninguna conducta ilícita ni por ejercitar el poder, ni por no hacerlo. En contraste con lo anterior, en la relación “poder/deber”, se comete un acto ilícito al no ejercitar el poder que altera la situación de un tercero, de manera que la abstención está prohibida y, en lo que respecta al vínculo entre los conceptos de poder y deber de no ejercitarlo, el poder aparece supeditado al deber de no ejercitarse. Cabe puntualizar al respecto que, a pesar de que HOHFELD no hizo referencia a la noción de poder como ejercicio ilícito, sí consideró la posibilidad de que el ejercicio de un poder estuviera prohibido⁴³⁹.

No obstante, resulta ciertamente difícil distinguir adecuadamente entre las acciones que suponen el ejercicio de una competencia y las acciones que modifican la situación jurídica, pero que no constituyen el ejercicio de dicha competencia⁴⁴⁰. Con la intención de solventar esta cuestión, CRUZ PARCERO ha acudido a la distinción operada por John SEARLE entre “hechos brutos” y “hechos institucionales”⁴⁴¹, señalando con ello la cercanía del planteamiento de HOHFELD a esta clasificación al

⁴³⁶ MORITZ, M., “On the Hohfeldian...”, *op. cit.*, p. 427.

⁴³⁷ HOHFELD, W.N., *Conceptos Jurídicos Fundamentales...*, *op. cit.*, p. 67.

⁴³⁸ HOHFELD, W.N., *Conceptos Jurídicos Fundamentales...*, *op. cit.*, p. 68.

⁴³⁹ Un ejemplo de la prohibición del ejercicio de un poder sería el caso de un “contrato de no-venta”. *Vid.* CRUZ PARCERO, J.A., *El concepto de...*, *op. cit.*, p. 129.

⁴⁴⁰ ALEXI, R., *Teoría de los...*, *op. cit.*, p. 230.

⁴⁴¹ SEARLE, J., *Speech Acts*, Cambridge University Press, 1969 (versión en español: *Actos del habla*, traducido por Valdés Villanueva, Cátedra, Madrid, 1980), pp. 58-61.

haber diferenciado las “relaciones puramente jurídicas” de los “hechos físicos y psíquicos”, y los “hechos operativos” (constitutivos, causales o dispositivos) de los “hechos probatorios”. Consecuentemente, el propio HOHFELD habría apuntado a la necesidad de distinguir entre la potestad jurídica, el poder físico y el privilegio⁴⁴². Por lo demás, algunos autores han señalado la posibilidad de distinguir cuatro interpretaciones del concepto “poder”⁴⁴³. En primer lugar, se sitúan quienes reducen los conceptos deónticos al poder o competencia⁴⁴⁴. En esta línea, el profesor norteamericano John R. COMMONS señaló que la relación deóntica “pretensión/deber” resulta idéntica a la relación anankástica “poder/sujeción”⁴⁴⁵, de forma que la segunda es condición necesaria y suficiente de la primera, poniendo el énfasis en el elemento coactivo⁴⁴⁶. Lo anterior parece conducir a la identificación del derecho o pretensión con la acción procesal que permite reivindicar la posición jurídica de su titular dado el caso, lo cual resultaría ciertamente cuestionable. A juicio de George W. GOBLE, el concepto básico sería el de “poder”, derivándose todos los demás conceptos de este, de manera que todas las relaciones serían reducibles a la de “poder/sujeción”. En tal sentido, GOBLE definió el concepto de derecho subjetivo como “el poder de una persona de iniciar una combinación sucesiva de poderes y actos que implican la obtención de una sentencia contra otra persona”, siendo el deber “la sujeción de una persona a una combinación sucesiva de poderes y actos que implican que otro obtenga una sentencia a su favor”⁴⁴⁷, por lo que nuevamente el elemento de la coerción se configura como fundamental.

Otros autores, sin embargo, han reducido el poder a algún tipo de operador deóntico. En esta línea se posicionan tanto quienes identifican el concepto de poder con el de deber, como es el caso de ROSS; como aquellos otros autores que lo reducen al de permiso, como ha hecho VON WRIGHT⁴⁴⁸. ROSS, por su parte, ha señalado que el lenguaje jurídico no puede prescindir de una terminología de deberes, facultades, etc., tan solo siendo posible mejorar dicha terminología. Para ello, empleó la ya mencionada categoría de “normas de conducta” para referirse a

⁴⁴² CRUZ PARCERO, J.A., *El concepto de...*, *op. cit.*, p. 131.

⁴⁴³ En este respecto, dos autores han estudiado las diferentes interpretaciones del concepto poder: AZZONI, G.M., “Interpretazioni di Hohfeld”, en *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica XXIV*(2), 1994, pp. 443-487; y SPAAK, T., *The Concept of Legal Competence. An Essay in Conceptual Analysis*, Dartmouth Publishing Company, England, 1994. *Vid.* CRUZ PARCERO, J.A., *El concepto de...*, *op. cit.*, pp. 131 y ss.

⁴⁴⁴ En este sentido, AZZONI nombra a dos autores: John R. COMMONS y George W. GOBLE. *Vid.* AZZONI, G.M., “Interpretazioni di Hohfeld”, *op. cit.*, p. 467. CRUZ PARCERO, J.A., *El concepto de...*, *op. cit.*, p. 132.

⁴⁴⁵ Una posición anankástica supone un enunciado que afirma que algo es condición de un determinado resultado o cambio natural. Por ejemplo, el agua hierve a 100°C. Las reglas que conceden poderes son anankásticas o constitutivas, en tanto que constituyen determinados estados de cosas y acciones como condición de un determinado resultado institucional o un cambio normativo.

⁴⁴⁶ COMMONS, J.R., *Legal Foundations of Capitalism*, The Macmillan Company, New York, 1924.

⁴⁴⁷ GOBLE, G., “A Redefinition of Basic Legal Terms”, *Columbia Law Review* 35, 1935, pp. 535-585.

⁴⁴⁸ CRUZ PARCERO, J.A., *El concepto de...*, *op. cit.*, p. 132.

los deberes, facultades (derechos), libertades y no-facultades (no-derechos); junto con la categoría de “reglas de competencia” para aludir a las competencias o poderes, sujeciones, inmunidades e incompetencias. Este autor ha afirmado que las cuatro primeras modalidades hohfeldianas y las cuatro últimas son lógicamente reducibles entre sí, por lo que las ocho pueden ser reconducidas a términos de deber. De este modo, al proveer una definición para el concepto de “deber”, todos los demás quedarían también definidos⁴⁴⁹. En atención a esta reducción operada por ROSS, se ha señalado que en realidad este autor ha traducido los conceptos anankásticos a deónticos⁴⁵⁰. Por otra parte, VON WRIGHT distinguió entre “normas de orden superior” y “normas de primer orden”. Las “normas de orden superior” versan sobre prescripciones, pudiendo incluso consistir ellas mismas en prescripciones (es decir, pueden permitir, prohibir u obligar). En sede de las “normas de primer orden”, priman aquellas que imponen obligaciones o prohibiciones; mientras que entre las “normas de orden superior” tienen mayor relevancia los permisos, los cuales se otorgan con la finalidad de que una determinada autoridad pueda dictar normas con un contenido específico, por lo que las normas permisivas de orden superior se identifican con normas de competencia⁴⁵¹. Al otorgar una norma de competencia, la autoridad de orden superior delega poder en una sub-autoridad de orden inferior. Para que se produzca dicha “delegación de poder” resulta necesario que la norma sea de tipo permisivo. Si la autoridad superior manda o prohíbe emitir normas de determinado contenido, entonces no delega poder en la sub-autoridad, pues esta no tendría libertad para emitir o no las normas de su competencia⁴⁵². Torben SPAAK ha indicado dos dificultades al respecto: en primer lugar, el poder debe incluir la libertad de elección, a lo cual VON WRIGHT no dio respuesta⁴⁵³; en segunda instancia, VON WRIGHT se contradijo al atribuir a un poder la posibilidad de combinarse con el deber de ejercitarlo. Consiguientemente, poder y permiso han de configurarse como conceptos distintos, pues un poder no presupone un permiso ni se reduce a él. Adicionalmente, tampoco el concepto de poder puede definirse en términos de deber, en tanto que deber y permiso son interdefinibles⁴⁵⁴.

En tercer lugar, se posicionan las teorías que reducen el poder a una posibilidad práctica (alética). En este sentido, el profesor norteamericano Alan Ross ANDERSON ha afirmado que el objeto del poder viene constituido por una relación jurídica deóntica⁴⁵⁵. El profesor finlandés Ingmar PÖRN, por su parte, concibió el poder como la oportunidad ofrecida por el Derecho para realizar una

⁴⁴⁹ ROSS, A., *Sobre el Derecho...*, *op. cit.*

⁴⁵⁰ AZZONI, G.M., “Interpretazioni di Hohfeld”, *op. cit.*, p. 470.

⁴⁵¹ WRIGHT, G.H.v., *Norma y Acción...*, *op. cit.*, p. 198.

⁴⁵² WRIGHT, G.H.v., *Norma y Acción...*, *op. cit.*, pp. 196-197.

⁴⁵³ CRUZ PARCERO, J.A., *El concepto de...*, *op. cit.*, p. 134.

⁴⁵⁴ SPAAK, T., *The Concept of...*, *op. cit.*, p. 82.

⁴⁵⁵ ANDERSON, A.R., “Logic, Norms, and Roles”, *Ratio* 4(1), 1962, pp. 36-49. CRUZ PARCERO, J.A., *El concepto de...*, *op. cit.*, p. 135.

cierta conducta o acción. Para este autor, solo el poder deóntico (permiso) constituía un poder normativo, mientras que concebía el poder anankástico como un poder alético que vendría a reproducir una “dimensión de interacción” llamada “influencia”⁴⁵⁶. LINDAHL ha distinguido tres variantes del término poder: en términos de *may* (“puede”) o de permisión; en términos de *can* (“puede”) como posibilidad práctica; y como “poder jurídico” (*rechtliches Können*), es decir, como posibilidad en un sentido especial técnico-jurídico (*can*). No obstante, este autor se ha inclinado por el poder como expresión de una posibilidad práctica, ya que su objetivo consiste en conciliar la idea hohfeldiana acerca del poder sobre el control volitivo que tiene el titular sobre ciertos hechos, con la idea de que es necesario distinguir entre los poderes jurídico y físico de realizar actos para ejercer el poder jurídico⁴⁵⁷.

Por último, se encuentran aquellas teorías que conciben el poder como una regla secundaria en sentido hartiano⁴⁵⁸. Como ya se ha indicado con anterioridad, MORITZ ha usado el “modelo del mandato” (*Gebots-Modell*) para interpretar los conceptos hohfeldianos⁴⁵⁹, pero solo para los conceptos de derecho, deber, privilegio y no-derecho; mientras que los conceptos poder, sujeción, inmunidad e incompetencia son explicados mediante la proposición: “X tiene el poder de transformar la relación jurídica rg de una persona Y en la relación jurídica rg(a)”⁴⁶⁰. Asimismo, este autor ha empleado el concepto de “medidas oportunas” (*M*), como proposición hipotética, para hacer referencia al “hecho o grupo de hechos sobrevinientes bajo el control de la voluntad de los seres humanos”⁴⁶¹. A partir de lo anterior, ha concluido que el concepto de “poder” no puede ser sustituido por los conceptos de “deber” o “privilegio”⁴⁶².

La noción de “acción” toma relevancia en la explicación del concepto hohfeldiano de potestad, en tanto que elemento que origina el cambio jurídico en que consiste la potestad⁴⁶³. Así pues, a partir de la definición de acción proporcionada por VON WRIGHT como “un cambio en el mundo”, se pueden producir cuatro cambios básicos derivados de hechos naturales o la acción de un agente: la aparición, la desaparición, la conservación o la falta de aparición de un estado de cosas jurídico⁴⁶⁴. Asimismo, resulta posible definir las acciones en función de los resultados que estas persiguen, de manera que cada resultado

⁴⁵⁶ PÖRN, I., *The Logic of Power*, Basil Blackwell, Oxford, 1970.

⁴⁵⁷ LINDAHL, L., *Position and Change...*, *op. cit.*, p. 206.

⁴⁵⁸ CRUZ PARCERO, J.A., *El concepto de...*, *op. cit.*, p. 137.

⁴⁵⁹ Como se recordará el *Gebots-Modell* de MORITZ ya ha sido mencionado con ocasión del análisis acerca del concepto de privilegio hohfeldiano.

⁴⁶⁰ MORITZ, “On the Hohfeldian...”, *op. cit.*, p. 233.

⁴⁶¹ HOHFELD, *Conceptos Jurídicos Fundamentales...*, *op. cit.*, p. 68.

⁴⁶² MORITZ, “On the Hohfeldian...”, *op. cit.*, pp. 219 y 220.

⁴⁶³ En este sentido, *vid.* PEÑA FREIRE, A., “Concepto y estructuras...”, *op. cit.*, p. 72, quien se refiere a la noción de acción en la explicación del concepto y la estructura de las potestades.

⁴⁶⁴ WRIGHT, G.H.v., *Norma y Acción...*, *op. cit.*, pp. 53 y ss.

posible definiría una acción⁴⁶⁵, pudiendo cualquier cambio jurídico ser el resultado de uno o varios hechos o actos. HOHFELD definió el “hecho” como un evento natural o independiente a la voluntad de cualquier agente, a diferencia de un “acto”, pues constituye una acción bajo el control volicional de uno o varios seres humanos⁴⁶⁶. El resultado obtenido a partir de una acción implica un cambio, el cual define la acción, existiendo así una relación intrínseca entre acción y resultado. En contraste, las consecuencias constituyen estados de cosas derivados del resultado de la acción, existiendo una relación de tipo extrínseca entre acciones y sus consecuencias, pues las consecuencias dependen de las circunstancias causales o naturales externas a la propia acción y al cambio elemental que define⁴⁶⁷. Así pues, resulta esencial distinguir adecuadamente los hechos o acciones de sus resultados y sus consecuencias⁴⁶⁸. Como ya se ha adelantado, una potestad aparece referida a una acción la cual aparece definida por su resultado, esto es, por el cambio normativo y nunca por sus consecuencias. El concepto de potestad se define en virtud de la acción de un sujeto que es condición de un cambio, pero el elemento detonante del cambio es la propia acción, es decir, el resultado de la acción es el cambio y no su consecuencia⁴⁶⁹. En tal sentido, solo un acto cuyo resultado sea un determinado cambio jurídico podrá considerarse como el ejercicio de una potestad, tan solo constituyendo potestades aquellas normas que establecen ciertos actos que implican como resultado determinados cambios jurídicos⁴⁷⁰.

Carl WELLMAN ha distinguido entre aquellos actos que dan lugar a ciertos cambios jurídicos y los actos de causarlos⁴⁷¹, reservando el concepto de potestad jurídica para denominar solo a los “actos de causar los actos que dan lugar a cambios jurídicos”. Para este autor, las consecuencias jurídicas de los actos que dan lugar a ciertos cambios jurídicos, en tanto que potestad legalmente establecida por una norma de competencia en sentido restringido, son externas. En cambio, las consecuencias de los actos de causar los actos que dan lugar a esos cambios jurídicos son internas, en virtud de la intención de un sujeto activo jurídicamente hábil para producir el acto que da lugar a cambios jurídicos. De este modo, según WELLMAN lo esencial del concepto de potestad jurídica en sentido estricto sería que la eficacia jurídica de su ejercicio obedezca a la intención de alcanzar

⁴⁶⁵ PEÑA FREIRE, A., “Concepto y estructuras...”, *op. cit.*, p.74

⁴⁶⁶ HOHFELD, W.N., *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, Greenwood Press, Westport, [1919] 1978, pp. 50-51. *Vid.* también la traducción de Genaro R. Carrió, *Conceptos Jurídicos Fundamentales*, Fontamara, México, [1968] 1997.

⁴⁶⁷ PEÑA FREIRE, A., “Concepto y estructuras...”, *op. cit.*, p. 75.

⁴⁶⁸ Para ilustrar la anterior afirmación resulta posible traer a colación el supuesto de renuncia del derecho del paciente a recibir información con carácter previo a la intervención médica. Así, siguiendo la clasificación propuesta por HOHFELD, dicha renuncia tendría como resultado la supresión del deber correlativo del médico y, como consecuencia, este pasará a situarse en una posición de privilegio o libertad, puesto que tanto el deber de informar como el derecho a recibir tal información quedan en suspenso en el caso concreto en el que tuvo lugar la renuncia.

⁴⁶⁹ PEÑA FREIRE, A., “Concepto y estructuras...”, *op. cit.*, p. 87.

⁴⁷⁰ PEÑA FREIRE, A., “Concepto y estructuras...”, *op. cit.*, p. 81.

⁴⁷¹ WELLMAN, C., *Theory of Rights*, Rowman & Allanheld, Totowa, 1985, pp. 44-46.

consecuencias jurídicas concretas. La intención, o al menos su imputación al sujeto, sería condición de la causación de tales consecuencias jurídicas específicas y el elemento determinante de la potestad para causarlas. Sin embargo, en el supuesto de las meras habilidades legales, las consecuencias se originarían al producirse el acto, sin necesidad de intención del agente. De este modo, para WELLMAN una cosa es el “acto de dar lugar a un cambio”, donde el acto sería el cambio mismo; y otra un “acto que da lugar a un cambio”, en donde acto y cambio son dos realidades diferenciadas. Por el contrario, PEÑA FREIRE ha propuesto considerar los cambios jurídicos en los mismos términos que los físicos, en tanto que considera que “ambos constituyen especies del género cambio en el mundo en un sentido amplio”, de manera que “se ha de suponer la existencia de una potestad cuando el acto del sujeto tiene como resultado el cambio jurídico, pero no cuando el cambio es mera consecuencia del acto”⁴⁷². Consecuentemente, este último autor hace depender la existencia de una potestad de una identidad lógica o interna entre el acto de un sujeto y el objeto de la potestad, es decir, el cambio jurídico.

Por lo que respecta al concepto de “sujeción”, HOHFELD lo concibió como correlativo a una “potestad” y contrario a una “inmunidad”, en el sentido de exención⁴⁷³. Habitualmente, el concepto de “sujeción” es entendido como sometido a la creación de un deber, pero en la propuesta de HOHFELD toma un significado matizado en tanto que concepto opuesto al de inmunidad, de modo que aparece vinculado al padecimiento del cambio jurídico derivado de su correlativo, es decir, una potestad en la contraparte. Así pues, resulta posible entender el concepto de sujeción como el sometimiento a un cambio jurídico; mientras que el concepto de inmunidad se configura como la posibilidad de resistencia frente al mismo, en tanto que esfera del individuo libre de injerencia. Con todo, la posición de sujeción no es inevitablemente gravosa, sino que el cambio jurídico fruto del ejercicio del poder o competencia puede incluso beneficiar al individuo situado en la posición de sujeción. En este sentido, CRUZ PARCERO ha reprochado a la tesis HOHFELD el hecho de haber obviado que las modificaciones jurídicas derivadas del desempeño de una potestad pueden ser favorables o desfavorables al individuo en situación de sujeción⁴⁷⁴, aunque reconoce que tales precisiones podrían incorporarse al esquema hohfeldiano mayores problemas.

2.3.2.4. Inmunidad/incompetencia e inmunidad/sujeción

HOHFELD concibió la “inmunidad”, en el sentido de exención, como un concepto correlativo respecto del de “incompetencia” o “no-potestad” y opuesto al de “sujeción”⁴⁷⁵, de modo que la relación jurídica no podría ser alterada por la conducta de otro, al ser incompetente para efectuar tal cambio. En su

⁴⁷² PEÑA FREIRE, A., “Concepto y estructuras...”, *op. cit.*, pp. 83-84.

⁴⁷³ HOHFELD, W.N., *Conceptos Jurídicos Fundamentales...*, *op. cit.*, pp. 78-80.

⁴⁷⁴ CRUZ PARCERO, J.A., *El concepto de...*, *op. cit.*, p. 140.

⁴⁷⁵ HOHFELD, W.N., “Conceptos Jurídicos Fundamentales...”, *op. cit.*, p. 81.

planteamiento, HOHFELD configuró al “derecho” como una pretensión afirmativa de un individuo contra otro; mientras que un “privilegio” constituye la libertad del individuo frente al derecho o la pretensión de otro. De este modo, una “potestad” es el *controlador* afirmativo que un individuo ejerce sobre una relación jurídica dada y respecto de otro individuo; mientras que una “inmunidad” es la libertad de una persona frente a la “potestad” jurídica o *controlador* jurídico de otro, con respecto de una relación jurídica. HOHFELD mostró su preocupación acerca del abuso del término “derecho” para referirse a “inmunidad”, configurándose asimismo como sinónimos los conceptos de “exención” o “impunidad”⁴⁷⁶. Sin embargo, a juicio de KOCOUREK, el concepto de inmunidad hohfeldiana carecería de contenido, afirmando su sentido negativo, en tanto que negación de los conceptos de poder o competencia. Para avalar esta afirmación, KOCOUREK ha alegado que allí donde no hay poder, tampoco habrá sujeción. No obstante, este autor en ningún momento ha negado el valor jurídico que esta categoría presenta como facilitador del lenguaje, si bien ha rechazado que constituya un verdadero concepto jurídico fundamental⁴⁷⁷. MORITZ, por otra parte, ha destacado que los términos poder, sujeción, incapacidad e inmunidad pueden ser definidos recurriendo a la proposición ya empleada para definir el término poder⁴⁷⁸, de modo que cabría afirmar la cercanía de estos conceptos.

En definitiva, en la propuesta de HOHFELD el concepto de inmunidad se configura como un ámbito de autonomía del sujeto libre de injerencia externa, entendido como equivalente a la noción de libertad. No obstante, podría cuestionarse si las posiciones jurídicas referidas a los conceptos de inmunidad y libertad o, incluso, privilegio se sitúan en un plano extrajurídico, especialmente si se restringe el elemento coactivo a los conceptos de deber y sujeción. Con todo, ello no conllevaría ineludiblemente a su irrelevancia jurídica, sino que tan solo restringiría los elementos al servicio de la garantía de tales posiciones jurídicas, lo cual supone la evidente relativización de dicho elemento coactivo. Sin embargo, existen diversos ejemplos que atestiguan que tales conceptos resultan imprescindibles para explicar determinadas posiciones de los sujetos en atención a las previsiones normativas de los sistemas jurídicos⁴⁷⁹.

⁴⁷⁶ CRUZ PARCERO, J.A., *El concepto de...*, *op. cit.*, p. 87.

⁴⁷⁷ KOCOUREK, A., *Introduction to the...*, *op. cit.*, p. 231.

⁴⁷⁸ MORITZ, M., “On the Hohfeldian...”, *op. cit.*, p. 431.

⁴⁷⁹ Es posible encontrar diversos ejemplos de lo anterior en el ámbito de los denominados derechos fundamentales de la Constitución (*vid.* capítulo 2º, sección 1ª CE: *De los derechos fundamentales y de las libertades públicas*). Así pues, el “derecho a la intimidad personal y familiar” (18.1 CE) constituye el ejemplo prototípico del concepto de “inmunidad”. Por lo que se refiere al de “privilegio”, en sede del consentimiento informado del paciente, entendido como manifestación de su derecho fundamental de integridad personal (15 CE), cabría retomar el supuesto relativo al denominado “privilegio terapéutico”, ya introducido con anterioridad.

2.3.3. Críticas al análisis hohfeldiano

Dada la repercusión que los conceptos fundamentales de HOHFELD han tenido en el análisis acerca del lenguaje de los derechos, su propuesta ha sido objeto de un profuso estudio, crítica e, incluso, reformulación. Un primer bloque de críticas versa sobre cuestiones de índole terminológica. En esta línea, D.J. HISLOP ha señalado que lo verdaderamente relevante acerca del planteamiento de HOHFELD es determinar y entender el significado y aplicación de los conceptos propuestos y no los conceptos en sí mismos, pues constituyen meros símbolos⁴⁸⁰. En esta línea, un sector doctrinal ha objetado que los términos “derecho”, “privilegio”, “poder” e “inmunidad” (mínimos denominadores en HOHFELD) no siempre constituyen términos básicos⁴⁸¹. Por ejemplo, KOCOUREK ha destacado que el concepto de inmunidad resulta prescindible en sede del análisis jurídico, tal y como habían señalado célebres juristas como SAVIGNY, TERRY, SALMOND o AUSTIN. Así pues, mientras que “derecho” y “poder” constituirían conceptos afirmativos, “privilegio” e “inmunidad” serían negativos, de manera que las relaciones jurídicas fundamentales podrían simplemente reducirse a los conceptos de “derecho” y “poder”. Con todo, KOCOUREK ha observado la utilidad de reconocer un estatus propio a los conceptos de “privilegio” e “inmunidad”. No obstante, los conceptos hohfeldianos más impugnados han sido los de “deber”, “no-derecho”, “sujeción” e “incompetencia”. De hecho, algunos autores los han llegado a estimar como inútiles en la práctica, al considerarlos un mero intento por encontrar una simetría artificial⁴⁸². Sin embargo, en adhesión a la opinión de CRUZ PARCERO, que dichos conceptos presenten un significado negativo no es óbice para negarles un significado independiente ni relevancia jurídica⁴⁸³.

Otro bloque de críticas se ha ocupado de las relaciones hohfeldianas, pues HOHFELD no llegó a explicar el significado exacto de la expresión “relación jurídica”. Respecto de los sujetos de tales relaciones, el profesor norteamericano Arthur L. CORBIN ha observado que HOHFELD empleaba este concepto para referirse a la relación jurídica entre parejas de dos sujetos, no siendo posible mantener relaciones con más personas, produciéndose en tal caso dos relaciones separadas con cada sujeto, del mismo modo que tampoco se podrían establecer relaciones entre un sujeto y una cosa⁴⁸⁴. En este mismo sentido, el profesor mexicano Alfonso OÑATE LABORDE ha señalado que HOHFELD solo entendía la existencia de relaciones jurídicas bilaterales entre seres humanos, negando incluso la existencia de

⁴⁸⁰ HISLOP, D.J., “The Hohfeldian System of Fundamental Legal Conceptions”, *ARSP* LXXVII/3, 1991, pp. 53-89.

⁴⁸¹ STONE, J., *Legal System and Lawyers' Reasoning*, Maitland Publications, Sydney, 1968, p. 157.

⁴⁸² HISLOP, D.J., “The Hohfeldian System...”, *op. cit.*, p. 45.

⁴⁸³ CRUZ PARCERO, J.A., *El concepto de...*, *op. cit.*, pp. 101 y 102.

⁴⁸⁴ CORBIN, A., “Legal Analysis and Terminology”, *Yale Journal* 29, 1919, pp. 163-173, p. 165.

personas morales⁴⁸⁵. Además, la doctrina ha señalado con extrañeza el hecho de que mientras que los pares de correlativos hohfeldianos definen una relación jurídica entre dos personas; los pares de opuestos son abordados a partir de la posición del mismo sujeto. Al respecto, el jurista italiano Giampaolo AZZONI ha precisado que la relación de oposición es una relación semántica entre los términos que designan los ocho conceptos jurídicos fundamentales; mientras que la relación de correlatividad constituye una relación intersubjetiva, entre los dos sujetos físicos de una relación jurídica⁴⁸⁶. Por otra parte, otros autores han considerado que en los ejemplos operados por HOHFELD las relaciones jurídicas se producen entre dos litigantes y algún estado de cosas⁴⁸⁷. Por lo demás, como se tendrá ocasión de mostrar a continuación, esta es la línea seguida por ALEXY, quien ha concebido el enunciado acerca de derechos como una relación triádica entre el titular del derecho, el destinatario del deber y el objeto del derecho⁴⁸⁸.

En cuanto a las críticas relativas a los pares de opuestos jurídicos hohfeldianos, KOCOUREK los ha tachado de conceptualización inconsciente y los ha acusado de presentar escasa utilidad. A juicio del citado autor, los conceptos de “derecho” y “no-derecho” no son opuestos, sino contradictorios o negativos. Sin embargo, al respecto de los conceptos de “privilegio” y “deber” cambia el criterio, siendo el negativo de “privilegio” un “no-privilegio” o un “no-deber”, y no un “deber”. Por el contrario, las categorías de “poder/incompetencia” e “inmunidad/sujeción” han sido consideradas como inobjectables por KOCOUREK, en tanto que conceptos negativos (contradictorios) y no propiamente opuestos. Así pues, el esquema de opuestos trazado por HOHFELD resultaría inconsistente por lo que se refiere a los términos “privilegio/deber”. KOCOUREK ha señalado que quizá HOHFELD estaba pensando en “contrarios”, en el sentido de que un acto antijurídico (*wrongful*) es contrario a un deber. En virtud de lo anterior, concluye que la tabla de opuestos de HOHFELD tiene poca importancia y es parcialmente inconsistente⁴⁸⁹. Matti NIEMI, por su parte, ha señalado que en el planteamiento hohfeldiano las relaciones de oposición son claramente reflexivas, al definir las posiciones opuestas de cada uno de los sujetos en la relación. Por lo tanto, la irreflexividad en las correlaciones excluiría indirectamente su transitividad⁴⁹⁰. Además, los correlatos no presentan una formulación uniforme, ni siquiera en un sentido débil, y las relaciones no pretenden una presentación lógicamente exhaustiva, lo cual es también aplicable a las relaciones de oposición, en el sentido de negaciones

⁴⁸⁵ OÑATE LABORDE, A., *Los Conceptos Jurídicos Fundamentales de W.N. Hohfeld*, UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas, México, 1977.

⁴⁸⁶ AZZONI, G.M., “Interpretazioni di Hohfeld”, *op. cit.*, p. 455.

⁴⁸⁷ ANDERSON, A.R. & WEINBERGER, O., “The logic of Hohfeldian Propositions”, *Logique et Analyse* 12, 1970, pp. 231-242. En este mismo sentido se ha pronunciado John FINNIS, quien cuestiona dicha estructura como se tendrá ocasión de analizar más adelante.

⁴⁸⁸ ALEXY, R., *Teoría de los...*, *op. cit.*, pp. 186 y 187.

⁴⁸⁹ KOCOUREK, A., “The Hohfeldian System of Fundamental Legal Concepts”, *Illinois Law Review* 15, 1920, pp. 24-39.

⁴⁹⁰ NIEMI, M., *Hohfeld y el análisis...*, *op. cit.*, p. 100.

sustanciales fuertes. Así pues, dichas negaciones excluyen el principio de exclusión de una tercera alternativa, esto es, los conceptos opuestos no son mutuamente excluyentes, pero se aplica el principio de doble negación. Sin embargo, el profesor finlandés ha advertido la conveniencia de abandonar la negación fuerte cuando la formalización esté basada en relaciones de oposición entre operadores deónticos y estas relaciones sean entendidas como negaciones débiles y externas. Así pues, por ejemplo, los conceptos “permitido” (P) y “prohibido” (\sim P) vendrían a expresar una negación fuerte o una relación contraria, si bien desprovistos de una posibilidad lógico-real de formar una tercera alternativa⁴⁹¹.

También los pares de correlativos han sido objeto de crítica. En este sentido, la doctrina ha objetado la existencia de un solo correlativo para cada uno de los conceptos fundamentales. Roscoe POUND, por su parte, ha apuntado la inexactitud de afirmar que cada uno de los conceptos hohfeldianos esté necesariamente vinculado a un correlativo⁴⁹². Otros autores han llegado incluso a negar la propia idea de correlatividad. En esta línea parece haberse posicionado RADIN, quien ha afirmado que no se tratan de dos entidades diferentes relacionadas, sino de una sola y misma cosa. De este modo, se presentan como enunciados equivalentes, pues en un caso la relación jurídica es descrita de forma activa y en otra de forma pasiva, por lo que las condiciones de verdad de ambos enunciados son idénticas y, a pesar de que los sujetos son distintos, la relación jurídica sería la misma⁴⁹³. Sin embargo, OÑATE LABORDE ha puntualizado que HOHFELD empleó el término “correlativo” como sinónimo de “equivalente”⁴⁹⁴. En opinión de KOCOUREK, cuando HOHFELD empleaba el término “correlativo”, lo hacía a partir de la distinción lógica entre términos “absolutos” y “relativos”, configurándose como correlativos aquellos objetos o ideas que se conectan necesariamente con otros objetos o ideas. Para la Jurisprudencia, un término correlativo es aquella idea necesariamente conectada y consistente con otra idea⁴⁹⁵. NIEMI, sin embargo, a partir de la convicción de que los conceptos que componen los correlatos hohfeldianos no son idénticos, ha señalado que la diferencia residiría en que la relación jurídica es examinada desde las perspectivas de dos partes en posiciones jurídicas distintas, presentando los conceptos significados también distintos. En este sentido, los correlatos no son simétricos, pues una parte tiene una facultad que denota una obligación para otra, o ambas faltan. Tampoco son recíprocos, sino unilaterales. Además, NIEMI ha señalado que HOHFELD pretendía que los correlatos fueran irreflexivos, en tanto que requería que las partes fueran personas diferentes, tanto en sentido potencial como actual⁴⁹⁶.

⁴⁹¹ NIEMI, M., *Hohfeld y el análisis...*, op. cit., p. 102.

⁴⁹² POUND, R., *Jurisprudence*, vol. 3, West Publishing Co., ST. Paul, Minn., 1959, p. 82.

⁴⁹³ RADIN, M., “A Restatement of Hohfeld”, *Harvard Law Review* 51(7), 1938, pp. 1141 y ss.

⁴⁹⁴ OÑATE LABORDE, A., *Los Conceptos Jurídicos...*, op. cit., p. 62.

⁴⁹⁵ KOCOUREK, A., “The Hohfeldian System...”, op. cit., pp. 30-31.

⁴⁹⁶ NIEMI, M., *Hohfeld y el análisis...*, op. cit., pp. 98-99.

Un último grupo de objeciones se ha referido a la tesis de la correlatividad entre derechos y deberes. LYONS ha denominado dicha relación como la “forma fuerte” de la tesis de la correlatividad, caracterizada como aquella en la cual los derechos y los deberes no sólo se implican mutuamente, sino que lo hacen porque son conceptualmente correlativos. Sin embargo, las relaciones jurídicas tienen contenido, por lo que es necesaria una regla formal que conecte los contenidos. LYONS ha encontrado dicha regla en la propuesta de RADIN⁴⁹⁷. No obstante, ha señalado el carácter restringido de esta noción, ya que solo funciona con derechos “pasivos” y obligaciones activas, mientras que los denominados “derechos activos” (de hacer algo) no siguen este esquema. Consecuentemente, no sería posible afirmar que las obligaciones de no interferir con un derecho activo (de hacer) se desprendan de, sean parte de, o sean el correlato de ese tipo de derechos⁴⁹⁸. Por otra parte, como se recordará, KELSEN reformuló la tesis de la correlatividad a partir del concepto de “derecho subjetivo reflejo”, entendido como una descripción de la obligación jurídica, sosteniendo con ello una tesis débil de la correlatividad, en la cual a todo derecho corresponde una obligación, pero no a la inversa⁴⁹⁹.

En términos generales, mientras que algunos autores han negado la utilidad de la aportación de HOHFELD; otros han señalado que el esquema hohfeldiano solo resultaría aplicable a esferas del Derecho privado y, en todo caso, en sede de la tradición del *Common Law*, especialmente debido a su carácter marcadamente casuista. Sin embargo, la mayoría de críticas se han limitado a señalar algunas insuficiencias del esquema propuesto por el profesor norteamericano. Pese a todo, un sector doctrinal ha señalado que HOHFELD no pretendió establecer la existencia de posiciones concretas dentro de un determinado orden jurídico o en un área concreta de este, del mismo modo que tampoco pretendía establecer cuáles son los factores sociales dentro de los que es probable que surjan ciertas posiciones jurídicas o cuáles son sus consecuencias reales, ni determinar la justicia o injusticia de la existencia de ciertos derechos, privilegios, potestades, etc.; sino que lo que HOHFELD se propuso fue simplemente esclarecer los conceptos jurídicos fundamentales y sus relaciones recíprocas⁵⁰⁰. En opinión de quien escribe, esta es la clave para la interpretación de la propuesta hohfeldiana, lo cual le proporcionará la flexibilidad y neutralidad necesarias para que su explicación pueda adquirir una vigencia universal.

⁴⁹⁷ En palabras de LYONS: “[la] regla es aquella expresión del contenido del derecho que es relativa a la expresión del contenido de la obligación”. *Vid.* LYONS, D., “The Correlativity of...”, *op. cit.*, pp. 45-55.

⁴⁹⁸ LYONS, D., “The Correlativity of...”, *op. cit.*, p. 53.

⁴⁹⁹ CRUZ PARCERO, J.A., *El concepto de...*, *op. cit.*, p. 110.

⁵⁰⁰ CARRIÓ, G., “Nota preliminar”, *op. cit.*, p. 19.

2.3.4. Propuesta de interpretación de los pares hohfeldianos a partir de la teoría del estatus de JELLINEK

Preliminarmente, cabe recordar que HOHFELD entendió las relaciones jurídicas subjetivas como estructuras formadas por dos posiciones jurídicas básicas, en las cuales el concepto de posición jurídica aparece referido a una situación normativa concreta de un sujeto respecto de otro. También JELLINEK había hablado de situaciones jurídicas en su teoría del estatus, si bien lo hizo en un sentido diferente, aunque no por ello incompatible con la propuesta de HOHFELD. JELLINEK concibió el estatus como aquella situación jurídica en la que los individuos se colocan con carácter previo a la adjudicación de posiciones jurídicas subjetivas. De este modo, mientras que el estatus es concebido por JELLINEK como un “ser jurídico”, las posiciones subjetivas que de dicha colocación se derivan constituyen un “tener jurídico”. De aquí cabe concluir que las propuestas de JELLINEK y HOHFELD se sitúan en planos diferentes, si bien resulta posible emplear una propuesta para explicar la otra y viceversa, dado que los estatus en los que se sitúan los individuos se traducen en posiciones jurídicas concretas, las cuales constituyen manifestaciones del respectivo estatus.

Retomando la tesis de JELLINEK, se ha de recordar que este distinguió cuatro estatus diferenciados: estatus pasivo o *subiectionis*, estatus negativo o *libertatis*, estatus positivo o *civitatis* y estatus activo o de la ciudadanía activa. No obstante, a los efectos del presente análisis no se ha estimado oportuno detenerse en estatus activo o de la ciudadanía activa, en tanto que se refiere a la atribución de competencias al individuo para su participación en el Estado, esto es, dirigidas a la creación de la voluntad estatal. Además, dado que el ejercicio de una competencia está siempre ordenado, prohibido o es libre, tales competencias podrían reconducirse a los estatus pasivo y negativo, respectivamente. De este modo, tras descartar el mencionado estatus activo, se propone establecer la siguiente correlación entre los estatus de JELLINEK y los pares conceptuales correlativos de HOHFELD:

Tabla 3. Correspondencias entre la teoría del estatus de JELLINEK y los pares conceptuales de HOHFELD

Correlativos jurídicos hohfeldianos	Derecho (pretensión)	Privilegio/ Libertad	Poder/ Competencia/ Potestad	Inmunidad
Estatus de JELLINEK	Estatus positivo o <i>civitatis</i>	Estatus negativo o <i>libertatis</i>	Estatus positivo o <i>civitatis</i>	Estatus negativo o <i>libertatis</i>
Correlativos jurídicos hohfeldianos	Deber	No-derecho	Sujeción	Incompetencia/ Incapacidad
Estatus de JELLINEK	Estatus pasivo o <i>subiectionis</i>	Negación del estatus positivo	Estatus pasivo o <i>subiectionis</i>	Negación del estatus positivo

En el esquema anteriormente propuesto se relacionan los pares de correlativos de HOHFELD con los estatus de JELLINEK de manera que aquellos sujetos situados en las posiciones de “derecho (pretensión)” y “poder”, acceden a tales posiciones en virtud de su colocación en el “estatus positivo o *civitatis*”, en tanto que el Estado reconoce al individuo en el situado la garantía de sus pretensiones y le facilita los medios para su realización, es decir, se tratan de posiciones a través de las cuales el titular puede interponer un procedimiento para la protección de tales derechos o potestades, lo cual supone que el individuo tiene “derecho a algo” y que tiene competencia para hacerlo exigible, de manera que el elemento coactivo de la protección de las posiciones jurídicas se presenta como esencial al respecto del estatus positivo. Esta descripción parece concordar ampliamente con lo ya afirmado al respecto de las posiciones relativas a derechos y a potestades, en tanto que aparecen expresamente sancionadas a través de normas de conducta o competencia, respectivamente. De manera que, cabrá razonablemente esperar que dichas normas establezcan una garantía de la posición de que se trate a través del ejercicio de una acción procesal encaminada a proteger y recobrar dicha posición jurídica del titular, a través de una norma de competencia. En este sentido, tales posiciones presentan un elemento coactivo, considerado por algunos autores el elemento característico del concepto mismo de norma y que define el estatus positivo diseñado por JELLINEK. En lo que respecta a los conceptos de deber y sujeción, correlativos de los anteriores conceptos derecho y potestad, resulta posible suscribirlos al estatus pasivo en tanto que el individuo se encuentra en una posición de deber individual en virtud de la existencia de mandatos o prohibiciones estatales a los que este se encuentra sometido, puesto que el Estado

es competente para establecerlos, colocándose el sujeto en una situación de deber o sujeción.

Por otra parte, cuando los individuos se colocan en el estatus negativo acceden a las posiciones de privilegio e inmunidad. Al igual que sucede con las posiciones de privilegio e inmunidad en la propuesta de HOHFELD, el estatus negativo resulta el más polémico y dudoso pues se duda de si se tratan de posiciones jurídicas no protegidas mediante el elemento coactivo, o si también integran garantías en la forma de derechos a la no obstaculización, derechos de defensa o a acciones negativas del Estado. Al respecto de estas cuestiones, JELLINEK tan solo afirmó que se trataba de una zona libre de injerencia por parte del Estado, en la que el individuo satisface sus fines estrictamente individuales. Por lo demás, se ha de señalar que esta esfera individual se integra por aquellas acciones de los súbditos que son irrelevantes para el Estado. De este modo, las posiciones de privilegio y libertad, en tanto que manifestación de dicho estatus negativo, aparecerán desprovistas del elemento coactivo aun cuando resulte posible encontrar ciertas referencias normativas que describan tales posiciones. En atención a lo anterior, resultaría adecuado señalar la existencia de permisos débiles en aquellos casos en los que el estatus negativo no se manifieste en previsión normativa alguna; mientras que los permisos fuertes se circunscribirían a la existencia de una norma que contenga la posición de privilegio o inmunidad, si bien desprovista del elemento coactivo característico de las posiciones englobadas bajo el estatus positivo anteriormente mencionado, aunque no se podrá alegar la referida irrelevancia jurídica en tanto que dicha previsión podrá tener un valor interpretativo o de alguna otra índole, según los casos. A consecuencia de lo anterior, los correlatos de las posiciones relativas a los privilegios y libertades, es decir, los no-derechos e incompetencias, se sitúan como opuestos del estatus positivo, en tanto que lo niegan, ya que los individuos en ellas situados ni poseen derechos ni competencias que los habiliten para contradecir a quienes se sitúan en el ámbito de libertad o inmunidad delimitado por el ordenamiento jurídico al establecer tales permisos, ya sean estos configurados en sentido fuerte o débil.

2.4. El concepto de derecho subjetivo según Robert ALEXY

2.4.1. Presupuestos para el análisis

El profesor alemán Robert ALEXY abordó el concepto de derecho subjetivo al hilo de su estudio de la estructura de los derechos fundamentales entendidos como “un todo”, esto es, un tipo especial de derechos subjetivos. En su explicación, ALEXY considera una serie de elementos para delimitar su conceptualización como

posición del sujeto titular del derecho, gozando de especial relevancia los aspectos analíticos⁵⁰¹.

Por lo que se refiere a los aspectos normativos de los derechos subjetivos, ALEXY diferencia sus implicaciones ético-filosóficas, de las de tipo dogmático-jurídico. De este modo, mientras que a través de las cuestiones dogmático-jurídicas se pretende dilucidar qué es lo que tiene validez en un sistema jurídico; las cuestiones ético-filosóficas pueden ser planteadas con independencia del mismo, ya que es posible cuestionarse por qué los individuos tienen derechos y qué derechos tienen, al margen de la validez del ordenamiento positivo en el que se integren. Con ello, estas implicaciones ético-filosóficas se sitúan en el seno del debate acerca de la justicia y la adjudicación de los derechos⁵⁰², posibilitando así la dimensión ideal y crítica del concepto, que servirá al equilibrio de la estructura real (positiva) de las posiciones jurídicas subjetivas. La respuesta clásica kantiana al respecto de las referidas cuestiones ético-filosóficas ha apuntado hacia “la libertad” entendida como independencia del arbitrio a la intervención del otro, en tanto que puede coexistir con la libertad de los demás, de acuerdo con la Ley universal. En atención a lo anterior, la propiedad de la persona entendida como ser racional sería el único derecho originario perteneciente a toda persona en virtud de su humanidad. En un sentido aproximado, LARENZ ha afirmado que, en el marco de una relación jurídica fundamental, “el derecho de una persona es aquello que a esta le corresponde o merece en tanto que persona, y aquello que los demás deben otorgarle o permitirle, frente a lo cual están obligados y vinculados”⁵⁰³.

En cuanto a las cuestiones dogmático-jurídicas, la pregunta acerca de qué es lo que tiene validez dentro de un sistema jurídico surge fundamentalmente cuando la norma es aplicable, dadas las circunstancias del caso concreto, y concede un derecho subjetivo. En el primer caso, se trata de una cuestión de interpretación ordinaria, donde los problemas referidos al concepto de derecho subjetivo no resultan relevantes. Sin embargo, en la segunda situación no se duda acerca de la aplicabilidad de la norma al caso, sino que lo que se cuestiona es si tal norma concede o no algún derecho subjetivo. Esta última cuestión surge cuando la proposición normativa no concreta la concesión de un derecho subjetivo, si no que deja abierta tal posibilidad, es decir, cuando la proposición normativa señala que la norma obliga al Estado a realizar una acción, pero no concreta si el sujeto ostenta un derecho frente al Estado, siendo necesario introducir premisas adicionales, debiéndose fundamentar con ello enunciados que superan lo estrictamente establecido por el texto de la norma. En tercer lugar, ALEXY considera los

⁵⁰¹ Con ocasión del segundo capítulo, se retomará el análisis de los derechos fundamentales propuesto por ALEXY.

⁵⁰² ALEXY, R., *Teoría de los...*, *op. cit.*, p. 152.

⁵⁰³ LARENZ, K., *Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, 1. Auflage, C.H. Beck, München, 1967, p. 60 (versión en español: *Derecho civil. Parte general*, traducción de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea, Edersa, Madrid 1978).

problemas empíricos, señalando que estos pueden referirse tanto a enunciados acerca del surgimiento de derechos subjetivos, como a la historia de este concepto o, incluso, a la función social que desempeñan. El significado de los problemas empíricos es especialmente perceptible en el ámbito de los argumentos históricos y teleológicos. Sin embargo, de estos enunciados empíricos no se deriva nada acerca de los problemas dogmático-jurídicos, para lo cual el profesor alemán estima necesario relacionar dichos enunciados con enunciados normativos⁵⁰⁴.

A partir de una consideración analítica de los derechos subjetivos, ALEXY señala la importancia de diferenciar entre los conceptos de norma y posición. En este sentido, define la norma como “todo aquello que expresa un enunciado normativo”⁵⁰⁵. Por ejemplo, si tomamos la norma expresada por el enunciado del artículo 2.3 LBAP: “el paciente o usuario tiene derecho a decidir libremente”⁵⁰⁶, resulta posible afirmar la existencia de una norma universal⁵⁰⁷. Si se considera que esta norma confiere un derecho al paciente frente al Estado o autoridad sanitaria representante del mismo, entonces resulta posible afirmar una norma individual que establezca que: “el paciente o usuario *a* tiene derecho frente a la autoridad (Estado, médico) a decidir libremente”. Si aceptamos lo anterior, entonces es posible afirmar que el paciente o usuario *a* se encuentra en una posición que le permite decidir libremente, por lo que también será válido el enunciado mediante el cual se expresa aquella norma individual. En atención a lo anterior el concepto de posición podría parecer superfluo. Sin embargo, ALEXY niega tal conclusión, pues lo considera relevante en atención a las propiedades normativas tanto de las personas, como de sus acciones, además de las relaciones normativas existentes entre personas y entre personas/acciones. En este sentido, señala que por lo general las normas pueden considerarse cualificaciones de personas o acciones, de modo que una norma que le prohíbe a *a* hacer *h*, le confiere a *a* la cualidad de ser alguien a quien le está prohibido hacer *h*, lo cual constituye la posición en la que la norma coloca a *a* y que es posible expresar a través de un enunciado monádico del tipo: “alguien a quien le está prohibido hacer *h*”⁵⁰⁸.

Una vez concebidos los derechos subjetivos como relaciones y posiciones jurídicas, ALEXY presenta la posibilidad de distinguir tres niveles en su estructura, a

⁵⁰⁴ ALEXY, R., *Teoría de los...*, *op. cit.*, p. 155.

⁵⁰⁵ *Idem.*

⁵⁰⁶ Publicado en «BOE» núm. 274, de 15 de noviembre de 2002. Referencia: BOE-A-2002-22188.

⁵⁰⁷ ALEXY explica el concepto de *universalidad* por contraste con el de generalidad. De este modo, la universalidad se derivaría de la referencia efectuada por la norma a una clase abierta de individuos (paciente o usuario, en el caso del ejemplo expuesto). En este sentido, la norma individual es la contrapartida de la norma universal. ALEXY, R., *Teoría de los...*, *op. cit.*, p. 65. Respecto del concepto de “clase abierta”, *vid.* ROSS, A., *Directives and Norms*, Routledge & K. Paul, London, 1968, pp. 109 y ss.

⁵⁰⁸ Según ALEXY, esto resulta especialmente interesante cuando la norma establece relaciones reconducibles a enunciados diádicos: “tiene derecho a G frente a..”, o triádicos: “tiene frente a un derecho a”. *Vid.* ALEXY, R., *Teoría de los...*, *op. cit.*, p. 156.

saber: razones para los derechos subjetivos, derechos subjetivos como posiciones y relaciones jurídicas, y posibilidad jurídica de hacer efectivos los derechos subjetivos. El profesor alemán advierte de la necesidad de realizar una distinción adecuada de estos tres niveles en aras de evitar la tradicional polémica acerca del concepto de derecho subjetivo surgida a partir de las teorías del interés y de la voluntad. En el contexto de tales polémicas, IHERING, en representación de la tesis del interés, afirmó que el concepto de derecho aparece constituido por dos elementos: la utilidad, ventaja o ganancia conferida por el derecho (elemento sustancial)⁵⁰⁹; y la acción o demanda (elemento formal)⁵¹⁰. En contraste, los suscriptores de la teoría de la voluntad han señalado que la cuestión principal reside en el control ejercido por el titular del derecho sobre la posición que la norma le otorga y que se expresa en la autorización para demandar, pues el hecho de interponer la demanda depende de la voluntad del sujeto⁵¹¹. A partir de la tesis de IHERING, ALEXY distingue dos tipos de enunciados acerca de la finalidad de los derechos: los enunciados sobre las razones para los derechos y los enunciados acerca de la protección o la imposición de los derechos. Así pues, para IHERING el enunciado típico acerca de las razones sería: “los derechos están al servicio de los intereses, las necesidades y fines de la comunicación”, con el que se corresponden enunciados más concretos como: “*g* es una necesidad impuesta por la naturaleza animal del hombre”, lo cual reforzaría la tesis de que *a* tiene derecho a *G*. En cuanto a los enunciados sobre la protección o la imposición de los derechos: “*a* puede hacer valer su derecho frente a *b*, en caso de vulneración, a través de la demanda”, sería el enunciado característico⁵¹². Sin embargo, ninguno de estos enunciados es equivalente a los enunciados sobre los derechos del tipo propuesto por ALEXY: “*a* tiene derecho a *G*”.

ALEXY señala acertadamente que los enunciados sobre las razones y los enunciados sobre los derechos mantienen una relación de fundamentación, es decir, una cosa es la razón de un derecho y otra el derecho admitido en virtud de tal razón. Sin embargo, admite que la relación existente entre enunciados sobre los derechos y enunciados sobre la protección de los mismos no resulta tan evidente, pues también los enunciados sobre la protección expresan una posición jurídica, esto es, la capacidad jurídica, el poder jurídico o la competencia para hacer efectivo un derecho. Para ALEXY, esta posición también puede ser denominada como “derecho”, de modo que se trata de una relación entre dos posiciones o derechos, es decir, el “derecho subjetivo propiamente dicho” y el “derecho a hacerlo efectivo”. No obstante, a partir de la teoría de la voluntad, algunos autores han objetado que solo existirá un derecho subjetivo cuando se ostente capacidad

⁵⁰⁹ IHERING, R.v., *El espíritu del Derecho romano...*, op. cit., p. 815 y ss.

⁵¹⁰ IHERING, R.v., *El espíritu del Derecho romano...*, op. cit., p. 827 y ss.

⁵¹¹ HART, H.L.A., “Bentham on Legal Rights”, en Simpson, A.W.B., *Oxford Essays in Jurisprudence*, 2nd Series, Clarendon Press, Oxford, 1973, pp. 196 y ss.

⁵¹² ALEXY, R., *Teoría de los...*, op. cit., pp. 157-158.

jurídica para hacerlo efectivo⁵¹³, de manera que dicha distinción carecería de sentido. Sin embargo, ALEXY ha defendido el uso de enunciados sobre los derechos aludiendo a razones de funcionalidad, aun cuando se admita que para que exista un derecho se ha de tener asimismo capacidad para reivindicarlo. Además, añade una razón sistemática, en tanto que resulta posible considerar los derechos como razones que fundamentan la capacidad jurídica para imponerlos, lo cual conduce a una segunda razón de fundamentación entre los enunciados sobre los derechos y los enunciados sobre su protección⁵¹⁴. Ello suscita el problema acerca de si en el ordenamiento jurídico solo existe aquello que puede hacerse valer judicialmente o también pueden incluirse ciertas posiciones no susceptibles de dicha protección. La respuesta a esta pregunta dependerá de si el concepto de norma jurídica vigente incluye que lo que esta prescribe pueda ser coactivamente impuesto a través de un acto jurídicamente previsto. Sin embargo, una respuesta afirmativa a la cuestión anterior no ofrece ninguna justificación de aquello que deriva del concepto de norma jurídica vigente. Del mismo modo, tampoco del hecho de que en todo ordenamiento jurídico tenga que haber normas dotadas de sanciones estatales deriva sin más que en todo sistema jurídico todas las normas tengan que estar dotadas de sanciones⁵¹⁵. En virtud de tales consideraciones, ALEXY concluye que la vinculación de la razón técnica con la sistemática fundamenta la consideración del nivel de los enunciados sobre los derechos como el nivel central de la dogmática jurídica⁵¹⁶.

ALEXY señala diversos criterios de clasificación de los derechos: derechos de dominio absoluto y relativo, y derechos de configuración; derechos de status negativo, positivo y activo; derechos reflejos, derechos subjetivos en sentido técnico, permisos positivos de las autoridades, derechos políticos, derechos fundamentales y de libertad⁵¹⁷. Asimismo, señala la posibilidad de distinguir aquellos supuestos en los que la voluntad del titular es “decisiva para la exigibilidad de la orden dictada por el ordenamiento jurídico”, de aquellos otros en los cuales es “decisiva para el surgimiento de derechos o para la extinción y modificación de los ya surgidos”. En este punto, LINDAHL trató de incluir todas las posibles posiciones normativas no contradictorias mediante el establecimiento de las posibles combinaciones de operadores en el marco de un sistema lógico elemental: un operador deóntico (*shall operator*) y un operador de acción (*do*

⁵¹³ Como ya se ha tenido ocasión de señalar, KELSEN definió el “derecho en sentido técnico y específico” como el poder jurídico para hacer valer en juicio una pretensión protegida por el orden jurídico. Vid. KELSEN, H., *Teoría General de...*, op. cit. Esta misma idea también se encuentra presente en *Teoría Pura del...*, 1ª ed., ed. alemana, op. cit., per totum.

⁵¹⁴ MACCORMICK, N., “Rights in Legislation”, en Hacker, P.M.S & Raz, J., *Law, Morality, and Society. Essays in Honour of H.L.A. Hart*, Oxford, 1977, p. 204.

⁵¹⁵ HART, H.L.A., *The Concept of Law*, pp. 195 y 212.

⁵¹⁶ ALEXY, R., *Teoría de los...*, op. cit., p. 160.

⁵¹⁷ ALEXY, R., *Teoría de los...*, op. cit., p. 161.

operator)⁵¹⁸. De este modo, obtiene siete “grupos básicos de posiciones jurídicas del sujeto” (*basic types of one-agent legal positions*)⁵¹⁹; 35 tipos de relaciones normativas entre dos sujetos, relativas a acciones realizables separadamente por cada uno de ellos (*individualistic two-agent*)⁵²⁰; y 127 tipos de acciones normativas entre estos sujetos (*collectivistic two-agent types*)⁵²¹. Con base en lo anterior, LINDAHL construye su teoría sobre el cambio de las posiciones normativas referidas al ámbito de la “capacidad jurídica”, “poder jurídico”, “competencia” y “facultad jurídica”, resultando de ello tantas posibilidades que se ve en la necesidad de seleccionarlas mediante reglas de tipo no lógico⁵²²: “reglas de viabilidad” (*rules of feasibility*)⁵²³. Del extenso catálogo de realidades denominadas como “derechos subjetivos” surge una disputa terminológica acerca de lo que deba ser concebido como tal. En definitiva, la propuesta de ALEXY pasa por emplear este concepto de forma general a los efectos de nombrar posiciones de diversa índole, para ulteriormente perfilar distinciones y clasificaciones terminológicas⁵²⁴.

2.4.2. Las posiciones jurídicas subjetivas fundamentales

2.4.2.1. Derechos a algo

Con base en las explicaciones de BENTHAM y BIERLING⁵²⁵, ALEXY asienta su teoría analítica acerca las posiciones que originan los derechos sobre una triple división: “derechos a algo”, “libertades” y “competencias”. El profesor alemán admite expresamente como sinónimos de la expresión “derechos a algo”, los términos “derecho subjetivo” y “pretensión”, alternativamente. No obstante, puntualiza que también sería posible extender la categoría de derechos subjetivos a las “libertades” y a las “competencias”, no resultando adecuado emplear el término derecho subjetivo para la distinción de dichos conceptos. Al igual que había hecho HOHFELD, ALEXY muestra su preferencia por el concepto de “pretensión”, en tanto que expresa adecuadamente el carácter relacional de la expresión “derecho a algo”, pues siempre tiene como destinatario a otro sujeto, siendo el objeto una acción o una omisión en ambos casos. A pesar de lo anterior,

⁵¹⁸ LINDAHL basa sus investigaciones en los trabajos de KANGER. Vid. KANGER, S., “New Foundations for Ethical Theory”, en Hilpinen, R., *Deontic Logic: Introductory and Systematic Readings*, Dordrecht, 1970, pp. 36 y ss. KANGER, S. & KANGER, H., “Rights and Parliamentarism”, *Theoria* 32, 1966, pp. 85 y ss. LINDAHL, L., *Position and Change...*, op. cit., p. 84.

⁵¹⁹ LINDAHL, L., *Position and Change...*, op. cit., p. 92.

⁵²⁰ LINDAHL, L., *Position and Change...*, op. cit., p. 128 y ss.

⁵²¹ LINDAHL, L., *Position and Change...*, op. cit., p. 162 y ss.

⁵²² ALEXY advierte de la necesidad del empleo de reglas de tipo lógico, incluso en el caso de un modelo simple. Vid. ALEXY, R., *Teoría de los...*, op. cit., p. 162.

⁵²³ LINDAHL, L., *Position and Change...*, op. cit., p. 225 y ss.

⁵²⁴ ALEXY, R., *Teoría de los...*, op. cit., pp. 162-163.

⁵²⁵ BENTHAM, J., *Of Laws in General*, edición de H.L.A. Hart, London, 1970, pp. 57-ss., 82-ss., 98, 119 y 173-ss. BIERLING, E.R., *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe*, Theil 2, F.A. Perthes, Gotha, 1883, pp. 49 y ss.

el profesor de Kiel renuncia expresamente al empleo del término pretensión en sentido técnico debido a las controversias que presenta en cuanto a la actualidad, la determinación de la contraparte y la posibilidad de demandar, razones que le llevan a decantarse por el uso de la expresión “derecho a algo”, aunque reconoce que ambas expresiones son lingüísticamente aceptables⁵²⁶.

En cuanto a la estructura del derecho a algo, su forma más básica sería: “*a* tiene frente a *b* un derecho a *G*”. De este enunciado ALEXY deduce una relación triádica (*D*) compuesta por tres elementos: (*a*) titular del derecho, (*b*) el destinatario del deber y (*G*) el objeto del derecho; pudiendo un enunciado acerca de un derecho a algo ser expresado como: *DabG*. De esta estructura se desprende que un derecho a algo siempre constituye una acción del destinatario, pues en otro caso no tendría sentido incluirlo en la relación⁵²⁷. Por lo demás, un derecho a algo puede considerarse tanto desde una perspectiva positiva, como negativa. Por consiguiente, un derecho a algo supone tanto una protección institucional frente eventuales violaciones del objeto de tal derecho, es decir, una acción negativa u omisión⁵²⁸; como el derecho a la protección y la promoción del objeto del derecho en cuestión, referido a una acción positiva o un hacer⁵²⁹.

La dogmática de los derechos vincula la relación del “derecho a algo” con los conceptos de “deber” y “libertad”. A través de los conceptos deónticos básicos del mandato, la prohibición y la permisión, es posible establecer enunciados deónticos del tipo: “está ordenado/prohibido/permitido que *a* realice la acción *G*”. Así pues, los conceptos de “mandato/prohibición” y “permisión/prohibición” son recíprocamente definibles. En este sentido, el permiso podría definirse como la negación de una prohibición y de un mandato; de este modo, que algo esté permitido supone que no está prohibido, por lo que se trata de un concepto de

⁵²⁶ ALEXY, R., *Teoría de los...*, *op. cit.*, p. 163.

⁵²⁷ La inclusión de la acción o acto del deudor aproxima la estructura de ALEXY a la propuesta de HOHFELD. En este sentido, cabe recordar que HOHFELD concibió las posiciones jurídicas como relaciones diádicas entre dos sujetos, aunque podrían reconducirse triádicas conformadas por dos sujetos y una acción o acto, en lugar del objeto de la posición de que se trate. Este extremo constituye uno de los puntos de crítica a la tesis hohfeldiana efectuada por FINNIS, como se tendrá oportunidad de ver más adelante, pues la mayoría de juristas normalmente hablan de los derechos como relaciones triádicas entre dos sujetos y un objeto. No obstante, tanto en HOHFELD como en ALEXY parece posible afirmar que el objeto es la acción u omisión (es decir, un acto), por lo que la estructura del derecho a algo o pretensión no aparece desprovista de dicho elemento, si bien no es concebido como un bien o bien jurídico.

Sin embargo, al trasladar esta estructura a las disposiciones de derecho fundamental que ALEXY considera, el profesor alemán percibe que en ellas no se expresan directamente ni la referencia a la acción ni la estructura triádica. De hecho, estas disposiciones suelen acudir a relaciones diádicas entre el sujeto y el objeto en aras de su simplicidad, si bien ello constituiría una designación abreviada de un conjunto de derechos a algo, libertades y/o competencias. *Vid.* ALEXY, R., *Teoría de los...*, *op. cit.*, p. 164.

⁵²⁸ Continuando con el ejemplo relativo al derecho a la vida propuesto por ALEXY: “*a* tiene frente al Estado el derecho a que este no lo mate”.

⁵²⁹ Por ejemplo: “*a* tiene frente al Estado el derecho a que este proteja su vida frente a intervenciones antijurídicas de terceros”. *Vid.* *Teoría de los...*, *op. cit.*, p. 165.

permiso relativamente débil. No obstante, lo que está permitido (es decir, no prohibido) podría estar ordenado; sin embargo, una teoría del deber correlativo, apuntará a una vinculación análoga entre el permiso y el mandato. No obstante, estas definiciones no reflejan la ausencia de prohibición y mandato. En el cuadro deóntico figura un permiso positivo o de hacer (acción) y otro negativo o de no-hacer (omisión). Al conjugar ambos permisos se obtiene una “posición libre”, que resulta especialmente relevante al respecto de la lógica del concepto de libertad⁵³⁰. Del mismo modo, la relación triádica de los derechos es lógicamente equivalente a una relación triádica del deber o del mandato⁵³¹. Los enunciados sobre los derechos a algo y los enunciados sobre las obligaciones relacionales describen lo mismo desde perspectivas diferentes, esto es, desde la perspectiva del titular en el caso de los derechos; y desde la perspectiva del deudor u obligado, en el caso de las obligaciones. A pesar de que los enunciados de las obligaciones no-relacionales (“*b* está obligado a ayudar a *a*”) desconocen el aspecto relacional, estos no deben confundirse con los enunciados sobre obligaciones que existen con respecto a cada parte y que sí contienen el aspecto relacional en su forma más fuerte, es decir, en los supuestos de “obligaciones relacionales absolutas”⁵³².

En su tratamiento acerca de la lógica relacional de los derechos a algo, ALEXY se detiene en la ya conocida propuesta de HOHFELD acerca de las expresiones referidas al ámbito de los derechos a algo: derecho, deber, no-derecho y privilegio⁵³³; en detrimento de las expresiones referidas al ámbito de las competencias: competencia, sujeción, incompetencia e inmunidad, las cuales no contempla. A pesar de que HOHFELD concebía los derechos como relaciones jurídicas diádicas (esto es, entre dos sujetos), ALEXY considera acertadamente que es posible reconducir el esquema trazado por el profesor norteamericano a una estructura triádica entre el titular, el destinatario y el objeto como la que el mismo sostiene. De este modo, la expresión “*a* tiene frente a *b* un derecho a *G*” (*DabG*) podría reconducirse a la expresión “*a* tiene un derecho a *G* frente a *b*” (*DGab*)⁵³⁴. Como ya se ha señalado, HOHFELD concibió las relaciones lógicas en la esfera de los derechos a algo como pares de opuestos y correlativos. Así, un derecho es el correlativo a un deber y el opuesto a un no-derecho; mientras que el privilegio es el correlativo a un no-derecho y el opuesto a un deber. En atención a estos correlativos jurídicos, ALEXY reconoce la posibilidad de traducir los derechos a relaciones diádicas. Por consiguiente, la expresión “*DabG*” se sustituye por “*DGab*”, y en lugar de “*ObaG*” se obtiene “*Ocba*”. La correlatividad de las relaciones *D_G* y *O_G* consiste tan solo en que *O_G* es la relación conversa de *D_G*. Si *a* tiene frente a *b* un derecho, entonces *b* tiene frente a *a* un deber correlativo y viceversa. De este

⁵³⁰ ALEXY, R., *Teoría de los...*, op. cit., p. 176.

⁵³¹ CARNAP, R., *Meaning and Necessity*, University of Chicago Press, Chicago, 1947, p. 11.

⁵³² ALEXY, R., *Teoría de los...*, op. cit., p. 178.

⁵³³ HOHFELD, W. N., “Some Fundamental Legal...”, op. cit., pp. 16 y ss. HOHFELD, W.N., “Fundamental legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning”, *Yale Law Journal* 26(8), 1917, pp. 710 y ss.

⁵³⁴ Como ya se ha apuntado, la propuesta de HOHFELD se podría reconducir al modelo triádico; si bien, la relación aparecería compuesta por dos sujetos y una acción.

modo, puede afirmarse que la relación expresada por D_G es la conversa a la relación expresada por O_G ⁵³⁵.

En opinión de ALEXY, el interés del esquema de HOHFELD provendría de su concepto de privilegio, el cual aparece definido como mera negación de un deber. El análisis de las modalidades deónticas fundamentales muestra que la negación de un mandato de hacer algo es equivalente al permiso de no hacerlo, lo cual puede ser entendido en clave de operadores triádicos⁵³⁶. No obstante, ALEXY achaca al esquema hohfeldiano una carencia de plenitud básica, pues lo permitido puede consistir tanto en una acción como una omisión. Dicha insuficiencia resulta patente también con respecto a las otras tres posiciones jurídicas del esquema hohfeldiano. Sin embargo, de lo anterior ALEXY no concluye el abandono de dicho esquema, sino solo la necesidad de reconducirlo a un esquema doble, en el cual la acción y la omisión constituyan siempre un “hacer u omitir de b ”⁵³⁷. Las relaciones entre los dos esquemas parciales se caracterizan por la equivalencia de las posiciones de ambos, en tanto que se refieren a la respectiva relación conversa, de modo que los esquemas parciales pueden denominarse conversos⁵³⁸. Con ello, ALEXY afirma que para el ámbito del derecho a algo queda demostrada la justificación de aquella tesis de la reducción que afirma la suficiencia de una modalidad deóntica básica. Todos los enunciados sobre derechos relacionales pueden transformarse en enunciados sobre obligaciones relacionales, formulados con la ayuda del operador del mandato deóntico triádico. Respecto del operador monádico del sistema estándar, señala la posibilidad de una interpretación fuerte y otra débil. En una interpretación débil, O_G y P_G en relación con “ $OabG$ ” y “ $PabG$ ” son solo abstracciones simples frente al aspecto relacional. Al respecto, resulta posible afirmar que O_G está implícito en “ $OabG$ ” y P_G en “ $PabG$ ”. En la interpretación fuerte, O_G y P_G indican que G está ordenada o permitida, respectivamente, por el sistema jurídico como un todo. En esta interpretación, $OabG$ implica O_G , pero $PabG$ no implica P_G . Si a está jurídicamente obligado frente a b a realizar h ($OabG$), entonces en el sistema jurídico se estará ordenando que a realice h (O_G). Si, por el contrario, en el correspondiente sistema jurídico no se ordena que a realice h , entonces a tampoco está obligado a hacerlo frente a b . Ninguna objeción en contra de la implicación de O_G por $OabG$ constituye indicación de obligaciones relacionales recíprocamente contradictorias. Si se soluciona la contradicción frente a las obligaciones relacionales, se soluciona también frente a las obligaciones no relacionales.

Por el contrario, en la interpretación fuerte, la relación entre permiso relacional y no relacional no es tan asequible. De este modo, que a a le esté

⁵³⁵ ALEXY, R., *Teoría de los...*, op. cit., p. 181.

⁵³⁶ Por ejemplo: “sí y solo sí a no está obligado frente al Estado a ingresar en una asociación, le está permitido a a frente al Estado no ingresar en una asociación”. Vid. ALEXY, R., *Teoría de los...*, op. cit., p. 183.

⁵³⁷ *Idem*.

⁵³⁸ ROSS, A., *Directives and Norms*, op. cit., p. 117 y ss.

permitido frente a *b* realizar *h* no significa que el sistema jurídico como un todo también le permita realizar *h*. El sistema jurídico como un todo prohíbe la realización de *h* por *a* cuando *a* está obligado frente a *c* a omitir *h*. Quien lesiona una prohibición en una relación, lesiona asimismo el sistema jurídico; y quien hace uso de un permiso en una relación, no necesariamente hace algo que está permitido por el sistema jurídico como un todo. Si existe al menos un sujeto jurídico frente al cual *a* está obligado jurídicamente a realizar *h*, entonces el sistema jurídico como un todo contiene el mandato de que *a* realice *h* (O_G). Sin embargo, está permitido por el sistema jurídico como un todo que *a* realice *h* (P_G), solo cuando exista un permiso de *a* en todas las relaciones. Por lo tanto, las relaciones entre modalidades deónticas relacionales y no relacionales son de un tipo más complicado. Sin embargo, aunque las modalidades relacionales no pueden ser reemplazadas por las no relacionales, todo lo que puede decirse con ayuda de las modalidades no relacionales puede trasladarse a las relacionales, lo cual confirmaría la tesis de la reducción. En atención a lo anterior, ALEXY concluye que, el ámbito de los derechos a algo, queda demostrada la existencia de la “unidad del deber ser”⁵³⁹. En términos generales, ALEXY considera que el esquema doble de HOHFELD es suficiente a efectos prácticos, si bien los conocimientos que del mismo se extraen no conducen a ninguna decisión en casos controvertidos, para lo cual resultarán imprescindibles las valoraciones y los conocimientos empíricos; si bien constituyen la base de necesaria para una argumentación jurídica racional con pretensión de fundamentación⁵⁴⁰.

2.4.2.2. Libertades

ALEXY señala dos significados del concepto de libertad jurídica: como manifestación especial de un concepto más amplio de libertad, o como permiso jurídico. Antes de definir el concepto amplio de libertad es necesario analizar la estructura de la libertad, resultando posible una explicación negativa, en tanto que tener libertad presupone la ausencia de impedimentos, restricciones o resistencias, en sentido hobbesiano. Consecuentemente, la libertad podría ser considerada como una relación diádica entre una persona y un impedimento a la libertad. Sin embargo, ALEXY advierte que, para abarcar el concepto de libertad en su totalidad, es necesario concebir la libertad particular de una persona como una relación triádica entre la persona, el impedimento y aquello que se impide u obstaculiza⁵⁴¹.

En lo relativo al objeto de la libertad, ALEXY observa una notable diferencia según este consista en una alternativa de acción o en una acción. Concebir la

⁵³⁹ ALEXY, R., *Teoría de los...*, op. cit., p. 185.

⁵⁴⁰ BERLIN, I., *Four Essays on Liberty*, Oxford University Press, Oxford, 1969 p. 121 (versión en español: *Cuatro ensayos sobre la libertad*, traducido por Belén Urrutia, Julio Bayón y Natalia Rodríguez Salmones, Alianza, Madrid, 1993).

⁵⁴¹ ALEXY, R., *Teoría de los...*, op. cit., pp. 186-187.

libertad como hacer lo necesario o lo razonable supone partir de una mera acción. Asimismo, el concepto de impedimento resulta relevante para los conceptos de libertad referidos solo a la acción, a través de los cuales se considera un concepto positivo de libertad vinculado al comportamiento correcto y no a una alternativa de acción dependiente del libre arbitrio individual. De este modo, también la libertad positiva puede representarse como una relación triádica. No obstante, tan solo será posible hablar de libertad jurídica si el objeto de la libertad consiste en una alternativa de acción, constituyendo así una “libertad negativa”. Una persona es libre en sentido negativo en tanto que no le están vedadas alternativas de acción, si bien este concepto negativo no establece qué debe hacer una persona libre en sentido negativo o qué hará bajo determinadas circunstancias, pues tan solo habla acerca de las posibilidades de hacer algo⁵⁴². Por lo tanto, el concepto de libertad ha de ser más amplio que el de libertad jurídica, el cual tan solo constituye una manifestación especial del primero, esto es, una relación triádica cuyo tercer miembro es una alternativa de acción. De lo anterior, ALEXY concluye que un enunciado acerca de la libertad puede presentar la forma: “x es libre/no libre con respecto a y para hacer/no hacer z”⁵⁴³. De este modo, es posible afirmar que el objeto de una libertad positiva o “libertad negativa en sentido estricto” consiste en una acción; mientras que el objeto de las denominadas “libertades negativas en sentido amplio” aparece constituido por una alternativa de acción.

Para la creación de una situación de libertad jurídica, solo es necesaria una acción negativa (omisión) del Estado. En este sentido, para asegurar la libertad jurídica no es indispensable ningún derecho prestacional, sino tan solo un derecho de defensa⁵⁴⁴, de modo que la libertad negativa en sentido estricto se corresponde con la concepción liberal de libertad. Esta “libertad negativa en sentido estricto” es siempre una “libertad negativa en sentido amplio”, pero no al revés, pues el objeto de la segunda puede también consistir en un no-hacer⁵⁴⁵. Una libertad negativa surge de la relación triádica de la libertad, en la que las alternativas de acción son el objeto de la libertad y las acciones de obstaculización son el freno a la libertad. En las libertades jurídicas, existe una relación analítica entre el obstáculo a la

⁵⁴² BERLIN, I., “Introduction”, en *Four Essays on...*, *op. cit.*, p. XLII.

⁵⁴³ MACCALLUM, G.C., “Negative and Positive Freedom”, *The Philosophical Review* 76(3), 1967, pp. 315 y ss.

⁵⁴⁴ En este sentido, la definición de libertad trazada por ALEXY es coherente con la explicación de privilegio hohfeldiana, pues, como ya ha sido apuntado, se trata de una posición del sujeto frente al Estado, en tanto que negación de un deber y correlativo a un no-derecho de la otra parte. De este modo, parece adecuado vincular dicha posición con un derecho de defensa a que se respete la situación de libertad del titular por parte de la autoridad correspondiente del Estado, y al margen de la eventual existencia de una potestad para reivindicar la posición de libertad frente a terceros, lo cual desembocará en la distinción efectuada por el propio ALEXY entre libertades protegidas y no-protegidas, como se verá a continuación. Ello también concordaría no la negación del estatus positivo trazado por JELLINEK, como también se ha señalado, y en tanto que se define en sentido negativo como un no-deber, esto es, su titular se encuentra en una posición de libertad para hacer u omitir.

⁵⁴⁵ ALEXY, R., *Teoría de los...*, *op. cit.*, p. 191.

libertad y el objeto de la libertad; mientras que, en las libertades no jurídicas, entre obstáculo y objeto existe solo una relación empírica. Esta diferencia es la que permite apuntalar el análisis del concepto de libertad jurídica en el concepto de permiso en lugar de hacerlo en la relación triádica de la libertad. Por consiguiente, es posible formar un concepto de libertad fáctica, de modo que: “*a* es, con respecto a una alternativa de acción jurídicamente libre, fácticamente libre en la medida en que tiene la posibilidad real de hacer o no hacer lo permitido”⁵⁴⁶.

La conexión entre libertad jurídica y permiso, en tanto que negación de mandatos y prohibiciones, ha sido descrita de diversas maneras⁵⁴⁷. ALEXY considera relevante diferenciar los diversos tipos de libertades en función del criterio de la protección, lo cual implica clasificar las libertades en “no-protegidas” y “protegidas”⁵⁴⁸. El profesor alemán reconduce las libertades no-protegidas a permisos, concibiéndolas como la conjunción de un permiso jurídico de hacer algo y un permiso jurídico de omitirlo o “posición libre”. La negación de la libertad no-protegida es la no-libertad, esto es, una acción ordenada al sujeto. Una libertad puede estar no-protegida ante algún sujeto jurídico, siendo lo opuesto una libertad no-protegida frente a todos los sujetos jurídicos. Una “libertad no-protegida personalmente absoluta” consiste en un haz de tantas relaciones de libertad como sujetos jurídicos existen en el sistema jurídico. En cambio, la “libertad no-protegida personalmente relativa” es una libertad que no existe frente a todos, sino solo frente a algunos sujetos jurídicos, existiendo al menos un sujeto jurídico. Las contrapartidas a los conceptos de libertad personalmente absoluta y personalmente relativa son los conceptos de la “libertad objetivamente absoluta” y de la “libertad objetivamente relativa”, respectivamente⁵⁴⁹. La libertad absolutamente libre genera, desde un punto de vista personal y objetivo, aquella situación normativa considerada por HOBBS en el estado de naturaleza⁵⁵⁰. ALEXY concibe la libertad no-protegida como la mera vinculación del permiso positivo y negativo. Sin embargo, estos permisos no son más que las negaciones de los correspondientes mandatos y prohibiciones. La introducción del concepto de libertad no-protegida no significa la introducción de una categoría independiente, contrapuesta al deber ser como mandato. Desde la lógica, las libertades no-protegidas se presentan como simples combinaciones de negaciones del deber ser. Sin embargo, con esto no se responde a si la libertad es lo primario en los ordenamientos jurídicos y se limita por el deber ser, o si lo primario es el deber ser

⁵⁴⁶ ALEXY, R., *Teoría de los...*, *op. cit.*, p. 193.

⁵⁴⁷ Por ejemplo, *vid.* HOBBS, T., *Leviathan*, *op. cit.*, p. 143. BENTHAM, J., *Of Laws in...*, *op. cit.*, p. 253. JELLINEK, G., *System der Subjektiviten...*, *op. cit.*, p. 104.

⁵⁴⁸ Acerca de esta clasificación de las libertades, en un sentido similar, BENTHAM empleó los términos “naked” (libertades “desnudas”) para referirse a las “libertades no protegidas”, y “vested” (libertades “conferidas”) que vendrían a equivaler a las “libertades protegidas” en la terminología empleada por ALEXY. *Vid.* BENTHAM, J., *The Works of Jeremy Bentham*, J. Bowring (ed.), vol. 3, Russell & Russell, New York, 1962, p. 218.

⁵⁴⁹ ALEXY, R., *Teoría de los...*, *op. cit.*, pp. 194-196.

⁵⁵⁰ HOBBS, T., *Leviathan*, *op. cit.*, p. 85.

y la libertad se crea mediante la introducción de mandatos y no prohibiciones. La neutralidad del concepto de libertad no-protegida se manifiesta en el hecho de que, para el concepto de libertad negativa, resulta indiferente que las libertades sean consideradas como negaciones del deber ser o al deber ser como negación de las libertades. Por otra parte, ALEXY observa que las libertades no-protegidas no implican el derecho a no ser obstaculizado en el ejercicio de las libertades⁵⁵¹. En caso contrario, ello supondría un derecho a algo y no una simple combinación de permisos, con lo que la libertad no-protegida pasaría a ser una libertad protegida⁵⁵².

Una libertad no-protegida se origina cuando tanto una acción como su omisión están permitidas, lo cual puede producirse mediante un permiso explícito, esto es, puede apoyarse en una norma permisiva explícitamente estatuida; o bien a través de un permiso implícito, pudiendo fundamentarse en la falta de una norma de mandato o prohibición bajo la cual caiga la acción u omisión a calificar, es decir, “lo que no está prohibido, está permitido”⁵⁵³. En la medida en que permitan algo, las normas de derecho fundamental serán normas explícitamente permisivas⁵⁵⁴. ALEXY advierte acerca de los problemas que presenta el concepto de norma permisiva. A estos efectos, señala que la formulación kantiana del problema expresa que “una acción que no está ni ordenada ni prohibida está simplemente permitida porque con respecto a ella no existe ninguna ley que restrinja la libertad (competencia) y, por lo tanto, tampoco existe ningún deber (...). Con ello, podemos preguntarnos (...) sí para que alguien sea libre para hacer u omitir algo según su arbitrio se necesita, además de la ley de mandato (*lex praeceptiva, lex mandati*) y de la ley de prohibición (*lex prohibitiva, lex vetiti*), una ley permisiva (*lex permisiva*)”⁵⁵⁵. En opinión de THON, la norma permisiva era “un enunciado inútil y superfluo”, pues el ordenamiento jurídico solo crea Derecho mediante mandatos y prohibiciones que protegen la ejecución de algo que no está ni permitido ni prohibido⁵⁵⁶. En contra de esta tesis, la doctrina ha planteado objeciones en atención a las normas de derecho fundamental, pues las normas permisivas de derecho fundamental constituyen normas de rango constitucional; de modo que,

⁵⁵¹ HOHFELD, W.N., *Conceptos Jurídicos Fundamentales...*, op. cit., p. 43. BIERLING, E. R., *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe*, parte 2, op. cit., p. 324.

⁵⁵² ALEXY, R., *Teoría de los...*, op. cit., p. 196.

⁵⁵³ WRIGHT, G.H.v., *An Essay in Deontic Logic and the General Theory of Action*, North-Holland Publishing Company, Amsterdam, 1968, pp. 82 y ss. (versión en español: *Un ensayo de lógica deóntica y la teoría general de la acción*, traducido por Ernesto Garzón Valdés, 2ª edición, Instituto de Investigaciones Filosóficas, México, 1998). ALCHOURRÓN, C.E. y BULYGIN, E., *Normative Systems*, Vienna/New York, 1971, pp. 119 y ss. RAZ, J., *The Concept of a Legal System*, Oxford University Press, Oxford, [1970] 1997, pp. 170 y ss. (versión en español: *El concepto de sistema jurídico: una introducción a la teoría del sistema jurídico*, traducción, prólogo y notas de Rolando Tamayo y Salmorán, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1986).

⁵⁵⁴ ALEXY, R., *Teoría de los...*, op. cit., p. 197.

⁵⁵⁵ Vid. KANT, I., *La metafísica de las costumbres*, Tecnos, Madrid, 2005.

⁵⁵⁶ THON, A., *Rechtsnorm und subjektives Recht*, H. Böhlau, Weimar, 1878, p. 292. RAZ, J., *The Concept of...*, op. cit., pp. 172 y ss.

las normas de prohibición y mandato de rango inferior que prohíben u ordenan hacer u omitir algo que aquellas permiten las contradicen y, por tanto, son inconstitucionales. En este sentido, las normas permisivas de derecho fundamental tienen la función de fijar “los límites del deber ser”⁵⁵⁷ con respecto a las normas de rango inferior. La mera ausencia de normas de mandato y de prohibición no satisface esta función, sino que esta solo puede alcanzarse a través de normas permisivas de protección que prohíben al Estado ordenar o prohibir determinadas acciones, y normas negativas de competencia que niegan al Estado la competencia para prohibir u ordenar determinadas acciones. Sin embargo, estas normas permisivas de protección no permiten afirmar que una norma de prohibición o de mandato con rango inferior a la Constitución contradiga una norma permisiva de derecho fundamental. Respecto a ella tan solo pueden predicarse vulneraciones de las normas de prohibición por quien dicta la norma y el consecuente desbordamiento de los límites de su competencia. Desde la perspectiva del titular del derecho fundamental, las normas de derecho fundamental se presentan como normas que confieren permisos, de manera que, al menos, parece correcto aceptar la existencia de normas permisivas de derecho fundamental⁵⁵⁸.

Por lo que se refiere a las libertades protegidas, ALEXY concibe la protección del derecho fundamental de la libertad como un haz de derechos a algo y normas objetivas que aseguran a su titular la posibilidad de ejecutar las acciones permitidas, siendo posible hablar de una libertad protegida. Respecto de la estructura básica de la protección, HART ha señalado que la libertad aparece rodeada por un “perímetro protegido” (*protective perimeter*)⁵⁵⁹, el cual es diferente respecto de la protección con igual contenido que una libertad. Las libertades exclusivamente protegidas por este perímetro se configuran como libertades indirectamente protegidas, mientras que las protegidas por una protección de igual contenido son libertades directamente protegidas. Ambos tipos de protección pueden realizarse mediante normas que otorguen derechos subjetivos (protección subjetiva), o mediante normas que confieran derechos no-subjetivos (protección objetiva), derivándose de lo anterior cuatro tipos fundamentales de libertad protegida⁵⁶⁰.

Al respecto de la protección de las libertades de derecho fundamental, ALEXY afirma que toda libertad existe al menos frente al Estado y está protegida directa y subjetivamente por un derecho de igual contenido a que el Estado no impida al titular realizar el contenido de su libertad, es decir, por un derecho de defensa frente al Estado. Al reunir libertad y protección en el concepto de libertad protegida, resulta que esta consiste en la vinculación de una libertad no-protegida

⁵⁵⁷ WEINBERGER, C./O., *Logik, Semantik, Hermeneutik*, C.H. Beck, München, 1979, p. 115.

⁵⁵⁸ ALEXY, R., *Teoría de los...*, *op. cit.*, p. 199.

⁵⁵⁹ HART, H.L.A., “Bentham on Legal Rights”, *op. cit.*, pp. 180 y ss.

⁵⁶⁰ ALEXY, R., *Teoría de los...*, *op. cit.*, *ibidem*.

y un derecho a la no obstaculización de determinadas acciones. El derecho a la no obstaculización es un derecho a una acción negativa, correlativo a la prohibición de dicha acción. Las protecciones articuladas a través de prohibiciones son “protecciones negativas”. ALEXY señala que cuando se habla de derechos fundamentales como “derechos de defensa” se hace referencia a los derechos frente al Estado a acciones negativas que protegen libertades de derecho fundamental, los cuales otorgan competencia para hacer valer judicialmente sus vulneraciones. Al unir las tres posiciones (libertad jurídica, derecho a la no obstaculización por el Estado y competencia) para hacer valer judicialmente su vulneración, surge un derecho de libertad negativa frente al Estado. Una protección positiva de una libertad frente al Estado se origina a partir de la combinación de una libertad con un derecho a una acción positiva, lo cual no presenta dudas acerca de la protección de terceros, pero surgen problemas al respecto de los derechos prestacionales. Sin embargo, el profesor alemán advierte que referirse a un derecho prestacional o a la protección frente a terceros resulta estructuralmente indiferente, pues en ambos casos se trata de que al titular le sea fácticamente posible realizar aquello que está permitido y, consiguientemente, jurídicamente posible. Así pues, esta coincidencia justificaría denominar también como protección de la libertad a la vinculación de una libertad con un derecho prestacional en sentido estricto orientado al efectivo ejercicio de aquello para lo cual se tiene libertad⁵⁶¹.

2.4.2.3. Competencias

El propio ALEXY equipara el término “competencia” a las posiciones de poder o poder jurídico, autorización, facultad, derecho de configuración y capacidad jurídica. No obstante, el profesor alemán se inclina por el empleo del término competencia en virtud de su mayor precisión, ya que los términos y expresiones sinónimas antes mencionadas no acaban de serlo del todo, pues “poder” o “poder jurídico” se refieren a una realidad fáctica; el término “facultad” aparece más bien vinculado al concepto de permiso; los “derechos de configuración” representan tan solo algunas competencias; y el empleo de la expresión “capacidad jurídica” resulta de difícil manejo. En un sentido negativo, la competencia a la que se refiere ALEXY no se refiere a la organización de los poderes del Estado (competencia en sentido jurídico-organizacional), en virtud de la cual determinados funcionarios conocen de determinados asuntos y a la que subyace un determinado concepto de jurisdicción.

En función del criterio de la modificación de la situación jurídica, quien tenga competencia podrá modificar situaciones jurídicas. Esta modificación puede ser descrita tanto como una creación de normas individuales o generales, en sentido kelseniano; o como una modificación de las posiciones jurídicas de los sujetos de

⁵⁶¹ ALEXY, R., *Teoría de los...*, op. cit., p. 443 y ss.

derecho, como ha señalado LINDAHL. Por lo demás, debe distinguirse la competencia del permiso, ya que mientras que aquella acción que constituye el ejercicio de una competencia está permitida; una acción que representa una conducta simplemente permitida no constituye el ejercicio de una competencia, pues las acciones permitidas no suponen necesariamente la modificación de la situación jurídica. También resulta posible realizar este contraste al respecto de la negación de dichos conceptos, pues la negación de un permiso resulta en una prohibición; mientras que negar una competencia equivale a afirmar una incompetencia. Además, las competencias incluyen la capacidad de acción del individuo, en tanto que suponen un poder hacer jurídico conferido por el ordenamiento, poder que se encuentra en oposición con lo meramente permitido⁵⁶². No obstante, ALEXY señala que para distinguir entre poder fáctico y competencia no es posible emplear el criterio de la modificación de la situación jurídica, pues no toda acción que modifica una posición jurídica consiste necesariamente en el ejercicio de una competencia⁵⁶³.

Para poder diferenciar aquellas acciones que modifican una situación jurídica y no son una competencia de aquellas que sí lo son, se ha de considerar que las acciones que representan el ejercicio de una competencia constituyen acciones institucionales. Estas acciones pueden realizarse no solo con base en capacidades naturales, sino que presuponen reglas constitutivas de las mismas⁵⁶⁴. La contrapartida de las reglas constitutivas son las reglas regulativas referidas a acciones que pueden existir con independencia de ellas⁵⁶⁵. En el ámbito jurídico, las normas constitutivas equivalen a las denominadas “normas de competencia” o “normas de autorización”, las cuales se contraponen a las normas de conducta o comportamiento. Las normas de competencia pueden subdividirse a su vez en normas sobre el sujeto de la competencia, normas procedimentales de competencia y normas materiales de competencia⁵⁶⁶. Mientras que las normas de competencia crean la posibilidad de actos jurídicos y la capacidad de modificar posiciones jurídicas por medio de tales actos; las normas de comportamiento, por su parte, no crean alternativas de acción, pues tan solo califican determinadas acciones al estatuir obligaciones, derechos a algo y libertades⁵⁶⁷.

⁵⁶² JELLINEK, G., *System der Subjektiven...*, *op. cit.*, p. 47.

⁵⁶³ ALEXY ejemplifica este extremo tomando el paradigma de una acción delictiva, ya que la consumación del delito no se considera el ejercicio de una competencia, lo cual le lleva a rechazar el intento de HOHFELD de definir el concepto de poder en función del control volitivo. *Vid.* HOHFELD, W.N., *Conceptos Jurídicos Fundamentales...*, *op. cit.*, p. 51.

⁵⁶⁴ SEARLE, J.R., *Speech Acts*, *op. cit.*, p. 33 y ss. AUSTIN, J.L., “Performative Utterances”, en AUSTIN, J.L., *Philosophical Papers*, 2nd edition, London/Oxford/New York, 1970, pp. 233 y ss. ROSS, A., *Directives and Norms*, *op. cit.*, pp. 53 y ss. MACCORMICK, N., “Law as Institutional...”, *op. cit.*, pp. 105 y ss. AUSTIN, J.L., *How to do Things with Words*, Harvard University Press, Cambridge, 1975, p. 19 (*vid.* versión en español: *Cómo hacer cosas con palabras*, traducido por Genaro R. Carrió y Eduardo A. Rabossi, Barcelona, Paidós, 2016).

⁵⁶⁵ SEARLE, J.R., *Speech Acts*, *op. cit.*, p. 33.

⁵⁶⁶ ROSS, A., *Directives and Norms*, *op. cit.*, p. 130.

⁵⁶⁷ ALEXY, R., *Teoría de los...*, *op. cit.*, p. 206.

Además, ALEXY evalúa los intentos por reconducir las normas de competencia a normas de comportamiento o la competencia jurídica a permisos, mandatos o prohibiciones mediante dos vías. La primera vía ha pretendido considerar las consecuencias jurídicas derivadas del incumplimiento de las normas de competencia como una sanción⁵⁶⁸ y el cumplimiento de la norma de competencia como un medio para eludir dicha sanción. No obstante, esta aproximación no permite percibir el carácter constitutivo de las normas de competencia. Al respecto, ALEXY advierte que considerar el aspecto del incumplimiento permite ver con más claridad la distinción existente entre normas de competencia y normas de comportamiento, pues el incumplimiento de una norma de competencia no conduce a la ilicitud, como ocurre en el caso de las normas de comportamiento en tanto que regulativas, sino a la nulidad o al carácter defectuoso del acto. Por lo demás, cuando un comportamiento que supone el incumplimiento de una norma de competencia es calificado como ilícito, se presupone la presencia de una norma de comportamiento que ordena el ejercicio correcto de dicha competencia que acompaña a la norma de competencia⁵⁶⁹.

La segunda vía consiste en concebir los hechos naturales o sociales que constituyen el supuesto de hecho de la norma de competencia como presupuestos de validez de las normas de comportamiento. En este sentido, las normas de competencia son lógicamente reducibles a las normas de comportamiento, puesto que las primeras establecen la obligación de actuar observando las segundas, cuando estas hayan sido establecidas en atención al procedimiento normativamente prescrito⁵⁷⁰. No obstante, con ello no se contempla la posición del titular de la competencia, la cual resulta de suma importancia. Un modelo que simplemente elabore cadenas de presupuestos para los mandatos, las prohibiciones y los permisos no podrá explicar adecuadamente ni la estructura escalonada del ordenamiento jurídico ni la autonomía privada. Sin el concepto de competencia, la posición del ciudadano solo podría ser descrita como la del destinatario de mandatos, prohibiciones y permisos (relacionales y no-relacionales) y no como la de un “legislador privado” (*private legislator*)⁵⁷¹. Su competencia privada de configuración jurídica solo sería concebible como la posibilidad fáctica de producir consecuencias jurídicas mediante algún comportamiento. De este modo, la diferencia entre una competencia y la posibilidad de provocar consecuencias jurídicas mediante el ejercicio de acciones delictivas se desdibujaría.

Adicionalmente, ALEXY apunta la posibilidad de establecer una tercera vía para la justificación de la referida tesis de la reducción. En este sentido, el

⁵⁶⁸ Esto es, la nulidad o la anulabilidad de las normas creadas. *Vid. Idem.*

⁵⁶⁹ ALEXY, R., *Teoría de los...*, *op. cit.*, p. 207.

⁵⁷⁰ ROSS, A., *Directives and Norms*, *op. cit.*, p. 113.

⁵⁷¹ HART, H.L.A., *The Concept of Law*, *op. cit.*, p. 41.

contenido normativo de una competencia coincidiría con la clase de los mandatos, prohibiciones y permisos (de nuevo, relacionales y no-relacionales) que esta habilita. Del mismo modo que la introducción de modalidades relacionales no modifica la unidad del deber ser, sino que simplemente conduce a una cualificación del deber ser como deber ser relacional, la introducción del concepto de competencia tampoco introduce ninguna modificación. El concepto de deber ser logra simplemente una cualificación adicional en tanto deber ser posible⁵⁷². De aquellas posiciones otorgadas por una norma de competencia que habilita a los sujetos para modificar posiciones jurídicas de terceros, pudiendo incluso crear posiciones jurídicas que no existirían con anterioridad, ALEXY deriva una relación triádica del tipo: “*a* tiene frente a *b* la competencia para crear una posición jurídica *PJ* de *b*”. ALEXY denomina “*C*” al operador triádico de competencia, obteniendo: *Cab (PJb)*⁵⁷³. Al igual que HOHFELD, ALEXY señala que también al respecto de las competencias resulta posible formar relaciones conversas, de modo que la relación conversa a la competencia sería la sujeción: “si *a* tiene frente a *b* la competencia para modificar una posición jurídica de *b*, cabe afirmar la existencia de una relación de sujeción al respecto de la posición de *b* frente a *a*”⁵⁷⁴. ALEXY nombra la relación de sujeción mediante “*S*”, obteniendo así: *Cab (PJb) Sba (PJb)*⁵⁷⁵. De la negación de estas relaciones, ALEXY concluye que la incompetencia supone necesariamente la no-sujeción⁵⁷⁶.

3. El consentimiento informado del paciente como derecho subjetivo

Una vez estudiada la formación, evolución y consolidación del concepto de derecho subjetivo, además de diferentes planteamientos doctrinales acerca de su comprensión, definición y clasificación, resta trasladar tales parámetros al supuesto concreto que da título a la presente tesis, esto es, el consentimiento informado, entendido como una posición jurídica subjetiva del paciente. Dado que en este punto la principal pretensión es la aplicación y puesta en práctica de las anteriores propuestas teóricas a la regulación vigente en la materia, se hace indispensable tomar en consideración aquella parte del ordenamiento jurídico español dedicada a la regulación del consentimiento informado del paciente. Así pues, y a pesar de que un análisis jurídico más detallado será el objeto de estudio del último capítulo, se ha considerado oportuno introducir en esta sección algunos

⁵⁷² ALEXY, R., *Teoría de los...*, op. cit., p. 208.

⁵⁷³ ALEXY, R., *Teoría de los...*, op. cit., p. 209.

⁵⁷⁴ ROSS, A., *Directives and Norms*, op. cit., pp. 119 y 132. Por su parte, HOHFELD emplea el término “sujeción”. Vid. HOHFELD, W.N., *Conceptos Jurídicos Fundamentales...*, op. cit., p. 36.

⁵⁷⁵ ALEXY, R., *Teoría de los...*, op. cit., *ibidem*.

⁵⁷⁶ HOHFELD, W.N., *Conceptos Jurídicos Fundamentales...*, op. cit., pp. 36, 50 y ss. ROSS, A., *Directives and Norms*, op. cit., p. 119.

aspectos relevantes de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente (LBAP)⁵⁷⁷ y otras normas afines, a los efectos de ilustrar la explicación del consentimiento informado como una posición jurídica del paciente.

3.1. El consentimiento informado del paciente como un “deber” en sentido kelseniano

Como se recordará, KELSEN rechazó la distinción entre Derecho objetivo y subjetivo, pues consideraba que todo el Derecho era invariablemente objetivo y público, pues también impugnó la tradicional distinción entre Derecho público y privado. Con todo, el profesor austriaco consideró de alguna manera la categoría de derecho subjetivo, si bien no como esencial, sino como una simple técnica jurídica en manos de los ordenamientos jurídicos capitalistas, orientada a la participación de los individuos en la creación normativa, en tanto que a través del ejercicio de la acción judicial prevista por una norma general que garantiza y protege una cierta posición subjetiva de los individuos, la voluntad de su titular se configura como un requisito para la creación de una norma individual, a saber, el fallo de la sentencia judicial. En este sentido, KELSEN enfatizó la prioridad de los deberes sobre los derechos en la formación del orden jurídico, pudiendo incluso observarse la presencia aislada de deberes, esto es, desprovistos de derechos subjetivos correlativos, cuestionando o, al menos, relativizando la tesis de la correlatividad. Así pues, todo el Derecho sería reconducible a un conjunto de modalidades deónticas que orientan la conducta de los miembros de la comunidad jurídico-política.

Así pues, en atención al planteamiento monista y estrictamente jurídico propuesto por KELSEN, el consentimiento informado del paciente se ha de definir principalmente a partir del conjunto de normas que establecen los deberes de los profesionales sanitarios en la materia, además de los mecanismos jurídicos (acción procesal) en manos de los pacientes y orientados al resarcimiento derivado del incumplimiento de los deberes establecidos por la norma. Por lo que aquí interesa, las normas dirigidas a la prescripción de ciertas conductas de los profesionales sanitarios, a saber, otorgar determinada información al paciente y obtener su autorización con carácter previo a la realización de la intervención o inicio del tratamiento propuesto, se derivan de las previsiones recogidas en la LBAP y leyes autonómicas promulgadas en la materia⁵⁷⁸. Estas normas prescriben una serie de

⁵⁷⁷ Publicada en «BOE» núm. 274, de 15 de noviembre de 2002. Referencia: BOE-A-2002-22188.

⁵⁷⁸ Por lo que respecta al ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Galicia, lugar en el que se encuentra quien escribe, se ha de estar a lo establecido en la Ley 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes, se ocupa de la materia objeto de estudio (publicado en «DOG» núm. 111, de 8 de junio de 2001. También en «BOE» núm. 158, de 3 de julio de 2001. Referencia: BOE-A-2001-12770. Última modificación: 21 de marzo de 2005).

conductas o comportamientos de los profesionales de la salud correlativas a derechos subjetivos de los pacientes, en tanto que destinatarios de la conducta debida, a salvo de las cuestiones de capacidad que puedan aplicar al caso concreto. No obstante, en las referidas normas de conducta no se atisba el régimen de responsabilidad derivado del incumplimiento de las conductas descritas, el cual se encuentra disperso en otras partes del ordenamiento jurídico español⁵⁷⁹. Como se tendrá ocasión de mostrar, en estos cuerpos normativos figuran normas concretas de competencia que permiten al paciente reclamar y resarcirse ante eventuales incumplimientos de las normas de conductas descritas por la legislación en materia de consentimiento informado. Por consiguiente, mientras que la LBAP y las leyes autonómicas contienen posiciones jurídicas subjetivas de los pacientes susceptibles de ser denominadas “derechos subjetivos reflejos” en sentido kelseniano, en la legislación en materia de responsabilidad médica se recogen los “derechos subjetivos en sentido técnico”, titularidad del paciente, en tanto que le conceden la posibilidad de accionar ante los tribunales y resarcirse (o desencadenar la ejecución de la sanción, según los casos) frente al eventual incumplimiento de sus posiciones subjetivas reflejas.

Por lo que respecta a la subjetivación del Derecho y a la titularidad de las posiciones jurídicas en materia de consentimiento informado, el concepto jurídico de persona, en tanto que centro individual de imputación, se concreta de manera primaria en el concepto jurídico de “médico responsable”⁵⁸⁰ o “profesionales sanitarios”⁵⁸¹, y secundariamente en el de “paciente”⁵⁸², en atención al carácter preferente que los deberes presentan frente a los derechos en la tesis de KELSEN.

⁵⁷⁹ A saber: el Código Civil (Publicado en «Gaceta de Madrid» núm. 206, de 25/07/1889. Referencia: BOE-A-1889-4763. Última actualización publicada el 04/08/2018); la legislación administrativa, en concreto la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (publicado en «BOE» núm. 236, de 02/10/2015. Referencia: BOE-A-2015-10566. Última actualización publicada el 15/01/2019); y, en última instancia, el Código Penal (publicado en «BOE» núm. 281, de 24/11/1995. Referencia: BOE-A-1995-25444. Última actualización publicada el 02/03/2019).

⁵⁸⁰ La LBAP define en su artículo 3 (párrafo 11º) la figura del “médico responsable” como “el profesional que tiene a su cargo coordinar la información y la asistencia sanitaria del paciente o del usuario, con el carácter de interlocutor principal del mismo en todo lo referente a su atención e información durante el proceso asistencial, sin perjuicio de las obligaciones de otros profesionales que participan en las actuaciones asistenciales”.

⁵⁸¹ A lo largo de la explicación se empleará con frecuencia el término “profesionales sanitarios” o “profesionales de la salud” (en tanto que personas encargadas de proporcionar la asistencia sanitaria) en atención a la previsión efectuada por el artículo 4.3 LBAP, pues si bien es cierto que en este se establece que “el médico responsable del paciente le garantiza el cumplimiento de su derecho a la información”; a continuación, en el mismo precepto se añade que “los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto también serán responsables de informarle”. De lo anterior se desprende la mayor conveniencia de emplear el término “profesionales sanitarios” o “de la salud” a los efectos de describir la titularidad de los deberes de información en materia de consentimiento informado, en tanto que término comprensivo de todos los sujetos responsables.

⁵⁸² Por su parte, el mencionado artículo 3 (párrafo 12º) LBAP define “paciente” como “la persona que requiere asistencia sanitaria y está sometida a cuidados profesionales para el mantenimiento o recuperación de su salud”.

Por lo tanto, el Derecho se subjetiva principalmente a través de la posición de los profesionales sanitarios obligados a observar las conductas prescritas en la norma y, secundariamente, mediante la posición de los pacientes titulares de los “derechos subjetivos reflejos” a dichas obligaciones, junto con las normas de competencia establecidas en el ordenamiento jurídico (“derechos subjetivos en sentido técnico”), que conceden al paciente acciones procesales orientadas a la garantía de su posición frente a eventuales incumplimientos de las mencionadas normas de conducta.

En atención al planteamiento kelseniano, lo hasta aquí señalado sería aquello que a la ciencia del Derecho importa, al margen de cualquier elemento extrajurídico que no haría más que contaminar el concepto estrictamente jurídico de consentimiento informado del paciente, que en realidad tendría un carácter secundario, siendo preferible emplear de manera primaria la expresión deberes subjetivos de los profesionales de la salud para denominar el resultado de la subjetivación del Derecho, pues en realidad se configura como el precedente que define la posición jurídica subjetiva del paciente. Consecuentemente, este planteamiento estrictamente jurídico llegaría al punto de desconocer el fundamento y las razones que sustentan tales posiciones subjetivas, que no interesan a la teoría pura. La simple constatación de un proceso legislativo válido sería suficiente para fundamentar la existencia de tales posiciones jurídicas subjetivas sin necesidad de mayor argumentación, al menos en el plano jurídico. Sin embargo, como se desprende de las conclusiones críticas relativas al planteamiento kelseniano anteriormente apuntadas, esta conclusión parte de un rechazo injustificado de la convergencia de realidades ontológicas y deontológicas, cuya convivencia es considerada por quien escribe como inherente a la percepción y el pensamiento humanos. Estos elementos de crítica son lo suficientemente fuertes como para justificar aproximaciones que permitan incluir en la descripción de las posiciones jurídicas subjetivas elementos de fundamentación, en un intento por alcanzar una versión aproximada a la concepción no-positivista, mas sin negar la evidente oportunidad del planteamiento de KELSEN, especialmente al respecto de la primacía de los deberes sobre los derechos.

3.2. El consentimiento informado del paciente como una “pretensión” o “derecho en sentido estricto” hohfeldiano

El consentimiento informado del paciente es habitualmente calificado como un “derecho” en manos de este, lo cual se desprende de la propia regulación jurídica disponible en la materia⁵⁸³. A pesar de ello, algún sector doctrinal ha

⁵⁸³ Véase, por ejemplo, el artículo 2.3 LBAP, en el cual se establece que “el paciente o usuario tiene derecho a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles”; asimismo el apartado 4º de dicho precepto reza lo siguiente: “todo paciente o usuario tiene derecho a negarse al tratamiento”. A efectos ilustrativos, baste señalar que el término

señalado la adecuación de concebir dicha posición jurídica del paciente como una “inmunidad”⁵⁸⁴, considerando su equivalencia a un deber de abstención del profesional sanitario frente a intervenciones o tratamientos no autorizados, además de conllevar un deber de respeto hacia la voluntad autónoma del paciente, que no ha de subordinarse a las decisiones del profesional y en tanto que esfera libre de injerencia del titular, configurándose como un derecho negativo o de defensa⁵⁸⁵.

Sin embargo, a los efectos de incardinar el consentimiento informado del paciente en el esquema trazado por HOHFELD, tal y como aparece descrito en el ordenamiento jurídico español, preliminarmente se ha de señalar que se trata de una posición jurídica con una estructura compleja compuesta por dos niveles o etapas. En este sentido, el primer nivel aparece descrito por los deberes de información del médico al paciente, como requisito previo a la eventual autorización de la intervención médica por parte del paciente o sus representantes, e indispensable para poder hablar de verdadero “consentimiento informado”, pues un consentimiento sin información previa tan solo podría calificarse como consentimiento básico o consentimiento “a secas”. En el segundo nivel se encuentra la eventual autorización del paciente o de sus representantes a la intervención médica propuesta, la cual deberá guardar los requisitos formales legalmente establecidos, pudiendo dicho paciente elegir entre las alternativas que se le presenten, incluyendo la posibilidad de rechazar uno, varios o todos los tratamientos o intervenciones propuestas, según los casos. En tercer lugar, adicionalmente, se podría señalar un deber de prestación del servicio por parte del médico, si bien este deber no se desprende propiamente de las exigencias derivadas del consentimiento informado, sino que más bien se trata de un deber que excede la descripción de dicha posición jurídica del paciente y que vendría a explicar una realidad mayor dentro de la cual se engloba el propio consentimiento informado del paciente, a saber, una relación de prestación de servicios sanitarios presidida, al menos en España, por el derecho a la protección de la salud. Con todo, se ha de señalar una cierta relación entre ambas realidades, pues el consentimiento informado del paciente carece de sentido desvinculado de una relación de prestación de servicios sanitarios, con independencia de que esta sea de naturaleza privada o pública. A pesar de lo anterior, parece aconsejable efectuar un análisis diferenciado de ambos supuestos, especialmente en atención a la

“derecho” es empleado por el legislador estatal en un total de 73 ocasiones a lo largo de la LBAP. Por lo que se refiere a la ley gallega el concepto es empleado 33 veces.

⁵⁸⁴ GARCÍA LLERENA, V.M., *Una concepción iusfundamental del consentimiento informado. La integridad física en investigación y medicina*, Sociedad Internacional de Bioética (SIBI)-Junta General del Principado de Asturias, Madrid, 2012, p. 77.

⁵⁸⁵ En este sentido, SEOANE ha afirmado que “la autonomía decisoria se presenta como un derecho negativo o de defensa, por lo que entenderla como una libertad jurídica o una facultad de autodeterminación exigiría una ampliación de su fundamento constitucional, probablemente extendiéndolo al derecho a la vida recogido en el artículo 15 CE”. Vid. SEOANE, J.A., “La construcción jurídica de la autonomía del paciente”, *EIDON* 39, 2013.

descripción del consentimiento informado efectuada por el propio ordenamiento jurídico.

De este modo, al acudir a la redacción de los artículos 4 y 8 LBAP, en donde se regulan los derechos a la información asistencial y al consentimiento, respectivamente⁵⁸⁶, parece posible afirmar que ambos preceptos constituyen normas de conducta, en cuyas proposiciones se establecen deberes concretos para los profesionales sanitarios. De este modo, el artículo 4.3 LBAP establece que “[e]l médico responsable del paciente le garantiza el cumplimiento de su derecho a la información. Los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto también serán responsables de informarle”. Por su parte, el artículo 8.1 del mismo cuerpo legal señala que “[t]oda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso”. Por lo tanto, en atención a la clasificación hohfeldiana, cabe afirmar la existencia de dos derechos subjetivos en sentido estricto del paciente, a los que este accedería mediante su colocación en el estatus positivo propuesto por JELLINEK, correlativos a los deberes de información y autorización previa de los profesionales sanitarios, en virtud de su colocación en el estatus *subiectionis*. Si se acepta lo anterior, entonces no parece posible afirmar en ningún caso la presencia de una posición de “inmunidad” del paciente, ni siquiera circunscrita a la estricta posibilidad de rechazo del tratamiento o intervención por este, pues correlativamente se estaría afirmando la presencia de una incompetencia del médico a intervenir en la salud del paciente, lo cual resultaría inadmisibles por dos razones: en primer lugar, la norma que establece las posiciones jurídicas relativas al médico y al paciente no se trata de una norma de competencia ni su negación, sino de una norma de conducta en la que se establece cómo los médicos han de dirigir su actuación en el marco de la relación médica asistencial; en segunda instancia, la actuación de los profesionales sanitarios constituye un acto puramente físico o natural y no jurídico, de manera que no se entiende como una supuesta competencia del médico podría suponer un cambio en la posición jurídica de la contraparte, por ejemplo en el caso de que el paciente estuviera sujeto a una intervención o tratamiento médico en virtud de la excepción prevista en el 9.2.a) LBAP relativa a la existencia de un riesgo para la salud pública.

A pesar de lo anteriormente señalado, resultaría asimismo posible emplear el par conceptual hohfeldiano “competencia”/“sujeción” para describir las posiciones subjetivas del paciente y del médico derivadas del consentimiento informado del

⁵⁸⁶ Como se tendrá ocasión de explicar más detenidamente con posterioridad, se propone aquí como aconsejable hablar de “derecho a la información”, de una parte; y “derecho a la libre elección o decisión”, de otra. El objetivo de tal propuesta consiste en evitar la confusión de la parte por el todo, pues podría parecer que el consentimiento informado del paciente está solo constituido por la autorización, lo cual se evidencia como inadecuado en consideración de la estructura compleja de la posición jurídica objeto de análisis.

primero, si bien para que ello sea posible se ha de concebir el consentimiento informado específicamente como la renuncia efectuada por el paciente respecto de su derecho a la integridad física⁵⁸⁷, en tanto que en realidad este vendría a permitir, a través de una autorización dirigida a los profesionales de la salud, el traspaso de los límites jurídicos dirigidos a la salvaguardia de su incolumidad corporal entendida como una inmunidad. Solo en este sentido se podrá sostener que el consentimiento informado presupone una norma de competencia en manos del paciente, quien podrá (esto es, será competente para) modificar la posición deudora del médico, dejándola en suspenso mediante su autorización en el sentido de la renuncia a su derecho a no ser físicamente traspasado. En este sentido, el médico estará sujeto a la competencia del paciente (estatus positivo) quien, en última instancia, decidirá si la posición deudora del médico (estatus *subiectionis*) permanece o decae en virtud de su autorización. Con todo, a pesar de que ambas interpretaciones conceptuales parecen verosímiles (es decir, consentimiento como derecho en sentido estricto o, alternativamente, como competencia del paciente), lo cierto es que la redacción de las proposiciones normativas previstas en la LBAP parece indicar la presencia de normas de conducta dirigidas a los profesionales de la salud. Además, la comprensión del consentimiento informado del paciente como un derecho en sentido estricto constituye una concepción generalmente más extendida y mayoritariamente aceptada, lo cual constituye un argumento más a favor de su definición en tal sentido.

Además, los preceptos de la LBAP anteriormente señalados mencionan expresamente la posibilidad de renuncia por el paciente a recibir la información y otros supuestos excepcionales en los decaen los deberes correlativos al consentimiento informado. Así, respecto de los supuestos de renuncia al derecho a recibir la información, el artículo 4.1 LBAP señala que “toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada”. En este mismo sentido, el artículo 9.1 LBAP, referido a los “límites del consentimiento informado y consentimiento por representación”, señala que “cuando el paciente manifieste expresamente su deseo de no ser informado, se respetará su voluntad haciendo constar su renuncia documentalmente, sin perjuicio de la obtención de su consentimiento previo para la intervención”. De estas previsiones legales se desprende el reconocimiento de la validez de un consentimiento básico en aquellos supuestos de renuncia por parte del paciente de su derecho a recibir información, lo cual pone en la pista del carácter auxiliar o instrumental del elemento de la información.

Por lo demás, la renuncia de la información efectuada por el paciente también presenta implicaciones conceptuales en atención al esquema hohfeldiano. Así, si se ha entendido la información como un deber de conducta del médico correlativo al

⁵⁸⁷ Vid. MANSON N.C., O'NEILL, O., *Rethinking informed consent in bioethics*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, p. 187.

derecho del paciente a recibirla, entonces su renuncia supondrá un “privilegio” del médico, pues su posición deudora quedará en suspenso, pasando el derecho a la información del paciente a constituir un “no-derecho” en virtud de su propia renuncia. No obstante, ello implica un cambio en la posición jurídica del médico, quien pasa de ser deudor a no-deudor, lo cual se contradice con el empleo de los pares conceptuales hohfeldianos “privilegio”/“no-derecho”, los cuales aparecen circunscritos al ámbito de las normas de conducta y, tal y como se ha expresado parece que más bien se trataría de una competencia del paciente, quien, a través de una declaración de voluntad, libera al médico de dicha posición deudora, lo cual de aceptarse hablaría a favor del empleo del par conceptual hohfeldiano “competencia”/“sujeción”. Sin embargo, cabe la posibilidad de afirmar que, tal y como se desprende de la propia redacción de la LBAP, una vez más parece que las proposiciones normativas señaladas introducen normas de conducta dirigidas al médico (téngase en cuenta de que la norma habla incluso de derecho a no ser informado y deber de respeto de dicha voluntad), lo cual parece apuntar a que el legislador ha optado por el establecimiento de una norma de conducta y no de competencia, de manera que el empleo de los conceptos hohfeldianos “derecho”/“deber” y sus opuestos “no-derecho”/“privilegio” serían más próximos al espíritu de la propia norma.

Sin embargo, por lo que respecta al deber relativo a la obtención de autorización previa, no parece posible afirmar su renuncia, siendo en todo caso necesaria la obtención de, al menos, un consentimiento básico del paciente, esto es, no informado⁵⁸⁸. No obstante, la propia LBAP, en su artículo 9.2, prevé dos supuestos en los que los profesionales médicos podrán llevar a cabo la intervención sin necesidad de contar con el consentimiento del paciente, de manera que el deber de obtención de autorización previa decae, pudiendo cuestionarse si en tales casos la provisión de información presenta algún sentido, especialmente si se considera su carácter auxiliar respecto del proceso decisorio y la eventual concesión de autorización por paciente al médico para realizar la intervención. Estas previsiones se refieren, en concreto, a los supuestos de riesgo para la salud pública y emergencia médica no siendo posible recabar el consentimiento del paciente ni de sus familiares⁵⁸⁹. En estos casos en los que los deberes de los profesionales médicos quedan en suspenso para el supuesto concreto, resulta posible afirmar la existencia de un privilegio hohfeldiano, en tanto que los derechos del paciente quedan asimismo en suspenso en el caso concreto, es decir, el paciente pasa a tener un no-derecho, al igual que ocurría en el supuesto de su renuncia voluntaria, si bien en los supuestos del 9.2. a) y b) LBAP

⁵⁸⁸ Como se verá en el apartado correspondiente al estudio del consentimiento informado del paciente en el ordenamiento jurídico español, la fase decisoria resulta materialmente inalienable, pues el propio contenido de la posición coincide con el contenido de su eventual renuncia, de modo que la propia renuncia supone el ejercicio del derecho por su titular.

⁵⁸⁹ Artículo 9.2, a) y b) LBAP.

tal suspensión se justifica en virtud de la protección de un bien jurídico considerado superior, esto es, la salud pública y la vida del paciente en supuestos de emergencia, respectivamente⁵⁹⁰.

3.3. El consentimiento informado del paciente como un “derecho a algo” en el planteamiento de ALEXY

En atención a la estructura de los denominados “derechos a algo” trazada por ALEXY, quien los ha descrito como relaciones triádicas entre el titular del derecho, el titular de la obligación y el objeto del derecho, cabe afirmar que las posiciones subjetivas derivadas del consentimiento informado del paciente presentan un encaje adecuado en dicha descripción. De nuevo, se ha de distinguir aquí las dos fases antes señaladas, esto es, una fase informativa previa y una fase decisoria posterior. Así pues, de lo anterior se pueden derivar dos enunciados conectados a través del carácter auxiliar que la fase informativa presenta respecto de la decisoria, a saber: a) “los pacientes tienen frente a los profesionales de la salud derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma”⁵⁹¹; y b) “el paciente tiene frente a los profesionales de la salud el derecho a consentir libre y voluntariamente toda actuación en el ámbito de su salud, una vez que, recibida la información, haya valorado las opciones propias del caso”⁵⁹².

Así pues, el consentimiento informado del paciente se traduce en una determinada actuación de los profesionales de la salud, esto es, otorgar información y solicitar autorización previa a la intervención en la salud del paciente. Si bien resulta evidente que el supuesto relativo a la fase informativa se refiere a una actuación positiva o hacer de los profesionales de la salud, es decir, suministrar al paciente toda la información disponible acerca de una actuación en el ámbito de su salud; en el caso relativo a la fase decisoria, no resulta tan claro que se desprenda una acción positiva de los profesionales de la salud. En este sentido, se podría afirmar que, en esta segunda fase, se trata de otorgar protección frente eventuales violaciones de la integridad física del paciente, es decir, se refiere al deber de no intromisión de los profesionales de la salud en el ámbito de la incolumidad corporal del paciente sin su autorización, configurándose por lo tanto como una acción negativa u omisión, es decir, no intervenir sin autorización. Sin embargo, si se comprende que las posiciones jurídicas referidas se insertan en el contexto de la relación médica asistencial, cabe concluir que, dada la necesidad de provisión de información previa y, por lo tanto, un proceso comunicativo del cual también ha de formar parte necesariamente el paciente (eventualmente

⁵⁹⁰ Estos casos en los que existe una razón constitucional (salud pública o situación de emergencia) para dejar en suspenso en derecho de libre elección o decisión del paciente muestran con claridad el carácter no absoluto de tal derecho.

⁵⁹¹ *Vid.* 4.1 y 3 LBAP.

⁵⁹² *Vid.* 8.1 LBAP.

solicitando información adicional, trasladando preocupaciones concretas a los profesionales de la salud que lo asisten o renunciando a su derecho a la información), la solicitud de autorización ocurrirá de manera activa por el médico una vez otorgada la información y finalizados los procesos de deliberación y decisión por el paciente con la asistencia del primero. Así pues, los deberes de los profesionales de la salud derivados de la fase del consentimiento en sentido estricto gozan de una naturaleza más ambigua, pudiendo considerarse tanto una omisión (no intromisión) como alternativamente un hacer (solicitar autorización).

Aunque, a simple vista, pueda parecer que estas precisiones no son demasiado relevantes, lo cierto es que presentan derivaciones respecto de la estructura conceptual del consentimiento informado, pues si se entiende que la fase decisoria se traduce en un deber de no-intromisión o no-injerencia de los profesionales de la medicina en el cuerpo del paciente, entonces una autorización del paciente en sentido afirmativo a la intervención en su salud equivaldrá a la renuncia a su derecho a no ser corporalmente traspasado (integridad corporal), de manera que el paciente libera al médico de su deber de omitir, otorgándole a su vez una autorización para actuar, lo cual implica una modificación de la posición jurídica del médico, que pasa de una posición de deber a otra de privilegio (o no-deber) en sentido hohfeldiano. Si se acepta lo anterior, entonces la autorización otorgada por el paciente podría equivaler al ejercicio de una competencia por este.

Correlativamente, ALEXY señala que la relación triádica de los derechos antes apuntada es lógicamente equivalente a una relación triádica del deber, en tanto que los enunciados sobre derechos a algo como los enunciados sobre las obligaciones relacionales describen la misma realidad desde diversas perspectivas. Así pues, también cabría expresar las dos fases relativas al consentimiento informado del paciente a partir de los siguientes enunciados: a) “está ordenado que los profesionales de la salud otorguen al paciente toda la información disponible con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud”; y b) “está ordenado que los profesionales de la salud obtengan el consentimiento del paciente a someterse a cualquier actuación en el ámbito de su salud de manera libre y voluntaria”, o, alternativamente b’) “está prohibido que los profesionales de la salud intervengan en el ámbito de la salud del paciente sin obtener su consentimiento libre y voluntario”. De este modo, quedaría demostrada aquella tesis de ALEXY que afirma que cualquier enunciado referido a derechos relacionales puede ser traducido a enunciados acerca de obligaciones relacionales, expresados a través del operador del mandato deóntico triádico.

Como ya se ha adelantado, entender el consentimiento del paciente como la renuncia a su derecho a no ser corporalmente traspasado por una actuación no autorizada de los profesionales de la salud podría suponer la afirmación de una competencia en manos del paciente para modificar la posición jurídica del médico, pues la conducta del este último referida a la intervención médica pasaría de estar

prohibida (deber de abstención) a estar permitida (privilegio de intervenir). Lo anterior pone en la pista de los paralelismos existentes entre los pares conceptuales de opuestos hohfeldianos “deber”/“privilegio” respecto de los de “mandato” o “prohibición”/“permiso”, respectivamente⁵⁹³. En tal sentido, parece verosímil afirmar que un privilegio, según la propuesta de HOHFELD, no dista mucho de la idea de permiso, en tanto que negación de los correspondientes mandatos y prohibiciones, en el sentido señalado por ALEXY. Sin embargo, se podría objetar que el médico, una vez recibida la autorización del paciente en sentido afirmativo a la intervención, ha de llevar obligatoriamente a cabo la actuación médica en virtud de sus deberes profesionales, a salvo de un eventual supuesto de objeción de conciencia en los supuestos legalmente tasados. Si se acepta lo anterior, entonces cabe concluir que la autorización del paciente en sentido afirmativo no sustituye un deber de abstención del médico por un privilegio o permiso para traspasar los límites de su integridad corporal, sino que se trata de la sustitución de un deber por otro, a saber, el deber de abstención antes descrito se transforma en un deber de intervención, es decir, en el deber de realizar la intervención propuesta y autorizada por el paciente. Si esto es correcto, entonces no se podrá afirmar la presencia de una norma de competencia que establece una competencia del paciente correlativa a la sujeción del profesional de la salud, sino que se trata de una verdadera norma de conducta en la cual se establecen deberes orientados a regular la actuación médica, correlativos a determinados derechos o pretensiones de los pacientes, esto es, su derecho al consentimiento informado, por lo que a este estudio respecta.

4. Recapitulación

I. A pesar de que el concepto de derecho en sentido subjetivo presenta un origen moderno, lo cierto es que ya desde la Edad Media se observa una evolución en la dogmática jurídica tendente a la formación del dualismo Derecho objetivo/derecho subjetivo. El triunfo del individualismo, la concepción de la libertad humana como autonomía y el Derecho de origen burgués favorecieron en gran medida tal distinción, llegando a configurarse en la actualidad como una categoría esencial de la ciencia jurídica.

II. Como presupuesto de partida se ha de señalar el carácter complejo del consentimiento informado del paciente, en tanto que se compone de dos fases o

⁵⁹³ No obstante, se ha de matizar que el concepto de “privilegio” (o “libertad”) en Hohfeld equivaldría al concepto de “libertad no-prottegida” en la tesis de Alexy, entendido como la conjunción de un permiso jurídico de hacer algo y un permiso jurídico de omitirlo o “posición libre”. De este modo, un privilegio, en tanto que opuesto a un deber y correlativo a un no-derecho, ha de ser equivalente a una libertad no-prottegida entendida como la simple vinculación del permiso positivo y negativo.

etapas, a saber: una fase informativa previa en la que el paciente obtiene la información relativa a la actuación médica propuesta; y una fase posterior en la que el paciente eventualmente otorga autorización al médico para llevar a cabo una conducta que de otro modo estaría prohibida o, alternativamente, rechaza la intervención o intervenciones propuestas. De esta estructura en dos fases se derivan posiciones jurídicas subjetivas tanto para el paciente como para el médico, siendo preciso establecer una descripción conceptual precisa con el objetivo de evitar equívocos que podrían tener diversas implicaciones teóricas y prácticas, especialmente respecto del régimen de responsabilidad médica por incumplimiento de los deberes correlativos al consentimiento informado del paciente.

III. En España, la LBAP y las leyes autonómicas en materia de consentimiento informado del paciente constituyen las normas de conducta en las que se establecen una serie de deberes de los profesionales sanitarios, a saber: suministrar al paciente toda la información disponible acerca de una actuación en el ámbito de su salud; y solicitar su autorización con carácter previo a la intervención o tratamiento. En términos kelsenianos, tales conductas debidas se corresponden con los “derechos subjetivos reflejos” de los pacientes a recibir la información asistencial y a decidir libre y voluntariamente entre las alternativas asistenciales disponibles, incluido el rechazo. Por lo que se refiere a las normas de competencia o sobre la producción jurídica en las que se recoge el “derecho subjetivo en sentido técnico” del paciente, es decir, la posibilidad de ejercitar una acción procesal orientada a la reclamación ante los tribunales del resarcimiento de una eventual infracción de las normas de conducta que establecen los deberes de los profesionales de la salud en materia de consentimiento informado, estas se hallan dispersas en el ordenamiento jurídico español. En el tercer capítulo de la presente tesis se analiza más profusamente la regulación positiva del consentimiento informado del paciente en España, con especial referencia al régimen de responsabilidad médica, por lo que baste aquí dicha referencia.

IV. El derecho al consentimiento informado se delimita en atención a la descripción de los deberes del profesional sanitario. En este sentido, el paciente se sitúa en una posición pasiva, a la espera del cumplimiento de los deberes por parte del médico; y positiva, en tanto que acreedora de la provisión de información por parte del profesional. Por el contrario, la posición del profesional sanitario presenta una naturaleza negativa, pues es deudora de dicha prestación; además de activa, dado que implica una conducta del mismo: proveer al paciente con la información adecuada y obtener su autorización para realizar la intervención propuesta. Lo anterior pone en la pista del carácter prioritario de los deberes sobre los derechos en la explicación de las relaciones jurídicas subjetivas tal y como KELSEN había sostenido, pues si bien es cierto que cabe suponer la presencia de deberes desprovistos de derechos, no resulta verosímil afirmar el supuesto

contrario, pues en todo caso los derechos han de concebirse como reflejos al deber de algún tercero.

V. A partir de la propuesta conceptual de HOHFELD, resulta posible afirmar que el consentimiento informado del paciente se configura como un “derecho en sentido estricto” o “pretensión”, en tanto que se presenta como correlativo de los deberes de los profesionales sanitarios referidos a la provisión de información y obtención de autorización previa establecidos por las normas de conducta disponibles en la materia. Sin embargo, en los supuestos de afectación de la salud pública y casos de emergencia en los que no sea posible obtener el consentimiento del paciente ni de sus familiares, los referidos deberes de los profesionales sanitarios se exceptúan, en virtud de lo establecido por el artículo 9.2. a) y b) LBAP, quedando en suspenso a la espera de que cese la situación que legitima dicha suspensión. De este modo, podría parecer que los profesionales de la salud experimentan una mutación en su posición jurídica subjetiva, la cual transitaría desde el concepto de “deber” al de “privilegio” o “libertad” en sentido hohfeldiano (o un “no-deber”, en atención a la reformulación operada por WILLIAMS), correlativa a un “no-derecho” del paciente.

VI. Con todo, el consentimiento informado podría ser concebido como la renuncia efectuada por el paciente a su derecho a no ser intervenido en su integridad corporal, correlativo al deber de abstención del médico en tal sentido. De este modo, la aquiescencia del paciente a la intervención o tratamiento podría entenderse como el ejercicio de un “poder” o “competencia” del mismo, en tanto que supondría la generación de un cambio en la posición jurídica del médico, quien pasaría de una posición de deber a otra de privilegio, lo cual, al depender de la voluntad del propio paciente, implicaría la sujeción del médico a la competencia del primero para realizar dicho cambio. Sin embargo, aceptar lo anterior supondría asimismo admitir la presencia de una norma de competencia, lo cual no parece desprenderse de la propia redacción de las normas de la LBAP y leyes autonómicas, las cuales suelen emplear el término “derecho” para referirse a las posiciones jurídicas subjetivas del paciente en materia de consentimiento informado. No obstante, existen motivos más contundentes para rechazar la comprensión del consentimiento informado como una competencia del paciente. Así pues, cuando el paciente consiente una intervención, en realidad, no produce cambio jurídico alguno en la posición del médico, que ni siquiera podría ser descrita a partir del término privilegio, en tanto que libertad o permiso para hacer u omitir, sino que su deber se sustituye por otro, esto es, el deber de realizar la intervención propuesta. En consecuencia, de lo anterior se desprende que las normas que describen la referida posición jurídica del médico son normas de conducta orientadas a regular la actuación médica en la práctica asistencial, y no normas de competencia o sobre la producción jurídica, como se podría llegar a pensar. Si se acepta lo anterior, entonces en los supuestos excepcionales previstos

en el mencionado artículo 9.2. a) y b) LBAP tampoco será posible afirmar la presencia de un privilegio del médico, sino que de nuevo su deber se sustituye por otro: la realización de la intervención de que se trate. Ello supone afirmar la existencia de un deber del médico correlativo a un no-derecho del paciente, lo cual pondría en duda el propio esquema hohfeldiano.

VII. El empleo de la teoría del estatus de JELLINEK, en conjunción con los conceptos hohfeldianos, tal y como ha sido propuesto con anterioridad, presupone la necesidad de aceptar la colocación del profesional sanitario en la posición que el profesor austriaco reservó al Estado. Otorgar dicha flexibilidad a la propuesta de JELLINEK permitiría afirmar que el derecho o pretensión del paciente se encuentra precedido por la colocación de este en el estatus positivo o *civitatis*, posibilitando la reclamación de su derecho de información al profesional de la salud. Si, además, se entiende dicho estatus “en sentido amplio”, como ha propuesto ALEXY, entonces dicho estatus también será hábil para incluir la omisión de una conducta, de manera que podría albergar el derecho del paciente a no ser intervenido sin su previa autorización. Respecto de la situación en la que se coloca el profesional sanitario y de la que deriva su posición deudora, parece razonable emplear el estatus pasivo o *subiectionis* propuesto por JELLINEK, el cual trae causa en la sujeción del profesional a la norma de conducta que describe sus deberes y delimita, en consecuencia, el contenido del derecho correlativo del paciente.

VIII. ALEXY ha definido los derechos a algo como relaciones triádicas entre el titular del derecho, el titular de la obligación y el objeto del derecho. En virtud de la definición proporcionada por el profesor alemán cabe describir el consentimiento informado mediante los siguientes enunciados referidos a los derechos del paciente: a) “los pacientes tienen frente a los profesionales de la salud derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma”; y b) “el paciente tiene frente a los profesionales de la salud el derecho a consentir libre y voluntariamente toda actuación en el ámbito de su salud, una vez que, recibida la información, haya valorado las opciones propias del caso”. Sin embargo, dichos enunciados relativos a derechos pueden fácilmente ser traducidos a enunciados acerca de los deberes de los profesionales de la salud, de manera que se podría afirmar que: a) “está ordenado que los profesionales de la salud otorguen al paciente toda la información disponible con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud”; y b) “está ordenado que los profesionales de la salud obtengan el consentimiento del paciente a someterse a cualquier actuación en el ámbito de su salud de manera libre y voluntaria”, o, alternativamente b’) “está prohibido que los profesionales de la salud intervengan en el ámbito de la salud del paciente sin obtener su consentimiento libre y voluntario”. En virtud de lo anterior, cabe concluir que cualquier enunciado referido a derechos relacionales puede ser

trasformado en un enunciado acerca de obligaciones relacionales mediante el operador del mandato deóntico triádico, tal y como ALEXY ha señalado.

CAPÍTULO II.

EL CONSENTIMIENTO INFORMADO COMO DERECHO FUNDAMENTAL

Una vez abordado el consentimiento informado como un derecho subjetivo del paciente, cabe preguntarse acerca de las razones que sustentan dicha posición jurídica subjetiva. En virtud de las constantes referencias doctrinales y jurisprudenciales a los conceptos de autonomía decisoria y autodeterminación médica del paciente para explicar los bienes jurídicos subyacentes a dicha posición, resulta posible afirmar la presencia de una cierta idea de fundamentalidad en la estructura explicativa del consentimiento informado, dada la evidente conexión que los referidos conceptos muestran respecto de las nociones de persona, dignidad humana y, de manera más específica, de integridad personal entendida como derecho fundamental que incluye la salvaguardia de la incolumidad corporal de la persona frente a injerencias no autorizadas procedentes de terceros o del propio Estado. Estas razones evidencian una conexión entre el consentimiento informado del paciente y los denominados derechos humanos y fundamentales, siendo posible describir dicha posición subjetiva del paciente como una expresión de los segundos, en tanto que concreción o manifestación de un derecho fundamental constitucionalmente reconocido, a saber, la integridad física y moral. Al respecto de esta conexión, presentan especial relevancia las afirmaciones vertidas por la jurisprudencia constitucional española, pues el TC se ha referido expresamente al derecho a la integridad física y moral (15 CE) como fundamento del consentimiento informado del paciente en su conocida STC 37/2011, de 28 de marzo¹, si bien no queda claro en qué medida quedaría afectada la integridad moral del titular y si acaso el fundamento del consentimiento informado ha de aparecer circunscrito a la integridad corporal del paciente, de modo que esta incluya elementos físicos y psicológicos.

A continuación, se abordarán una serie de cuestiones relativas a la conceptualización de los derechos fundamentales, junto con diferentes aproximaciones doctrinales acerca de las razones que los sustentan y los rasgos que tradicionalmente se les han atribuido y que no han dejado de ser objeto de arduas polémicas a todos los niveles. En definitiva, en el presente capítulo se persigue complementar el estudio de la estructura conceptual ya iniciada al respecto del consentimiento informado como derecho subjetivo del paciente,

¹ Aunque el TC ya se había ocupado con anterioridad del papel del consentimiento en casos en los que la vida de la persona corría peligro (*vid.* SSTC 154/2002, de 18 de julio; 120/1990, de 27 de junio; y 137/1990, de 19 de julio), no será hasta 2011 cuando se pronuncie expresamente acerca del consentimiento informado en el marco de una relación asistencial.

incorporando con ello una visión más integral, formal y sustantiva, acerca de su explicación e implicaciones.

1. El concepto de derecho fundamental

1.1. La naturaleza dual de los derechos fundamentales y las objeciones de sobremoralización e inframoralización del concepto

La mayoría de aproximaciones en materia de derechos fundamentales pueden ser reconducidas a dos tesis generales, las cuales reflejan las dos concepciones tradicionalmente adoptadas al respecto de la discusión acerca de la conexión entre el Derecho y la moral², es decir, la concepción positivista y “no-positivista” del Derecho³. Ambas aproximaciones reconocen que los derechos fundamentales forman parte del Derecho positivo. No obstante, difieren en que mientras que para el positivismo los derechos fundamentales son exclusivamente Derecho positivo, para el no-positivismo la positividad tan solo muestra una de las dimensiones de estos, esto es, su faceta real o fáctica, reconociendo asimismo la existencia de otra ideal o crítica. ALEXY, inserto en la corriente del no-positivismo, ha tratado de fundamentar dicha aproximación. El profesor alemán acude a la idea de “pretensión de corrección”, para sostener que los derechos fundamentales conllevan necesariamente la persecución de la justicia como requisito ineludible de racionalidad del Derecho. En la práctica, esta pretensión implica la necesidad de una revisión constante de los postulados del Derecho positivo, lo cual conecta necesariamente los derechos fundamentales con los derechos humanos, vinculando las dimensiones real e ideal del Derecho. Si se acepta lo anterior, resultará posible afirmar una naturaleza dual de los derechos fundamentales, la cual responde a su doble dimensión real e ideal. Adicionalmente, ALEXY ha esgrimido un argumento secundario en defensa de esta doble naturaleza, consistente en la descripción de los derechos fundamentales como derechos humanos transformados en Derecho positivo en virtud de su institucionalización a través del ordenamiento constitucional⁴, esta aproximación conceptual será

² ALEXY, R., *El concepto y la validez del derecho*, traducción de Jorge M. Seña, Barcelona, Gedisa, Barcelona, [1992] 2004, pp. 13 y ss.

³ El término “no-positivismo” es empleado por ALEXY, quien prefiere emplear este concepto frente al de iusnaturalismo. A pesar de que en su obra no justifica de manera explícita dicha preferencia, parece probable que atienda a razones de mayor proximidad respecto del racionalismo positivista, al mismo tiempo que evita los postulados propiamente positivistas. Lo que resulta indudable es que trata de un concepto distinto, en el sentido de no exactamente equivalente, respecto del de iusnaturalismo. Por lo que se refiere al “problema de la inclusión” de la moral en el Derecho, *vid.* ALEXY, R., *La institucionalización de la justicia*, traducción de Jose Antonio Seoane, Eduardo R. Sordero y Alfonso Ballesteros, 3ª ed. ampl., Comares, Granada, 2016, pp. 18 y ss.

⁴ ALEXY, R., “Un concepto no positivista de derechos fundamentales”, traducción de Alejandro Nava Tovar, en AA. VV., *Argumentación Jurisprudencial. Memoria del IV Congreso Internacional de Argumentación Jurídica Justiciabilidad de los derechos*, México, 9 y 10 de diciembre de 2013, p. 392.

mantenida en las siguientes páginas a los efectos de analizar el concepto de derechos fundamentales⁵.

No obstante, el planteamiento referido a la naturaleza dual de los derechos fundamentales no está exento de crítica. En este sentido, podría objetarse que la pretensión de corrección no constituye un objetivo necesario del Derecho. Sin embargo, a juicio de ALEXY, este tipo de argumentos caen en una contradicción performativa al aceptar la posibilidad de un Derecho injusto, siendo el objetivo del Derecho la persecución del equilibrio entre la seguridad y la justicia⁶.

Asimismo, los suscriptores de las tesis antifundacionalistas han negado la posibilidad de fundamentar los derechos humanos, al considerar que el simple alegato de ideologías, ilusiones e incluso errores, aun cuando lleguen a alcanzar validez social, no pueden concebirse como su fundamentación o corrección. Una respuesta a esta objeción pasa por proporcionar una fundamentación de los derechos humanos, existiendo diversas propuestas doctrinales al respecto, como se tendrá ocasión de mostrar más adelante⁷. Por lo que se refiere a la respuesta de ALEXY, el profesor alemán se centra en una fundamentación de tipo explicativo-existencial, a pesar de que ha reconocido que el argumento explicativo tan solo describe la libertad e igualdad como capacidades o posibilidades, necesitando ser complementado por un interés en la corrección. En este sentido, el argumento existencial resulta relevante dado que se refiere a una decisión, entendida como inclinación hacia una posibilidad necesaria o como capacidad que delimita la dimensión ideal de los derechos humanos.

Otra objeción apunta al peligro que presenta la incorporación de una dimensión ideal a la dimensión real de los derechos fundamentales, pues podría destruir su positividad al introducir material extrajurídico en el concepto, debilitando con ello su estructura, lo cual equivaldría a una desvalorización del concepto, dado que la positividad de los derechos fundamentales resulta necesaria tanto para su institucionalización, como para la realización de los derechos humanos. Sin embargo, afirmar que la positividad de los derechos fundamentales es un postulado presupuesto por los derechos humanos, equivale a reconocer que la conexión de los derechos fundamentales con los derechos humanos estaría en

Vid. también en Elósegui, M. (coord.), *Los principios y la interpretación judicial de los derechos fundamentales. Homenaje a Robert Alexy en su 70 Aniversario*, traducción de Bibiana Erustes, Claudia Müller y Ursula Seibert, Marcial Pons, Zaragoza, 2016, pp. 27-45.

⁵ Vid. el apartado titulado "la relación conceptual necesaria entre derechos humanos y derechos fundamentales" de esta tesis.

⁶ ALEXY, R., *La institucionalización de...*, *op. cit.*, pp. 32 y ss.

⁷ El propio ALEXY señala algunas de estas propuestas: fundamentaciones religiosas, biológicas, intuicionistas, consensuales, instrumentales, explicativas y existenciales. ALEXY, R., *La institucionalización de...*, *op. cit.*, *ibidem.* ID., "The Existence of Human Rights", *Law Ukr. Legal J.*, Supplement 102, 2011, pp. 105 y ss. Vid. también SIECKMANN, J.-R., *La teoría del derecho de Robert Alexy. Análisis y crítica*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014, pp. 133 y ss.

contradicción con los requisitos esenciales de los derechos humanos⁸, los cuales se relativizarían en función del ordenamiento jurídico de que se trate, atentando especialmente contra el rasgo de la universalidad. ALEXY reconoce que esta objeción resulta central para la tesis de la sobremoralización, pues si los derechos fundamentales no presentaran el rasgo de la positividad, decaería su naturaleza real y, siendo esta el elemento definitorio de los mismos, no se podría afirmar su existencia. De ser correcto lo anterior, solo sería posible hablar propiamente de derechos humanos, pues solo subsistiría su naturaleza ideal. Por consiguiente, se estaría identificando el concepto de derechos fundamentales con el de derechos humanos, presentando ambos una naturaleza netamente ideal o moral, produciéndose con ello una sobremoralización del concepto de derechos fundamentales.

A juicio de ALEXY, esta objeción de sobremoralización resultaría correcta si una conexión de los derechos fundamentales con los derechos humanos destruyera la positividad de los derechos fundamentales. No obstante, cuestiona lo anterior alegando que la tesis de la naturaleza dual no se limita a la exigencia de que dimensión real e ideal deban tomarse en serio en la argumentación de los derechos fundamentales, sino que también requiere que la dimensión positiva o autoritativa de los derechos constitucionales tenga prioridad *prima facie*⁹. Sin embargo, se ha objetado que una precedencia *prima facie* no excluye la primacía de los principios sobre las reglas del Derecho positivo¹⁰. No obstante, una prioridad *prima facie* como la descrita por ALEXY constituye una prioridad genuina que excluye que la dimensión ideal “siempre” prevalezca sobre la real. De este modo, una prioridad *prima facie* de lo real o positivo establece una carga de argumentación para cada desviación de lo establecido por el Derecho positivo, no siendo suficiente aludir a razones materiales o sustanciales más sólidas que aquellas razones a favor de las determinaciones de Derecho positivo. Con todo, ALEXY reconoce que atribuir pesos a todo tipo de derechos, valores o bienes morales puede anular los derechos, valores o bienes en colisión y el principio formal de la autoridad de la Constitución. Ello introduce la cuestión acerca de la distinción entre ponderación racional e irracional, lo cual ocupa en el planteamiento alexyano un lugar medular¹¹.

⁸ ALEXY, R., “Un concepto no positivista de derecho fundamental...”, *op. cit.*, p. 395.

⁹ ALEXY, R., *Teoría de los...*, *op. cit.* También en ID., *Teoría de la argumentación jurídica*, 2ª ed. ampliada, Ed. Palestra, Lima, 2007. Esta prioridad *prima facie* a la que se refiere ALEXY recuerda a la prioridad *prima facie* que en la fórmula RADBRUCH se otorga a la seguridad jurídica, la cual solo se verá precedida por las exigencias de la justicia una vez sobrepasado el límite de la injusticia extrema (es decir, inobservación por el legislador del principio de igualdad), quedando en todo caso en tercer lugar la adecuación. *Vid. Id.*, “Una defensa de la fórmula de Radbruch”, traducción de José Antonio Seoane Rodríguez, *AFDUDC* 5, 2001, p. 90.

¹⁰ REESE, B., *Die Verfassung des Grundgesetzes*, Duncker & Humblot, Berlin, 2013, pp. 108 y 252.

¹¹ Se hace referencia aquí a la “fórmula del peso” enunciada por ALEXY. *Vid.* “Un concepto no positivista de derecho fundamental...”, *op. cit.*, p. 396.

Si se acepta la tesis que conecta de manera necesaria los derechos fundamentales con la moral a través del concepto de los derechos humanos, dicha unión presentará indiscutiblemente implicaciones en la ponderación. A los efectos de llevar a cabo dicha ponderación, ALEXY ha propuesto el empleo de una progresión geométrica que sustituiría las variables en una ecuación que ha denominado “fórmula del peso”¹². ALEXY configura esta fórmula como una forma de argumentación jurídica, siendo esta un caso especial de argumentación práctica general y, por lo tanto, de argumentación moral. No obstante, considerar de manera aislada la fórmula del peso podría conducir a pensar que la argumentación debería reemplazarse por el mero cálculo y, si esto fuera correcto, surgiría una objeción de inframoralización. Sin embargo, esta objeción supone una visión fragmentaria de la fórmula del peso propuesta por ALEXY, pues los números que sustituyen las variables de la fórmula representan clasificaciones que necesitan ser justificadas, cosa que la fórmula del peso por sí sola no alcanza. Al respecto de esta necesidad de justificación, se ha señalado que la ponderación depende tanto de la intuición de quien pondera como del peso relativo de los principios en conflicto¹³, lo cual pondría en tela de juicio la utilidad de la fórmula propuesta por ALEXY, al no lograr eludir las objeciones referidas al subjetivismo y relativismo de los procesos decisorios, lo cual resulta especialmente evidente en los supuestos de colisión de derechos fundamentales. En todo caso, la mera intuición del agente que efectúa la ponderación no puede considerarse por sí sola una justificación acerca de los pesos asignados a los principios y valores el conflicto, objeción que el propio ALEXY aborda al afirmar que la decisión al respecto de la asignación de pesos concretos ha de ser racionalmente fundamentada.

¹² En la propuesta de ALEXY, las interferencias en los derechos fundamentales pueden catalogarse de acuerdo con una escala en diferentes grados: “leve”, “medio” o “grave”. Lo mismo ocurre con las razones que justifican la interferencia. De este modo, ALEXY concluye que, si la intensidad de la interferencia es leve y el grado de la importancia de las razones que justifican la interferencia es alto, el resultado del examen de proporcionalidad será “obvio”.

A estos efectos, ALEXY propone la fórmula del peso: $G_{ij} = I_i/I_j$. A esta fórmula se le han de añadir las variables de los pesos abstractos de los principios de colisión (G_i , G_j) y los grados de seguridad de las premisas empíricas, que para la no-realización y realización de los principios en colisión significa la medida en cuestión (S_i , S_j), aunque ALEXY prescinde de ella con el propósito de simplificar la fórmula: $G_{ij} = I_i \cdot G_i \cdot S_i / I_j \cdot G_j \cdot S_j$

En ambas fórmulas, I_i equivale a la intensidad de la interferencia en el principio P_i . I_j representa la importancia de la satisfacción del principio en colisión P_j . Y G_{ij} equivale al peso concreto del principio, cuya violación se examina, para el de P_i . La fórmula del peso muestra que el peso concreto de un principio es un peso relativo, pues esta define el peso concreto a modo de cociente de la intensidad de la interferencia en el principio (P_i) y la importancia concreta del principio en colisión (P_j). Vid. ALEXY, R., “La construcción de los derechos fundamentales”, traducción de Laura Clérico y Jan-R. Sieckmann, en Clérico, L., Sieckmann, J-R., Oliver Lalana, A.D. (coords.), *Derechos fundamentales, principios y argumentación. Estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy*, Comares, Granada, 2011, pp. 9-14. También en ID., “La fórmula del peso”, traducción de Carlos Bernal Pulido, en CARBONELL, M. (ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008.

¹³ POSCHER, R., “The Principles Theory. How Many Theories and what is their Merit”, en Klatt, M. (ed.), *Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy*, Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 241.

Con el objetivo de responder a las críticas referidas a la inframoralización de su concepto de derechos fundamentales, ALEXY acude a aquella tesis de la argumentación que afirma que las clasificaciones pueden basarse en argumentos racionales¹⁴. Dicha tesis sostiene que las proposiciones acerca de la intensidad o interferencia y grados de importancia de los derechos constitucionales conducen a una fundamentación racional, por lo que sería posible afirmar que la razón con mayor peso para la interferencia justifica la interferencia en la de menor importancia¹⁵, y el simple hecho de que los argumentos presenten un carácter moral, desmonta la objeción de inframoralización.

Por lo que respecta a la objeción de supramoralización, ALEXY ha afirmado que el uso de argumentos morales racionales no hace disminuir la racionalidad del Derecho, sino que la aumenta, pues contribuye a la realización de la pretensión de corrección. Para ALEXY, la ponderación no es una cuestión de simple consideración, sino de argumentación y si la argumentación jurídica es racional, entonces la ponderación racional también resultará posible¹⁶. Con todo, ALEXY reconoce que en el ámbito de la ponderación existe un evidente “desacuerdo razonable”¹⁷, pues es posible justificar diferentes clasificaciones en atención a argumentos racionales, esto es, discursivamente posibles. Es precisamente por ello por lo que ALEXY considera relevante la pretensión de corrección, ya que posibilita que tanto el desacuerdo existente como el desacuerdo institucionalmente resuelto mediante la regla de la mayoría permanezcan disponibles para posteriores argumentaciones o, en otras palabras, estaría facilitando la dimensión ideal de la argumentación jurídica¹⁸.

1.2. Delimitación conceptual de los derechos fundamentales

1.2.1. El concepto de “disposición de derecho fundamental”

Tal y como ALEXY señala en su obra, el concepto de derecho fundamental ha sido doctrinalmente definido a partir de tres criterios básicos: formal, material y procedimental. Desde una perspectiva formal, los derechos fundamentales son aquellos expresamente catalogados como tales por la propia Constitución. Sin embargo, a pesar de su sencillez, esta definición no resulta adecuada, pues existen

¹⁴ ALEXY, R., “Un concepto no positivista de derecho fundamental...”, *op. cit.*, p. 397.

¹⁵ En este punto ALEXY hace referencia implícita al “principio de proporcionalidad en sentido estricto”. *Vid.* ALEXY, R., “La fórmula del...”, *op. cit.*, pp. 15 y ss.

¹⁶ ALEXY, R., “Un concepto no positivista de derecho fundamental...”, *op. cit.*, pp. 400-401.

¹⁷ En este punto, ALEXY hace referencia expresa al concepto de “desacuerdo razonable” (*reasonable disagreement*) empleado por John RAWLS para plantear las dificultades de legitimación del poder político dado el amplio “desacuerdo razonable” acerca de la naturaleza de la vida buena. *Vid.* RAWLS, J., *Political Liberalism*, Columbia University Press, New York, 1993, p. 55 (versión en español: *El Liberalismo político*, traducción de Antoni Dornénech, Crítica, Barcelona, 1996).

¹⁸ ALEXY, R., “Un concepto no positivista de derecho fundamental...”, *op. cit.*, p. 402.

ejemplos en los que las Constituciones establecen derechos fundamentales fuera del catálogo de derechos¹⁹. Estas dificultades aconsejarían la adopción de un criterio material al respecto de la definición de los derechos fundamentales. En este sentido, SCHMITT ha afirmado que estrictamente solo pueden ser considerados como fundamentales los “derechos humanos liberales del individuo”²⁰, lo cual implicaría que solo los individuos podrían ser considerados titulares de estos derechos, siendo el Estado el único sujeto obligado²¹. Además, el objeto se restringiría a la mera abstención al respecto de la intervención en el ámbito de libertad del individuo, por lo que el concepto material de los derechos fundamentales aparecería circunscrito a los tradicionales derechos de defensa²². No obstante, esta concepción se presenta como muy restringida, al excluir tanto a los derechos de protección como a los derechos sociales²³. Con todo, en la tesis de SCHMITT, la clasificación de estos últimos derechos como fundamentales obedecería a razones sustanciales y a decisiones del constituyente, imposibilitándose así la vinculación *ab initio* del concepto de derecho fundamental con el modelo de “Estado de Derecho burgués y liberal”²⁴, lo cual equivaldría a mantener una visión inmovilista e irreal de la realidad político-jurídica.

Otra dificultad añadida proviene de la existencia de diferentes concepciones acerca del Estado, de modo que tendrían que existir tantas modalidades de derechos fundamentales como tipos del Estado. A pesar de estas críticas, ALEXY señala que el criterio material puede ser interesante para definir el concepto de

¹⁹ ALEXY, R., *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y teoría de los principios*, traducción de Carlos Bernal Pulido, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 21.

²⁰ SCHMITT, C., *Verfassungslehre*, 5. Auflage, Berlin, [1928] 1970, p. 164 (*vid.* Traducción de Francisco Ayala, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza Universidad, 1992).

²¹ Los defensores de esta tesis identifican de manera directa el concepto de derechos fundamentales con el de “derechos públicos subjetivos”, acuñado por JELLINEK y autores coetáneos como GERBER, LABAND o MAYER, quienes también tomaron parte en la construcción de dicha noción (*vid.* PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos humanos, Estado...*, *op. cit.*, p. 60). Sin embargo, quien escribe no encuentra objeciones insalvables a la posibilidad de adaptar conceptos surgidos en determinados períodos históricos mediante la introducción de determinados cambios en su estructura, lo cual ya ha sido puesto en práctica, en la primera parte de la presente tesis, con ocasión de la teoría del estatus del citado JELLINEK. En esta línea, los derechos públicos subjetivos podrían verse como un antecedente, si bien remoto, de los actuales derechos fundamentales, los cuales habrían nacido fruto de la obsolescencia de los primeros, pero a partir de su precedente, incorporando los matices y precisiones oportunas.

Por lo demás, en contra del criterio material, cabe señalar que al menos algunos derechos fundamentales, aun existiendo un mandato constitucional dirigido a los poderes públicos para la protección de posiciones individuales de los sujetos, presentan una proyección *erga omnes*. Póngase por caso el derecho a la vida e integridad física, en su faceta de derecho de defensa, el cual aparece referido a la protección del bien jurídico no solo frente al Estado, sino también frente a terceros.

²² En este sentido se ha afirmado que tan solo son derechos fundamentales “aquellos derechos que pertenecen a la base del propio Estado”. *Vid.* SCHMITT, C., *Verfassungslehre*, *op. cit.*, p. 190.

²³ Además, esta concepción material también excluye del concepto de derechos fundamentales a una serie de derechos tradicionalmente considerados como fundamentales, como sería el caso de los derechos al voto o a la igualdad. *Vid.* SCHMITT, C., *Verfassungslehre*, *op. cit.*, pp. 168 y ss.

²⁴ SCHMITT, C., *Verfassungslehre*, *op. cit.*, p. 158.

derechos fundamentales, pues parece adecuado afirmar que los derechos fundamentales se configuran esencialmente como derechos del individuo, si bien considera que se ha de aceptar la posibilidad de que determinados grupos, organizaciones o personas jurídicas puedan ser titulares de ciertos derechos fundamentales²⁵. Por lo demás, esta aproximación permitiría una reconstrucción correcta de la relación de implicación necesaria existente entre los derechos fundamentales y los derechos humanos²⁶.

En atención a la identificación entre derechos fundamentales y derechos humanos positivizados a través de la Constitución, ALEXY considera posible que un catálogo de derechos fundamentales pueda albergar más derechos que aquellos derechos humanos con validez estrictamente moral. Por el contrario, un repertorio de derechos que no incluyera todos los derechos humanos resultaría incompleto. Sin embargo, dicha identidad entre derechos fundamentales y derechos humanos positivizados en la Constitución también ha sido objetada, pues el concepto de derechos humanos continúa presentándose como altamente indeterminado, no pudiendo afirmarse con seguridad cuáles (no) son los derechos humanos²⁷. A través de la vinculación de los criterios formal y material, ambos referidos al texto de la Constitución, ALEXY define provisionalmente los conceptos de “disposición de derecho fundamental” y de “norma de derecho fundamental”. De este modo, las disposiciones de derecho fundamental serán aquellos enunciados formulados en el capítulo denominado “de los derechos fundamentales” y que confieren derechos individuales; mientras que las “normas de derecho fundamental” serán las prescripciones directamente expresadas por dichos enunciados. Estas clasificaciones presentan la ventaja de ajustarse a lo establecido por la Constitución, sin sobrepasar consideraciones generales. Además, no se prejuzga acerca de ninguna tesis material ni estructural y se comprende de forma esencial las disposiciones a las cuales se les atribuye el carácter de derecho fundamental en la discusión acerca de los derechos fundamentales²⁸. Adicionalmente, ALEXY acude a una definición de índole procedimental para señalar que la enorme importancia de los derechos fundamentales impide que su protección pueda quedar en manos de la mayoría parlamentaria simple, pues incluso esta deberá estar sujeta a lo establecido en estos²⁹. En este sentido, ALEXY sugiere que la interpretación de los derechos fundamentales se atribuya a una instancia independiente, lo suficientemente alejada de la mayoría parlamentaria como para poder tomar decisiones en su contra. Por ende, la idea de una jurisdicción constitucional se encontraría inserta en el propio concepto de derecho fundamental³⁰.

²⁵ ALEXY, R., *Tres escritos sobre...*, op. cit., p. 25.

²⁶ SCHMITT, C., *Verfassungslehre*, op. cit., p. 164.

²⁷ ALEXY, R., *Tres escritos sobre...*, op. cit., p. 27.

²⁸ ALEXY, R., *Teoría de los...*, op. cit., p. 49.

²⁹ Alexy, R., *Tres escritos sobre...*, op. cit., p. 30

³⁰ ALEXY, R., *Tres escritos sobre...*, op. cit., pp. 29-30.

Por lo demás, los derechos fundamentales no dejan de ser “derechos a algo” o “pretensiones”, esto es, derechos subjetivos³¹, de modo que es posible reconducir su estructura a relaciones normativas triádicas entre dos sujetos y el objeto del derecho, en la tesis de ALEXY; o entre dos sujetos, según la propuesta hohfeldiana. De este modo, cabe señalar un vínculo de conexión de los derechos fundamentales con la noción de derecho subjetivo anteriormente expuesta. Como se recordará, cuando ALEXY aborda el concepto de derecho subjetivo, trata la estructura del “derecho a algo”, representando mediante el operador “R” al derecho, de modo que resulta posible expresar el enunciado a un derecho a algo como: *RabG*. Así pues, el enunciado según el cual a tiene un derecho a G frente a b, es equivalente al enunciado según el cual b está obligado a G frente a a: *ObaG*. De lo anterior, se desprende una obligación relacional. Desde el punto de vista lógico, los derechos a algo y las obligaciones relacionales constituyen relaciones conversas, es decir, entre los derechos y las normas existe una relación de implicación necesaria. No obstante, una norma válida no necesariamente supone un derecho correlativo, pues existen normas que estatuyen obligaciones meramente objetivas, pero también es cierto que siempre que exista un derecho deberá existir una norma válida que lo garantice³².

1.2.2. El concepto de “norma de derecho fundamental”

A pesar de la importancia que el concepto general de norma presenta en la teoría del Derecho, este continúa siendo discutido. A lo largo del tiempo, la doctrina ha entendido la norma en sentido objetivo, alternativamente, como un acto mediante el cual se ordena, prohíbe o permite y se autoriza una conducta; como una expectativa de comportamiento estabilizada contrafácticamente; como un imperativo o un modelo de comportamiento que se realiza o, en caso contrario, tiene como consecuencia una reacción social; o como la expresión de una determinada forma o una regla social³³. ALEXY concibe las “normas de derecho fundamental” o “normas iusfundamentales en abstracto” como aquellas expresadas mediante disposiciones iusfundamentales, a saber, enunciados contenidos en el texto de la Constitución. Sin embargo, reconoce que no todos los enunciados de la Constitución expresan normas de derecho fundamental, siendo necesario un criterio que permita clasificar los enunciados de la Constitución en aquellos que expresan normas de derecho fundamental y aquellos que no lo hacen. Además, surgen dudas acerca de si las normas de derecho fundamental son solo

³¹ En un sentido aproximado, FERRAJOLI ha propuesto una definición formal o estructural de derechos fundamentales entendidos como “todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a ‘todos’ los seres humanos (...)”. FERRAJOLI, L., *Los fundamentos de...*, op. cit., p. 19 y 291.

³² ALEXY, R., *Tres escritos sobre...*, op. cit., pp. 19 y ss.

³³ ALEXY, R., *Teoría de los...*, op. cit., p. 33.

aquellas que aparecen directamente formuladas por enunciados de la propia Constitución³⁴.

Como ya se ha señalado, definir las normas de derecho fundamental como aquellas expresadas directamente por disposiciones de derecho fundamental presentes en la Constitución resulta demasiado restringido. En un sentido normativo, tales normas han de ser entendidas en atención a su contexto, siendo posible expresarlas a través de diferentes enunciados deónticos que formulan la misma norma directamente estatuida por el texto constitucional. Estas normas son semánticamente abiertas debido a la incertidumbre de las expresiones empleadas, siendo posible atenuar esta indeterminación a través de reglas semánticas particulares³⁵. Asimismo, se presentan como estructuralmente indefinidas, pues el mandato recogido por la disposición no contiene una descripción de los medios materiales necesarios para la efectividad del mismo, sino que se desarrollan a través de otros enunciados normativos, resultando dudoso que estos puedan calificarse como normas de derecho fundamental, pues no coinciden con la norma directamente formulada ni se infieren únicamente de ella. Además, dichas disposiciones no informan acerca de si confieren derechos subjetivos³⁶.

En opinión de ALEXY, la relación que presentan estas normas respecto del texto constitucional es una “relación de precisión”, a la que se une una “relación de fundamentación” entre la norma que hay que precisar y la norma que la precisa. Ambas relaciones justifican la consideración como normas de derecho fundamental no solo a aquellas normas expresadas directamente por enunciados de la Constitución (“normas directamente estatuidas”), sino también a las denominadas “normas adscritas”, entendidas como normas vinculadas a aquellas directamente estatuidas por el texto constitucional. Aceptar lo anterior permite clasificar las normas de derecho fundamental en “normas de derecho fundamental directamente estatuidas por la Constitución” y “normas adscritas de derecho fundamental”.

No obstante, no puede concluirse que todas las afirmaciones sobre la existencia de normas deban considerarse como afirmaciones acerca de la existencia de normas de derecho fundamental, siendo nuevamente necesario un criterio que permita diferenciar aquellas normas que puedan adscribirse de aquellas otras que no. Para ello, ALEXY plantea la posibilidad de acudir, alternativamente, a un criterio empírico o a un criterio normativo. Suscribir un criterio empírico implicaría afirmar que las normas adscritas de derecho fundamental son aquellas que la jurisprudencia y la ciencia del Derecho realmente adscriben a las normas de derecho fundamental directamente estatuidas. Sin

³⁴ ALEXY, R., *Teoría de los...*, op. cit., p. 45 y ss.

³⁵ Por ejemplo, a través de las interpretaciones de la jurisprudencia constitucional.

³⁶ ALEXY, R., *Teoría de los...*, op. cit., p. 51.

embargo, este criterio no es adecuado desde una teoría jurídica de los derechos fundamentales, pues ni los precedentes ni el consenso dogmático responden a la cuestión de qué adscripciones pueden realizarse conforme a Derecho. En opinión de ALEXY, una adscripción se realiza conforme a Derecho cuando la norma adscrita es válida, lo cual dependerá de si para su adscripción a una norma de derecho fundamental directamente estatuida es posible invocar una “fundamentación iusfundamental correcta”. Por su parte, que una norma adscrita sea o no una norma de derecho fundamental dependerá de la argumentación de derecho fundamental que sea posible aducir en su favor, lo cual genera incertidumbre ya que las reglas de fundamentación iusfundamental no definen ningún procedimiento que en cada caso conduzca a un único resultado. Con todo, ALEXY señala que esta incertidumbre no afecta por igual a todas las normas adscritas y, por lo demás, expresa un problema de todos modos inevitable. Si se extiende el mencionado concepto de “fundamentación iusfundamental correcta” a las normas de derecho fundamental directamente estatuidas, bastará con acudir a la Constitución para llevar a cabo dicha tarea. Una fundamentación acerca del porqué de tal regulación constitucional solo presentaría un interés teórico para la praxis de la fundamentación iusfundamental, lo cual demuestra que la generalización de la definición que está en función de la “fundamentación iusfundamental correcta” no prescinde del contraste entre normas de derecho fundamental directamente estatuidas y aquellas que solo lo están indirectamente, variando dicha fundamentación en atención a esta diferencia³⁷.

Los conceptos de “norma de derecho fundamental” y “derecho fundamental” se sitúan muy próximos, pues los derechos fundamentales ostentados por sus titulares son precedidos por una norma válida de derecho fundamental en la que se les otorga tal derecho. No obstante, no parece posible afirmar que esto ocurra en sentido contrario, pues esta suposición no sería válida cuando existieran normas de derecho fundamental en las que no se concedan derechos subjetivos. Pero si las normas de derecho fundamental son concebidas como aquellas que por definición otorgan derechos fundamentales, entonces se trataría de las dos caras de una misma moneda. No obstante, ALEXY rechaza esta identificación apoyándose en el argumento de que, en una teoría del Derecho positivo, la existencia de un derecho fundamental presupone la validez de una norma de derecho fundamental que atribuye tal derecho, por lo que el concepto de norma de derecho fundamental es más extenso que el de derecho fundamental. Además, la norma de derecho fundamental es previa al derecho fundamental, en tanto que este traería su causa en aquella³⁸.

ALEXY suscribe un concepto semántico de norma que le permite distinguir entre “norma” y “enunciado normativo”. En este sentido, la norma constituye el

³⁷ ALEXY, R., *Teoría de los...*, op. cit., pp. 52-55.

³⁸ ALEXY, R., *Teoría de los...*, op. cit., p. 32.

significado de un enunciado normativo, pudiendo una misma norma ser expresada mediante diversos enunciados normativos. El concepto de norma es un concepto primario respecto del concepto de enunciado normativo, no resultando adecuado buscar los criterios para la identificación de la norma en el enunciado normativo, sino en la propia norma con la ayuda de las modalidades deónticas básicas del mandato, la prohibición y el permiso. ALEXY advierte que, debido a estas consideraciones, resulta necesario definir dichas modalidades evitando el recurso a argumentos circulares del tipo: “una prohibición es la negación de un permiso”, o “un permiso es la negación de una prohibición”, pues señala que ello conduciría a una regresión *ad infinitum*³⁹. Por lo demás, para saber si un enunciado expresa una norma es necesario acudir a otros enunciados en conexión, es decir, a su uso o circunstancias y reglas de utilización. En definitiva, lo que ha de identificarse es una entidad semántica o contenido de significado que incluya una modalidad deóntica.

Dentro de los enunciados normativos mediante los que se puede expresar una norma, el profesor alemán destaca los “enunciados deónticos”, definidos como una clase parcial de los enunciados normativos; un enunciado proposicional acerca de sistemas normativos; o un “enunciado de afirmación sobre una norma”, en la terminología del propio ALEXY⁴⁰. Las expresiones del tipo “tener derechos a” también poseen carácter deóntico, pero no así los enunciados imperativos exclamativos o los enunciados indicativos sin expresiones deónticas. Cuando estos enunciados expresan normas podrán ser transformados en “formas estándar” de enunciados deónticos. El propio ALEXY señala que la diferencia existente entre enunciados proposicionales y proposiciones, de un lado; y enunciados normativos y normas, de otro, reside en que mientras que los enunciados proposicionales expresan que “algo es el caso”; los enunciados normativos afirman que “algo está ordenado”, es decir, que “algo debe ser el caso”⁴¹.

Además, la concepción semántica del concepto de norma suscrita por ALEXY realiza una distinción estricta entre el concepto de norma y el de validez. En este sentido, Alf Ross ha definido el concepto de norma en atención a su efectiva existencia o validez, de forma que solo las normas existentes y válidas son normas⁴². Sin embargo, ALEXY objeta a lo anterior que ha de ser posible expresar una norma sin calificarla como válida. Esto plantea un problema en cuanto a la

³⁹ En este punto, ALEXY parece estar cuestionando la aproximación metodológica de Hohfeld, quien basó su análisis en los pares conceptuales de correlatos y contrarios, como ya se ha tenido ocasión de observar. Vid. HOHFELD, W. N., “Some Fundamental Legal...”, *op. cit.* Vid. ALEXY, R., *Teoría de los...*, *op. cit.*, p. 33.

⁴⁰ ALEXY, R., *Teoría de los...*, *op. cit.*, p. 37.

⁴¹ ALEXY, R., *Teoría de los...*, *op. cit.*, pp. 37-38.

⁴² ROSS, A., *Directives and Norms*, *op. cit.*, pp. 79 y 93.

inclusión del concepto de normas individuales⁴³. En este sentido, el concepto semántico de norma no solo es compatible con las teorías de la validez, sino que también es el presupuesto de las mismas, pues estas aportan criterios para saber cuándo una norma es válida⁴⁴. No obstante, ALEXY alerta acerca de la dificultad de distinguir entre actos de afirmación y actos de expedición de una norma tan solo considerando las expresiones empleadas. Los enunciados formulados para expresar normas válidas son “enunciados de validez normativa”, los cuales presentan juicios de verdad, esto es, son verdaderos o falsos⁴⁵. En estos supuestos, tan solo surgirán problemas cuando se presuponga un concepto ético de validez o se incluyan criterios morales en el concepto jurídico de validez. Al ser posible calificar los enunciados normativos como enunciados sobre normas válidas, también en las afirmaciones de validez normativa pueden presuponerse diferentes criterios de corrección. Las afirmaciones sobre los actos de expedición de normas o los enunciados sobre expedición de normas que se expresan mediante dichas afirmaciones constituyen argumentos para las afirmaciones concernientes a la validez de las normas, aunque en el ámbito de la dogmática de los derechos fundamentales estos enunciados presentan una importancia accesoria. Con todo, se presume que las normas que se libraron a través del acto de expedición normativa previsto ostentan validez⁴⁶.

De este modo, el concepto de norma de derecho fundamental propuesto por ALEXY presenta un carácter en tres niveles y parte de la distinción entre “enunciado normativo” y “norma” como constitutivo del concepto semántico de norma. En el primer nivel, el profesor de Kiel define el concepto de norma de derecho fundamental haciendo referencia a enunciados normativos estatuidos por la autoridad del poder constituyente. Estas disposiciones de derecho fundamental se identifican mediante criterios formales que consideran su pertenencia a la sección de la Constitución relativa a los derechos fundamentales y su inclusión en la disposición acerca del recurso de amparo. En el segundo nivel se encuentran las normas adscritas de derecho fundamental, para las cuales se sigue la misma orientación formal al vincular el concepto de norma adscrita de derecho fundamental a lo justificada que sea la adscripción a las disposiciones autoritativas vinculantes, lo cual se producirá cuando a favor de tal adscripción sea posible aducir una “fundamentación iusfundamentalmente correcta”. Por último, en el

⁴³ Como pueden ser aquellas normas que expresan las sentencias judiciales. *Vid.* ALEXY, R., *Teoría de los...*, *op. cit.*, p. 40.

⁴⁴ Existen diferentes tipos de criterios al respecto: la teoría sociológica de la validez, la teoría jurídica de la validez y la teoría ética de la validez. El concepto semántico de validez no presupone ninguna de estas teorías ni tampoco las excluye, si bien el concepto semántico de norma delimita aquello de lo cual se predica la validez, es decir, lo que sea una norma. *Vid.* ALEXY, R., *Teoría de los...*, *op. cit.*, pp. 41-42.

⁴⁵ Como señala el propio ALEXY, esta terminología no sigue a la empleada por KELSEN, quien, en su *Teoría Pura*, en vez de emplear “enunciados de validez normativa” utilizó la expresión “enunciado jurídico”. *Vid.* ALEXY, R., *Teoría de los...*, *op. cit.*, p.43.

⁴⁶ ALEXY, R., *Teoría de los...*, *op. cit.*, pp. 44-45.

tercer nivel, se generaliza la definición del concepto de “fundamentación iusfundamental” al vincularse tanto a las normas directamente estatuidas, como a las normas adscritas.

Esta teoría referida a la norma de derecho fundamental propuesta por ALEXY encuentra su contrapartida en la teoría de la norma de Friedrich MÜLLER⁴⁷, quien ha defendido una tesis de la “no identidad entre norma y texto normativo”⁴⁸, concibiendo la norma jurídica como una realidad que excede su texto literal⁴⁹, siendo necesario considerar también su contexto social⁵⁰. En este sentido, el texto literal de la norma solo expresaría el “programa normativo” o la “orden jurídica” en su sentido tradicional. No obstante, MÜLLER no niega el ámbito normativo de la norma jurídica, la cual comprende tanto lo que regula como lo que ha de ser reglado⁵¹, superando así la tradicional contraposición entre ser y deber ser. En virtud de lo anterior, los derechos fundamentales son concebidos como garantías de protección objetivamente establecidas y referidas a determinados conjuntos, individuales y sociales, de acción, organización y materias. Dichos ámbitos materiales se convierten en normativos mediante su reconocimiento constitucional y a través de la garantía de la libertad dentro de la regulación del “programa normativo” de los derechos fundamentales⁵².

No obstante, ALEXY replica a MÜLLER que las teorías basadas en el concepto semántico de norma no tienen por qué fundamentar sus decisiones exclusivamente en argumentos semánticos (datos lingüísticos), pues considera que la inclusión de argumentos en el concepto de norma no es estrictamente necesaria para fundamentar la decisión y los argumentos relevantes para las normas no tienen por qué ser los referidos al ámbito normativo (datos reales). Además, para

⁴⁷ Aunque ALEXY reconoce que la teoría de MÜLLER resulta inconciliable con su concepto semántico de norma de derecho fundamental, lo cual resulta especialmente palmario respecto de las normas de derecho fundamental directamente estatuidas, también reconoce la existencia de ciertas concordancias, pues lo que ALEXY llama “disposición de derecho fundamental” equivale a aquello que MÜLLER llama “texto”; y lo que ALEXY llama “norma”, MÜLLER lo denomina “programa normativo”. Además, de manera similar a ALEXY, MÜLLER también ha utilizado un argumento en tres niveles. En un primer nivel, las normas jurídicas generales nunca pueden predeterminar completamente la imposición de normas individuales por los órganos de aplicación. En el segundo, las teorías que conciben las normas jurídicas válidas como objetos lingüísticos que han de ser identificados considerando ciertos criterios de validez solo pueden elaborar la norma de decisión en atención a datos lingüísticos; pero como ello sería imposible en virtud del primer nivel, las teorías cimentadas en un concepto semántico de norma serían inadecuadas. En el tercero, para la toma de la decisión se han de considerar tanto los “datos lingüísticos” (programa normativo), como los “datos reales” (ámbito normativo), por lo que el ámbito normativo pertenecería a la norma. *Vid. ALEXY, R., Teoría de los..., op. cit.*, p. 57.

⁴⁸ MÜLLER, Fr., „Rechtsstaatliche Methodik und politische Rechtstheorie“, *Rechtstheorie* 8, 1977, p. 75. Citado por ALEXY, R., *Teoría de los..., op. cit.*, nota 62, p. 56.

⁴⁹ MÜLLER, Fr., *Juristische Methodik und Politisches System*, Duncker und Humblot, Berlin, 1976, p. 117. Citado por ALEXY, R., *Teoría de los..., op. cit.*, nota 71, p. 58.

⁵⁰ MÜLLER, Fr., „Rechtsstaatliche Methodik und...“, *op. cit.*, p. 75.

⁵¹ MÜLLER, Fr., *Juristische Methodik*, *op. cit.*, pp. 121 y 194.

⁵² MÜLLER, Fr., *Juristische Methodik*, *op. cit.*, pp. 60, 193.

poder afirmar que la teoría basada en el concepto semántico de norma deba fundamentar las decisiones jurídicas exclusivamente en argumentos semánticos, sería necesario aceptar como correcto que lo que no pertenece a la norma no puede ser utilizado en las fundamentaciones jurídicas. Para ello habría que incluir en el concepto de norma los juicios de valor independientes o eliminarlos de la argumentación jurídica a costa de su racionalidad, lo cual ALEXY considera inaceptable⁵³.

1.3. La estructura de los derechos fundamentales

ALEXY, siguiendo el planteamiento iniciado por Ronald DWORKIN⁵⁴, reconduce todas las normas a reglas o principios, si bien reconoce la similitud entre ambos conceptos, en tanto que ambos son normas. En este sentido, tanto las reglas como los principios establecen lo que es debido; pueden ser formulados a través de las expresiones deónticas básicas del mandato, el permiso y la prohibición; y constituyen razones para efectuar juicios concretos de deber ser⁵⁵. No obstante, existen diversos criterios para distinguir ambas categorías, siendo empleado con cierta frecuencia el criterio de generalidad, según el cual los principios son normas de un grado de generalidad relativamente alto; mientras que las reglas presentan un nivel de generalidad relativamente bajo⁵⁶. Otros criterios de distinción consideran los casos en los que debe aplicarse uno u otro tipo de norma⁵⁷; la forma en la que se generan, diferenciándose así las “normas creadas” de las “normas desarrolladas”⁵⁸; la explicitud del contenido valorativo⁵⁹; y la referencia a la “idea de Derecho”⁶⁰ o “Derecho supremo”⁶¹ y su relevancia en el marco del ordenamiento jurídico⁶², es decir, si constituyen el fundamento de reglas

⁵³ ALEXY, R., *Teoría de los...*, op. cit., p. 59.

⁵⁴ DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge, 1977, cap. II (Vid. también la versión española: *Los derechos en serio*, traducción de Marta Guastavino, Ariel, Barcelona, 1984).

⁵⁵ ALEXY, R., *Teoría de los...*, op. cit., p. 64.

⁵⁶ RAZ, J., “Legal Principles and the Limits of the Law”, *The Yale Law Journal* 81(5), 1972, p. 838.

⁵⁷ ESSER, J., *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 4. Auflage, Tübingen, 1990, p. 51.

⁵⁸ SCHUMAN, S. I., “Justification of Judicial Decisions”, en AA.VV., *Essays in Honour of Hans Kelsen*, *The California Law Review* 59, 1971, pp. 723 y 729.

⁵⁹ CANARIS, C.W., *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, 2. Auflage, Duncker und Humblot, Berlin, 1983, p. 50 (versión en español: *El sistema en la jurisprudencia*, traducción de Juan Antonio García Amado, Fundación cultural del notariado, Madrid, 1998).

⁶⁰ LARENZ, K., *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 5. Auflage, Springer, Berlin/Heidelberg/New York/Tokyo, 1983, pp. 218, 404 (versión en español: *Metodología de la ciencia del Derecho*, traducción de Rodríguez Molinero, 2ª ed. definitiva, Ariel, Barcelona, 1980).

⁶¹ WOLFF, H.J., „Rechtsgrundsätze und verfassungsgestaltende Grundentscheidungen als Rechtsquellen“, en AA.VV. (ed.), *Festschrift für W. Jellinek*, München, 1955, p. 30.

⁶² LARENZ, K., *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, op. cit., p. 461.

propriadamente dichas⁶³, o si son normas de argumentación o de comportamiento^{64,65}.

En función de estos criterios se articulan tres posturas acerca de la diferenciación entre reglas y principios. El primer posicionamiento afirma que todo intento de clasificar las normas en reglas y principios resulta inútil debido a la gran variedad existente. El segundo sostiene que la distinción entre reglas y principios constituye una simple distinción de nivel. Por último, la tercera explicación plantea que entre reglas y principios no solo existe una diferencia gradual, sino también cualitativa. Esta última es la tesis sostenida por ALEXY, quien afirma que los principios, a diferencia de las reglas, son normas que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas existentes⁶⁶. De este modo, ALEXY concibe los principios como “mandatos de optimización”⁶⁷, caracterizados por poder cumplirse en diferente grado, en función tanto de las posibilidades reales como de las jurídicas. Así, mientras que el ámbito de las posibilidades jurídicas se determina por los principios y reglas opuestos; por el contrario, las reglas solo pueden ser cumplidas o incumplidas. Si una regla es válida, entonces se ha de hacer exactamente lo que exige, pues las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctico y jurídicamente posible. En atención a lo anterior, ALEXY afirma que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado⁶⁸. Además, señala que reglas y principios presentan diferencias respecto de las colisiones entre ellos. Así pues, el conflicto de reglas solo puede solucionarse a través de la introducción de una cláusula de excepción en una de las reglas o mediante la declaración de invalidez de una de las normas, pues el concepto jurídico de validez no es graduable, de manera que una regla es válida o no. Por el contrario, en el caso de colisión de principios, uno de los principios ha de ceder ante el otro, lo cual no supone su invalidez ni resulta necesaria una cláusula de excepción, sino que bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede al otro; mientras que en otros casos la respuesta al conflicto puede ser la contraria, primando el principio de mayor peso en atención a las circunstancias concretas, de modo que tiene lugar una “relación de precedencia condicionada”⁶⁹. Puesto que solo es posible la colisión de principios válidos, ALEXY

⁶³ ESSER, J., *Grundsatz und Norm*, op. cit., *ibidem*.

⁶⁴ GROSS, H., “Standards as Law”, *Annual Survey of American Law* 34, 1969, p. 78.

⁶⁵ Acerca de los criterios de distinción entre principios y reglas, *vid.* también GARCÍA FIGUEROA, A., *Principios y positivismo jurídico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, pp. 132-162.

⁶⁶ ALEXY, R., *Teoría de los...*, op. cit., p. 68.

⁶⁷ ALEXY emplea el término mandato en un sentido amplio, pues recoge también el concepto de permisión. *Vid.* ALEXY, R., *Teoría de los...*, op. cit., *ibidem*. Acerca de la denominada “tesis del mandato de optimización”, *vid.* también PRIETO SANCHÍS, L., *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, pp. 44 y ss.

⁶⁸ ESSER, J., *Grundsatz und Norm*, op. cit., p. 95.

⁶⁹ ALEXY, R., *Teoría de los...*, op. cit., p. 73.

concluye que los conflictos trascienden la dimensión de validez y se producen en la dimensión del peso⁷⁰.

Asimismo, el profesor alemán apunta a la distinta condición *prima facie* de reglas y principios como otra característica distintiva. Los principios ordenan la realización de algo en la mayor medida posible, considerando las posibilidades jurídicas y fácticas concretas, de forma que no contienen mandatos definitivos sino tan solo *prima facie*, en tanto que presentan razones que pueden ser desplazadas por otras razones opuestas. Un principio no establece el modo en el que se ha de resolver el conflicto entre una razón y su opuesta, pues carecen de contenido de determinación respecto de los principios contrapuestos y las posibilidades fácticas, pero si la determinación prospera en atención a las circunstancias, lo establecido por la regla obtenida ostentará un carácter definitivo⁷¹. Podría pensarse que todos los principios tienen carácter *prima facie*, mientras que las reglas ostentan carácter definitivo⁷², pero esto no tiene por qué ser necesariamente así, pues al introducir una cláusula de excepción a una regla, esta pierde su carácter definitivo para la decisión del caso. Dicha excepción podría efectuarse mediante un principio, pero el carácter *prima facie* obtenido por estas reglas es diferente al de los principios. Por lo que respecta a las reglas, estas no solo son desplazadas cuando el principio opuesto tenga un mayor peso que el principio que apoya la regla de que se trate, sino que también han de ser desplazados los principios que establecen el cumplimiento tales reglas, esto es, los “principios formales”⁷³. El reforzamiento del carácter *prima facie* de los principios a través de la introducción de una carga de

⁷⁰ DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, op. cit., pp. 26 y ss.

⁷¹ En atención a lo anterior cabe concluir que los principios necesitan de reglas que concreten las condiciones en las que se ha de realizar el contenido de un enunciado normativo, pues la mera formulación de principios por el ordenamiento jurídico no establecería los mecanismos de su realización, en detrimento de la garantía real de las posiciones jurídicas reconocidas por el ordenamiento, que pasarían a constituir en la práctica meras declaraciones de intenciones. Parece más bien que aquellos principios constituyen, en esta cosmología principialista, instrumentos para dirimir conflictos, más allá del establecimiento efectivo de posiciones jurídicas. En este sentido, constituyen parámetros de la esencia de las reglas, a los que cabe acudir para saber cuándo prevalece una u otra. Si esto es correcto, no resulta posible afirmar que las reglas caigan en la dimensión de la validez de modo exclusivo, puesto que, si detrás de cada regla se esconde un principio, entonces esta conexión intrínseca entre ambos tipos de normas, hace que se produzca una suerte de comunicación entre la dimensión de la validez y la dimensión del peso, de modo que no constituyen departamentos estancos, sino que surten efectos en una única esfera que englobaría ambas realidades: principios y reglas. Podría parecer que el principio ejerce su influencia en el ámbito de la aplicabilidad de la regla, por lo que no resultaría exacto hablar de validez de la regla, en tanto que su aplicabilidad depende de la solución de un conflicto de principios, al menos, respecto de los denominados “principios formales”. Si aceptamos esto, entonces podríamos concluir que no cabe hablar de conflictos de reglas, sino que estos se verían desplazados al ámbito de los principios, de los cuales dependería la aplicabilidad de las reglas. En conclusión, en estos casos las reglas no serían nunca definitivas, sino que dependerían de la prevalencia del principio que les subyace en la resolución de un eventual conflicto de principios, de modo que también resultaría posible afirmar la prevalencia condicionada de las reglas.

⁷² DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, op. cit., pp. 24 y 26.

⁷³ ALEXI, R., *Teoría de los...*, op. cit., p. 81.

argumentación a su favor, no les otorga el mismo carácter de las reglas, pues constituye algo diferente y esencialmente más fuerte⁷⁴.

Para ALEXY, principios y reglas son razones diferentes. Así, mientras que los principios son razones *prima facie*, las reglas son razones definitivas, a salvo del establecimiento de una excepción. Reglas y principios pueden considerarse “razones para la acción” o “razones para normas”. Y, en tanto que razones para las normas, “razones para normas universales” (abstractas-generales) y/o “normas individuales” (juicios de deber ser jurídicos concretos). Algunos autores, como Joseph RAZ, han concebido las normas como “razones para la acción”⁷⁵; mientras que ALEXY, por su parte, considera las reglas y los principios como “razones para las normas”⁷⁶. No obstante, ALEXY considera que esta distinción no es ostensible, pues en tanto que las reglas y los principios son razones para las normas, mediatamente también son razones para la acción. Uno de los criterios que distingue entre reglas y principios cataloga los principios como razones exclusivamente para las reglas, pero de ser esto así los principios no podrían ser razones inmediatas para juicios concretos de deber ser⁷⁷. ALEXY considera esta concepción como incorrecta, en tanto que también las reglas pueden ser razones para las reglas y los principios pueden ser razones para juicios concretos de deber ser (decisiones). Por consiguiente, un principio constituye una razón básica para un juicio concreto de deber ser, siendo a su vez razón para una regla, la cual representa una razón definitiva para este juicio concreto de deber ser, mientras que los principios nunca son razones definitivas⁷⁸.

No obstante, el concepto de principio no está exento de polémica. En este sentido, se ha objetado que la existencia de ciertos principios resulta incompatible con los principios contrapuestos. Al respecto, existen dos tipos de contradicciones entre normas en sentido amplio que representan dos categorías distintas. El

⁷⁴ ALEXY, R., *Teoría de los...*, op. cit., p. 82.

⁷⁵ RAZ, J., *Practical Reason and Norms*, London, 1975, pp. 15, 58.

⁷⁶ En este punto, ALEXY parece estar afirmando que reglas y principios son razones en sí mismas, en tanto que normas. Así pues, parece afirmar que “las normas son razones para las normas”.

⁷⁷ Con todo, parece posible afirmar que los principios podrían ser razones inmediatas para juicios concretos de deber ser y al mismo tiempo ser razones para reglas, en tanto que el cometido de las reglas consistiría en la determinación del cómo se materializa fácticamente el contenido del enunciado normativo que constituye la propia regla, y que en definitiva consiste en un deber ser, en tanto que enunciado normativo. De este modo, una regla ha de constituir la manifestación de un deber ser, aun siquiera mediatamente, en tanto que dicho deber ser puede venir precedido de un principio que previamente ha establecido este deber ser, pero sin concretar las condiciones para la implementación de medidas que lo realicen en el mundo de lo fáctico. Por ello existe un vínculo entre norma y deber ser, puesto que incluso medidas concretas establecidas en una regla, son manifestaciones de un deber ser que se sustrae. En otro orden de cosas, los principios seguirían constituyendo razones inmediatas para juicios de deber ser en tanto que circunscritos a la determinación de la aplicabilidad de las reglas que traen causa en los mismos. Cuando se aplique una regla de este tipo, dependerá de la prevalencia del principio que la justifica en un eventual juicio de proporcionalidad.

⁷⁸ ALEXY, R., *Teoría de los...*, op. cit., p. 84.

primer tipo de contradicción se refiere a su validez, es decir, a su pertenencia al ordenamiento jurídico, siendo este el caso del conflicto de reglas. La segunda contradicción constituye siempre una colisión entre principios y tiene lugar en el seno del ordenamiento jurídico, de manera que se presupone la validez de los principios en conflicto⁷⁹.

Otra objeción resulta de la afirmación de principios tan sólidos que nunca podrían ser desplazados por otros principios, es decir, “principios absolutos”⁸⁰. La verificación de la existencia de tales principios, implicaría la necesidad de modificar la definición de principio, pues si un principio prevalece invariablemente sobre todos los demás, su realización no estará sujeta a límites jurídicos, sino solo a límites fácticos, no siendo aplicable la tesis de la colisión. Estos presuntos principios absolutos o bien no son compatibles con los derechos individuales, o bien lo son cuando los derechos individuales fundamentados por ellos no corresponden a más de un sujeto jurídico. Sin embargo, la dignidad humana parece recibir la consideración de principio absoluto, lo cual trae causa en su tratamiento mixto: como principio y como regla, parcialmente. En todo caso, si la dignidad humana tiene precedencia a nivel de los principios, esta será lesionada a nivel de las reglas⁸¹, existiendo dos normas de dignidad humana, es decir, una regla y un principio. La relación de precedencia del principio de dignidad humana respecto de principios contrapuestos determina el contenido de la regla de dignidad humana. Lo absoluto no es el principio, sino la regla que debido a su apertura semántica no necesita una limitación respecto de ninguna relación de precedencia relevante. Por lo tanto, la norma de la dignidad humana no constituye un principio absoluto, en tanto que existen dos normas (regla y principio) acerca de la dignidad humana, además de una serie de condiciones bajo las cuales el referido principio de dignidad humana precede al resto⁸².

La amplitud del concepto de principio constituye otro elemento de crítica, pudiendo los principios referirse tanto a derechos individuales como a derechos

⁷⁹ ALEXY, R., *Teoría de los...*, *op. cit.*, p. 86.

⁸⁰ En contra del concepto de “principios absolutos” se podría alegar que, en tanto que los conflictos de principios se resuelven en un juicio de proporcionalidad en el que entran en juego consideraciones valorativas, parece improbable que un principio alcance tal solidez que impida su desplazamiento. Dichas valoraciones siempre tienen lugar en uno u otro punto de la ponderación. Incluso en la fórmula del peso diseñada por ALEXY los valores de la escala son adjudicados en virtud de una valoración de los mismos. De este modo, y dada la amplitud indefinida de casos que se pueden dar en el plano fáctico, no parece posible afirmar la existencia de principios absolutos, aunque sí se puede afirmar la existencia de principios de primer orden, dada la importancia de los bienes jurídicos que pretenden garantizar y proteger, véase por ejemplo la dignidad o la vida.

⁸¹ Este escollo podría ser salvado en tanto que se considere a la regla como una manifestación del principio, en caso de que ambas normas resultan de una misma lógica jurídica, puesto que pretenden la garantía y protección de un determinado bien jurídico que se estima valioso. Esta propuesta podría ser identificada con un modelo puro de principios como el propuesto por von HIPPEL, si bien presenta variantes que podrían ser sustanciales. *Vid.* HIPPEL, E.v., *Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte*, Berlin, 1965. Citado por ALEXY, R. *Teoría de los...*, *op. cit.*, p. 88.

⁸² ALEXY, R., *Teoría de los...*, *op. cit.*, p. 89.

colectivos. Sin embargo, DWORKIN concibió los principios como aquellas normas que es posible aducir como razones para derechos individuales; mientras que denominó como “políticas” a aquellas normas referidas a bienes colectivos⁸³. Para ALEXY, el carácter de principio se vincula a la idea de la proporcionalidad, junto con sus tres subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Es más, la noción de principio implicaría la de proporcionalidad y viceversa. El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto o mandato de ponderación se deriva de la relativización referida a las posibilidades jurídicas, esto es, es deducible del carácter de principio de las normas de derecho fundamental. Además, de este subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto se deriva que los principios constituyen mandatos de optimización referidos a las posibilidades jurídicas; mientras que los subprincipios de necesidad e idoneidad derivan del carácter de los principios como mandatos de optimización con relación a las posibilidades fácticas⁸⁴.

Una crítica central al principialismo alexyano ha sido efectuada por Jan-R. SIECKMANN, quien, a pesar de mantener la clasificación de las normas entre reglas y principios, difiere ampliamente de la explicación proporcionada por ALEXY acerca de estos últimos. En primer lugar, SIECKMANN señala la necesidad de diferenciar entre “mandatos de optimización” y “normas que son objeto de tales mandatos”⁸⁵. Por lo demás, si el cumplimiento de los mandatos de optimización se encuentra limitado por las posibilidades fácticas y jurídicas, entonces su contenido estará tan atenuado que una colisión con otros mandatos de optimización resultará materialmente imposible, no procediendo por lo tanto su ponderación, pues solo podrán ser cumplidos o incumplidos, configurándose como “reglas de segundo nivel”. Consciente de este inconveniente, ALEXY reformuló su planteamiento distinguiendo entre “principios como mandatos de optimización” y “principios como normas a optimizar”⁸⁶. Sin embargo, esta distinción no es suficiente, pues los principios entendidos como normas de optimización no presentan una estructura lógica específica, lo cual impide la distinción entre reglas y principios⁸⁷. Además, la necesidad de optimizar los principios no permite explicar la función de los mismos como razones para la ponderación; lo cual se presenta como necesario, pues en la ponderación los principios no se presentan como simples objetos de ponderación, sino como argumentos a favor de determinados resultados incompatibles entre sí⁸⁸.

⁸³ DWORKIN, R., *Taking Rights Seriously*, *op. cit.*, pp. 82 y 90.

⁸⁴ ALEXY, R., *Teoría de los...*, *op. cit.*, p. 95.

⁸⁵ SIECKMANN, J.-R., *La teoría del...*, *op. cit.*, p. 180.

⁸⁶ ALEXY, R., “On the structure of legal principles”, *Ratio Juris* 13, 2000, p. 304.

⁸⁷ SIECKMANN, J.-R., *La teoría del...*, *op. cit.*, p. 181.

⁸⁸ *Idem*.

A la vista de estas objeciones, SIECKMANN apunta una serie de alternativas doctrinalmente desarrolladas al respecto⁸⁹. Por lo que concierne a las definiciones acerca de los principios, algunos planteamientos conciben los principios como normas *prima facie*⁹⁰ o normas *pro tanto*⁹¹, o supuestos de hecho incompletos y abiertos que solo proporcionan condiciones de aplicación necesarias pero insuficientes⁹². Sin embargo, ninguna de estas alternativas logra mantener un contenido de los principios suficiente para que la norma obtenida pueda constituir una razón para la ponderación, pues de una simple norma *pro tanto* no se deriva ninguna exigencia relativa a la decisión que ha de resultar de la ponderación para el supuesto de colisión. Igualmente, las normas *prima facie* incurren en esta deficiencia, pues tan solo permiten la obtención de enunciados acerca de lo que es válido en casos normales, pero no resuelven cómo se ha de proceder en supuestos de colisión entre principios contrapuestos. Lo mismo sucede con las normas con supuesto de hecho incompleto, pues de tal hecho no se deriva una explicación acerca de la función de las normas como razones para la ponderación. Otra alternativa consiste en concebir los principios como “normas categóricas”, en las cuales tan solo se considera su propio cumplimiento como condición para la realización de su contenido⁹³. Sin embargo, esta concepción no distingue adecuadamente entre los tipos de validez de dichas normas categóricas, es decir, no especifica si tales principios presentan una validez definitiva o *prima facie*. No obstante, si se considerase su validez definitiva, entonces excluiría la posibilidad de una colisión entre normas susceptibles de ponderación, por lo que no permitirá entender la función que los principios han de cumplir en el marco de la ponderación⁹⁴.

A juicio de SIECKMANN, el mantenimiento de la distinción entre reglas y principios pasa por concebir los principios como “argumentos normativos”⁹⁵, esto es, no solo como objetos de los juicios de ponderación, sino también como razones para la misma⁹⁶. En este sentido, los principios son concebidos como normas que sirven a la argumentación de la ponderación y cuya estructura lógica es la de los mandatos reiterativos⁹⁷. Sin embargo, un principio podría expresar que *algo está*

⁸⁹ SIECKMANN, J.-R., *La teoría del...*, op. cit., pp. 184-186.

⁹⁰ PECZENIK, A., *On law and reason*, Kluwer, Dordrecht, 1989, pp. 74 y ss. (versión en español: *Derecho y razón*, traducción de Ernesto Garzón Valdés, Fontamara, México, 2000). Vid. también ALEXY, *Teoría de los...*, op. cit., pp. 81-82.

⁹¹ HURLEY, *Natural reasons*, Oxford University Press, Oxford, 1989, p. 261.

⁹² ATIENZA, M. & RUIZ MANERO, J., *A theory of legal sentences*, Kluwer, Dordrecht, 1998, pp. 30-31.

⁹³ MARTÍNEZ ZORRILLA, D., *Conflictos constitucionales. Ponderación e indeterminación normativa*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 80.

⁹⁴ SIECKMANN, J.-R., *La teoría del...*, op. cit., p. 187.

⁹⁵ En un sentido aproximado Gustavo ZAGREBELSKY ha afirmado que “los principios (...) nos proporcionan criterios para tomar posición ante situaciones concretas pero que *a priori* aparecen indeterminadas”. Vid. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, traducción de M. Gascón, Trotta, Madrid, 1995, p. 169.

⁹⁶ SIECKMANN, J.-R., *La teoría del...*, op. cit., p. 205.

⁹⁷ SIECKMANN, J.-R., *La teoría del...*, op. cit., p. 188.

permitido o, alternativamente, que *algo debe estar permitido*. En el supuesto de que el principio exprese que *algo está permitido*, los juicios de ponderación serán epistémicos o cognitivos, siendo el resultado de la ponderación independiente del juicio de ponderación, pues el argumento simplemente expresa una situación jurídica preexistente y el juicio de ponderación se limita a un proceso puramente heurístico, lo cual se contradice con la confrontación de razones opuestas para justificar la decisión correcta, haciendo de la ponderación algo superfluo. Pero si el principio expresa que *algo debe estar permitido*, entonces las razones de la ponderación han de ser entendidas como pretensiones de aceptar un cierto resultado de la ponderación, lo cual indica la validez definitiva de una norma. La dificultad de la argumentación normativa versa sobre el tratamiento racional de estas pretensiones orientado a la obtención de normas con una validez objetiva, lo cual podría ser calificado como un racionalismo relativamente no cognitivista, dado que se trataría de aplicar exigencias de racionalidad a pretensiones normativas autónomamente determinadas y carentes de justificación cognitiva⁹⁸. Dichas pretensiones justifican los argumentos normativos en tanto que cumplan las condiciones de la argumentación racional y sean generalizables, constituyendo su ponderación el núcleo de la argumentación autónoma.

Los argumentos normativos presentan la estructura de los mandatos de validez en tanto que prescriben la validez de la norma, si bien no resulta claro qué tipo de validez ha de presentar el “deber ser” contenido en la norma, si bien es evidente que no podrá consistir en una validez definitiva, pues los principios en colisión con dicho deber ser también aspiran a su validez. Con la intención de solucionar este problema, SIECKMANN recurre a la idea de “iteración de los mandatos de validez”, según la cual un argumento normativo empleado como razón para una decisión ponderativa consiste en una estructura infinita de mandatos de validez, siendo la validez de estos mandatos requerida por el mandato de validez inmediatamente superior⁹⁹. Lo anterior vendría a demostrar que los principios poseen una estructura lógica específica como razones para la ponderación, de manera que los principios constituirían argumentos normativos cuya validez no depende de otros argumentos normativos¹⁰⁰. En virtud de lo anterior, SIECKMANN obtiene la existencia de razones que avalan la clasificación de las normas en reglas y principios, a saber: “los principios constituyen argumentos normativos con la estructura de los mandatos de validez reiterativos, y las reglas son el contenido de aserciones normativas de la validez definitiva de normas”¹⁰¹.

⁹⁸ SIECKMANN, J.-R., *La teoría del...*, *op. cit.*, p. 190.

⁹⁹ SIECKMANN señala que este tipo de iteración es contraria a los argumentos autoritativos o tradicionales y típica de los argumentos acerca de intereses. Así, por ejemplo, el interés en la libertad de expresión presupone un interés en la validez definitiva de dicha libertad de expresión y este interés, a su vez, presupone un interés en la validez definitiva de un mandato de validez definitiva de la libertad de expresión. *Vid. La teoría del...*, *op. cit.*, pp. 191-192.

¹⁰⁰ SIECKMANN, J.-R., *La teoría del...*, *op. cit.*, p. 194.

¹⁰¹ SIECKMANN, J.-R., *La teoría del...*, *op. cit.*, p. 195.

En contra de la propuesta de SIECKMANN, ALEXY ha alegado que esta no permite explicar el tipo de validez que poseen los principios entendidos como razones de la ponderación, ya que los mandatos de validez reiterativos suponen una “oscilación” entre normas puramente semánticas y proposiciones normativas¹⁰². Sin embargo, SIECKMANN acusa a ALEXY de efectuar su crítica a partir de normas de nivel determinado y estructuras finitas, mientras que su argumento representa la reiteración de los mandatos de validez a partir de una estructura infinita¹⁰³.

1.4. Los tres modelos de normas de derecho fundamental

Algunos autores han propuesto un modelo puro de principios en el cual las normas de derecho fundamental consisten en normas de principios que indican que, en la ordenación de las relaciones vitales y en la solución de conflictos, la idea de autodeterminación individual posee una importancia especial, si bien considerando asimismo otras perspectivas y tras una ponderación de todos los intereses en juego, en atención a las circunstancias concretas del caso¹⁰⁴. En este sentido, la ley de colisión concreta la conexión entre normas de derecho fundamental como principios y las reglas de derecho fundamental vinculadas con las decisiones, es decir, las condiciones bajo las cuales un principio tiene precedencia frente a otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio preferente, lo cual permite enunciar un modelo simple de normas de derecho fundamental integrado por dos tipos de normas de derecho fundamental: principios y reglas. Las garantías establecidas directamente por disposiciones de derecho fundamental han de ser principios; mientras que las reglas surgen de la determinación de las condiciones de precedencia, a partir de la ponderación. Por lo tanto, se trata de un “modelo puro de los principios”, dado que las reglas dependen totalmente de los principios¹⁰⁵. No obstante, los detractores de este modelo lo han acusado de violar el contenido literal de la Constitución, pues sustituiría la vinculación por la ponderación, dejando de lado el carácter “rígido” de la Constitución, con la cual se pretende alcanzar la “claridad y univocidad normativas”¹⁰⁶.

Por su parte, el modelo puro de reglas considera la necesidad de completar las normas de derecho fundamental. No obstante, en este modelo las normas pueden aplicarse sin necesidad de ponderación, de modo que recoge la tarea de

¹⁰² ALEXY, R., *Tres escritos sobre...*, op. cit., pp. 105 y ss.

¹⁰³ SIECKMANN, J.-R., *La teoría del...*, op. cit., p. 194.

¹⁰⁴ HIPPEL, E.V., *Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte*, op. cit., p. 84.

¹⁰⁵ HIPPEL, E.V., *Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte*, op. cit., pp. 15 y ss.

¹⁰⁶ MÜLLER, Fr., *Die Positivität der Grundrechte*, Duncker und Humblot, Berlin, 1969, pp. 17 y ss. (versión en español: *La positividad de los derechos fundamentales. Cuestiones para una dogmática práctica de los derechos fundamentales*, traducción, estudio preliminar y notas de Alberto Oehling de los Reyes, Dykinson, Madrid, 2016).

interpretar las disposiciones de derecho fundamental, pero desprovista de la necesidad de ponderar. La utilización de este modelo es frecuente en la regulación de los derechos fundamentales sin reserva, la regulación de los derechos fundamentales con reserva simple y la regulación de los derechos fundamentales con reserva cualificada. A pesar de que en el supuesto de derechos fundamentales protegidos sin reserva no sería posible imponer restricciones, es generalmente aceptado que no todo lo que puede subsumirse bajo el supuesto de hecho de las normas que protegen derechos fundamentales sin reserva está protegido por los derechos fundamentales. No obstante, esta crítica solo afectaría a un “modelo extremo” que solo considere el texto de las disposiciones de derecho fundamental, lo cual no tiene por qué ocurrir, siendo posible la presencia de restricciones “inmanentes”¹⁰⁷. En esta línea, la “teoría de las restricciones inmanentes de no-perturbación” de DÜRIG parece desechar la ponderación, obteniendo dichas restricciones directamente de la propia Constitución, en cuanto que regla de interpretación para todos los derechos fundamentales¹⁰⁸. De este modo, se ha de valorar si las “tres restricciones primitivas de no perturbación”¹⁰⁹ están realmente libres de ponderación. En primer lugar, la “restricción lógico-jurídica inmanente” se refiere a los derechos de los terceros y a los derechos privados, por lo que no pueden estar exentos de ponderación, en tanto que no son aptos para restringir derechos fundamentales. Las ponderaciones son ineludibles cuando todos son “por igual, titulares de derechos fundamentales”¹¹⁰. En segunda instancia, entre las “restricciones socialmente inmanentes”, se incluye una “restricción de derechos fundamentales de las normas penales prohibitivas”¹¹¹. Para evitar la restricción de derechos fundamentales, DÜRIG ha circunscrito este criterio solo a aquellas normas de prohibición referidas a “un delito desde el punto de vista del Derecho material” y a una “perturbación evidente”¹¹². Sin embargo, ALEXY pone de manifiesto que estas calificaciones hacen que el criterio pierda la determinación decisiva para el modelo de reglas. El criterio del delito de Derecho material generaliza una variedad de casos en los que determinadas normas de Derecho penal prohíben lo que está a *prima facie* permitido por normas de derecho fundamental formuladas sin reserva. Si la razón que fundamenta la norma de prohibición tiene un peso

¹⁰⁷ ALEXY, R., *Teoría de los...*, *op. cit.*, p. 99.

¹⁰⁸ En concreto, DÜRIG hace referencia al art. 2.1 de la Ley Fundamental Alemana. Además, se podrá observar que DÜRIG está de acuerdo con MAUNZ en este punto. *Vid.* DÜRIG en DÜRIG, G./MAUNZ, Th. *et al.*, *Grundgesetz. Kommentar*, 5. Auflage, C.H. Beck, München, 1983, art. 2, párrafo 1, observación marginal n. 72. *Vid.* MAUNZ, T., *Deutsches Staatsrecht: ein Studienbuch*, Beck, 2008, p. 123. Citado por Alexy, R., *Teoría de los...*, *op. cit.*, *ibidem*.

¹⁰⁹ Esto es, la restricción “lógico-jurídica inmanente” adscrita a los “derechos de terceros”, la “restricción socialmente inmanente” adscrita al “orden constitucional” y la “restricción éticamente inmanente” adscrita al “orden moral”. *Vid.* DÜRIG en DÜRIG, G./MAUNZ, Th. *et al.*, *Grundgesetz. Kommentar*, *op. cit.*, observación marginal n. 70.

¹¹⁰ DÜRIG en DÜRIG, G./MAUNZ, Th. *et al.*, *Grundgesetz. Kommentar*, *op. cit.*, observación marginal n. 13, nota 1.

¹¹¹ DÜRIG en DÜRIG, G./MAUNZ, Th. *et al.*, *Grundgesetz. Kommentar*, *op. cit.*, observación marginal n. 75 y ss.

¹¹² DÜRIG en DÜRIG, G./MAUNZ, Th. *et al.*, *Grundgesetz. Kommentar*, *op. cit.*, observación marginal n. 76.

mayor que el permiso de derecho fundamental, entonces el criterio del delito de Derecho material pierde su carácter de definitivo o deviene en un concepto vinculado al resultado de una ponderación. En tercer lugar, respecto de la “restricción éticamente inmanente”, ALEXY considera inadecuado que el orden moral constituya una cláusula totalmente exenta de ponderación capaz de limitar los derechos fundamentales, ya que los propios derechos fundamentales presentan un contenido moral y se refieren a relaciones entre particulares, lo cual hace necesario una ponderación del caso concreto. Las normas de derecho fundamental con reserva simple, por su parte, presentan garantías más bien débiles, lo cual podría impedirse extendiendo la garantía del contenido esencial a toda injerencia en los derechos fundamentales o introduciendo un criterio adicional tácito que restrinja la competencia del legislador para introducir límites en materia de derechos fundamentales. Para ello resulta necesario ponderar, por lo que el modelo puro de las reglas fracasa una vez más ante los derechos fundamentales provistos de reservas simples¹¹³. Por último, ALEXY también considera insuficiente el modelo puro de las reglas en aquellos supuestos relativos a derechos fundamentales con reserva cualificada, alegando que incluso los conceptos que aparecen en las cláusulas de reserva cualificada se refieren a la ponderación¹¹⁴.

El modelo mixto se presenta como una solución intermedia entre ambos modelos puros y surge de la combinación de un nivel relativo a los principios con un nivel referido a las reglas¹¹⁵. En el nivel de los principios, un principio es relevante cuando puede ser aducido correctamente a favor o en contra de una decisión de derecho fundamental, constituyendo en tal caso un principio válido¹¹⁶. Entre estos principios relevantes, no solo se encuentran los principios que se refieren a los derechos individuales que confieren derechos fundamentales *prima facie*, esto es, cuando un derecho fundamental otorga un derecho subjetivo, sino que también se incluyen aquellos que tienen por objeto bienes colectivos y que pueden ser usados como razones a favor y en contra de los derechos fundamentales *prima facie*. Los principios pueden tener rango constitucional de primer grado, cuando puedan limitar un derecho fundamental garantizado sin reserva; o rango constitucional de segundo grado, cuando solo conjuntamente con una norma de competencia estatuida en una disposición de reserva puedan limitar

¹¹³ ALEXY, R., *Teoría de los...*, *op. cit.*, pp. 102-105.

¹¹⁴ Esta explicación concuerda con la posición del Tribunal Constitucional Federal alemán cuando afirma que hay que “fijar las restricciones del ejercicio de los derechos fundamentales que sean conciliables con el Estado de Derecho, mediante la observancia de la suposición básica de la libertad y los principios constitucionales de proporcionalidad y exigibilidad”. *Vid.* BVerfGE 32, 54 (72). *Vid.* ALEXY, R., *Teoría de los...*, *op. cit.*, p. 107.

¹¹⁵ ALEXY, R., *Teoría de los...*, *op. cit.*, p. 109.

¹¹⁶ Aquí ALEXY habla de validez como relevancia. No obstante, este concepto de validez expuesto colisiona con la teoría de la injusticia extrema de RADBRUCH que el profesor alemán suscribe en otras ocasiones. De todos modos, en este momento parece prescindir de consideraciones de justicia, probablemente para agilizar el discurso. No obstante, cabe matizar la validez de los principios en atención a consideraciones de justicia.

un derecho fundamental. Así, respecto de los de segundo grado, los aspectos material y competencial o formal han de reforzarse recíprocamente para justificar una restricción. Una adscripción material inmediata a una disposición constitucional no puede demostrar que un aspecto material justifique un rango constitucional de segundo grado, sino que resulta necesario acudir a una argumentación de derecho fundamental, de manera que el rango constitucional de segundo grado se configura como mucho más incierto. Las adscripciones material y formal no se vinculan con la distinción de dos principios diferentes, si bien la distinción entre “principios sustanciales o materiales” y “principios formales o procedimentales” resulta relevante. En este sentido, un principio formal o procedimental es aquel que establece que un legislador democrático debe tomar decisiones relevantes para la comunidad. Este principio, junto con el material que sirve a intereses comunitarios relativos, puede ponderarse con un principio de derecho fundamental que confiera derechos individuales¹¹⁷.

Por lo que se refiere al nivel de las reglas, cuando se ha realizado alguna determinación relacionada con las exigencias de principios contrapuestos mediante una disposición de derecho fundamental, no solo se estatuye un principio, sino también una regla. Una regla será incompleta cuando para su aplicación requiera una ponderación previa. En general, las reglas preceden a los principios, pues estos últimos dejan abiertas varias soluciones posibles al problema de colisión entre disposiciones de derecho fundamental, mientras que las reglas concretan más tal decisión. Sin embargo, no se trata de una relación de precedencia estricta, sino que se trata de una precedencia entre el nivel de las reglas frente al nivel de los principios, a salvo de la existencia de razones que hablen en favor de otras determinaciones diferentes¹¹⁸ a las tomadas por el nivel de las reglas y que sean lo suficientemente fuertes como para desplazar el principio de vinculación al texto constitucional¹¹⁹.

No obstante, las disposiciones de derecho fundamental presentan un doble carácter, pues estatuyen tanto reglas como principios. De este modo, las normas de derecho fundamental son reglas generalmente incompletas o principios. Sin embargo, pueden presentar un doble carácter cuando en la formulación de la norma de derecho fundamental se incluya una cláusula restrictiva referida a principios y que implique ponderación. Estas “normas de derecho fundamental con doble carácter” surgen siempre que aquello que es directamente estatuido por las

¹¹⁷ ALEXY, R., *Teoría de los...*, op. cit., pp. 110-112.

¹¹⁸ En la explicación de ALEXY, lo definitivamente relevante parece ser la posibilidad de llevar a cabo lo que el profesor alemán denomina como una “argumentación iusfundamental correcta”, de manera que su planteamiento principialista oscila en torno a dicha idea, la cual a su vez aparece vinculada a su teoría del discurso, fundamentado en el carácter discursivo de la argumentación. Si se acepta lo anterior, consecuentemente la explicación de los derechos fundamentales aparecerá inevitablemente referida a las denominadas teorías del discurso, lo cual conllevaría a la renuncia de una teoría comprensiva, debido a la evidente plasticidad que caracteriza al discurso humano.

¹¹⁹ ALEXY, R., *Teoría de los...*, op. cit., p. 114.

disposiciones de derecho fundamental sea completado con cláusulas referidas a la ponderación, las cuales asisten a aquellas normas susceptibles de subsunción. En virtud de lo anterior, ALEXY concluye que no basta concebir las normas de derecho fundamental solo como reglas o solo como principios, pues un modelo adecuado ha de adscribir a las disposiciones de derecho fundamental tanto reglas como principios, pudiéndose reunir ambas en una norma de derecho fundamental con carácter doble. Por lo demás, una teoría de los principios plantea dificultades respecto de la falta de seguridad procedente de la necesidad de articular ponderaciones, asimismo la teoría de los principios está vinculada a la teoría de los valores, siendo posible trasladar a la primera las objeciones vertidas sobre la segunda¹²⁰.

1.5. El derecho fundamental como “un todo”

ALEXY concibe los derechos fundamentales como “un todo”, es decir, como un haz de posiciones de derecho fundamental, en virtud de la adscripción a una disposición de derecho fundamental¹²¹. Las posiciones jurídicas son siempre conferidas a través de normas y pueden clasificarse en atención a tres criterios: según la posición que ocupen dentro del sistema de las posiciones jurídicas básicas, en atención a su grado de generalidad y en función de si poseen el carácter de reglas o principios. Entre estas normas y posiciones tienen lugar relaciones muy diferentes, existiendo tres relaciones que sobrepasan la mera pertenencia al haz que constituye el derecho fundamental. En primer lugar, ALEXY destaca una relación de precisión que fundamenta la determinación del significado de una libertad jurídica. En segundo, una relación medio/fin, que se presenta como decisiva en las normas de organización y de procedimiento. Por último, en tercer lugar, el profesor alemán señala una relación de ponderación que puede presentarse tanto en las relaciones anteriormente señaladas como fuera de las mismas. Esta relación de ponderación se corresponde con la relación entre una posición *prima facie* y una posición definitiva en el marco de la ley de la colisión. Por lo demás, para pasar de una a la otra, ALEXY propone comparar la posición *prima facie* de que se trate con otras posiciones también *prima facie*, y con principios referidos a bienes colectivos¹²².

En función de lo anterior, ALEXY afirma que un derecho fundamental como “un todo” puede consistir en un haz de posiciones definitivas, un haz de posiciones definitivas incluidas las relaciones que existen entre ellas, un haz de posiciones

¹²⁰ A juicio de ALEXY, la satisfacción gradual de los principios es similar a la realización gradual de valores, resultando posible reformular los enunciados acerca de valores en enunciados acerca de principios y viceversa, residiendo la principal diferencia entre principio y valor en que los principios son mandatos de optimización pertenecientes al ámbito deontológico, mientras que los valores han de ser descritos a nivel axiológico. Vid. ALEXY, R., *Teoría de los...*, op. cit., pp. 115-119.

¹²¹ ALEXY, R., *Teoría de los...*, op. cit., p. 214.

¹²² ALEXY, R., *Teoría de los...*, op. cit., p. 217.

definitivas y *prima facie* o un haz de posiciones definitivas y *prima facie* incluidas las relaciones que existen entre ellas. Puesto que a las disposiciones de derecho fundamental se adscriben tanto reglas como principios, las normas de derecho fundamental presentan un doble carácter¹²³. Esto implica que en el haz que constituye el derecho fundamental como un todo se han de incluir tanto las disposiciones definitivas como las *prima facie*. Por consiguiente, un derecho fundamental como “un todo” constituye un haz de posiciones definitivas y *prima facie* vinculadas recíprocamente en las tres formas descritas y adscritas a una disposición de derecho fundamental. De este modo, un derecho fundamental como “un todo” de este tipo es diferente a un derecho fundamental como “un todo” que solo consiste en una conjunción de posiciones definitivas, pues mientras que el segundo tiene carácter estático, el primero dinámico. Uno es resultado provisorio de un proceso de decisión y argumentación fuera del derecho fundamental, el otro incluye exigencias más allá de lo existente, colisionando con otros derechos fundamentales y con principios referidos a bienes colectivos, de manera que está relacionado con su entorno normativo y contiene razones que fundamentan sus propias posiciones definitivas. Por último, para uno la decisión es valorativa bajo la forma de principios, mientras que para el otro la decisión definitiva es algo externo. En un derecho fundamental como “un todo” tal y como ha sido descrito por ALEXY, las distintas posiciones y las relaciones de precisión, medio/fin y ponderación entre estas son claramente determinables. No obstante, ello no excluye la discusión acerca de qué se ha de articular en un derecho fundamental como “un todo”. Esta polémica encuentra su contrapartida en la discusión acerca de qué norma debe adscribirse a las disposiciones de derecho fundamental en tanto que normas de derecho fundamental. De hecho, el propio ALEXY afirma que, en el marco de la cuestión acerca de qué pertenece a un derecho fundamental como un todo, se plantean todos los problemas de la interpretación propios de los derechos fundamentales¹²⁴.

2. El fundamento de los derechos humanos

2.1. La relación conceptual necesaria entre derechos humanos y derechos fundamentales

A partir de un enfoque no-positivista semejante al propuesto por ALEXY, resulta posible concebir los derechos fundamentales como el resultado de la positivación de los derechos humanos a través del ordenamiento jurídico constitucional. En este sentido, el concepto de derechos humanos y derechos fundamentales se configuran como dos caras de una misma moneda en la

¹²³ ALEXY, R., *Teoría de los...*, op. cit., pp. 214 y ss.

¹²⁴ ALEXY, R., *Teoría de los...*, op. cit., p. 218.

descripción de una sola y misma realidad, aunque con una doble naturaleza, a saber, ideal y real. Así, el concepto de derechos fundamentales hace referencia a la dimensión real, esto es, a la presencia de las posiciones jurídicas individuales a través de ellos protegidas en un ordenamiento jurídico determinado; mientras que los derechos humanos aluden a una dimensión ideal, en tanto que representa su naturaleza moral y se encuentran directamente relacionados con la fundamentación de las posiciones jurídicas obtenidas.

Con frecuencia, la doctrina ha circunscrito la noción de derechos humanos a lo establecido por el Derecho internacional relativo a esta materia, principalmente a la DUDH, cuyos preceptos muestran un cierto “consenso común o coincidente”¹²⁵ acerca de las formulaciones abstractas de conceptos directamente morales que vinculan de manera ineludible el discurso de los derechos humanos con el debate acerca de la justicia, cuestión hacia la cual apunta aquella aproximación constructivista que fundamenta los derechos humanos en el presupuesto de un consenso cultural y social¹²⁶. Si se acepta lo anterior, se podría pensar que el concepto de derechos humanos no solo resulta previo, sino que a este subyace la justificación de los derechos fundamentales, a los cuales infunde sus rasgos y significado, configurándose el segundo como una manifestación netamente jurídica (real) del primero. De este modo, resulta útil y adecuado acudir al concepto de derechos humanos para explicar los derechos fundamentales, pues su fundamento sería coincidente en ambos casos. De manera alternativa, podría pensarse que los derechos humanos pertenecen a un plano moral anterior y precedente al jurídico, de manera que se configurarían como el antecedente y fundamento de los derechos fundamentales¹²⁷. Con independencia de la vía que se escoja, parece ineludible acudir al análisis del concepto de derechos humanos en la explicación de los derechos fundamentales, en virtud de la estrecha relación entre ambos

¹²⁵ Esta realidad es la que, de manera aproximada, vendría a expresar el concepto rawlsiano de “overlapping consensus”, el cual se refiere al modo en que diferentes “doctrinas normativas comprensivas” (ya sean religiosas, políticas o morales), con concepciones de la justicia aparentemente incompatibles, pueden coincidir en principios de justicia que son suscritos por las instituciones sociales básicas de la comunidad política. *Vid.* RAWLS, J., *A Theory of...*, *op. cit.*, p. 340. También Jack DONNELLY emplea dicha expresión en su obra, *vid.* “The relative universality...”, *op. cit.*, pp. 281-306.

¹²⁶ En este sentido, se tendrá ocasión de analizar más adelante la propuesta “cuasifundacionalista” (*quasi-foundationalist*) de Vittorio BUFACHI, según la cual los derechos humanos no serían realidades preexistentes o independientes del pensamiento humano, sino que se configuran como construcciones del mismo, lo cual implicaría negar su existencia objetiva. *Vid.* “The truth about rights”, *Journal of Human Rights* 7, 2008, p. 323. *A contrario*, se posiciona la tesis de Alan GEWIRTH, quien fundamentó los derechos en un elemento empírico, pretendidamente independiente, cuál es el concepto de “agencia” (*agency*), es decir, la habilidad humana para actuar y de la cual derivarían los derechos básicos de todo ser humano, basados en los “bienes genéricos para la acción” o “derechos genéricos”, a saber: la libertad y el bienestar. *Vid.* “The epistemology of...”, *op. cit.*, pp. 21 y ss.

¹²⁷ Esta parece ser la tesis de GEWIRTH, al señalar que: “the primary relevant sense of the existence of human rights, then, is the normatively moral justificatory one”, *vid.* “The epistemology of...”, *op. cit.*, p. 3.

conceptos. A continuación, se expondrán algunas propuestas doctrinales referidas al fundamento de los derechos humanos y sus críticas, con la intención de proporcionar un marco teórico para la posterior reconstrucción del fundamento del derecho al consentimiento informado del paciente, entendido como la manifestación de un derecho fundamental.

2.2. Aproximaciones generales al fundamento de los derechos humanos

La doctrina ha señalado dos concepciones básicas acerca de las cuestiones relativas al fundamento de los derechos humanos¹²⁸. En primer lugar, se encontrarían aquellas tesis que enfatizan los conceptos de “contingencia”, “construcción” y “relatividad”, siendo representantes de esta corriente autores como LACLAU, RORTY, DWORKIN, MACINTYRE o DONNELLY. Así, mientras que Alasdair MACINTYRE se muestra más escéptico respecto de la idea de derechos humanos, autores como LACLAU, RORTY o DWORKIN han apoyado este concepto a partir de planteamientos liberales. Jack DONNELLY, por su parte, recurre al concepto de “dignidad humana” para respaldar el catálogo de derechos proporcionado por el Derecho internacional, el cual considera útil para la salvaguardia de esta dignidad con base en parámetros modernos, aunque reconoce que este concepto es contingente y, por lo tanto, su justificación resulta controvertida. No obstante, todos estos autores coinciden en que, bajo condiciones diferentes, resultaría adecuado defender catálogos, concepciones e, incluso, conceptos morales acerca de los derechos también diferentes. Por lo general, se ha acusado tanto a las tesis constructivistas como a aquellas que enfatizan la contingencia de los derechos humanos de equipararlos con meros productos del poder o acontecimientos culturales particulares, lo cual enerva el concepto de manera considerable.

Otra aproximación a esta cuestión apunta a la “razón” y la “moralidad” como fundamentos objetivos de los derechos humanos, de modo que considera la doctrina acerca de los derechos humanos como objetiva y universalmente verdadera. En esta línea se sitúa la tesis de GEWIRTH, quien concebía a los seres humanos como “agentes intencionales prospectivos” (*prospective purposive agents*) necesitados de niveles mínimos de bienestar físico y psicológico, además de libertad. Sorprendentemente, a pesar de que el propio GEWIRTH reconoció que tales derechos a la libertad y al bienestar colisionan frecuentemente, no proporcionó mecanismos para equilibrar el conflicto. Joseph RAZ, por su parte, también ha concebido el bienestar y la libertad como “valores últimos” (*ultimate values*), si bien no los valora en función de su contribución a la consecución de algo más, sino que los considera constitutivos de la persona misma. Tales valores son contingentes en tanto que su defensa no constituye una necesidad lógica. Con todo,

¹²⁸ FREEMAN, M., “The Philosophical Foundations...”, *op. cit.*, pp. 511 y ss.

no son arbitrarios, pues que algo sea un valor principal no quiere decir que no pueda justificarse, sino que solo indica que su valor no puede derivarse de su contribución al logro de otra cosa¹²⁹. RAZ afirma que el papel específico de los derechos consiste en fundamentar los deberes en el interés de otros. Este autor, a diferencia de GEWIRTH, rechaza que los valores principales sean caracterizados por la vaguedad y el desacuerdo, pues considera que se fundamentan en la idea de interés, la cual a su vez debe fundamentarse en función de los problemáticos valores principales.

2.3. El fundamento iusnaturalista de los derechos humanos

2.3.1. Dilemas acerca del origen de los derechos humanos

En sede de la concepción iusnaturalista existen dos aproximaciones generales a la cuestión referida al origen de los denominados “derechos naturales”, a saber: la naturaleza humana o, alternativamente, los primeros principios de la razón práctica y las necesidades humanas. Explicar el origen de los derechos a partir de la naturaleza humana supone proporcionar un fundamento ontológico de los mismos, de manera que a través de la razón práctica se pasa de la constatación de un ser (esto es, una descripción) a la obtención de aquellos derechos (prescripción), incurriéndose con ello en la denominada “falacia naturalista” introducida por el filósofo británico G.E. MOORE en 1903¹³⁰ y muy próxima al “problema del ser-deber ser” (*is-ought problem*)¹³¹ enunciado por el escocés D. HUME¹³². La segunda alternativa, sin embargo, parte de la razón teórica y de la metafísica para proporcionar un fundamento de los derechos desde el plano prescriptivo de la moral, de modo que el deber ser de los derechos se deriva de otro deber ser, evitándose así la referida objeción.

Con todo, algunos autores iusnaturalistas han señalado que, aun suscribiendo un fundamento ontológico de los derechos basado en la naturaleza humana, la “falacia naturalista” no procede (es más, no existe) en tanto que consideran que el ser encierra virtualmente un deber ser o, lo que es lo mismo, la naturaleza humana contiene una prescripción implícita¹³³. Si se acepta lo anterior, entonces el conocimiento de la naturaleza humana se presentará como una exigencia

¹²⁹ RAZ, J., *The morality of freedom*, Clarendon Press, Oxford, 1988, p. 177.

¹³⁰ MOORE, G.E., *Principia Ethica*, Cambridge University Press, Cambridge, [1903] 1922.

¹³¹ También conocido como la “ley de Hume” (*Hume's law*), la “guillotina de Hume” (*Hume's guillotine*) o el “salto del hecho al valor” (*fact-value gap*).

¹³² Vid. HUME, D., *A Treatise of Human Nature*, Penguin Books, London, [1738] 1985, p. 521 (versión en español: *Tratado de la naturaleza humana: autobiografía*, edición preparada por Félix Duque, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1992).

¹³³ En este sentido, Mauricio BEUCHOT ha afirmado que “el ser es analógico y, por ello, contiene más cosas de las que solemos ver en él”. Vid. BEUCHOT, M., “Naturaleza Humana y ley natural como fundamentos de los derechos humanos”, en Massini-Correas, C.I. (comp.), *El iusnaturalismo actual*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, p. 18.

imprescindible para poder establecer una moral humana adecuada. Sin embargo, todavía existe otra vía que, de algún modo, combina las dos alternativas anteriormente descritas. Esta tercera aproximación concibe la posibilidad de realizar una reflexión metafísica de la naturaleza del conocimiento humano acerca de los primeros principios prácticos¹³⁴. De este modo, con carácter previo, la mente humana aprehendería “un ser”; posteriormente, se captaría a sí misma aprehendiendo al ser (“lo verdadero”); para, por último, captarse a sí misma deseando ese ser (“lo bueno”)¹³⁵.

Autores con Germain GRISEZ o FINNIS han optado por basar su ética iusnaturalista en la intuición axiológica, es decir, en la aprehensión intuitiva de los valores y bienes humanos básicos a partir de los primeros principios prácticos¹³⁶. Sin embargo, GRISEZ, a diferencia de FINNIS, ha intentado derivar los bienes y necesidades humanas de una evidencia basada en la naturaleza humana, lo cual presupone una ontología y antropología humanas subyacentes a la naturaleza humana y a la ley natural, lo cual devuelve la cuestión al problema de la derivación del deber ser del ser, planteándose por tanto la necesidad de una fundamentación metafísica¹³⁷. Charles TAYLOR, por su parte, ha advertido de los peligros derivados del empleo de la expresión “derechos naturales”, pues podría parecer que el derecho positivo se justifica por el simple hecho de incorporar un catálogo de derechos naturales, lo cual obviaría la necesidad de su circunscripción a las circunstancias concretas en las que han de aplicarse. Con todo, de lo anterior no se deriva la oportunidad de abandonar dicha expresión. A juicio del filósofo canadiense, cualquier código moral, independientemente de su positivización, se basa en una concepción de la dignidad humana, a partir de la cual se derivan pautas de comportamiento que prescriben como se ha de tratar al ser humano. Así pues, dichas exigencias y su jerarquía se obtienen a partir de una concepción de la persona humana en consideración de las circunstancias del contexto, pudiéndose producir desacuerdos en función de la variedad de contextos disponibles¹³⁸. Sin embargo, dado que la naturaleza no depende de los acuerdos obtenidos por los seres humanos, dichos acuerdos solo podrán reconocer la naturaleza de las cosas, pero no establecerla. En este sentido, una explicación de los derechos humanos ha

¹³⁴ En esta línea se ha posicionado Lawrence DEWAN, quien ha tratado de demostrar que AQUINO derivó el primer principio práctico a partir del ser. DEWAN, L., “St. Thomas, Our Natural Lights, and the Moral Order”, *Angelicum* 67, 1990, p. 286. Vid. también en ID., *Wisdom, Law, and Virtue: Essays in Thomistic Ethics*, Fordham University Press, New York, 2008, cap. XXII, pp. 199 y ss. A contrario se posiciona J. FINNIS, quien opina que los primeros principios de la razón práctica no son derivados ni inferidos. Vid. *Natural Law and...*, *op. cit.*, II.4, pp. 33 y ss.

¹³⁵ DEWAN, L., “St. Thomas, Our...”, *op. cit.*, p. 292.

¹³⁶ FINNIS, J. & GRISEZ, G., “The Basic Principles of Natural Law: A Reply to Ralph McInerny”, *The American Journal of Jurisprudence* 26(1), 1981, pp. 21-31.

¹³⁷ HITTINGER, F.R., *A critique of the new natural law theory*, University of Notre Dame Press, Indiana, 1987, p. 174.

¹³⁸ TAYLOR, C., “Los fundamentos filosóficos de los derechos humanos”, en Diemer, A., et al., *Los fundamentos filosóficos de los derechos humanos*, Serbal-UNESCO, Barcelona, 1985, pp. 57-59.

de combinar elementos objetivos y subjetivos para alcanzar tanto una objetivación de los mismos, como su aplicación a contextos humanos concretos, lo cual parece apuntar a la necesidad de recurrir a una metafísica de los derechos humanos¹³⁹.

2.3.2. La dignidad humana y primeros principios prácticos

Del concepto mismo de “derechos humanos” se desprende la idea de un estatuto moral específico del ser humano, tradicionalmente justificado en su especial dignidad personal. En este sentido, se ha afirmado que dicha dignidad humana procede de la manera noble y genuina en la que el ser humano participa del ser. Y, aunque el ser humano no es el ser, sino que participa de este, lo hace en mayor medida que el resto de seres, lo cual le dignifica y aporta superioridad moral¹⁴⁰. Además, esta dignidad trasciende del plano ontológico al práctico, pues infunde dignidad a la actividad humana dirigida de manera libre a la consecución y perfección de los “bienes humanos básicos”¹⁴¹, para lo cual se requiere la participación en la comunidad humana, pues se trata de una tarea común que ha de ser realizada en el seno de la sociedad, lo cual exige necesariamente el respeto sin excepción (esto es, con carácter absoluto) de la existencia y actividad de todos los miembros de la comunidad humana e, incluso en ocasiones, su promoción, con vistas al perfeccionamiento humano¹⁴².

Para Robert SPAEMANN, el concepto de dignidad humana fundamenta lo que pueda concebirse como un derecho humano¹⁴³. Bajo esta concepción, el ser humano no se trataría de un “fin para sí mismo”, sino de un “fin en sí mismo”, es decir, absoluto. En este sentido, la dignidad humana se fundamenta en una filosofía metafísica de lo absoluto¹⁴⁴. Por consiguiente, ser persona y la asignación de

¹³⁹ En este sentido parece postularse SERNA al afirmar que una adecuada fundamentación de la dignidad humana, la cual sitúa en la base de los derechos humanos -por encima incluso de la libertad, la igualdad o el pluralismo político-, pasa por una explicación metafísica. SERNA BERMÚDEZ, P., *Positivismos conceptual y...*, *op. cit.*, p. 370. Respecto de la supremacía de la dignidad como fundamento de los derechos humanos, *vid. también* ID., “La dignidad de la persona como principio del Derecho público”, *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas* 4(2), 1995, p. 290.

¹⁴⁰ LOBATO, A., “La persona en Santo Tomás de Aquino”, *Ius Publicum* 6, 2001, pp. 11 y ss.

¹⁴¹ FINNIS, J., *Natural Law and...*, *op. cit.*, pp. 59-56.

¹⁴² MASSINI-CORREAS, C.I., “Acerca del fundamento de los derechos humanos”, en Massini-Correas, C.I. (comp.), *El iusnaturalismo actual*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, p. 192.

¹⁴³ En esta línea se ha pronunciado SERNA al afirmar que “los derechos humanos se fundan en la dignidad, o carecen por completo de fundamento alguno” (*vid. SERNA BERMÚDEZ, P., “La dignidad de...”*, *op. cit.*, p. 295). En otro lugar, el mismo autor matiza lo anterior al señalar que “los derechos no derivan de la dignidad en cuanto a su contenido material, sino en cuanto a la obligatoriedad de respeto” (*vid. ID., “Dignidad de la persona: un estudio jurisprudencial”, Persona y Derecho* 41, 1999, p. 191). Así pues, a juicio de SERNA, la estructura genética de los derechos se encuentra intervenida por tres elementos: la naturaleza humana, el elemento histórico y la dignidad misma (*vid. Ibidem*, pp. 192-193).

¹⁴⁴ SPAEMANN, R., *Lo natural y lo racional*, traducción de D. Innerarity Grau y J. Olmo, Rialp, Madrid, 1989, pp. 93-122.

derechos no dependerá del reconocimiento de nadie, sino que forma parte de la propia ontología metafísica y absoluta del ser humano. Si se acepta lo anterior, entonces no resultará posible identificar los derechos humanos solo con aquellos reconocidos en los ordenamientos jurídicos, pues aceptar la mera posibilidad de anularlos supondría su negación misma¹⁴⁵. Sin embargo, reaparece de nuevo el “problema del ser-deber ser” de HUME, pues de lo que sean las cosas no se deriva como se ha de comportar respecto de las mismas, de manera que de la condición de ser persona humana no se podrá deducir la titularidad de los derechos. Para salvar esta crítica, algunos defensores del planteamiento iusnaturalista han señalado que las afirmaciones referidas a la titularidad de los derechos humanos no se infieren solo de la afirmación de la dignidad humana, sino también de una serie de premisas deónticas que se dan por supuestas y que aportan deonticidad a la conclusión, a saber: los primeros principios prácticos, los cuales no son inferidos de ninguna otra proposición, sino que se presentan como autoevidentes, en tanto que el mero conocimiento de su significado muestra su verdad, sin necesidad de un discurso argumentativo que proporcione términos intermedios que muestren la verdad de los términos de la proposición que recoge dichos principios¹⁴⁶.

Estos primeros principios prácticos presentan un carácter normativo, pues se configuran como exigencias que dirigen la conducta. Además, presentan un orden jerárquico, de manera que el primer principio práctico es aquel que exige que toda acción humana, con independencia de las circunstancias, sea moralmente buena, esto es, el “principio primero de eticidad”¹⁴⁷, el cual no solo es autoevidente, sino que exige una actuación libre. Por lo demás, tanto el referido principio primero de eticidad como los demás principios prácticos que a este se vinculan son categóricos y absolutos. Por lo que respecta a la universalidad, dicho principio primero de eticidad presenta un carácter especialmente universal, si bien los demás principios, en tanto que concreciones de aquel, se configuran como aplicaciones concretas, lo cual presupone una universalidad más atenuada pero igualmente presente. Sin embargo, para justificar el salto a lo debido, se ha apuntado a la necesidad de vincular el bien con el ser. Así pues, algo será bueno en la medida en la que participe en mayor medida del ser, es decir, en tanto que se

¹⁴⁵ SPAEMANN, R., *Ética: cuestiones fundamentales*, traducción de J.M. Yanguas, Eunsa, Pamplona, 1987, p. 95.

¹⁴⁶ MASSINI-CORREAS, C.I., “Acerca del fundamento...”, *op. cit.*, pp. 200-201 y 214. Como ya se ha tenido ocasión de señalar, en un sentido similar se ha posicionado J. FINNIS, *vid. Natural Law and...*, *op. cit.*, II.4, pp. 33 y ss.

¹⁴⁷ Este principio primero de toda normatividad práctica ha sido expresado como “el bien moral ha de hacerse”, “toda acción humana ha de realizar el bien” o “el bien ha de hacerse y el mal evitarse”, en donde “bien” no expresa solo el objetivo de toda acción libre, sino también la formalidad bajo la cual el objetivo ha de ser perseguido como perfectivo del modo de ser del ser humano. Por consiguiente, dicho principio no solo aporta la forma lógica de la ética humana, sino también su contenido universal. FINNIS, J., *Natural Law and...*, *op. cit.*, pp. 63 y ss. *Vid.* también MASSINI-CORREAS, C.I., “Acerca del fundamento...”, *op. cit.*, p. 203, 205 y 214.

realice o actualice de un modo más pleno o, lo que es lo mismo, más perfecto¹⁴⁸. Y gracias a esta perfección, el bien se muestra como apetecible, siendo esa capacidad de atracción lo que caracteriza su bondad, pues cualquier cosa se califica como buena en virtud de su perfección y dicha perfección es lo que la hace apetecible¹⁴⁹. De la aplicación de lo anterior al ser humano, se obtiene que la existencia y actividad de la persona humana, entendida como lo “más perfecto de la naturaleza”, han de ser respetadas y promovidas en todas sus dimensiones fundamentales¹⁵⁰.

De todo lo anterior se obtiene un principio universal que fundamenta los derechos humanos: “todo ser humano debe respetar el carácter de persona de todo ser humano”, proposición que se obtiene de manera autoevidente con la sola comprensión de la existencia y actividad social de la persona humana. De este modo, la dignidad óntica de la persona humana se constituye como el fundamento de los derechos humanos, dado que, una vez es conocida por el ser humano, su intelecto también conoce la relación entre dicha dignidad y el obrar del ser humano en sociedad, lo cual se concreta en la titularidad de ciertos derechos que salvaguardan su existencia y desarrollo¹⁵¹.

2.3.3. La búsqueda del “bien común” y la fundamentación de los derechos humanos en el planteamiento de John FINNIS

2.3.3.1. La justicia como razón para los derechos

Como ya se ha señalado con ocasión del análisis histórico acerca del concepto de derecho subjetivo, el término romano *ius* o *jus* se refería a una asignación entre las partes hecha para y por la justicia de acuerdo con la ley. En esta asignación, a una de las partes le correspondería una carga o posición deudora; mientras que a la otra una posición acreedora, en tanto que beneficiaria del título. En el siglo XIII, AQUINO señaló que el significado primario de *jus* era “lo justo” o “lo que es justo”, queriendo indicar con “lo” aquellos actos, objetos y estados de cosas considerados como el objeto de las relaciones de justicia. Secundariamente, también apuntó otros significados derivados del término *jus*, a saber, “el arte a través de lo cual sabemos o determinamos lo que es justo”, “el lugar en el que se imparte justicia” y

¹⁴⁸ Esta participación en el ser de la persona humana indicaría el carácter trascendente de la fundamentación de los derechos humanos, lo cual se conecta con la capacidad humana para conocer aquello que excede su propia materialidad, esto es, la espiritualidad humana, que es precisamente lo que le permite participar del ser en mayor medida. MASSINI-CORREAS, C.I., “Acerca del fundamento...”, *op. cit.*, p. 208. *Vid.* también ID., “Inmanencia, trascendencia y derechos humanos”, *Persona y Derecho* 21, 1989, pp. 173-184.

¹⁴⁹ AQUINO, T., *Suma teológica* I q. 5, ad. 5.

¹⁵⁰ MASSINI-CORREAS, C.I., “Acerca del fundamento...”, *op. cit.*, p. 204.

¹⁵¹ MASSINI-CORREAS, C.I., “Acerca del fundamento...”, *op. cit.*, p. 207.

“la sentencia del juez, cuyo papel es hacer justicia”¹⁵². Posteriormente, SUÁREZ señaló que el “verdadero, estricto y adecuado significado de *justicia* es un tipo de poder moral (*facultas*) que todo ser humano posee o respecto al cual le es debido”¹⁵³. Para GROCIO, *jus* significaba “aquello que es justo”¹⁵⁴. En este sentido, el “adecuado y estricto” significado de *jus* sería una cualidad moral de la persona que le permite (*competens*) tener o hacer algo de manera justa. Dicha cualidad puede ser perfecta (*facultas*) o imperfecta (*aptitudo*)¹⁵⁵. En cuanto al término *facultas*, GROCIO señaló tres significados: “poder o *potestas*”, que puede ser poder sobre uno mismo (*libertas*), o poder sobre otros (*patria potestas*); “*Dominium* o propiedad”; y, por último, “crédito correlativo con una deuda” (*debitum*)¹⁵⁶. HOBBS, por su parte, concibió el derecho (subjetivo) como una libertad de hacer u omitir, mientras que Derecho (objetivo) se orienta a determinar y garantizar tales derechos subjetivos, de manera que los conceptos de derecho subjetivo y Derecho objetivo difieren tanto como la obligación de la libertad¹⁵⁷. Para HOBBS, al igual que para HOHFELD, la libertad era simplemente la negación de un deber, siendo esta “libertad-derecho” el único derecho que HOBBS realmente consideró. Tanto LOCKE como PUFENDORF afirmaron que “un derecho” (*jus*) equivalía paradigmáticamente a una libertad¹⁵⁸. Sin embargo, este contraste entre Derecho objetivo y derechos subjetivos podría privar virtualmente a esta última noción de todo significado normativo, lo cual ha llevado a FINNIS a preferir los conceptos de “deber”, “obligación”, o “requerimiento” en la explicación de las posiciones subjetivas, por considerarlos más estratégicos que el de derecho subjetivo¹⁵⁹.

Del estudio histórico del concepto de derecho se deriva una relación etimológica original con el concepto de justicia, de manera que este último habría impregnado el significado del primero. Esta conexión conceptual avala la idea acerca de la atribución de derechos como una cuestión de justicia, derivando las razones para los derechos de consideraciones sustantivas y trasladando el debate del ámbito puramente formal al sustantivo. En este sentido, la fuerza del lenguaje de los derechos reside en la posibilidad de indicar lo que (no) es requerido para cada una de las personas afectadas por una decisión, además de cuándo y cómo alguna de ellas puede afectar a tales requisitos.

¹⁵² AQUINO, S.T., *Suma teológica* II-II q. 57 a.1c ad 1, ad 2.

¹⁵³ SUÁREZ, F., *Tractatus de legibus...*, *op. cit.*, L. I, cap. 2, § 5.

¹⁵⁴ GROCIO, H., *De jure belli...*, *op. cit.*, L. I, cap. 1, § 3.

¹⁵⁵ GROCIO, H., *De jure belli...*, *op. cit.*, L. I, cap. 1, § 4.

¹⁵⁶ GROCIO, H., *De jure belli...*, *op. cit.*, L. I, cap. 1, § 5.

¹⁵⁷ HOBBS, T., *Leviathan*, *op. cit.*, párrafo 56.

¹⁵⁸ LOCKE, J., *Essays on the Law of Nature*, W. von Leyden (ed.), Clarendon Press, Oxford, [1663] 1954. PUFENDORF, S., *Elementa Jurisprudentiae Universalis*, Akademie Verlag, [1660] 1999, I, def. xiii, párrafo 3; cf. def. viii, párrafo 1 (versión en español: *Ensayos sobre la ley natural*, edición crítica de Isabel Ruiz-Gallardón García de la Rasilla, Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Servicio de Publicaciones, Madrid, 1998). *Vid.* También PUFENDORF, S., *De iure naturae...*, *op. cit.*, L.I, cap. 1, § 19 y 20.

¹⁵⁹ FINNIS, J., *Natural Law and...*, *op. cit.*, p. 210.

2.3.3.2. Rasgos de los derechos humanos y sus límites

En atención a los textos internacionales en materia de derechos humanos, FINNIS obtiene dos rasgos de los mismos¹⁶⁰. El primer rasgo deriva del hecho de que cada documento emplea dos formas estandarizadas: (a) “todo el mundo tiene derecho a...”, y (b) “nadie deber ser...”. El segundo rasgo consiste en que la lógica formal del lenguaje de los derechos permite, a través de la simple conversión a términos y negociaciones apropiadas, una transformación desde una forma a la otra, de modo que resultaría posible establecer una única forma estándar. Según FINNIS, la razón de la decisión de usar dos fórmulas diferentes se determinaría por el ejercicio de los derechos y libertades proclamadas como sujetos a limitaciones. Dichas limitaciones no deberían ser aplicables a aquellos enunciados que no pretenden definir un derecho pero que imponen un requisito negativo, lo cual sugeriría la existencia de diferencias respecto de la fuerza que guía a los diversos enunciados como criterio para derechos y decisiones justas. De este modo, se pretende que los enunciados expresados en la forma (b) tengan fuerza concluyente, mientras que la fuerza de los enunciados expresados en la forma (a) sirve como elemento de guía en el proceso de decisión racional, el cual no puede ser concluido de manera racional simplemente mediante la apelación a cualquiera de esos derechos. Algunos de los enunciados que caen dentro de la forma imperativa (b) contienen requisitos internos, mientras que otros aparecen indefinidos, si bien ninguno está sujeto a limitaciones en el ejercicio del derecho¹⁶¹.

FINNIS señala cuatro fundamentos de limitación específicos de los derechos: el aseguramiento del reconocimiento debido de los derechos y libertades de otros; el cumplimiento de los requisitos de moralidad adecuados en una sociedad democrática; el cumplimiento de los requisitos de orden público adecuados en una sociedad democrática; y el cumplimiento de los requisitos de bienestar general adecuados en una sociedad democrática. En atención a este último elemento de limitación, algunos autores han considerado los derechos como “intenciones políticas individualizadas”, las cuales no estarían subordinadas a “agregados de bienes colectivos”¹⁶² o de “interés o utilidad generales”¹⁶³. En este sentido, DWORKIN ha afirmado que quien alegue que los ciudadanos tienen un derecho frente al Estado no necesariamente afirma que nunca esté justificado que el Estado suspenda tal derecho, pues el Estado podría suspender tal derecho cuando sea necesario para proteger los derechos de los demás, prevenir una catástrofe o, incluso, obtener un beneficio público incuestionable. No obstante, cabe alegar que

¹⁶⁰ FINNIS se refiere expresamente a la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), las Convenciones de la ONU acerca de los derechos civiles y políticos, y los derechos sociales y culturales (1966), y la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (1950). Vid. FINNIS, J., *Natural Law and...*, op. cit., p. 211.

¹⁶¹ FINNIS, J., *Natural Law and...*, op. cit., p. 212.

¹⁶² DWORKIN, R.M., *Taking Rights Seriously*, op. cit., p. 91.

¹⁶³ DWORKIN, R.M., *Taking Rights Seriously*, op. cit., p. 269.

si se acepta esta última justificación se estaría tratando al derecho en cuestión como no-fundamental¹⁶⁴.

FINNIS ha acusado a las concepciones acerca de los “agregados de bienes colectivos” de incoherentes, salvo en un número limitado de contextos técnicos, en tanto que la vida en desarrollo de una comunidad humana no se limita a determinados contextos y el bien común de dicha comunidad no puede medirse como un simple agregado, a pesar de las demandas utilitaristas¹⁶⁵. Asimismo, FINNIS ha destacado la insuficiencia de las limitaciones referidas al “bienestar general”, entendidas como un fundamento distinto y separado para la limitación de los derechos¹⁶⁶, pues si se analiza la lista de derechos proclamados en la DUDH se podrá verificar que su concepción de los derechos humanos equivale a dicha limitación, de modo que simplemente se trataría de un modo de perfilar el bien común, es decir, los diferentes aspectos del bienestar individual en la comunidad. En este contexto, la referencia a los derechos simplemente constituye una expresión intencionada de lo que está implícito en el término “bien común”, esto es, que el bienestar de cada uno debe ser considerado y favorecido en todo momento por los responsables de la coordinación de la vida en comunidad. Además, el “bienestar general” también se refiere a la agregación utilitarista, la cual ha sido acusada de constituir una referencia vacilante y confusa de un concepto general situado al final de la lista de los elementos de ese concepto. En definitiva, para FINNIS, lo que la mayoría de estas limitaciones expresan ya está implícito en el debido respeto por los derechos y libertades de los demás¹⁶⁷.

Tampoco los conceptos de “moralidad” y “orden público” presentan un significado unívoco, lo cual podría conducir al establecimiento del respeto hacia los derechos de los demás como único límite al ejercicio de los derechos. En opinión de FINNIS, aunque sería posible expresar cualquier restricción de derechos en términos de otros derechos, las referencias a la moral, salud y orden públicos, etc. presentes en todas las declaraciones de derechos contemporáneas no resultan conceptualmente redundantes ni sustantivamente irracionales. El discurso moderno de los derechos se construye principalmente sobre un modelo implícito

¹⁶⁴ “Quien afirme que los ciudadanos tienen un derecho en contra del Gobierno no necesita ir tan lejos que diga que el Estado no tiene nunca justificación para invalidar ese derecho. Podría decir, por ejemplo, que aunque los ciudadanos tengan derecho a la libertad de expresión, el Gobierno puede invalidar ese derecho cuando es necesario para proteger los derechos de otros, o para impedir una catástrofe o incluso para obtener un mayor beneficio público claro importante (aunque si reconociera esto último como justificación posible no estaría colocando al derecho en cuestión entre los más importantes o fundamentales)”. DWORKIN, R.M., *Taking Rights Seriously*, op. cit., p. 91 (vid. pp. 285-186, de la versión española). Vid. también la cita de FINNIS en *Natural Law and...*, op. cit., nota 21, p. 213.

¹⁶⁵ FINNIS, J., *Natural Law and...*, op. cit., p. 215.

¹⁶⁶ En atención al primero de los fundamentos propuestos en el artículo 29 de la Declaración Universal referido a asegurar el “reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás”.

¹⁶⁷ FINNIS, J., *Natural Law and...*, op. cit., *ibidem*.

de relaciones entre dos individuos, lo cual resulta evidente en la propuesta de HOHFELD, mostrándose con ello una preferencia o prioridad de los beneficios y ventajas individuales. Sin embargo, los beneficios de la moral y el orden público se presentan como difusos, en tanto que indistinguibles y no asignables. A juicio de FINNIS, estos se han de abordar de manera específica, dado que los derechos humanos solo pueden ser disfrutados con seguridad en determinados contextos sociales de respeto y confianza mutua, entendimiento común y salud física¹⁶⁸. FINNIS va incluso más allá al sostener que no se debería afirmar que el ejercicio de los derechos humanos está sujeto al bien común, sino que el mantenimiento de los derechos humanos es un elemento fundamental de este. En su opinión, resulta posible afirmar que la mayoría de los derechos humanos están sujetos o limitados por otros derechos humanos además de por otros aspectos del bien común, aspectos que probablemente podrían subsumirse bajo una concepción muy amplia de derechos humanos adecuadamente descrita mediante expresiones como “moral pública”, “salud pública” y “orden público”¹⁶⁹.

La respuesta utilitarista acerca de la limitación de los derechos ha negado el carácter absoluto de los mismos. De hecho, ningún Estado o élite contemporánea manifiesta en su práctica ninguna creencia en los derechos absolutos. No obstante, no resulta posible afirmar que la tradición iusnaturalista haya mantenido en algún momento que los “requisitos de la razón práctica” sean claramente reconocidos por todos o la mayoría de gente, sino más bien todo lo contrario¹⁷⁰. Los derechos a la vida, a la tutela judicial efectiva, a no ser desposeído, a la capacidad reproductiva y a ser tomado en consideración de manera respetuosa por cualquier valoración acerca del bien común, no son derechos expresados mediante dos términos que necesiten ser traducidos a relaciones derecho/deber expresadas en tres términos, sino que son derechos/preensiones estrictamente correlativas a deberes derivados de los requisitos de la razonabilidad práctica. Pero los juicios racionales en esta casuística no son realizados mediante la aplicación de una lógica de la “honestidad y la franqueza” de “medios a fines” o “planeados o no planeados”, recogidos a partir del empleo de aquellas nociones en otras investigaciones o contextos. Sino que, más bien, estos juicios son obtenidos mediante una determinación continua de respeto hacia el bien humano en la existencia de uno mismo y la humanidad equivalente o los derechos humanos de otros, cuando ese bien humano y aquellos derechos humanos caen directamente bajo el cuidado o la disposición de uno mismo¹⁷¹. FINNIS se declara defensor del carácter absoluto de ciertos derechos, en tanto que considera que las limitaciones de los mismos no pueden ser justificadas mediante la apelación a “simples requisitos de orden

¹⁶⁸ FINNIS, J., *Natural Law and...*, *op. cit.*, p. 216.

¹⁶⁹ FINNIS, J., *Natural Law and...*, *op. cit.*, p. 218.

¹⁷⁰ AQUINO, S.T., *Suma teológica*, I q. 11 3a. 1; I-II q. 9 a. 5 ad 3; q. 14 a. 1 ad 3; q. 94 a. 4c; q. 99 a. 2 ad 2.

¹⁷¹ FINNIS, J., *Natural Law and...*, *op. cit.*, p. 226.

público”¹⁷². Para ilustrar esta afirmación señala el carácter absoluto del derecho a no ser torturado, a los efectos de distinguirlo de otros derechos que, aun siendo inalienables, están sujetos a limitaciones en su ejercicio¹⁷³.

2.3.3.3. El análisis formal de los derechos humanos

FINNIS retoma los postulados fundamentales del sistema hohfeldiano ya analizados, en donde todas las afirmaciones o descripciones de derechos podían reducirse sin excepción a adscripciones de alguna combinación de las cuatro categorías elaboradas por el profesor de Yale sobre el concepto de derecho subjetivo: “derecho en sentido estricto o pretensión”, “privilegio como libertad”, “poder como competencia”, e “inmunidad”. Como ya se ha tenido ocasión de mostrar, estos postulados implican una serie de relaciones lógicas, de las que FINNIS concluye que: “A tiene un derecho (o pretensión) a que B realice el acto ϕ , si y solo si B tiene un deber de realizar ϕ ”; “B tiene un privilegio (o libertad) respecto de A a hacer ϕ , si y solo si A tiene un no-derecho a que B no haga ϕ ”; “B tiene un privilegio (o libertad) respecto de A a no hacer ϕ , si y solo si A tiene un no-derecho a que B haga ϕ ”; “A tiene un poder respecto de B a ϕ , si y solo si B está sujeto a ver su posición jurídica modificada por el acto (ϕ) de A”; y, por último, “B tiene una inmunidad respecto de un acto (ϕ) de A, si y solo si A no tiene poder (o incompetencia) para modificar la posición jurídica de B haciendo ϕ ”. De este modo, las posiciones hohfeldianas podrían reconducirse a relaciones triádicas formadas por dos sujetos y la descripción de un acto. En tal sentido, la referencia al acto ϕ en los supuestos en los que el titular ostenta un poder o una inmunidad constituye un “acto jurídico” el cual es definido, al menos parcialmente, por referencia a su efecto sobre las relaciones jurídicas, pues ambas posiciones se refieren a la posibilidad de realizar un cambio en la posición jurídica de otro sujeto (poder); o a la posibilidad de resistir ante tal cambio jurídico (inmunidad). Por el contrario, en los supuestos de derecho y privilegio el acto ϕ puede denotar tanto un “acto jurídico” como, más generalmente, actos naturales completamente definibles sin referencia a su efecto sobre las relaciones jurídicas, aunque puedan tener consecuencias jurídicas y ser definidos por el ordenamiento jurídico¹⁷⁴.

FINNIS señala que, en la discusión acerca de los derechos humanos, las relaciones basadas en los supuestos relativos a “poderes” e “inmunidades” jugarán

¹⁷² A efectos ejemplificativos, FINNIS cita el artículo 29 DUDH.

¹⁷³ FINNIS, J., *Natural Law and...*, op. cit., p. 213.

¹⁷⁴ Vid. FINNIS, J., *Natural Law and...*, op. cit., pp. 199-200.

Se ha de recordar que en la propuesta de HOHFELD el concepto de potestad aparece referido a la posibilidad de efectuar un cambio en la posición jurídica de otra persona, la cual se encuentra en una posición de sujeción respecto de dicho cambio. Mientras que el concepto de inmunidad se refiere a la posibilidad de resistir frente a la imposición de un cambio en la posición jurídica, en virtud de la incompetencia de la otra parte implicada. Como se podrá observar, estas posiciones tan solo podrán asignarse a través de normas que habiliten o inhabiliten poderes o competencias de los sujetos capaces de desembocar en cambios jurídicos (normas de competencia) y no actos puramente físicos o naturales.

un papel poco relevante o, incluso, ninguno. Ello vendría justificado por el hecho de que el objeto de los derechos humanos se refiere mayoritariamente a actos naturales o físicos, es decir, aparecen vinculados a atributos del ser humano que se consideran dignos de ser protegidos y empoderados. Sin embargo, aunque los poderes y las inmunidades juegan un papel menos prominente que el de los derechos como pretensión o las libertades en tales discusiones, FINNIS considera que sería un error pasarlos por alto¹⁷⁵. Por lo que respecta a los supuestos más relevantes acerca de las discusiones sobre derechos humanos, esto es, aquellos relativos a derechos (o pretensiones) y libertades (o privilegios), una libertad consiste en la ausencia de deber y tiene su correlativo en la abstención o negación de un derecho como pretensión que de otro modo B tendría. El derecho de A es un derecho a recibir algo de alguien o un derecho a no ser interferido o ser tratado de un determinado modo por alguien. Cuando el objeto de una pretensión de alguien consiste en un acto propio, la tolerancia o la omisión; dicha pretensión no puede ser definida como un derecho (o pretensión), sino tan solo como una libertad. La libertad de alguien de actuar en un sentido determinado podría ser apoyada y protegida por un derecho o conjunto de derechos ulterior. Pero, para FINNIS, una libertad protegida por un derecho como pretensión no es un tipo distinto de un derecho hohfeldiano, sino que es una combinación de dos relaciones hohfeldianas distintas. En el ámbito jurídico, tales combinaciones de una libertad con un derecho como pretensión son frecuentemente complementadas como ulteriores conjuntos de derechos. De hecho, la mayoría de los derechos constituyen una combinación de derechos hohfeldianos, lo cual redundaría en el carácter conceptualmente poliédrico de las realidades jurídicas traducibles al lenguaje de los derechos.

A juicio de FINNIS, la traducción hohfeldiana de los derechos humanos resulta viable, aunque no puede proveer una explicación completa a las adscripciones de derechos operadas por los juristas, pues estos con frecuencia no se refieren a los derechos como una relación triádica entre dos personas y un acto de un tipo determinado, sino como relaciones diádicas entre dos personas y un objeto, lo cual aporta una unidad inteligible a una serie temporal de los muchos conjuntos de derechos hohfeldianos que, en diferentes momentos, uno y el mismo conjunto de reglas provee para garantizar y dar sustantividad al objetivo de alguien. FINNIS señala que el debate jurisprudencial acerca de la explicación apropiada de los derechos y de la lógica de su discurso ha surgido principalmente debido a dos problemas, si bien las principales respuestas a cada uno de ellos se solapan. El primer problema es de naturaleza técnica, pues antes de que el esquema hohfeldiano pueda ser aplicado a cualquier regla o a la traducción de cualquier discurso acerca de los derechos, es necesario estipular al menos un postulado definicional ulterior, el cual ha sido expresamente omitido por HOHFELD. Así, cabe

¹⁷⁵ FINNIS, J., *Natural Law and...*, *op. cit.*, p. 200.

preguntarse acerca de cuándo resulta posible afirmar que existe un derecho (o pretensión) correlativo al deber de B, cuándo B es requerido para actuar en un cierto sentido en virtud de una regla concreta y en quién recae ese derecho. FINNIS proporciona dos respuestas opuestas al respecto. Así, según la teoría del interés, existe un derecho correlativo al deber de B sí y solo si hay alguna persona determinable en cuyo beneficio el deber ha sido impuesto. En segundo lugar, para la teoría de la voluntad, hay un derecho correlativo al deber de B, si y solo si hay una persona (A) que tiene el poder de ejercitar la acción procesal en el caso de que B incumpla con su deber. En opinión de FINNIS, HOHFELD habría probablemente optado por la respuesta otorgada por la teoría de la voluntad¹⁷⁶. Así pues, como paso previo a la aplicación del análisis hohfeldiano, se ha de determinar cuál de los dos significados de derecho como pretensión se va a adoptar, siendo necesario considerar que, independientemente del significado adoptado, la adscripción de derechos como pretensiones no siempre coincidirá con el uso jurídico del término¹⁷⁷.

El segundo problema es de tipo filosófico y plantea la cuestión acerca de cuál es el principio que subyace e unifica los distintos tipos de relaciones razonablemente calificados como derechos. Una vez más, las principales respuestas en conflicto provienen de las teorías del interés y la voluntad. Según la teoría del interés, todos los derechos constituyen beneficios garantizados mediante reglas que ordenan las relaciones entre sus titulares y los sujetos de tales reglas. Mientras que la teoría de la voluntad, acusa a la teoría del interés de tratar a los derechos indiscriminadamente como si fueran meros reflejos de reglas que imponen deberes, eximen de deberes o posibilitan la creación, el cambio o la anulación de dichos deberes. Esto podría entenderse como una desviación, pues tales reglas específicamente reconocen y respetan las elecciones de las personas, tanto de manera negativa, no impidiendo ni obstruyendo (libertad e inmunidad); como de manera positiva aportándoles efecto jurídico o moral (derechos como pretensiones y poderes). Desde esta perspectiva, se ha afirmado que los deberes morales pertenecen a la parte de la moral que se ocupa específicamente de determinar cuándo la libertad de una persona puede limitarse en virtud de la libertad de los demás. Para HART, el supuesto de un derecho como correlativo de una obligación solo emerge como un caso especial de poder jurídico en el que el

¹⁷⁶ Sin embargo, tal y como el propio FINNIS manifiesta en su obra, quizá HOHFELD ni siquiera se preocupó por esta cuestión. *Vid.* FINNIS, J., *Natural Law and...*, *op. cit.*, p. 202. En este sentido, cabe recordar la importancia, señalada con ocasión del análisis de ALEXY, de diferenciar en el ámbito normativo los enunciados relativos a las razones de los derechos, de aquellos otros referidos al establecimiento de derechos y de los enunciados relativos a la protección de tales derechos. En este sentido, HOHFELD tan solo se habría ocupado del análisis de los enunciados que establecen posiciones jurídicas calificables de derechos subjetivos, aunque su esquema podría resultar útil para explicar también aquellos enunciados relativos a la protección de los derechos, ya que se podrían reconducir al concepto hohfeldiano de potestad referido a la posibilidad de provocar un cambio en la posición jurídica de otro sujeto, en este caso, el demandado.

¹⁷⁷ FINNIS, J., *Natural Law and...*, *op. cit.*, p. 203.

titular del derecho puede renunciar, extinguir, ejecutar o no ejecutar la obligación de su deudor¹⁷⁸. Sin embargo, el propio HART ha reconocido que esa teoría resulta inadecuada para explicar cómo el lenguaje de los derechos es empleado por quienes tratan “ciertas libertades y beneficios como esenciales para el mantenimiento de la vida, la seguridad, el desarrollo y la dignidad del individuo” y, consecuentemente, hablan de esas libertades y beneficios como derechos. En este discurso, “el núcleo de la noción de los derechos no es la elección individual ni el beneficio individual, sino las necesidades básicas o fundamentales de los individuos”¹⁷⁹ o, en la terminología empleada por FINNIS, “aspectos básicos del florecimiento del ser humano” (*basic aspects of human flourishing*). Según FINNIS, será viable afirmar con seguridad la existencia de derechos cuando un principio básico, requisito de la razonabilidad práctica o una regla derivada de esta otorgue a A el beneficio de una obligación positiva o negativa impuesta sobre B, es decir, la habilidad para originar que B sea el sujeto de dicha obligación y la inmunidad de B frente a la imposición de dicha obligación¹⁸⁰.

2.3.3.4. La especificación de los derechos y la búsqueda del bien común

Las afirmaciones acerca de derechos efectuadas a través del discurso político necesitan vincularse a un proceso racional de especificación, evaluación y calificación. Esta conclusión puede reforzarse en atención a la estructura lógica de las afirmaciones o alegaciones efectuadas, reconocidas o concedidas por las declaraciones de derechos y en el discurso político en su totalidad. Estas alegaciones afirman relaciones diádicas entre una persona y un objeto, pero pueden reconducirse a relaciones triádicas, como ya se ha señalado. Esta traducción implica la especificación de (a) la identidad del o los titulares del deber o deudores; (b) el contenido del deber; (c) la identidad del o los titulares del derecho o acreedores; (d) las condiciones bajo las cuales el titular pierde su derecho; (e) los derechos, poderes y libertades del titular; y (f) las libertades del titular, incluyendo una especificación de los límites de dichas libertades. En tanto que (f) implica la especificación de los deberes del titular, resulta necesaria la inclusión de los derechos del deudor y esta especificación requiere una especificación completa de los puntos (a)-(f), lo cual a su vez demanda una especificación similar en cuanto a los deberes de no interferencia del deudor respecto de terceros, y así sucesivamente. Aun cuando se comparta sustancialmente el mismo concepto, se podrán mantener diferentes concepciones de ese derecho, pudiendo sus especificaciones (a)-(f) diferir, en tanto que las circunstancias que consideran son distintas y dado que la especificación normalmente implica realizar elecciones a través de algún proceso autoritativo

¹⁷⁸ HART, H.L.A., “Bentham on Legal Rights”, *op. cit.*, pp. 171, 192 y 196-197.

¹⁷⁹ “[T]he core of the notion of rights is neither individual choice nor individual benefit but basic or fundamental individual needs”. *Vid.* HART, H.L.A., “Bentham on Legal...”, *op. cit.*, pp. 200-201.

¹⁸⁰ FINNIS, J., *Natural Law and...*, *op. cit.*, p. 205.

entre alternativas aproximadamente igual de racionales. Resulta posible unificar de manera inteligible especificaciones vacilantes e incluso incompatibles expresadas a través de relaciones triádicas, en virtud de sus relaciones compartidas respecto de un tema, a través de una relación diádica. Pero para realizar dicha especificación, se necesita alguna concepción del bien humano, es decir, del florecimiento individual en una forma o elenco de formas de la vida en comunidad que fomenta dicho florecimiento¹⁸¹.

FINNIS considera que los derechos humanos pueden verse amenazados mediante aquellos usos del lenguaje de los derechos que adscriben de manera prematura descripciones a una conclusión o estatus absoluto a algunos derechos humanos. Sin embargo, considera que el uso moderno de las pretensiones acerca de derechos como principal argumento del discurso político resulta una incorporación valiosa al vocabulario recibido a través de la razón práctica. Según este autor, el empleo moderno del discurso de los derechos enfatiza correctamente la igualdad, es decir, sitúa la justicia al frente de nuestras consideraciones. Además, pretende debilitar la atracción del cálculo consecuencialista y amplifica la referencia no diferenciada del “bien común” al proveer una lista útil y detallada de los diferentes aspectos del florecimiento humano y los componentes fundamentales del modo de vida en comunidad que, en definitiva, tiende a favorecer dicho florecimiento¹⁸².

En general, el pensamiento liberal afirma que legislar adoptando una concepción acerca de la idea de florecimiento humano resulta injusto puesto que supone necesariamente tratar de manera desigual a los miembros de la comunidad cuya concepción del bien humano es diversa a la adoptada por el legislador y dado que sus actividades son o han de restringirse a través del Derecho. Sin embargo, FINNIS sostiene que un argumento a favor de la oposición a dicha legislación no puede justificarse, pues es autorefutable¹⁸³. Quienes sostienen este argumento prefieren una concepción del bien humano según la cual las personas dispongan del derecho a que se les dé un trato y respeto igualitarios, pues consideran que una comunidad en la que esto es negado constituye una comunidad lamentable, por lo que los defensores de esta concepción tratan de evitar dicha legislación restrictiva. No obstante, FINNIS se pregunta si quienes alegan esto y actúan en consecuencia también tratan con desigualdad y falta de respeto a aquellos a cuyas preferencias y legislación se oponen. De aquí concluye que, si la respuesta es afirmativa, entonces su propio argumento y acción estarán igualmente injustificados, no pudiendo aportar ninguna base para preferencias o acciones políticas; mientras que si, por el

¹⁸¹ FINNIS, J., *Natural Law and...*, *op. cit.*, pp. 218-219.

¹⁸² FINNIS, J., *Natural Law and...*, *op. cit.*, p. 221.

¹⁸³ FINNIS, J., *Natural Law and...*, *op. cit.*, III.6 y p. 221.

contrario, no lo hacen entonces tampoco lo harán aquellos a quienes se oponen¹⁸⁴. Además, tampoco resultaría posible salvar el argumento alegando que se efectúa en un nivel del discurso diferente, por ejemplo, al ser un argumento acerca de tener “derecho a algo” entendido como “autorización de”, en vez de constituir una cuestión acerca del bien, pues resulta posible trasladar cualquier política paternalista al lenguaje de los “derechos a algo” mediante el otorgamiento de un derecho de todos los miembros de la comunidad en un contexto social que apoye, en vez de que dificulte, su propia búsqueda del bien y el bienestar de su descendencia, o un derecho de todos uno a ser prevenidos de los errores propios. No obstante, tales concesiones pueden ser aparentes, ya que ciertamente pertenecen al mismo nivel del discurso. El argumento sometido a consideración tampoco puede salvarse afirmando que tales argumentos y programas políticos deben considerarse como defensores de una preocupación y respeto igualitarios, incluso respecto de quienes apoyan los argumentos y legislación que ellos pretenden evitar (es decir, los defensores del paternalismo). FINNIS acusa a esta afirmación de ser simplemente un recurso *ad hoc* para escapar de la autorefutación, pues al anular las preferencias políticas de algunos y obligarles a vivir en una sociedad cuya orientación detestan, están mostrando una preocupación y respeto desiguales por estas personas, pudiéndose trasladar a cualquier otra persona o grupo. Además, no resulta inverosímil suponer que los programas políticos paternalistas también puedan basarse en una concepción de lo que es requerido para alcanzar la igualdad de trato y respeto de todos. En este sentido, FINNIS señala que incluso el programa más paternalista puede ser establecido sin contradicción con la igualdad de trato y respeto por todos¹⁸⁵.

En definitiva, la búsqueda de cualquier forma de comunidad humana en la que los derechos humanos sean protegidos mediante la imposición de deberes necesariamente implicará la selección de algunas y el rechazo de otras concepciones del bien común, junto con considerables restricciones de la actividad de todos sus miembros. Valorar el error de otra persona y actuar conforme a dicha valoración no es equivalente, en ningún ámbito del discurso y juicio humanos, al desprecio de la persona o al egoísmo. Tampoco resulta necesario considerar el principio acerca de que “todo el mundo tiene derecho a la igualdad de respeto y trato” (es decir, trato idéntico), pues para FINNIS sería equivocado sugerir que

¹⁸⁴ No obstante, la diferencia es notoria, pues dado que en el caso de quienes pretenden restringir las preferencias y conductas de los demás emplean la fuerza coactiva a tales efectos; quienes pretenden evitar estas restricciones, simplemente proponen dejar estas cuestiones al juicio particular de los afectados, quienes necesariamente deberán valorar su elección a tenor de su propia concepción del bien humano. Así pues, mientras unos imponen medios coactivos, otros simplemente reclaman un marco de libertad donde desarrollar su moralidad y su concepción de bien humano, el cual difícilmente puede descontextualizarse del de la comunidad a la que pertenecen.

¹⁸⁵ FINNIS, J., *Natural Law and...*, *op. cit.*, p. 222.

cualquier individuo está jurídicamente obligado, o incluso jurídicamente autorizado, a mostrar la misma preocupación por todo el mundo¹⁸⁶.

2.4. La “acción humana” y el fundamento de los derechos humanos en la obra de Alan GEWIRTH

2.4.1. La estructura de los derechos humanos

GEWIRTH articuló su explicación acerca de los derechos humanos a partir de uno de sus rasgos tradicionales, cual es la universalidad, del cual derivó su “principio de coherencia genérica” o PCG (*principle of generic consistency, PGC*)¹⁸⁷. A su juicio, para constatar la existencia de los derechos humanos se han de considerar aquellos criterios o principios morales válidos que justifiquen que todos los seres humanos, en tanto que tales, tienen derechos y, consiguientemente, también los deberes correlativos de la contraparte en la relación. En este sentido, los derechos humanos son concebidos como derechos que pertenecen a todas las personas, configurándose como “derechos morales universales” (*universal moral rights*). Con todo, GEWIRTH reconoció que también podrían existir otros derechos morales, si bien solo aquellos derechos que deban ser moralmente distribuidos de manera universal entre los seres humanos constituirán derechos humanos¹⁸⁸.

GEWIRTH también recurrió al lenguaje hohfeldiano para definir los derechos humanos como derechos subjetivos, concibiendo primariamente a los derechos humanos como pretensiones cuya titularidad implica deberes correlativos en la contraparte involucrada en la relación, los cuales pueden requerir tanto una actuación como una abstención en favor del titular del derecho¹⁸⁹. Desde una perspectiva estructural, un derecho podría enunciarse como “el derecho de A a X a cargo de B y en virtud de Y”¹⁹⁰. A partir del enunciado anterior, GEWIRTH derivó cinco elementos que componen la estructura de un derecho como pretensión: (1) “el sujeto o titular del derecho A”; (2) “la naturaleza del derecho”; (3) “el objeto del derecho X”; (4) “el titular de la obligación o deudor B”; y (5) “la justificación o el fundamento del derecho”. En atención a lo anterior, propuso trasladar esta

¹⁸⁶ FINNIS, J., *Natural Law and...*, *op. cit.*, p. 223.

¹⁸⁷ Como se tendrá ocasión de mostrar más adelante, el “principio de coherencia genérica” (PCG) propuesto por GEWIRTH hace referencia directa al rasgo de la universalidad de los derechos y se traduce en la máxima “actúa de acuerdo con los derechos genéricos de los demás al igual que con los tuyos”. GEWIRTH, A., *Reason and Morality*, University of Chicago Press, Chicago, 1978, pp. 129-198. GEWIRTH, *The Community of Rights*, University of Chicago Press, Chicago, 1996, pp. 13-30. *Vid.* también BEYLEVELD, D., *The Dialectical Necessity of Morality: An Analysis and Defense of Alan Gewirth's Argument to the Principle of Generic Consistency*, University of Chicago Press, Chicago, 1991.

¹⁸⁸ GEWIRTH, A., “The basis and...”, *op. cit.*, p. 120.

¹⁸⁹ HOHFELD, W.N., *Fundamental Legal Conceptions*, Yale University Press, New Haven, 1964, p. 36.

¹⁹⁰ De este modo, Gewirth introduce en la estructura trazada por HOHFELD un elemento legitimador de la relación entre la parte deudora y acreedora. GEWIRTH, A., “The epistemology of ...”, *op. cit.*, p. 1.

estructura al concepto de derechos humanos, cuya definición se presenta en función de los cinco elementos mencionados, lo cual le condujo a concluir que: (1) “todos los seres humanos son por igual titulares de derechos humanos”; (4) “todos los seres humanos están igualmente obligados por los derechos humanos, al margen de la especial posición que ocupan los gobiernos respecto de la garantía y aseguramiento de tales derechos”; (3) “el objeto de los derechos humanos está constituido por un cierto tipo de bienes especialmente importante, consistente en las condiciones necesarias para la acción humana, razón por la cual los derechos humanos son supremamente vinculantes”¹⁹¹; (2) “la naturaleza de los derechos humanos es habitualmente expresada mediante la formulación común a todos los derechos subjetivos, es decir, se configuran como titularidades, pretensiones justificadas o la propiedad moral de los individuos”.

De este modo, tales derechos se encuentran “individualizados”¹⁹² y constituyen requisitos morales normativamente necesarios. Están individualizados, en tanto que los derechos humanos son requisitos debidos a distintos sujetos o individuos por el bien de ellos mismos. Son requisitos morales en tanto que son: a) necesidades básicas, b) pretensiones justificadas y c) reivindicaciones o solicitudes dirigidas a otras personas. A su vez, estos tres aspectos involucran las relaciones existentes entre: a) los sujetos y los objetos de los derechos, b) los objetos de los derechos y fundamento y c) los titulares y los obligados por tales derechos. De lo anterior, GEWIRTH concluyó que la naturaleza de los derechos humanos consistía en aquellos requisitos morales, individualizados y normativamente necesarios que aseguran que todos los seres humanos ostentan los bienes necesarios para la acción humana. De lo cual a su vez derivó que “el fundamento o justificación de los derechos humanos es aquel principio moral y normativo que sirve para probar o establecer que, moralmente, todo ser humano debe, en tanto que necesidad normativa, ostentar los bienes necesarios como algo a lo cual se está personalmente facultado y que puede ser exigido a los demás en tanto que deudores”¹⁹³.

¹⁹¹ Como el propio GEWIRTH reconoció, los derechos humanos se constituyen como los conceptos morales más importantes en virtud de este objeto, pues ninguna moralidad resultaría posible desprovista de los bienes necesarios para la acción. Así pues, en palabras del propio GEWIRTH: “Objects that they are uniquely and centrally important among all moral concepts, since no morality, together with the goods, virtues, and rules emphasized in diverse moralities, is possible without the necessary goods of action that are the Objects of human rights”, *vid.* GEWIRTH, A., “The epistemology of...”, *op. cit.*, p. 2. *Vid.* También GEWIRTH, A., *Human Rights: Essays on Justification and Applications*, University of Chicago Press, Chicago, 1982, x.

¹⁹² En su artículo GEWIRTH emplea la expresión inglesa “personally oriented”, la cual en el contexto de su obra parece hacer referencia a la necesaria individualización de los referidos derechos a sujetos concretos, de modo que se ha preferido emplear el adjetivo “individualizados” por describir de manera idónea la realidad que el autor pretende expresar. *Vid.* GEWIRTH, A., “The epistemology of...”, *op. cit.*, *ibidem*.

¹⁹³ “The Justifying Basis or Ground of human rights is a normative moral principle that serves to prove or establish that every human morally ought, as a matter of normative necessity, to have the

Para GEWIRTH, la existencia de los derechos humanos no constituía una cuestión directamente fáctica que pudiera ser empíricamente verificada, pues la tenencia de los derechos humanos no consistiría en la posesión de determinados atributos físicos o psíquicos, sino en ciertos requisitos morales justificados y explicados en atención a los tres significados del concepto de “requisito” ya mencionados, es decir, como necesidades básicas, pretensiones justificadas y reivindicaciones o solicitudes dirigidas a otras personas. Sin embargo, el propio GEWIRTH reconoció que la existencia de los derechos humanos podría ser reconstruida a partir de ciertas condiciones institucionales positivas. En este sentido, los derechos humanos existirán cuando y en tanto que concurra un reconocimiento social y jurídico del derecho de todas las personas a los bienes necesarios para la acción humana. Sin embargo, esta interpretación positivista acerca de la existencia de los derechos humanos se presenta como posterior a una interpretación moral normativa, ya que los derechos son principalmente requisitos morales justificados. De este modo, la existencia de los derechos humanos resulta independiente de si son garantizados por el ordenamiento jurídico o son socialmente reconocidos. Para GEWIRTH, el sentido más relevante de la existencia de los derechos humanos era la justificación moral normativa, pues consideraba que existen razones morales concluyentes que fundamentan aquellos requisitos morales que constituyen la naturaleza de los derechos humanos, tales como que todos los seres humanos pueden justificadamente alegar la posesión de las condiciones necesarias para la acción humana. La existencia de los derechos humanos depende de la existencia de ciertas razones morales justificatorias, pero estas razones pueden existir incluso si no están explícitamente establecidas, es decir, incluso si no están verificadas o confirmadas como verdaderas o exactas. En la tesis de GEWIRTH, la existencia de razones morales es algo que no ha de ser inventado, sino descubierto y cuya ignorancia o desconocimiento no implica su inexistencia, lo cual aleja la propuesta de GEWIRTH del constructivismo¹⁹⁴.

GEWIRTH describió su estructura epistemológica como gradual y fundacionalista, en tanto que derivó la existencia de los derechos humanos de las razones morales justificatorias y, en última instancia, de un principio moral supremo: el PCG. Por el contrario, una estructura coherentista o logicista implicaría que la existencia de los derechos humanos no se establece gradualmente, sino que lo hace en función de una secuencia de razones morales interrelacionadas las cuales pueden incluir juicios acerca de la existencia de los derechos humanos. Sin embargo, GEWIRTH criticó la circularidad en la que caen este tipo de estructuras, además de presentarse como ineptas para convencer a quienes

necessary goods as something to which he is personally entitled, which he can claim from others as his due”. *Vid. Idem.*

¹⁹⁴ Para una defensa de la tesis constructivista de los derechos humanos basada en la noción humeana de “convencionalismo”, *vid.* BUFACCHI, V., “Theoretical Foundations for Human Rights”, *Political Studies* 00(0), 2017, pp. 1-17.

nieguen la existencia de los derechos humanos a partir de bases presuntamente racionales. El propio GEWIRTH señaló que incluso autores tan célebres como BENTHAM o MARX habían negado la posibilidad de construir una argumentación moral justificatoria para los derechos humanos¹⁹⁵. En este sentido, dichos autores alegaron que los derechos humanos eran tan excesivamente egoístas e individualistas que su aceptación conducía a la renuncia de aquello que resulta “conducente a la felicidad de la sociedad”¹⁹⁶, en palabras de BENTHAM; o separan al hombre de los valores de la “comunidad” y “degradan la esfera en la cual el hombre funciona como miembro de la especie”¹⁹⁷, según la tesis de MARX. En definitiva, estas críticas estarían cuestionando la posibilidad de proporcionar una justificación racional a partir de aquel principio moral que sostiene que todas las personas poseen ciertos derechos morales por igual sostenida por GEWIRTH.

Asimismo, el profesor de Chicago subrayó la estrecha relación existente entre los derechos y la justicia distributiva. En este sentido, equiparó la tradicional definición de justicia como “dar a cada quien lo que es debido” con la expresión “dar a cada quien aquello a lo que tiene derecho”¹⁹⁸. De este modo, los derechos se configuran como el contenido sustantivo de aquello que se ha de distribuir entre las personas. Para GEWIRTH, el concepto de universalidad de los derechos humanos aparecía referenciado en esta definición a través de la expresión “cada quien”¹⁹⁹. Sin embargo, dicha definición no incluiría la idea formal acerca de la distribución igualitaria de los derechos, aunque muchas concepciones tradicionales acerca de la justicia si incorporan ese elemento de igualdad. Especialmente, los argumentos a favor de la justicia igualitaria defienden que todas las personas tienen un derecho a la igualdad de trato respecto de determinados aspectos básicos.

¹⁹⁵ En esta línea se sitúan las tesis antifundacionalistas que niegan la posibilidad o, al menos, la utilidad, de ofrecer una explicación del fundamento de los derechos humanos. Vid. RAZ, J. “Human rights without...”, *op. cit.*, pp. 321-338.

¹⁹⁶ “Conducive to the happiness of society”. Vid. BENTHAM, J., “A Critical Examination of the Declaration of Rights”, en *Bentham's Political Thought*, ed. B. Parekh, Barnes and Noble, New York, 1973, p. 271.

¹⁹⁷ “Degrading the sphere in which man functions as a species-being”. Vid. MARX, K., “On the Jewish Question”, en Tucker, R.C. (ed.), *The Marx-Engels Reader*, 2nd edition, W.W. Norton, New York, 1978, p. 43 (versión en español: *La cuestión judía: sobre democracia y emancipación*, traducción, estudio y notas por Antonio Hermosa Andújar, Santillana, Madrid, 1997).

¹⁹⁸ Como ya se ha tenido ocasión de mostrar, esta conexión conceptual es bastante frecuente. De hecho, encuentra respaldo en la doctrina historiográfica del concepto de derecho en sentido subjetivo. Así pues, el concepto de justicia y el de derecho en sentido subjetivo están tan íntimamente interrelacionados que ya Aristóteles empleaba *dikaion* para designar tanto la idea de “justicia” como “derecho”, conexión que fue posteriormente tomada por el concepto de “*ius*” del Derecho romano. También, Tomás de AQUINO, en su tratado acerca de la justicia, definió “*ius*” como el objeto de la justicia, es decir, “lo que es justo”, vid. AQUINO, S.T., *Suma teológica*, II-II, q. 57. Diferentes autores han estudiado estas cuestiones y recogen esta relación conceptual, por ejemplo, vid. VILLEY, M., *La formation de la pensée juridique moderne*, Presses Universitaires de France, Paris, 2013, p. 224.

¹⁹⁹ GEWIRTH, A., “The epistemology of...”, *op. cit.*, p. 5.

2.4.2. Condiciones de viabilidad de las propuestas de fundamentación de los derechos humanos

GEWIRTH enumeró doce requisitos mínimos que cualquier argumento que pretenda fundamentar los derechos humanos ha de cumplir para ser viable²⁰⁰: (1) ha de ofrecer un argumento (argumentación); (2) debe estar determinado (determinación); (3) debe ser suficiente (suficiencia); (4) ha de emplear premisas igualitarias adecuadas (igualitarismo adecuado); (5) ha de realizar una derivación lógica del “deber ser” del “ser” (derivación lógica); (6) ha de justificar de manera racional el criterio de relevancia empleado (justificación racional del criterio de relevancia); (7) ha de ser aceptado de manera racionalmente necesaria por todas las personas racionales (aceptación racional); (8) ha de explicar de manera adecuada el objeto de los derechos (fundamentación del objeto); (9) ha de justificar las premisas (fundamentación de las premisas); (10) ha de ser veraz (veracidad); (11) no puede ser circular (no-circularidad); y (12) ha de proporcionar una referencia empírica (referencia empírica).

En atención a estos criterios, GEWIRTH cuestionó las principales propuestas acerca de la explicación de los derechos humanos. Dicha tarea le permitió constatar las numerosas discrepancias existentes entre los filósofos morales acerca de cómo la existencia de los derechos puede establecerse o justificarse, existiendo diversas respuestas al respecto²⁰¹. En primer lugar, el profesor norteamericano dirigió sus críticas a los denominados autores “intuicionistas”²⁰², los cuales califican de “autoevidente” (*self-evident*) la tenencia de ciertos derechos inalienables por todos los seres humanos de manera igualitaria²⁰³. Así pues, estas aproximaciones no observan la condición de proveer un argumento que justifique la titularidad de estos derechos, por lo que no aportan un argumento satisfactorio acerca de la provisión de una fundamentación para los derechos humanos²⁰⁴.

Por otra parte, aquellas tesis cuyo argumento se asienta en un “principio formal” (*formal principle*) afirman que todas las personas deben ser tratadas de modo igualitario, a no ser que exista una buena razón que hable en favor de un trato diferenciado. Esta tesis sostiene que el concepto de “deber” implica que todas las personas tienen derecho a un trato igualitario, es decir, a ser tratadas como

²⁰⁰ GEWIRTH, A., “The epistemology of...”, *op. cit.*, p. 10.

²⁰¹ GEWIRTH, A., “The basis and...”, *op. cit.*, pp. 121-122.

²⁰² GEWIRTH se refiere expresamente al presidente Thomas JEFFERSON y a Robert NOZICK: “Thus, Thomas Jefferson held it to be “self-evident” that all humans equally have certain rights, and Robert Nozick has peremptorily asserted that individuals have rights”, *vid.* Gewirth, A., “The epistemology of...”, *op. cit.*, p. 5. En cuanto a la afirmación de Robert NOZICK acerca de que “[los] individuos tienen derechos”, *vid.* NOZICK, R., *Anarchy, State and Utopia*, Basic Books, New York, 1974, ix (versión en español: *Anarquía, Estado y Utopía*, traducción de Rolando Tamayo, Fondo de cultura económica, México, [1988] 1990).

²⁰³ GEWIRTH, A., “The basis and...”, *op. cit.*, p. 122.

²⁰⁴ GEWIRTH, A., “The epistemology of...”, *op. cit.*, *ibidem*.

iguales. Este principio se cimienta en otro todavía más general el cual establece que los casos del mismo tipo deben ser tratados de la misma manera, siendo la categoría de ser “ser humano” lo que concreta dicha igualdad²⁰⁵. No obstante, el referido principio formal plantea muchas dificultades de interpretación, pues no especifica qué constituye una “buena razón” para el trato diferente, es decir, no especifica que subtipos son relevantes para la desigualdad de trato, pudiendo ser alegadas múltiples diferencias como relevantes. Por consiguiente, este argumento no satisface la condición de determinación propuesta por GEWIRTH, pues podría servir para justificar asignaciones de derechos contrapuestas²⁰⁶.

En atención al “principio del interés” de FEINBERG, solo podrán ser titulares de derechos quienes tengan o puedan tener intereses²⁰⁷. GEWIRTH acusó a este principio de no proveer un fundamento adecuado para los derechos humanos pues, aunque establece una condición necesaria, esta no es suficiente para la asignación de los derechos al no explicar cómo pasa de la tenencia de un interés a la adjudicación de los derechos. De este modo, FEINBERG transita de la constatación de un hecho a una realidad normativa y deontológica sin proveer de ningún argumento ulterior que justifique dicho movimiento. En atención a lo anterior, GEWIRTH objeta a la propuesta de FEINBERG la inobservancia de la condición de suficiencia respecto de la provisión de una base suficiente para la adscripción de los derechos. Igualmente, tampoco satisface la condición relativa al empleo de premisas igualitarias adecuadas, pues no establece derechos iguales para todos los seres humanos.

De manera similar a FEINBERG, William K. FRANKENA también intentó fijar una base justificatoria para los derechos humanos con base en los intereses o necesidades humanas. Según el profesor de Michigan, “el hecho de que todos los hombres sean capaces de disfrutar de una ‘vida buena’ (*good life*) de manera similar, justifica el requisito de que sean tratados como iguales *prima facie*”²⁰⁸. FRANKENA identificó la noción de “vida buena” con una “vida feliz o satisfactoria” (*happy or satisfactory life*)²⁰⁹. Sin embargo, este argumento también transita del “ser” al “deber ser”, pues el hecho de que todos los hombres sean de modo similar capaces de disfrutar de una “vida buena” constituye una realidad ontológica, es decir, un “ser”; mientras que, por el contrario, el requisito de que sean tratados

²⁰⁵ PERELMAN, Ch., *The Idea of Justice and the Problem of Argument*, Routledge and Kegan Paul, London, 1963, pp. 15-16. BENN, S.I. & PETERS, R.S., *Social Principles and the Democratic State*, George Allen and Unwin, London, 1959, pp. 110-111. FRANKENA, W.K., "Some Beliefs about Justice", en Bricke, J. (ed.), *Freedom and Morality: The Lindley Lectures*, University of Kansas, Lawrence, 1976, pp. 66-68.

²⁰⁶ GEWIRTH, A., "The epistemology of...", *op. cit.*, pp. 5-6.

²⁰⁷ FEINBERG, J., *Rights, Justice and the Bounds of Liberty*, Princeton University Press, Princeton, 1980, p. 167. En un sentido similar, *vid.* McCLOSKEY, H.J. "Rights", *Philosophical Quarterly* 15, 1965, p. 126.

²⁰⁸ FRANKENA, W.K., "The Concept of Social Justice", en Brandt, R.B. (ed.), *Social Justice*, Prentice-Hall, Englewood Cliffs, 1962, p. 19.

²⁰⁹ GEWIRTH, A., "The epistemology of...", *op. cit.*, p. 6.

como iguales, constituye una realidad deontológica o un “deber ser”. Por tanto, este argumento no muestra cómo la similitud alegada por FRANKENA justifica la obligación normativa referida a la igualdad que el autor sostiene. En virtud de lo anterior, GEWIRTH acusó al argumento de FRANKENA de inobservar la condición de proveer una justificación racional del principio de relevancia, ya que no muestra porqué una característica fáctica en virtud de la cual los seres humanos son iguales o similares es decisiva para demostrar que deben ser tratados de una determinada manera y no lo son aquellas características fácticas respecto de las cuales los seres humanos son diferentes. El grado en el cual algunas características fácticas son distribuidas entre las personas no puede, por sí solo, constituir la base justificatoria para la asignación de los derechos²¹⁰. En opinión de GEWIRTH, la tesis según la cual las personas tienen derechos en tanto que poseen intereses tan solo estaría indicando una condición necesaria, pero no suficiente, para la posesión de derechos, pues si la simple tenencia de un interés X fuera suficiente para generar un derecho a X, se produciría una proliferación de derechos inmanejable. Además, aunque los intereses fueran restringidos a las necesidades básicas, subsistiría la cuestión lógica acerca de cómo una conclusión normativa sobre derechos puede derivarse de premisas actuales acerca de características empíricamente determinables tales como el hecho de poseer un interés, además de la cuestión sustantiva de por qué los derechos morales son generados por características que todos los humanos tienen en común en vez de por características desigualitarias más restrictivas que solo pertenecen a determinadas personas o lo hacen en diferentes grados²¹¹.

En respuesta a dichas cuestiones, la filósofa política liberal de origen neozelandés Susan M. OKIN se refirió a los derechos humanos como “la reivindicación de algo (ya sea una libertad, un bien o un beneficio) de importancia decisiva para la vida humana”²¹². Esta autora enumeró tres tipos de necesidades humanas importantes: (1) bienes físicos básicos, (2) seguridad física y (3) ser tratado con respeto. A partir de su definición acerca de los derechos humanos y estas tres necesidades, OKIN infirió tres derechos humanos fundamentales. Sin embargo, GEWIRTH señaló dos dificultades en las que incurriría su planteamiento. En primer lugar, por el simple hecho de que los derechos humanos sean definidos como la reivindicación de bienes importantes, esto es, como la constatación de una realidad de tipo ontológico, no se desprende que todo aquel que realice dicha reivindicación deba ser atendida, en tanto que realidad deontológica. Por consiguiente, este argumento no satisface la condición de aceptabilidad racionalmente necesaria por todas las personas racionales. Adicionalmente, la

²¹⁰ GEWIRTH, A., “The epistemology of...”, *op. cit.*, p. 7.

²¹¹ GEWIRTH ha señalado el “conocimiento experto” o la “productividad” como ejemplos de estas diferencias entre seres humanos. *Vid.* GEWIRTH, A., “The basis and...”, *op. cit.*, *ibidem*.

²¹² OKIN, S.M., “Liberty and Welfare: Some Issues in Human Rights Theory”, en Pennock, J.R & Chapman, J.W. (eds.), *Human Rights: Nomos XXIII*, New York University Press, New York, 1981, p. 235.

definición establecida por OKIN se posiciona acerca de cuestiones sustantivas controvertidas acerca de los derechos humanos. En este sentido, se ha alegado que los únicos derechos humanos son aquellos que aparecen referidos a la libertad, de modo que solo implican deberes de abstención o no-interferencia. Sin embargo, OKIN no justificó la dilatación de tales deberes, de manera que no satisface la condición de una adecuada justificación del objeto de los derechos.

Según el argumento presuposicional de H.L.A. HART, “si existe algún derecho moral, entonces al menos también existirá un derecho natural, el derecho de todos los seres humanos a ser libres de manera igualitaria”²¹³. Todos los derechos morales especiales se basan en las elecciones libres acerca de la creación de tales obligaciones por parte de los propios sujetos obligados o en la equidad referida a una distribución igualitaria de la libertad entre personas que se someten voluntariamente a restricciones recíprocas. De hecho, el derecho a la libertad estaría presupuesto por todos o, al menos, algunos de los derechos morales más importantes. GEWIRTH también se mostró crítico con el argumento presuposicional hartiano, al cual achacó tres dificultades fundamentales. En primer lugar, HART no estableció de manera adecuada la existencia de derechos morales especiales que figuren en el antecedente de su afirmación inicial, por lo que no satisface la condición relativa a la justificación de las premisas. En segundo lugar, no se puede afirmar como “autoevidente” (*self-evident*) que el acto de afirmar “yo prometo”, por sí solo, genere derechos y deberes. Si realmente se produce tal implicación será porque se presupone un contexto institucional definido mediante ciertas reglas. No obstante, GEWIRTH señaló la necesidad de una justificación previa de dicha institución que autorice la generación de derechos y deberes válidos. De este modo, el argumento de HART inobserva la condición de determinación, pues su premisa no aparece moralmente constituida. La respuesta institucionalista, por su parte, afirma que los derechos surgen de transacciones basadas en reglas institucionales formales o informales, como puede ser el caso de la promesa²¹⁴. No obstante, GEWIRTH apuntó que algunas instituciones podrían ser moralmente defectuosas, por lo que esta respuesta no esquiva la necesidad de una justificación moral independiente para aquellas reglas institucionales o transaccionales que fundamentan los derechos²¹⁵. Sin embargo, HART no ofreció esta justificación más general de las instituciones que el mismo ha invocado. Adicionalmente, el argumento de hartiano tampoco cumple la condición de proveer premisas igualitarias justificadas. Si se emplean derechos morales especiales para mostrar que existe un derecho de todos los seres humanos a ser igualmente libres, entonces dicha igualdad universal deberá fundarse en tales derechos especiales. Sin embargo, HART no sostuvo que todos los seres humanos deriven sus derechos

²¹³ HART, H.L.A., "Are There Any Natural Rights?", *Philosophical Review* 64(2), 1955, pp. 175 y 189-191.

²¹⁴ HART, H.L.A., "Are There Any ...", *op. cit.*, p. 175.

²¹⁵ GEWIRTH, A., "The basis and...", *op. cit.*, *ibidem*.

de promesas transaccionales, consintiendo e imponiéndose a sí mismos restricciones mutuas. Por el contrario, el profesor inglés presupuso la propia igualdad que el mismo pretendía establecer sin alegar ningún argumento justificatorio, de manera que su argumento no instituye el universalismo igualitario que sustenta.

En cuanto al argumento procedimental propuesto por RAWLS, este sostiene que si la estructura constitucional de una sociedad fuera elegida por personas que se encuentran “en una posición originaria de igualdad” (*in an initial position of equality*) y lo hicieran detrás de un “velo de la ignorancia” (*veil of ignorance*) respecto de todas sus condiciones y cualidades particulares, los principios de justicia que escogerían reconocerían que toda persona debería ostentar los mismos derechos básicos (*basic rights*)²¹⁶. Sin embargo, este argumento no quedó al margen de la crítica de GEWIRTH, quien lo acusó de no satisfacer condiciones importantes. En este sentido, el argumento de RAWLS no cumple la condición de veracidad, pues constituye un hecho que las personas no son iguales en poder y habilidad, ni tampoco ignoran sus cualidades particulares, de modo que asumir que ello es así supone argumentar a partir de premisas falsas. En segundo lugar, el argumento rawlsiano tampoco satisface la condición acerca de la aceptabilidad racionalmente necesaria por parte de todas las personas racionales, pues no ofrece razón alguna por la cual las personas que son propiamente racionales deban aceptar la igualdad de los derechos con base en su asumida ignorancia. Finalmente, RAWLS tampoco satisfizo la condición de no-circularidad, en tanto que alcanzó su resultado igualitario tan solo introduciendo en sus premisas una igualdad que no fue capaz de justificar²¹⁷.

Por lo demás, podría sostenerse que los derechos morales no son algo cuya existencia pueda constatarse, en tanto que el análisis del juicio acerca de los derechos (*rights-judgement*) no es descriptivo, sino prescriptivo o de algún otro tipo no-cognoscitivo. Los juicios acerca de los derechos constituyen reivindicaciones efectuadas frente a otras personas, no enuncian la existencia de determinados hechos inteligibles, sino que proponen, instan o predicen que ciertos hechos sean considerados. Por ende, las cuestiones relativas a la justificación o la validez son lógicamente irrelevantes para estos juicios. GEWIRTH afirmó que aunque la interpretación prescriptivista de los juicios acerca de los derechos es parcialmente verdadera, esta no excluye la objeción relativa a la justificación, pues, dado que diferentes personas pueden realizar reclamaciones de derechos opuestas, la cuestión acerca de cuál de estas reclamaciones es la correcta

²¹⁶ RAWLS, J., *Theory of Justice*, Revised Ed., Harvard University Press, Cambridge, [1971] 1999, p. 11 (versión en español: *Teoría de la justicia*, traducción de María Dolores González, 2ª ed., Fondo de cultura económica, México, 1995).

²¹⁷ GEWIRTH, A., “The epistemology of...”, *op. cit.*, p. 9. *Vid.* también ID, “The basis and...”, *op. cit.*, p. 123.

persiste²¹⁸. En definitiva, GEWIRTH consideró que el método rawlsiano del *equilibrio reflexivo*, según el cual juicios considerados morales y principios morales generales son recíprocamente examinados y ajustados²¹⁹, presentaba dos dificultades. En primer lugar, los “juicios considerados morales” (*considered moral judgements*) de una persona o grupo pueden diferir ostensiblemente de aquellos realizados por otra persona o grupo, de manera que no proporcionan una base sólida para la justificación de un principio moral. En segundo lugar, el argumento es circular, pues el principio se justifica por el propio juicio que, a su vez, es invocado para justificar tal principio²²⁰.

Por último, GEWIRTH también consideró aquella doctrina que establece que todos los seres humanos son iguales en su valor y dignidad. A pesar de que la propuesta de GEWIRTH parte de la falta de carácter empírico de la dignidad, atribuye dignidad a todos los seres humanos de manera permanente e inherente, razón por la cual son considerados iguales. Sin embargo, GEWIRTH reconoció la dificultad de derivar los derechos humanos de dicha dignidad inherente, pues las expresiones “A tiene derechos humanos” y “A tiene dignidad inherente” pueden parecer equivalentes. A juicio del filósofo católico francés Jacques MARITAIN, la dignidad de los seres humanos no significaba nada si no expresa que, en virtud del Derecho natural, los seres humanos tienen el derecho a ser respetados, son los titulares de los derechos y poseen tales derechos²²¹. Sin embargo, si ambas expresiones presentan un significado equivalente, entonces la atribución de dicha dignidad no añade nada sustancial a la atribución de los derechos. De este modo, quien dude acerca de la atribución de los derechos, también dudará acerca de la atribución de la dignidad. Por consiguiente, el argumento en favor de la dignidad inherente como base justificatoria de los derechos no satisface la condición de no-circularidad.

Para GEWIRTH, la cuestión acerca de si la atribución de la dignidad inherente puede presentar un estatus independiente de y lógicamente anterior a la atribución de los derechos resultaba esencial²²². Para resolver esta duda, el profesor de Chicago recurrió a aquel pensamiento kantiano que funda la atribución de dignidad al ser racional en su autonomía o libertad, esto es, su capacidad de autolegislar o, lo que es lo mismo, para actuar de acuerdo con leyes que se da así mismo²²³. Sin embargo, para KANT dicha autonomía no constituía una característica empírica ya que solo se refirió a seres racionales como fines en sí mismos y no

²¹⁸ GEWIRTH, A., “The basis and...”, *op. cit., ibidem*.

²¹⁹ RAWLS, J., *A theory of...*, *op. cit.*, pp. 20-21, 48-51, 120 y 579.

²²⁰ GEWIRTH, A., “The epistemology of...”, *op. cit.*, p. 13.

²²¹ MARITAIN, J., *The Rights of Man and Natural Law*, translation by D. Anson, Charles Scribner's Sons, New York, 1951, p. 65 (versión en español: *Los derechos del hombre y la ley natural. Cristianismo y democracia*, Palabra, Madrid, 2001).

²²² GEWIRTH, A., “The epistemology of...”, *op. cit.*, p. 10.

²²³ KANT, I., *Foundations of the Metaphysics of Morals*, translation by Lewis White Beck, 2nd edition, Pearson, United States, 1989, pp. 434-36.

como sujetos a las leyes deterministas de los fenómenos naturales. En atención a lo anterior, GEWIRTH acusó a la tesis kantiana de inobservar la condición de referencia empírica con relación a las características de los seres humanos a las cuales apela, pues estaría derivando los derechos a partir de la dignidad inherente de los seres humanos.

2.4.3. La propuesta de GEWIRTH

2.4.3.1. La estructura normativa de la acción humana

Como ya se ha adelantado, para GEWIRTH los derechos humanos derivaban de un criterio o principio moral válido: el PCG. Para este autor, la moralidad constituía un conjunto de requisitos categóricamente obligatorios acerca de acciones que son dirigidas, al menos parcialmente, a todos los agentes actuales o prospectivos y consignadas a la promoción de los intereses más importantes de las personas u otros destinatarios distintos a, o además de, el agente o hablante. La moralidad difiere en atención a qué intereses de qué personas son considerados importantes y merecedores de promoción. No obstante, todas las moralidades tienen en común el hecho de estar referidas a la acción. Así, todos los juicios morales consisten, directa o indirectamente, en preceptos acerca de cómo las personas deben actuar hacia los demás. Los contenidos específicos de estos juicios varían ampliamente y a menudo entran en conflicto entre ellos, pero comparten el contexto de la acción humana. Por lo tanto, este "contexto de las acciones humanas" (*context of human actions*) constituye el contenido general de toda la moralidad²²⁴.

GEWIRTH señaló que el argumento justificatorio de los derechos humanos debería consistir un principio normativo moral que sirva para probar o establecer que moralmente todas las personas deben disfrutar de los bienes necesarios para la acción. Esta afirmación conduce a la cuestión acerca de si resulta posible justificar racionalmente un principio moral como el descrito. A estos efectos, señaló que no todos los principios morales se presentan como útiles. En este sentido, descartó los principios morales utilitaristas, organicistas y elitistas, los cuales no pueden justificar ningún derecho moral, siendo tan solo capaces de justificarlos como no-esenciales o contingentes respecto de determinados objetivos colectivos, al tiempo que tratan a los derechos como algo primario, pero no los distribuyen de manera igualitaria entre todos los seres humanos²²⁵.

No obstante, existen claras dificultades a la hora de ofrecer una justificación racional de cualquier principio moral. Así, ante un principio moral superior, es

²²⁴ GEWIRTH, A., "The basis and...", *op. cit.*, p. 124.

²²⁵ GEWIRTH, A., "Can Utilitarianism Justify Any Moral Rights?", en Pennock, J.R & Chapman, J.W. (eds.), *Ethics, Economics, and the Law: Nomos XXIV*, New York University Press, New York, 1982, pp. 158-178.

posible justificar alguna regla moral específica, un juicio o acción moral particular mostrando cómo su corrección se desprende del principio. Sin embargo, la mayor dificultad reside en justificar un principio básico, pues no se puede apelar a ningún principio más elevado ni más general que aquel que constituye una variable independiente. Como respuesta a este problema, GEWIRTH se refirió a los principios como variables independientes que justifican reglas y juicios de menor nivel jerárquico, pero esta afirmación deja todavía sin resolver la duda acerca de cuál es la variable independiente para dichos principios justificatorios. Otra manera de abordar este problema, consistiría en contrastar afirmaciones particulares empíricas y juicios morales particulares. Así, se plantea la cuestión de si existe alguna variable independiente en cuestiones de moralidad. Si se admite que todos los preceptos morales se ocupan de cómo las personas deberían actuar hacia las demás, entonces se podrá coincidir con GEWIRTH en que la variable independiente en toda cuestión moral es la “acción humana” (*human action*). Esta variable independiente ataja las distinciones existentes entre los distintos sistemas de valores, pero no proporciona la justificación de un principio frente a sus competidores, pues si la acción humana constituye la variable independiente de toda la moralidad, esta deberá ajustarse a todos los principios morales. GEWIRTH afirmó que la respuesta a esta pregunta se desprende de la estructura normativa de la acción, en la que existen ciertos juicios evaluativos y deónticos efectuados por los agentes acerca de los bienes y los derechos. Cuando estos juicios están sujetos a ciertos requisitos racionales moralmente neutrales, entonces constituyen un determinado “principio moral supremo” (*supreme moral principle*). Si algún agente niega el principio moral supremo, entonces se habrá contradicho a sí mismo, ya que su negación y las actuaciones derivadas de esta no podrán ser racionalmente justificables. Junto con la acción, el tipo más básico de razón es la “moralidad deductiva” (*deductive morality*), la cual también sirve como una variable independiente para la justificación del principio supremo de moralidad²²⁶.

A juicio de GEWIRTH, la necesidad material de un principio dependerá de que este se encuentre fundamentado en las “características genéricas de la acción” (*generic features of action*)²²⁷. La condición relativa a la aceptabilidad racionalmente necesaria es satisfecha cuando la variable independiente de un argumento se sitúa en el plano de las características genéricas de la acción. Por el mero hecho de ser un agente, se debe lógicamente aceptar aquel argumento, y su conclusión, que afirma que todas las personas ostentan de manera igualitaria ciertos derechos morales. El hecho de ser un agente actual o prospectivo no constituye una condición variable para ninguna persona²²⁸. Si existen derechos y

²²⁶ GEWIRTH, A., “The epistemology of...”, *op. cit.*, p. 12.

²²⁷ GEWIRTH, A., “The epistemology of...”, *op. cit.*, p. 13.

²²⁸ En la tesis de GEWIRTH es suficiente con ser un agente prospectivo, de manera que no es necesario ser un agente actual, pues lo relevante es poseer deseos o metas que se desean o desearían cumplir a través de la acción. “To be a prospective agent, then, is not necessarily to be an

deberes morales que pertenecen de manera natural a todas las personas simplemente por el hecho de ser un agente actual o prospectivo, el argumento que traza esta secuencia lógica será necesariamente aceptable de manera racional por todos los agentes, pues tendrán que aceptar tal argumento bajo riesgo de contradecirse a sí mismos (*self-contradiction*)²²⁹. Esta fundamentación del principio moral en la acción implica una concepción fundacionalista de la justificación. El argumento parte de una afirmación atribuible a cualquier agente que efectúa alguna acción intencional. Dicha afirmación se basa en la consciencia del agente acerca de lo que hace y conduce a la afirmación de que todos los agentes tienen ciertos derechos y deberes correlativos. Sin embargo, el argumento de GEWIRTH no se origina a partir de juicios morales variables, sino desde afirmaciones que han de ser aceptadas por todos los agentes, pues derivan de las características genéricas de la acción intencional (*generic features of purposive action*). De este modo, su argumento no es fundacionalista, en tanto que no parte de afirmaciones morales o evaluativas consideradas “autojustificadoras” (*self-justifying*) o “autoevidentes” (*self-evident*)²³⁰.

No obstante, se han alegado una serie de argumentos en contra del argumento relativo a las características genéricas de la acción, las cuales fueron expresamente abordadas por el propio GEWIRTH en gran medida. Así, respecto de la característica de la voluntariedad, GEWIRTH consideró tanto los problemas referidos a la “coacción directa e indirecta” (*direct and indirect compulsion*), como aquellos derivados del “determinismo” (*determinism*)²³¹. En cuanto a las primeras situaciones, GEWIRTH señaló que cuando el agente actúa bajo coacción, no es posible afirmar que este haya elegido, pues su elección ha sido forzada. Por lo que respecta al determinismo, el profesor de Chicago reconoció que las elecciones pueden estar enormemente afectadas por condicionamientos psicológicos previos, los cuales pueden adoptar diversas formas. No obstante, factores emocionales intensos y otros condicionamientos no tienen por qué ser absolutamente determinantes de las elecciones de la persona. La acción de una persona es plenamente voluntaria cuando esta controla su comportamiento mediante elecciones no forzadas basadas en sus propias razones informadas.

En cuanto a la intencionalidad y a la objeción acerca de que solo es posible actuar al margen del sentimiento de obligación, cuando no se pretende cumplir ningún deseo o propósito propio, GEWIRTH señaló que “querer” no solo posee un sentido “tendencioso o hedonista” (*inclinal or hedonic sense*), sino también un sentido “intencional” (*intentional sense*). En un sentido tendencioso, “querer hacer

actual agent; it is rather to have desires or goals one wants or would want to fulfill through action”.
Vid. GEWIRTH, A., *Reason and Morality*, op. cit., pp. 111-112.

²²⁹ GEWIRTH, A., “The epistemology of...”, op. cit., *ibidem*.

²³⁰ GEWIRTH, A., “The epistemology of...”, op. cit., p. 14.

²³¹ KOHEN, A., “The possibility of secular human rights: Alan Gewirth and the principle of generic consistency”, *Human rights review*, October-December 2005, p. 55.

X” consiste en “obtener placer o disfrutar de hacer X”; mientras que, en un sentido intencional, “querer hacer X” equivale simplemente “tener la intención de hacer X”, es decir, considerar el acto en virtud de un propósito, incluso cuando la ejecución del acto no sea como apetecible. Para GEWIRTH la característica más importante de una acción intencional era “que el agente tenga el propósito de realizar X”. En última instancia, el agente se involucra en la acción porque valora positivamente el “fin al que X se dirige”²³². De este modo, por el mero hecho de involucrarse en la acción, todo agente debe aceptar de manera implícita un cierto juicio de valor acerca de la bondad de los propósitos por los cuales actúa, de manera que el salto del hecho al valor quedaría salvado²³³.

En definitiva, según la tesis de GEWIRTH, el fundamento racional de todos los derechos humanos residía en las condiciones necesarias para la acción humana, de manera que ningún agente humano puede negarlos o violarlos sin contradecirse a sí mismo. De este modo, las exigencias de los derechos humanos se justifican en virtud del PCG, en tanto que principio supremo de la moralidad. Los requisitos racionalmente fundamentados de la acción humana aportan las bases y el contenido de todos los derechos humanos, tanto aquellos que afectan a las “transacciones individuales” (*aplicaciones procedimentales opcionales*), como aquellos que deben ser protegidos por “reglas sociales e institucionales” (*aplicaciones procedimentales necesarias*)²³⁴.

2.4.3.2. La “agencia” (*agency*) como fundamento de la dignidad humana

Como ya se ha mencionado, GEWIRTH acusó a aquel argumento kantiano que concibe a los seres racionales como fines en sí mismos de no satisfacer la condición referida a la provisión de una referencia empírica. GEWIRTH partió de los rasgos de la acción humana para atribuir al agente, quien considera sus propios objetivos como merecedores de ser perseguidos, un tipo de autonomía o libertad. El propio concepto y contexto de la acción humana intencional presenta un elemento valioso e ineludible, pues la acción se rige por su orientación al objetivo, el cual le otorga valor. Así pues, si la acción es realizada en virtud de su propio valor, de manera que constituye su propia meta, el objetivo o fin posee valor para el agente como algo que ha de ser elegido, perseguido y alcanzado. Para GEWIRTH, este valor no era meramente instrumental, sino que caracterizaría al menos algunos de los fines del agente tal y como este los concibe y persigue. Además, admitió la existencia de una ruta directa desde el valor de los fines del agente hasta el valor o dignidad del

²³² GEWIRTH, A., *Reason and Morality*, op. cit., pp. 37-40.

²³³ “In the context of action, the 'Fact-Value gap' is already bridged. For by the very fact of engaging in action, every agent must implicitly accept for himself a certain value-judgment about the value or goodness of the purposes for which he acts”. Vid. GEWIRTH, A., “The epistemology of...”, op. cit., pp. 14-15.

²³⁴ GEWIRTH, A., “The basis and...”, op. cit., pp. 145-146.

agente mismo. Todos los agentes persiguen sus fines después de reflexionar acerca de las alternativas, pues los agentes no constituyen entidades sujetas a las fuerzas externas de la naturaleza, sino que pueden tomar y, de hecho, toman sus propias decisiones con base en su propio entendimiento reflexivo.

GEWIRTH aseguró que esta atribución de la dignidad podía ser interpretada tanto dialéctica como asertóricamente²³⁵. Así pues, dialécticamente todo agente debe atribuirse valor o dignidad a sí mismo, ya que constituye el lugar y la fuente de atribución de valor para los propósitos por los que actúa. Asertóricamente todo agente tiene valor o dignidad en virtud de sus capacidades para controlar su comportamiento y actuar en atención a los fines que reflexivamente elige, independientemente del específico valor de sus propósitos particulares. De manera similar, la secuencia desde la dignidad a los derechos puede sostenerse a partir de ambas vías. Así, dialécticamente el agente simplemente argumentará que la libertad y el bienestar son los bienes necesarios para su actuación con base en el argumento de que debe tener tales bienes no solo en tanto que agente, sino en tanto que persona con dignidad y valor en virtud de su “agencia” (*agency*). Todos los agentes deben actuar de acuerdo con los derechos de sus destinatarios, del mismo modo que con los suyos propios. De este modo, el agente debe respetar tanto a sus destinatarios como a sí mismo. En cuanto a la vía asertórica, puesto que todo agente posee dignidad, su estatus en tanto que agente debe ser mantenido y protegido. Por lo tanto, la dignidad es un atributo o característica que merece respeto y convierte en obligatorio el apoyo del ser que la posee.

En opinión de GEWIRTH, los argumentos asertóricos incurrirían en mayores problemas que los dialécticos, debido a las dificultades que los primeros presentan respecto de la satisfacción de las condiciones referidas a la provisión de una referencia empírica y la derivabilidad lógica del “deber ser” del “ser”. Ambos tipos de argumentos se encuentran basados en la conexión entre la acción humana y los derechos humanos. Sin embargo, la conexión entre la dignidad y los derechos no es solo retrospectiva, sino también prospectiva. Una razón central para la fundamentación de los derechos humanos en las condiciones necesarias de la acción humana es aquella que alega su idoneidad para enfatizar que el propósito último de los derechos es preservar para todas las personas un cierto estatus moral fundamental. Los derechos humanos promueven la autonomía racional de todas las personas, en tanto que agentes que se autocontrolan y se autodesarrollan, esto es, agentes que se pueden relacionar con otras personas a través del respeto mutuo y la cooperación. Su objetivo es proporcionar un soporte que permita a las personas ser agentes que controlan sus propias vidas y que efectivamente persiguen y sustentan sus propios propósitos sin estar sujetos a la dominación o el daño de otros. Así pues, para GEWIRTH, la “agencia” (*agency*) constituye el

²³⁵ GEWIRTH, A., “The epistemology of...”, *op. cit.*, p. 23.

fundamento de la dignidad humana tanto desde un punto de vista metafísico como moral. En definitiva, la conexión de los derechos con la dignidad humana es explicada en términos de necesidades cuya satisfacción es requerida para la protección de dicha dignidad²³⁶.

2.4.3.3. El método dialécticamente necesario

GEWIRTH empleó un “método dialécticamente necesario” (*dialectically necessary method*)²³⁷, el cual es calificable como “dialéctico” en tanto que parte de afirmaciones presentadas como efectuadas o aceptadas por un agente; y es “necesario”, en tanto que tales afirmaciones deben efectuarse o aceptarse por todos los agentes. GEWIRTH diferenció su método del asertórico cuyas afirmaciones son propuestas como objetivamente verdaderas por el propio escritor o hablante sin referirse a este como agente. Asimismo, también distinguió su método del “dialécticamente contingente” en el cual las afirmaciones se presentan como efectuadas por y relativas a un agente u otro interlocutor, pero sin ser lógicamente necesario que este efectúe o acepte dichas afirmaciones. Del uso que GEWIRTH realizó de este método se desprende una “proposición dialécticamente necesaria” (*dialectically necessary proposition*) que establece que todo agente debe lógicamente afirmar o aceptar que este y todos los demás agentes prospectivos ostentan los derechos genéricos. Sin embargo, esta referencia a los agentes y a sus reivindicaciones no elimina el rigor de los derechos o el valor categórico del principio moral que los justifica. Si se acepta que la “agencia” (*agency*) es el contexto próximo general de toda la moralidad y de toda la práctica, cualquier cosa que sea justificada dentro del contexto de dicha habilidad será también necesaria para la moralidad, y lo que debe ser lógicamente aceptado por todos los agentes está necesariamente justificado dentro del contexto de dicha habilidad para actuar. En virtud de este contexto, el principio moral que establece que todas las personas tienen derechos humanos de manera igualitaria puede afirmarse tanto de manera asertórica (es decir, que “algo es el caso”), como dialéctica²³⁸.

GEWIRTH alegó dos razones en favor del empleo de su método dialécticamente necesario. En primer lugar, afirmó que posibilita la validez de ciertas inferencias que no serían válidas al margen de la “perspectiva conativa”²³⁹ en primera persona del agente (*first-person conative perspective*)²⁴⁰. El agente cree que su propósito es bueno y esto es precisamente lo que es estipulado por la perspectiva en primera persona del método dialécticamente necesario. La evaluación contenida en el consecuente (“E es bueno”) no es adecuadamente apuntalada por la afirmación de

²³⁶ GEWIRTH, A., “The epistemology of...”, *op. cit.*, p. 24.

²³⁷ GEWIRTH, A., “The epistemology of...”, *op. cit.*, p. 20.

²³⁸ GEWIRTH, A., “The epistemology of...”, *op. cit.*, p. 21.

²³⁹ El adjetivo “conativo/a” se refiere aquí a la tendencia a actuar y reaccionar de una determinada manera en atención al objeto.

²⁴⁰ GEWIRTH, A., “The epistemology of...”, *ibidem*.

que alguien realiza una acción intencional, a no ser que dicha afirmación sea realizada por el propio agente. La adopción evaluativa contenida en el consecuente se deriva de que se trata de su propósito, el cual adopta conativamente.

En segundo lugar, GEWIRTH ha afirmado que su método restringe el argumento a aquello que todo agente está lógicamente o racionalmente legitimado a reclamar desde su perspectiva conativa en la acción intencional. A menudo, la moralidad es un ámbito de gran desacuerdo, para resolver estos conflictos de un modo racional, se precisa recurrir a un contexto que sea lógicamente vinculante para todos los agentes y, como ya se ha señalado, para GEWIRTH este es el contexto de la acción. Todos los agentes están involucrados en el contexto de la acción, lo cual implica que, si existen los juicios prácticos que deben ser lógicamente aceptados por todos los agentes en virtud de su propia perspectiva referida a la actuación intencional, estos pueden ofrecer una base firme y racionalmente indispensable para la evaluación de juicios más amplios o acciones que el agente podría pretender realizar. En virtud de lo anterior, GEWIRTH concluyó que el uso del método dialécticamente necesario puede aportar criterios válidos para la actuación moralmente correcta que todo agente debe aceptar a riesgo de contradecirse a sí mismo, pues sirve de estándar de segundo orden para la evaluación de las diversas reglas o normas que los agentes pueden sostener. Si ciertas respuestas sustantivas a preguntas morales pueden ser tan concluyentes que su negación o rechazo implique la incoherencia lógica, ello provee un argumento definitivo en favor de la aceptación de tales respuestas como sensatas y, por el contrario, de las respuestas opuestas como equivocadas²⁴¹.

Asimismo, GEWIRTH sometió su argumento al test de las doce condiciones que todo argumento viable debe satisfacer. Así pues, alegó que su argumento cumple la condición relativa a la provisión de un argumento, lo cual se desprendería de manera evidente de su explicación. Por lo que se refiere a las restantes once condiciones, GEWIRTH las dividió en cuatro grupos. En el primer grupo incluyó a la condición relativa a la provisión de premisas justificadas, la condición de veracidad y la condición de referencia empírica, que consideró satisfechas en virtud del presupuesto relativo a los agentes actuales y empíricamente diferenciables, orientados a la persecución de sus propósitos, además de concedores de las circunstancias relevantes de sus acciones. En segundo lugar, consideró que su argumento también cumplía las condiciones referidas a la provisión de premisas igualitarias adecuadas y una justificación racional del criterio de relevancia, pues los agentes son iguales en tanto que poseen propósitos y esto es precisamente lo GEWIRTH consideró como relevante para la reivindicación de sus derechos. En tercer lugar, afirmó que su argumento cumplía las condiciones de no-circularidad y derivabilidad lógica del “deber ser” a partir del “ser”, en tanto que lo consideró

²⁴¹ GEWIRTH, A., “The epistemology of...”, *op. cit.*, p. 22.

capaz de mostrar cómo la reivindicación de derechos junto con sus deberes correlativos se sigue de manera lógica del hecho de ser un agente intencional, al mismo tiempo que dicha “agencia” (*agency*) no ha sido definida en términos de reivindicación o posesión de derechos. Por último, a juicio de GEWIRTH su argumento también observa el resto de condiciones relativas a la determinación, la suficiencia, la aceptabilidad racionalmente necesaria por parte de todas las personas racionales y la provisión de una explicación adecuada respecto del objeto de los derechos, pues muestra como las necesidades de todos los agentes respecto de los bienes necesarios para la acción (libertad y bienestar) proveen una justificación suficiente para la reivindicación del cumplimiento de sus derechos, del mismo modo que es capaz de mostrar como los opuestos a estos derechos no son derivables a partir del argumento en cuestión. Además, afirmó que su argumento ha de ser necesariamente aceptable para todas las personas racionales, en tanto que agentes, pues se encuentra lógicamente fundamentado en los rasgos genéricos que caracterizan a todas las acciones y agentes²⁴².

2.5. La tesis constructivista

2.5.1. Fundacionalismo vs. antifundacionalismo

A pesar de la incertidumbre que rodea al fundamento de los derechos humanos, la creencia acerca de que estos aportan la explicación del pensamiento moral y político se encuentra bastante extendida. Sin embargo, algunos filósofos contemporáneos han afirmado que las reivindicaciones fundacionalistas acerca de los derechos humanos están predestinadas al fracaso²⁴³. En los últimos años, se observa una tendencia a separar los derechos humanos de las cuestiones metafísicas, priorizándose en su lugar una aproximación más pragmática²⁴⁴. En líneas generales, esta situación ha generado discrepancias entre las teorías políticas y metafísicas acerca de si los derechos humanos necesitan o no una base justificatoria.

²⁴² Vid. GEWIRTH, A., “The epistemology of...”, *op. cit.*, pp. 18-19.

²⁴³ En este sentido, MACINTYRE ha afirmado que “la verdad es sencilla: no existen tales derechos (...), todo intento de proporcionar buenas razones para demostrar que tales derechos existen ha fracasado”, *vid.* MACINTYRE, A., *After Virtue: A Study in Moral Theory*, Duckworth, London, 1981, p. 6. (versión en español: *Tras la virtud*, traducción de Amelia Valcárcel, Crítica, Barcelona, 2001). Asimismo, J. BENTHAM señaló que “los derechos reales provienen de las leyes reales; pero de las leyes imaginarias, de las leyes de la naturaleza, derivan derechos imaginarios”, *vid.* BENTHAM, J., “Anarchical Fallacies”, en Waldron, J. (ed.), *‘Nonsense upon Stilts’: Bentham, Burke and Marx on the Rights of Man*, Methuen, London, 1987, p. 69. Por el contrario, J. NICKEL ha alegado que “los derechos humanos necesitan de bases sólidas”, *vid.* NICKEL, J., *Making Sense of...*, *op. cit.*, p. 53.

²⁴⁴ Algunos ejemplos de esta tendencia son las tesis desarrolladas por autores como J. RAWLS (*vid.* “Justice as Fairness: Political Not Metaphysical”, *Philosophy and Public Affairs* 14 (3), 1985, pp. 145–173); C. BEITZ (*vid.* *The Idea of Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2009); o J. RAZ (*vid.* “Human Rights without...”, *op. cit.*, pp. 321-338).

Existen múltiples razones por las cuales se considera que una propuesta acerca de los derechos humanos necesita de algún fundamento, aunque la doctrina ha señalado dos razones principales. En primer lugar, el fundamento de los derechos humanos permite entenderlos mejor o de una manera más profunda²⁴⁵. La segunda razón alega que dicho fundamento ofrece una justificación para los derechos humanos en general y para las leyes acerca de los derechos humanos en particular. Sin embargo, no existe ninguna garantía de que todo el mundo esté de acuerdo al respecto. El tipo ortodoxo dominante acerca del fundamento de los derechos humanos basado en la lógica de la teoría del Derecho natural continúa siendo muy polémico. Concretamente, esta aproximación ha sido acusada de ser vulnerable en al menos tres puntos. En primer lugar, carece del rasgo de la universalidad, pues cualquier referencia a conceptos o principios morales básicos posee inevitablemente un atractivo limitado, debilitando con ello la comprensión universal de los derechos humanos. En segundo lugar, no es la única tesis conservadora disponible, pues las teorías fundacionales con base política también pueden presentar tendencias conservadoras. La tercera crítica va dirigida a todas las tesis fundacionalistas, a las que se acusa de ser incapaces de integrar adecuadamente los ideales morales y la realidad política. Por todas estas razones, la explicación política de los derechos humanos ha ido ganado fuerza, en detrimento de la aproximación filosófica más tradicional, pues ha proporcionado una alternativa a la tesis basada en el Derecho natural, al tiempo que cumple una función en el mundo de la política²⁴⁶.

Sin embargo, la aproximación política también plantea ciertos inconvenientes. En este sentido, la adopción de una perspectiva política no garantiza que se realice sin recurrir a la metafísica, pues también precisa involucrarse en el tipo de razonamiento moral abstracto asociado a la aproximación basada en el Derecho natural²⁴⁷. Asimismo, las propuestas políticas acerca de los derechos humanos pueden ser políticamente más conservadoras de lo que sus defensores están dispuestos a admitir, lo cual suele ser censurado. Además, hacer depender los derechos humanos del sistema actual de relaciones internacionales posibilita su comprensión como conceptos políticos, pero menoscaba su capacidad crítica²⁴⁸. En definitiva, la perspectiva política pretende reemplazar la metafísica con la práctica, pero no proporciona ninguna justificación al respecto, lo cual resulta problemático, pues es necesario tener razones para involucrarse, participar y perseverar en el activismo referido a los derechos

²⁴⁵ WALDRON, J., "Is Dignity the Foundation of Human Rights?", en Cruft, R.; Liao, S.M. & Renzo, M. (eds.) *Philosophical Foundations of Human Rights*. Oxford University Press, Oxford, 2015, pp.117-137.

²⁴⁶ BUFACCHI, V., "Theoretical foundations for...", *op. cit.*, pp. 2-3.

²⁴⁷ VALENTINI, L., "In What Sense Are Human Rights Political? A Preliminary Exploration", *Political Studies* 60 (1), 2012, p. 181.

²⁴⁸ VALENTINI, L., "In What Sense...", *op. cit.*, p. 189.

humanos. Por consiguiente, una aproximación práctica no elude la cuestión referida al fundamento de los derechos humanos²⁴⁹.

Adicionalmente, existe cierto desacuerdo entre los propios defensores de la perspectiva política. En este sentido, el politólogo estadounidense Charles R. BEITZ ha sido muy crítico con ciertos tipos de fundacionalismo. Según este autor, no se debería pensar en los derechos humanos “como si tuvieran una existencia en el orden moral que pudiera ser aprehendida independientemente de su materialización en la doctrina y práctica internacionales”²⁵⁰. Sin embargo, BEITZ no niega que una aproximación basada en la práctica sea fundacionalista. La diferencia entre las teorías naturalistas y las teorías del pacto acerca de los derechos humanos, de un lado; y la concepción práctica de BEITZ, de otro, no consiste en que las dos primeras sean fundacionalistas y la segunda no-fundacionalista, sino que reside en que solo las dos primeras persiguen el establecimiento de la naturaleza de los derechos humanos. Tanto las teorías naturalistas como las referidas al pacto tratan la cuestión de la autoridad de los derechos humanos como inserta en la cuestión relativa a su naturaleza. En cambio, dado que una aproximación práctica prescinde de cualquier punto de vista filosófico acerca de la naturaleza y fundamento de los derechos humanos, resulta posible distinguir el problema relativo a su conceptualización de la cuestión referida a la comprensión de su autoridad. Para BEITZ, el proyecto referido a los derechos humanos no es otra cosa que una práctica global²⁵¹. Sin embargo, Vittorio BUFACCHI ha acusado a esta propuesta de no proporcionar una justificación para la práctica, la cual resulta necesaria en tanto que esta no se puede justificar por sí sola. Así pues, debe existir algo más, algún tipo de fundamento que justifique dicha práctica. Sin fundamentos, la práctica solo puede justificar el *estatus quo* existente, lo cual amenaza con convertir a las perspectivas políticas acerca de los derechos humanos en estáticas e inamovibles, impidiendo la reflexión crítica acerca de las mismas y perpetuando eventuales vicios o errores de la práctica²⁵².

Por lo que respecta a las tesis antifundacionalistas, RAZ ha afirmado que una aproximación política basada en la práctica de los derechos humanos puede llevarse a cabo sin necesidad de acudir a sus fundamentos. Este autor es bastante crítico con las teorías basadas en la denominada “doctrina tradicional” de los derechos humanos, a las que acusa de incurrir en tres problemas principales. En primer lugar, las culpa de malinterpretar las relaciones entre valores y derechos.

²⁴⁹ WRIGHT R.G., “Review Essay: The Disintegration of the Idea of Human Rights”, *Indiana Law Review* 43(2) (2010), p. 440.

²⁵⁰ BEITZ, C., *The Idea of...*, *op. cit.*, p. 7.

²⁵¹ En este sentido, BEITZ ha señalado que “una concepción práctica toma la doctrina y la práctica de los derechos humanos tal y como figura en la vida política internacional como materiales fuente para la construcción de una concepción de los derechos humanos”. *Vid.* BEITZ, C., *The Idea of...*, *op. cit.*, p. 102.

²⁵² BUFACCHI, V., “Theoretical foundations for...”, *op. cit.*, p. 9.

Asimismo, estima que se sobrepasan al pretender derivar derechos de donde no resulta posible. Por último, las considera incapaces para explicar o criticar la práctica existente acerca de los derechos humanos²⁵³. Según RAZ, estas teorías, especialmente las de GEWIRTH y James P. GRIFFIN, no consideran la práctica de los derechos humanos, pues establecen la validez de los mismos sin considerar ningún hecho contingente. Por este motivo, RAZ se posiciona a favor de la explicación política rawlsiana y afirma que la tendencia dominante en materia de derechos humanos consiste en considerar que el simple hecho de que un derecho sea considerado humano constituye un fundamento suficiente para actuar en contra de las violaciones producidas en la esfera internacional. Por lo tanto, considera que la violación de los derechos humanos constituye en sí misma la razón para tal acción. RAZ pretende desviar el discurso de los derechos humanos hacia un debate más político enmarcado en los límites de la soberanía estatal. No obstante, coincide con GRIFFIN en que, desde una perspectiva ética, la “capacidad de la personalidad” (*capacity of personhood*) resulta relevante, pero afirma que ello no resuelve el problema principal relativo a la provisión de un argumento convincente acerca de por qué la práctica de los derechos humanos debería adaptarse a sus teorías. De este modo, considera que no hay razón por la cual criticar la actual práctica de los derechos humanos con base en su desconexión respecto de su doctrina ética tradicional²⁵⁴. Sin embargo, el paso a la perspectiva política tampoco está exento de objeciones, pues la práctica de los derechos humanos carece de fundamentos justificatorios *per se*, lo cual no parece preocupar a RAZ, quien afirma que es algo a lo que simplemente deberíamos acostumbrarnos, al mismo tiempo que niega que los derechos humanos necesiten de la metafísica²⁵⁵.

Estos planteamientos de RAZ han generado algunas discrepancias doctrinales. En este sentido, BUFACCHI replica que, a pesar de que los derechos humanos puedan existir al margen de las aproximaciones relativas al Derecho natural, ello no significa que puedan hacerlo desprovistos de todo fundamento, sino que tan solo indica la necesidad de una fundamentación diferente. La práctica de los derechos humanos necesitará alguna base justificatoria, ya que no puede justificarse por sí misma, *a contrario* de lo señalado por BEITZ; ni tampoco con base en el Derecho internacional positivo, como RAZ pretende. En este punto es en donde BUFACCHI cree que una explicación deflacionaria moderada acerca de la verdad puede asistir a la perspectiva política acerca de los derechos humanos, al concebirla como una alternativa hábil para proporcionar una justificación a la práctica de los derechos humanos, la cual denomina como “cuasifundacionalista”²⁵⁶. BUFACCHI intenta mostrar que la metafísica, aun negando la referencia al Derecho natural, tiene

²⁵³ RAZ, J., “Human Rights without...”, *op. cit.*, pp. 323-324.

²⁵⁴ RAZ, J., “Human Rights without...”, *op. cit.*, pp. 327-328.

²⁵⁵ Afirma textualmente este autor que “[los derechos humanos] carecen de fundamento pues no se fundamentan en una preocupación moral fundamental, sino que dependen de las contingencias del actual sistema de relaciones internacional”. *Vid.* RAZ, J., “Human Rights without...”, *op. cit.*, p. 326.

²⁵⁶ BUFACCHI, V., “Theoretical foundations for...”, *op. cit.*, p. 10.

cabida en sede de la teoría acerca de los derechos humanos. A su juicio, no es necesario que la teoría metafísica se inserte en principios y conceptos morales metafísicos, bastando con el examen de dos cuestiones, a saber: abordar la creencia acerca de la existencia de los derechos humanos, y determinar la naturaleza de la verdad que subyace a las convicciones acerca de los derechos humanos y las teorías acerca de la verdad referidas a los derechos humanos²⁵⁷.

Otra objeción antifundacionalista más radical ha acusado a las tesis fundacionalistas de caer en una regresión *ad infinitum*, al entender que un principio fundacional no puede ser justificado por nada más, es decir, no es justificable²⁵⁸. No obstante, esta acusación no solo afectaría a la doctrina acerca de los derechos humanos, sino a cualquier creencia que se tenga, de manera que, paradójicamente, tampoco las creencias antifundacionalistas estarán fundadas de manera sólida. En este sentido, LACLAU sostiene que la creencia no puede venir precedida por una respuesta, debiendo presuponerse ciertas creencias y valores que constituyen hechos contingentes e históricos. Así pues, la “universalidad” de los valores es una construcción precaria, pragmática e innecesaria²⁵⁹. Autores como LACLAU o RORTY opinan que no existen bases teóricas para los derechos humanos, sino tan solo prejuicios. No obstante, ambos creen que no hay razón para abandonar la lucha por las propias creencias, aunque tampoco existen razones fuertes en contrario²⁶⁰. Adicionalmente, se ha alegado en contra del fundacionalismo que no existe un método lógico para resolver las disputas de manera concluyente²⁶¹. Además, los conceptos fundacionales pueden ser culturalmente “relativos” y tener un significado sustancialmente inestable²⁶². El antifundacionalismo parte de la premisa de la “muerte de Dios” (*death of God*) al mismo tiempo que rechaza los “sustitutos de Dios” (*God-substitute*), es decir, la razón, la naturaleza, etc. Ante este panorama, se presentan tres alternativas: favorecer el fundacionalismo y derivar los derechos humanos a partir de Dios o un “sustituto de Dios”; aceptar el antifundacionalismo y entregar el concepto de derechos humanos a la pura contingencia; o buscar alguna alternativa. Con todo, la tesis antifundacionalista no rechaza la validez de la doctrina de los derechos humanos, sino tan solo aquella afirmación acerca de que su validez ostenta un fundamento más profundo que el de las creencias y los valores de los defensores de los derechos humanos²⁶³.

²⁵⁷ BUFACCHI, V., “Theoretical foundations for...”, *op. cit.*, p. 4.

²⁵⁸ *A contrario*, RAZ ha alegado que el hecho de que algo sea un “valor principal” (concepto equiparable al de “principio fundacional”) no quiere decir que no pueda justificarse, sino solo que su valor no puede derivarse de su contribución al logro de otra cosa. *Vid.* RAZ, J., *The morality of...*, *op. cit.*, *ibidem*.

²⁵⁹ LACLAU, E., *New Reflections on the Revolution of our Time*, Verso, London/New York, 1990, p. 83.

²⁶⁰ FREEMAN, M., “The Philosophical Foundations...”, *op. cit.*, p. 497.

²⁶¹ GALLIE, W.B., “Essentially Contested Concepts”, en *Proceedings of the Aristotelian Society, New Series*, vol. 56 (1955-1956), pp. 167-198.

²⁶² DONNELLY, J., *Universal Human Rights...*, *op. cit.*, pp. 109-124.

²⁶³ FREEMAN, M., “The Philosophical Foundations...”, *op. cit.*, p. 498.

Un argumento más contundente en contra del fundacionalismo ha señalado que la doctrina de los derechos humanos no es simplemente “contingente” o “relativa”, sino directamente falsa. RORTY objeta a los intentos de proporcionar un fundamento teórico a los derechos humanos que ningún fundamento puede ser “absoluto” u “objetivamente verdadero”. Para este autor, la “verdad” se basa en perspectivas, no existiendo una súperperspectiva que justifique una perspectiva sobre otra. Cualquier fundamento teórico supuesto por los derechos humanos sería relativo a una perspectiva y, por lo tanto, no “fundacional” en el sentido requerido²⁶⁴. RORTY, al igual que LACLAU, trata la creencia en los derechos humanos como un compromiso con las normas de conducta que se deriva de valores contingentes. MACINTYRE, por su parte, rechaza el propio concepto de derechos humanos y trata la creencia en estos como un error de tipo ontológico. No obstante, cree que resulta posible aportar razones que apoyen la causa a favor de los derechos humanos. En particular, MACINTYRE critica la defensa de los derechos humanos efectuada por DWORKIN, quien afirmó que la existencia de los derechos humanos no podía ser demostrada, pero a su vez reconoció que la imposibilidad de demostrar una declaración, no implica automáticamente su falsedad. MACINTYRE admite este argumento como válido, pero mantiene que también podría ser empleado para defender la existencia de los “unicornios” o las “brujas”²⁶⁵. Sin embargo, MACINTYRE habría confundido el argumento de DWORKIN²⁶⁶, pues este último no discutió acerca de la “existencia” de los derechos humanos, sino acerca de las posiciones jurídicas que las partes ostentan en “casos difíciles”²⁶⁷. Asimismo, la solución de DWORKIN a este problema no podría ser empleada para defender ideas absurdas como la existencia de seres imaginarios, pues DWORKIN propuso un modelo constructivista originado en las creencias acerca de la justicia que son defendidas en virtud de su consideración como correctas, y no solo porque hayan sido deducidas o inferidas de otras creencias²⁶⁸.

Además, DWORKIN ofreció dos modelos acerca de la técnica rawlsiana del “equilibrio reflexivo”: el modelo “natural”, en el que las teorías acerca de la justicia describen una realidad moral objetiva y no son creadas por el ser humano ni las sociedades, sino que son descubiertas por ellas; y el modelo “constructivista”, el cual considera las intuiciones referidas a la justicia como características estipuladas de una teoría general que ha de ser construida, si bien no asume que los principios de la justicia ostenten una existencia fija y objetiva, sino que admite la necesidad de establecer los juicios particulares en torno a los cuales se actúa en un programa de acción coherente. De este modo, el modelo constructivista de los

²⁶⁴ RORTY, R.M., *Contingency, Irony, and Solidarity*, Cambridge University Press, Cambridge/New York, 1989, p. 27 (vid. la versión en español: *Contingencia, ironía y solidaridad*, traducido por Alfredo Eduardo Sinnot, Paidós, Barcelona 1991).

²⁶⁵ MACINTYRE, A., *After Virtue...*, *op. cit.*, p. 70.

²⁶⁶ FREEMAN, M., “The Philosophical Foundations...”, *op. cit.*, p. 499.

²⁶⁷ DWORKIN, D., *Taking Rights Seriously*, *op. cit.*, p. 81.

²⁶⁸ DWORKIN, D., *Taking Rights Seriously*, *op. cit.*, p. 290.

derechos naturales no es metafísicamente ambicioso, sino que tan solo requiere la hipótesis de que el mejor programa político dentro del modelo considere la protección de determinadas elecciones individuales como fundamentales y no como subordinadas a un fin, un deber o a una combinación de ambos. En este modelo, el presupuesto acerca de que los derechos son naturales constituye una asunción que ha de examinarse en atención a su poder para cohesionar y explicar nuestras convicciones políticas²⁶⁹. Así, el argumento de DWORKIN, al igual que el de RORTY y LACLAU, se configura como una defensa no-fundacionalista de los derechos. DWORKIN derivó su defensa de los derechos de “nuestros” hábitos referidos a la reflexión y convicciones políticas, al tiempo que no proporcionó argumentos en contra del relativismo cultural, pues el mismo era relativista²⁷⁰. De este modo, los derechos dworkinianos no son naturales, sino contruidos.

La doctrina contemporánea acerca de los derechos humanos presenta una sorprendente paradoja: consiste en un conjunto bien establecido de estándares internacionales tanto morales como legales, pero no resulta posible proveer fundamentos teóricos al respecto. En la práctica, dicha doctrina es requerida, pero se encuentra teoréticamente infundada. En este sentido, las acciones para proteger a los derechos humanos constituyen acciones basadas en principios, pero estos carecen de un fundamento racional. Así, mientras que RORTY y LACLAU creen que, a pesar de que este problema es insoluble, no debería impedir la acción; a juicio de FREEMAN, la mayor objeción a las tesis antifundacionalistas consiste en que su teoría metaética, la cual se sitúa próxima al relativismo cultural, es la misma que la de quienes se oponen a los derechos humanos²⁷¹.

2.5.2. La teoría “deflacionaria” de los derechos humanos

En opinión de BUFACCHI, la alternativa a las “teorías sólidas” (*robust theories*) acerca de los derechos humanos se presenta como una teoría “deflacionaria”, en donde el concepto de “deflacionismo” no constituye una posición exacta, sino tan solo una tendencia genérica²⁷². El deflacionismo sugiere que no deberíamos preocuparnos de aquellas preguntas relativas a la naturaleza de la verdad, pues no posee naturaleza subyacente alguna. BUFACCHI defiende la adopción de una actitud deflacionaria en materia de derechos humanos, que negará la posibilidad de proveer una justificación de estos con base en fundamentos ontológicos. En este sentido, los derechos humanos no constituyen una propiedad, al menos no una propiedad esencial, pues no existe una “esencia subyacente” (*underlying essence*) esperando a ser descubierta o revelada a través del análisis filosófico²⁷³. Por

²⁶⁹ DWORKIN, D., *Taking Rights Seriously*, op. cit., pp. 176-177.

²⁷⁰ DWORKIN, D., *Taking Rights Seriously*, op. cit., p. 168.

²⁷¹ FREEMAN, M., “The Philosophical Foundations...”, op. cit., pp. 500-501.

²⁷² BUFACCHI, V., “Theoretical foundations for...”, op. cit., p. 6.

²⁷³ BUFACCHI, V., “Theoretical foundations for...”, op. cit., p. 7.

consiguiente, el argumento deflacionario es constructivista, pues alega que los derechos humanos han de ser contruidos o inventados y no descubiertos²⁷⁴.

En sede del deflacionismo es posible distinguir dos posiciones diferenciadas: una extrema y otra moderada. Según el deflacionismo extremo, la verdad no es un ingrediente de la realidad cuya esencia subyacente vaya a ser descubierta a través del análisis filosófico o científico²⁷⁵. Esta postura deflacionaria acerca de la verdad, junto con su variante: el “minimalismo”, constituye una reacción en contra de la idea naturalista ampliamente extendida acerca de que la propiedad de la verdad presenta algún tipo de naturaleza subyacente y que afirma que nuestra tarea consiste en establecer lo que esa naturaleza constituye para especificar las condiciones necesarias y suficientes para que algo sea verdad²⁷⁶.

Por lo que respecta al deflacionismo moderado, este simplemente critica aquellas tesis que realizan referencias inapropiadas a la “verdad”, cuando no es requerido o necesario, constituyendo una dimensión inadecuada para la evaluación de reclamaciones, argumentos o pruebas. En este sentido, Mark RICHARD ha afirmado que “de manera equivocada o inconveniente usamos la palabra “verdad” en casos en los que no deberíamos; [y] actuamos como si hubiera una única dimensión para la evaluación de todo nuestro discurso cuando, de hecho, no es así”²⁷⁷. A su juicio, la dependencia de la “verdad” ha hecho a la humanidad intelectualmente vaga, pues se acaba recurriendo a este concepto en todos los casos, incluso cuando resulta inadecuado. BUFACCHI, por su parte, alega que la verdad no debería ser la única medida de las cosas, pues existen muchos contextos en los que la verdad y la falsedad no constituyen dimensiones de evaluación apropiadas, siendo el discurso de los derechos humanos uno de estos contextos en los que la verdad no es aplicable. En este sentido, la postura deflacionaria respecto de los derechos humanos está fundamentalmente en desacuerdo con la afirmación de que los derechos humanos constituyen una verdad “autoevidente”, pues considera que estos no tienen nada que ver con la verdad, la autoevidencia ni nada por el estilo. Los autores deflacionarios en materia de derechos humanos opinan que estos son construcciones artificiales o convenciones que impulsan la

²⁷⁴ *A contrario*, como se recordará, GEWIRTH había asumido que la existencia de los derechos humanos dependía de la existencia de ciertas razones morales justificatorias, de manera que se trataría de una realidad que no ha de ser construida, sino descubierta. Además, que todavía no se haya descubierto nada no implica que no exista nada que descubrir. *Vid.* GEWIRTH, A., “The epistemology of...”, *op. cit.*, p. 4.

²⁷⁵ HORWICH, P., *Truth*, Blackwell, Oxford, 1990, p. 2.

²⁷⁶ El deflacionismo de HORWICH desprecia la verdad, rechazando el atractivo sustantivo de esta noción y limitando su propiedad a una cualidad meramente formal o lógica. *Vid.* HORWICH, P., “The Minimalist Conception of Truth”, en Blackburn, S., & Simmons, K. (eds.), *Truth*, Oxford University Press, Oxford, 1999, p. 239.

²⁷⁷ RICHARD, M., *When Truth Gives Out*, Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 6.

cooperación social. Por lo tanto, consideran que la verdad no está de parte ni en contra de los derechos humanos²⁷⁸.

Según una aproximación deflacionaria moderada, los derechos humanos son derechos artificiales, si bien lo artificial no es necesariamente inferior a lo natural²⁷⁹. Esta aproximación observa el constructivismo moral como la alternativa al paradigma establecido por el Derecho natural, al considerarlo como ampliamente aceptado tanto por la teoría moral como por la política. En el contexto de la ética normativa, el constructivismo sostiene que los principios insertos en el dominio normativo se justifican por haber superado un test procedimental. De manera similar, la teoría constructivista acerca de la justicia sugiere que lo que procede de un determinado tipo de situación o procedimiento es justo. También resulta posible ser constructivista acerca de los derechos humanos, ya sea a partir de un constructivismo kantiano, o desde un “constructivismo convencionalista” (*constructivist conventionalism*)²⁸⁰.

Siguiendo a HUME, Russell HARDIN ha afirmado que la verdad no es un término aplicable al pensamiento moral. De este modo, las afirmaciones morales tan solo constituyen expresiones de nuestras perspectivas o aprobaciones, no pruebas o inferencias a partir de la verdad del contenido de nuestras consideraciones²⁸¹. No obstante, ser humeano acerca de la moralidad no significa necesariamente dar la espalda a los derechos humanos, sino que tan solo requiere un reajuste del pensamiento moral. Según HUME, los derechos humanos subrayan la idea de su propia práctica. Sin embargo, esta aproximación es insatisfactoria en dos sentidos: por una parte, la aproximación política afirma ser una alternativa a la tesis derivada del Derecho natural, pero sigue necesitando fundamentos filosóficos o metafísicos; por otra, de manera estricta, las aproximaciones políticas acerca de los derechos humanos corren el riesgo de ser excesivamente estáticas o conservadoras. Con todo, BUFACCHI sugiere que una explicación deflacionaria en materia de derechos humanos puede proporcionar una solución acerca de ambas objeciones²⁸².

El propio BUFACCHI reconoce de manera expresa que su interpretación acerca del convencionalismo se sitúa próxima a la tesis del filósofo de origen canadiense David P. GAUTHIER, quien define una convención como una “uniformidad” (*regularity*) R referida al comportamiento o conducta de las “personas” P, en determinadas “situaciones” S. El hecho de que la mayoría de estas personas acepten R en S constituye un “saber popular” (*common knowledge*) (entre P) y la

²⁷⁸ BUFACCHI, V., “Theoretical foundations for...”, *op. cit.*, p. 8.

²⁷⁹ Como ya habían afirmado autores como HOBBS y HUME.

²⁸⁰ BUFACCHI, V., “Theoretical foundations for...”, *op. cit.*, p. 11.

²⁸¹ HARDIN, R., *David Hume: Moral and Political Theorist*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 28.

²⁸² BUFACCHI, V., “Theoretical foundations for...”, *op. cit.*, pp. 11-12.

mayoría de personas esperan que la mayoría del resto de personas acepten R en S²⁸³. De esta definición, BUFACCHI extrae dos aspectos relevantes: una dimensión epistemológica, es decir, constituye un saber popular que la gente acepta una “uniformidad de comportamiento” (*regularity of behaviour*); y una dimensión prudencial, que expresa que la mayoría de gente espera que el resto de personas acepte mayoritariamente dicha uniformidad de comportamiento. Al trasladar este esquema a los derechos humanos, estos no serán definidos en función de su verdad, sino mediante la convención generalmente reconocida y aceptada respecto de su práctica. Dicha práctica provoca homogeneidad en el comportamiento de las personas en determinadas circunstancias, siendo aceptada porque constituye un saber popular que, en determinadas situaciones, la mayoría de las personas lo hacen, y que la mayoría de personas espera que la mayoría del resto de personas también la acepte. Según BUFACCHI, los seres humanos hemos alcanzado un nivel de coordinación en el cual la creencia en los derechos humanos se ha convertido en un saber popular y, generalmente, se espera que sea aceptada. En este contexto, el papel que juega la convención es crucial, pues esta se desarrolla con base en interacciones reiteradas. La práctica política de los derechos humanos también resulta vital, pues crea una coordinación y establece derechos humanos como una estructura social legítima. En este sentido, BUFACCHI afirma que los derechos humanos pueden ser considerados como otro conjunto de reglas que obtiene legitimidad, aporta estabilidad y emerge de la práctica interactuada. Si se acepta lo anterior, entonces el convencionalismo podrá proporcionar una “cuasifundamentación” a los derechos humanos. BUFACCHI coincide con BEITZ en que la práctica constituye la fuente material para la construcción de una concepción de los derechos humanos, si bien también reivindica la necesidad de proveer una explicación acerca de la justificación de dicha práctica, pues esta solo estará justificada cuando sea considerada y reconocida como una convención aceptada²⁸⁴.

La aproximación convencionalista de los derechos humanos es habitualmente acusada de conservadora. Sin embargo, BUFACCHI responde a esta objeción alegando que, dado que las convenciones cambian y que la explicación convencionalista no está vinculada a una verdad, los derechos humanos se presentan como fundamentalmente evolutivos y no-estáticos. Además, considera que los beneficios de dicha aproximación pueden favorecer tanto allí donde los derechos humanos ya están establecidos, como en donde no lo están. Así, allí en donde la práctica de los derechos humanos esté implantada y sea generalmente aceptada, el convencionalismo facilitará el avance de nuevos derechos humanos, pues su validez y justificación se reduce a la habilidad para construir una nueva

²⁸³ GAUTHIER, D., “David Hume, Contractarian”, *The Philosophical Review* 88(1), 1979, pp. 5-6.

²⁸⁴ BUFACCHI, V., “Theoretical foundations for...”, *op. cit.*, p. 12.

convención con base en la creencia de que la gente acepta una uniformidad de comportamiento²⁸⁵.

2.5.3. Los derechos humanos y la metafísica de la verdad

Tanto la naturaleza como la justificación de los derechos humanos constituyen cuestiones polémicas acerca de las cuales todavía no se ha alcanzado un consenso estable. Sin embargo, tal y como ha sido adelantado, resulta posible reconducir las diversas propuestas disponibles a dos aproximaciones generales. La primera de ellas es la denominada “tesis tradicional” basada en una perspectiva ética e independiente de la práctica²⁸⁶. La segunda aproximación concibe a los derechos humanos como un concepto político²⁸⁷. No obstante, también se ha propuesto una aproximación metafísica diferente de las bases teóricas de los derechos humanos, la cual proporciona una concepción política de los derechos humanos, al mismo tiempo que explora la relación existente entre los derechos humanos y la verdad²⁸⁸. A partir de este planteamiento, BUFACCHI propone establecer paralelismos entre las teorías acerca de los derechos y las teorías acerca de la verdad, en un intento por combatir el creciente antifundacionalismo presente en el ámbito de la filosofía moral y política²⁸⁹.

Un sector de la filosofía contemporánea parece incomodarse ante las justificaciones de los derechos humanos basadas en su “autoevidencia” (*self-evidence*), aunque todavía subsiste el pensamiento bastante extendido de que la noción de derechos humanos recoge una verdad fundamental, o que la verdad está de parte de los derechos humanos. En este sentido, la teoría del Derecho natural ha sido y, de algún modo, sigue siendo la aproximación dominante respecto de los derechos humanos. En el núcleo de esta tesis reside una perspectiva normativa del estatus del ser humano en cuanto a tal, la cual pretende reflejar una verdad objetiva. La relación entre los derechos humanos, los derechos naturales y la verdad es compleja, si bien existen dos maneras de interpretar este vínculo. Una vía más rudimentaria sugiere que el concepto de derechos humanos se oculta tras una idea de persona vinculada a una verdad objetiva que trasciende a la

²⁸⁵ BUFACCHI, V., “Theoretical foundations for...”, *op. cit.*, p. 13.

²⁸⁶ Entre los autores que siguen esta línea destacan Allen BUCHANAN (*vid. Human rights, legitimacy, and the use of force*, Oxford University Press, Oxford, 2010); A. GEWIRTH (*vid. “The Epistemology of...”*, *op. cit.*); James GRIFFIN (*vid. On Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2008); y John TASIOLAS (*vid. “Are Human Rights Essentially Triggers for Intervention?”*, *Philosophy Compass* 4(6), 2009, pp. 938-950).

²⁸⁷ Algunos autores que suscriben esta segunda vía son BEITZ (*vid. The Idea of Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2009); J. RAWLS (*vid. The Law of Peoples*, Harvard University Press, Cambridge, 1999); o J. RAZ (*vid. “Human Rights without...”*, *op. cit.*, pp. 321-338).

²⁸⁸ BUFACCHI, V., “Theoretical foundations for...”, *op. cit.*, p. 1.

²⁸⁹ BUFACCHI, V., “The truth about...”, *op. cit.*, p. 311.

humanidad misma²⁹⁰. Otra vía, más sofisticada, alega que los derechos humanos deberían ser fundamentados con base en una teoría de la personalidad, más concretamente en la “agencia normativa” (*normative agency*), entendida como la “capacidad humana para elegir y perseguir la concepción propia de la vida buena”²⁹¹.

Sin embargo, tras todas las teorías filosóficas entorno a los derechos humanos se escondería una “teoría sólida” acerca de la verdad²⁹². Un paso clave presente en algunos argumentos metafísicos, como en el propuesto por GRIFFIN, consiste en que los seres humanos, en tanto que agentes normativos, poseen intereses no-biológicos y “logros” (*accomplishments*) que no son meramente subjetivos, sino que poseen una naturaleza objetiva y proporcionan significado a la vida²⁹³. GRIFFIN justifica la objetividad de los intereses básicos del ser humano en la construcción de logros generales o metas compartidas por “cualquier ser humano normal”²⁹⁴. Según este autor, los seres humanos reflexionan sobre elementos clave compartidos, referidos a la experiencia humana y convergen en ciertas creencias, existiendo una relación entre aquello que hace a algo “objetivamente valioso” (*objectively valuable*) y una determinada perspectiva acerca de los hechos naturales, especialmente la metafísica de la verdad. De este modo, el ser humano puede evaluar afirmaciones sobre los intereses humanos como cuestiones de hecho naturales, las cuales poseerían valor de verdad²⁹⁵. Así pues, tras una teoría de los derechos humanos basada en una perspectiva metafísica siempre se encuentra una teoría acerca de la verdad. Estas teorías sólidas se caracterizan por presuponer que la creencia en los derechos humanos es similar a la creencia en la verdad, y que la verdad presenta propiedades fácticas objetivas. En la tesis de GRIFFIN, lo que es evaluativo puede también ser objetivo y fáctico, de manera que pretende recuperar la tradicional concepción de los derechos humanos como fundados en la naturaleza humana²⁹⁶.

El principal problema de las “teorías sólidas de la verdad” (*robust theories of truth*) reside en que “la verdad” no puede realizar la función de justificar, pues alegar que una determinada afirmación es cierta no añade nada a la afirmación inicial. Así pues, no hay nada detrás de una afirmación de los derechos humanos que la convierta en verdad. Del mismo modo que resulta problemático asumir que la verdad constituya una propiedad esencial definida por una naturaleza subyacente, tampoco los derechos humanos constituyen una propiedad genuina. Si

²⁹⁰ MADIGAN, J. H., *Truth, Politics, and Universal Human Rights*, Palgrave Macmillan, Houndmills, 2007.

²⁹¹ GRIFFIN, J., *On Human Rights*, *op. cit.*, p. 45. En una línea similar se sitúa el argumento de GEWIRTH, *vid. “The epistemology of...”*, *op. cit.*

²⁹² BUFACCHI, V., “Theoretical foundations for...”, *op. cit.*, p. 5.

²⁹³ GRIFFIN, J., *On Human Rights*, *op. cit.*, p. 118.

²⁹⁴ GRIFFIN, J., *On Human Rights*, *op. cit.*, p. 115.

²⁹⁵ GRIFFIN, J., *On Human Rights*, *op. cit.*, p. 122.

²⁹⁶ GRIFFIN, J., *On Human Rights*, *op. cit.*, pp. 36-37.

se acepta lo anterior, entonces la manera “sólida” de razonar sobre los derechos humanos podría considerarse intrínsecamente imperfecta, por lo que debería reconsiderarse. BUFACCHI se cuestiona si la pregunta relativa a cuál sea la naturaleza de los derechos humanos constituye la pregunta apropiada, pues se basa en la idea de que los derechos humanos poseen una naturaleza que ha de ser descubierta. Sin embargo, se plantea que quizá estos derechos no posean ninguna naturaleza subyacente. Como ya se ha adelantado, este autor defiende una teoría de los derechos humanos basada en una “verdad deflacionaria” (*deflationary truth*), la cual sugiere prestar atención a qué tipo de verdad subyace a la presunta validez de los derechos humanos, pues considera que centrarse en nociones de verdad en vez de en la naturaleza humana, podría proporcionar una alternativa a la metafísica del Derecho natural. De esta manera, se obtendrían concepciones políticas acerca de los derechos humanos con base en un fundamento metafísico, pero con la ventaja de evitar justificaciones que son potencialmente controvertidas o especulativas²⁹⁷.

2.5.3.1. Interés y “hechos correspondientes”

Continuando con la propuesta de BUFACCHI, este afirma que la teoría del interés acerca de los derechos se corresponde con la denominada “teoría de la correspondencia acerca de la verdad” (*the correspondence theory of truth*). Como se recordará, la teoría del interés señala que se poseen derechos en tanto que se ostenten determinados intereses básicos necesitados de protección y promoción. Existen múltiples variantes de la teoría del interés, pero en la práctica cualquier doctrina clasificable como tal suscribirá los principios enumerados por Matthew H. KRAMER²⁹⁸. El primero de estos principios establece que el derecho, cuando es real, preserva uno o más intereses de X, lo cual constituye una razón necesaria pero insuficiente, pues no todos los intereses merecen ser protegidos o promovidos, sino que solo la categoría de los “intereses básicos” (*basic interests*) informa la teoría del interés acerca de los derechos. El segundo principio afirma que el hecho de que X sea competente y esté autorizado para demandar o renunciar a la aplicación del derecho no es ni suficiente ni necesario para que X esté dotado del derecho²⁹⁹.

Con todo, entre quienes suscriben la teoría del interés acerca de los derechos subsisten discrepancias respecto de una serie de cuestiones relativas a la naturaleza de los derechos o la correspondencia entre la naturaleza de los derechos y la naturaleza de la verdad. La idea de “verdad” puede ser analizada en

²⁹⁷ BUFACCHI, V., “Theoretical foundations for...”, *op. cit.*, p. 6.

²⁹⁸ KRAMER, M., “Rights without trimmings”, en Kramer, M.H. et al. (eds.), *A debate over rights*, Oxford University Press, Oxford, 2000, p. 62.

²⁹⁹ En este sentido, por ejemplo, resulta necesario que los intereses y el bienestar de los niños o de los incapaces sean protegidos y promovidos, incluso (especialmente) si son efectiva y legalmente incompetentes para escoger entre ejercitar o renunciar a sus demandas frente a otros.

términos de relaciones entre el “portador de la verdad” (*truth-bearer*) y el “productor de la verdad” (*truth-maker*). El portador de la verdad es algo a lo que se le puede atribuir el predicado de “verdadero” (“algo es verdadero”). El productor de la verdad es algo que hace verdadero a lo primero, esto es, “algo hace a otra cosa ser verdadera”. Los portadores de la verdad están relacionados con los productores de la verdad de una manera específica, lo cual es capturado por la correspondencia entre los pensamientos y la realidad. En su forma más básica, la teoría de la correspondencia acerca de la verdad puede ser expresada como: “X es verdad si y solo si X se corresponde con los hechos”³⁰⁰. De este modo, lo verdadero equivale a lo fácticamente real. Esta teoría refleja una concepción realista en tanto que el productor de la verdad es distinto de nuestros juicios y creencias, asumiendo con ello la existencia de un mundo independiente de los pensamientos humanos. Es precisamente este compromiso con la realidad lo que resulta intuitivamente más atractivo de esta teoría y lo que, a su vez, la hace más problemática. El atractivo proviene de la objetividad de los hechos en tanto que independientes de los pensamientos que apoyan nuestras posiciones, juicios y creencias, evitando así el subjetivismo y el nihilismo. Sin embargo, la variada naturaleza de estos hechos continúa siendo imprecisa, pues cualquier intento de definirlos de manera independiente a las afirmaciones verdaderas corre el riesgo de caer en una regresión al infinito. La teoría del interés acerca de los derechos comparte con la teoría de la correspondencia acerca de la verdad un compromiso con el realismo. De hecho, la correlación entre ambas teorías reside en la coincidencia de sus perspectivas realistas. De este modo, el “portador del derecho” (*right-bearer*) se convierte en el “portador de la verdad”, mientras que el concepto del “interés” se convierte en el “productor de la verdad”, esto es, el hecho de que la gente tenga un interés básico respalda sus derechos.

En la teoría del interés acerca de los derechos, la categoría de “interés” es considerada como un criterio objetivo, del mismo modo que, en la teoría de la correspondencia acerca de la verdad los “hechos” son considerados entidades objetivas. No obstante, estas dos teorías no poseen una relación exclusiva, pues existen al menos otras dos teorías acerca de los derechos que pueden vincularse con la teoría de la correspondencia acerca de la verdad, a saber, la teoría utilitarista acerca de los derechos³⁰¹ y las teorías de los derechos naturales³⁰². El concepto de interés está íntimamente relacionado con el concepto de “bienestar”, llegando incluso en ocasiones a ser empleados como sinónimos³⁰³, en tanto que nuestro interés más básico consiste en promover nuestro bienestar. En este

³⁰⁰ BUFACCHI, V., “The truth about...”, *op. cit.*, p. 314.

³⁰¹ HARE, R., *Moral Thinking*, Oxford University Press, Oxford, 1981.

³⁰² FINNIS, J., *Natural Law and...*, *op. cit.*

³⁰³ En este sentido, *vid.* RAZ, J., *The morality of...*, *op. cit.*, p. 345, en donde este autor expresamente emplea como sinónimos los conceptos “self-interest” y “well-being”. Asimismo, *vid.* RAZ, J., *Ethics in the Public Domain*, Oxford University Press, Oxford, 1994, p. 48 (versión en español: *La ética en el ámbito público*, traducción de María Luz Melón, Gedisa, 2001).

sentido, RAZ define “bienestar” en términos de persecución sincera y fructífera de actividades valiosas, en la cual la “actividad” es la clave del bienestar: “se trata de una explicación objetivista del bienestar, pero incluye un fuerte componente subjetivista”³⁰⁴. Esta explicación objetivista del bienestar informa la teoría del interés acerca de los derechos de RAZ, quien afirma que “el interés de una persona se entenderá que significa aquello que es bueno para ella, es decir, aquello que hace su vida intrínsecamente mejor”³⁰⁵. Así pues, esta noción de bienestar consiste en la búsqueda fructuosa; el compromiso con resultados valiosos, actividades y relaciones; y la abstención de aquellos factores que impidan su consecución. Una vez comprendida la noción de bienestar individual de este modo, resultará posible eliminar la restricción y afirmar que los derechos son siempre aquello que constituye un interés del poseedor del derecho. Según la teoría del interés acerca de los derechos, las categorías de “interés” y de “bienestar” son objetivas, de la misma manera que las teorías sustantivas del bienestar reconocen ciertas cosas como intrínsecamente buenas, en el sentido de que lo que es bueno para la gente no está determinado por lo que la gente cree que es bueno para ellos³⁰⁶. Los conceptos de “bienestar” e “intereses” independizados de los gustos y preferencias personales se alzan ante los portadores de los derechos del mismo modo que los “hechos” se alzan ante los portadores de la verdad. Así, la teoría del interés asume que el interés constituye una categoría objetiva independiente respecto de nuestras preferencias; de manera similar, en la teoría de la correspondencia acerca de la verdad los hechos son independientes de nuestros pensamientos. En esta línea, DWORKIN parece haber defendido una teoría del interés al mismo tiempo que suscribió una forma de realismo, relacionando la teoría del interés de los derechos con la teoría de la correspondencia acerca de la verdad³⁰⁷.

2.5.3.2. Elección, voluntad y coherencia

La “teoría de la elección” (*choice conception of rights*), también denominada “teoría de la voluntad” (*will theory of rights*), mantiene que el titular posee la libertad para realizar elecciones referidas a sus derechos³⁰⁸. Según esta aproximación, la razón por la cual se conceden posiciones jurídicas subjetivas no es necesariamente porque sea su interés tener libertad para elegir. Tales intereses no justifican los derechos, sino que tener derechos implica tener el control sobre la situación de uno mismo y situarse en una posición que permita realizar una

³⁰⁴ RAZ, J., *Ethics in the ...*, op. cit., p. 46.

³⁰⁵ *Idem*.

³⁰⁶ HAUSMAN, D.M. & MCPHERSON, M., *Economic Analysis and Moral Philosophy*, Cambridge University Press, Cambridge, 1996, p. 81.

³⁰⁷ DWORKIN, R., “Objectivity and Truth: You’d Better Believe It”, *Philosophy and Public Affairs* 25(2), 1996, pp. 87-139.

³⁰⁸ Además de la ya mencionada tesis de la voluntad articulada por el jurista alemán de finales del siglo XIX Bernard WINDSCHEID, por lo que respecta al Derecho continental. En la tradición del Common Law, constituyen célebres ejemplos de la denominada “choice conception of rights” las propuestas de autores como BENTHAM o HART.

elección acerca del cumplimiento del deber de otra persona. Así pues, alguien tiene un derecho cuando y solo cuando otra persona tiene un deber, pudiendo el poseedor del derecho liberar a la otra persona de su deber, es decir, cuando el titular es capaz de disponer de su derecho, lo cual conecta esta cuestión con el debate sobre la alienabilidad de los derechos.

Al igual que ocurre con la tesis del interés, existen numerosas variantes referidas a la teoría de la elección, si bien la mayoría suscriben los principios enunciados por KRAMER. Así, para que “X posea un derecho”, es suficiente y necesario que “X sea competente y esté autorizado a demandar o renunciar el cumplimiento del derecho”. En segundo lugar, “la posesión de un derecho por X no necesariamente implica la protección de uno o varios intereses de X”. Por último, “la virtualidad de un derecho para proteger uno o varios intereses de X no es en sí mismo suficiente para justifica la efectiva posesión del derecho”³⁰⁹.

La teoría de la elección maneja principalmente dos tipos de derechos diferentes, aunque relacionados. Por una parte, el derecho de propiedad sobre uno mismo, orientado a la protección de un espacio básico libre de interferencias externas. En este sentido, los derechos cumplen la función de limitar dominios de libertad, es decir, equivalen a “asignaciones normativas de libertad”³¹⁰. Además, ese derecho de la propiedad sobre uno mismo garantizado por la libertad incluye la libertad de participar en acuerdos con todas las consecuencias que ello conlleva, es decir, la adquisición de ciertos derechos y deberes recíprocos *vis-à-vis*. Estos derechos contractuales constituyen el segundo tipo de derechos referido por las teorías de la elección, de hecho, constituyen la mayoría de posiciones jurídicas existentes en los ordenamientos jurídicos legitimados mediante consentimiento o pacto. No obstante, tales derechos contractuales exigen el cumplimiento de ciertas condiciones, fundamentalmente: voluntariedad, información y capacidad.

La teoría de la elección acerca de los derechos afirma que estos son ostentados en tanto que se tenga poder para reclamar o renunciar la ejecución del acuerdo. Los derechos contractuales no están basados en un criterio objetivo acerca del interés o del bienestar, sino que se asientan en las acciones de otras personas en virtud de la institución social del acuerdo o pacto voluntario. A juicio de BUFACCHI, esta teoría basada en la elección o voluntad no considera una posición moral realista y no se encuentra conectada con la teoría de la correspondencia, sino con la “teoría de la coherencia acerca de la verdad” (*the coherence theory of truth*). Mientras que la teoría de la correspondencia acerca de la verdad se fundamenta en una relación particular entre el portador de la verdad y el productor de la verdad; por el contrario, la teoría de la coherencia acerca de la

³⁰⁹ KRAMER, M., “Rights without trimmings”, *op. cit.*, *ibidem*.

³¹⁰ STEINER, H., “Working Rights”, en Kramer, M.H, et al. (ed.), *A Debate Over Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2000, p. 238.

verdad explica la verdad de una posición exclusivamente en los términos de la relación entre los portadores de la verdad³¹¹. En este sentido, el filósofo francés Pascal ENGEL ha afirmado que “un pensamiento, una creencia o una afirmación es verdadera, si y solo si, se inserta adecuadamente en un conjunto coherente de proposiciones, creencias o afirmaciones”³¹², de manera que la idea sobre los productores de la verdad como previos e independientes respecto de los portadores de la verdad se desvanece. Así pues, la teoría de la coherencia acerca de la verdad podría expresarse a través del enunciado: “X es verdad, si y solo si, X se inserta en un conjunto coherente S”³¹³.

Existe una tendencia a equiparar la teoría de la correspondencia acerca de la verdad con una defensa de la objetividad y la teoría de la coherencia acerca de la verdad con la subjetividad, pero esta equiparación es simplemente incorrecta, pues también la teoría de la coherencia acerca de la verdad defiende la objetividad y rechaza la subjetividad, aunque lo hace de una manera diferente. La teoría de la correspondencia suscribe una aproximación centralista, mientras que la teoría de la coherencia respalda un no-centralismo. La diferencia concluyente entre centralismo y no-centralismo versa sobre la prioridad e independencia de lo general. Así, mientras el centralismo toma los conceptos generales evaluativos proveedores de razón como previos e independientes respecto de conceptos familiares específicos; el no-centralismo rechaza esta reclamación de prioridad e independencia y, como resultado, ha de proporcionar una explicación de las relaciones conceptuales entre conceptos familiares proveedores de razón y los conceptos generales³¹⁴.

Por lo demás, la teoría de la coherencia acerca de la verdad presenta dos problemas, pues la noción de coherencia es un poco ambigua y resulta confuso saber con qué ha de ser coherente una proposición verdadera. De acuerdo con la teoría de la coherencia, una afirmación es verdadera no porque se corresponda con algún hecho externo objetivo, sino porque es coherente con un sistema de creencias. De este modo, la coherencia es perseguida en la relación entre los portadores de la verdad y no respecto de sus proveedores. Del mismo modo, la concepción de la elección acerca de los derechos se basa en la relación entre los portadores de la verdad. De este modo, debe existir coherencia entre el conjunto de creencias del portador de la verdad que se somete a un acuerdo, así como respecto del conjunto de creencias entre el portador de la verdad y todos aquellos deudores del portador del derecho. En la teoría de la elección, la relación entre las partes contratantes se asemeja a la relación entre los portadores de la verdad en la teoría de la coherencia acerca de la verdad. Las partes contratantes son portadoras

³¹¹ BUFACCHI, V., “The truth about...”, *op. cit.*, pp. 316-317.

³¹² ENGEL, P., *Truth*, Acumen Publishing Limited, Chesham, 2002, p. 26.

³¹³ BUFACCHI, V., “The truth about...”, *op. cit.*, p. 317.

³¹⁴ HURLEY, S., *Natural Reasons*, *op. cit.*, pp. 13-14.

de la verdad y sus derechos y deberes son el resultado del modo en el cual el conjunto de creencias de uno es coherente con el conjunto de creencias de los demás portadores de la verdad³¹⁵.

2.5.3.3. Derechos, verdad y pragmatismo

Tanto la teoría de la correspondencia como la de la coherencia proporcionan una explicación de la verdad mediante la pretensión de responder a la pregunta de “qué es verdad”. Sin embargo, otro modo de abordar esta cuestión sustituye aquella pregunta por la de “por qué es verdad”. Esta tercera aproximación es conocida como el “enfoque pragmático acerca de la verdad” (*the pragmatist approach of truth*). Según Cheryl MISAK, una proposición es verdad si es “la mejor creencia para la comunidad de ‘investigadores’ (*community of inquirers*)”³¹⁶, equivaliendo aquí “mejor” a aquello que conecta de manera más adecuada con la evidencia y la discusión. Simplificando lo anterior, podría afirmarse que “X es verdad, si y solo si, X es la mejor creencia que podemos ofrecer”. Esta formulación propuesta por la profesora canadiense respecto del pragmatismo sugiere que una creencia verdadera es aquella en la cual la investigación no podría progresar, esto es, una creencia que siempre cumpliría las demandas de la razón, el argumento y la prueba. Así pues, constituiría un error asociar la idea de “la creencia que sería mejor para la comunidad de investigadores” con “la creencia que sería más útil para ellos”, pues “lo mejor” no necesariamente equivale a “lo más útil”.

Sin embargo, resulta posible observar una conexión entre la verdad y la actividad práctica de la investigación. Lo que es mejor para la comunidad de investigadores constituye lo mejor que la investigación puede proporcionar y, en la esfera pública, esta actividad práctica relativa a la investigación toma la forma de la deliberación, el acuerdo, el debate y la reflexión³¹⁷. Entendido en este sentido, el pragmatismo permite resolver muchos de los problemas que acechan a las teorías acerca de los derechos. BUFACCHI señala que la aproximación pragmática acerca de la verdad se corresponde con una teoría específica acerca de los derechos que denomina como la “teoría pragmática acerca de los derechos” (*the pragmatist theory of rights*). Esta teoría pragmática suscribiría dos principios: el primero establece que, para la posesión real de un derecho por parte de una persona X, es necesario y suficiente que el derecho pertenezca a un conjunto de derechos en los que es mejor que la comunidad de investigadores crea y actúe en consecuencia; el segundo principio establece que la comunidad de investigadores acerca de los derechos coincide con la comunidad política, deliberando, acordando, debatiendo y reflexionando sobre su evidencia y experiencia³¹⁸.

³¹⁵ BUFACCHI, V., “The truth about...”, *op. cit., ibidem*.

³¹⁶ MISAK, C., *Truth, Politics, Morality: Pragmatism and Deliberation*, Routledge, London, 2000, p. 1.

³¹⁷ MISAK, C., *Truth*, *op. cit.*, pp. 54-55.

³¹⁸ BUFACCHI, V., “The truth about...”, *op. cit.*, p. 319.

Según BUFACCHI, una de las ventajas más destacables de la teoría pragmática sobre las teorías del interés y de la elección es que la primera evita el estancamiento en las cuestiones metafísicas al disociarse de las teorías sólidas acerca de la verdad. De este modo, en términos rawlsianos, el lema pragmatista declara que “los derechos son políticos, no metafísicos”³¹⁹. Sin embargo, la relación entre pragmatismo y fundacionalismo es compleja y se encuentra abierta a multitud de interpretaciones. Los pragmatistas no parecen estar comprometidos con el descubrimiento de fundamentos estables de conocimiento, si bien el pragmatismo tampoco es antifundacionalista, sino que propone una vía al margen de la dicotomía existente entre el fundacionalismo y el antifundacionalismo. Esta tercera vía del pragmatismo es denominada por BUFACCHI como “cuasifundacionalismo”, quien reconoce que el término se inspira de forma directa en el concepto de “cuasirealismo” enunciado por el filósofo británico Simon BLACKBURN. BUFACCHI asegura que tanto el “cuasirealismo” como el “cuasifundacionalismo” capturan posiciones éticas, consistiendo la única diferencia en que, mientras que BLACKBURN se muestra generalmente más interesado en cuestiones metaéticas, el “cuasifundacionalismo” está específicamente interesado solo en los derechos humanos. Además, el cuasirealismo y el cuasifundacionalismo aceptan, respectivamente, el antirealismo y el antifundacionalismo como sus puntos de partida, pero rechazan el relativismo en favor de una posición que, para todos los significados y propósitos, emula una posición realista o fundacionalista. Según BLACKBURN, “una persona es ‘cuasirealista’ cuando es progresivamente capaz de imitar las prácticas intelectuales supuestamente definitivas del realismo”³²⁰. Para BUFACCHI, por su parte, “es ‘cuasifundacionalista’ quien, a partir de una posición antifundacionalista, es progresivamente capaz de imitar las prácticas intelectuales supuestamente definitivas del fundacionalismo”³²¹.

A la cuestión de por qué partir del antifundacionalismo, BUFACCHI responde porque los antifundacionalistas afirman que no es posible realizar una defensa de los derechos humanos basada en la existencia de diferentes estados de cosas correspondientes con las diversas creencias humanas. Para BLACKBURN, no existe ninguna razón por la cual no podamos continuar comportándonos como si existieran tales hechos. De la aceptación de que el mundo no es independiente del ser humano y los derechos humanos constituyen una construcción humana, no se deriva que las verdades morales no existan, sino que lo harán del mismo modo que los derechos humanos lo hacen, siendo posible acusar de erróneo el rechazo de los mismos. La clave parece residir en la distinción entre “VERDAD” y “verdad”. Para BLACKBURN, la “VERDAD” constituye “una propiedad ‘sólida’ identificable y perteneciente, por ejemplo, a las descripciones físicas o científicas del mundo”; mientras que “verdad” representa una teoría de la verdad más deflacionaria, la

³¹⁹ BUFACCHI, V., “The truth about...”, *op. cit.*, p. 321.

³²⁰ BLACKBURN, S., *Essays in Quasi-Realism*, Oxford University Press, Oxford, 1993, p. 15.

³²¹ BUFACCHI, V., “The truth about...”, *op. cit.*, *ibidem*.

cual “simplemente reconoce que en muchos ámbitos señalamos nuestros propios compromisos y nuestras aprobaciones respecto de las de los demás”³²². Esta distinción entre “VERDAD” y “verdad” resulta relevante en términos de derechos humanos. La perspectiva de BLACKBURN acerca de la “verdad” (pero no de la “VERDAD”) de los derechos humanos está completamente amparada por el cuasifundacionalismo. Del mismo modo que el cuasirealismo, el cuasifundacionalismo también acepta el antifundacionalismo como su punto de partida, en tanto que los derechos humanos no poseen el tipo de propiedades sólidas que serían de esperar en el mundo de lo físico, si bien los derechos humanos se ostentan como si estos fueran entidades reales procedentes de su verdadera creencia, su validez y su autoridad. Sin embargo, el cuasifundacionalismo se aleja del cuasirealismo de BLACKBURN respecto del papel que juega el pragmatismo, en tanto que el profesor británico se muestra reacio a aceptarlo³²³.

Por lo demás, la idea de pragmatismo como una tercera vía encuentra como aliados las tesis de Jeffrey STOUT y MISAK. STOUT observa el pragmatismo como el rechazo de una explicación objetivista tanto de una objetividad moral como de una subjetividad moral. En este sentido, afirma que “el pragmatismo (...), como una tercera vía (...), ofrece una teoría social de la objetividad moral, según la cual tanto las normas éticas objetivas como la subjetividad de aquellos que las aplican son posibles en parte por las interacciones sociales entre individuos”³²⁴. STOUT pretende defender la idea de normas éticas entendidas como productos de la práctica social, descansando la esencia de dicha práctica social en el discurso, la deliberación y el acuerdo compartidos, sin degenerar en convencionalismo o la tiranía de la mayoría. MISAK, por su parte, parece promover su propia idea de pragmatismo, aunque en líneas similares. A su juicio, el pragmatismo ha de ser entendido como derivado de un movimiento antifundacionalista inicial, pero capaz de demostrar que nuestros juicios, teorías y principios son objetivamente justificados y, por lo tanto, posiblemente verdaderos³²⁵. En definitiva, MISAK intenta mostrar “una visión acerca de la verdad y la objetividad que debilita la habitual dicotomía del ‘todo-o-nada’, la cual nos proporciona todo lo que podríamos razonablemente querer”³²⁶.

³²² BLACKBURN, S., *Ruling Passions*, Oxford University Press, Oxford, 1998, p. 318.

³²³ BUFACCHI, V., “The truth about...”, *op. cit.*, p. 322.

³²⁴ STOUT, J., *Democracy and Tradition*, Princeton University Press, Princeton, 2004, p. 274.

³²⁵ En este sentido, MISAK afirma que “la verdad no está a merced de los caprichos de los individuos, (...) tampoco constituye una cuestión relativa a la comprensión correcta del mundo creyente-independiente (*believer-independent world*). Presenta (...) suficientes rasgos de lo objetivo para merecer esa categoría”. *Vid.* MISAK, C., *Truth*, *op. cit.*, p. 2.

³²⁶ *Idem*.

2.6. La tesis de las necesidades

2.6.1. El concepto de “necesidades”

Con frecuencia, el término “necesidad” es empleado con un significado instrumental, es decir como “algo necesario para algo”, lo cual puede asimismo expresarse como: “P necesita X para Y”. En otras ocasiones, sin embargo, se le otorga un significado categórico, no requiriendo el suplemento “para Y”. Otra posible clasificación contrapone las “necesidades básicas o fundamentales” a las referidas “necesidades instrumentales”. Así pues, mientras que las necesidades instrumentales constituyen medios para alcanzar preferencias individuales; las necesidades básicas o fundamentales no dependen de los propósitos u objetivos de los sujetos, sino que en ellas lo esencial es el propio significado de “necesidad”³²⁷. El significado instrumental de “necesidad” establece que “algo” (X) es una condición necesaria “para algo” (Y), de manera que el concepto de necesidad se presenta como relativamente determinado, del mismo modo que la propia idea de instrumentalidad. Sin embargo, la especificación del término Y (para algo) se presenta como completamente indeterminada, pues la idea de que una cosa sea necesaria para otra no interpone ningún límite en ella. Además, el significado categórico de necesidad se presenta como mucho más reducido. En este sentido, Jeremy WALDRON ha afirmado la equivalencia existente entre las expresiones “P necesita X” y “X es necesario en tanto que constituye una condición mínima para que P tenga una vida humana tolerable”³²⁸. Otros autores han propuesto circunscribir la explicación de las necesidades a los conceptos de “daño”³²⁹, “libre elección”³³⁰ y “supervivencia, salud y adecuado funcionamiento”³³¹. Asimismo, se ha señalado la conveniencia de entender las “necesidades categóricas” como una modalidad concreta de las necesidades instrumentales³³², concebidas como entidades independientes de los deseos de los sujetos y orientadas a la obtención de una vida humana merecedora de ser vivida o, al menos, tolerable³³³. A la vista

³²⁷ AÑÓN ROIG, M.J., *Necesidades y derechos. un ensayo de fundamentación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, p. 32.

³²⁸ WALDRON, J., “The Role of Rights in Practical Reasoning: ‘Rights’ versus ‘Needs’”, *The Journal of Ethics* 4(1/2): Rights, Equality, and Liberty, Universidad Torcuato Di Tella, Law and Philosophy Lectures 1995-1997 (Jan.-Mar., 2000), p. 120.

³²⁹ MILLER, D., *Social Justice*, Clarendon Press, Oxford, 1973, p. 30. WIGGINS, D., “Claims of Need”, en Honderich, T. (ed.), *Morality and Objectivity: A Tribute to J. L. Mackie*, Routledge and Kegan Paul, London, 1985, pp. 149 y ss.

³³⁰ MARCUSE, H., *One-Dimensional Man*, Abacus Books, London, 1968, pp. 21-23 (versión en español: El hombre unidimensional: ensayo sobre la ideología de la sociedad industrial avanzada, traducción de Antonio Elorza, Ariel, Barcelona, 2010).

³³¹ GRIFFIN, J., *Well-being: Its Meaning, Measurement and Moral Importance*, Clarendon Press, Oxford, 1986, p. 42.

³³² RENZO, M., “Human Needs, Human Rights”, en Cruft, R., Liao, S.M. & Renzo, M. (eds.), *Philosophical Foundations of Human Rights*, 1st Edition, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 577.

³³³ FRANKFURT, H.G., “Necessity and Desire”, *Philosophy and Phenomenological Research* 45(1), 1984, pp. 1-13. C.S. NINO, por su parte, concibe las necesidades categóricas como prerequisites de la

de estas consideraciones, se ha señalado la oportunidad de circunscribir la justificación de los derechos humanos a dichas necesidades categóricas³³⁴.

A los efectos de trazar el concepto de “necesidades”, resulta clave distinguirlo de los “deseos”³³⁵. Así, mientras que los deseos, en tanto que estados psicológicos, presentan una connotación subjetiva e intencional; las necesidades adoptan un lenguaje objetivo, es decir, dependen de la realidad³³⁶. En términos generales, se podría acordar que los deseos pueden ser definidos en atención a las experiencias internas del sujeto, mientras que las necesidades se vinculan a alguna concepción de la vida buena, digna o completa³³⁷. Necesidad y deseo pueden coincidir o no sobre una misma realidad, siendo posible “tener una necesidad de algo que no se desea”, o “desear algo que no se necesita”. De este modo, las necesidades no tienen por qué coincidir con lo que el sujeto siente y percibe, lo cual pone en la pista de la ulterior distinción entre “necesidades” e “impulsos”. En este sentido, para Henry J. McCLOSKEY, una necesidad constituye algo positivo y beneficioso para el sujeto, lo cual resulta evidente en tanto que se circunscriba adecuadamente, por ejemplo, a la evitación de un daño con suficiente entidad; mientras que el mencionado profesor australiano concibe los impulsos como potencialmente destructivos, en tanto que entregados al arbitrio de los apetitos del sujeto³³⁸. Por consiguiente, las necesidades se relacionan en mayor medida con los prerrequisitos básicos de la existencia humana y no con las aspiraciones individuales de cada uno, lo cual no impide presuponer que el sujeto esté interesado en la satisfacción de las necesidades o que los intereses deriven de las necesidades que se tengan. Sin embargo, no todos los intereses constituyen necesidades, ni tampoco aquellos están afectados de manera exclusiva por estas, sino que también se encuentran condicionados por los objetivos, las aspiraciones y los valores del sujeto³³⁹.

Por su parte, Rita FLOYD ha definido el concepto de necesidades desde una doble perspectiva: positiva y negativa. Mientras que la definición positiva interpreta la satisfacción de las necesidades como algo esencial para el florecimiento y el bienestar objetivo humanos, la definición negativa caracteriza las necesidades en función del daño (grave) provocado por su no satisfacción³⁴⁰. No obstante, se le ha objetado que no todo lo que causa un daño constituye

autonomía lo cual incide en su perspectiva marcadamente liberal. Vid. NINO, C.S., “Autonomía y necesidades básicas”, *Doxa* 7, 1990, p. 22.

³³⁴ HAPLA, M., “Theory of Needs as Justification of Human Rights: Current Approaches and Problems of Uncertainty and Normativeness”, *The Age of Human Rights Journal* 10, 2018, p. 3.

³³⁵ ANÓN ROIG, M.J., *Necesidades y derechos...*, op. cit., pp. 30-32.

³³⁶ MILLER, D., *Social Justice*, op. cit., p. 129. WIGGINS, D., “Claims of Need”, op. cit., p. 152.

³³⁷ STEWART, F., *Planning to Meet Basic Needs*, The Macmillan Press, London and Basingstoke, 1985, pp. 3-5.

³³⁸ McCLOSKEY, H.J., “Human Needs, Rights and Political Values”, *American Philosophical Quarterly* 13(1), 1976, p. 4.

³³⁹ McCLOSKEY, H.J., “Human Needs, Rights...”, op. cit., pp. 8-9.

³⁴⁰ FLOYD, R., “Why We Need Needs-Based Justification of Human Rights”, *Journal of International Political Theory* 7(1), 2011, p. 110.

necesariamente una necesidad³⁴¹, al mismo tiempo que el propio concepto de daño resulta discutible, pudiendo incluso afirmarse que la mera insatisfacción de un deseo provoca un daño³⁴². Lo cierto es que parece posible afirmar que las necesidades se encuentran íntimamente relacionadas con el concepto de “vida (humana)”. Sin embargo, esta precisión, lejos de clarificar la definición de las necesidades, enturbia todavía más el panorama, pues este concepto de vida se presenta como esencialmente histórico y mutable. Por lo general, los seres humanos tienden a ensanchar aquello que reivindican como su necesidad³⁴³, en gran medida fruto de los avatares de las comunidades humanas en las que se integran. No obstante, podría pensarse que la extensión de las necesidades individuales viene de algún modo limitada por el consenso social. Si se acepta lo anterior, entonces dicho consenso permitirá obtener una comprensión compartida más amplia sobre cuáles son las necesidades humanas y en qué consiste su (in)observancia³⁴⁴.

2.6.2. Las necesidades básicas como fundamento de los derechos humanos

David MILLER suscribe una teoría monista acerca del fundamento de los derechos humanos, pues cree que un concepto concreto de necesidades puede servir como fundamento único y universal de estos³⁴⁵. El principal problema al que se enfrenta esta tesis versa sobre la relatividad cultural existente respecto del concepto de necesidades. A pesar de que el propio MILLER afirma que las necesidades no están sujetas a la elección individual, admite que sí son objeto de elección a nivel social, en tanto que los seres humanos se encuentran vinculados a la sociedad³⁴⁶. Esta visión de las necesidades humanas como relativas a una sociedad cuestiona la universalidad de la propuesta de MILLER, quien trata de resolver el problema mediante la identificación de necesidades humanas básicas e invariables en atención al tiempo y el espacio. De un modo similar a WALDRON, MILLER distingue entre necesidades instrumentales (*instrumental needs*) e intrínsecas (*intrinsic needs*), para excluir las instrumentales en favor de las intrínsecas. Estas últimas aparecen asociadas a objetos o condiciones que una

³⁴¹ GRIFFIN, J., *On Human Rights*, *op. cit.*, p. 90.

³⁴² HAPLA, M., “Theory of Needs...”, *op. cit.*, p. 5.

³⁴³ MACMILLAN, C.M., “Social versus Political Rights”, *Canadian Journal of Political Science* 19(2), 1986, p. 288.

³⁴⁴ HAPLA, M., “Theory of Needs...”, *op. cit.*, p. 6.

³⁴⁵ Por lo tanto, MILLER rechaza el concepto de “consenso coincidente” (*overlapping consensus*) a los efectos de conjugar el fundamento de los derechos humanos y la diversidad cultural. *Vid.* MILLER, D., “Grounding Human Rights”, *Critical Review of International Social and Political Philosophy* 15(4), 2012, pp. 410-411.

³⁴⁶ MILLER, D., “Grounding Human Rights”, *op. cit.*, pp. 180 y 412.

persona debe poseer de manera necesaria para evitar un “daño” (*harm*)³⁴⁷, de modo que el carácter universal de la propuesta de MILLER depende de la definición del concepto de “daño”³⁴⁸. MILLER rechaza la comprensión de dicho concepto a partir de bases biológicas y psicológicas, al priorizar la concepción de los seres humanos como seres sociales. Así pues, un ser humano sufre daño solo si no puede vivir una vida mínimamente digna dentro de la sociedad a la que pertenece³⁴⁹. Al combinar los conceptos de “vida” y “daño” en su definición de las necesidades, parece combinar las explicaciones positivas y negativas, si bien en última instancia parece asentar las necesidades en el concepto de “vida” o, incluso, “vida social” o “vida en sociedad”, dada la importancia que le concede a la naturaleza social del ser humano³⁵⁰.

MILLER señala la necesidad de diferenciar las necesidades universales subyacentes a toda sociedad, al margen de los condicionantes espacio-temporales, de aquellos otros objetos que presentan una naturaleza mutable, pero respecto de los cuales también se persigue su satisfacción. Para este autor, estas “necesidades subyacentes” (*underlying needs*) constituyen el fundamento de los derechos humanos³⁵¹, si bien podría cuestionarse la capacidad que esta explicación presenta para concretar requisitos específicos derivados de tales necesidades subyacentes. A su juicio, las “necesidades sociales” (*societas needs*) son aquello que la gente posee en tanto que miembros de una sociedad particular³⁵², llegando incluso a constituir el elemento que permite explicar la socialidad humana en sentido hegeliano³⁵³. Una definición como la descrita conduce ineludiblemente a acudir a la noción de “vida digna” (*decent life*), la cual se encuentra íntimamente conectada con el concepto de “necesidades”, en tanto que las condiciones para una vida digna vienen determinadas por la satisfacción de ciertas necesidades, adquiriendo la vida humana dignidad cuando el ser humano se inserta en una serie de actividades presentes en todas las sociedades humanas. En opinión de MILLER, no existe desacuerdo legítimo alguno acerca del concepto de necesidades propiamente dicho, sino que tal desacuerdo solo se produce respecto del significado de las mismas en situaciones concretas o sobre qué necesidad ha de prevalecer en casos de colisión entre necesidades³⁵⁴. En su explicación, distingue diversos tipos de

³⁴⁷ Para ejemplificar estas necesidades intrínsecas, MILLER acude a la necesidad de acceso a los alimentos. Vid. MILLER, D., “Grounding Human Rights”, *op. cit.*, p. 179.

³⁴⁸ Por lo demás, el concepto de “daño” ha sido empleado doctrinalmente para diferenciar entre necesidades y deseos. Así pues, atendiendo al resultado de la satisfacción de unos y otros: mientras la satisfacción de un deseo produce un beneficio, la satisfacción de una necesidad evitará un daño. Vid. AÑÓN ROIG, M.J., *Necesidades y derechos...*, *op. cit.*, p. 31. FRANKFURT, H.G., “Necessity and Desire”, *op. cit.*, *ibidem*. NINO, C.S., “Autonomía y necesidades...”, *op. cit.*, pp. 21-22.

³⁴⁹ MILLER, D., “Grounding Human Rights”, *op. cit.*, p. 181.

³⁵⁰ HAPLA, M., “Theory of Needs...”, *op. cit.*, p. 7.

³⁵¹ MILLER, D., “Grounding Human Rights”, *op. cit.*, p. 182.

³⁵² MILLER, D., “Grounding Human Rights”, *op. cit.*, p. 412.

³⁵³ AÑÓN ROIG, M.J., *Necesidades y derechos...*, *op. cit.*, p. 43.

³⁵⁴ MILLER, D., “Grounding Human Rights”, *op. cit.*, p. 416.

necesidades, si bien tan solo fundamenta los derechos humanos en las “necesidades básicas” (*basic needs*), las cuales considera universales; mientras que las necesidades sociales, vinculadas con una sociedad concreta, justificarían un conjunto más amplio de derechos de ciudadanía, orientados a garantizar una determinada posición del individuo en tanto que miembro de pleno derecho en una sociedad concreta³⁵⁵. No obstante, MILLER reconoce que las demandas generadas a partir de las necesidades básicas son ilimitadas, lo cual necesariamente dificulta su satisfacción en el seno de la sociedad. Además, las consideraciones prácticas también pueden tener impacto en qué derechos se derivan de las necesidades³⁵⁶. MILLER parece aceptar que ciertas necesidades pueden derivarse de determinados requisitos, pero no los examina en detalle ni tampoco los justifica³⁵⁷. En definitiva, su propuesta no acaba de concretar el conjunto de necesidades en el que basa el fundamento de los derechos humanos, ni justifica el tránsito desde el hecho de la constatación de una necesidad básica a la norma en la que se atribuye un derecho³⁵⁸.

Massimo RENZO, por su parte, obtiene expresamente su teoría acerca de las necesidades básicas a partir del análisis relativo a la crítica dirigida al concepto de “agencia normativa” (*normative agency*) de GRIFFIN³⁵⁹, si bien estas críticas podrían trasladarse al conjunto de las teorías basadas en la voluntad o la elección del individuo a los efectos de asignar los derechos. Al respecto, RENZO reitera aquellos argumentos que alegan la existencia de seres humanos que, a pesar de no ser agentes normativos (como es el caso de los niños), no por ello dejan de ser considerados seres humanos. A partir de esta crítica, RENZO señala que resulta necesaria una explicación diferente de aquello que nos convierte en “humanos”, para lo cual propone considerar el concepto de “necesidades humanas”, en tanto que elemento común a todos los seres humanos tener necesidades³⁶⁰. Al igual que MILLER, RENZO se refiere a la idea de “una vida mínimamente digna” (*minimally decent life*), cuya explicación sobrepasa la idea de una vida biológica o psicológica saludable. Así pues, la vida digna es aquella que permite alcanzar un conjunto básico de necesidades biológicas, psicológicas y sociales³⁶¹, si bien se trata de una posibilidad que no tiene por qué necesariamente consumarse. Para este autor,

³⁵⁵ MILLER, D., “Grounding Human Rights”, *op. cit.*, pp. 182-183.

³⁵⁶ Por ejemplo, recibir amor y el respeto de los demás puede ser necesario para el ser humano; sin embargo, consideraciones prácticas indican la inconveniencia de forzar tales necesidades, pues se considera que su realización ha de presentar un elemento de voluntariedad. *Vid.* MILLER, D., “Grounding Human Rights”, *op. cit.*, pp. 186-187.

³⁵⁷ MILLER, D., “Grounding Human Rights”, *op. cit.*, p. 422.

³⁵⁸ HAPLA, M., “Theory of Needs...”, *op. cit.*, p. 8.

³⁵⁹ En la explicación de GRIFFIN, la cual presenta bastantes paralelismos con los argumentos proporcionados por GEWIRTH, los derechos humanos protegen la habilidad del ser humano para crear y escoger los conceptos de la vida buena, posibilitando el desarrollo de una vida humana. *Vid.* GRIFFIN, J., *On Human Rights*, *op. cit.*, pp. 31-33.

³⁶⁰ RENZO, M., “Human Needs, Human...”, *op. cit.*, pp. 574-575 y 577.

³⁶¹ RENZO, M., “Human Needs, Human...”, *op. cit.*, p. 587.

incluso las necesidades biológicas poseen una dimensión social, ya que los avances científicos de una sociedad pueden implicar un aumento de dichas necesidades³⁶². En esta explicación, la noción de “vida mínimamente digna” persigue el establecimiento de un estándar común para todos los seres humanos, pues constituye el mínimo común denominador respecto de los objetivos vitales y la noción de vida buena de todos los seres humanos, de manera que será compartida por todos. A pesar de lo anterior, para RENZO los derechos humanos no expresan propiamente el valor de los intereses de los seres humanos, sino el valor de la propia vida humana, pues considera que la persona constituye un fin en sí mismo, configurándose los derechos humanos como no-instrumentales³⁶³. Esta comprensión podría hacer superfluo al concepto de necesidades, dado que parece estar más conectado con la satisfacción de las necesidades humanas que con el valor intrínseco del ser humano. Acerca de esta cuestión, RENZO replica que ambas explicaciones son complementarias y necesarias en atención al contexto³⁶⁴. Sin embargo, su propuesta carece de una explicación pormenorizada de esta complementariedad, al mismo tiempo que parte de axiomas que no justifica y respecto de los cuales no existe suficiente consenso. Además, se le podría criticar que afirmar que todos los seres humanos tienen necesidades no define su “humanidad”, pues ni siquiera constituye una característica exclusiva del ser humano, sino que todos los organismos capaces de sentir tienen, al menos, el interés de evitar el dolor y buscar el placer, así como sobrevivir y perpetuar su especie. Por consiguiente, parece que tanto la definición moral de lo que signifique ser un “ser humano” presentada como la idea misma de “humanidad” han de atender a aspectos más elevados que el mero hecho de ostentar necesidades. Por último, la tesis de RENZO podría ser acusada de relativista, pues la noción de “necesidades sociales”, junto con la de “vida buena”, depende en gran medida del contexto vital de las personas y no de su humanidad.

FLOYD, por su parte, suscribe una explicación de tipo pluralista al combinar diferentes explicaciones de la cuestión del fundamento de los derechos humanos. Esta autora acude a la tesis de las necesidades con la pretensión de complementar las explicaciones propuestas por autores como GRIFFIN, BEITZ o SIMMONS, pues considera que podría salvar las lagunas de estas tesis. Por lo que respecta a GRIFFIN, el mismo reconoce que su tesis está basada en la protección de aquello que el ser humano necesita en tanto que agente normativo, de modo que contempla expresamente el concepto de necesidades en su explicación³⁶⁵. En cuanto a la explicación de BEITZ, este define los derechos humanos en función de elementos de difícil comprensión tales como los denominados “intereses imperiosos

³⁶² RENZO, M., “Human Needs, Human...”, *op. cit.*, p. 584.

³⁶³ RENZO, M., “Human Needs, Human...”, *op. cit.*, p. 582.

³⁶⁴ RENZO, M., “Human Needs, Human...”, *op. cit.*, p. 583.

³⁶⁵ GRIFFIN, J., *On Human Rights*, *op. cit.*, p. 90.

individuales” (*urgent individual interests*)³⁶⁶. A juicio de FLOYD, reemplazar esta categoría por el concepto de “necesidades básicas” podría contribuir a mejorar la comprensión de dicha tesis, aportándole claridad³⁶⁷. Por último, la propuesta empírica de Beth A. SIMMONS trata de probar que el reconocimiento de los derechos humanos por el Derecho internacional persigue mejorar la vida de las personas, pero no explica en qué consisten tales mejoras. En opinión de FLOYD, esta carencia podría suplirse acudiendo a la teoría de las necesidades³⁶⁸.

Se ha alegado a favor de la tesis de las necesidades que esta propone un fundamento para los derechos humanos que puede ser fácilmente aceptada por culturas ajenas a la tradición occidental, lo cual supondría una evidente ventaja al proporcionar una vía para evitar el excesivo relativismo cultural existente al respecto. No obstante, algunos autores cuestionan esta supuesta neutralidad, ya que un concepto de necesidades vinculado a la idea de “agencia normativa” como el propuesto por GRIFFIN se encuentra impregnado por una concepción liberal acerca de la moralidad³⁶⁹. En un sentido similar, MILLER observa que el principio de autogobierno entendido como fundamento de los derechos humanos puede generar algunos problemas, especialmente en el ámbito de las explicaciones basadas en la tradición, la autoridad o la comunidad³⁷⁰. Adicionalmente, se ha alegado que la tesis de las necesidades presenta la ventaja de la flexibilidad³⁷¹, pues si se admite que una necesidad no se corresponde con un solo derecho humano, sino que existe un conjunto completo de necesidades básicas que es protegido mediante un conjunto completo de derechos humanos, entonces el desacuerdo acerca de algunas necesidades particulares no necesariamente implicará el rechazo de determinados derechos³⁷².

2.6.3. La relación entre el lenguaje de los derechos y el lenguaje de las necesidades

2.6.3.1. El problema de la incertidumbre conceptual

WALDRON, al contrario que KELSEN o BENTHAM³⁷³, considera adecuado trasladar el lenguaje de los derechos a contextos extrajurídicos, lo cual permitirá hablar de “deberes morales”. Asimismo, este autor considera que la terminología

³⁶⁶ FLOYD, R., “Why We Need...”, *op. cit.*, p. 109.

³⁶⁷ FLOYD, R., “Why We Need...”, *op. cit.*, pp. 112-113.

³⁶⁸ FLOYD, R., “Why We Need...”, *op. cit.*, p. 108.

³⁶⁹ RENZO, M., “Human Needs, Human...”, *op. cit.*, pp. 575 y 583.

³⁷⁰ MILLER, D., “Grounding Human Rights”, *op. cit.*, p. 411.

³⁷¹ HAPLA, M., “Theory of Needs...”, *op. cit.*, p. 10.

³⁷² MILLER, D., “Grounding Human Rights”, *op. cit.*, pp. 3 y 409-422. RENZO, M., “Human Needs, Human...”, *op. cit.*, p. 586. Miller, D., “Grounding Human Rights”, *op. cit.*, pp. 3 y 409-422.

³⁷³ En este punto, WALDRON hace referencia expresa a la obra de HART, H.L.A., “Natural Rights: Bentham and John Stuart Mill”, en Hart, H.L.A., *Essays on Bentham...*, *op. cit.*, pp. 79-90.

hohfeldiana resulta aplicable tanto a las relaciones lógicas existentes entre deberes y derechos jurídicos, como a aquellas referidas a deberes y derechos morales³⁷⁴. Por consiguiente, para WALDRON los derechos pueden ser parte de una teoría moral estructurada del mismo modo que lo son respecto de la teoría referida a la utilidad general. Lo cierto es que, en la actualidad, el recurso al lenguaje de los derechos está muy extendido, incluso en casos en los que tan solo se expresan reivindicaciones políticas. Sin embargo, esta flexibilización del uso del concepto de “derechos” no parece adecuada, pues deforma el propio concepto y dificulta su definición, de modo que parece conveniente restringir este uso. WALDRON señala que una posible respuesta a esta cuestión sería limitar el concepto de derechos a la articulación de pretensiones individuales, deontológicas o asociadas a la libertad, lo cual, sin embargo, genera el interrogante de si el lenguaje de los derechos debería ser desterrado del debate político y si debería ser sustituido por el lenguaje de las necesidades³⁷⁵.

WALDRON reconoce que tanto los derechos como las necesidades presentan una formulación bastante abstracta y exhiben un alto grado de incertidumbre³⁷⁶. Además, la naturaleza primordialmente política del lenguaje de las necesidades resalta su carácter indeterminado y discutible, pues constituye una respuesta dialéctica procedente de una “comunidad de pensadores” (*community of thinkers*) en la que predomina la heterogeneidad y el desacuerdo acerca de las respuestas referidas a la complejidad de la vida humana y sus problemas³⁷⁷. El concepto de “necesidad” resulta discutible, incluso respecto de los términos que subyacen a su formulación. Algunas explicaciones han definido el concepto de “necesidad” en función de la idea de “supervivencia”, de modo que una necesidad se configura como aquello sin lo cual una persona no puede sobrevivir, circunscribiendo así el concepto de necesidad al ámbito de lo biológico³⁷⁸. Con todo, el establecimiento de una relación de causalidad entre la carencia de algo y el suceso de la muerte de alguien puede presentarse de manera muy imprecisa, lo cual conlleva al rechazo de este concepto a los efectos de definir las necesidades³⁷⁹.

³⁷⁴ Acerca de la terminología empleada por HOHFELD, *vid.* HOHFELD, W.N., *Fundamental Legal Conceptions*, *op. cit.*, 1964, p. 36.

³⁷⁵ WALDRON, J., “The Role of...”, *op. cit.*, p. 118.

³⁷⁶ WALDRON, J., “The Role of...”, *op. cit.*, p. 119. En cuanto a la abstracción en la formulación de los derechos humanos, *vid.* también POSNER, E.A., *The Twilight of Human Rights Law*, Oxford University Press, New York, 2014, pp. 31-32.

³⁷⁷ WALDRON, J., “The Role of...”, *op. cit.*, p. 121.

³⁷⁸ *Vid.* el concepto de “necesidad biológica” (*biological need*) en ROSEN, F., “Basic needs and Justice”, *Mind. New Series* 86(341), 1977, p. 88. El cual, a su vez, hace referencia a BENN, S.I. & PETERS, R.S., *Social Principles and...*, *op. cit.*, pp. 144-146.

³⁷⁹ En este sentido, Amartya SEN ha señalado que la gente ha aprendido a sobrevivir con una alimentación deficiente, aunque ciertamente la esperanza de vida esté afectada por la calidad de la nutrición de estas personas. No obstante, no resulta sencillo establecer un umbral en el cual situar unos “requisitos nutricionales mínimos” (*minimum nutritional requirements*), el cual varía en atención a las diferentes comunidades y regiones. *Vid.* SEN, A., *Poverty and Famines*, Clarendon Press, Oxford, 1981, p.12.

No obstante, WALDRON señala que si lo que se persigue es proporcionar una alternativa al concepto de derechos, la cuestión no reside en encontrar una filosofía de las “necesidades biológicas”, sino de las “necesidades humanas”³⁸⁰. Otros autores, como HAPLA, también consideran que se ha de acudir a una filosofía de las necesidades humanas para justificar los derechos con fundamento en las necesidades, para ello propone recurrir a la distinción entre “necesidades biológicas”, “necesidades básicas” y “necesidades funcionales” (*biological, basic and functional needs*)³⁸¹. Por lo que respecta a las “necesidades biológicas”, estas se configuran como aquellas de las que depende la supervivencia física de la persona. Las “necesidades básicas”, por su parte, determinan el estándar de vida digna. Por último, las “necesidades funcionales” se definen como aquellas que deben ser satisfechas para que la persona pueda desempeñar una tarea concreta³⁸². De hecho, Frederick ROSEN ha empleado esta distinción conceptual para señalar la ambigüedad existente entre las categorías “necesidades biológicas” y “necesidades básicas”³⁸³, dada la dificultad de definir un “estándar mínimo” (*minimum standard*) sin referencia a una concepción particular de la vida³⁸⁴. Si tal categorización de las necesidades debe ser demostrada en la práctica, entonces las necesidades deberán basarse en un contenido específico y una regla de concreción como la descrita solo puede existir en el marco de una sociedad concreta³⁸⁵. No obstante, si aparece referida a ideas de difícil comprensión como “una vida humana tolerable” (*bearable human life*)³⁸⁶, entonces no parece aportar mayor claridad que aquellas formulaciones de derechos tachadas de imprecisas.

Por consiguiente, no parece que el lenguaje de las necesidades sea más convincente que el lenguaje de los derechos, resultando dudoso que las necesidades constituyan una base suficiente para forzar la conducta de terceros y mucho menos que estas puedan sustituir a los derechos. No obstante, incluso aquellos autores que han propuesto una respuesta afirmativa de las cuestiones anteriores, reconocen que una necesidad concreta no equivale directamente a un derecho en particular, sino que un conjunto completo de derechos protege a un

³⁸⁰ WALDRON, J., “The Role of Rights...”, *op. cit.*, p. 121.

³⁸¹ HAPLA, M., “Theory of Needs...”, *op. cit.*, p. 13.

³⁸² Aunque HAPLA no cita expresamente la obra a la que se refiere, es muy probable que tenga en mente el artículo de Frederick ROSEN (autor al que por lo demás HAPLA cita expresamente a lo largo de su trabajo), titulado “Basic needs and...”, *op. cit.*, p. 88, referencia que omite. No obstante, se ha de tener en cuenta que esta distinción no constituye una creación de ROSEN, pues como este autor reconoce en la obra antes citada, dicha categorización ya había sido empleada con anterioridad por BENN, S.I. & PETERS, R.S., *Social Principles and...*, *op. cit.*, *ibidem*.

³⁸³ ROSEN, F., “Basic needs and...”, *op. cit.*, pp. 88 y ss. Lo cual no pasa desapercibido para M. HAPLA, *vid.* “Theory of Needs...”, *op. cit.*, *ibidem*.

³⁸⁴ Sobre el concepto de “minimum condition of life” y los problemas de definición que implica, *vid.* STEWART, F., “Basic Needs Strategies, Human Rights, and the Right to Development”, *Human Rights Quarterly* 11(3), 1989, p. 348. También en HAPLA, M., “Theory of Needs...”, *op. cit.*, *ibidem*.

³⁸⁵ ZETTERBAUM, M., “Equality and Human Need”, *American Political Science Review* 71(3), 1977, p. 990.

³⁸⁶ WALDRON, J., “The Role of...”, *op. cit.*, p. 120.

conjunto completo de necesidades³⁸⁷. WALDRON no discute que el empleo del lenguaje de las necesidades tenga sentido y utilidad en el discurso político³⁸⁸, pero si niega la posibilidad de una sustitución del concepto de derechos por el de necesidades como la propuesta Mark TUSHNET³⁸⁹.

2.6.3.2. El problema de la prescriptividad de las necesidades

Desde una perspectiva analítica, WALDRON ha señalado que reconocer que “P tiene un derecho a X” equivale a reconocer que “alguien tiene un deber de garantizar X a P”. Sin embargo, lo anterior no puede ser afirmado del lenguaje de las necesidades, pues carece del carácter directamente prescriptivo que presenta el lenguaje de los derechos, a pesar de no ser puramente descriptivo ni neutral respecto de los valores. Dado que los derechos incluyen un compromiso directo con la acción, una afirmación acerca de derechos presenta mayor fuerza compulsiva que otra efectuada en términos de necesidades. Sin embargo, el propio WALDRON reconoce que esta “facilidad comparativa” (*comparative ease*) no dice nada sobre la aceptación de dicha afirmación³⁹⁰. WALDRON se plantea que quizás las virtudes del lenguaje de las necesidades no se refieran a su mayor claridad u operatividad, sino a su moralidad, ya que en su opinión el lenguaje de las necesidades se presenta como más “compasivo, abierto, sensible, así como menos agresivamente individualista y patriarcal que la tradicional retórica de los derechos”³⁹¹. Además, añade que, al menos inicialmente, resulta menos adverso e interesado que otras formas del discurso político. No obstante, los defensores del lenguaje de las necesidades tienden a recurrir excesivamente a este para intensificar sus demandas, lo cual ha generado un incremento de reclamaciones prácticamente inasumible, desdibujándose con ello las fronteras conceptuales existentes entre las nociones de derechos, necesidades y deseos.

En el lenguaje de las necesidades una “persona necesitada de algo” se dirige a otra persona como potencial receptor del interés y asistencia de la primera, presentándose de este modo como el “lenguaje de la súplica” (*language of supplicants*), esto es, como un lenguaje fundamentalmente “pasivo”³⁹². Por el contrario, el lenguaje de los derechos tradicionalmente se ha presentado como el lenguaje de la independencia y la autosuficiencia, en tanto que el titular se configura como alguien que reivindica su autonomía. Además, aún en el caso de que las necesidades tuvieran fuerza normativa, su fuerza normativa primaria

³⁸⁷ MILLER, D., “Grounding Human Rights”, *op. cit.*, pp. 3 y 409-422. RENZO, M., “Human Needs, Human...”, *op. cit., ibidem*. MILLER, D., “Grounding Human Rights”, *op. cit., ibidem*.

³⁸⁸ WALDRON, J., “The Role of...”, *op. cit.*, p. 116.

³⁸⁹ TUSHNET, M., “An Essay on Rights”, *Texas Law Review* 62(8), pp. 1983-1984.

³⁹⁰ WALDRON, J., “The Role of...”, *op. cit.*, pp. 121-122.

³⁹¹ En palabras textuales del propio WALDRON: “Talk of needs sounds somehow more compassionate, more open, more responsive, less aggressively individualistic, less male, than the table-thumping adversarial rhetoric of rights”. *Vid.* WALDRON, J., “The Role of...”, *op. cit.*, p. 123.

³⁹² WALDRON, J., “The Role of...”, *op. cit., ibidem*.

recaería sobre la persona que ostenta la necesidad, de modo que la expresión “P necesita X” implica que “P debería perseguir la obtención de X”. Así pues, el concepto de necesidad es tan solo secundariamente normativo para los terceros, esto es, “Q debería perseguir la obtención de X para P”. Sin embargo, WALDRON advierte que tal vez sea preciso matizar que lo que es pasivo es el lenguaje de las necesidades, pero no el concepto mismo de necesidad. En este sentido, señala que en el seno de una comunidad de producción las acciones cooperativas estimadas para la satisfacción de las necesidades del sujeto son al mismo tiempo estimadas para la satisfacción de las de los demás. Con todo, cooperar no equivale a convertirse en el destinatario pasivo de la actividad de terceros. Por consiguiente, la necesidad continúa siendo activa incluso cuando se produce una actuación conjunta³⁹³.

WALDRON considera erróneo diferenciar las necesidades de los derechos alegando que las necesidades están naturalmente más conectadas con las responsabilidades interpersonales que los derechos, pues todos los derechos son necesariamente correlativos a deberes. De hecho, el lenguaje de los derechos se asocia con aquellas teorías morales y esquemas de protección legal en los que los derechos y los deberes son tanto correlativos como recíprocos. Además, quienes afirman la titularidad de un derecho correlativa a un deber que recae sobre otra u otras personas, normalmente lo hacen en términos universalizables, es decir, también afirman que sus deudores ostentan derechos similares a los que el sujeto reivindica para sí, de forma que aquellas responsabilidades se presentan como recíprocas a través de deberes análogos. De lo anterior, WALDRON deriva la existencia de una relación conceptual mucho más estrecha entre derechos y deberes que entre necesidades y deberes, lo cual no solo afecta a la relación de correlatividad, sino también a la de reciprocidad. Tradicionalmente, los deberes correlativos a los derechos se configuran como deberes de no-interferencia, deberes negativos y deberes de omisión, más que como deberes a una acción positiva. Así pues, el ámbito habitual de los derechos es la libertad; mientras que el de las obligaciones es el respeto hacia los límites interpersonales y la abstención frente a la violación de los derechos, es decir, dichas obligaciones se resumen en el “deber de ocuparse de sus propios asuntos” (*duty to mind one’s business*), el cual indica la posibilidad de congruencia entre los derechos que se presume que una persona tiene y las obligaciones que esta posee en relación con los derechos análogos de los demás. De este modo, los derechos de un sujeto son correlativos a los deberes de otro, al mismo tiempo que los deberes del otro son recíprocos respecto de los deberes análogos que recaen sobre el primer sujeto. Por lo que respecta a la relación de congruencia, WALDRON señala que esta no resulta tan evidente, sino que los derechos y deberes del sujeto son congruentes cuando el cumplimiento de sus deberes promueve, en vez de dificultar, el ejercicio de sus

³⁹³ WALDRON, J., “The Role of...”, *op. cit.*, p. 122.

derechos³⁹⁴. En este sentido, el requisito referido a la no-interferencia se presenta como eminentemente razonable. No obstante, esta congruencia decae cuando los sujetos implicados se encuentran involucrados en disputas competitivas, pues la no-interferencia supondrá un modo de socavar, en vez de promover, el ejercicio de los derechos de quien no interfiere³⁹⁵.

Habitualmente se piensa que, si las necesidades generan alguna responsabilidad, esta se constituirá como una obligación activa, es decir, como un deber de dar, asistir o rescatar. De este modo, a diferencia del caso de los derechos, los deberes procedentes de las necesidades requieren que la contraparte en la relación “se desviva para ayudar al titular de la necesidad”³⁹⁶. Una necesidad se convierte en normativamente relevante cuando una persona carece de algo que es necesario para su vida, su salud, su florecimiento, etc. Si el concepto de necesidad posee alguna fuerza normativa, está recaerá sobre los deudores de la conducta de que se trate. A partir de lo anterior, WALDRON concluye que las obligaciones basadas en necesidades entrañan tanto la falta de autosuficiencia del sujeto acreedor como una situación de dependencia respecto de los demás, es decir, las reclamaciones de los sujetos quedan a merced del cuidado y empatía de los demás³⁹⁷. Por lo general, las responsabilidades tradicionales basadas en derechos se configuran como deberes de omisión y probablemente generan menos conflictos morales que aquellas basadas en necesidades y que reclaman un deber de asistencia del deudor, pues resulta menos controvertido omitir una actuación que asistir de manera activa a la satisfacción de las necesidades de los demás, especialmente en contextos de frecuente escasez de recursos en los que dicha asistencia puede colisionar con la asistencia de las necesidades de otros sujetos o la propia autosatisfacción de necesidades, poniendo en riesgo la relación de congruencia entre derechos y deberes antes señalada.

Con todo, no queda claro que la tradicional definición de los derechos como relaciones morales que reivindican la libertad en un sentido negativo y correlativos a obligaciones de no-interferencia en sentido estricto sea una explicación precisa acerca de los derechos. En el Derecho privado, existen múltiples ejemplos de derechos correlativos a deberes referidos a una acción positiva o asistencia del deudor al acreedor, aunque podría alegarse que todos los derechos que implican una actuación positiva del deudor se configuran de conformidad con relaciones contractuales especiales y que no existe ningún deber general de rescate ni, por lo tanto, ningún derecho general de recibir asistencia en

³⁹⁴ WALDRON, J., “The Role of...”, *op. cit.*, pp. 124-125.

³⁹⁵ WALDRON, J., “The Role of...”, *op. cit.*, n. 31, p. 125.

³⁹⁶ En palabras de WALDRON: “go out of my way to help you”. *Vid.* Waldron, J., “The Role of...”, *op. cit.*, *ibidem*.

³⁹⁷ WALDRON, J., “The Role of...”, *op. cit.*, p. 125.

ninguna rama del Derecho³⁹⁸. No obstante, la cuestión reside en si existe algo en la forma de los derechos que los inhabilita para expresar ideas acerca de la asistencia debida a otros. Al respecto, WALDRON señala que el empleo del lenguaje de los derechos en sede contractual tanto para expresar deberes que implican una actuación positiva del deudor, como para indicar deberes de no-interferencia muestra que el lenguaje de los derechos como tal no impide la expresión de reclamaciones acerca de cosas debidas a otros en relación con la cooperación y la ayuda mutua. WALDRON señala que la afirmación acerca de que los derechos tradicionales son principalmente correlativos a deberes de no-interferencia es simplemente falsa³⁹⁹. Para avalar esta afirmación, se refiere expresamente a MARX, quien insistió en que muchos de los derechos recogidos en las declaraciones contemporáneas se refieren a los derechos de los sujetos en cuanto que “ciudadanos”⁴⁰⁰, estos derechos no pueden ser abordados como derechos de un sujeto aislado o encerrado en sí mismo, ni las obligaciones correlativas a los mismos pueden ser concebidas como simples deberes de no-interferencia. En este sentido, a través de la noción de “ciudadanía”, los derechos siempre han estado asociados a un sentimiento de deber político compartido relativo a la provisión de un lugar para cada individuo en el seno de la vida en comunidad⁴⁰¹. Autores como LOCKE han fundamentado la adquisición de la propiedad en un derecho primigenio al sustento individual al margen de la creación divina. WALDRON señala que LOCKE parece haber considerado esta especie de “derecho a la supervivencia” como la base para el establecimiento de una obligación a la ayuda mutua, de manera que acusa a quienes conciben su propuesta como un mero alegato en favor de los derechos meramente negativos a la no-interferencia de desconocer las bases del pensamiento moderno⁴⁰². Si se acepta lo anterior, entonces resultará plausible emplear el concepto de derechos para expresar también reclamaciones referidas a la asistencia y la actuación positiva. No obstante, WALDRON reitera que los derechos expresan tales reivindicaciones de una manera diferente a como lo hace el lenguaje de las necesidades⁴⁰³.

Adicionalmente, aunque los derechos se configuran principalmente como reclamaciones efectuadas por su titular, no siempre ocurre así, pues no sería

³⁹⁸ Vid. GLENDON, A., “The missing language of responsibility”, en Glendon, A., *Rights Talk: The Impoverishment of Political Discourse*, Free Press, New York, 1991, pp. 76 y ss.

³⁹⁹ WALDRON, J., “The Role of...”, *op. cit.*, p. 127.

⁴⁰⁰ “Derechos políticos que solo son ejercitados en comunidad con otros hombres. Su contenido se conforma mediante la participación en la esencia común, la esencia política, la esencia de estado”. Vid. MARX, K., “On the Jewish...”, *op. cit.*, p. 44.

⁴⁰¹ KING, D.S. & WALDRON, J., “Citizenship, Social Citizenship and the Defence of Welfare Provision”, *British Journal of Political Science* 18(4), 1988, pp. 415-443.

⁴⁰² “As Justice gives every Man a Title to the product of his honest Industry, and the fair acquisitions of his Ancestors descended to him; so Charity gives every Man a Title to so much out of another's Plenty, as will keep him from extream want, where he has no means to subsist otherwise”. Vid. LOCKE, J., *Two Treatises of...*, *op. cit.*, cap. I, §§ 42-43, p. 170. WALDRON, J., “The Role of...”, *op. cit.*, p. 128.

⁴⁰³ *Idem.*

posible hablar de derechos de los niños, de las personas jurídicamente incapacitadas o, incluso, de los presos⁴⁰⁴. A diferencia de las necesidades, las cuales no necesitan ser conscientes, los derechos aparecen como sustancialmente definidos, conscientes y encarnan una cierta visión de su titular, esto es, alguien que es buen conocedor de aquello que puede exigir de los demás y que promociona sus reivindicaciones. Tanto el lenguaje de los derechos como el de las necesidades representan una forma de respeto, pero solo el lenguaje de los derechos reúne en su estructura el respeto hacia los demás y el autorespeto. Derechos y necesidades equivalen a una demanda acerca de la observancia de un interés, pero solo el lenguaje de los derechos presenta estos intereses como intereses en nombre de alguien que es miembro de pleno derecho de la sociedad. De este modo, los derechos implican una idea de respeto que eleva la consideración de su titular desde su cualidad de “ser un cuerpo humano” a constituirse en un “ser social”⁴⁰⁵. Sin embargo, la noción de derechos, asociada al respeto hacia los demás, es esencialmente inconcluyente y se encuentra en continuo desafío. Además, esta no solo expresa que el titular es objeto de consideración, sino que se le considera una persona y, como tal, puede interponer sus reclamaciones en su propio nombre. Por consiguiente, a diferencia del lenguaje de las necesidades, el lenguaje de los derechos se refiere a los seres humanos como demandantes que poseen un “estatus moral pleno” (*full moral status*)⁴⁰⁶.

A los efectos de emplear las necesidades en la explicación de los derechos, algunos autores han apuntado a un vínculo tanto lógico como conceptual entre las necesidades y la naturaleza humana⁴⁰⁷. En este sentido, se ha afirmado que rechazar la existencia de una naturaleza humana universal, supone asimismo rechazar la consideración de las necesidades como el fundamento de los derechos humanos⁴⁰⁸. HAPLA expone que las necesidades presentan un carácter instrumental y aunque son categorías descriptivas, estas deberán derivarse de requisitos normativos, tales como aquellas ideas relativas a la “vida buena”, “vida plena” o la “vida digna” e incluso, directamente, de la propia naturaleza humana⁴⁰⁹. De este modo, las necesidades se presentan como una suerte de elemento intermedio entre las razones que sustentan a los derechos humanos y su normatividad. Además, HAPLA apunta a que el significado de las necesidades puede presentar una dimensión completamente diferente si se considera la perspectiva de la

⁴⁰⁴ Vid. WALDRON, J., 'Nonsense upon stilts'..., *op. cit.*, pp. 195-200.

⁴⁰⁵ WILLIAMS, P.J., *The Alchemy of Race and Rights*, Harvard University Press, Cambridge, 1991, p. 153.

⁴⁰⁶ WALDRON, J., “The Role of...”, *op. cit.*, p. 131.

⁴⁰⁷ MCCLOSKEY, H.J., “Human Needs, Rights...”, *op. cit.*, p. 7.

⁴⁰⁸ MCCLOSKEY, H.J., “Human Needs, Rights...”, *op. cit.*, p. 2 y 6. También en ZETTERBAUM, M., “Equality and Human...”, *op. cit., ibidem*.

⁴⁰⁹ STEWART, F., “Basic Needs Strategies...”, *op. cit.*, p. 352. HAPLA, M., “Theory of Needs...”, *op. cit.*, p. 14.

persuasión⁴¹⁰, pues podrían jugar un papel importante a la hora de convencer a los actores clave acerca de la conveniencia de introducir determinadas consideraciones en el ordenamiento jurídico⁴¹¹. No obstante, lo anterior traslada por completo el discurso de los derechos hacia el discurso político, lo cual propicia las críticas referidas a la relatividad e inseguridad. Incluso, algunos autores que asumen una perspectiva normativa afirman que en la práctica resulta más útil concebir los derechos como estándares socialmente relativos⁴¹², aunque al mismo tiempo admiten que determinados indicadores acerca de una “vida plena” pueden proporcionar estándares universales⁴¹³. Sin embargo, esta universalidad ya no se presenta como ontológica, sino basada en ideas de otra índole como la universalidad “funcional (operativa), jurídico-internacional y basada en la idea de “consenso coincidente” (*overlapping consensus*)” propuesta por DONNELLY⁴¹⁴. De este modo, la idea de naturaleza se conecta con las ideas de “lo bueno”, “lo digno”, “la vida plena” y en definitiva la “dignidad humana”, las cuales son esencialmente discutibles. Estos conceptos recogen ciertas aspiraciones de las personas, lo cual genera tensiones entre quienes sostienen una definición minimalista de las necesidades⁴¹⁵ y quienes defienden una concepción de la “vida buena” que excede el propio concepto de necesidades⁴¹⁶. En cuanto a la definición de lo que sea una “vida plena”, algunos autores han señalado como elementos constitutivos de la misma la salud, la alimentación, la educación, etc.⁴¹⁷. No obstante, aunque existe un amplio consenso intercultural acerca de formulaciones abstractas de dicha noción de vida plena o digna, no ocurre lo mismo respecto de lo que realmente significa en circunstancias concretas⁴¹⁸. En consecuencia, el argumento de las necesidades no parece ser de ayuda con el paso del deber ser al ser⁴¹⁹.

2.6.3.3. La prioridad del lenguaje de los derechos sobre el lenguaje de las necesidades

Robert NOZICK señaló que las reclamaciones basadas en necesidades tan solo ocupan un papel relativamente superficial en la teoría general acerca de la asignación de derechos, esto es, proceden como si en primera instancia se determinara quién ostenta el derecho y, tan solo en segundo término, se establece qué necesidades quedan insatisfechas y cómo se ha de proceder al respecto. Como alternativa, NOZICK propuso acordar primero los derechos en función de las

⁴¹⁰ En un sentido similar, *vid.* WALDRON, J., “The Role of...”, *op. cit.*, p. 123.

⁴¹¹ HAPLA, M., “Theory of Needs...”, *op. cit.*, *ibidem*.

⁴¹² STEWART, F., “Basic Needs Strategies...”, *op. cit.*, p. 356.

⁴¹³ STEWART, F., “Basic Needs Strategies...”, *op. cit.*, p. 358.

⁴¹⁴ DONNELLY, J., “The relative universality of human rights”, *Human Rights Quarterly* 29(2), 2007, pp. 281-306.

⁴¹⁵ RENZO, M., “Human Needs, Human...”, *op. cit.*, p. 587.

⁴¹⁶ HAPLA, M., “Theory of Needs...”, *op. cit.*, p. 15.

⁴¹⁷ STEWART, F., “Basic Needs Strategies...”, *op. cit.*, p. 355.

⁴¹⁸ MILLER, D., “Grounding Human Rights”, *op. cit.*, p. 415.

⁴¹⁹ MCCLOSKEY, H.J., “Human Needs, Rights...”, *op. cit.*, p. 2.

necesidades, para posteriormente intentar establecer la asignación de una propiedad determinada con base en aquellos⁴²⁰. No obstante, WALDRON advierte que, al basar la reclamación en necesidades, esta “teoría inversa” propuesta por NOZICK podría perturbar la actual comprensión de la titularidad y la justicia. Además, señala que las exigencias del discurso de los derechos no necesitan ser concebidas como un obstáculo a la reforma radical o a la crítica social completa. En este sentido, quien alegue un derecho nuevo ha de definir la estructura relacional en la cual este derecho pueda tener lugar. Por sí mismas, las reclamaciones acerca de necesidades no son más que instancias particulares de súplica, pero cuando se sitúan en el marco de una teoría acerca de los derechos, exigen el desarrollo de estructuras de pensamiento nuevas acerca de las nociones de personalidad, ciudadanía, universalidad, comunidad e igualdad⁴²¹.

WALDRON considera que los derechos aportan al lenguaje de las necesidades un marco preciso dentro del cual estas últimas pueden relacionarse con las ideas de personalidad, autoafirmación y dignidad. Además, sostiene que entender a las necesidades en términos de derechos permite focalizar la atención en un entramado de deberes y obligaciones presuntamente originado a partir de las necesidades individuales. La reclamación de una necesidad simplemente constituye un pronóstico cualificado de los problemas de algún ser, ya sea humano o no. El hecho de expresar estas reclamaciones a través del lenguaje de los derechos, tomando como referencia las necesidades, posibilita otorgarles una integridad y dignidad que las reclamaciones acerca de necesidades no siempre ostentan por sí mismas, en tanto que pueden aparecer ligadas a alegaciones referidas a meros deseos que no presentan la suficiente entidad como para generar una relación de correlatividad en contraparte alguna. WALDRON propone equiparar la tarea acerca de las necesidades con la de los derechos, es decir, examinar seriamente las aspiraciones presentes en el lenguaje de las necesidades para adaptarlas y otorgarles una labor en la explicación general del respeto hacia las personas. De este modo, la reclamación de un derecho no consistirá solo en la proclamación de un interés individual, sino en la promesa de que una estructura viable de responsabilidades relacionales puede alojar los intereses en cuestión⁴²². Tanto formal como sustantivamente, las teorías acerca de los derechos aspiran a alcanzar una integridad en ocasiones contradictoria con su presentación como una simple entrada o elemento en una lista o enumeración⁴²³. A juicio de WALDRON, el lenguaje de los derechos ofrece tanto el marco como la teoría de la responsabilidad necesaria para la articulación de nuevos derechos. De este modo, concluye que el

⁴²⁰ NOZICK, R., *Anarchy, State and...*, *op. cit.*, p. 238.

⁴²¹ WALDRON, J., “The Role of...”, *op. cit.*, p. 133.

⁴²² En un sentido aproximado, Martha L. MINOW ha afirmado que cuando un sistema asigna derechos a los individuos, establece pautas de sus relaciones. *Vid.* MINOW, M., *Making All the Difference: Inclusion, Exclusion, and American Law*, Cornell University Press, Ithaca, 1990, pp. 307-308.

⁴²³ WALDRON, J., “The Role of...”, *op. cit.*, pp. 131-132.

formalismo de los derechos puede otorgar a las reclamaciones una coherencia y dignidad de la que de otro modo carecerían⁴²⁴.

2.7. El enfoque de las capacidades

2.7.1. Capacidades, igualdad de oportunidades y libertad de elección

Una explicación bastante cercana a la tesis de las necesidades es la del “enfoque de las capacidades” (*capabilities approach*) originalmente construida por el economista indio de etnia bengalí y premio Nobel de economía Amartya K. SEN y posteriormente desarrollada por diversos autores, entre los que destaca la filósofa estadounidense Martha C. NUSSBAUM⁴²⁵. Por lo que se refiere a la asignación de derechos, este enfoque señala que cualquier decisión al respecto ha de considerar las capacidades humanas, esto es, aquello que la persona puede o es capaz de hacer y ser, con el objetivo de proporcionar las herramientas precisas para la actuación humana encaminada al bien. La promoción de estas capacidades requiere considerar tanto las circunstancias propias del individuo como las externas del contexto, debiendo en todo caso respetarse las elecciones sociales alcanzadas por la mayoría democrática, en el planteamiento de SEN⁴²⁶; o la libertad individual para definir y perseguir la propia idea del bien dentro de un contexto universal de capacidades básicas, en la explicación de NUSSBAUM⁴²⁷. El enfoque de las capacidades no se centra en lo que la persona siente o percibe, sino en aquello que es capaz de hacer o ser, de manera que no se mide el bienestar total o promedio de las personas, sino que el interés reside en aquellas oportunidades disponibles para cualquier persona, cristalizadas en el concepto de capacidades⁴²⁸.

Esta aproximación de las capacidades se presenta como una alternativa a la unidad de medida del desarrollo humano proporcionada por el PIB, ya que la producción de riqueza global de un país no dice nada acerca de cómo esa riqueza se encuentra distribuida, de manera que dicho planteamiento aparece íntimamente relacionado con la idea de (re)distribución de la riqueza y los recursos a partir de presupuestos de igualdad. En este sentido, SEN ha propuesto una reformulación de los parámetros de evaluación del estándar de vida de las

⁴²⁴ WALDRON, J., “The Role of...”, *op. cit.*, pp. 134-135.

⁴²⁵ NUSSBAUM, M.C., *Creating Capabilities. The Human Development Approach*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge/London, 2011 (versión en español: *Crear capacidades: propuesta para el desarrollo humano*, traducción de Albino Santos, Paidós, Barcelona 2012).

⁴²⁶ SEN, A., *Development as Freedom*, Random House, New York, 1999, p. 5 (versión en español: *Desarrollo y libertad*, Traducción de Esther Rabasco y Luis Toharia Planeta, México, 2000).

⁴²⁷ NUSSBAUM, M.C., “Capabilities and Human Rights”, *Fordham Law Review* 66(2), 1997, p. 276. NUSSBAUM, M.C., “Capabilities and Human...”, *op. cit.*, p. 285. NUSSBAUM, M.C., *Creating Capabilities. The...*, *op. cit.*, p. 18.

⁴²⁸ NUSSBAUM, M.C., “Capabilities and Human...”, *op. cit.*, p. 285. NUSSBAUM, M.C., *Creating Capabilities. The...*, *op. cit.*, p. 20.

personas con el objetivo de alcanzar una igualdad a nivel mundial, para lo cual propone el concepto de “igualdad de capacidades básicas” (*basic capability equality*) consistente en la interpretación de necesidades e intereses en virtud de una exigencia de igualdad⁴²⁹. NUSSBAUM, por su parte, declara explícitamente que su concepto de capacidades no se restringe a una medida puramente comparativa, sino que a partir de dicho concepto pretende establecer los cimientos de una teoría política normativa⁴³⁰. En virtud de lo anterior, define provisionalmente su propuesta como una evaluación comparativa al estándar de la calidad de vida humana, al mismo tiempo que permite teorizar acerca de la justicia social básica. A partir de estos presupuestos, las capacidades se presentan como el mejor indicador del estándar de vida de los individuos y los Estados, reservándose el concepto de “funcionamientos” (*functionings*) para expresar aquellas actividades características del ser humano⁴³¹. Por lo demás, la propuesta de NUSSBAUM no solo toma en consideración las oportunidades disponibles para cada persona, sino que las concibe como un fin en sí mismo; vincula el concepto de capacidad entendida como igualdad de oportunidades con la libertad de elección, lo cual viene en gran medida determinado por los presupuestos liberales de partida; se presenta como un planteamiento decididamente pluralista acerca de la idea de valor, al considerar que los logros en materia de capacidad son cualitativamente diversos y no solo constituyen una cuestión de grado; y se preocupa por cuestiones de injusticia social y falta de equidad dentro de las diversas comunidades humanas, lo cual confirma el vínculo con la idea de (re)distribución⁴³².

En definitiva, este enfoque se configura como una propuesta de desarrollo y mejora de las capacidades humanas que alcanza al ámbito de la política, a través de la realización de elecciones prácticas consideradas socialmente valiosas. El objetivo político no es el funcionamiento (lo que se es o se hace), sino la adquisición o desarrollo de la capacidad (lo que se puede hacer o ser), lo cual se estima que colocará a los individuos en posiciones más justas o igualitarias, en sentido rawlsiano. Además, la idea de libertad presenta una especial relevancia en el marco de este planteamiento, pues una vez que los ciudadanos ostenten las capacidades, son ellos mismos quienes han de determinar su destino libremente⁴³³, de modo que en el trasfondo se encuentra la idea de libre elección⁴³⁴.

⁴²⁹ SEN, A., “Equality of What?”, *The Tanner Lecture on Human Values*, Stanford University, Stanford, 1979, p. 218. *Vid.* también “Part I Lives and Capabilities”, en NUSSBAUM, M. & SEN, A., *The Quality of Life*, Clarendon Press, Oxford, 1993. Disponible en Oxford Scholarship Online: <https://www.oxfordscholarship.com/view/10.1093/0198287976.001.0001/acprof-9780198287971> (Última visita 28/10/2019).

⁴³⁰ NUSSBAUM, M.C., *Creating Capabilities. The...*, *op. cit.*, p. 17.

⁴³¹ NUSSBAUM, M.C., “Capabilities and Human...”, *op. cit.*, p. 285. NUSSBAUM, M.C., *Creating Capabilities. The...*, *op. cit.*, *ibidem*.

⁴³² NUSSBAUM, M.C., *Creating Capabilities. The...*, *op. cit.*, pp. 18-19.

⁴³³ NUSSBAUM, M.C., “Capabilities and Human...”, *op. cit.*, p. 289.

⁴³⁴ NUSSBAUM, M.C., “Capabilities and Human...”, *op. cit.*, p. 292.

2.7.2. Capacidades y funcionamientos seguros

Existen dos versiones del enfoque de las capacidades orientadas hacia dos propósitos diferenciados. De una parte, NUSSBAUM pretende la construcción de una teoría de la justicia social básica, para lo cual añade otras nociones a la de capacidad: la dignidad humana, la idea de “umbral” (*threshold*) y el liberalismo político. La filósofa estadounidense propone una lista de diez capacidades que considera cruciales para el ser humano: la vida; la salud; la integridad corporal; los sentidos, la imaginación y el pensamiento; las emociones; la razón práctica; la filiación; la relación con otras especies; el ocio; y el control sobre el contexto vital personal, tanto político como material⁴³⁵. Esta lista es empleada con propósitos explícitamente políticos y desprovista de una justificación metafísica, al considerar que ese tipo de argumentos dividen a la gente en bandos culturales y religiosos⁴³⁶, razón que explica su rechazo al tiempo que facilita la universalización de su propuesta. Estas “capacidades centrales” (*central capabilities*) no presentan un carácter instrumental, sino que tienen valor en sí mismas, hacen la vida completamente humana y son tan importantes que su inobservación resulta inadmisibles. No obstante, dicha lista no se configura como definitiva, sino que la intención de NUSSBAUM es que sea sometida a discusión y ulterior desarrollo⁴³⁷. Sin embargo, la relación entre capacidades y derechos no es constante en su planteamiento, pues en ocasiones derechos y capacidades aparecen solapados, mientras que en otras los derechos son considerados prioritarios y sirven a la protección de las capacidades⁴³⁸. Con todo, el mayor problema al que se enfrenta la propuesta de NUSSBAUM, al igual que ocurre con la tesis de las necesidades, es la insuficiencia de su justificación respecto del tránsito desde la constatación de una capacidad (descripción), a la asignación de un derecho (prescripción), lo cual devuelve la cuestión a la famosa falacia naturalista. Adicionalmente, resulta necesario asumir una premisa normativa que justifique la salvaguardia de las capacidades como algo digno de ser protegido a través de los derechos humanos, la cual, previsiblemente, puede causar desacuerdos y necesita ser justificada. Por lo demás, el trasfondo liberal de la propuesta de NUSSBAUM le lleva a abstenerse de proporcionar una evaluación completa de la calidad de vida en una sociedad concreta, pues ello podría suponer escollos a su universalización⁴³⁹.

A pesar de que el planteamiento de NUSSBAUM se presenta como una teoría acerca de la justicia social, no pretende resolver todos los problemas de distribución existentes, sino que tan solo procura describir un mínimo social lo

⁴³⁵ NUSSBAUM, M.C., “Capabilities and Human...”, *op. cit.*, pp. 287-288. También en NUSSBAUM, M.C., *Creating Capabilities. The...*, *op. cit.*, pp. 33-34.

⁴³⁶ NUSSBAUM, M.C., *Creating Capabilities. The...*, *op. cit.*, p. 109.

⁴³⁷ NUSSBAUM, M.C., “Capabilities and Human...”, *op. cit.*, p. 286.

⁴³⁸ NUSSBAUM, M.C., “Capabilities and Human...”, *op. cit.*, p. 293.

⁴³⁹ NUSSBAUM, M.C., *Creating Capabilities. The...*, *op. cit.*, p. 20.

bastante amplio. Así pues, la distribución de las diez capacidades centrales entre todos los ciudadanos se presenta como una condición necesaria de justicia social, si bien las exigencias de la justicia son mucho más amplias. Es en este punto en el que NUSSBAUM introduce la idea de “umbral”, entendida como una exigencia de equidad en determinados supuestos problemáticos, que solo pueden ser resueltos a través de la descripción detallada de cada capacidad mediante la pregunta acerca de aquello que requiere la igual dignidad de todos los seres humanos. Para NUSSBAUM, el establecimiento preciso de este umbral constituye una cuestión que ha de resolver cada país en atención a sus propias tradiciones e historia, si bien observando ciertos límites. De este modo, el enfoque de las capacidades señala aquello que se ha de considerar como relevante, pero no efectúa una asignación definitiva de los pesos ni una decisión tajante⁴⁴⁰.

SEN, por su parte, concibe las capacidades como el elemento de comparación para la evaluación de la calidad de vida humana más adecuado en un país concreto, lo cual lo aleja del liberalismo político de NUSSBAUM. A pesar de que la tesis de SEN es también de índole normativa, no se postula como una propuesta definida en términos de justicia básica, si bien se encuentra muy influenciada por el pensamiento rawlsiano⁴⁴¹. Tampoco emplea la idea de umbral ni propone una lista específica de capacidades, aunque en ocasiones incide en la relevancia de la salud y la educación. Asimismo, no se refiere al concepto de la dignidad humana, aunque reconoce su importancia. Para SEN, las capacidades son “libertades esenciales” (*substantial freedoms*) o “positivas” (*positive freedoms*), es decir, un conjunto de oportunidades, habitualmente interrelacionadas, para elegir y actuar en consecuencia. La formulación estándar propuesta por SEN concibe las capacidades de una persona como combinaciones alternativas de funcionamientos a su alcance. En este sentido, la capacidad se configura como una libertad esencial para alcanzar una combinación de funcionamientos alternativos. No se trata simplemente de habilidades inherentes a la persona, sino de libertades u oportunidades creadas por una combinación de habilidades personales y circunstancias políticas, sociales y económicas⁴⁴².

NUSSBAUM se refiere a estas libertades esenciales como “capacidades combinadas” (*combined capabilities*), es decir, la totalidad de oportunidades que alguien posee en virtud de su elección y acción en el marco de un contexto político, social y económico particular⁴⁴³. Estas capacidades combinadas se determinan de

⁴⁴⁰ NUSSBAUM, M.C., *Creating Capabilities. The...*, op. cit., p. 41. SEN, A., *Development as Freedom*, op. cit., p. 33.

⁴⁴¹ Ello resulta patente respecto del empleo de los conceptos de “libertades y oportunidades básicas” o “esenciales”, en un sentido próximo al propuesto por RAWLS. Vid. RAWLS, J., “La idea de una razón pública”, *Isegoría* 9, 1994, p. 13.

⁴⁴² SEN, A., *Development as Freedom...*, op. cit., pp. 14-15. Vid también en SARTEA, C., “El derecho al desarrollo: una cuestión de justicia y solidaridad”, *Dikaion* 23(2), 2014, p. 332.

⁴⁴³ NUSSBAUM, M.C., *Creating Capabilities. The...*, op. cit., p. 21.

algún modo por las características de la persona, pues son definidas como las “capacidades internas” (*internal capabilities*) junto con el contexto social, político y económico, dentro del que se puede elegir el funcionamiento correspondiente a la capacidad de que se trate. Con todo, se ha de considerar que las capacidades internas no son equiparables a las capacidades combinadas. La importancia práctica de dicha distinción reside en que en una sociedad se puede impulsar la producción adecuada de las capacidades internas, al mismo tiempo que se limita las posibilidades de que los individuos las ejerciten. Así pues, mientras que las capacidades combinadas equivalen a la totalidad de oportunidades a disposición de un individuo, las capacidades internas se encuentran más próximas a la idea de funcionamientos. Sin embargo, conceptualmente no es posible pensar en una sociedad que produzca capacidades combinadas sin la presencia de capacidades internas, en tal sentido las últimas son presupuesto de las primeras. Por lo demás, las capacidades internas no se configuran como capacidades innatas, sino que se adquieren mediante un tipo concreto de funcionamiento y se retienen mediante la posibilidad de funcionar de acuerdo con dicha capacidad. Las capacidades innatas de la persona, por su parte, son un conjunto de capacidades básicas, esto es, facultades consustanciales de la persona que posibilitan el posterior ejercicio y desarrollo. A pesar de que la idea de capacidades innatas presenta un papel importante en esta propuesta, el concepto de capacidades combinadas no se encuentra inserto en una lógica meritocrática, sino que promueve el principio de respeto de todas las personas orientado a la obtención de una igualdad material⁴⁴⁴.

Por lo que se refiere al concepto de “funcionamientos”, este indica la realización o ejercicio activo de una o más capacidades, mientras que las capacidades indican la oportunidad del individuo para seleccionar el funcionamiento, de modo que el concepto de capacidad contiene de manera implícita la idea de libre elección. No obstante, las capacidades no tendrían sentido alguno si nunca fueran empleadas, de lo cual se deriva que la idea de funcionamiento otorga a las capacidades su finalidad, si bien las capacidades concebidas como ámbitos de libertad y elección poseen valor en sí mismas. En opinión de NUSSBAUM, los funcionamientos no constituyen objetivos políticos adecuados, sino que se ha de atender a las capacidades, en tanto estas últimas dejan lugar al ejercicio de la libertad humana. Además, esta preferencia por las capacidades está conectada con la cuestión del respeto hacia el pluralismo de perspectivas religiosas y seculares acerca de la vida y, en definitiva, con la idea de liberalismo político⁴⁴⁵.

Por lo demás, el enfoque de las capacidades ha sido ampliado por J. WOLFF y A. DE-SHALIT, quienes han sugerido conceptos adicionales con la intención de mejorar dicha explicación. Estos autores han introducido el término

⁴⁴⁴ NUSSBAUM, M.C., *Creating Capabilities. The..., op. cit.*, p. 24.

⁴⁴⁵ NUSSBAUM, M.C., *Creating Capabilities. The..., op. cit.*, p. 26.

“funcionamientos seguros” (*secure functionings*)⁴⁴⁶ o “seguridad de la capacidad” (*capability security*), en la terminología empleada por NUSSBAUM⁴⁴⁷, al considerar que una política pública no solo debe proporcionar a las personas una capacidad, sino otorgarla de tal modo que puedan disponer de ella en el futuro. Asimismo, han propuesto el concepto de “funcionamiento fértil” (*fertile functioning*) como uno de los medios de promoción de otras capacidades relacionadas. Además, estos funcionamientos fértiles pueden ser de diversos tipos y variar en atención al contexto. Por último, el concepto de “desventaja corrosiva” o dañina (*corrosive disadvantage*) se configura como el contrapunto del concepto de capacidad fértil, es decir, supone una carencia con un impacto importante en otros ámbitos de la vida⁴⁴⁸. Asimismo, estos autores han completado la lista de NUSSBAUM, añadiendo a las diez capacidades anteriormente enumeradas: la independencia completa, hacer el bien a los demás, vivir respetando las leyes y entender las leyes⁴⁴⁹.

2.7.3. Capacidades, dignidad humana y el problema de la medida

Con la intención de seleccionar aquellas capacidades humanas más importantes, NUSSBAUM recurre a la idea de dignidad humana, que concibe como intuitiva⁴⁵⁰. No obstante, esta idea de dignidad no es empleada de manera aislada, como si fuera completamente autoevidente, sino que aparece interconectada con otras. En líneas generales, la propuesta de NUSSBAUM se centra en la protección de aquellas áreas de libertad tan importantes que su supresión impediría una vida compatible con la dignidad humana. Sin embargo, considera que aquellos ámbitos en los que la libertad no presenta tanta relevancia han de quedar a disposición de la voluntad política, lo cual, por lo demás, podrá ir variando con el paso del tiempo⁴⁵¹.

El enfoque de las capacidades parte de la segunda formulación del imperativo categórico kantiano que considera a todas las personas como fines en sí mismos. El objetivo es la garantía de capacidades para todas y cada una de las personas y no el uso de algunas como medios para la promoción de las capacidades de otras o de la comunidad en su conjunto, lo cual aleja a este planteamiento del cálculo utilitarista. Así pues, el enfoque de las capacidades considera a cada persona como merecedora del mismo respeto y consideración, con independencia de la imagen

⁴⁴⁶ WOLFF, J. & DE-SHALIT, A., “On Fertile Functionings: A Response to Martha Nussbaum”, *Journal of Human Development and Capabilities*, 14(1), 2013, p. 161. También en WOLFF, J. & DE-SHALIT, A., *Disadvantage*, Oxford University Press, Oxford/New York, 2007, p. 37.

⁴⁴⁷ NUSSBAUM, M.C., *Creating Capabilities. The..., op. cit.*, p. 43.

⁴⁴⁸ WOLFF, J. & DE-SHALIT, A., *Disadvantage, op. cit.*, pp. 133 y ss. Vid también en NUSSBAUM, M.C., *Creating Capabilities. The..., op. cit.*, pp. 43-45.

⁴⁴⁹ WOLFF, J. & DE-SHALIT, A., *Disadvantage, op. cit.*, pp. 57-60. Vid también en SEOANE, J.A., “El derecho a una capacidad de salud segura”, *Ius et Scientia* 2(2), 2016, pp. 47-48.

⁴⁵⁰ NUSSBAUM, M.C., *Creating Capabilities. The..., op. cit.*, p. 29.

⁴⁵¹ NUSSBAUM, M.C., *Creating Capabilities. The..., op. cit.*, pp. 31-32.

que la persona concreta tenga de sí misma, de manera que no se basa en la satisfacción de las preferencias existentes. Además, el carácter irremediablemente heterogéneo de las capacidades centrales es considerado de suma importancia, en tanto que todas ellas son distintas y, consecuentemente, todas necesitan ser aseguradas y protegidas de maneras diferentes, lo cual plantea problemas de compatibilidad acerca de la realización entre capacidades contrapuestas, siendo previsible la aparición de situaciones de colisión. NUSSBAUM reconoce que el conflicto entre dos capacidades resulta ominoso, pues cualquier decisión al respecto supondrá un mal para alguien. Además, el análisis de coste-beneficio no soluciona el problema, ya que la violación de un derecho basado en una premisa de justicia básica no solo presenta un coste elevado, sino que supone un precio que en una sociedad completamente justa nadie ha de soportar. Mientras que, a juicio de SEN, en tales circunstancias cualquier orden de prioridades permanecerá inconcluso. NUSSBAUM, por el contrario, considera que no todas estas situaciones conflictivas impiden priorizar un estado de cosas como mejor que otro, sino que a veces podrá ocurrir que una elección será claramente mejor que otra, incluso cuando todas las opciones disponibles supongan una violación del mismo tipo⁴⁵².

Tanto SEN como NUSSBAUM señalan la heterogeneidad e inconmensurabilidad de todas las capacidades relevantes, la importancia de la distribución de las mismas y la imprecisión de las preferencias como indicador de aquello que es valioso de ser perseguido. Sin embargo, en este punto surge la duda de si ello es posible y cómo se pueden medir las capacidades. Aunque estas capacidades son variadas, ello no implica que estas no puedan ser medidas de manera separada, a juicio de NUSSBAUM afirmar lo contrario supondría aceptar la “falacia de la medida” (*the fallacy of measurement*). Sin embargo, la verdadera dificultad reside en que la noción de capacidad combina de manera intrincada un ámbito de preparación interno con otro de oportunidad externo, lo cual dificulta el cálculo. En determinadas ocasiones, resulta posible inferir una capacidad de un patrón de funcionamiento. Habitualmente se piensa en el cálculo como una escala numérica de algún tipo, pero algunas capacidades demandan ser medidas en una escala cualitativa y no cuantitativa. En este contexto, el análisis discursivo se presenta para NUSSBAUM como el medio más apropiado para la resolución de ciertas cuestiones relacionadas con el nivel del umbral de un derecho fundamental⁴⁵³.

2.7.4. Capacidades y derechos humanos

SEN y NUSSBAUM reconocen que su enfoque de las capacidades se sitúa bastante próximo al movimiento internacional de los derechos humanos, siendo el punto de enlace aquella idea acerca de que las personas poseen una serie de

⁴⁵² NUSSBAUM, M.C., *Creating Capabilities. The..., op. cit.*, p. 37.

⁴⁵³ NUSSBAUM, M.C., *Creating Capabilities. The..., op. cit.*, pp. 61-62.

derechos básicos por el simple hecho de su humanidad, lo cual es correlativo a un deber de respeto por parte de la sociedad en su conjunto. Asimismo, existe similitud en cuanto al contenido, pues las capacidades de la lista propuesta por NUSSBAUM coinciden sustancialmente con los derechos humanos reconocidos en la DUDH y otros textos en la materia, en tanto que ambos recogen tanto los denominados derechos civiles y políticos (derechos de 1ª generación) como los derechos económicos y sociales (derechos de 2ª generación). Además, ambos ejercen un papel similar al proveer las bases para la comparación intercultural y el aseguramiento de las garantías constitucionales.

El enfoque de las capacidades trata de solventar algunos de los defectos que el paradigma de los derechos humanos presenta. Así pues, intenta suplementar su estándar fundamentando los derechos en la simple humanidad y una mínima agencia, evitando con ello las referencias a exigencias de racionalidad o cualquier otra propiedad específica, lo cual permite el reconocimiento de derechos humanos igualitarios a todas las personas, incluidas aquellas que presentan particularidades o alteraciones cognitivas. Asimismo, el enfoque de las capacidades articula con mayor claridad la conexión entre los derechos humanos y la dignidad humana, al mismo tiempo que explicita la ineludible relación entre derechos y deberes. Respecto de este último punto, NUSSBAUM señala la conexión conceptual existente entre la idea de capacidades centrales entendidas como derechos humanos fundamentales y la idea de deberes. Para esta autora, la existencia del derecho presupone la presencia de tales deberes, incluso antes de asignar deberes a personas o grupos concretos. Estos deberes recaen sobre la estructura política del Estado de que se trate, pues este es el responsable de la distribución y provisión de un umbral adecuado de todos los derechos. Sin embargo, los Estados más pobres necesitan ayuda de los ricos para poder cumplir sus obligaciones relativas a la promoción de las capacidades de sus ciudadanos. Otros deberes para la promoción de las capacidades humanas, sin embargo, recaen sobre corporaciones, agencias y acuerdos internacionales y, en última instancia, sobre individuos concretos. Con todo, en la propuesta de NUSSBAUM, los gobiernos poseen un papel primordial en la garantía de las referidas capacidades centrales. Por el contrario, para SEN, las capacidades carecen de aquella conexión conceptual que los derechos humanos poseen respecto del gobierno. En este punto, NUSSBAUM acusa a SEN de referirse a las capacidades en un sentido demasiado amplio y no circunscribir su explicación a aquellas capacidades centrales, concepto que, por lo demás, SEN no maneja⁴⁵⁴.

En contraste con la concepción tradicional de los derechos entendidos como barreras a la interferencia de la acción estatal, el enfoque de las capacidades señala que todos los derechos involucran una conducta afirmativa del gobierno, a saber: este debe apoyar de manera activa las capacidades de las personas y no solo

⁴⁵⁴ NUSSBAUM, M.C., *Creating Capabilities. The..., op. cit.*, pp. 63-64.

abstenerse de imponer obstáculos a las mismas, pues en otro caso los derechos no serán más que “papel mojado”. Aceptar lo anterior equivale a sobrepasar el concepto de “libertad negativa”, pues todas las libertades serán positivas, en tanto que libertades de hacer o ser algo que requieren la abstención de la intervención de los demás. En la propuesta de NUSSBAUM, incluso aquellas libertades presentan límites cuando los derechos de ciertos individuos se vean en peligro, no pudiendo afirmarse su carácter absoluto⁴⁵⁵. En definitiva, para esta autora, todos los derechos requieren una conducta afirmativa del gobierno, lo cual incluye el gasto de recursos materiales, por lo que, de algún modo, se configuran como derechos prestacionales.

Para SEN, sin embargo, la idea de capacidades es más amplia que la de derechos, dado que las capacidades pueden incluir cuestiones procedimentales, mientras que los derechos son siempre cuestiones de oportunidad sustantiva⁴⁵⁶. Al respecto, NUSSBAUM ha replicado que esta distinción no es capaz de resistir el escrutinio del uso del lenguaje de los derechos en la mayoría de tradiciones constitucionales, pues la mayor parte de derechos fundamentales son de índole procedimental (p.ej. derecho a un juicio justo). Con todo, NUSSBAUM coincide con SEN en que el concepto de capacidades es más amplio que el de derechos humanos, pero en un sentido diferente, ya que algunas capacidades pueden ser fútiles e incluso negativas. El catálogo estándar de derechos humanos defendido a nivel internacional se corresponde aproximadamente con su lista de diez capacidades centrales, operar esta restricción permitirá la inclusión del lenguaje de los derechos en el enfoque de las capacidades, junto con las principales conclusiones obtenidas por el movimiento internacional de los derechos humanos y el contenido de muchos de los documentos en la materia. NUSSBAUM señala expresamente la enorme relevancia que posee el lenguaje de los derechos, al enfatizar la idea de una posición fundamental basada en una noción básica de justicia, es decir, pone de manifiesto que las personas ostentan ciertas pretensiones justificadas y urgentes vinculadas a determinadas conductas, con independencia del contexto y demás circunstancias concomitantes⁴⁵⁷. Es más, NUSSBAUM considera que los derechos fundamentales constituyen límites a la deliberación democrática⁴⁵⁸, de manera que estos circunscriben el ámbito de desarrollo de la libertad de elección, moderándose en consecuencia su liberalismo político de partida.

⁴⁵⁵ Por ejemplo, concibe como justificada la intervención de las fuerzas del Estado en el ámbito doméstico cuando los derechos de un miembro de la unidad familiar se encuentren en peligro. *Vid.* NUSSBAUM, M.C., *Creating Capabilities. The..., op. cit.*, p. 67.

⁴⁵⁶ SEN, A., *Development as Freedom, op. cit.*, p. 17.

⁴⁵⁷ NUSSBAUM, M.C., *Creating Capabilities. The..., op. cit.*, p. 68.

⁴⁵⁸ NUSSBAUM, M.C., *Creating Capabilities. The..., op. cit.*, p. 75.

2.8. Utilidad, bienestar general y el fundamento de los derechos

2.8.1. Problemas de la explicación utilitarista acerca de los derechos. Bienestar general vs. derechos

El denominado “utilitarismo del acto” (*act utilitarianism*) sostiene que un acto es correcto y se encuentra plenamente justificado cuando promueve el valor del bienestar humano al máximo nivel posible. Por el contrario, un acto resulta inadecuado cuando fracasa en dicha tarea. Sin embargo, habitualmente esta doctrina se realiza en términos probabilísticos, es decir, no se requiere que el bienestar humano sea promovido al máximo nivel posible, sino que el acto sea el más adecuado para la maximización de dicho bienestar humano. Por definición, el utilitarismo del acto se contrapone a la idea misma de derechos e ignora la fuerza justificatoria de los mismos, pues el ejercicio de un derecho por su titular persigue principalmente la promoción de un interés que podría no considerar la maximización del bienestar general. Además, quienes se encuentran obligados en atención a la relación de correlatividad existente entre derechos y deberes, pueden estar obligados a abstenerse de realizar conductas que podrían maximizar el bienestar general. Tampoco parece que los límites que habitualmente se imponen a los derechos tengan en consideración la maximización de la utilidad, sino más bien las nociones de libertad y autonomía tanto de su titular como de los demás. De este modo, cabe afirmar que la idea de los derechos, por lo general, persigue la promoción de determinados intereses que no tienen por qué coincidir con la maximización del bienestar de su titular ni del resto, lo cual contradice el argumento utilitarista referido al acto.

No obstante, un defensor del utilitarismo del acto podría afirmar que tanto las elecciones autorizadas en virtud de la titularidad de los derechos como las limitaciones de los mismos están justificadas por esta doctrina, pues tanto la posibilidad de elección por parte del titular, como el deber de no-interferencia de los demás se presentan como la alternativa más probable para la maximización del bienestar general. En este sentido, a pesar de que *a priori* pueda parecer que la titularidad de los derechos funciona como un factor moral relativamente independiente, estable y diferenciado, para el utilitarismo del acto la titularidad de los derechos se presenta como una condición fáctica que determina las utilidades probables del acto y que, por lo tanto, debe ser formulada en términos probabilísticos. De este modo, los derechos deben fundamentarse en función de los intereses y el bienestar humano, así como han de estar limitados a través de consideraciones análogas⁴⁵⁹, en virtud de la relación de reciprocidad existente entre derechos y obligaciones.

⁴⁵⁹ THOMSON, J.J., "Some Ruminations on Rights," *Arizona Law Review* 19, 1978, pp. 45-60.

Así, una interpretación de los derechos a partir del utilitarismo del acto se encuadra en términos de relevancia para la determinación final de lo que tanto el titular del derecho como los sujetos obligados pueden o deben hacer. Además, estas implicaciones se limitan en función de una estimación adecuada de los intereses y bienestar de los demás. Sin embargo, no parece que los derechos sean equivalentes a las consideraciones derivadas del utilitarismo del acto, pues el hecho de que el titular sufra o que los demás se vean perturbados por el ejercicio de un derecho por parte de su titular no demuestra que la conducta sea incorrecta o injustificada, del mismo modo que los sujetos obligados no pueden invadir un derecho del titular simplemente alegando que ello promocionaría mejor el bienestar general. Por consiguiente, las respuestas proporcionadas a partir del utilitarismo del acto respecto de la justificación de los derechos resultan insatisfactorias⁴⁶⁰.

2.8.2. La fuerza moral de los derechos. Derechos institucionales y derechos morales

Tomando la terminología empleada por el utilitarismo, se podrían discriminar dos modalidades conceptuales de derechos: “derechos institucionales” y “derechos morales”⁴⁶¹. En este sentido, los derechos institucionales son caracterizados por su reconocimiento y vigencia social, de modo que caen dentro de esta categoría aquellos derechos jurídicamente reconocidos, es decir, los derechos positivizados. Los derechos morales, por el contrario, no se definen en función de dicho reconocimiento, sino que se determinan en virtud de un criterio de tipo moral referido a su fundamentación. LYONS reconoce que en la práctica ambas categorías pueden solaparse, de modo que resulta verosímil afirmar la existencia de “derechos institucionales morales”, es decir, derechos positivizados que gozan de un sustento o justificación moral, aunque también podría constatarse la existencia de derechos institucionales desprovistos de dicha justificación. Por consiguiente, parece posible afirmar que a la explicación de LYONS subyace un argumento de desconexión entre el Derecho y la moral, pues concibe la existencia de derechos positivos desprovistos de cualquier sustento moral⁴⁶².

⁴⁶⁰ LYONS, D., “Utility as a possible ground of rights”, *Noûs* 14(1), 1980, p. 22.

⁴⁶¹ Esta terminología se desprende de las tesis utilitaristas de BENTHAM, quien reconoció la existencia de “derechos institucionales”, pero no así de derechos de los individuos (en este sentido: “derechos morales”) con repercusión en el diseño de dichas instituciones, ni como elementos de crítica respecto de la actuación de las mismas, pues en la obra de BENTHAM la positividad constituye un elemento esencial para la existencia de los derechos. *Vid.* LYONS D., “Human Rights and General Welfare”, *Philosophy and Public Affairs* 6(2), 1977, p. 115. También en LYONS, D., “Utility as a...”, *op. cit.*, p. 17.

⁴⁶² *A contrario, vid.* DWORKIN, R., ‘A Reply to Critics’, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge, 1978, 326f.

En opinión de LYONS, resulta plausible suponer que instituciones utilitaristas hipotéticas probablemente incorporarían derechos a su estructura, en tanto que se tienden a recrear aquellas instituciones que son estructuralmente análogas a aquellas con las cuales se está familiarizado y estas habitualmente confieren derechos. Por lo demás, no se puede argumentar que unas instituciones avaladas por los mejores argumentos utilitaristas nunca promoverían una extensión adecuada de libertad o las restricciones oportunas sobre el comportamiento de los demás, correlativas a los derechos de la contraparte. Con todo, el propio LYONS reconoce que garantizar la mera posibilidad de los derechos en sede de las instituciones utilitaristas no avanza mucho, pues también resulta compatible con la inobservancia de los mismos. A pesar de que BENTHAM, en tanto que principal representante del utilitarismo, ignoró por completo la fuerza moral de los derechos, LYONS se pregunta si una explicación de corte utilitarista podría contemplar esta fuerza moral de los derechos. De ser así, el principal argumento en favor del respeto de los derechos institucionales ha de pivotar sobre la utilidad de las instituciones. Presumiblemente, las instituciones que el utilitarismo consideraría plenamente justificadas serían aquellas que crean derechos con fuerza moral, siendo la elección del titular en relación con el objeto del derecho, junto con las restricciones que pesan sobre los demás en atención a las reglas, lo que otorga fuerza moral a los derechos y no su actuación en atención a la realización del bienestar. Un defensor del utilitarismo del acto supondrá que una institución se justifica en la medida en la que promueve el bienestar humano, pero una vez alcanzado este objetivo, la conducta sujeta a aquellas instituciones se justificará por referencia a sus reglas, de modo que, aunque los argumentos utilitaristas tienen cabida, estos no ostentan el monopolio de la justificación. Asimismo, dicha justificación no es simplemente jurídica, pues las reglas se conciben como justificadas y, en tanto que justificadas, estas han de ser observadas, de manera que su impacto jurídico se traduce a términos de fuerza moral⁴⁶³.

Sin embargo, es posible que reglas sociales reales sustentadas por los mejores argumentos utilitaristas requieran decisiones que no promuevan de la manera más efectiva el bienestar humano en determinados casos, pues a veces la inobservancia de las reglas podría promover el bienestar humano de una manera más efectiva. Cuando esto suceda, entonces existirá un argumento utilitarista directo en favor de la inobservancia de ciertas reglas utilitaristas. De este modo, para el utilitarismo el impacto jurídico de las normas no se traduce automáticamente en fuerza moral, pues para que ello sucediera el mero hecho de la existencia de una regla utilitarista debería proporcionar una razón para observarla, esto es, una razón situada completamente al margen de las consideraciones utilitaristas. Cuando consideraciones utilitaristas argumenten

⁴⁶³ LYONS, D., "Utility as a...", *op. cit.*, pp. 23-24.

directamente en contra de las reglas, esta razón desaparece, de modo que un sistema normativo utilitarista no reproducirá la fuerza moral de los derechos. En tal caso, un eventual programa general de diseño de instituciones que incorporen derechos con fuerza moral al servicio del bienestar general o valores análogos resultaría incoherente⁴⁶⁴.

El utilitarismo de la regla, por su parte, propone la formulación de un principio utilitarista orientado a limitar la aplicación del criterio de utilidad a las instituciones sociales y que, al mismo tiempo, requiera el compromiso con reglas que presentan una justificación utilitarista. No obstante, de la premisa relativa a que una institución ostente una justificación utilitarista, no se sigue que esta deba ser respetada, pues la idea de que el bienestar humano deba ser promovido no restringe su aplicación a los actos individuales o a las reglas sociales. Así, para un utilitarista el impacto jurídico de las reglas no es traducido de manera automática a una fuerza moral, de manera que la fuerza de un derecho nunca sería reconocida por un argumento utilitarista estricto. Es más, las mismas razones que subyacen a la inobservancia de las reglas, esto es, la posibilidad de maximizar el bienestar general, concuerdan con la posibilidad de inobservar los derechos. De este modo, el argumento utilitarista realmente no acomoda a los derechos en su explicación, pues preferirá instituciones cuyas reglas reflejen la fuerza moral de los derechos, pero realmente no lo consigue, pues las reglas por sí mismas no poseen fuerza directa para el utilitarismo⁴⁶⁵.

En opinión de LYONS, un utilitarista coherente ha de guiarse por consideraciones relativas al utilitarismo del acto, pues la justificación utilitarista acerca de las instituciones o reglas sociales no posee implicaciones prácticas directas para el utilitarismo y, por consiguiente, este no puede acomodar la justificación de los derechos en su explicación. En este sentido, la actuación de un hipotético funcionario utilitarista estaría completamente limitada a seguir reglas estrictamente al servicio del bienestar general, pero nada asegurará la observancia constante de las mismas, pues a pesar de su utilidad puede ocurrir que inobservarlas redunde en la obtención más efectiva del bienestar general. No obstante, un supuesto funcionario utilitarista podría valorar como incorrecto inobservar aquellas reglas que está encargado de administrar, en virtud del compromiso que ha adquirido para con las instituciones y los miembros de su comunidad, además de la confianza que en este ha sido depositada. No obstante, tales consideraciones suponen el abandono del razonamiento utilitarista, lo cual equivale a afirmar que los principios del utilitarismo necesitan ser complementados con explicaciones que exceden el propio pensamiento utilitarista⁴⁶⁶.

⁴⁶⁴ LYONS, D., "Utility as a...", *op. cit.*, p. 25.

⁴⁶⁵ LYONS, D., "Utility as a...", *op. cit.*, p. 26.

⁴⁶⁶ LYONS, D., "Utility as a...", *op. cit.*, p. 28.

2.8.3. El bienestar general como fundamento de los derechos humanos

2.8.3.1. La reformulación utilitarista de John S. MILL

Es habitualmente aceptado que los derechos poseen un impacto significativo en las estimaciones acerca del bienestar de los individuos⁴⁶⁷. No obstante, como ya se ha tenido oportunidad de señalar, un argumento utilitarista podría aconsejar la inobservancia de ciertos derechos cuando ello conlleve a la maximización del bienestar general. A pesar de que se puede cuestionar el carácter absoluto de los derechos, lo cierto es que su inobservancia siempre contradice una regla, norma, principio o curso de acción, incluso en aquellas circunstancias en las que maximiza el bienestar general. De este modo, puede ocurrir que el compromiso con el bienestar general colisione con el reconocimiento genuino de derechos. El utilitarismo de la regla ha intentado resolver estas cuestiones relativas a la colisión entre bienestar general y derechos. Así, las tesis revisionistas acerca del utilitarismo del acto han sugerido la adhesión a ciertas reglas consideradas útiles que excluyen la invocación al bienestar general de manera casuista, en un intento de compaginar las obligaciones asumidas a través del reconocimiento de los derechos con el argumento del bienestar general. De este modo, determinadas reglas podrían conferir derechos, cuya inobservancia estará generalmente prohibida y nunca directamente autorizada por el bienestar general. En esta línea se sitúa aproximadamente la célebre propuesta utilitarista de John S. MILL, quien de manera explícita reconoció la existencia de derechos y obligaciones. De este modo, la adhesión de MILL al bienestar general le permitió juzgar todas las cosas mediante dicha unidad de medida, la cual complementó con un análisis acerca de los juicios morales que lo condujo a aceptar la existencia de derechos y deberes morales.

2.8.3.2. El principio de libertad personal

Para MILL, la única razón que justificaría la interferencia social coercitiva sería la prevención del daño a las personas, a salvo de la libertad del agente que provoca el daño, la cual podría ser legítimamente limitada. Es más, a juicio de MILL, no resultaría adecuado recurrir directamente al argumento del bienestar general para intervenir en el comportamiento de las personas, lo cual podría hacer pensar que el utilitarista inglés renunció al estándar del bienestar general. El propio MILL reconoció que este “principio de libertad” no se derivaba como tal de su “principio general de felicidad” (*general happiness principle*), el cual *a priori* le llevaba a autorizar aquellas intervenciones paternalistas al servicio del bienestar general. En atención a lo anterior, surgen dudas sobre la compatibilidad de estos principios, pues podría parecer que el compromiso de MILL con el bienestar general equivale a

⁴⁶⁷ Esta es la tesis que Ronald DWORKIN ha sostenido en su ampliamente conocida obra *Taking Rights Seriously* publicada en 1977.

la idea de que se está moralmente limitado a servir al bienestar general de la manera más eficiente y productiva posible, de modo que el principio de libertad sería concebido como una guía genérica para la acción orientada a la garantía de la aproximación más cercana a los requisitos que subyacen al principio de utilidad. No obstante, LYONS propone entender la explicación de MILL de otro modo, pues considera que a largo plazo el bienestar general sería más adecuadamente satisfecho si se restringe la interferencia social, tanto por medios jurídicos como informales, a la prevención del daño de los demás, ya que el impacto para aquellos sobre los que se ejerce la coerción será muy alto⁴⁶⁸.

Si se acepta lo anterior, entonces el estándar del bienestar general y el principio de libertad serían compatibles. Con todo, el propio LYONS reconoce que esta explicación no constituye una respuesta completa a las objeciones al paternalismo y otras formas de interferencia social, pues las convicciones referidas a la primacía de la libertad pueden ser más fuertes que las asunciones fácticas requeridas por el argumento de MILL. No obstante, parece adecuado requerir una justificación de las convicciones morales, pues no resulta suficiente alegar su "autoevidencia" (*self-evidence*)⁴⁶⁹, debiéndose sopesar las relaciones existentes entre la libertad y el bienestar general. Además, el argumento atribuido a MILL parece sugerir que el bienestar general sería mejor satisfecho si se traspasan los márgenes del utilitarismo, lo cual ha sido alegado por los detractores del utilitarismo como una evidencia de la inadecuación del mismo. No obstante, podría alegarse que generalmente los individuos intentan evitar aquellas situaciones que consideran autodestructivas, a pesar de que estas situaciones no sean siempre evidentes, lo cual parece compatible con la tesis de MILL. Aceptar lo anterior, permitiría establecer un fundamento utilitarista para el principio de libertad, pues los individuos en principio se inclinarán a la maximización de su bienestar mediante el ejercicio de su libertad. Además, esta formulación podría asumir sin problema el establecimiento de ciertas restricciones al principio de libertad, pues MILL no consideraba contraproducente cualquier restricción del principio de libertad, sino que tan solo limitó la injerencia a la verificación de un daño en los demás. En virtud de esta interpretación, el principio de libertad de MILL no se configura como una guía general de actuación asociada al utilitarismo del acto, ni tampoco como una regla de obligación obtenida mediante la aplicación de una formulación moderna del utilitarismo de la regla, sino que se trata de una aplicación directa del estándar de bienestar general a la pregunta acerca de las razones que asisten al bienestar general para establecer las reglas sociales. El principio de libertad de MILL se refiere a los fines, especialmente a la felicidad, y proporciona la base para evaluar otras cosas en relación con ese bien. No se refiere a los actos o a las reglas en cuanto a tales, pues no dice nada acerca de lo correcto o

⁴⁶⁸ LYONS D., "Human Rights and...", *op. cit.*, p. 117.

⁴⁶⁹ LYONS, D., "Utility as a...", *op. cit.*, p. 19.

lo incorrecto, el deber o la obligación y no requiere la maximización del bienestar general en términos morales⁴⁷⁰.

MILL afirmó que los juicios acerca de la justicia de los actos constituyen un tipo específico de opinión moral, pudiéndose calificar a tales actos como “incorrectos” (*wrong*) sin ser “injustos” (*unjust*), pues para poder definir un acto como injusto, este ha de violar el derecho de otra persona, lo cual no es verdad de todos los actos considerados incorrectos, entendidos como aquellos que no alcanzan el máximo nivel de promoción del bienestar general. Del mismo modo, concebía que los juicios morales constituirían un subtipo de opiniones acerca de los actos en general, los cuales podrían ser valorados como negativos sin ser necesariamente tachados de inmorales, en cuyo caso el castigo estaría justificado⁴⁷¹. Esta distinción efectuada por MILL entre los conceptos de “inmoralidad” y mera “inconveniencia” pone de manifiesto que no suscribía un utilitarismo del acto, además de que a su estándar acerca del bienestar general no subyacen requisitos morales. A los efectos de demostrar que un acto es incorrecto y no simplemente inconveniente, en primera instancia MILL propuso demostrar que el castigo de ese acto está justificado, pues solo tales actos legitiman el castigo de la conducta. No obstante, cabe matizar que MILL no incluyó la sanción de la ley como único castigo, sino también la condena pública, que junto con la primera categoría consideraba que constituirían “sanciones externas” (*external sanctions*); y los sentimientos de culpabilidad conscientes de los agentes, los cuales constituirían “sanciones internas” (*internal sanctions*)⁴⁷².

LYONS sugiere entender el criterio de la inconveniencia de un acto introducido por MILL como la obstaculización de la obtención del máximo nivel de bienestar general posible. Si se acepta su propuesta, entonces este concepto no podrá equipararse al criterio de incorrección de MILL, pues la inconveniencia de un acto relativo a la maximización del bienestar no justifica sanción alguna. Por consiguiente, el estándar del bienestar general propuesto por MILL solo determinará la conveniencia de los actos, pero ello no implicará un juicio moral ni presentará implicaciones morales⁴⁷³. Además, LYONS señala que la justificación de las sanciones externas implica un paso extra, pues a diferencia de los sentimientos de culpabilidad, los cuales se desencadenan aproximadamente de forma

⁴⁷⁰ LYONS D., “Human Rights and...”, *op. cit.*, p. 119.

⁴⁷¹ MILL, J.S., *Utilitarianism*, Coventry House Publishing, Dublin-Ohio, [1861] 2017, cap. V, párrafos 13-15 (versión en español: *El utilitarismo*, traducción de Esperanza Guisán Seijas, Alianza, Madrid, 2014).

⁴⁷² En el capítulo III de su obra *Utilitarianism*, MILL empleó expresamente el término “sanción” (*sanction*). *Vid.* LYONS D., “Human Rights and...”, *op. cit.*, nota 8, pp. 120-121.

⁴⁷³ LYONS apunta que la lectura de la obra de MILL a partir del utilitarismo del acto resulta más evidente en *Utilitarianism*, capítulo II, párrafo 2. No obstante, otros autores han señalado la ambigüedad del fragmento (*vid.* BROWN, D.G., “What is Mill’s Principle of Utility?”, *Canadian Journal of Philosophy* 3(1), 1973, pp. 1-12), como así lo reconoce el propio LYONS en “Human Rights and...”, *op. cit.*, nota 9, p. 121.

automática, las sanciones externas requieren la actuación de terceros. Así, para justificar el autoreproche en casos particulares tan solo se ha de justificar la internalización de ciertos valores; pero para justificar las sanciones externas se han de justificar además actos distintos de otras personas, los cuales están basados en sus correspondientes valores. Desde la perspectiva de MILL, afirmar que un acto es incorrecto supone básicamente alegar que los sentimientos de culpabilidad están justificados⁴⁷⁴.

MILL, influenciado por BENTHAM, pensaba en las sanciones como algo que no solo ocurre inmediatamente después del acto como respuesta al daño realizado, sino que también de antemano presentan el efecto de disuadir tal conducta. Las sanciones internas requieren que los valores correspondientes sean interiorizados, esto es, aceptados reflexivamente por el individuo. Por su parte, para que las sanciones externas estén justificadas, estas deben funcionar de manera eficiente, lo cual requiere que los esos valores correspondientes sean ampliamente compartidos en el seno de una determinada comunidad, lo cual equivale a la existencia de un código moral común. A partir de lo anterior, LYONS reconstruye la explicación de MILL acerca de los juicios morales de manera que alegar una obligación moral supone afirmar la interiorización generalizada de un valor que se presenta como relevante respecto de una conducta. Demostrar que un acto es incorrecto implica mostrar que quebranta una regla, en abstención de una obligación considerada relevante⁴⁷⁵. MILL, igual que BENTHAM, consideró el coste de las sanciones, si bien se separó del segundo en dos extremos. En primer lugar, MILL reconocía las sanciones internas que BENTHAM ignoraba, al mismo tiempo que las consideró fundamentales para la idea de moralidad. En segundo lugar, MILL analizó la obligación en términos de sanciones justificables, mientras que BENTHAM lo hizo en términos de coerción real o coerción institucionalmente autorizada⁴⁷⁶. Para MILL, una obligación determina por sí misma si un acto es incorrecto, es decir, establece requisitos morales; de manera que, incluso si el bienestar general sirviese para alegar la infracción de una obligación, no implicaría la justificación moral de dicha inobservancia. Por consiguiente, la reformulación de MILL procura compatibilizar el bienestar general y los derechos⁴⁷⁷.

2.8.3.3. El concepto de “derechos”

Sobre la distinción entre justicia y moralidad general, MILL afirmó que no todas las obligaciones morales, sino tan solo las obligaciones de justicia se corresponden con derechos morales. Así pues, concibió la violación de los derechos de terceros como un acto injusto, pudiendo un acto ser incorrecto sin ser

⁴⁷⁴ LYONS D., “Human Rights and...”, *op. cit.*, pp. 121-122.

⁴⁷⁵ LYONS D., “Human Rights and...”, *op. cit.*, *ibidem*.

⁴⁷⁶ LYONS D., “Human Rights and...”, *op. cit.*, pp. 122-123.

⁴⁷⁷ LYONS D., “Human Rights and...”, *op. cit.*, p. 125.

injusto⁴⁷⁸. A la tesis de MILL subyace la creencia acerca de que, aunque no todas las obligaciones implican derechos correlativos, todos los derechos implican obligaciones correlativas. Por consiguiente, es posible interpretar su análisis de los derechos morales en términos de obligaciones morales. Así, el derecho de una persona implica una reclamación válida dirigida a la sociedad acerca de la protección de su posesión, tanto a través de la fuerza de la ley como mediante la educación y la opinión pública. Cuando esta reclamación es considerada suficiente como para ser garantizada por la sociedad, entonces se estará en presencia de un derecho⁴⁷⁹. Consecuentemente, la tenencia de un derecho equivale a la obtención de algo cuya posesión la sociedad tiene el deber de defender, justificándose dicho deber en función de su utilidad⁴⁸⁰.

Por lo que respecta a las adscripciones de derechos, alguien posee un derecho cuando debe ser tratado de una determinada manera, lo cual sirve a o impide el deterioro de un interés del titular. Al poner en relación esto con la teoría de la obligación propuesta por MILL, se obtiene que alguien posee un derecho moral cuando otra/s persona/s están bajo el influjo de una obligación moral de beneficiar al titular del derecho, es decir, cuando existe una base suficiente para la generalización de la interiorización de un valor que requiere una determinada manera de actuar hacia el titular, concebida como adecuada. Esta lectura de MILL resulta posible dado que tanto su análisis acerca de las obligaciones morales como su análisis de los derechos son independientes del estándar del bienestar general⁴⁸¹.

Si los principios que se poseen realmente apoyan un tipo relevante de demanda traducida en una obligación, entonces se estará comprometido con los derechos correspondientes. Para MILL, algunas de estas demandas son validadas en virtud del estándar del bienestar general, es decir, que determinadas maneras de proteger a los individuos servirán al bienestar general. El principio de libertad de MILL puede ser construido como la defensa de algunos de estos derechos y su defensa como un argumento a favor de la protección de los mismos. Así pues, parece plausible afirmar que un utilitarista como MILL estará comprometido con la existencia de ciertas categorías de derechos morales, en virtud de su aceptación del bienestar general como estándar de evaluación. Además, como MILL no estaba moralmente comprometido con la maximización del bienestar⁴⁸², tampoco lo estaba con la inobservación de los derechos cuando ello suponga la maximización del bienestar general. Lo cual pone de relieve que la propuesta de MILL posibilita la

⁴⁷⁸ MILL, J.S., *Utilitarianism*, *op. cit.*, capítulo V, párrafo 15.

⁴⁷⁹ MILL, J.S., *Utilitarianism*, *op. cit.*, capítulo V, párrafo 24.

⁴⁸⁰ MILL, J.S., *Utilitarianism*, *op. cit.*, capítulo V, párrafo 25.

⁴⁸¹ LYONS, D., "Rights, Claimants, and Beneficiaries", *American Philosophical Quarterly* 6 (1969), pp. 173-185.

⁴⁸² Recuérdese que, en la tesis de MILL, la inobservancia del bienestar solo es concebida como incorrecta, pero no como injusta.

conjugación de las tesis utilitaristas acerca del bienestar general con la existencia de derechos⁴⁸³. Para MILL, las reglas que confieren derechos tienen preferencia sobre aquellas que solo imponen obligaciones útiles, pues “se refieren de manera más inmediata a los elementos esenciales del bienestar humano y, por lo tanto, son más obligatorios que ninguna otra regla para la ordenación de la vida”⁴⁸⁴. Según MILL, los derechos más importantes del ser humano son la libertad de actuación y la seguridad personal, pues se refieren a los intereses más importantes, los cuales deben ser respetados o, incluso, asistidos para que puedan darse unas condiciones de vida mínimamente aceptables en cualquier contexto.

LYONS subraya la necesidad de entender que en la tesis de MILL un acto no es incorrecto solo porque no sirva a la maximización del bienestar general, sino que es incorrecto en la medida en que justifica la sanción de la conducta, presentando dichas sanciones, tanto internas como externas, costes inevitables que han de ser asumidos. De este modo, atendiendo a la lógica del cálculo utilitarista, los beneficios obtenidos de la aplicación de la sanción deben sobrepasar ampliamente los costes derivados de redirigir la conducta. No obstante, esto resulta aplicable a todas las obligaciones morales, incluidas las denominadas “obligaciones imperfectas” de benevolencia que solo requieren patrones de conducta generales de ayuda, caridad y compasión. Las obligaciones de justicia, por su parte, son más rigurosas y presentan costes más elevados, pues son “obligaciones perfectas”, lo cual significa que requieren, en todo caso, una conducta más o menos determinada en relación con otros individuos. Además, estas obligaciones de justicia se presentan como correlativas a derechos de la misma índole cuyos titulares están habilitados a reclamar y exigir. De este modo, las obligaciones de justicia reclaman un plus del agente, pues este no posee un margen de elección tan amplio como en las obligaciones morales, e implican una responsabilidad mucho mayor respecto de las sanciones internas y externas, al tiempo que permiten una influencia mayor en la conducta de los demás. No obstante, LYONS apunta que estos extremos han de ser considerados en atención a una estimación utilitarista de costes, los cuales han de verse superados por los beneficios, por lo que los intereses que los derechos están destinados a servir han de ser más importantes y las reglas que establecen estos derechos generalmente han de preceder a las reglas morales. Aunque estos derechos de justicia no se configuran como inviolables, su inobservancia resulta difícil de justificar⁴⁸⁵.

⁴⁸³ LYONS D., “Human Rights and...”, *op. cit.*, pp. 125-126.

⁴⁸⁴ “[Rights] concern the essentials of human well-being more nearly, and are therefore of more absolute obligation, than any other rules for the guidance of life”, *vid. MILL, J.S., Utilitarianism*, capítulo V, párrafo 32.

⁴⁸⁵ Estas apreciaciones trasladan la cuestión al debate acerca de la existencia de derechos absolutos, lo cual LYONS parece cuestionar de manera implícita. *Vid. LYONS D., “Human Rights and...”, op. cit.*, p. 127.

Se ha sugerido que los derechos amparados por el estándar utilitarista referido al bienestar general pueden caracterizarse como moralmente fundamentales, en tanto que se basan en un estándar no-moral y no se derivan de un principio moral fundamental⁴⁸⁶. Adicionalmente, algunos de los derechos amparados por dicho estándar podrían ser caracterizados como “derechos humanos universales”, pues MILL reconoció la importancia absoluta de ciertos intereses de las personas de manera independiente al contexto. Por lo tanto, MILL ofreció una explicación acerca del estándar del bienestar general no solo compatible con la asignación de derechos, sino comprometida con ella⁴⁸⁷. Los derechos que ampara el estándar del bienestar general se presentan como derechos fundamentados en valores que pretenden configurarse como no-morales⁴⁸⁸, lo cual puede ser considerado insatisfactorio por quienes sostengan algunos derechos básicos, o los principios que los proclaman, como “autoevidentes” (*self-evident*), aunque tampoco este argumento resulta satisfactorio, pues tales bienes o principios aparecen justificados por ellos mismos, lo cual contradice las reglas de la racionalidad, de manera que no parece alzarse como una objeción suficientemente sólida.

No obstante, se ha señalado que en determinadas ocasiones el estándar del bienestar general debería ser rechazado o seriamente limitado en virtud de su compatibilidad lógica con soluciones injustas. Sin embargo, esta objeción descansa en asunciones fácticas, presentándose los hechos como irrelevantes respecto de los principios morales “básicos” involucrados. Además, la aceptación de principios morales independientes al utilitarismo supone el rechazo inicial tácito de la idea acerca de la validez del bienestar general, pues pone de manifiesto su insuficiencia. Asimismo, cabe cuestionarse por qué se debería asumir que los principios detrás de los derechos y la justicia son independientes del estándar del bienestar general. LYONS alega una serie de argumentos acerca de esta afirmación⁴⁸⁹. Así, en primer lugar, afirma que, si los hechos no pueden ser alegados para interpretar el estándar

⁴⁸⁶ En este sentido, LYONS afirma que los derechos amparados por el utilitarismo de MILL son semejantes a aquellos derechos básicos descritos por RAWLS (*vid. A Theory of..., op. cit.*). Así, aunque este autor habla de “interés individual” (*self-interest*), en vez de “interés general”, el primer concepto no resulta más moral que el segundo en este contexto. *Vid.* LYONS D., “Human Rights and...”, *op. cit.*, nota 14, *ibidem*.

⁴⁸⁷ *Idem*.

⁴⁸⁸ No obstante, la idea de “valores no-morales” parece contradecirse con la concepción de la naturaleza moral humana y el razonamiento práctico. En este sentido, una aspiración a la neutralidad no resulta adecuada, pues se presenta como un posicionamiento deshonesto que no explicita una preferencia acerca de un orden de cosas, ya sea físico o metafísico, en este caso concreto referida al bienestar general, concepto el cual, si bien es cierto que puede ser descrito de una manera aproximadamente empírica, lo cual conllevaría a la discusión sobre los límites de la percepción humana y cómo esta se encuentra condicionada por factores valorativos. Así pues, la opción de privilegiar el bienestar general sobre otras realidades ciertamente constituye un posicionamiento de índole moral no-neutral.

⁴⁸⁹ En este punto, LYONS hace referencia a los argumentos de RAWLS acerca de los principios, quien efectuó una referencia a los hechos mucho mayor que la de MILL. *Vid.* LYONS D., “Human Rights and...”, *op. cit.*, nota 16, p. 129.

del bienestar general, entonces no deberían asumirse objeciones a la asunción de dichos principios. En segunda instancia, si los principios morales no son considerados como “autoevidentes”, entonces deberán ser defendidos de alguna otra manera, siendo los únicos argumentos plausibles en defensa de los principios morales aquellos que hacen un uso extensivo de los hechos, de manera que el recurso a los mismos parece inevitable. Por último, quienes crean que los hechos son relevantes para la moralidad no podrán objetar de manera razonable al estándar del bienestar general su referencia inevitable a los hechos⁴⁹⁰.

3. Los caracteres de los derechos fundamentales

3.1. La universalidad

3.1.1. Universalidad, igualdad y dignidad

El carácter general de la universalidad de los derechos fundamentales aparece principalmente referido a la titularidad de los mismos, y se vincula con los principios de igualdad y dignidad humana. Defender la universalidad de los derechos fundamentales implica afirmar que estos corresponden a todo ser humano sin excepción, en tanto que poseedor de un “estatus moral pleno” (*full moral status*). Esta concepción conecta de manera directa con los conceptos de ser humano y persona⁴⁹¹, configurándose la cualidad de “ser humano” como condición necesaria y suficiente⁴⁹² para ser titular de los derechos humanos⁴⁹³.

Sin embargo, en el caso de los derechos fundamentales, entendidos como el resultado de la inclusión de los derechos humanos en un determinado ordenamiento jurídico, se relativiza su universalidad, pues su titularidad se circunscribe a toda persona dependiente de aquella jurisdicción, lo cual vincula, a

⁴⁹⁰ LYONS D., “Human Rights and...”, *op. cit.*, p. 129.

⁴⁹¹ En palabras de Robert SPAEMANN “todo ser humano es persona”, *vid. Personas: acerca de la distinción entre “algo” y “alguien”*, traducción de José Luis del Barco, EUNSA, Pamplona, 2000. En este sentido, *vid.* también SARTEA, C., “Nuevos derechos y nuevos sujetos en el contexto de los Derechos Humanos”, *Ius* 4(7), 2014, p. 5.

⁴⁹² No obstante, como señala Alf ROSS, la proposición referida a que tan solo los seres humanos pueden ser sujetos de derechos resulta inconveniente, pues si se acepta la existencia de situaciones jurídicas en las que resulta posible sustituir sujetos no-humanos en virtud de la posición de un interés cuyo contenido está definido por obligaciones de otros, entonces no existirá ninguna razón para negar que la titularidad de un derecho pueda ser ocupada por un individuo no-humano (piénsese, por ejemplo, en la prohibición de maltratar a los animales domésticos o en la legislación en materia de bienestar animal). Otra cuestión será la titularidad de potestades referidas al ejercicio de acciones procesales y al control judicial de tales posiciones, dadas las características propias del orden jurídico como creación humana. *Vid.* ROSS, A., *Hacia una ciencia...*, *op. cit.*, p. 215.

⁴⁹³ LAPORTA, F., “Sobre el concepto de derechos humanos”, *Doxa* 4, 1987, pp. 32 y ss.

su vez, la asignación de tales derechos a la noción de ciudadanía⁴⁹⁴. Con todo, podría sostenerse que el ordenamiento jurídico satisface el requisito de la universalidad de los derechos cuando cualquier persona situada en la posición descrita por la norma que reconoce un derecho fundamental pueda disfrutar del mismo, es decir, cuando no exista discriminación en la aplicación de la norma, lo cual no impide que el derecho esté formulado en términos discriminatorios, ya que la igualdad en la ley incluye la exigencia de la igualdad material, de manera que la ley podrá prever desigualdades en el trato a ciertas personas en atención a la diversidad de circunstancias en las que se encuentran, siempre que no sea constitutivo de una práctica arbitraria, ya que el principio de igualdad tan solo exige “la proscripción constitucional de las diferencias de trato carentes de un fundamento objetivo y razonable”⁴⁹⁵. A este respecto, resulta relevante distinguir los conceptos de equidad y no-discriminación, pues es posible formular un derecho en términos discriminatorios, mas sin que suponga faltar a la equidad o a la justicia⁴⁹⁶. En el sentido apuntado, los conceptos de equidad y justicia son considerados como equivalentes; mientras que la idea de no-discriminación, por su parte, resulta de las exigencias del principio de igualdad. Ello se desprende de la propia definición de ambos conceptos, pues para poder afirmar que la atribución de un derecho observa las exigencias de la justicia es comúnmente aceptado, y así lo refleja el ordenamiento constitucional español a través del principio de igualdad material, que dicha atribución ha de “dar a cada uno lo que se merece”, definición referida al concepto de “justicia natural” presente ya en la filosofía clásica⁴⁹⁷. Por su parte, el concepto de discriminación hace referencia a aquel modo de actuar dando un trato desigual, de forma que no solo no es incompatible con la equidad, sino que su implementación puede llegar a responder a las exigencias de justicia bajo determinadas circunstancias. De este modo, el concepto de igualdad formal no es absoluto ni puede entenderse de forma autónoma, pues la igualdad en sentido jurídico puede llegar a significar diferencia de trato⁴⁹⁸, ya que “su contenido viene

⁴⁹⁴ Se ha afirmado que para que un individuo pueda ser considerado sujeto de Derecho resulta imprescindible que este se sitúe bajo la salvaguardia de una determinada jurisdicción y ostente un cierto estatuto jurídico, es decir, la titularidad de los derechos depende de su institucionalización y reconocimiento. Para una explicación de la relación entre la titularidad de los derechos, la noción de ciudadanía y el concepto de “derecho a tener derechos”, *vid.* ARENDT, H., *The Origins of Totalitarianism*, Harcourt Brace Jovanovich, New York, [1951] 1985, pp. 295 y ss. (versión en español: *Los orígenes del totalitarismo*, traducido por Guillermo Solana Díez, Alianza, Madrid, 2006).

⁴⁹⁵ *Vid.* STC 227/1998 de 26 de noviembre, FJ 4º.

⁴⁹⁶ *A contrario*, SARTEA concibe el concepto de discriminación como una ofensa al “fundamental principio jurídico de igualdad”, *vid.* “Nuevos derechos y...”, *op. cit.*, pp. 5, 11 y 15.

⁴⁹⁷ Es decir, “dar a cada uno lo suyo” (*suum cuique tribuere*), idea de “justicia” común a ULPIANO, ARISTÓTELES, PLATÓN y Tomás de AQUINO.

⁴⁹⁸ GARRIGA DOMÍNGUEZ, A., “Igualdad, discriminación y diferencia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Derechos y Libertades: revista del Instituto Bartolomé de las Casas* VI (10), 2001, p. 54.

establecido siempre respecto de relaciones jurídicas concretas”⁴⁹⁹, es decir, está sujeto al “entre quiénes” y al “en qué”⁵⁰⁰.

No obstante, no parece posible afirmar que todos los bienes protegidos por el conjunto de derechos fundamentales reconocidos por un ordenamiento jurídico interesen igualmente a la posición jurídica de todos los individuos en tanto que sujetos de Derecho, sino que algunos lo hacen y otros no, lo cual atiende a una voluntad institucionalizada que ha querido privilegiar ciertos bienes que satisfacen posiciones de algunos individuos en su específica condición social. En este sentido, la institucionalización de estos derechos supone reconocer que determinados objetivos vitales de ciertas personas tienen tanta importancia como los objetivos básicos del conjunto de los individuos⁵⁰¹. Este es el caso concreto tanto de los derechos económicos, sociales y culturales como de los derechos prestacionales en general, inconcebibles al margen del Estado, ya que requieren prestaciones de tipo positivo, cuya satisfacción exige la puesta a disposición del titular del derecho de una serie de recursos que, en la práctica, se ha encauzado a través de una determinada organización de servicios públicos, dirigidos “al ser humano concreto en su específica posición social”⁵⁰².

Existen dos enfoques diametralmente opuestos acerca de cómo los derechos sociales y económicos se incluyen en la aplicación y protección jurídica de los derechos humanos. Una perspectiva afirma que los derechos sociales y económicos no pueden ser “humanos” (*human rights*) porque no superan el test de universalidad ni el de practicabilidad. Según el test de la universalidad, para que un derecho moral sea un derecho humano, este debe ser un derecho de todas las personas frente a todas las personas, es decir, todas las personas deben ser tanto titulares del derecho como del deber correlativo referido a los modos de acción requeridos por el derecho. No obstante, en algunos casos, como por ejemplo el derecho a ser rescatado de la inanición o de una carencia económica extrema⁵⁰³, se objeta que solo algunas personas tienen tal derecho, esto es, aquellas personas privadas del alimento o carentes de todo sustento, del mismo modo que tan solo algunas personas tienen el deber correlativo, es decir, quienes son responsables de evitar o aliviar la inanición mediante la provisión de la ayuda. La respuesta de GEWIRTH a esta objeción apunta a que todas las personas tienen tanto este derecho como el deber correlativo, pues todas están bajo la protección y los requisitos del PCG en tanto que agentes intencionales prospectivos, por lo que los derechos genéricos sustentados por el PCG poseen la universalidad requerida para ser considerados derechos humanos. No obstante, es lógicamente imposible que todas

⁴⁹⁹ STC 76/1983 de 5 de agosto, FJ 2º.

⁵⁰⁰ BOBBIO, N., *Igualdad y libertad*, 1ª ed., Paidós, Barcelona, 1993, p. 54.

⁵⁰¹ PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990, p. 82.

⁵⁰² PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos...*, *op. cit.*, pp. 187-190.

⁵⁰³ GEWIRTH, A., “The basis and content of human rights”, en Pennock, J.R & Chapman, J.W. (eds.), *Human Rights: Nomos XXIII*, New York University Press, New York, 1981, p. 143.

las personas sean a la vez “rescatadores” y “rescatados”, pero la universalidad de un derecho no constituye una cuestión de si todo el mundo tiene actualmente una necesidad relacionada, sino que se trata de si todo el mundo está realmente observando el deber correlativo, al margen de si están haciéndolo todo el tiempo. De este modo, la cuestión versa sobre si, como cuestión de principio, todo el mundo siempre posee el derecho a ser tratado de un modo apropiado cuando tiene una determinada necesidad, junto con el deber de actuar de acuerdo con tal derecho, cuando surgen las circunstancias que requieren tal acción y se posee agencia (*agency*) para hacerlo, incluyendo la consideración de los costes para uno mismo. En opinión de GEWIRTH, la universalidad de los derechos humanos derivaba de su conexión directa con las condiciones necesarias para la acción, en contraste con los objetos más restringidos de los “derechos no-genéricos” (*nongeneric rights*)⁵⁰⁴. En cuanto al mencionado test de practicabilidad, mientras que los derechos políticos y civiles pueden requerir la abstención o no interferencia en vez de la acción positiva de los poderes públicos, los derechos económicos requieren el uso positivo de los recursos económicos para su implementación efectiva.

Por lo demás, la universalidad también podría aparecer referida a la posición deudora, esto es, a los sujetos obligados, especialmente ante la presencia de derechos *erga omnes*. No obstante, se podría objetar que ello requeriría la atribución a todas las personas de un tipo de obligación general positiva de colaborar en la satisfacción de los derechos que exigen algo más que la simple abstención. Desde una perspectiva estrictamente jurídica, al margen de ejemplos muy concretos como el deber de socorro, el conjunto de la sociedad no aparece obligado mediante un deber directamente exigible a realizar aquellas acciones o prestaciones que conllevan los derechos fundamentales prestacionales. En este sentido, no parece posible afirmar la existencia de un “deber jurídico de solidaridad universal”⁵⁰⁵. A pesar de lo anterior, parece posible afirmar que todos los individuos que integran un Estado Democrático de Derecho contribuyen a la garantía de los derechos sociales, pues legitiman y sufragan la organización de un determinado sistema a través de una serie de recursos orientados a la puesta en marcha de aquellas acciones y políticas que tienden a la realización de los derechos sociales⁵⁰⁶, los cuales han de ser previamente instaurados mediante una norma que cumpla los requisitos formales jurídicamente establecidos. Adicionalmente, se podría alegar que todo aquel individuo situado en la posición que la norma atribuye al deudor, estará afectado por la compulsión de dicha norma. Dado que, por razones prácticas, la titularidad concreta de una posición jurídica no está especificada en la norma de una vez por todas, cabe la virtualidad de que cualquiera llegue a ocupar la posición de deudor, por lo que potencialmente deber y derecho correlativo están reconocidos frente a todos de manera abstracta.

⁵⁰⁴ GEWIRTH, A., “The basis and...”, *op. cit.*, p. 144.

⁵⁰⁵ PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos...*, *op. cit.*, p. 83.

⁵⁰⁶ Por ejemplo, a través de sus contribuciones obligatorias en forma de impuestos o pagos a la seguridad social.

3.1.2. La tesis de la “relativa universalidad” de los derechos humanos de Jack DONNELLY

3.1.2.1. Concepto y tipos de universalidad

Como ya se ha tenido ocasión de anticipar, DONNELLY suscribe un cierto tipo de universalidad de los derechos humanos, que califica como “funcional” (u operativa), jurídico-internacional y basada en la idea de “consenso coincidente” (*overlapping consensus*)⁵⁰⁷. Su tesis de la “relativa universalidad de los derechos humanos” (*relative universality of human rights*) persigue, en última instancia, dejar suficiente espacio para la diversidad nacional, regional y cultural, así como para la relatividad acerca de la interpretación de lo que el mismo denomina como los “derechos humanos universales” (*universal human rights*)⁵⁰⁸, pues dado que la doctrina de los derechos humanos descansa en una determinada concepción de la naturaleza humana, la explicación del concepto de derechos humanos resulta ser relativa. En este sentido, DONNELLY ha admitido que no es posible defender un catálogo concreto de derechos a través de argumentos filosóficos directos, pero considera que este problema resulta irrelevante en virtud del actual consenso en esta materia. No obstante, señala que la existencia de un notable consenso intercultural acerca de muchos de los valores que el activismo acerca de los derechos humanos persigue proteger no implica ninguna fuerza adicional en favor de una regla moral. Sin embargo, “la mayoría de la gente” cree que dicho consenso añade fuerza a la regla, de manera que el relativismo radical es “en un sentido relevante” moralmente defectuoso. De este modo, cuando una práctica sea aproximadamente universal y generalmente percibida como obligatoria, esta será “requerida por todos los miembros de la comunidad”⁵⁰⁹.

DONNELLY distingue diferentes arquetipos acerca del rasgo de la universalidad de los derechos humanos. En primer lugar, se detiene en la distinción entre “universalidad conceptual”, la cual es implicada por la propia idea de los derechos humanos; y “universalidad sustantiva”, esto es, aquella relativa a una determinada concepción o catálogo de derechos humanos. Si los derechos humanos son aquellos que simplemente se ostentan en virtud de ser un “ser humano”⁵¹⁰, entonces se configuran como derechos iguales para todos los seres humanos, ya que todos

⁵⁰⁷ El concepto *overlapping consensus* (traducido aquí como “consenso coincidente”), acuñado por J. RAWLS, aparece referido al modo en que diferentes “doctrinas normativas comprensivas” (ya sean religiosas, políticas o morales), con concepciones de la justicia aparentemente incompatibles, pueden coincidir en principios de justicia que son suscritos por las instituciones sociales básicas de la comunidad política. Vid. RAWLS, J., *A Theory of Justice*, *op. cit.*, p. 340. Como se verá J. DONNELLY suscribe este concepto a lo largo de su obra, vid. “The relative universality of human rights”, *Human Rights Quarterly* 29(2), 2007, pp. 281-306.

⁵⁰⁸ DONNELLY, J., “The relative universality...”, *op. cit.*, *ibidem*.

⁵⁰⁹ DONNELLY, J., *Universal Human Rights in Theory and Practice*, 1st ed., Cornell University Press, Ithaca, 1989, pp. 23-27 y 112-114.

⁵¹⁰ DONNELLY, J., *Universal Human Rights...*, *op. cit.*, p. 1.

somos o no somos humanos en la misma medida. En este sentido, DONNELLY conecta la universalidad de los derechos humanos con el rasgo de la inalienabilidad, alegando que ser o no ser un “ser humano” constituye un hecho natural inalterable y no algo que pueda adquirirse o perderse. No obstante, también reconoce que la ejecución de la universalidad de los derechos humanos es extremadamente relativa y depende, en gran medida, de donde se haya tenido la buena o mala suerte de nacer y vivir⁵¹¹. Adicionalmente, DONNELLY considera un tipo de “universalidad histórica o antropológica”, la cual supone que los derechos humanos son universales en tanto que la mayoría de sociedades y culturas han practicado los derechos humanos a lo largo de su historia. No obstante, advierte que las referencias a esta universalidad histórica o antropológica confunden los valores, tales como la justicia, la equidad o las necesidades humanas, con las prácticas que pretenden realizar dichos valores. Los derechos, entendidos como titularidades que fundamentan reclamaciones con una fuerza especial, constituyen prácticas sociales concretas, es decir, los derechos humanos constituyen una manera característica de perseguir la realización social de valores como son la justicia o el florecimiento humano. Asimismo, el concepto de derechos humanos se ocupa de la relación entre el individuo y el Estado, pues implica el estatus, la reivindicación y los deberes del primero en la jurisdicción del segundo. Del mismo modo que civilizaciones o sociedades diferentes poseen concepciones diferentes acerca del bienestar humano, estas también adoptan actitudes diferentes acerca de las cuestiones relativas a los derechos humanos⁵¹².

Como se ha adelantado, el concepto de universalidad propuesto por DONNELLY se configura como “funcional”, “jurídico-internacional” y se encuentra basado en la idea de “consenso coincidente”. Por lo que respecta al rasgo de la “funcionalidad”, DONNELLY atribuye a las transformaciones sociales, económicas y políticas de la Modernidad el surgimiento de las ideas y prácticas relativas a los derechos humanos, de modo que estos poseen relevancia en aquellos lugares en donde dichas transformaciones han tenido lugar, al margen de la cultura preexistente del lugar del que se trate⁵¹³. En opinión de DONNELLY, actualmente los derechos humanos continúan siendo los únicos medios demostradamente eficaces para el aseguramiento de la dignidad humana en sociedades altamente sometidas al poder de los mercados y los Estados. Por lo tanto, DONNELLY considera que esta

⁵¹¹ DONNELLY, J., “The relative universality...”, *op. cit.*, pp. 282-283.

⁵¹² DONNELLY, J., “The relative universality...”, *op. cit.*, p. 285.

⁵¹³ *A contrario*, GEWIRTH afirmó que el concepto de derechos no es moderno, sino que todas las sociedades han reconocido y reconocen derechos, al menos a determinados individuos, si bien admitió que no todas las sociedades reconocen que todas las personas tengan los mismos derechos. En este sentido, a juicio de GEWIRTH, los derechos se configuran como realidades trashistóricas, en tanto que se fundamentan en las “características genéricas de la acción” (*generic features of action*). Vid. GEWIRTH, A., “The basis and...”, *op. cit.*, pp. 125-126 y 129.

universalidad “funcional”, aunque históricamente contingente y relativa, es totalmente merecedora de ser calificada como “universal”⁵¹⁴.

Por lo que se refiere a las relaciones internacionales, en la actualidad los derechos humanos suelen identificarse con lo establecido por la DUDH, esta universalidad “jurídico-internacional”, al igual que la universalidad “funcional”, es contingente y relativa, pues depende de la decisión de los Estados acerca de la consideración de la DUDH y los Convenios como autoritativos. Los derechos humanos pueden basarse en una variedad de doctrinas integrales, pero parece que en la actualidad la mayoría de doctrinas dominantes en todo el mundo aceptan enérgicamente la igualdad moral de todos los seres humanos. Además, esta coincidencia proporciona el fundamento para la convergencia de los derechos contenidos en la DUDH. Según DONNELLY, este consenso existente en el marco de la DUDH refleja la atracción sustantiva intercultural que dicho instrumento jurídico internacional presenta⁵¹⁵.

Con todo, DONNELLY reconoce que este “consenso coincidente” no impide que los derechos humanos puedan tener múltiples y diferentes fundamentos, de hecho, así ocurre en el mundo contemporáneo. Un solo fundamento trashistórico permitiría hablar de una universalidad “ontológica”. No obstante, DONNELLY piensa que esta idea de universalidad ontológica es implausible y políticamente hostil. Esta carencia plantea una situación en la cual es como si no existieran valores objetivos en absoluto, lo cual remite de nuevo a la idea de universalidad basada en los argumentos de la “funcionalidad”, “jurídico-internacionales” y del “consenso coincidente”. En definitiva, DONNELLY propone considerar los derechos humanos como una concepción política acerca de la justicia al estilo rawlsiano, pues considera que permitiría abordar un amplio elenco de cuestiones relativas a la justicia política y los derechos, al mismo tiempo que se evitarían desacuerdos inútiles e inconcluyentes que solo favorecen el distanciamiento de las diversas posturas existentes acerca de los fundamentos morales de los derechos⁵¹⁶.

3.1.2.2. Desviaciones en la práctica de los derechos humanos

Muchos autores postestructuralistas y postcolonialistas radicales han rechazado el relativismo cultural normativo en favor de una aproximación más dialógica al consenso intercultural semejante a los argumentos referidos al “consenso coincidente”⁵¹⁷. En este sentido, R. WILSON, ha argumentado que las ideas y las luchas a favor de los derechos humanos “se encuentran insertas en órdenes normativos locales y son atrapadas en redes de poder y relevancia cuya

⁵¹⁴ DONNELLY, J., “The relative universality...”, *op. cit.*, p. 288. Vid. también en *Universal Human Rights...*, *op. cit.*, p. 97.

⁵¹⁵ DONNELLY, J., “The relative universality...”, *op. cit.*, p. 292.

⁵¹⁶ DONNELLY, J., “The relative universality...”, *op. cit.*, p. 293.

⁵¹⁷ DONNELLY, J., “The relative universality...”, *op. cit.*, p. 298.

prolongación supera el ámbito local”⁵¹⁸. A. NATHAN, por su parte, emplea el término de “universalismo moderado” (*tempered universalism*)⁵¹⁹ para proporcionar una explicación más flexible del universalismo y del relativismo, el cual propone un esquema basado en tres pilares orientados a la reflexión acerca de la universalidad. De este modo, los derechos humanos son relativamente universales al nivel de los conceptos. No obstante, los conceptos referidos a derechos particulares presentan varias aplicaciones justificables. A este nivel, la relatividad no es simplemente justificable, sino también deseable. El “consenso coincidente” y “funcional” acerca de la universalidad descansa principalmente en el nivel de los conceptos, como también lo hacen la mayor parte de las disposiciones de la DUDH. Aunque los tratados internacionales en materia de derechos humanos frecuentemente encarnan concepciones particulares y, a veces, incluso formas determinadas de aplicación, también permiten un amplio elenco de prácticas específicas. Con todo, la variación sustancial de segundo orden es completamente coherente con la universalidad jurídico-internacional basada en el “consenso coincidente”⁵²⁰.

Los conceptos establecen un repertorio de posibles variaciones entre diversas concepciones que restringen el elenco de prácticas posibles que pueden ser plausiblemente consideradas como aplicaciones de un concepto o concepción particular. Sin embargo, incluso algunas desviaciones de las normas autoritativas internacionales referidas a los derechos humanos pueden ser, en definitiva, no ilegítimas ni ilegales. DONNELLY propone cuatro criterios para decidir acerca de la justificación de estas desviaciones. En primer lugar, ciertas amenazas o peligros pueden justificar tales desviaciones, incluso al nivel de conceptos. En segundo lugar, los participantes en el “consenso coincidente” merecen ser escuchados siempre que presenten argumentos serios y razonados para justificar desviaciones limitadas de las normas internacionales. En tercer lugar, cuando se dispongan de argumentos que atestigüen que una concepción o aplicación particular está profundamente inserta en la sociedad o es de extraordinaria importancia para algún grupo significativo de la misma, entonces la desviación merecerá ser especialmente considerada. Por último, la tolerancia hacia las desviaciones disminuye a medida que el nivel de coerción aumenta, es decir, tolerancia y coerción son inversamente proporcionales. En un contexto en el que el concepto dominante es fuertemente respaldado, la desviación se sitúa en el nivel de las concepciones. En opinión de DONNELLY, este tipo de desviaciones deberían ser abordadas *prima facie* con cierta tolerancia. Con todo, en determinados casos, la cuestión no consiste en un conflicto entre derechos humanos y algún otro valor,

⁵¹⁸ WILSON, R. (ed.), *Human Rights, culture & context: Anthropological Perspectives*, Pluto Press, London/Chicago, 1997, p. 23.

⁵¹⁹ NATHAN, A.J., “Universalism: A Particularistic Account”, en Bell, L.S., Nathan, A.J. & Peleg, I. (eds.), *Negotiating Culture and Human Rights*, Columbia University Press, New York, 2001, pp. 249-356.

⁵²⁰ DONNELLY, J., “The relative universality...”, *op. cit.*, p. 300.

sino en un juicio de proporcionalidad acerca de dos derechos humanos en conflicto, en donde la desviación se sitúa a favor de la aplicación fuerte un derecho humano considerado más importante⁵²¹.

3.1.2.3. Dignidad y naturaleza moral humana

Como se ha podido ver hasta aquí, DONNELLY defiende la “relativa universalidad” (*relative universality*) de los derechos humanos internacionalmente reconocidos, al mismo tiempo que enfatiza que esta “relativa universalidad” no requiere una homogeneización global ni el sacrificio de muchas de las prácticas locales consideradas valiosas. En realidad, nada en la propuesta de DONNELLY implica, ni mucho menos justifica, el “imperialismo cultural”. Al contrario, su relativa universalidad de los derechos humanos se articula como una protección frente a la imposición de concepciones acerca de la vida buena, tanto a nivel nacional como internacional. De este modo, los derechos humanos permiten a los seres humanos perseguir su propia visión acerca de la vida buena, pues tales elecciones son consideradas merecedoras de respeto. De hecho, la comprensión de los derechos humanos como una concepción política acerca de la justicia apoyada por el “consenso coincidente” requiere que los seres humanos gocen de suficiente espacio para adaptar los “derechos relativamente universales” a sus propios propósitos⁵²².

DONNELLY reconoce que las creencias y valores relativos a los derechos humanos son históricamente contingentes. Sin embargo, mantiene que esta contingencia es compatible con una concepción de los derechos humanos entendidos como “derechos morales universales”⁵²³, pues cree que el consenso internacional es moralmente válido y suficiente, al margen de la antropología filosófica, la cual además rechaza⁵²⁴. Los derechos humanos se basan en una concepción de la naturaleza humana, siendo posible distinguir dos alternativas. Una concepción señala que las necesidades humanas definen la naturaleza humana. No obstante, esta aproximación no avanza mucho, pues el concepto de necesidades humanas es tan incierto como el de naturaleza humana. A pesar del ya mencionado rechazo de DONNELLY hacia la antropología filosófica, este afirma que se ha de acudir a la filosofía y no a las necesidades humanas para hallar el fundamento de los derechos humanos. Esta segunda concepción afirma que el origen de los derechos humanos consiste en la naturaleza moral del ser humano, lo cual está tan solo vagamente vinculado con la definición de la naturaleza humana obtenida mediante la verificación científica de las necesidades humanas, siendo los

⁵²¹ DONNELLY, J., “The relative universality...”, *op. cit.*, p. 302.

⁵²² DONNELLY, J., “The relative universality...”, *op. cit.*, pp. 305-306.

⁵²³ DONNELLY, J., *Universal Human Rights...*, *op. cit.*, pp. 1, 17, 19 y 27.

⁵²⁴ En este sentido se ha pronunciado M. FREEMAN respecto de la tesis propuesta por DONNELLY, *vid.* “The Philosophical Foundations of Human Rights”, *Human Rights Quarterly* 16, 1994, p. 501.

derechos humanos necesarios para una vida digna⁵²⁵. La explicación científica de la naturaleza humana establece los límites de las posibilidades humanas, pero la naturaleza moral en la que se basan los derechos humanos consiste en una selección social de tales posibilidades. Por consiguiente, los derechos humanos representarían la elección social de una explicación sustancial particular acerca de los requisitos mínimos para una vida digna⁵²⁶.

En virtud de lo anterior, un catálogo de derechos humanos defendible deberá derivarse de una explicación moral de la naturaleza humana, la cual ha de ser filosóficamente respaldada. Sin embargo, DONNELLY no ofrece esta defensa filosófica, lo cual parece sobrepasar sus objetivos. Además, dicha explicación demanda la búsqueda de soluciones a los problemas de la antropología filosófica, los cuales DONNELLY parece considerar inexplicables. En su lugar, ofrece una justificación indirecta de un catálogo de derechos humanos asentado en una explicación plausible y atractiva de la naturaleza moral humana⁵²⁷. DONNELLY basa el consenso en la teoría, pero no justifica dicha teoría. No obstante, no considera lo anterior como un defecto en tanto que existe consenso al respecto, aunque si admite que tanto el consenso como la teoría son débiles, del mismo modo que afirma que las antropologías filosóficas solo constituyen puntos de partida que son asumidos o, en el mejor de los casos, indirectamente defendidos, pero que no constituyen el resultado de la discusión filosófica⁵²⁸.

La solución propuesta por DONNELLY a los problemas planteados por la antropología filosófica pasa por afirmar que su explicación acerca de los derechos humanos es compatible con la gran mayoría de las teorías acerca de la naturaleza humana. DONNELLY no aporta una explicación filosófica completa acerca de los derechos humanos, sino solo una teoría analítica del concepto. De este modo, la suya no se trata de una tesis normativa, sino descriptiva, pues principalmente persigue describir y explicar cómo los derechos humanos funcionan en las relaciones sociales contemporáneas, pero apenas aporta orientación sustantiva para llevar a cabo su justificación⁵²⁹. En este sentido, se ha acusado a DONNELLY de no proveer una explicación congruente de su propio proyecto y justificación⁵³⁰. DONNELLY trata de justificar la ausencia de una teoría acerca de la naturaleza humana mediante la naturaleza analítica del proyecto, siendo en este punto en donde el consenso internacional constituye el objeto de análisis en lugar del soporte de la justificación. De este modo, en la tesis de DONNELLY el consenso

⁵²⁵ En palabras del propio DONNELLY: "worthy of a human being", expresión frecuentemente empleada por el profesor de Denver a lo largo de su obra. *Vid. Universal Human Rights...*, *op. cit.*, pp. 15, 16, 53 y 64.

⁵²⁶ DONNELLY, J., *Universal Human Rights...*, *op. cit.*, pp. 16-19 y 22-23.

⁵²⁷ DONNELLY, J., *Universal Human Rights...*, *op. cit.*, p. 23.

⁵²⁸ DONNELLY, J., *Universal Human Rights...*, *op. cit.*, pp. 21 y 23.

⁵²⁹ FREEMAN, M., "The Philosophical Foundations...", *op. cit.*, p. 503.

⁵³⁰ FREEMAN, M., "The Philosophical Foundations...", *op. cit.*, p. 504.

cumple una función justificativa, respaldada por una teoría de la naturaleza humana plausible y atractiva⁵³¹.

Por el contrario, James W. NICKEL señala que resulta muy dudoso que realmente exista un acuerdo mundial suficiente como para apoyar algo parecido a un conjunto completo de derechos establecido por las declaraciones de derechos contemporáneas⁵³². Sobre esta cuestión, Loren E. LOMASKY concibe posible la existencia de un acuerdo acerca de los derechos sin un consenso acerca de sus bases teóricas, es más, el primero podría ser realizable, mientras que el segundo no, lo cual parece conducir a la afirmación de la existencia de derechos humanos sin fundamento⁵³³. Por lo demás, algunos autores han señalado que la búsqueda de los fundamentos filosóficos seguros para la práctica de los derechos humanos está destinada a fracasar y es prácticamente inútil⁵³⁴. No obstante, FREEMAN ha objetado a esta aproximación que los derechos sin razones se presentan como vulnerables frente a abusos y negaciones de los mismos⁵³⁵.

3.1.3. La universalidad de los “derechos genéricos” y el “principio de coherencia genérica” de GEWIRTH

GEWIRTH afirmó la posibilidad de poseer derechos incluso cuando estos no sean reivindicados, si bien no concebía tales reclamaciones como generalmente suficientes para establecer o justificar que sus objetos constituyan derechos. Sin embargo, creía posible y lógicamente necesario deducir que todos los agentes racionales deben afirmar y reclamar que tienen derecho a tales objetos, en tanto que constituyen las condiciones próximas necesarias de la acción humana. Además, esta reclamación ha de ser universalmente efectuada y aceptada por todos los agentes humanos racionales dentro del contexto de la acción, en tanto que ámbito en el cual todos los derechos morales tienen aplicación, pues todos los preceptos morales versan, directa o indirectamente, sobre cómo las personas deben actuar, lo cual también es aplicable a la mayoría de preceptos prácticos, cuando no a todos.

⁵³¹ DONNELLY, J., *Universal Human Rights...*, *op. cit.*, p. 23.

⁵³² NICKEL, J.W., *Making sense of Human Rights: Philosophical Reflections on the Universal Declaration of Human Rights*, University of California Press, Berkeley, 1987, p. 39.

⁵³³ LOMASKY, L.E., *Persons, Rights and the Moral Community*, Oxford University Press, New York, 1987, p. 13. Para una defensa de los derechos humanos sin fundamento, *vid.* RAZ, J., “Human Rights without Foundations”, en Besson, S. y Tasioulas, J. (eds.), *Philosophy of International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 321-338. También disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=999874> o en <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.999874>. (Última visita 15/10/2018).

⁵³⁴ RORTY, R.M., “Human Rights, Rationality, and Sentimentality”, en Shute, S. & Hurley, S. (eds.), *On Human Rights: The Oxford Amnesty Lectures*, Basic Books, New York, 1993, pp. 111-134.

⁵³⁵ FREEMAN, M., “The Philosophical Foundations...”, *op. cit.*, *ibidem*.

3.1.3.1. Los rasgos genéricos y las condiciones próximas necesarias para la acción

GEWIRTH definió el término “acción”, en el sentido de conducta, como “el objeto común de toda la moral y otros preceptos prácticos”⁵³⁶. Dicha moral y preceptos prácticos orientan la actuación de las personas de diversas maneras. No obstante, todos esos preceptos presuponen que las personas pueden controlar su comportamiento mediante la “elección no forzada” (*unforced choice*) o libre encaminada a alcanzar lo que es requerido por dichos preceptos. En este sentido, todas las acciones presentan dos rasgos genéricos: son voluntarias o libres y son intencionales. Por lo que se refiere al rasgo de la voluntariedad, los agentes controlan o pueden controlar su comportamiento a través de su libre elección, al mismo tiempo que conocen las circunstancias relevantes que la rodean. En cuanto a la intencionalidad, los agentes persiguen la obtención de algún fin u objetivo que constituye su razón para actuar⁵³⁷. De lo anterior, GEWIRTH concluyó que cuando un individuo A, en tanto que agente actual o prospectivo, realiza una acción, parece hacerlo diciendo o pensando: (1) “hago X en atención al propósito E”⁵³⁸. Dado que E representa algo que el agente elige perseguir voluntariamente, este cree que E posee el valor suficiente como para merecer su tránsito de la quiescencia a la acción con vistas a su obtención. Así, desde el punto de vista del agente, (1) implica: (2) “E es algo bueno”, es decir, E es algo bueno para el agente A, sin ser necesario que el tipo de merecimiento que el agente atribuye a E sea un merecimiento moral. En el contexto de la acción, el “salto del hecho al valor” (*Fact-Value gap*) está salvado, pues todo agente, por el mero hecho de involucrarse en la acción, debe aceptar un cierto juicio de valor acerca de la bondad o mérito del propósito por el cual emprende la acción⁵³⁹.

El agente, para actuar con vistas a E (lo cual considera como algo bueno en atención a algún criterio) debe ostentar las “condiciones próximas necesarias para la acción” (*proximate necessary conditions for action*), las cuales están íntimamente relacionadas con los rasgos genéricos de la acción, es decir, la voluntariedad y la intencionalidad. En opinión de GEWIRTH, tales condiciones necesarias para el éxito de la acción humana son la “libertad” (*freedom*) y el “bienestar” (*well-being*). La libertad implica el control del propio comportamiento mediante la elección no forzada, al mismo tiempo que se conocen las circunstancias relevantes del contexto. Cuando la intencionalidad se extiende a las condiciones generales exigidas para la consecución de los propósitos propios se convierte en una condición más amplia, a la cual GEWIRTH denominó bienestar. Desde la perspectiva

⁵³⁶ GEWIRTH, A., “The epistemology of human rights”, *Social Philosophy & Policy* 1(2), 1984, p. 14.

⁵³⁷ GEWIRTH, A., *Reason and Morality*, *op. cit.*, p. 27.

⁵³⁸ GEWIRTH, A., *Reason and Morality*, *op. cit.*, caps. 1-3. Para una versión más sintética del argumento de GEWIRTH, *vid.* “The epistemology of...”, *op. cit.*, p. 14 y ss.

⁵³⁹ GEWIRTH, A., “The epistemology of...”, *op. cit.*, p. 15.

de la acción, este bienestar consiste en poseer las diversas condiciones y habilidades sustantivas requeridas para la realización de la acción o, en general, la eventual consecución de los propósitos por los cuales el agente mueve su actuación. Los componentes del bienestar encajan en una jerarquía compuesta por tres tipos de bienes: los “bienes básicos” (*basic goods*), los “bienes no-sustraibles” (*nonsubtractive goods*) y los “bienes aditivos o acumulativos” (*additive goods*). Los bienes básicos son las precondiciones esenciales de la acción, tales como la vida, la integridad física y el equilibrio mental. Los bienes no-sustraibles, por su parte, constituyen las habilidades y condiciones requeridas para el mantenimiento sin deterioro del nivel del cumplimiento de los propósitos y las capacidades para las acciones particulares. Por último, los bienes acumulativos son aquellas habilidades y condiciones requeridas para el incremento del nivel de cumplimiento de los propósitos y las capacidades para las acciones particulares⁵⁴⁰. GEWIRTH consideraba que tanto los bienes básicos como los no-sustraibles y los acumulativos eran generalmente los mismos para todos los agentes⁵⁴¹.

De este modo, tanto la libertad como el bienestar constituirían condiciones necesarias para la acción fructífera en general. Por lo que se refiere a la perspectiva del agente, de (2) “E es bueno”, deriva: (3) “mi libertad y bienestar son bienes necesarios”, es decir: (4) “debo poseer libertad y bienestar”. Este “deber” constituye un “requisito práctico-prescriptivo” (*practical-prescriptive requirement*) expresado por el propio agente, en tanto que poseedor de las condiciones necesarias para su acción. De (4) sigue: (5) “tengo derecho a la libertad y al bienestar”. Si el agente negara (5), entonces, dada la correlatividad entre derechos y deberes estrictos, también estaría negando: (6) “todas las demás personas deben, al menos, abstenerse de eliminar o interferir con mi libertad y bienestar”. Y al negar (6), el agente deberá aceptar: (7) “no es el caso que todas las demás personas deban, al menos, abstenerse de eliminar o interferir con mi libertad y bienestar”. Al aceptar (7), el agente debe asimismo aceptar: (8) “las demás personas pueden, es decir, resulta permisible que otras personas puedan eliminar o interferir con mi libertad y bienestar”. Y al aceptar (8), el agente debe aceptar: (9) “puedo no tener, es decir, es permisible que yo no tenga libertad y bienestar”. Ya que todas las personas deben aceptar (4) “debo tener libertad y bienestar”, el agente debe rechazar (9) “puedo no tener libertad y bienestar”. Y dado que la negación de (9) se desprende de la negación de (5) “tengo derecho a la libertad y al bienestar”, todo agente deberá rechazar (9). Por consiguiente, todo agente debe lógicamente aceptar (5) “tengo derecho a la libertad y al bienestar”. Puesto que los agentes actúan en atención a propósitos que valoran como buenos, estos (en tanto que agentes racionales) también deben considerar como bienes necesarios las condiciones necesarias para la persecución de sus propósitos. De lo anterior,

⁵⁴⁰ GEWIRTH, A., “The basis and...”, *op. cit.*, p. 136.

⁵⁴¹ GEWIRTH, A., “The basis and...”, *op. cit.*, pp. 125-126.

GEWIRTH concluyó que la libertad y el bienestar constituyen los rasgos genéricos de la acción, pues caracterizan todas las acciones o, al menos, todas las acciones fructíferas⁵⁴².

3.1.3.2. Los bienes necesarios para la acción

Además, el profesor de Chicago señaló la existencia de una conexión lógica entre los bienes necesarios y los derechos. GEWIRTH consideraba que los intereses son demasiado contingentes y variables como para servir de base a la adscripción de derechos. Los derechos implican una necesidad normativa, la cual es visible a partir de la correlatividad existente entre los derechos y los “deberes estrictos” (*strict oughts or duties*). Así, estos deberes estrictos implican una necesidad normativa, pues afirman lo que otras personas deben hacer. Dicha necesidad también aparece frecuentemente involucrada en el empleo del concepto de derecho. Los derechos de una persona constituyen aquello que le pertenece, es decir, aquello que le es debido o que puede reclamar justificadamente a los demás. No obstante, esta necesidad normativa constituye un componente esencial en la adscripción de los derechos, aunque no es suficiente para fundamentar de manera lógica dicha adscripción. Para suplir esta carencia, GEWIRTH recurrió a los “bienes necesarios para la acción” (*necessary goods of action*), es decir, a la libertad y al bienestar. GEWIRTH empleó la expresión “bien necesario” en un sentido racional e invariable, en tanto que restringido a los requisitos verdaderamente fundamentados de la “agencia” (*agency*), asimismo consideró que dicha expresión caracteriza adecuadamente las condiciones imprescindibles que todo agente debe aceptar como necesarias para sus acciones.

GEWIRTH apoyó su tesis acerca de que la afirmación “X es un bien necesario para A” no es suficiente para fundamentar de manera lógica la afirmación “A tiene un derecho a X” en tres argumentos interconectados. En primer lugar, afirmó que la expresión “A tiene derecho a X” implica que los deberes correlativos recaen sobre otras personas. Sin embargo, admitió que la expresión “X es un bien necesario para A” no justifica por sí sola la derivación de estos deberes, pues esta solo aparece referida al titular de la necesidad (A). En segundo lugar, los derechos implican no solo “deberes” (*oughts*) o necesidades normativas, sino que también suponen la idea de “titularidad de un derecho” (*entitlement*), es decir, de algo que es debido a su titular. Existe una correlación lógica entre las expresiones “A tiene un derecho a X” y “otras personas deben abstenerse de interferir con el derecho de A, e incluso, bajo ciertas circunstancias, deben asistir a A para obtener X”. Pero en la expresión “X es un bien necesario para A”, la idea de titularidad de A respecto de X, en tanto que algo que le pertenece o le es debido, no aparece fundamentada, por lo que no puede servir para concluir de manera lógica que “A tiene derecho a X”. Por último, GEWIRTH afirmó que los juicios sobre los derechos son prescriptivos, en

⁵⁴² GEWIRTH, A., “The epistemology of...”, *op. cit., ibidem*.

tanto que promueven o apoyan que el titular del derecho (A) tenga el objeto del derecho (X). Sin embargo, esta prescripción no necesita estar presente en la expresión “X es un bien necesario para A”, pues este enunciado no implica necesariamente ninguna prescripción en el nombre de A por parte de quien la realiza, incluso cuando este reconozca que es verdad. Para que los bienes necesarios puedan implicar de manera lógica derechos, ambos conceptos deben figurar en juicios efectuados por el propio agente o el titular del derecho de acuerdo con el “método dialécticamente necesario” (*dialectically necessary method*), el cual requiere que los juicios acerca de los bienes necesarios y los derechos sean vistos desde la perspectiva interna conativa⁵⁴³ del propio agente en la acción intencional (*purposive agency*)⁵⁴⁴.

En este contexto, el criterio del agente es prudencial, pues los derechos a la libertad y al bienestar que reclama están basados en sus propias necesidades, en tanto que el agente los necesita para alcanzar sus propósitos. De lo anterior también se deriva de manera lógica una reclamación del agente dirigida a los demás, pues la afirmación acerca de sus necesidades para la acción se traduce en una reclamación de no-interferencia e incluso, en ciertas circunstancias, de ayuda dirigida otras personas. A pesar de que GEWIRTH reconoció la existencia de objeciones en contra de la derivación de los derechos del agente a partir de su juicio acerca de los bienes necesarios, consideraba posible demostrar que el agente se contradice a sí mismo cuando niega sus derechos a la libertad y al bienestar, pues si ambos conceptos son concebidos como bienes básicos, entonces resultará normativamente necesario que el sujeto efectúe dicho reconocimiento. Por lo tanto, la negación del deber de abstención de los demás referido a la eliminación o la interferencia con dicha libertad y bienestar constituye una contradicción respecto de su consideración como bienes básicos⁵⁴⁵.

3.1.3.3. Los derechos genéricos y el PCG

En la tesis de GEWIRTH, el concepto de derecho se encuentra lógicamente implicado en toda acción, puesto que se refiere a la reivindicación y requerimiento de las condiciones que habilitan al agente para actuar en la persecución de sus propósitos. GEWIRTH calificó a estos derechos como genéricos (*generic rights*). No obstante, reconoció que el criterio que establece que todo agente debe reivindicar para sí estos derechos no es moral, sino tan solo prudencial, pues se basa en las necesidades de acción de cada agente para la persecución de sus propósitos. Consiguientemente, GEWIRTH sostuvo que el criterio que justifica el derecho de cada agente consiste en las condiciones necesarias para su acción o, lo que es lo mismo, la cualidad de ser un agente intencional prospectivo constituye la razón

⁵⁴³ El adjetivo “conativo/a” se refiere aquí a la tendencia a actuar y reaccionar de una determinada manera en atención al objeto.

⁵⁴⁴ GEWIRTH, A., “The basis and...”, *op. cit.*, p. 128.

⁵⁴⁵ GEWIRTH, A., “The basis and...”, *op. cit.*, p. 129.

necesaria y suficiente para afirmar que todos los agentes tienen derecho a la libertad y al bienestar⁵⁴⁶.

De lo anterior, GEWIRTH concluyó que el agente ha de afirmar: (10) “tengo derecho a la libertad y al bienestar porque soy un agente intencional prospectivo”, en donde el término “porque” indica una condición justificatoria suficiente y necesaria. Con todo, contempló la posibilidad de que algún agente negase (10) e insistiera en que la única razón por la cual posee los derechos genéricos es porque posee una característica más restringida R: (11) “tengo derechos solo porque soy R”, constituyendo R una cualidad más restrictiva que el hecho de ser un agente intencional prospectivo. No obstante, en la tesis de GEWIRTH, quien afirme (11) estará contradiciéndose a sí mismo, pues de no poseer R, no se tendrían los derechos genéricos y, por tanto, se tendría que aceptar: (12) “no tengo derecho a la libertad ni al bienestar”. Sin embargo, en tanto que agente intencional prospectivo (aun desprovisto de R), debe necesariamente aceptar (10) y afirmar que tiene tales derechos. Adicionalmente, en virtud de la aceptación de (10), el agente también debe aceptar (13) “todos los agentes intencionales prospectivos tienen derecho a la libertad y al bienestar”. La premisa (13) se desprende de la premisa (10) en virtud del principio de universalización. Si un predicado P pertenece a algún sujeto S en virtud de una cualidad general de ese sujeto Q, en donde “en virtud de” implica una razón suficiente, entonces ese predicado debe lógicamente pertenecer a todo sujeto que posee Q. Así pues, dado que el predicado referido a la tenencia de los derechos básicos pertenece al agente original en virtud de su condición de agente intencional prospectivo, este debe lógicamente aceptar que todos los agentes intencionales prospectivos tienen los derechos genéricos⁵⁴⁷.

A los efectos de establecer que estos derechos genéricos son también derechos morales y humanos, necesariamente se ha de demostrar que todos los agentes deben admitir que el resto de seres humanos también poseen tales derechos. En este sentido, solo existe un presupuesto que todo agente debe lógicamente aceptar como condición suficiente que justifica su titularidad de los derechos genéricos: “el agente prospectivo posee propósitos que desea alcanzar”⁵⁴⁸. De este modo, todo agente debe afirmar que ser un agente prospectivo es una razón o condición suficiente para ostentar los derechos genéricos. En tanto que constituye una razón suficiente, todo agente, a riesgo de contradecirse así mismo, debe aceptar la generalización de que todos los agentes prospectivos tienen los derechos genéricos, lo cual constituye una aplicación lógica

⁵⁴⁶ Esto es lo que el propio GEWIRTH ha denominado como “the argument from the sufficiency of agency”. GEWIRTH, A., *Reason and Morality*, *op. cit.*, p. 110. *Vid.* también GEWIRTH, A., “The epistemology of...”, *op. cit.*, p. 16.

⁵⁴⁷ GEWIRTH, A., “The epistemology of...”, *op. cit.*, p. 17.

⁵⁴⁸ “There is one, and only one, ground that every agent logically must accept as the sufficient justifying condition for his having the generic rights, namely, that he is a prospective agent who has purposes he wants to fulfil”. *Vid.* GEWIRTH, A., “The basis and...”, *op. cit.*, p. 130.

del principio de universalidad. Los derechos genéricos a la libertad y al bienestar son derechos morales, pues requieren que todo agente tenga en consideración los intereses más favorables del resto de agentes prospectivos, es decir, aquellos intereses basados en las condiciones generales para la “agencia” (*agency*), de modo que el agente debe afirmar: (14) “debo actuar de acuerdo con los derechos genéricos de los demás”. Además, estos derechos genéricos son también derechos humanos, pues todo ser humano es un agente actual, prospectivo o potencial. Los derechos genéricos son derechos humanos en el sentido más amplio de que se fundamentan mediante un criterio o principio moral válido: (15) “actúa de acuerdo con los derechos genéricos de los demás al igual que con los tuyos”⁵⁴⁹, este es el PCG enunciado por GEWIRTH, el cual combina la consideración formal de la coherencia junto con la consideración material de los rasgos genéricos y derechos referidos a la “agencia” (*agency*)⁵⁵⁰.

Estos derechos ya son morales, pues promueven los intereses o bienes de otras personas distintas del o además del agente. El requisito moral más importante del PCG es la igualdad en la titularidad de los derechos genéricos, en tanto que requiere que todos reconozcan a los demás los mismos derechos a la libertad y al bienestar que reclaman para sí mismos. En la tesis de GEWIRTH, el PCG se configura como el principio supremo de la moralidad, pues sus requisitos interpersonales, derivados a partir de los rasgos genéricos de la acción, no pueden ser racionalmente inobservados por ningún agente. Por lo tanto, lo que para cualquier agente constituyen bienes necesarios para la acción (es decir, la libertad y el bienestar) son igualmente bienes necesarios para el resto. Por consiguiente, el agente debe lógicamente admitir que los demás tienen tanto derecho a estos bienes como el mismo, ya que la razón o fundamento por el cual los reclama racionalmente para sí también pertenece a los demás. El criterio primario para la titularidad de los derechos morales es que toda persona tiene ciertas necesidades relativas a su condición de agente actual o prospectivo, es decir, la libertad y el bienestar constituyen las condiciones necesarias para la acción. Por el simple hecho de ser agentes actuales o prospectivos con ciertas necesidades relativas a su “agencia” (*agency*), las personas tienen derecho a la libertad y al bienestar. En tanto que todos los seres humanos son agentes con dichas necesidades, los derechos morales genéricos a la libertad y al bienestar constituyen derechos humanos. A partir de lo anterior, GEWIRTH obtuvo su argumento en defensa de la universalidad de los derechos humanos (*equal human rights*)⁵⁵¹: (a) “todo agente

⁵⁴⁹ GEWIRTH, *Reason and morality*, op. cit., pp. 129-198. GEWIRTH, *The Community of...*, op. cit., *ibidem*. BEYLEVELD, D., *The Dialectical Necessity...*, op. cit., 1991.

⁵⁵⁰ GEWIRTH, A., “The basis and...”, op. cit., p. 131. *Vid.* también GEWIRTH, A., “The epistemology of...”, op. cit., p. 18.

⁵⁵¹ En este punto, GEWIRTH empleó la expresión “equal human rights”, la cual literalmente se traduciría al español como “derechos humanos igualitarios”. El adjetivo “igualitarios” hace referencia directa al rasgo de la universalidad defendida por GEWIRTH en su obra, razón por la cual

debe lógicamente afirmar o aceptar que tiene los derechos a la libertad y al bienestar en tanto que condiciones necesarias para su actuación”; (b) “el agente debe lógicamente aceptar que todos los demás agentes intencionales prospectivos poseen los mismos derechos a la libertad y el bienestar que el reivindica para sí mismo”. Así pues, dado que todas las personas son agentes actuales, prospectivos o potenciales, los derechos en cuestión pertenecen por igual a todos los seres humanos. Tanto los titulares como los obligados por los derechos son igualmente seres humanos, de manera que el objeto de los derechos lo constituyen aquellos bienes necesarios para la actuación humana y el fundamento de tales derechos constituye un principio moral válido⁵⁵².

Así, al considerar el método dialécticamente necesario, el argumento de GEWIRTH se mantiene dentro de los parámetros de los hechos referidos a los juicios necesarios del agente acerca de los bienes y derechos. Por lo tanto, todos los agentes deben lógicamente reclamar o, al menos aceptar, que tienen ciertos derechos. Dado que la “agencia” es el contexto general próximo de toda la moralidad y la práctica, cualquier cosa que sea necesariamente justificada para actuar en el contexto de dicha habilidad es también necesaria para la moralidad; y lo que deba ser lógicamente aceptado por todos los agentes está, asimismo, necesariamente justificado en el contexto de la referida “agencia”. Dado que todos los agentes deben lógicamente aceptar que tienen los derechos a la libertad y al bienestar, la posesión de estos derechos es moralmente necesaria. Por consiguiente, los derechos a la libertad y al bienestar son derechos humanos en tanto que existe un criterio moral válido, esto es, el PCG, que justifica que todos los seres humanos tengan estos derechos. Para ser derechos humanos deben ser ostentados por todos los seres humanos simplemente porque los derechos genéricos son derechos referidos a las condiciones necesarias para actuar. Esta cuestión descansa parcialmente en una variante de la máxima que establece que “deber” (*ought*) supone “poder” (*can*), pues asume que para que una persona A tenga un derecho a algo X, A debe ser capaz de tener o hacer X. De este modo, la asignación de los derechos propuesta por GEWIRTH sería proporcional a las capacidades para actuar. Sin embargo, el propio GEWIRTH aseguró que esta equiparación de los derechos genéricos con los derechos humanos no elimina la universalidad de los segundos, sino que posibilita la comprensión de los diferentes grados en los que los derechos son ostentados por ciertos seres humanos, además de la conexión de los derechos humanos con la acción y la práctica. También señaló que la derivación de estos derechos a partir del argumento a favor del PCG posibilita la comprensión de la perspectiva tradicional acerca de que los derechos humanos se fundamentan en la razón, de manera que poseen una necesidad

se ha preferido emplear el concepto de “universalidad” para hacer referencia a la expresión anteriormente señalada. *Vid.* GEWIRTH, A., “The epistemology of...”, *op. cit.*, *ibidem*.

⁵⁵² *Idem*.

normativa u obligatoriedad categórica que supera los contenidos variables de las costumbres sociales o el Derecho positivo⁵⁵³.

Por lo que se refiere al contenido concreto de los derechos genéricos, GEWIRTH circunscribió la libertad a la esfera de autonomía personal e intimidad (*privacy*) en la que el sujeto se encuentra libre de toda injerencia procedente de terceros, a excepción de su capacidad para consentir tal sometimiento ajeno. Por lo que se refiere al bienestar, y en atención a los tipos de bienes que lo componen (bienestar básico, no-sustraible y acumulativo), cuando el derecho de una persona al bienestar básico es inobservado, el titular padece un daño básico; mientras que, cuando sus derechos al bienestar no-sustraible o acumulativo son violados, el titular padece un daño específico. En general, siempre que alguien viola estos derechos a la libertad y al bienestar, su acción es moralmente reprochable y el infractor se contradice a sí mismo, pues este se encuentra en una posición que afirma que los derechos que necesariamente reclama para sí mismo, en tanto que agente intencional prospectivo, no son ostentados por determinadas personas, aunque estas son asimismo agentes intencionales prospectivos, de tal manera que estas acciones moralmente reprochables están asimismo injustificadas⁵⁵⁴.

3.1.3.4. Objeciones a la propuesta de GEWIRTH

El propio GEWIRTH consideró dos de las objeciones más extensas en contra de los nueve primeros pasos de su argumento. La primera objeción descansa en el objeto de estos derechos. Como se recordará, según el argumento de GEWIRTH, si el agente niega (5) “tengo derecho a la libertad y al bienestar”, entonces también estará negando (4) “debo tener derecho a la libertad y al bienestar”. A este argumento se le ha objetado el hecho de establecer que siempre que alguien afirme que debe tener algo, también afirmará que tiene derecho a ello. GEWIRTH respondió a esta objeción alegando que esta pasa por alto una restricción importante presente en su argumento, pues este se encuentra restringido a lo que está necesariamente conectado con el hecho de ser un agente y, por consiguiente, a los bienes necesarios para la acción. Por tanto, su argumento excluye aquellas razones contingentes que figuran en la objeción. Además, GEWIRTH señaló la diferencia existente entre un “deber referido a objetos superfluos” y un “deber cuyo objeto consiste en las condiciones necesarias para la acción” y que, por consiguiente, son imprescindibles dentro del contexto de la misma, debiéndose confinar dicho argumento a este segundo tipo de objeto, si lo que pretende es justificar su obligatoriedad⁵⁵⁵.

La segunda objeción abordada por el propio GEWIRTH versa sobre los sujetos de los derechos. Dicha objeción señala que una afirmación como (6) “todas las

⁵⁵³ GEWIRTH, A., “The basis and...”, *op. cit.*, p. 134.

⁵⁵⁴ GEWIRTH, A., “The basis and...”, *op. cit.*, p. 136.

⁵⁵⁵ GEWIRTH, A., *Reason and Morality*, *op. cit.*, pp. 77-78 y 81-82.

demás personas deben al menos abstenerse de eliminar o interferir con mi libertad y bienestar” puede ser aceptada en virtud de bases diferentes a la aceptación de una afirmación de derechos como (5) “tengo derecho a la libertad y al bienestar”, pues resulta posible aceptar que no se deban dañar ciertas entidades sin necesidad de aceptar que tales entidades tengan un derecho a no ser dañadas o, en otras palabras, la necesidad de aceptar (6) no implica la necesidad de aceptar (5). Sin embargo, GEWIRTH acusó a esta objeción de malinterpretar el criterio de “deber” (*ought*) en (6), pues este “deber” expresa algo que es debido a o que pertenece al beneficiario, esto es, algo a lo cual el agente está legitimado en tanto que constituye un requisito para todas sus actuaciones intencionales⁵⁵⁶. Por lo tanto, dicho deber implica requisitos más específicos de algo que es debido o adeudado. Según GEWIRTH, este deber más específico solo puede pertenecer a los agentes intencionales humanos y a sus beneficiarios. De este modo, un deber estricto como el descrito es correlativo a un juicio acerca de derechos (*rights-judgement*)⁵⁵⁷.

El profesor norteamericano Ari KOHEN, por su parte, ha acusado a la tesis de GEWIRTH de presuponer que todos los seres humanos poseen el “metadeseo” (*meta-desire*) de no contradecirse a sí mismos, y que son incapaces de alegar justificaciones persuasivas en favor de su comportamiento que podrían permitirles evitar la contradicción con ellos mismos⁵⁵⁸. KOHEN se ha centrado en tres argumentos interconectados que subrayan la inadecuación del PCG de GEWIRTH en tanto que fundamento secular de los derechos humanos. En primer lugar, critica aquella idea que afirma que el argumento acerca de la “contradicción para consigo mismo” o “autocontradicción” (*self-contradiction*) representa la explicación más persuasiva en contra de la violación de los derechos humanos. En segundo lugar, KOHEN discute el argumento de GEWIRTH acerca de la universalizabilidad y la contradicción, sugiriendo la posibilidad de que un agente pueda aceptar la primera parte de la tesis de GEWIRTH acerca de los derechos genéricos, pero rechazar sin contradicción la segunda parte referida a la universalización de tales derechos⁵⁵⁹. Por último, combina las dos primeras objeciones para demostrar que la noción de “agente intencional prospectivo” formulada por GEWIRTH es totalmente irreal⁵⁶⁰. En línea con esta última objeción, algunos autores han acusado a la teoría de GEWIRTH

⁵⁵⁶ GEWIRTH, A., *Reason and Morality*, *op. cit.*, pp. 66, 73, 79 y 95.

⁵⁵⁷ GEWIRTH, A., “The epistemology of...”, *op. cit.*, p. 20.

⁵⁵⁸ KOHEN, A., “The possibility of...”, *op. cit.*, p. 51.

⁵⁵⁹ A juicio de KOHEN, un agente podría inobservar los derechos genéricos de otro agente evitando la incoherencia racional mediante la creencia de que su “víctima” es de alguna manera inferior a un agente como el que el mismo es. *Vid.* KOHEN, A., “The possibility of...”, *op. cit.*, pp. 65-66.

⁵⁶⁰ KOHEN, A., “The possibility of...”, *op. cit.*, p. 67.

de ser una teoría acerca del agente ideal en vez del agente real⁵⁶¹, y ello a pesar de los intentos de BEYLEVELD por demostrar lo contrario⁵⁶².

3.2. La inalienabilidad

3.2.1. El concepto de (in)alienabilidad

En términos generales se ha afirmado que defender la inalienabilidad de los derechos supone negar la posibilidad de su enajenación mediante el mero consentimiento de su titular⁵⁶³, careciendo este de la suficiente fuerza normativa para producir cambios tanto en su propia posición jurídica como en la de los sujetos sobre los que recae el deber correlativo. Desde esta perspectiva, la cuestión referida a la (in)alienabilidad de los derechos se circunscribe a la pregunta acerca de su (in)disponibilidad por parte de los titulares⁵⁶⁴.

Sin embargo, a los efectos de esclarecer el concepto de (in)alienabilidad, constituye una cuestión principal diferenciar correctamente entre dicho rasgo y las otras características de los derechos fundamentales, especialmente respecto del carácter absoluto⁵⁶⁵. Así pues, resulta necesario distinguir suficientemente entre el carácter absoluto y la inalienabilidad de los derechos, tanto para afirmar su presencia como para desecharla. Si carácter absoluto e inalienabilidad fuesen lo mismo, entonces probar la inexistencia de uno implicaría asimismo la inexistencia del otro y viceversa. En tal sentido, suscribir la tesis mayoritaria acerca de la negación del carácter absoluto supondría la consecuente negación de la inalienabilidad, es decir, se estaría afirmando la alienabilidad de los derechos. Si, por el contrario, se afirma que dichos rasgos responden a realidades distintas, entonces se ha de buscar aquello que los diferencia. A estos efectos, se ha alegado que mientras que la inalienabilidad se restringe a la imposibilidad de disposición

⁵⁶¹ HELD, V. "Reason and Economic Justice", en Kipnis, K. & Meyers, D.T. (eds.), *Economic Justice: Private Rights and Public Responsibilities*, Rowman & Allanheld, Totowa, 1985, p. 38. También en BEYLEVELD, D., *The Dialectical Necessity...*, *op. cit.*, p. 311. KOHEN, A., "The possibility of...", *op. cit.*, *ibidem*.

⁵⁶² "The only sense in which the generic features of agency are 'abstract' is that they are universally and necessarily applicable to all PPAs amid their enormously varying particular occurrent purposes. In attending to the generic features, it is not assumed that PPAs are so similar that it will be in their particular occurrent interests for them all to make (wish to make) the same rights-claims. It is assumed only that PPAs, whatever their particular occurrent purposes, are PPAs (that they have purposes). It follows logically from the fact that PPAs have purposes that they must accept the PGC. It, therefore, follows logically, for PPAs with varying particular occurrent purposes and characteristics, that they must accept the PGC. For, whatever their particular occurrent characteristics, to deny the PGC is to deny that they have purposes, and this is to deny that they have any particular occurrent purposes (which, of course, includes the ones they have)". *Vid.* BEYLEVELD, D., *The Dialectical Necessity...*, *op. cit.*, pp. 314-315.

⁵⁶³ MCCONNELL, T., *Inalienable Rights...*, *op. cit.*, p. ix.

⁵⁶⁴ En este punto Francisco LAPORTA introduce la idea de la "irrenunciabilidad moral" de los derechos. *Vid.* LAPORTA, F., "Sobre el concepto...", *op. cit.*, p. 43.

⁵⁶⁵ LAPORTA, F., "Sobre el concepto...", *op. cit.*, p. 42.

del derecho por parte de su titular; el carácter absoluto se circunscribe a la imposibilidad de que terceros, especialmente los poderes del Estado, dispongan del derecho de alguien, es decir, lo anulen.

Aceptar lo anterior supone afirmar que la diferencia entre ambos rasgos residiría en quien tiene prohibida la conducta dispositiva, esto es, el propio titular en el caso de la inalienabilidad; o cualquier tercero, en el caso del carácter absoluto. Con todo, en ambos casos el resultado es el mismo. Así, negar tanto el carácter absoluto como la inalienabilidad supone que el deber correlativo permanece incólume; si por el contrario se niegan ambos rasgos, entonces se habilita una posibilidad referida a la producción de un cambio en las posiciones jurídicas de los sujetos implicados, quedando en suspenso el deber correlativo y, por lo tanto, no pudiendo ser exigido por el extitular del derecho ni por ningún tercero.

No obstante, todavía existe otro paralelismo entre ambos caracteres, y es que, en última instancia, la imposibilidad de realizar el acto de disposición del derecho, ya sea por terceros o por el propio titular, ha de proceder invariablemente de una norma que establezca una prohibición en tal sentido, ya que en otro caso dicha posibilidad se estaría dejando en manos de los sujetos implicados. Por lo que respecta al carácter absoluto dirigido a los terceros distintos de los poderes estatales resulta evidente en tanto que existan deberes correlativos a un derecho de alguien, en virtud del respeto debido a la norma que establece dichas posiciones jurídicas de las partes, a salvo de la presencia de alguna excepción en el ordenamiento jurídico (ej. legítima defensa). Respecto de los poderes legislativo y judicial resulta más dudoso pues, en tanto que estos puedan introducir modificaciones en el ordenamiento jurídico o en su interpretación, podrán asimismo llegar a disponer de derechos fundamentales, aunque ciertamente estos acostumbran a beneficiarse de garantías adicionales (p.ej. reserva de ley orgánica y recurso de amparo ante el TC) habitualmente previstas de manera expresa en los ordenamientos jurídicos, lo cual previsiblemente dificultará que tal disposición suceda y, en caso de que lo haga, será mediando una justificación constitucional.

Sin embargo, la situación más complicada proviene de la disposición del derecho efectuada por el propio titular. Lo cierto es que parece razonable afirmar que lo característico de la atribución de derechos es su dominio por parte del titular, pues de no ser así la técnica jurídica más apropiada sería el establecimiento de un deber desprovisto de un derecho correlativo, cuyo incumplimiento ha de ser necesariamente perseguible de oficio. Si se acepta lo anterior, entonces se estará reconociendo de algún modo la prioridad de los deberes sobre los derechos. Desde la perspectiva de los deberes, carácter absoluto e inalienabilidad son coincidentes, esto es, ambos implican la imposibilidad de suprimir un deber. Sin embargo, si se

acepta que lo característico de los derechos es que estos puedan ser dispuestos por sus titulares⁵⁶⁶, entonces se podrá acordar una diferencia sustancial en el caso de la inalienabilidad, pues el derecho correlativo al deber que permanece quedará en suspenso, al no poder ser dispuesto por su titular. Si lo anterior es correcto, entonces en realidad el supuesto carácter inalienable de algunos derechos, equivale a un deber desnudo, esto es, desprovisto de un derecho correlativo, pudiendo incluso ser afirmada la presencia de deberes o inmunidades sobre el propio titular.

En este sentido, se ha apuntado que sostener la inalienabilidad de los derechos fundamentales sugiere el reconocimiento de “inmunidades para con nosotros mismos”⁵⁶⁷. Una inmunidad supone una protección fuerte frente a algún cambio en nuestra posición jurídica. De este modo, el consentimiento del titular sería normativamente ineficaz para producir un cambio normativo derivado de una disposición tal. Así pues, en términos hohfeldianos, sería posible afirmar que el titular carece de potestad o competencia para disponer del objeto de su derecho⁵⁶⁸. De lo anterior se desprende que afirmar la inalienabilidad de los derechos supone asimismo negar la posibilidad de justificar una transgresión de los mismos con base en el consentimiento de su titular. En caso contrario, la posibilidad de alienar tales derechos, conlleva a la necesidad de analizar los conceptos de voluntad y capacidad como pilares centrales de la validez de dicha disposición basada en el consentimiento.

Asimismo, tampoco deben confundirse los rasgos de la inalienabilidad y la universalidad, pues afirmar la titularidad de un derecho por todos los seres humanos, al menos *a priori*, no indica nada acerca de las restricciones existentes respecto de la disponibilidad de su objeto mediante desistimiento, renuncia o transmisión del titular, conceptos que por lo demás constituyen las formas estándar de alienación de los derechos.

3.2.2. Formas de alienación de los derechos

En atención al planteamiento propuesto por el profesor norteamericano Joel FEINBERG, pueden distinguirse dos formas de alienación: desistir un derecho que se sigue poseyendo (*waiver*), o renunciar totalmente al mismo (*relinquish*)⁵⁶⁹. Así pues, en el caso del desistimiento, tan solo se aliena el ejercicio del derecho y no su

⁵⁶⁶ BEAUCHAMP, T.L. & CHILDRESS, J.F., *Principles of biomedical ethics*, 7th ed., Oxford University Press, New York, 2013, p. 137.

⁵⁶⁷ THOMPSON, J.J., *The Realm of Rights*, Harvard University Press, Cambridge, 1990, p. 59. LAPORTA, F., “Sobre el concepto...”, *op. cit.*, p. 44.

⁵⁶⁸ HOHFELD, W.N., “Some Fundamental Legal...”, *op. cit.*, pp. 20 y ss.

⁵⁶⁹ FEINBERG, J., *Right, Justice and...*, *op. cit.*, pp. 242-246.

titularidad⁵⁷⁰, puesto que el derecho en cuestión se sigue poseyendo. De este modo, el desistimiento se trataría de una alienación transitoria, dado que el derecho sería recuperable mediante la revocación del consentimiento. Por el contrario, en caso de renuncia, se produciría la pérdida total del derecho, por lo que se estaría desistiendo de la titularidad misma, siendo esta permanente e irrevocable a juicio de FEINBERG⁵⁷¹. De este modo, el profesor de Arizona diferenciaba entre bien jurídico y derecho a ese mismo bien jurídico. Según este autor, los derechos podrían desistirse (*waiver*), pero no renunciarse (*relinquish*). Esta afirmación descansa en que a su juicio lo único alienable es el bien jurídico y no el derecho a tal bien jurídico, en otras palabras, lo que FEINBERG parece haber justificado es la alienación del ejercicio del derecho y no la titularidad en sí misma considerada.

Póngase por caso el derecho a la vida a los efectos de ilustrar lo anterior. Si aplicamos las distinciones operadas por FEINBERG y asumimos su justificación acerca de la posibilidad de alienar el ejercicio del derecho, en tal caso parece posible afirmar que resulta permisible desistir el ejercicio del derecho a la vida, pero no así su titularidad. No obstante, atendiendo a la cuestión del contenido material del derecho y dado que ello afecta a la posibilidad de recobrarlo, evidentemente el contenido mismo del derecho a la vida no permite efectuar la distinción de FEINBERG entre “desistimiento” (*waiver*) y “renuncia” (*relinquish*), puesto que desistir el bien jurídico protegido, es decir, la vida, trae como consecuencia la renuncia a la vida misma, en tanto que resulta materialmente irrecuperable. De lo anterior, cabe concluir que este planteamiento no permite establecer una pauta extensible a todos los derechos, por lo que no proporciona una tesis universalizable. Además, ello demuestra que la distinción efectuada por FEINBERG se encuentra basada en una premisa discutible que relaciona los conceptos de alienabilidad y revocabilidad, haciendo depender el primero del segundo. No obstante cabe reiterar que la revocabilidad del consentimiento solo habla de las consecuencias de la alienación y no de la alienabilidad en sí misma⁵⁷².

Tomando los ejemplos del derecho al consentimiento informado y el ya mencionado derecho a la vida, resulta posible observar cómo mientras que el ejercicio del derecho al consentimiento informado resulta indisponible por motivos materiales relativos al contenido del mismo⁵⁷³, no ocurre así con el

⁵⁷⁰ A favor de la tesis de la libertad respecto del ejercicio del derecho y no en cuanto a su titularidad, *vid.* VAN DER VEER, D., “Are Human Rights Alienable?” *Philosophical Studies* 37, 1980, pp. 165 y ss.; o LAPORTA, F., “Sobre el concepto...”, *op. cit., ibidem*.

⁵⁷¹ FEINBERG, J., *Right, Justice and...*, *op. cit.*, p. 246.

⁵⁷² MCCONNELL, T., *Inalienable Rights...*, *op. cit.*, p. 19.

⁵⁷³ En este punto se hace referencia exclusiva a una parte del derecho al consentimiento informado, esto es, al derecho a decidir, dejando al margen el derecho a recibir información previa, cuya alienación supondría un consentimiento básico. Así, dado que el contenido del derecho a decidir versa sobre una declaración de voluntad del titular, nunca resulta posible afirmar la alienación de la misma, pues la propia declaración de voluntad referida a la alienación de tal posición ya presupone

ejercicio del derecho a la vida. Considerando el planteamiento de FEINBERG, en ambos casos lo único alienable sería el bien jurídico y no el derecho a este, quedando la titularidad intacta, de manera que tan solo su ejercicio quedaría afectado por el acto de alienación. Sin embargo, mientras que el derecho al consentimiento informado sería plenamente revocable; no así el derecho a la vida, dada la irrecuperabilidad de la misma. Así pues, a través de este ejemplo, se puede observar que la distinción operada entre bien jurídico (ejercicio) y derecho (titularidad) carece de operatividad en aquellos supuestos problemáticos en los que desistimiento y renuncia coinciden desde una perspectiva material, siendo impracticable una revocación del desistimiento del derecho a la vida.

Otro modo de alienar un derecho puede consistir en transmitirlo. Ello supondrá un cambio normativo bilateral, es decir, autoriza a un individuo a realizar actos a los que antes no estaba autorizado, lo cual es común tanto a la renuncia como al desistimiento, y autoimpone nuevas obligaciones al titular. La transferencia de un derecho no necesariamente ha de ser irrevocable ni permanente⁵⁷⁴, puesto que como es posible apreciar en el ejemplo relativo al consentimiento informado, el titular puede revocar una eventual descarga del contenido del derecho en una tercera persona con su simple declaración de voluntad en contrario. Además, se ha de tener en cuenta que en algunos casos resulta posible desistir y renunciar un derecho, pero no así transmitirlo⁵⁷⁵.

Con todo, la abstención o ejercicio de un derecho, en donde este ni se afirma ni se reclama, no tiene por qué constituir un supuesto de alienación, dado que ello no autoriza la transgresión y el derecho es retenido por su titular⁵⁷⁶. Por lo tanto, cabe concluir que abstención e inalienabilidad resultan compatibles, en tanto que se presentan como nociones diversas y no vinculadas. No obstante, afirmar la existencia de “derechos inalienables obligatorios” supondría la concurrencia de ambos conceptos, a saber: no-abstención e inalienabilidad, pues un derecho simplemente inalienable podría no ser ejercitado a pesar de no poder ser renunciado ni transmitido. Respecto del supuesto de los “derechos obligatorios” (*mandatory rights*)⁵⁷⁷, estos no podrán ser desistidos, renunciados ni transferidos, no pudiendo siquiera su titular abstenerse del ejercicio del derecho. Así pues, afirmar la existencia de derechos obligatorios, supondría afirmar la existencia de

una decisión en sí misma. De lo anterior es posible concluir que el derecho a decidir, presente en el consentimiento informado del paciente, resulta materialmente inalienable.

⁵⁷⁴ Para ilustrar estos extremos MCCONNELL alega el supuesto de un contrato de arrendamiento de duración anual. *Vid. MCCONNELL, T., Inalienable Rights..., op. cit., p. 11.*

⁵⁷⁵ Véase de nuevo el supuesto del derecho a la vida, cuya posibilidad de transmisión constituiría el argumento de una novela de ciencia ficción.

⁵⁷⁶ MCCONNELL, T., *Inalienable Rights..., op. cit., ibidem.*

⁵⁷⁷ FEINBERG incluye entre estos derechos el derecho a la educación y el derecho a ser vacunado frente a ciertas enfermedades, pues afirma que estos derechos involucran “libertades medias” (*half-liberties*) respecto de sus objetos, ya que el titular ostenta un derecho y no una mera libertad, respecto al objeto de estos derechos. *Vid. FEINBERG, J., Right, Justice and..., op. cit. p. 157.*

obligaciones para con nosotros mismos, siendo tales derechos más que inalienables.

Un sector doctrinal se ha empeñado en incluir la “confiscación” (*forfeiture*) de un derecho como un modo de alienación del mismo⁵⁷⁸. En este sentido, la realización de un acto por el titular cuya consecuencia jurídica supone la afectación de su derecho ha sido interpretada como una especie de “renuncia mediata”, cuando se haya llevado a cabo con la intención de alienar el derecho en cuestión. Se trataría de aprovechar la consecuencia jurídica de un acto tipificado con la intención de alienar un derecho. Sin embargo, en este caso no parece posible hablar de alienación, en tanto que la afectación del derecho no es resultado de un acto del titular, sino que se trata de una consecuencia jurídica derivada de dicho acto. A los efectos de defender esta tesis, resulta útil efectuar una distinción adecuada entre alienación y confiscación. Así pues, en primer lugar, la justificabilidad de la inobservancia del derecho es diferente en cada caso, pues mientras que en el supuesto de la alienación es el consentimiento del titular lo que justificaría la inobservancia del derecho, en el caso de la confiscación es la transgresión de una norma de conducta por el titular lo que desencadena la consecuencia jurídica prevista para el caso de su inobservancia. En segundo lugar, si bien en relación con el primer punto, el origen de la voluntad que compromete al derecho es asimismo diferente en cada caso: en el supuesto de la alienación es la declaración intencionada y voluntaria del titular, mientras que en el supuesto de la confiscación se requiere que el acto haya sido previamente tipificado de forma que la consecuencia jurídica de la norma implique la afectación del derecho en cuestión⁵⁷⁹. En virtud lo anterior, parece posible afirmar que en el caso de la confiscación se estaría más bien cuestionando el carácter absoluto del derecho, el cual se pliega ante la consecuencia jurídica prevista por una norma, lo cual, en última instancia, depende de la voluntad del legislador, es decir, de una voluntad externa y diferenciada respecto de la del titular del derecho.

En relación con lo anterior, se podría afirmar además que el consentimiento no es suficiente ni necesario para alienar un derecho⁵⁸⁰. No es suficiente porque la aceptación de la inalienabilidad como rasgo de todos los derechos fundamentales impediría la disposición por el titular de los mismos. Adicionalmente, no sería necesario porque tanto la confiscación como la anulación del deber correlativo por una consideración moral más fuerte constituyen “vulneraciones justificadas” de estos derechos⁵⁸¹. No obstante, sostener lo anterior supondría nuevamente no

⁵⁷⁸ MEYERS, D.T., *Inalienable Rights: A Defense*, Columbia University Press, New York, 1985, pp. 2 y 9 (versión española: *Los derechos inalienables*, traducción de E. Beltrán Pedreira, Alianza Editorial, Madrid, 1988).

⁵⁷⁹ MCCONNELL, T., *Inalienable Rights...*, *op. cit.*, p. 13 y 14.

⁵⁸⁰ Así lo ha hecho Terrance MCCONNELL en su obra. *Vid.* MCCONNELL, T., *Inalienable Rights...*, *op. cit.*, p. 43.

⁵⁸¹ MCCONNELL, T., *Inalienable Rights...*, *op. cit.*, p. 20.

distinguir de forma adecuada los conceptos de inalienabilidad y carácter absoluto, dado que tanto la confiscación como la anulación por motivos morales más fuertes constituyen ejemplos de negación del carácter absoluto y no de alienación. Sin embargo, aun en el supuesto de aceptar la inalienabilidad como característica inexcusable de los derechos, ello no implica que el otorgamiento de consentimiento por parte del titular sea irrelevante a los efectos de determinar la lesividad del acto de transgresión⁵⁸², pues se podría alegar que a quien consiente no se le puede provocar daño alguno (*volenti non fit injuria*)⁵⁸³.

3.2.3. Consecuencias de la alienación de los derechos

Analizar las consecuencias de la eventual alienabilidad de los derechos permite entender el grueso del dilema acerca de la (in)alienabilidad y observar el problema en su conjunto. En este sentido, si el otorgamiento del consentimiento legitima un acto que en caso contrario supondría la “vulneración de un derecho”⁵⁸⁴, entonces el deber correlativo quedará en suspenso, lo cual se traduce en el otorgamiento de un “derecho especial para actuar”⁵⁸⁵ en un sentido que sería “injusto”⁵⁸⁶ y “prohibido”⁵⁸⁷ de no existir dicho consentimiento del titular.

Si empleamos la terminología acuñada por HOHFELD a lo anteriormente expuesto, la alienación de un derecho supondría el establecimiento de un “privilegio” para el extitular del deber, el cual quedaría en suspenso en virtud de un acto de disposición válido del anterior titular del derecho, quien pasa a ocupar una posición jurídica de “no-derecho”, que trae causa nuevamente en su acto de disposición. Además, cabe distinguir entre tener un “derecho” como correlato de un “deber” y ostentar una “potestad” correlativa a una “sujeción”. Así pues, la titularidad de un derecho sitúa al sujeto en una posición jurídica que le permite

⁵⁸² MCCONNELL, T., *Inalienable Rights...*, *op. cit.*, p. 44.

⁵⁸³ Este brocardo viene a resumir el principio de respeto por la autonomía privada, lo cual deviene en el respeto de lo estipulado por la libre voluntad de las partes, a pesar de que ello pueda ser percibido por terceros como injusto.

⁵⁸⁴ LOMASKY, L., *Persons, Rights and...*, *cit.*, p. 211.

⁵⁸⁵ SIMMONS, A.J., *Moral Principles and Political Obligations*, Princeton University Press, Princeton, 1979, p. 76.

⁵⁸⁶ Cabría sostener que el hecho de que la transgresión de un derecho sea consentida por su titular, no dice nada de su justicia o injusticia. De hecho, hacer depender la justicia del mero consentimiento defiende una tesis pretendidamente neutral acerca de la moralidad de los actos de disposición. Una posible corrección del criterio expuesto podría lograrse a través de la introducción del concepto del beneficio mutuo de ambas partes. De este modo, tanto el consentimiento como la reciprocidad de los pactos resultan nociones clave en la evaluación de la justicia o injusticia de la disposición de los derechos. Al mismo tiempo, que algo esté permitido por el Derecho, no conduce necesariamente a la afirmación de su justicia, puesto que siempre cabe la posibilidad de un “Derecho defectuoso”. Sin embargo, la persecución de la justicia por parte del Derecho constituye un presupuesto de racionalidad inexcusable del mismo, esto equivale aproximadamente al “argumento de la corrección” de ALEXY. *Vid. El concepto y...*, *op. cit.*, p. 40. También en ALEXY, R., “Una defensa de...”, *op. cit.*, pp. 85-86.

⁵⁸⁷ FLETCHER, G., *Basic Concepts of Legal Thought*, Oxford University Press, New York, 1996, p. 109.

exigir el deber al deudor. Por otra parte, en virtud del interés que el titular ostenta respecto del objeto del derecho, se podría pensar que este posee una potestad en el sentido de facultad de disposición respecto del objeto del derecho, de modo que mediante un acto de voluntad del titular se produce un cambio normativo bilateral, a saber, el titular deja de estar en posesión del derecho, no pudiendo por tanto reivindicar la conducta debida al deudor, quien se ve liberado del deber correlativo, pues este queda en suspenso. No obstante, los defensores de la inalienabilidad negarán la existencia de una potestad como la descrita a los titulares, quienes simplemente ostentarán un derecho correlativo a un deber, sin la posibilidad de operar un cambio en la posición jurídica de las partes implicadas. De este modo, desde una perspectiva analítica, la ruta trazada por la alienación de un derecho pasa por el concepto de la "potestad" jurídica en términos hohfeldianos. Aunque el contenido del propio derecho incide en la (im)posibilidad material de alienarlo. Si se toma como ejemplo el supuesto del derecho de libre decisión acerca del sometimiento o rechazo de un tratamiento o intervención médica en el supuesto del consentimiento informado del paciente, se podrá observar que el derecho resulta materialmente irrenunciable en tanto que su contenido gira en torno a la emisión de una declaración de voluntad por el titular, de manera que la simple decisión favorable a la alienación del derecho supondrá de por sí una declaración relativa al consentimiento de su titular, de modo que en todo caso este estará decidiendo en un cierto sentido. Consiguientemente, cabe concluir que la vertiente decisoria del derecho al consentimiento informado resulta materialmente inalienable.

Otra consecuencia derivada de la alienación de un derecho versa sobre la imposibilidad de su recobro. No obstante, aunque es una consideración frecuente en defensa de la inalienabilidad de los derechos, se ha de tener en cuenta que recobrar un derecho constituye una cuestión diferente respecto de su (in)alienabilidad. Así pues, la (im)posibilidad de recobro de un derecho no dice nada acerca de la posibilidad y adecuación de alienar un derecho, sino tan solo acerca de sus eventuales consecuencias. Una argumentación consecuencialista basada en dicha posibilidad será necesariamente casuista y relativa a derechos concretos, es decir, no universalizable, dado que dependerá de nuevo del contenido material de los derechos concretos a considerar. Así, retomando el supuesto del derecho al consentimiento informado del paciente, el titular que decida delegar la toma de decisión en un tercero, podrá recobrar el derecho en cualquier momento anterior a su sometimiento a la intervención o tratamiento indicado o en cualquier momento posterior a la información, en caso de rechazo. De este modo, resulta posible afirmar que este derecho es recobrable en cualquier momento a través de la simple declaración por parte del titular en tal sentido. Por el contrario, el derecho a la vida resulta indudablemente irrecobrable. Estos ejemplos permiten concluir que hacer depender la defensa de la inalienabilidad en la imposibilidad de recobrar los derechos es insatisfactorio en tanto que no

siempre ocurrirá que como consecuencia de la disposición de un derecho se siga su irrecuperabilidad o pérdida irrevocable.

3.2.4. Argumentos a favor y en contra de la inalienabilidad de los derechos

3.2.4.1. Argumentos en contra de la inalienabilidad

Considerar la alienabilidad como parte del concepto de derecho, conlleva a la afirmación de que lo valioso de los derechos es que estos puedan ser invocados, no-invocados o renunciados por sus titulares⁵⁸⁸. En este sentido, los derechos son concebidos como una protección no-paternalista de los intereses de sus titulares, siendo su aspecto más relevante que estos pueda renunciar o consentir su violación por terceros en virtud de razones que no necesariamente han de coincidir con la mejor estimación de sus intereses a largo plazo⁵⁸⁹. Sin embargo, a pesar de que los derechos consisten en una cierta ventaja para sus titulares, de ser inalienables podrían suponer una carga para los mismos⁵⁹⁰, de modo que el consentimiento del titular podría justificar la supresión del deber correlativo⁵⁹¹.

El argumento conceptual conlleva a la discusión acerca del fundamento de los derechos tradicionalmente articulada en torno a las teorías del interés/beneficio (*benefit theory of rights*) y la voluntad/elección (*will theory of rights or choice conception of rights*). En este sentido, mientras que la teoría del interés define los derechos como instrumentos para la promoción del bienestar individual⁵⁹², la teoría de la voluntad los concibe como simples instrumentos para la autonomía individual. De este modo, podría afirmarse que mientras que los defensores de la tesis del interés estarán mayoritariamente a favor de la inalienabilidad de los derechos, los partidarios de la tesis de la voluntad estarán mayoritariamente en contra de dicha inalienabilidad, aunque se pueden dar justificaciones tanto en favor como en contra partir de ambas aproximaciones.

Si entendemos la autonomía como un elemento del bienestar⁵⁹³, lo cual implicaría una tesis mixta a medio camino entre las posturas antes descritas, se podría sustentar el imperativo de conjugar todas las autonomías individuales, de modo que se respeten los principios de libertad e igualdad, es decir, se estará defendiendo el establecimiento del límite de la autonomía individual en la autonomía de los demás, sin que ninguna prevalezca. Sin embargo, el

⁵⁸⁸ BUCHANAN, A., "What's So Special About Rights?", *Social Philosophy and Policy* 1(2), 1984, p. 79.

⁵⁸⁹ BROCK, D., *Life and Death*, Cambridge University Press, New York, 1993, p. 105.

⁵⁹⁰ BRODY, B., *Life and Death Decision Making*, Cambridge University Press, New York, 1988, p. 22.

⁵⁹¹ BRODY, B., *Life and Death...*, *op. cit.*, p. 33. BROCK, D., *Life and Death*, *op. cit.*, p. 125.

⁵⁹² STOLJAR, S., *An Analysis of Rights*, St. Martin's Press, New York, 1984. LYONS, D., *Rights, Welfare and Mill's Moral Theory*, Oxford University Press, New York, 1994.

⁵⁹³ MCCONNELL, T., *Inalienable Rights...*, *op. cit.*, p. 29.

establecimiento de tales límites, en tanto que extrínsecos a la voluntad del titular, no afectará al carácter (in)alienable de los derechos, sino que dichos límites aparecerán de nuevo referidos al carácter absoluto. De ello se colige la alienabilidad *prima facie* de determinados derechos, pudiendo disponerse mediante acuerdo voluntario de sus titulares, salvo cuando de dicha disposición se siga la vulneración de los derechos de un tercero no consentidor⁵⁹⁴. No obstante, en tal caso, no se estará limitando la capacidad de disposición del titular debido al carácter inalienable de los derechos, sino en función del carácter no-absoluto de los mismos, puesto que se tratará de una colisión entre derechos. De este modo, se podrá establecer como criterio limitador de la alienabilidad de los derechos el interés de terceros interesados en la inalienabilidad de los mismos, si bien todo parece apuntar hacia una posible alienabilidad *prima facie* de los derechos. No obstante, se ha de diferenciar correctamente entre alienación y no-ejercicio de un derecho, pues son ostensiblemente diferentes tanto en lo que respecta al concepto como a sus consecuencias. Por otra parte, cuando el titular de un derecho consienta la transgresión del mismo, este no podrá alegarla⁵⁹⁵, puesto que dicha transgresión vendrá justificada en virtud de la doctrina de los actos propios. Por el contrario, los terceros no consentidores perjudicados por la transgresión sí podrán rechazar el permiso con base en un argumento legítimo no-paternalista⁵⁹⁶.

La tesis libertaria, por su parte, señala que todos los derechos han de ser alienables, a excepción de las obligaciones adquiridas respecto de terceras partes⁵⁹⁷. Esta tesis en contra de la inalienabilidad es incompatible con aquellas otras que defienden un paternalismo fuerte o coercitivo⁵⁹⁸, mas no necesariamente con las que sostienen un paternalismo débil⁵⁹⁹, pues tan solo restringen la libertad del titular cuando su comportamiento es sustancialmente involuntario⁶⁰⁰. Si se acepta el argumento de la alienabilidad *prima facie* de los derechos, si bien limitada por los derechos de los terceros perjudicados por la disposición del derecho, resulta posible observar como dicha alienabilidad *prima facie* se ve limitada por el propio carácter no-absoluto de los mismos, dado que una vez más estaremos ante un supuesto de colisión de derechos, no pudiéndosele achacar la objeción del paternalismo. Adicionalmente, a partir de argumentos antipaternalistas, sería posible sostener que la capacidad de alienar un derecho se podrá ver autolimitada por la celebración de pactos en tal sentido por parte de su titular, aunque dicha inalienabilidad sería fruto del ejercicio de la propia facultad

⁵⁹⁴ MCCONNELL, T., *Inalienable Rights...*, *op. cit.*, p. 19.

⁵⁹⁵ SALMOND, J., *Salmond on Jurisprudence*, 11th ed., Glanville Williams (ed.), Sweet and Maxwell, London, 1957, p. 531.

⁵⁹⁶ MCCONNELL, T., *Inalienable Rights...*, *op. cit.*, p. 20.

⁵⁹⁷ NOZICK, R., *Anarchy, State and...*, *op. cit.*, p. 58.

⁵⁹⁸ *Vid.* CONLY, S., *Against Autonomy: justifying coercive paternalism*, Cambridge University Press, New York, 2013.

⁵⁹⁹ MCCONNELL, T., *Inalienable Rights...*, *op. cit.*, p. 27.

⁶⁰⁰ Se incluyen aquí los casos de incapacidad y minoría de edad.

de disposición de los derechos. No obstante, se podrá seguir manteniendo una tesis favorable a la alienabilidad *prima facie*, a salvo de la existencia de intereses de terceros no consentidores perjudicados por el acto de disposición del derecho.

Por último, firmar la inalienabilidad de los derechos supone afirmar la existencia de obligaciones para con nosotros mismos, pues si el titular no puede disponer del derecho en virtud su consentimiento, entonces la prohibición impuesta al titular consistirá en una especie de inmunidad para consigo mismo. Acerca de este argumento, Terrance McCONNELL emplea el concepto de “deber”, de modo que la inalienabilidad de los derechos podría entenderse como “deberes para con nosotros mismos”⁶⁰¹. No obstante, parece más adecuado hablar de “inmunidades para con nosotros mismos”⁶⁰², en un sentido hohfeldiano, puesto que un “deber”, en tanto que correlativo a un “derecho” resulta lógicamente incompatible con un derecho de idéntico contenido que recaiga sobre el mismo sujeto. Sin embargo, si empleamos la categoría conceptual de la “inmunidad”, como correlativa a una incompetencia del propio titular, podemos observar como este se encuentra supeditado, en virtud de una exigencia de rango superior, a lo establecido por la norma que le otorga una supuesta ventaja pero de la cual no puede disponer por razón de su incompetencia⁶⁰³. No obstante, la existencia de una pretendida “inmunidad para con nosotros mismos” puede cuestionarse a partir del argumento de que la prohibición derivada de la inalienabilidad, la cual impide que el consentimiento del titular justifique la inobservación del derecho, realmente recae sobre los terceros, quienes pese a todo no deberán transgredir el derecho en cuestión, a riesgo de incurrir en una conducta jurídicamente ilícita. De este modo, la prohibición impuesta no puede entenderse como un deber del titular para consigo mismo, sino que tal deber recaerá sobre terceras partes y el propio Estado, quienes deberán observar el derecho en cuestión en virtud de la falta de eficacia del consentimiento del titular, dada de la “incompetencia” del mismo para disponer del derecho, en términos hohfeldianos. Con todo, podría afirmarse la existencia de “inmunidades para con nosotros mismos”, siempre en virtud de una prohibición suficientemente justificada que establezca la “incompetencia” del titular para disponer de su derecho. Sin embargo, en atención a la tesis a favor de la alienabilidad *prima facie* de los derechos, cabe sostener que, salvo presencia de terceros con intereses perjudicados por dicha alienación, por lo general el titular tendrá la facultad de disponer del mismo, quedando los terceros sujetos a lo establecido por su voluntad. En tal caso, será sobre los defensores de la

⁶⁰¹ Vid. McCONNELL, T., *Inalienable Rights...*, *op. cit.*, *ibidem*.

⁶⁰² En cuanto a la idea de “inmunidad” respecto al propio estatus moral. Vid. LAPORTA, F., “Sobre el concepto...”, *op. cit.*, pp. 43 y 44.

⁶⁰³ Sobre los pares de correlatos y opuestos hohfeldianos, *vid.* HOHFELD, W.N., “Some Fundamental Legal...”, *op. cit.*, p. 8.

No obstante, se ha de matizar que HOHFELD tenía en mente dos titulares diferenciados cuando enunció sus parejas conceptuales, de manera que en la expresión “inmunidades para con nosotros mismos” se estarían flexibilizando considerablemente las categorías hohfeldianas.

inalienabilidad de los derechos sobre quienes recaiga la carga de la prueba, si bien, en sentido estricto, no se estará afirmando la inalienabilidad de los derechos, sino más bien negando su carácter absoluto, por las razones antes señaladas.

3.2.4.2. Argumentos a favor de la inalienabilidad

Cabe reiterar que sostener un planteamiento de corte consecuencialista puede ser peligroso y poco adecuado, dado que la valoración de las consecuencias de un acto no necesariamente ofrece una justificación del acto en sí mismo considerado, sino que tan solo indica cuáles serán los resultados previsibles, lo cual, sin embargo, presenta la ventaja de permitir la valoración del carácter positivo o negativo de estos. Con independencia de lo anterior, una moral de corte utilitarista podría apoyar la inalienabilidad de ciertos derechos⁶⁰⁴. Una teoría utilitarista en contra de la inalienabilidad deberá demostrar que la disposición de determinados derechos por parte de su titular resulta más beneficiosa en aras de alcanzar determinadas metas. No obstante, la limitación de la alienabilidad no necesariamente lleva aparejada el rechazo del utilitarismo, resultando posible articular tres argumentos utilitaristas en favor de la inalienabilidad. El primero aconseja la adopción del medio más eficiente para lograr las metas sociales, si bien este argumento abraza el paternalismo en su versión más fuerte, lo cual no resulta conjugable con la defensa de la autonomía individual. Asimismo, una menor autonomía de todos podría traducirse en un descenso del bienestar general, en detrimento de la utilidad. Un segundo argumento se presenta como una respuesta colectiva a los problemas sociales orientado a la colocación de todas las partes implicadas en posiciones de negociación más igualitarias. No obstante, seguiría resultando patente un paternalismo fuerte que imposibilita la elección a los individuos, por lo que la libertad podría verse sobrepasada por la igualdad y existir así un riesgo de cierto desbalance. Por último, también se podría alegar el argumento ya mencionado, aunque no exclusivo de la defensa utilitarista, acerca de la protección de los intereses de terceros interesados y no consentidores⁶⁰⁵. Así, atendiendo al espíritu del utilitarismo, puede ocurrir que la justificación utilitarista para ciertas políticas normativas sea consentir la alienabilidad de algunos derechos, pero en otros casos es posible que actuar en contra de esta política sea lo más adecuado, a la vista de las consecuencias derivadas para todas las partes involucradas.

Por lo demás, la inalienabilidad también puede ser defendida con base en la “fundamentalidad” (*fundamentality*) de ciertos derechos. Esta fundamentalidad trae causa en la dignidad de la persona, de modo que los derechos fundamentales se configuran como condiciones mínimas de trato consustanciales a la pertenencia

⁶⁰⁴ MCCONNELL, T., *Inalienable Rights...*, op. cit., p. 33.

⁶⁰⁵ MCCONNELL, T., *Inalienable Rights...*, op. cit., pp. 37-38.

a la especie humana⁶⁰⁶. Equiparar la felicidad con el bienestar posibilita la defensa de la inalienabilidad de estos derechos, no pudiendo ser renunciados, en tanto que permanecen en poder de su titular⁶⁰⁷. Otra alternativa consistiría en decantarse por la alienabilidad de ciertos derechos, si bien supeditada a la condición de un consentimiento otorgado de manera autónoma⁶⁰⁸. No obstante, algunos autores han alegado en contra de esta alienabilidad la existencia de ciertos “derechos básicos” (*basic rights*), como serían el derecho a la vida o a la libertad, los cuales resultarían irrenunciables a pesar de mediar el consentimiento del titular, ya que inobservarlos conduciría a contradecir la moralidad⁶⁰⁹. Si se acepta la existencia de derechos inalienables, entonces también se aceptará la existencia de obligaciones tanto para los terceros como para el propio titular, puesto que este último será incompetente para disponer de ellos y los terceros deberán cumplir los deberes correlativos derivados de tales derechos, con independencia del eventual consentimiento del titular en sentido favorable a la alienación de los mismos. Aunque este argumento no es necesariamente paternalista, ciertamente tiende al reconocimiento de deberes para con uno mismo, en tanto que no solo se imponen deberes para con el titular, sino que también sobre el titular⁶¹⁰. Otra aproximación a la cuestión alega la suficiencia y adecuación de un Derecho formal a los efectos de cumplir los imperativos derivados de los derechos básicos, no siendo necesario acudir a la inalienabilidad. Este es el caso del reconocimiento de un derecho de los individuos a un mínimo de respeto por los demás. No obstante, este tipo de derechos continúan estableciendo obligaciones para ambas partes debido a exigencias derivadas de la moral. De este modo, estaríamos ante la presunción de derechos de ejercicio obligatorio, mas ello no ha de ser necesariamente así, dado que el concepto de inalienabilidad no dice nada respecto del ejercicio de los derechos⁶¹¹.

En cuanto a la inalienabilidad de la autonomía e igualdad de los ciudadanos, las tesis de inspiración kantiana afirman la carencia de fuerza moral y legal de autoesclavizarse, solo pudiendo perderse eventualmente la libertad a través de las conductas jurídicamente ilícitas cometidas y cuya consecuencia jurídica suponga la

⁶⁰⁶ La noción de dignidad humana supone la injusticia de tratar a los seres humanos de manera contraria a su reconocimiento como miembros plenos de la comunidad humana. *Vid.* DWORKIN, D., *Taking Rights Seriously*, *op. cit.*, p. 198.

⁶⁰⁷ GEWIRTH, A., *Reason and Morality*, *op. cit.*, p. 77.

⁶⁰⁸ HILL, T.E., *Autonomy and Self-Respect*, Cambridge University Press, New York, 1991, p. 13.

⁶⁰⁹ HILL, T.E., *Autonomy and Self-Respect*, *op. cit.*, p. 15.

⁶¹⁰ Sin embargo, cabe reiterar aquí lo ya discutido en atención a la mayor adecuación del uso del concepto inmunidad para referirse a estos supuestos en los que el titular es incompetente para disponer de su propio derecho, y en virtud de los pares conceptuales acuñados por el profesor W.N. HOHFELD. En atención al argumento de los “deberes para con uno mismo”, *vid.* MCCONNELL, T., *Inalienable Rights...*, *op. cit.*, p. 40.

⁶¹¹ *Idem.*

privación de la libertad del infractor, si bien nunca contractualmente⁶¹². Si se acepta este argumento, entonces se estará afirmando la inalienabilidad de los derechos al mismo tiempo que se negará el carácter absoluto de los mismos. Una defensa de la prohibición kantiana de autoesclavizarse podría ser articulada a partir de la afirmación de que las personas están legitimadas para dirigir su actuación a la consecución de un deseo o fin siempre que este no entre en conflicto con una limitación racional objetiva. La prudencia racional da buen ejemplo de ello, así si un deseo presente de una persona entra en conflicto con un fin, objetivo o propósito a largo plazo, la persona debe apartarse del deseo presente y sopesar ambos desde una perspectiva imparcial. Pero las personas también presentan la habilidad de reflexionar sobre sus objetivos a largo plazo. Las tesis de corte kantiano afirman que los objetivos racionales son aquellos queridos por las personas tras la referida reflexión. Son fines que deberíamos tener y perseguir. Este proceso aporta contenido a los imperativos, que dirigen a las personas a hacer lo que haría que fuese totalmente racional. A juicio del propio KANT un objetivo racional es aquel que supone el deseo de determinar lo que le sucedería a uno mismo por medio de la propia decisión y según la propia concepción del bien, esto se podría definir como un “deseo de autonomía”. Las personas también pueden autoobservarse, lo cual proporciona límites racionales adicionales. Así, todo el mundo desea tener las mismas posibilidades de perseguir sus propios fines racionales, es decir, aquellos compatibles con principios que todos elegirían, adoptarían y respecto de los que actuarían en consecuencia. Este es aproximadamente el imperativo categórico kantiano, es decir, solo se puede actuar en atención a máximas que aspiren a ser leyes universales. En atención a lo anterior, junto con la consideración de la autonomía como un fin racional, solo máximas que prohíban interferir a los agentes en la autonomía de otros pasan el test kantiano. Igualmente, en tanto que la autonomía es considerada un fin racional, una máxima que permita a las personas esclavizarse a sí mismas parece incoherente⁶¹³. De este modo, incluso en el marco de los presupuestos de la tesis kantiana tendría cabida una defensa de la alienabilidad *prima facie* de los derechos puesto que la única razón por la que parece justificable inmunizar a los titulares respecto de sí mismos es la presencia de derechos fundamentales de terceros no consentidores perjudicados por la alienación, además de los límites procedentes de la norma moral que impide legitimar una actuación tendente a la cosificación de la humanidad. No obstante, lo anterior avala la tesis que sostiene que la alienabilidad *prima facie* de los derechos vendrá limitada por circunstancias procedentes de su carácter no-absoluto, en tanto que la colisión de derechos obliga

⁶¹² KANT, I., *On the Old Saw*, translation by de E.B. Ashton, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1974/1973, pp. 60-61. KANT, I., *The Metaphysical Elements of Justice*, traducción al inglés de John Ladd, Bobbs-Merrill, Indianapolis, 1965/1797, p. 98.

⁶¹³ DAHL, N. O. “Against Legal Paternalism: Review of Feinberg’s Harm to Self”, *Criminal Justice Ethics* 7, 1988, pp. 75-78. DAHL, N. O., *Practical Reason, Aristotle, and Weakness of the Will*, University of Minnesota Press, Minneapolis, 1984, pp. 125-130.

a optar por su limitación extrínseca con el objetivo de equilibrar las pretensiones individuales de autonomía legítimas, las cuales *a priori* tendrán el mismo peso.

3.3. El carácter absoluto

3.3.1. Cuestiones acerca del carácter absoluto de los derechos

Si se acepta que la inobservancia de determinados derechos nunca está justificada, entonces se estará defendiendo la existencia de derechos absolutos. En términos generales, para que un derecho sea absoluto no deberá prever excepciones, es decir, ninguna circunstancia justificará la inobservancia de los deberes correlativos⁶¹⁴. La tesis más extendida en defensa del carácter absoluto sostiene que tan solo un estricto subconjunto de derechos es absoluto⁶¹⁵. Si, por el contrario, se sostiene la existencia de derechos no-absolutos, entonces surge la dificultad de determinar qué inobservancias de los mismos están justificadas⁶¹⁶.

Sin embargo, es posible observar un amplio acuerdo, tanto doctrinal como jurisprudencial, respecto de la negación del carácter absoluto de los derechos fundamentales, los cuales aparecen limitados no solo en atención a la necesidad de ponderar el ejercicio de distintos derechos, sino que tales limitaciones también provienen de la voluntad del constituyente de preservar ciertos bienes o intereses considerados valiosos, pero que no necesariamente tienen por qué coincidir con el contenido de otros derechos fundamentales⁶¹⁷. En este sentido, se han concretado una serie de limitaciones basadas en la protección del orden social, lo cual respalda aquella postura que niega el carácter absoluto de los derechos. Este tipo de limitaciones se encuentran presentes tanto en los textos internacionales⁶¹⁸, como en algunas sentencias en materia de derechos fundamentales de la jurisprudencia constitucional española⁶¹⁹. Estas referencias muestran que, en la realidad jurídica, una libertad básica puede ser limitada, no solo en aras de la libertad misma, sino

⁶¹⁴ THOMSON J.J., *Rights, Restitution and Risks*, Harvard University Press, Cambridge, 1986, p. 53. GEWIRTH, A., *Human Rights*, Chicago, University of Chicago Press, 1982, p. 219.

⁶¹⁵ Por ejemplo, el derecho a no ser torturado. *Vid.* FINNIS, J., *Natural Law and...*, *op. cit.*, p. 467.

⁶¹⁶ MCCONNELL, T., *Inalienable Rights: the limits of consent in medicine and the law*, Oxford University Press, Oxford, 2000, p. 6.

⁶¹⁷ PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos...*, *op. cit.*, p. 85.

⁶¹⁸ Como es el caso de la DUDH de 1948, en donde se hace referencia a “las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática” (art. 29); el Pacto De Derechos Civiles y Políticos de 1966, en el que se permiten aquellas limitaciones “que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral pública o los derechos y libertades fundamentales de los demás” (art. 18); o el Convención Europea de Derechos Humanos de 1950, en el cual se consienten las restricciones a la libertad de expresión de las propias creencias cuando estas constituyan “medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral pública, o de la protección de los derechos o las libertades de los demás” (art. 9). *Vid.* PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos...*, *op. cit.*, p. 86.

⁶¹⁹ *Vid.* SSTC 2/1982, de 29 de enero, FJ 5º; 91/1983, de 7 de noviembre, FJ 4º; 110/1984, de 26 de noviembre, FJ 5º; entre otras.

que también puede ser restringida en virtud de otras consideraciones no directamente conectadas con las exigencias de protección del conjunto de derechos humanos, por ejemplo: la moral vigente, el orden público y el bien común⁶²⁰. Además, del estudio de la jurisprudencia constitucional se desprende la laxitud de estos límites, de forma que los derechos fundamentales también han de respetar, además de las cláusulas expresamente contenidas en la Constitución, otros límites derivados del texto constitucional de manera indirecta, con el fin de preservar “otros derechos constitucionales” y “otros bienes constitucionalmente protegidos”⁶²¹.

Así pues, una justificación de la inobservancia de un derecho podría provenir de la contradicción entre el deber correlativo al derecho y determinadas consideraciones sociales. Esto ocurrirá cuando el derecho pueda ser anulado debido a consideraciones de tipo moral. En este sentido, el ejercicio de ciertos derechos puede llegar a ser considerado injusto en determinadas circunstancias. Además, ostentar la titularidad de un derecho no resuelve la cuestión acerca de qué conducta es la apropiada hacia el titular. Si una conducta hacia alguien es contraria a sus derechos, solo resulta posible afirmar que tal conducta está *a priori* injustificada, salvo que exista una razón especial que la legitime. En definitiva, si un derecho es absoluto no podrá anularse, mientras que si un derecho es no-absoluto podrá ser inobservado en determinadas circunstancias. Sin embargo, esto no tendrá por qué ser siempre así, pudiendo ser anulables derechos considerados en otros supuestos absolutos, en atención a las circunstancias del caso concreto⁶²².

No obstante, cabría objetar que los límites de los derechos fundamentales establecidos por el constituyente, esto es, lo que no son y hasta donde llega su alcance, forman parte del propio contenido de tales derechos, elementos sin los cuales su estructura no sería la misma, llegando incluso a ser irreconocible⁶²³. En virtud de lo anterior, se podría afirmar que los límites de los derechos fundamentales forman parte del contenido esencial de los mismos, en tanto que establecen su estructura característica⁶²⁴. Por lo tanto, no se tratarían de límites

⁶²⁰ PECES-BARBA, G., *Lecciones de derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 123.

⁶²¹ *Vid.* STC 11/1981, de 8 abril, FJ 8º.

⁶²² MCCONNELL, T., *Inalienable Rights...*, *op. cit.*, p. 7.

⁶²³ Así, por ejemplo, en el caso del derecho al consentimiento informado del paciente, entendido como una manifestación de la integridad personal de este (15 CE), no se traduce en el deber correlativo de los profesionales de la salud de llevar a cabo cualquier intervención o tratamiento escogido por el paciente al margen de la propuesta realizada tras el diagnóstico. Así pues, la elección del paciente se ha de circunscribir a las opciones propuestas por el médico.

⁶²⁴ Se hace referencia en este punto a la denominada “teoría absoluta” del contenido esencial, en la terminología empleada por A.-L. MARTÍNEZ-PUJALTE (*vid. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 24 y ss.); o la “formulación canónica del contenido esencial”, en palabras de L. PRIETO SANCHÍS. Por lo que respecta a la jurisprudencia constitucional, en la ya mencionada STC 11/1981, de 8 de abril el TC suscribe la denominada “teoría absoluta” (*vid. PRIETO SANCHÍS, L., Estudios sobre derechos...*, *op. cit.*, pp. 142 y

como algo extrínseco a su contenido, sino que más bien estos definirían el contenido mismo del derecho fundamental de que se trate. Este argumento a favor del carácter absoluto de los derechos fundamentales aparece conectado con la “tesis de la especificación más profunda”, sostenida por algún sector doctrinal en materia de la colisión de derechos⁶²⁵. De este modo, el carácter absoluto de los derechos fundamentales parecería circunscrito a su contenido esencial. Al respecto, se podría alegar que la propia CE, al establecer la reserva de ley de estos derechos en su artículo 53.1, establece la indisponibilidad por parte del legislador orgánico de su núcleo esencial, quien en el desarrollo legislativo de estos no podrá alterar dicho contenido, el cual viene constitucionalmente determinado y se sitúa fuera del alcance de la actividad de los poderes derivados. En atención a una interpretación sistemática del texto constitucional, estas consideraciones llevan asimismo a trasladar tal indisponibilidad a los órganos del poder judicial, puesto que en el marco de su actividad no podrán solapar ni suplir aquellas competencias genuinamente pertenecientes al poder legislativo, por lo que menos aún podrán decidir acerca de una materia que ha sido reservada al poder constituyente, tan solo pudiendo acudir al TC en virtud de lo establecido en el artículo 161.1.a) CE y cuando así lo hubiere previsto el propio régimen jurídico constitucional.

Con todo, este argumento presenta una serie de problemas⁶²⁶, siendo especialmente relevante aquel referido a la ponderación en supuestos de conflicto entre derechos fundamentales, ya que si se acepta como correcta la tesis que afirma el carácter absoluto de su contenido esencial, entonces un derecho nunca podría prevalecer plenamente sobre otro, pues siempre tendrá como frontera el contenido esencial del derecho en contraposición, sirviendo este carácter absoluto como límite a la solución de este tipo de conflictos entre derechos fundamentales⁶²⁷. Sin embargo, algunos autores han alegado que de la concepción de los límites inmanentes como parte del contenido del derecho se deriva que en realidad tan solo se producen “pseudocolisiones” entre derechos y bienes constitucionales, que no han de resolverse a través de la ponderación, sino mediante el esclarecimiento interpretativo o la delimitación del contenido del derecho en cuestión. En este sentido, los derechos no se conciben ni como ilimitados ni como limitados, sino como “delimitables”: bien por el legislador, bien a través de la decisión judicial. En este planteamiento, la “coexistencia de los

ss.). Acerca de la noción de contenido esencial, *vid.* también SERNA BERMÚDEZ, P. y TOLLER F.M., *La interpretación constitucional...*, *op. cit.*, pp. 44-49.

⁶²⁵ WELLMAN, C.H., “On Conflicts between Rights”, *Law and Philosophy* 14, 1995, pp. 271-295.

⁶²⁶ Para una relación más detallada de los inconvenientes que plantea la teoría absoluta del contenido esencial de los derechos, *vid.* MARTÍNEZ-PUJALTE, A.-L., *La garantía del...*, *op. cit.*, pp. 30-37.

⁶²⁷ Aceptar el límite del contenido esencial de los derechos fundamentales, implicaría la necesidad de incluirlo como corrección en aquellas propuestas acerca del cálculo en la ponderación. En concreto, se hace referencia aquí a la fórmula del peso propuesta por R. ALEXY. *Vid.* “La construcción de...”, *op. cit.*, pp. 9-14.

derechos”⁶²⁸, no impone límites a los mismos, sino que forma parte de su esencia⁶²⁹.

Un argumento, quizás más problemático, a favor del carácter no-absoluto alega que una determinada conducta del sujeto podría implicar la anulación de un derecho de su titularidad. En este sentido, el titular de un derecho podría perder su posición debido a un acto propio equiparable a una renuncia tácita, siendo este el caso de la transgresión de una norma por parte del titular, cuya conducta lleva aparejada la consecuencia jurídica de la pérdida del derecho en cuestión⁶³⁰. Sin embargo, en estos casos se ha apuntado como solución más conveniente hacer referencia a la suspensión del deber correlativo, lo cual permitiría una inobservación justificada del derecho por parte de terceros⁶³¹. No obstante, los derechos que, en el sentido señalado, pueden ser legítimamente inobservados, se configuran consecuentemente como condicionales, en tanto que el titular deberá abstenerse de realizar ciertos comportamientos considerados inapropiados si quiere conservar las ventajas normativas del derecho, al menos desde una perspectiva puramente jurídica. De lo anterior se desprenden una serie de cuestiones referidas a si, al incurrir en la conducta que provoca el cambio normativo, el titular renuncia al derecho; si, en tal sentido, existen derechos irrenunciables; quién puede realizar un comportamiento *a priori* prohibido en virtud de la renuncia del propio titular del derecho; y qué se entiende por renuncia de este. En definitiva, estas cuestiones vinculan el carácter absoluto con otro rasgo tradicional de los derechos: la inalienabilidad, lo cual pone en la pista de la necesidad de establecer una adecuada distinción entre ambos.

3.3.2. La defensa del carácter absoluto de los derechos de GEWIRTH

GEWIRTH se posicionó a favor del carácter absoluto de los derechos genéricos necesarios para la actuación humana, es decir, la libertad y el bienestar⁶³². A tales efectos, articuló su defensa a partir de la propuesta terminológica de HOHFELD quien, como se recordará, había concebido los derechos subjetivos en sentido

⁶²⁸ Esto es, la “regla de la coexistencia” que afirma que “los derechos *coexisten*, no conforman una mera yuxtaposición” (*vid.*, SERNA BERMÚDEZ, P. y TOLLER F.M., *La interpretación constitucional...*, *op. cit.*, p. 39), relegándose en consecuencia la idea de colisión de derechos.

⁶²⁹ SERNA BERMÚDEZ, P. y TOLLER F.M., *La interpretación constitucional...*, *op. cit.*, pp. 68-69.

⁶³⁰ MEYERS, D.T., *Inalienable Rights: A...*, *op. cit.*, pp. 2 y 9.

No obstante, se tratan de situaciones extremas y muy poco frecuentes en la práctica. Póngase por caso el supuesto de pena privativa de libertad o encarcelamiento, la cual podría llegar a ser deseada y perseguida por una persona sin hogar, a fin de evitar pasar el invierno en la calle y pasar un frío extremo. En tales casos, el titular del derecho, a sabiendas de la consecuencia jurídica contenida en una norma de conducta, realiza la conducta prescrita con el objetivo de lograr la aplicación de dicha consecuencia jurídica, en tanto que satisface su interés (esto es, no pasar el invierno a la intemperie), lo cual equivale a la inobservancia de su posición jurídica (en el ejemplo propuesto: la privación de su libertad deambulatoria).

⁶³¹ *Vid.* MCCONNELL, T., *Inalienable Rights...*, *op. cit.*, *ibidem*.

⁶³² GEWIRTH, A., “Are There Any Absolute Rights?”, *The Philosophical Quarterly* 31(122), 1981, p. 2.

limitado y propio como pretensiones encaminadas al cumplimiento u observación del deber correlativo⁶³³, ya consista este en una acción (deber positivo) o en una omisión (deber negativo). Así pues, un derecho es “observado” (*fulfilled*) cuando el deber correlativo es satisfecho, es decir, cuando se realiza la acción requerida o se omite la conducta proscrita por la norma. Por el contrario, un derecho es “inobservado” (*infringed*), cuando el deber correlativo no es satisfecho, esto es, no se realiza la acción debida o se realiza una acción que debería haberse omitido. Adicionalmente, un derecho es “violado” (*violated*), cuando se inobserva de manera injustificada; mientras que un derecho es “anulado” (*overridden*) cuando es justificadamente inobservado. Para GEWIRTH, afirmar el carácter absoluto de un derecho equivalía a afirmar que este no puede ser anulado bajo ninguna circunstancia, no pudiendo ser justificadamente inobservado en ningún caso. Además, atribuyó una doble normatividad a la idea referida al carácter absoluto de los derechos, pues esta incluye tanto una pretensión justificada referida a la realización u omisión de ciertos actos, como una justificación sin excepciones referida a la realización u omisión de aquellos actos, según sea requerido.

En virtud de lo anterior, GEWIRTH concluyó que para resolver la cuestión acerca del carácter absoluto de los derechos, se han de considerar los criterios de justificación, los cuales, se encuentran asentados en ciertos principios de moralidad considerados supremos, es decir, en el PCG. Como se recordará, el PCG requiere que todos los agentes actúen de acuerdo con los derechos genéricos de los demás, del mismo modo que con los suyos propios. De este modo, el PCG proporciona la base justificativa definitiva para la validez de estos derechos mediante la demostración de que son ostentados de manera igualitaria por todos los agentes intencionales prospectivos y proporciona un orden de prelación general para aquellos casos en los que tales derechos entren en conflicto, precediendo aquel derecho cuyo cumplimiento resulte más necesario para la acción. No obstante, GEWIRTH reconoció que este “criterio de los grados de necesidad para la acción” (*criterion of degrees of necessity for action*) requiere en ocasiones un contexto de reglas institucionales, como se verá a continuación⁶³⁴.

3.3.2.1. Absolutismo y tipos de absolutismo

GEWIRTH identificó cuatro elementos básicos de los derechos (*contents of rights*), los cuales pueden variar respecto de su nivel de generalidad, a saber: el sujeto titular del derecho o acreedor, el objeto del derecho, el sujeto obligado en virtud del deber correlativo o deudor y el fundamento justificativo del derecho. Varios derechos pueden entrar en conflicto en consideración a alguno de estos elementos, no pudiendo calificarse como absolutos⁶³⁵. Los objetos sobre los que

⁶³³ HOHFELD, W.N., *Conceptos Jurídicos Fundamentales...*, op. cit., p. 50.

⁶³⁴ GEWIRTH, A., *Reason and Morality*, op. cit., pp. 135, 197-198 y 343-344.

⁶³⁵ GEWIRTH, A., “Are There Any...”, op. cit., p. 3.

versan los derechos morales se encuentran jerárquicamente ordenados en función de su grado de necesidad para la acción. No obstante, GEWIRTH subrayó que esto no resulta de aplicación a los sujetos de los derechos, pues concebía que los derechos morales estaban distribuidos de manera igualitaria entre todos los seres humanos en tanto que agentes intencionales prospectivos, como ya se ha tenido ocasión de señalar.

A través de esta sistematización relativa a los elementos de los derechos, GEWIRTH pretendía explicar los diversos niveles en los cuales los derechos pueden ser calificados como absolutos, existiendo tres niveles: el “absolutismo del principio” (*principle absolutism*), el “absolutismo del individuo” (*individual absolutism*) y el “absolutismo de la regla” (*rule absolutism*). En el primer nivel se encuentra el “absolutismo del principio”, el cual establece que solo es absoluto algún principio moral con un nivel de generalidad alto y que presenta una fórmula general para todos los deberes de todos los sujetos o agentes obligados. En la propuesta de GEWIRTH, esta fórmula general se corresponde con el PCG. No obstante, dicho absolutismo del principio no resuelve la cuestión acerca de si algunos derechos específicos son siempre absolutos y cómo se ha de actuar en caso de conflicto. En el extremo opuesto al “absolutismo de la regla” se encuentra el “absolutismo del individuo”, según el cual un individuo tiene un derecho absoluto a un objeto particular en un determinado momento y lugar, cuando todos los fundamentos que informan la anulación del derecho son derribados en el caso concreto. Sin embargo, este “absolutismo del individuo” no resuelve las cuestiones relativas a cuáles son los fundamentos o criterios generales para anular un derecho y cuáles son los otros contenidos específicos relevantes de tales derechos. GEWIRTH situó el “absolutismo de la regla” en un nivel intermedio, en el que los derechos cuyo carácter absoluto es cuestionado son caracterizados en términos de objetos específicos con la posible determinación de los titulares de los mismos y los obligados, de manera que resulta posible enunciar una regla específica que describa tanto el contenido del derecho como el deber correlativo. A este nivel, los derechos pueden variar en función de su grado de generalidad. En atención a esta jerarquización, GEWIRTH señaló que el nivel de especificidad aumentaba de acuerdo con la siguiente escala: “el derecho a la vida de todas las personas, el derecho a la vida de todas las personas inocentes, el derecho a una vida económicamente segura de todas las personas inocentes, el derecho de los niños a recibir de sus padres una vida económicamente segura y emocionalmente satisfactoria, etc.”⁶³⁶.

3.3.2.2. El “absolutismo concreto” o “de la regla” de GEWIRTH

GEWIRTH asumió el carácter absoluto de los derechos a partir de un “absolutismo concreto” (*concrete absolutism*), el cual diferenció del “absolutismo

⁶³⁶ GEWIRTH, A., “Are There Any...”, *op. cit.*, p. 4.

abstracto” (*abstract absolutism*) de los derechos⁶³⁷. Por lo que respecta al “absolutismo abstracto”, este no toma en consideración las consecuencias ni las conexiones empíricas o causales que pueden afectar a los posteriores resultados de dos posibles alternativas, sino que solo considera las alternativas como mutuamente excluyentes y absolutas. De este modo, solo se ocupa de la culpabilidad moral del sujeto, en atención a los efectos que las elecciones del agente tienen sobre el bienestar o la adversidad humana. Por su parte, la principal preocupación del “absolutismo concreto” versa sobre los derechos básicos de las personas a no ser víctimas de males atroces, aunque también se ocupa de los efectos que la observación de tales derechos presenta sobre el bienestar de los demás. Este absolutismo concreto considera las consecuencias y las conexiones empíricas, si bien este carácter consecuencialista se encuentra restringido al derecho que el propio absolutismo concreto considera absoluto. En virtud de esta preocupación por las conexiones empíricas, el absolutismo concreto reflexiona acerca de un elenco más amplio de alternativas posibles, superando así el simple dualismo al que el absolutismo abstracto se confina, pues este último solo reflexiona acerca de dos alternativas las cuales considera como mutuamente exclusivas y absolutas, de manera que no considera la exoneración de responsabilidad mediante el mencionado principio de la acción interpuesta. Por el contrario, el absolutismo concreto incluye consideraciones adicionales, ya que reconoce la posibilidad de que la inobservación del derecho de una persona no asegure la observación del derecho de otra y viceversa, pudiendo incluso ocurrir todo lo contrario, en tanto que la relación entre ambos supuestos no es directamente causal. GEWIRTH suscribió este absolutismo concreto, pues consideraba que solo este constituye el esquema predilecto del razonamiento práctico y sirve al objetivo de proteger los derechos presupuestos por una eventual comunidad moral, al tiempo que evita con mayor probabilidad los efectos catastróficos⁶³⁸.

GEWIRTH se apoyó en el absolutismo de la regla para concluir que el criterio de pluralidad que este proporciona permite afirmar la existencia de una multitud de derechos absolutos. Con frecuencia se afirma que las obligaciones morales son “relativas al agente” (*agent-relative*) y que, al menos en casos de conflicto, se debe otorgar prioridad al bienestar de aquellas personas con las cuales se comparte una relación especial, esto es, familiar o de afecto, lo cual circunscribiría el carácter absoluto de los derechos a tales relaciones. Asimismo, también resulta habitual encontrar razonamientos que alegan que la satisfacción de los derechos de la mayoría presenta algún tipo de precedencia, haciéndose depender la realización de los derechos de una medida cuantitativa. GEWIRTH discrepó respecto de ambos

⁶³⁷ En la tesis de GEWIRTH, el “absolutismo concreto” presenta notables paralelismos con el “absolutismo de la regla”, mientras que el “absolutismo abstracto” de presenta próximo al “absolutismo del principio”. Vid. GEWIRTH, A., “Are There Any...”, *op. cit.*, pp. 4 y 14.

⁶³⁸ GEWIRTH, A., “Are There Any...”, *op. cit.*, p. 15.

argumentos, los cuales rebatió alegando la imposibilidad de justificar la inobservación de derechos que son en un mismo grado necesarios para la acción humana, no encontrándose comprometidos por vínculos familiares ni por el número de personas afectadas. GEWIRTH enunció el contenido general del objeto de los derechos como el “derecho absoluto de todas las personas inocentes a no ser víctimas intencionales de un proyecto homicida”⁶³⁹. A pesar de que reconoció la gran generalidad de este derecho, lo consideró útil a los efectos de satisfacer los requisitos del absolutismo de la regla. En su enunciado, GEWIRTH empleó el término “intencional” para expresar tanto la intencionalidad directa como indirecta u oblicua; mientras que la palabra “proyecto” aparece referida a un diseño definido y deliberado, de manera que se excluyen aquellas dificultades directas pero impredecibles. De este modo, para GEWIRTH, un derecho absoluto impone la prohibición de cualquier forma de participación activa en un plan homicida en contra de personas inocentes, siendo “personas inocentes” todos los agentes intencionales prospectivos.

De lo anterior, GEWIRTH derivó que tanto los agentes particulares como las instituciones tienen totalmente prohibido degradar a las personas, tratándolas como si no tuvieran derechos o dignidad, siendo beneficiarias de dicha prohibición todas las personas, ya sean inocentes o culpables. Por lo que respecta a las personas culpables, estas han de ser justamente castigadas, es decir, han de seguir siendo tratadas como agentes morales responsables y capaces de entender el principio de moralidad y de actuar de acuerdo con este, no pudiendo sufrir un trato cruel ni arbitrario, pues el referido principio de moralidad requiere que todo agente actúe respetando los derechos genéricos propios y de los demás. Por todo ello, GEWIRTH concluyó la posibilidad afirmar el carácter absoluto de derechos específicos, en tanto que sirven para proteger los presupuestos básicos del principio válido de moralidad en su aplicación igualitaria a todas las personas⁶⁴⁰.

3.3.2.3. Colisión entre derechos genéricos

Con todo, el profesor de Chicago consideró la posibilidad de que los derechos genéricos a la libertad y al bienestar colisionen entre ellos, lo cual habla en contra de su carácter absoluto, pudiendo ser pospuestos en virtud de consideraciones de mayor peso. No obstante, al incluir los supuestos de disposición en su análisis, GEWIRTH parece haber confundido el carácter absoluto de los derechos con la inalienabilidad. Muestra de esta confusión sería su rechazo a la distinción entre titularidad y ejercicio a los efectos de justificar la disposición del derecho, al

⁶³⁹ “All innocent persons have an absolute right not to be made the intended victims of a homicidal project”. *Vid.* GEWIRTH, A., “Are There Any...”, *op. cit.*, p. 16.

⁶⁴⁰ *Idem.*

considerar que no avanza mucho, ya que nunca se dispone de la titularidad del derecho, sino de su ejercicio⁶⁴¹.

Sin embargo, dicho carácter no-absoluto derivaría de la falta de completitud de la descripción de los derechos humanos acerca de las condiciones para su disponibilidad y distribución. Aunque se puedan afectar los derechos humanos, ello no afectaría al PCG, pues este, en tanto que principio moral absoluto o categórico, establece los criterios para la disposición justificada de un derecho moral por parte de otra persona y para la resolución de conflictos entre derechos. Por consiguiente, el PCG constituye un principio, tanto formal como material, referido a la coherencia transaccional relativa a la posesión y uso de las condiciones necesarias para la acción. Dichos criterios de justificación derivan del principal requisito del PCG, a saber: el respeto mutuo de la libertad y bienestar de todos los agentes intencionales prospectivos, solo estando justificada la inobservancia de tal deber de respeto mutuo cuando sea requerida para evitar o rectificar inobservancias previas, impedir violaciones más graves o posibilitar el cumplimiento de reglas sociales que reflejan dicho respeto en la manera indicada por la aplicación procedimental e instrumental del PCG. El primer criterio para la resolución de conflictos de derechos es la prevención o la eliminación de la incoherencia transaccional, la cuestión relativa a si la acción ha de estar siempre iniciada (o no), dependerá de la viabilidad o la importancia para la eliminación de la incoherencia. Un segundo criterio es el grado de necesidad para la acción; así pues, un derecho tendrá preferencia sobre otro si el bien que constituye el objeto del primer derecho es más necesario para la posibilidad de realizar la acción, o si tal derecho no puede ser protegido sin transgredir el segundo derecho. Mientras que el primer criterio para la resolución de conflictos entre derechos se refiere principalmente a derechos a bienes del mismo grado de importancia, el segundo criterio se refiere a bienes de diferente grado, aunque siempre dentro del mismo contexto general de prevención de la incoherencia transaccional.

Adicionalmente, GEWIRTH afirmó la necesidad de pasar de estas aplicaciones transaccionales individuales de su PCG a sus aplicaciones institucionales, con la intención de resolver los conflictos entre derechos. En este sentido, el PCG presenta dos tipos de aplicaciones diferentes: directas e indirectas. En las aplicaciones directas, los requisitos de dicho principio recaen sobre los agentes individuales. Mientras que, en las aplicaciones indirectas, estos requisitos son impuestos en primera instancia sobre reglas sociales e instituciones. De este modo, mediante las aplicaciones indirectas los agentes pueden ser forzados o afectados, aunque esto no viola sus derechos a la libertad y al bienestar, pues las reglas o instituciones que requieren tal coerción o afectación están legitimadas por el

⁶⁴¹ En este sentido también se posicionó J. FEINBERG, aunque este si empleó la distinción entre ejercicio y titularidad. *Vid.* FEINBERG, J., *Right, Justice and the Bounds of Liberty*, Princeton University Press, Princeton, 1980, pp. 242-246.

propio PCG. Además, las aplicaciones institucionales indirectas del PCG pueden ser de dos tipos: procedimentales e instrumentales. Respecto de las procedimentales, estas se derivan del componente de libertad de dicho principio y aseguran que tanto las reglas sociales como las instituciones sean moralmente correctas, en tanto que las personas a ellas sujetas consienten libremente aceptarlas o poner a disposición de las mismas ciertos procedimientos consensuales. Las aplicaciones instrumentales, por su parte, se derivan del componente de bienestar del PCG y se orientan a asegurar que las reglas sociales e instituciones sean moralmente válidas, en tanto que operan para proteger y dar soporte al bienestar de las personas.

A su vez, cada una de estas dos aplicaciones indirectas, puede ser de dos tipos. Las aplicaciones procedimentales, derivadas del componente de la libertad, pueden ser opcionales, de acuerdo con el consentimiento para formar o participar en asociaciones voluntarias; o necesarias, si el consentimiento que requieren opera como un procedimiento de decisión general que emplea las libertades básicas para proporcionar la base autoritativa, a través de elecciones y otros métodos consensuales, leyes específicas u funcionarios gubernamentales. En cuanto a las aplicaciones instrumentales derivadas del componente del bienestar, estas pueden clasificarse en estáticas, cuando sirven tanto para proteger a las personas frente a violaciones de sus derechos a los bienes básicos u otros bienes importantes como para penalizar tales violaciones; y en dinámicas, cuando otorgan una protección de mayor alcance respecto de los derechos básicos u otros derechos, en aquellos casos en los que las personas no pueden obtenerlos a través de sus esfuerzos. Las reglas sociales instrumentales estáticas y dinámicas pueden tener diferentes tipos de contenidos: suministrar bienes básicos, intentar rectificar las desigualdades referidas al bienestar acumulativo mediante la mejora de las capacidades para el trabajo productivo de las personas que carecen de ellas, proveer varios bienes públicos que sirvan para incrementar las oportunidades de empleo productivo, o regular ciertas condiciones importantes del bienestar eliminando las condiciones peligrosas o degradantes del trabajo y la vivienda⁶⁴².

3.3.2.4. Especificaciones de los derechos vs. absolutismo

No obstante, GEWIRTH admitió que la variabilidad genera un problema, pues para que un derecho sea absoluto, este debe ser definitivamente válido, es decir, válido sin excepciones. Sin embargo, el nivel de generalidad de los derechos puede variar y las especificaciones resultantes de los mismos pueden constituir excepciones a derechos más generales que no presentan dichas especificaciones. Por consiguiente, cabría concluir que, dado que un derecho es absoluto cuando no presenta excepciones, ningún derecho es absoluto en tanto que todos implican algún tipo de especificación. Alternativamente, podría pensarse que todos los

⁶⁴² GEWIRTH, A., "The basis and...", *op. cit.*, pp. 138-141.

derechos son absolutos de la misma manera, puesto que una vez admitidas sus especificaciones, estas son definitivamente válidas, en tanto que no presentan ulteriores especificaciones.

GEWIRTH respondió a estas cuestiones alegando que no todas las especificaciones constituyen un tipo de excepción cuya aplicabilidad a un derecho le impida a este último configurarse como absoluto. A estos efectos, enunció tres criterios referidos a qué especificaciones no eliminan dicho carácter absoluto de los derechos. El primero de estos criterios tan solo permite aquellas especificaciones que constituyan el resultado de un concepto reconocible para el pensamiento práctico ordinario. En segundo lugar, estas especificaciones deben ser justificables a través de un principio moral válido, lo cual solo garantiza que el derecho así especificado constituya un candidato adecuado para ser considerado como absoluto, si bien no es por sí mismo suficiente para determinar que un derecho sea absoluto. El tercer criterio enunciado por GEWIRTH establece que la especificación permisible de un derecho debe excluir cualquier referencia a las posibles consecuencias negativas derivadas del cumplimiento del derecho, pues considerar tales consecuencias en la descripción del derecho atentaría contra uno de los fundamentos principales relativos al carácter absoluto, pues cuando las consecuencias catastróficas constituyen la causa que mueve la actuación de los agentes, estas se configuran como actos de inobservación de los derechos, lo cual presenta implicaciones para la tesis consecuencialista que cuestiona la existencia de derechos absolutos. En este sentido, cuando se esgrime aquel argumento consecuencialista que recomienda la anulación de un derecho en virtud de las consecuencias catastróficas de su aplicación, dicho argumento consecuencialista está aludiendo a derechos básicos, pues se traduce en que, en el caso concreto, un derecho debe ser anulado en atención a la observación de otro derecho. Esto genera la cuestión de si la anulación es siempre pertinente o si, por el contrario, la presencia de derechos absolutos impide dicha anulación.

GEWIRTH señaló dos puntos clave a considerar en la respuesta a esta cuestión. En primer lugar, aseguró que al menos una parte del problema derivado de este conflicto depende de la aseveración de que todas las personas tienen los mismos derechos morales, lo cual remite de nuevo a la cuestión de la universalidad. En segunda instancia, aconsejó distinguir entre los derechos en general y aquellos derechos amenazados por las consecuencias catastróficas. Si aquella exigencia dirigida a evitar las consecuencias catastróficas fuese construida simplemente como una reclamación acerca del cumplimiento o protección de ciertos derechos básicos, entonces el argumento consecuencialista se convertiría en absolutista en virtud de la asunción de que determinadas catástrofes deben ser evitadas cuando estos derechos básicos son puestos en peligro. Además, la referencia a consecuencias catastróficas puede implicar que un gran número de individuos esté expuesto a pérdidas colectivas referidas a un bien básico al cual tienen derecho. A

juicio de GEWIRTH, es precisamente este agregado de pérdidas lo que constituye la catástrofe. De este modo, la cuestión relativa a la existencia de derechos absolutos se traduce en si distintos individuos, con iguales derechos morales, tienen algún derecho que nunca puede ser anulado en virtud de otras consideraciones, incluyendo incluso las consecuencias catastróficas para los derechos colectivos⁶⁴³.

3.3.2.5. Consecuencialismo vs. absolutismo

Como se ha indicado, el argumento consecuencialista en contra del carácter absoluto de los derechos afirma que, si las consecuencias del cumplimiento de los derechos fuesen tan catastróficas que pudiesen justificar la anulación de sus requisitos, ello haría decaer el cumplimiento del derecho y este no podría considerarse absoluto. No obstante, GEWIRTH señaló la posibilidad de alegar un argumento análogo, pero en la dirección opuesta. En este sentido, si se reconociese la existencia de derechos morales cuya justificación apele a las consecuencias extremadamente nefastas derivadas de la inobservación de su contenido, de manera que el derecho debiera ser siempre satisfecho sin excepciones, este derecho se configurarían como absoluto⁶⁴⁴.

No obstante, GEWIRTH ha advertido la necesidad de considerar dos cuestiones preliminares de estos argumentos, a saber: la conexión causal-consecuencial y la relación conceptual-moral. A diferencia del primero, el segundo argumento ofrecido por GEWIRTH no es consecuencialista, ya que la especificación del derecho no transgrede el tercer requisito que proscribe la inclusión de la referencia a las consecuencias catastróficas en la formulación del derecho. Consecuentemente, GEWIRTH concluyó que la inobservación del contenido de un derecho no constituía una consecuencia causal catastrófica derivada de la inobservación de tal derecho, sino que directamente constituía su inobservación, del mismo modo que la observación del contenido del derecho no se trataría de una consecuencia del cumplimiento del derecho, sino del derecho en sí mismo considerado. Además, en ambos casos, los dos primeros requisitos relativos a la permisibilidad de las especificaciones de los derechos también son satisfechos, pues sus contenidos son reconocibles por el pensamiento práctico ordinario y se justifican en virtud de un principio moral válido. De lo anterior, GEWIRTH concluyó la existencia de ciertos derechos absolutos⁶⁴⁵. Esta absolutidad a la que GEWIRTH se refirió presenta diversas dimensiones, las cuales emanan del principio supremo de la moralidad, el cual requiere el respeto del derecho de los demás a las condiciones necesarias para la actuación humana, lo cual incluye el respeto por las personas en tanto que

⁶⁴³ GEWIRTH, A., "Are There Any...", *op. cit.*, p. 6.

⁶⁴⁴ GEWIRTH, A., "Are There Any...", *op. cit.*, p. 7.

⁶⁴⁵ GEWIRTH ejemplifica esta cuestión aludiendo al derecho de una madre a no ser torturada hasta la muerte por su hijo, ni siquiera bajo la amenaza terrorista de utilizar armas nucleares que previsiblemente matarán a numerosos individuos de no llevarse a cabo dicha tortura. GEWIRTH, A., "Are There Any...", *op. cit.*, p. 8.

poseedoras de la capacidad racional para reflexionar acerca de sus propósitos y controlar su comportamiento en atención a dicha reflexión. De este modo, el principio de moralidad prohíbe el uso de cualquier persona como medio para el bienestar de los demás, lo cual equivale a afirmar que ciertos derechos deben ser considerados absolutos⁶⁴⁶.

Un argumento consecuencialista agregativo estricto que afirme que siempre se ha de realizar aquella actuación que maximice la utilidad o minimice la inutilidad, defendería que en el caso de un conflicto de derechos se ha de preferir la observación de los derechos del mayor número de individuos, aun en detrimento de los derechos de un individuo o una minoría y ello a pesar de que los derechos en conflicto tengan el mismo grado de importancia, lo cual colisiona con la concepción de algunos derechos como absolutos. Por su parte, un argumento retributivista afirmará que un castigo o condena ha de ser asignado solo a quienes lo merezcan en virtud de los abusos cometidos. Sin embargo, esta última aproximación también podría defender el efecto disuasorio del castigo siempre y cuando esta consideración consecuencialista esté subordinada y limitada por las condiciones del argumento antecedentalista o anticonsecuencialista⁶⁴⁷. En virtud de tales consideraciones, GEWIRTH concluyó que la tesis absolutista puede acomodar, al menos parcialmente, las preocupaciones sustantivas del consecuencialismo dentro de los límites de su propio principio⁶⁴⁸.

Respecto de la imputación de la responsabilidad por las consecuencias, GEWIRTH efectuó tres diferenciaciones⁶⁴⁹. En primer lugar, señaló la diferencia existente entre la intención directa y la intención indirecta u oblicua, de manera que aquellas consecuencias que no son fruto de la intención directa del agente, sino tan solo efectos secundarios inintencionados derivados de su acción u omisión, no originan la responsabilidad del agente por dichas consecuencias, de las cuales este no es moralmente responsable. No obstante, se podría alegar que, en tanto que la prevención o eliminación de tales consecuencias se encuentre bajo el control del agente, este es responsable tanto causal como moralmente de las mismas. Esta objeción conduce a la distinción entre “hacer” u “omitir”, o entre “deberes estrictos” y “superogatorios”⁶⁵⁰. En términos generales, no es lo mismo hacer algo en perjuicio de alguien, que no hacer algo en su beneficio. En este sentido, habitualmente se considera que el agente no tiene el mismo deber moral frente a ambas situaciones, pues normalmente se le atribuye responsabilidad en virtud de sus actos y no por aquello que simplemente deja que suceda. Sin embargo, lo anterior se contradice con las exigencias de algunos deberes que no

⁶⁴⁶ GEWIRTH, A., “Are There Any...”, *op. cit.*, p. 9.

⁶⁴⁷ GEWIRTH, A., *Reason and Morality*, cit *op. cit.*, pp. 294-299.

⁶⁴⁸ GEWIRTH, A., “Are There Any...”, *op. cit.*, p. 10.

⁶⁴⁹ GEWIRTH, A., “Are There Any...”, *op. cit.*, p. 11.

⁶⁵⁰ Al hilo de esta segunda distinción, GEWIRTH se refiere expresamente al acto de “matar” (hacer), que distingue del acto de “dejar morir” (omitir). Vid. GEWIRTH, A., “Are There Any...”, *op. cit.*, *ibidem*.

solo requieren el respeto de una posición del titular, es decir, una abstención del sujeto obligado; sino que también imponen la promoción del objeto del derecho, especialmente cuando ello no resulta desproporcionadamente oneroso para el sujeto obligado⁶⁵¹. Además, la inobservación de este deber genera la culpabilidad moral del agente que omite tal deber de asistencia. Una tercera distinción aparece referida al respeto hacia las demás personas y la evitación de consecuencias negativas. En este sentido, respetar a los demás constituye una obligación fundamental que no puede ser revocada ni siquiera con la intención de evitar las consecuencias negativas que le puedan suceder a ciertas personas. No obstante, esta distinción no es clara, pues podría cuestionarse si se falta a este respeto cuando no se evita que alguna consecuencia negativa le suceda a alguien. Además, esta distinción tampoco proporciona una escala acerca de los grados de urgencia moral, pues respetar a una persona puede conducir a una falta de respeto mayor hacia otras personas inocentes.

No obstante, GEWIRTH afirmó que estas distinciones podían ser completadas. A tales efectos, propuso la introducción del “principio de la acción interpuesta” (*principle of the intervening action*)⁶⁵² como complemento, el cual establece que cuando existe una conexión causal entre la actuación u omisión de una persona y el padecimiento de un daño por otra, la responsabilidad moral que recae sobre la primera se elimina cuando interviene la actuación de alguna tercera persona conocedora de las circunstancias relevantes de su actuación y que pretende producir el daño, ya sea de manera intencional o con temeridad. La razón de subyace a la eliminación de la responsabilidad moral del primer agente proviene del hecho de que la acción de este no constituye una condición suficiente del daño, sino que existe una causa más próxima, la cual constituye una condición suficiente del daño tal y como se produce⁶⁵³. De este “principio de la acción interpuesta”, se sigue que tan solo aquellas acciones con una conexión causal directa presentan una responsabilidad causal por los resultados. Al respecto, se podría afirmar que la responsabilidad surge del resultado directo de la acción que presenta una relación causal directa y no de las meras consecuencias derivadas de una acción que tan solo presenta una relación causal indirecta, oblicua o de segundo orden⁶⁵⁴.

No obstante, si la no evitación de una vulneración de los derechos de alguien X, derivada de una acción u omisión causalmente indirecta, está justificada en virtud de la observación del carácter absoluto del derecho de otra persona Y,

⁶⁵¹ Véase por ejemplo el deber de socorro, cuando la asistencia no pone en riesgo la vida del obligado.

⁶⁵² GEWIRTH, A., “Are There Any...”, *op. cit.*, p. 12.

⁶⁵³ HART, H.L.A. & HONORE, A.M., *Causation in the Law*, The Clarendon Press, Oxford, 1959, pp. 69, 127 y 292. GEWIRTH, A., “Human Rights and the Prevention of Cancer”, *American Philosophical Quarterly* 17 (1980), pp. 118-119.

⁶⁵⁴ En un sentido similar, acerca de la distinción entre los conceptos de “resultado” y “consecuencia”, *vid.* WRIGHT, G.H.v. *Norma y acción*, *op. cit.*, pp. 56-57.

entonces podría pensarse que el derecho de X no es absoluto. Si, por el contrario, la vulneración de los derechos de X se considera injustificada, entonces también podría considerarse injustificada la observación del derecho de Y, lo cual equivaldría a reconocer que los derechos de Y no son absolutos, en tanto que su inobservación estaría justificada. No obstante, GEWIRTH señaló que constituiría una falacia deducir que la inobservación del derecho de alguien está justificada en virtud de la afirmación de que el rechazo de la inobservación del derecho de otra persona está justificado y que dicho rechazo provocará la inobservación del derecho de la primera persona, pues considerando el mencionado “principio de la acción interpuesta” el rechazo referido a la inobservación del derecho de una persona no genera responsabilidad moral ni causal por la inobservación causalmente indirecta del derecho de la otra persona. Por consiguiente, la justificación referida al rechazo de la inobservación del derecho de una persona no justifica la vulneración del derecho de otra, cuya inobservación permanece injustificada, de manera que el derecho continúa siendo absoluto. De este modo, si el rechazo de la vulneración del derecho de una persona tan solo presenta una relación causal indirecta con la inobservación del derecho de otra persona, esta consecuencia no constituirá un efecto intencional cuya responsabilidad haya de corresponder a quien rechaza la inobservación del derecho, sino que simplemente constituirá un efecto secundario previsible. Así pues, resultaría inadmisibles que los derechos de unos puedan ser protegidos mediante la violación de los derechos de los demás, pues de acuerdo con el “criterio de los grados de necesidad para la acción” presentan al menos la misma importancia⁶⁵⁵.

4. El consentimiento informado del paciente como manifestación de un derecho fundamental

4.1. El consentimiento informado del paciente como norma adscrita de derecho fundamental

En múltiples ocasiones se ha afirmado que el consentimiento informado pertenece al ámbito de la autonomía decisoria del paciente, esto es, se configura como una libertad de elección bajo tres requisitos: información, voluntariedad y capacidad⁶⁵⁶. Así lo ha reconocido el TC español al afirmar que el consentimiento informado constituye “una facultad de autodeterminación que legitima al paciente para decidir libremente sobre las medidas terapéuticas y tratamientos que puedan afectar a su integridad, escogiendo de entre las distintas alternativas, aun cuando

⁶⁵⁵ GEWIRTH, A., “Are There Any...”, *op. cit.*, p. 14.

⁶⁵⁶ SEOANE, J.A., “La construcción jurídica...”, *op. cit.*, p. 30.

pueda conducir a un resultado fatal”⁶⁵⁷. La CE no recoge expresamente un derecho a la autonomía, ni un derecho general de libertad⁶⁵⁸, no existiendo un reconocimiento expreso del derecho al consentimiento informado en dicho texto. A partir de lo anterior, cabe preguntarse si el contenido del derecho al consentimiento informado constituye o no una norma de derecho fundamental.

Como se recordará, ALEXY diferencia los conceptos de disposición, enunciado y norma de derecho fundamental. Considerando esta categorización, además de la clasificación de las normas como reglas y principios operada por el profesor alemán, resulta posible analizar conceptualmente el consentimiento informado del paciente como la manifestación de un derecho fundamental, para lo cual se ha de acudir a las disposiciones normativas que establecen dicha posición jurídica del paciente: en el ordenamiento jurídico español, la ya mencionada LBAP. Respecto de las disposiciones básicas en materia de consentimiento informado recogidas por esta ley, resultan especialmente relevantes los preceptos relativos al derecho de información asistencial (art. 4 LBAP)⁶⁵⁹ y al derecho de libertad decisoria del paciente (arts. 2.3 y 2.4 LBAP)⁶⁶⁰, de los que cabe concluir la estructura compleja o en dos fases del consentimiento informado del paciente, a saber: una fase informativa previa, que le concede el carácter de “informado” al consentimiento; y una fase decisoria, referida al consentimiento en sentido estricto, es decir, a la eventual autorización o rechazo otorgado libremente por el paciente⁶⁶¹.

El siguiente paso del análisis conceptual propuesto consiste en considerar si el contenido de estos enunciados constituye o no una norma de derecho fundamental. A tales efectos, si se acude a un criterio estrictamente formal que solo considere como norma de derecho fundamental aquellos enunciados normativos incluidos en el texto de la Constitución, entonces no resultará posible afirmar que el derecho al consentimiento informado del paciente constituya una norma de derecho fundamental, en tanto que se ubica fuera del referido texto constitucional. Por consiguiente, empleando terminología alexyana, se puede afirmar que las

⁶⁵⁷ SSTC 120/1990, de 27 de junio, FJ 8º; 154/2002, de 18 de julio, FJ 9º; 37/2011, de 28 de marzo, FJ 5º, entre otras.

⁶⁵⁸ *A contrario, vid.* PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos...*, *op. cit.*, pp. 157 y ss.

⁶⁵⁹ “Los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma”. *Vid.* artículo 4.1 LBAP (publicado en «BOE» núm. 274 de 15 de noviembre de 2002. Referencia: BOE-A-2002-22188).

⁶⁶⁰ *Vid.* Artículo 2.3 LBAP: “el paciente o usuario tiene derecho a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles”. Asimismo, el artículo 2.4 LBAP establece que: “todo paciente o usuario tiene derecho a negarse al tratamiento”. Con todo, se ha de matizar que, desde un punto de vista estricto, este derecho del paciente a negarse al tratamiento forma parte de la (2ª) fase decisoria del derecho al consentimiento informado, razón por la cual no se tratará aquí con una entidad propia, sino tan solo como un resultado posible del proceso decisorio.

⁶⁶¹ En la redacción del artículo 8.1 LBAP se reúnen ambas fases del consentimiento informado al señalarse que: “toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso”.

disposiciones que regulan el consentimiento informado del paciente en el ordenamiento jurídico español no constituyen “normas de derecho fundamental directamente estatuidas”⁶⁶². Sin embargo, como ya se ha tenido ocasión de comentar, esta definición de norma de derecho fundamental resulta muy restringida, poco realista y consecuentemente inadecuada. Para superar esta dificultad, ALEXY ha propuesto el concepto de “norma adscrita de derecho fundamental”⁶⁶³, de manera que una norma podrá ser considerada como tal en virtud de su conexión con otra norma de derecho fundamental directamente estatuida. Para que una adscripción sea conforme a Derecho se ha de acudir a una “fundamentación iusfundamental correcta” que permita afirmar la validez y el carácter de norma adscrita de derecho fundamental⁶⁶⁴. Por lo demás, en líneas generales será suficiente acudir al texto de la Constitución para efectuar una “fundamentación iusfundamental correcta”⁶⁶⁵.

En atención a las anteriores consideraciones, acudir al concepto de “norma adscrita de derecho fundamental” propuesto por ALEXY resulta adecuado a los efectos de considerar el consentimiento informado del paciente como la manifestación de una “norma de derecho fundamental directamente estatuida”, cual es el derecho a la integridad física y moral de la persona recogido en el artículo 15 CE. Además, esta conclusión se encuentra avalada por el material autoritativo procedente de la jurisprudencia constitucional española, que ha vinculado el consentimiento informado del paciente al mencionado precepto constitucional, el cual en palabras del propio TC vendría a proteger “la inviolabilidad de la persona, no solo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo y espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular”⁶⁶⁶. Por consiguiente, este vínculo a una “norma directamente estatuida de derecho fundamental”, junto con la fundamentación iusfundamental proveída por la jurisprudencia constitucional española, posibilitan la clasificación del derecho al consentimiento informado del paciente como una norma, si bien adscrita, de derecho fundamental⁶⁶⁷.

⁶⁶² ALEXY, R., *Teoría de los...*, *op. cit.*, p. 52.

⁶⁶³ *Idem*.

⁶⁶⁴ Esta noción de validez es empleada por ALEXY en un sentido similar con ocasión del concepto de derecho. *Vid.* ALEXY, R., *El concepto y...*, *op. cit.*, pp. 21 y ss.

⁶⁶⁵ ALEXY, R., *Teoría de los...*, *op. cit.*, p. 54.

⁶⁶⁶ SSTC 120/90, de 27 de junio, FJ 8º; y 119/2001, de 24 de mayo, FJ 5º.

⁶⁶⁷ Sobre el concepto de “norma adscrita de derecho fundamental”, *vid.* ALEXY, R., *Teoría de los...*, *op. cit.*, p. 52.

4.2. La relación conceptual existente entre el derecho al consentimiento informado del paciente y el derecho a la integridad personal

En virtud de la relación de adscripción analizada con anterioridad, se han de señalar las relaciones conceptuales existentes entre el derecho al consentimiento informado del paciente establecido en la LBAP y el derecho fundamental a la integridad física y moral del artículo 15 CE, para lo cual se acudirá de nuevo a las categorías ofrecidas por ALEXY. Como ya se ha tenido ocasión de mostrar, a juicio de ALEXY, las normas se clasifican en reglas y principios. En el sentido otorgado por el profesor alemán, mientras que los principios constituyen mandatos de optimización, esto es, mandatos *prima facie* dirigidos a los poderes públicos que exigen su realización en el mayor grado posible, siendo necesario ponderar aquellos principios que entren en colisión; las reglas por su parte se configuran como mandatos definitivos, de manera que o se cumplen o se incumplen, sin posibilidad de considerar distintos grados de observancia de las mismas. Si se traslada esta clasificación a las disposiciones antes señaladas, se podría concluir que la norma que establece el denominado “derecho fundamental a la integridad física y moral” presenta un carácter de principio, pues la norma del 15 CE no establece pautas concretas que prescriban cómo la norma se ha de aplicar en supuestos concretos, sino que se configura como un mandato a los poderes públicos⁶⁶⁸, especialmente al legislador orgánico, en tanto que encargado de implementar aquellas medidas concretas que reconocen, garantizan y protegen los denominados “derechos fundamentales” recogidos en la Constitución⁶⁶⁹; pero también a los jueces y tribunales encargados de decidir aquellas situaciones de colisión entre derechos fundamentales.

Este argumento referido a la indeterminación de las circunstancias de realización de las normas en las que se establecen derechos fundamentales es asimismo apto para justificar la inadecuación del uso del término “derecho” a los efectos de designar dichas realidades jurídicas constitucionalmente establecidas y habitualmente denominadas “derechos fundamentales”, lo cual también vendría indicado desde una perspectiva hohfeldiana pues, tal y como se ha tenido ocasión de señalar, un “derecho subjetivo en sentido estricto” o “pretensión” se define como una posición jurídica determinada en virtud de los “deberes” correlativos de los demás. Si bien es cierto que la Constitución establece “mandatos”, entendidos como deberes normativos dirigidos a los poderes públicos y orientados a la protección de tales posiciones de los ciudadanos mediante la producción de normas en tal sentido, un esfuerzo por reconducir tales situaciones a los conceptos

⁶⁶⁸ Artículo 9.1 y 2 CE (publicado en «BOE» núm. 311, de 29/12/1978. Referencia: BOE-A-1978-31229).

⁶⁶⁹ Artículo 81.1 CE (publicado en «BOE» núm. 311, de 29/12/1978. Referencia: BOE-A-1978-31229).

jurídicos hohfeldianos (situaciones que por lo demás HOHFELD no consideró), se concluiría más bien que tales supuestos se presentan como reconducibles al concepto hohfeldiano de “potestad” de los poderes públicos quienes ostentan la competencia para dictar normas correlativas a posiciones de “sujeción” de los ciudadanos. Con todo, se estarían mezclando aquí diferentes realidades o facetas de la norma constitucional que establece un derecho fundamental, a saber: el reconocimiento de derechos fundamentales a los particulares y aspectos formales de su articulación por el ordenamiento jurídico a través de competencias de los poderes públicos. En virtud de esta desvinculación, al menos conceptual, entre las posiciones otorgadas por los denominados “derechos” fundamentales y los mandatos dirigidos a los poderes públicos para su implementación en el ordenamiento jurídico (entendidos como competencias de estos), cabe concluir que los derechos fundamentales tal y como figuran en el texto constitucional no son (todavía) derechos hohfeldianos en sentido estricto en manos de los particulares, si bien ello no implica negar que tengan algún valor jurídico, como se tendrá ocasión de señalar.

Si se acepta lo anterior, resultará posible sostener el carácter de principios de los “derechos” fundamentales, pues en realidad no se configuran como normas disyuntivas que se cumplen o se incumplen, sino que establecen una suerte de tendencia u orientación normativa que ha de seguir fundamentalmente el legislador y el juez en el desempeño de sus labores y que ha de conjugar en todo caso con la realidad social, jurídica y política de la comunidad en la que se inserta. En definitiva, en atención a estos argumentos, las normas constitucionales que establecen “derechos fundamentales” tienen mejor encaje en la noción de principio entendido como mandato de optimización en sentido alexyano, lo cual no excluye que determinadas proposiciones normativas que establecen principios incorporen asimismo algunas reglas, si bien se observa una tendencia implícita en el ordenamiento constitucional español a favor de la idea de “derechos fundamentales” como “principios”.

Así pues, en virtud de dicho carácter indeterminado acerca de la realización de la norma, y a salvo de su contenido esencial, se podría pensar que esta realización ha de alcanzar el mayor de los niveles posible y, en caso de colisión con otros principios, deberá ser adecuadamente ponderado, prevaleciendo en muchos casos en virtud de la especial impronta que el principio referido a los bienes de la vida y la integridad humana presenta. Consiguientemente, el principal problema derivado de la consideración de la norma establecida en el artículo 15 CE como principio se refiere a la carencia de un carácter definitivo y, por consiguiente, a la necesidad de ponderación, lo cual vincula esta cuestión con aquella otra relativa al carácter absoluto de los derechos fundamentales, pues si se considera que los derechos fundamentales recogidos por la Constitución constituyen principios y no reglas, entonces se estará cuestionando el carácter absoluto de tales derechos en

términos generales⁶⁷⁰. No obstante, se ha de tener presente que la mera clasificación de una norma como principio no dice nada acerca de que haya necesariamente de ceder frente a otros principios en colisión, sino que tan solo indica que se ha de considerar su peso en un eventual juicio de proporcionalidad, cuando se produzca una colisión que, por lo demás, no tiene por qué producirse de manera ineludible. Además, se encuentran disponibles mecanismos de argumentación orientados a la aseguración de una solución conforme con los límites del principio de justicia, la cual ha de ser en todo caso válida y por consiguiente racional.

En atención a la sistematización antes señalada, la norma que establece el consentimiento informado del paciente podría clasificarse como una regla que establece los requisitos concretos de realización del principio en cuestión, prescribiendo deberes concretos que recaen sobre los profesionales de la salud, en los términos establecidos por la LBAP. De este modo, el deber de provisión de información del médico al paciente se cumple o no se cumple, no siendo adecuado hablar de grados de realización del mismo. No obstante, podría objetarse que resulta posible que el médico otorgue una información incompleta o inadecuada, de manera que se puedan establecer grados de cumplimiento de dicho deber, lo cual permitiría distinguir el total incumplimiento del cumplimiento defectuoso. No obstante, esta consideración no es suficiente para negar la clasificación del consentimiento informado como regla, pues una información incompleta, en sentido estricto, constituye por sí misma un incumplimiento del deber de información, en tanto que la propia ley, al respecto de los deberes de información del médico al paciente, establece que “la información (...) comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias”⁶⁷¹. Por lo demás, desde un punto de vista lógico, los problemas de precisión derivados de la definición, delimitación y establecimiento de los deberes impuestos por la norma no pueden determinar la clasificación de la propia norma, sino que se ha de acudir a los presupuestos de realización que esta presenta. Lo mismo se puede señalar acerca del “[deber] de respeto de las decisiones adoptadas libre y voluntariamente por el paciente”⁶⁷², el cual constituye una regla que concreta los deberes correlativos al derecho de libre decisión del paciente con base

⁶⁷⁰ Como ya se ha apuntado con anterioridad, cabe introducir al menos dos matices a esta negación del carácter absoluto: por una parte, la cuestión del límite del contenido esencial de los derechos fundamentales; por otra, la posibilidad de atribuir la consideración de absolutos a los derechos una vez otorgados pesos a los derechos en conflicto y realizada la ponderación, lo cual llevaría a relativizar el carácter absoluto de estos derechos y a circunscribirlo a las circunstancias concretas del caso.

⁶⁷¹ Artículo 4.1 LBAP. Para una descripción más detallada de las “condiciones de la información y consentimiento por escrito”, *vid.* artículo 10 LBAP (publicado en «BOE» núm. 274 de 15 de noviembre de 2002. Referencia: BOE-A-2002-22188).

⁶⁷² Artículo 2.6 LBAP (publicado en «BOE» núm. 274 de 15 de noviembre de 2002. Referencia: BOE-A-2002-22188).

en los mismos argumentos anteriormente alegados al respecto del derecho a la información asistencial del paciente.

Adicionalmente, la adscripción del derecho al consentimiento informado del paciente, concebido como una regla, al derecho a la integridad personal, en tanto que principio, justifica la existencia de una relación de reciprocidad entre ambas normas, la cual se configura como una relación doble de fundamentación y especificación. De este modo, mientras que la norma del artículo 15 CE fundamenta las normas de la LBAP al respecto del consentimiento informado del paciente, esta última especifica el contenido de la norma orientada a la garantía de la integridad física y moral de la persona. En virtud de esta relación de reciprocidad, cuando el derecho al consentimiento informado del paciente entre en colisión con otros derechos considerados fundamentales o manifestación de los mismos en virtud de una relación de adscripción y en tanto que reglas, lo hará al nivel de los principios, debiéndose efectuar la oportuna ponderación en el caso concreto⁶⁷³. En tales supuestos, los tribunales deberán resolver dicha colisión estableciendo una relación de precedencia entre los dos principios relevantes, en atención a las circunstancias concretas del caso. En tal sentido, según la ley de la colisión propuesta por ALEXY, las condiciones bajo las cuales un principio tiene prioridad frente a otros constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio prioritario. De este modo, la ley de la colisión expresa que entre los principios de un sistema jurídico no existen relaciones de precedencia absolutas, sino que están condicionadas, consistiendo la tarea de optimización en establecer correctamente dichas relaciones, ya que el establecimiento de una relación de precedencia condicionada consiste invariablemente en establecer una regla construida con ocasión del supuesto concreto. Por consiguiente, el nivel de los principios y el de las reglas no se encuentran separados, sino que los principios son razones necesarias para las reglas⁶⁷⁴. Por lo demás, el referido vínculo existente entre el derecho al consentimiento informado del paciente de la LBAP y el derecho a la integridad física y moral de la CE será retomado con ocasión del análisis del fundamento del primero entendido como una manifestación del segundo.

⁶⁷³ De este modo, el derecho al consentimiento informado, a pesar de configurarse como una regla en términos alexyanos, no se trata de una “carta de triunfo” en manos del paciente como propone la explicación de los derechos de DWORKIN, sino que cabe el conflicto y, por lo tanto, la ponderación al nivel de los principios que lo fundamentan, es decir, en el caso concreto del consentimiento informado la integridad moral del paciente, concebido como un agente intencional, en el sentido otorgado por GEWIRTH.

Para una crítica a la técnica de la ponderación o *balancing test*, vid. SERNA BERMÚDEZ, P. y TOLLER F.M., *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales: una alternativa a los conflictos de derechos*, La Ley, Buenos Aires, 2000, pp. 10-28.

⁶⁷⁴ ALEXY, R., *Tres escritos sobre...*, op. cit., pp. 97 y ss.

4.3. Caracteres del consentimiento informado como manifestación de un derecho fundamental

Si se acepta que el consentimiento informado del paciente constituye la manifestación de un derecho fundamental, en virtud de la mencionada tesis de la adscripción, entonces se ha de analizar el modo en el cual los tradicionales rasgos de los derechos fundamentales se integran en la explicación del mismo⁶⁷⁵.

4.3.1. La (relativa) universalidad

Por lo que se refiere al rasgo de la universalidad, es frecuentemente afirmado que los derechos fundamentales pertenecen a todos los seres humanos sin excepción, pues por el simple hecho de serlo poseen un “estatus moral pleno”. Sin embargo, en el caso del consentimiento informado la titularidad aparece restringida al estatus del “paciente”⁶⁷⁶, el cual aparece definido en la propia ley como aquella “persona que requiere asistencia sanitaria y está sometida a cuidados profesionales para el mantenimiento o recuperación de su salud”⁶⁷⁷. Al margen de las posibles ambigüedades al respecto de la redacción de dicha norma explicativa y aunque la titularidad apareciese inequívocamente circunscrita al estatus del paciente, ello no impediría considerar la universalidad de la norma, pues dicha titularidad se encuentra circunscrita a todo ser humano en tanto que paciente potencial⁶⁷⁸. En este sentido, las circunstancias que concretan la norma justifican esta delimitación referida a la titularidad, pues ningún sentido tendría el reconocimiento de tal posición jurídica a personas no insertas en el marco de una relación médico-paciente. Por lo demás, esta discriminación se efectúa de manera

⁶⁷⁵ Por lo que respecta al Derecho constitucional español, si se acepta que el derecho al consentimiento informado del paciente constituye la manifestación de un derecho fundamental (integridad física y moral del 15 CE), entonces la LBAP constituiría una ley de desarrollo de derechos fundamentales, debiendo por ello seguir el procedimiento legislativo establecido en el artículo 81 CE, es decir, debería asumir la forma de una Ley Orgánica, lo cual no es el caso. En virtud de lo anterior, cabría cuestionar la constitucionalidad de la LBAP desde parámetros puramente formales.

⁶⁷⁶ Aunque, en ocasiones, la LBAP de manera vacilante se refiere también al “usuario” e, incluso, a “toda persona”. Así, el artículo 2.3 LBAP establece que: “el paciente o *usuario* tiene derecho a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles”. Por su parte, el artículo 4.1 LBAP establece que: “Además, *toda persona* tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada” (publicado en «BOE» núm. 274 de 15 de noviembre de 2002. Referencia: BOE-A-2002-22188). Énfasis añadido.

⁶⁷⁷ Artículo 3 LBAP (publicado en «BOE» núm. 274 de 15 de noviembre de 2002. Referencia: BOE-A-2002-22188).

⁶⁷⁸ Por lo demás, la LBAP aparece redactada en términos ocasionalmente imprecisos, al menos por lo que respecta a la regulación del derecho a la información asistencial, pues en ocasiones se refiere al “paciente”, mientras que en otras hace referencia a “toda persona”. Así, en el artículo 4.1 LBAP se establece que “los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma”. Sin embargo, un poco más adelante esta misma disposición continúa diciendo que “toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada” (publicado en «BOE» núm. 274 de 15 de noviembre de 2002. Referencia: BOE-A-2002-22188).

adecuada desde una perspectiva sustantiva, ya que es equitativa, coherente y racional al no discriminar a ningún “paciente” en virtud de consideraciones diferentes a su “agencia” en sentido gewirthiano. Adicionalmente, esta discriminación puede ser explicada a partir de la relación de especificación antes señalada, pues se deriva de la delimitación de las circunstancias de realización de la regla referida al derecho al consentimiento informado, la cual se fundamenta en el principio que establece el respeto a la integridad personal en el marco de la relación médico-paciente.

No obstante, las previsiones normativas referidas a la capacidad de los pacientes para ejercitar su derecho al consentimiento informado en su doble faceta informativa y decisoria presentan implicaciones al respecto del carácter de la universalidad. De este modo, al considerar la capacidad del paciente como requisito para la titularidad del derecho al consentimiento informado, podría pensarse que dicha titularidad ya no se encuentra solo restringida al estatus del paciente, sino al estatus del “paciente capaz” para aprehender la información y decidir en atención a dicho conocimiento. Con todo, cabe matizar que, por lo que se refiere al derecho a la información asistencial, la LBAP establece en su artículo 5.2 que “el paciente será informado, incluso en caso de incapacidad, de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión, cumpliendo con el deber de informar también a su representante legal”. Lo anterior muestra que la incapacidad no conduce a la afectación de la titularidad del mencionado derecho a la información, si bien la realización del deber correlativo se encuentra condicionada por la habilidad para actuar del paciente, la cual admite ser evaluada de manera gradual. Por lo demás, el paciente incapaz deberá ejercitar su derecho con o a través de, según los casos, su representante, para con quien el médico tiene asimismo el deber de información (5.2 LBAP). No obstante, la ley también prevé el cumplimiento del deber de información en aquellos supuestos en los que el paciente sea completamente incapaz de entender la información relativa a su estado de salud, debiendo el médico informar a “las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho”⁶⁷⁹.

Por lo que respecta a la segunda fase del derecho al consentimiento informado, es decir, al derecho de libre decisión del paciente, la LBAP prevé que en los supuestos de incapacidad “la decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente”⁶⁸⁰. Es en estos supuestos de incapacidad en donde podría tener sentido afirmar la titularidad del derecho al consentimiento informado como restringida al estatus del “paciente capaz”. No obstante, el propio hecho de que los deberes del médico responsable no decaigan

⁶⁷⁹ Artículo 5.3 LBAP (publicado en «BOE» núm. 274 de 15 de noviembre de 2002. Referencia: BOE-A-2002-22188).

⁶⁸⁰ Artículo 9.5 LBAP (publicado en «BOE» núm. 274 de 15 de noviembre de 2002. Referencia: BOE-A-2002-22188).

en virtud de la incapacidad del paciente, sino que se trasladan a otros sujetos, pone de manifiesto que la universalidad al respecto de la titularidad permanece. Para justificar lo anterior, podría acudirse a aquella distinción entre “titularidad” (derecho) y “ejercicio de los derechos” (bien jurídico)⁶⁸¹, de modo que permita concluir que el ejercicio del derecho es lo que aparece limitado en virtud de la constatación de ciertos impedimentos materiales, esto es, la condición de incapacidad del paciente; mientras que la titularidad permanece inafectada por la constatación de dicha incapacidad.

Por lo demás, estas cuestiones también podrían ser explicadas a partir de una tesis de inspiración gewirthiana acerca de la asignación de los derechos que conjugue las aproximaciones referidas a las capacidades y los intereses de los agentes, junto con la defensa de la universalidad de los “derechos genéricos” de todos los seres humanos, en tanto que “agentes intencionales prospectivos”, al mismo tiempo que considere la ya referida habilidad para actuar del sujeto (agencia), y las implicaciones que ello presenta en la realización del contenido de los derechos asignados. Incluso, se podría alegar que tales consideraciones constituyen una exigencia procedente del principio de justicia, pues tener en cuenta las diferencias sustanciales al respecto de las condiciones generales para la actuación humana supone un requisito de equidad cristalizado a través del principio de la igualdad material, de manera que también sería posible alegar argumentos sustantivos a favor de una aproximación como la descrita.

4.3.2. La (in)alienabilidad

Para analizar la (in)alienabilidad del derecho al consentimiento informado, se han de diferenciar de nuevo las dos fases del mismo, a saber, el derecho a la información asistencial y el derecho de libre decisión. Por lo que se refiere al primero, este es correlativo al deber del médico responsable de proporcionar el acceso a dicha información, siendo la ley clara al respecto de la posibilidad de alienarlo cuando establece que “toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada”⁶⁸². Por lo tanto, el paciente podrá “renunciar” a recibir aquella información relevante acerca de su estado de salud⁶⁸³, exonerando o privilegiando (en términos hohfeldianos) al profesional sanitario de su deber de proveer dicha información mediante su renuncia. Con todo, la ley prevé límites a la

⁶⁸¹ FEINBERG, J., *Right, Justice and...*, *op. cit.*

⁶⁸² *Vid.* artículo 4.1 LBAP (publicado en «BOE» núm. 274 de 15 de noviembre de 2002. Referencia: BOE-A-2002-22188). Resulta significativo el empleo del concepto de “derecho” en la LBAP para hacer referencia a lo que en realidad constituye la renuncia de un derecho. Ello ejemplifica a la perfección la excesiva proliferación del lenguaje de los derechos, al mismo tiempo que pone en la pista de que lo característico de los derechos consiste precisamente su disponibilidad por parte de los sujetos titulares, a salvo de la existencia de limitaciones justificadas.

⁶⁸³ Siguiendo la terminología propuesta por FEINBERG, el paciente estaría “desistiendo” (*wavering*) transitoriamente el ejercicio de un derecho que sigue poseyendo.

posibilidad renuncia por parte del paciente a recibir información⁶⁸⁴, si bien ello debería ser considerado como una manifestación del carácter no-absoluto del derecho, en el sentido ya señalado. No obstante, a consecuencia de una renuncia como la descrita, el consentimiento informado puede perder el calificativo de “informado”, convirtiéndose en un simple consentimiento “básico” o “a secas”, pues no se puede presuponer que la autorización (o rechazo) del paciente se encuentre respaldada por un conocimiento médico acerca de su condición de salud, alternativas a su alcance y riesgos de las mismas. Admitir la posibilidad de ejercitar la fase decisoria aun cuando se haya alienado la fase previa informativa supone de algún modo reconocer la centralidad de la referida segunda fase decisoria y, consecuentemente, el carácter auxiliar que la provisión de la información asistencial presenta. Adicionalmente, otorgar efecto al consentimiento básico del paciente resulta coherente con la promoción de su autonomía y autodeterminación, especialmente si se considera el hecho de que la carencia de información asistencial se circunscribe a una decisión autónoma del propio paciente, esto es, su renuncia. Por lo demás, la negación de cualquier tipo de efecto a un eventual consentimiento básico del paciente podría acusarse de excesivamente paternalista.

Por lo que se refiere al derecho de libre decisión, la LBAP establece que “el paciente o usuario tiene derecho a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles”⁶⁸⁵, añadiendo a continuación que “todo paciente o usuario tiene derecho a negarse al tratamiento, excepto en los casos determinados en la Ley”⁶⁸⁶. Este derecho de decisión del paciente es correlativo al deber del médico responsable de respetar las decisiones adoptadas libre y voluntariamente por el paciente⁶⁸⁷. En sentido estricto, no existe en la LBAP ninguna previsión legal que recoja de manera expresa la posibilidad de que el paciente enajene su derecho a decidir libremente acerca de si someterse o rechazar el tratamiento o terapia en cuestión, dejando la decisión en manos del médico o algún otro tercero. No obstante, la LBAP establece que “el paciente puede revocar libremente por escrito su consentimiento en cualquier momento”⁶⁸⁸, si bien esta previsión tan solo reconoce al paciente la posibilidad de cambiar de

⁶⁸⁴ Acerca de los límites a la renuncia por el paciente a su derecho a la información, la LBAP en su artículo 9.1 señala que “la renuncia del paciente a recibir información está limitada por el interés de la salud del propio paciente, de terceros, de la colectividad y por las exigencias terapéuticas del caso...” (publicado en «BOE» núm. 274 de 15 de noviembre de 2002. Referencia: BOE-A-2002-22188).

⁶⁸⁵ Artículo 2.3 LBAP (publicado en «BOE» núm. 274 de 15 de noviembre de 2002. Referencia: BOE-A-2002-22188).

⁶⁸⁶ Artículo 2.4 LBAP (publicado en «BOE» núm. 274 de 15 de noviembre de 2002. Referencia: BOE-A-2002-22188).

⁶⁸⁷ Artículo 2.6 LBAP (publicado en «BOE» núm. 274 de 15 de noviembre de 2002. Referencia: BOE-A-2002-22188).

⁶⁸⁸ Artículo 8.5 LBAP (publicado en «BOE» núm. 274 de 15 de noviembre de 2002. Referencia: BOE-A-2002-22188).

opinión acerca de autorizar o rechazar el tratamiento propuesto, y habla a favor de la posibilidad de que este pueda recobrar su derecho en aquellos casos en los que haya optado por delegar la decisión. Con todo, la ausencia de una previsión expresa acerca de la posibilidad de alienar el referido derecho de libre decisión no resulta en absoluto relevante, pues la propia alienación de este derecho constituye en sí misma una declaración de voluntad en un determinado sentido, esto es, una decisión libre y voluntaria del paciente por imperativo legal. Por consiguiente, cabe afirmar que resulta materialmente imposible alienar el referido derecho de libre decisión, en tanto que la alienación como tal constituye en sí misma una decisión libre y voluntaria del paciente. Además, el deber de abstención del médico no decae en virtud de dicha alienación, a salvo de las excepciones tasadas en el artículo 9.2 LBAP.

4.3.3. El carácter (no) absoluto

Las circunstancias excepcionales previstas por la ley posibilitan que el derecho al consentimiento informado del paciente decaiga en determinados casos⁶⁸⁹, lo cual presenta implicaciones para el carácter absoluto de los derechos. Al respecto de este carácter absoluto, algunos autores han considerado la existencia de determinados bienes básicos cuya excepcional importancia justificaría la consideración de los derechos que los garantizan como absolutos. En consecuencia, tales derechos se configurarían como prioritarios, debiendo ser observados en todo caso, tanto por la contraparte en la relación como por el propio titular, lo cual enlazaría el carácter absoluto de los derechos fundamentales con el rasgo de la inalienabilidad. No obstante, conviene establecer una delimitación conceptual adecuada entre ambos caracteres, pues no es lo mismo afirmar que un derecho prevalece en todo caso ante eventuales colisiones, lo cual conllevaría a afirmar el carácter absoluto del mismo, que sostener que el titular no puede, mediante su simple consentimiento, disponer del contenido de su derecho, lo cual equivaldría a afirmar la inalienabilidad del derecho, traduciéndose ello a su vez en la existencia de “derechos obligatorios” para el titular.

Sin embargo, admitir lo anterior resulta problemático, pues implicaría afirmar “obligaciones para con nosotros mismos”, en contra de la extendida concepción liberal acerca de los derechos individuales como instrumentos al servicio de la voluntad libre de su titular, quien determina su destino de manera autónoma, a salvo de los derechos de terceros perjudicados por su eventual conducta dispositiva. Al margen de que esta concepción pueda no ser compartida, lo cierto es que no es suficiente ni necesario acudir al rasgo de la inalienabilidad para justificar limitaciones, por lo demás puramente extrínsecas, referidas a la

⁶⁸⁹ *Vid.* artículos 5.4 y 9.2 LBAP (publicado en «BOE» núm. 274 de 15 de noviembre de 2002. Referencia: BOE-A-2002-22188).

disposición de un derecho por su titular. No es suficiente porque tales limitaciones son precisamente extrínsecas a la voluntad del titular, a quien se le priva de ejercitar su derecho en un determinado sentido (esto es, renunciando), por razones completamente distintas a su titularidad y capacidad para ejercitar el derecho en cuestión, lo cual resulta paradójico en tanto que el carácter de la inalienabilidad aparece circunscrito a un acto de disposición del titular, quien ha de actuar, al menos *a priori*, libre y voluntariamente. Además, tampoco resulta necesario, pues mediante la negación del carácter absoluto se obtiene el mismo efecto limitador de la conducta dispositiva del titular (y consiguiente mantenimiento del deber correlativo al derecho), en el sentido de que el ejercicio de los derechos aparece restringido por determinadas circunstancias consideradas más importantes que la libre disposición del derecho por su titular, como pueden ser los intereses de terceros inocentes perjudicados por la alienación del derecho o el frontal rechazo de la conducta dispositiva por la moral y orden público de la comunidad jurídico-política de que se trate. Si se acepta lo anterior, entonces resultará posible afirmar que existen razones para limitar la disposición de los derechos por parte de sus titulares, si bien no en virtud del carácter inalienable de los mismos, sino mediante la negación del carácter absoluto.

Cabe reiterar que afirmar el carácter absoluto de los derechos se contradice con la habitual constatación de conflictos entre las posiciones individualizadas originadas en virtud de la realización de las normas. Además, como ya se ha adelantado, existen argumentos jurídicos que aconsejan la limitación de los mismos a los efectos de proteger los intereses de terceros o de la sociedad en su conjunto. No obstante, se ha de recordar que resultaría posible afirmar un carácter absoluto restringido al contenido esencial de los denominados derechos fundamentales, y tras la ponderación, pues una vez otorgados pesos específicos a los principios en conflicto, se podría afirmar el carácter absoluto del principio que prevalece, si bien circunscrito al caso concreto. En este sentido, a partir del principialismo alexyano, podría sostenerse tanto el carácter absoluto del contenido esencial de los principios como el carácter absoluto de las reglas en tanto que mandatos definitivos. Con todo, cuando una regla se encuentre involucrada en una relación de especificación con un principio que la fundamenta, como ocurre en el caso del consentimiento informado, cabe la posibilidad de que se produzca un conflicto a nivel de los principios, pudiendo objetarse nuevamente su carácter absoluto. No obstante, la aceptación del carácter absoluto del contenido esencial de los principios permitiría salvar esta crítica.

Por lo demás, podría suceder que un determinado principio acostumbre a prevalecer sobre los demás en caso de conflicto⁶⁹⁰. Este podría ser el caso del

⁶⁹⁰ Téngase en cuenta que no se pretende suscribir en este punto un método de jerarquización, sino que el análisis se mantiene en el marco de la ponderación. Para un estudio crítico acerca de estas

derecho fundamental a la vida del artículo 15 CE, a salvo de las eventuales colisiones con el derecho a la vida de un tercero inocente. En este caso, podría argumentarse en favor del carácter absoluto de este derecho, aunque de manera condicionada a las circunstancias de realización de la norma. En lo que respecta al consentimiento informado del paciente, la propia norma desmiente su carácter absoluto al establecer que “los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley”⁶⁹¹. De este modo, la propia LBAP hace referencia expresa a la existencia de excepciones a la realización de la norma que establece el derecho, negando así el carácter absoluto del mismo⁶⁹². En cuanto al derecho de libre decisión del paciente, la ley también niega su carácter absoluto, si bien tan solo al respecto del rechazo del paciente a someterse al tratamiento⁶⁹³, en tanto que existen casos en los que el paciente ha de someterse al tratamiento por imperativo legal, como así lo establece el artículo 9.2 LBAP. En definitiva, en virtud de lo establecido por la ley, no resulta posible afirmar el carácter absoluto del derecho del paciente al consentimiento informado, lo cual además se aconseja como adecuado.

4.4. El fundamento del consentimiento informado como manifestación de un derecho fundamental

Como ya se ha adelantado, el consentimiento informado del paciente pertenece al ámbito de la autonomía decisoria del mismo⁶⁹⁴ y, aunque el ordenamiento jurídico español no configura la autonomía como un derecho fundamental, la jurisprudencia constitucional española ha vinculado el consentimiento informado del paciente a la integridad física y moral (15 CE)⁶⁹⁵. En virtud de este vínculo, resulta posible afirmar que aquellas disposiciones previstas por la ley en materia de consentimiento informado del paciente pueden ser clasificadas como “normas adscritas de derecho fundamental”, en términos

técnicas de resolución de conflictos entre derechos y sus similitudes, *vid.* SERNA BERMÚDEZ, P. y TOLLER F.M., *La interpretación constitucional...*, *op. cit.*, cap. II.

⁶⁹¹ Artículo 4.1 LBAP (publicado en «BOE» núm. 274 de 15 de noviembre de 2002. Referencia: BOE-A-2002-22188).

⁶⁹² Así en el artículo 4.4 LBAP se establece como limitación del derecho al consentimiento informando “la existencia acreditada de un estado de necesidad terapéutica” (publicado en «BOE» núm. 274 de 15 de noviembre de 2002. Referencia: BOE-A-2002-22188).

⁶⁹³ *Vid.* artículo 2.4 LBAP, el cual establece que “todo paciente o usuario tiene derecho a negarse al tratamiento, *excepto en los casos determinados en la Ley*” (publicado en «BOE» núm. 274 de 15 de noviembre de 2002. Referencia: BOE-A-2002-22188). Énfasis añadido.

⁶⁹⁴ El propio hecho de vincular la explicación del consentimiento informado a la autonomía decisoria del paciente pone en la pista del carácter auxiliar que la información presenta en el marco de este derecho, la cual se orienta a proveer asistencia suficiente al paciente a los efectos de deliberar y tomar una decisión basada en los datos relevantes y disponibles acerca de su condición física y estado de salud. Sobre el concepto de autonomía decisoria, *vid.* SEOANE, J.A., “La construcción jurídica...”, *op. cit.*, p. 30.

⁶⁹⁵ *Vid.* STC 37/2011, de 28 de marzo.

alexianos, y que el consentimiento informado del paciente constituye una manifestación o especificación de un derecho fundamental constitucionalmente reconocido, cumpliendo este último una función de fundamentación. Puesto que dicha adscripción ha sido realizada por el propio TC español, en tanto que órgano constitucional y máximo intérprete de la Constitución, existe material autoritativo suficiente para sostener dicho vínculo. Asimismo, el TC ha acudido al texto de la propia Constitución a los efectos de proveer una “fundamentación iusfundamental correcta”, tal y como ALEXY señala en su propuesta. En este sentido, cabe reiterar que la jurisprudencia constitucional ha afirmado que el mencionado artículo 15 CE “protege la inviolabilidad de la persona, no solo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo y espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular”⁶⁹⁶. Por lo que se refiere a la fase decisoria del consentimiento informado en exclusiva, el TC ha configurado el consentimiento informado como un deber de abstención del profesional sanitario y de respeto de la voluntad del paciente, excepto en aquellos casos en los que exista una justificación constitucional⁶⁹⁷.

De la fundamentación ofrecida por el TC español respecto del consentimiento informado se desprende que este se justifica en atención a la consideración de una esfera de autonomía individual del paciente, quien se encuentra legitimado a reclamar del médico responsable la obtención de aquella información relevante acerca de su estado de salud y ello con vistas a la formación de un juicio que le permita decidir acerca de si autorizar o rechazar el tratamiento propuesto por el médico. Así pues, la ya mencionada autonomía decisoria se presenta como el elemento explicativo clave del consentimiento informado por varias razones. En primer lugar, los deberes de información del médico se orientan al desempeño de la decisión libre e informada del paciente. En segundo lugar, tomando como referencia la terminología propuesta por GEWIRTH, el mencionado derecho de libre decisión reconoce al paciente como un verdadero “agente intencional” que ostenta los “derechos genéricos” orientados a la acción, los cuales tienden a garantizar las “necesidades genéricas” de todo “agente intencional actual o prospectivo”, es decir, la “libertad” entendida en sentido amplio y el “bienestar” que dicha libertad tiende a proporcionar al agente. En virtud de estos argumentos, cabe cuestionarse si el fundamento del consentimiento informado del paciente ha de circunscribirse a la integridad física, a la integridad moral o ambas, y qué se ha de entender en uno u otro caso.

En principio, la referencia a la integridad física del paciente como fundamento del derecho al consentimiento informado podría parecer inadecuado, pues esencialmente el bien que protege es la autodeterminación del paciente, concebido este como un individuo libre y autónomo que lleva a cabo un plan de

⁶⁹⁶ Vid. SSTC 120/90, de 27 de junio, FJ 8º; y 119/2001, de 24 de mayo, FJ 5º.

⁶⁹⁷ Vid. STC 37/2011, FJ 3º.

vida que el mismo diseña, a salvo de los límites derivados de la universalización de estas consideraciones, es decir, la autonomía y libertad de los demás, además de aquellas restricciones que la comunidad jurídico-política considera que realizan los ideales derivados del principio de justicia. En atención a estos argumentos, parece que el fundamento adecuado del consentimiento informado del paciente se ha de circunscribir a la vertiente moral de la integridad personal, en tanto que resulta más apta para describir la esfera de salvaguarda del derecho, es decir, la autonomía decisoria del paciente, en los términos antes descritos. Así pues, esta integridad moral aparece referida a una esfera interna del individuo, en sede de la cual el agente se configura y se dota de identidad propia, con vistas a su florecimiento humano mediante la garantía de aquellas necesidades básicas para su actuación en tanto que agente intencional.

Sin embargo, la adecuación acerca de la circunscripción del fundamento del consentimiento informado del paciente exclusivamente a la integridad moral de la persona presenta ciertas objeciones y dudas. Así pues, presupone una idea de persona dividida en cuerpo y espíritu, lo cual carece de toda referencia empírica. Por lo demás, partir de una concepción dualista de la persona que distinga entre lo corporal y lo moral genera la necesidad de delimitar el ámbito de lo moral. Una posibilidad consistiría en identificar el ámbito moral con la esfera psíquica del individuo, lo cual no parece adecuado pues tendría como efecto la reconducción de lo moral a lo corporal al tender a la identificación del daño moral con un padecimiento de índole psicossomática, lo cual pone en la pista de que la esfera moral ha de ser algo, al menos parcialmente, diferente a lo corporal. A partir de lo anterior se podría derivar que lo correcto sería distinguir entre el ámbito de lo corporal, compuesto a su vez por realidades con naturaleza física y psíquica; y el ámbito de lo moral, entendido como un espacio en el que el individuo configura su código personal de valores orientado a dirigir su actuación. Sin embargo, esta definición de la esfera moral se muestra como subjetiva e imprecisa, lo cual resulta problemático en el plano jurídico, especialmente si se considera que el reconocimiento del derecho al consentimiento informado persigue la garantía de la posición jurídica del paciente mediante el establecimiento de normas de conducta dirigidas a los profesionales sanitarios, junto con la posibilidad de resarcimiento ante eventuales vulneraciones. De lo anterior se deriva que el principal problema de la consideración del fundamento netamente moral del consentimiento informado reside en la función reparadora o resarcitoria que su reconocimiento implica, pues si se entrega a la pura subjetividad del paciente podrá ocurrir que cualquier tratamiento o intervención contravenga la integridad moral del mismo cayendo consecuentemente en un absurdo. Como solución a lo anterior podría pensarse que la propia inobservancia de la norma de conducta por parte de los profesionales de la salud sería suficiente para valorar la vulneración de la integridad moral del paciente, pues lo que pretende dicha norma es salvaguardar la autonomía de este. Sin embargo, en tanto que el eventual ejercicio ante los

tribunales de una acción por parte del paciente frente a la vulneración de dicha norma se oriente a la reparación de un daño, la solución antes indicada conllevaría a la identificación directa entre la vulneración de la norma y la aparición de un daño, lo cual es rechazado por un importante sector de la doctrina jurídica española en materia de responsabilidad, como se tendrá ocasión de analizar en el siguiente capítulo⁶⁹⁸.

En definitiva, circunscribir el fundamento del consentimiento informado del paciente exclusivamente a la integridad moral podría resultar conveniente en consideración de la explicación tradicional del mismo como manifestación de la autonomía decisoria y autodeterminación médica del paciente, en tanto que conceptos vinculados a la noción de persona y dignidad de la misma, así como al libre desarrollo de la personalidad y libertad personal en un sentido amplio. Sin embargo, la propia garantía de la posición del paciente exige la objetivación de los criterios que determinan no solo el incumplimiento de los deberes correlativos de los profesionales de la salud, sino también las condiciones de reparación o compensación frente a eventuales incumplimientos de tales deberes. En este sentido, circunscribir la prueba del incumplimiento del derecho al daño moral resulta ser una tarea dificultosa en la práctica y presenta la desventaja de equipar de manera directa el elemento del daño con la infracción de la norma.

Con todo, es posible alegar argumentos consecuencialistas que desaconsejan la circunscripción del consentimiento informado a la mera integridad física del paciente, pues en caso de que como resultado de una intervención médica en la cual el paciente haya otorgado un consentimiento básico o no-informado, debido a defectos en la realización del deber de información del médico, pero sin la obtención un resultado lesivo para su salud, este no podrá obtener protección jurídica alguna, dado que su integridad física no ha sido perjudicada, lo cual resulta paradójico en tanto que no se ha considerado al paciente como un agente intencional, degradando así su estatus moral. Adicionalmente, el hecho de no dotar de protección jurídica al paciente cuya autonomía decisoria ha sido vulnerada contradice la explicación del consentimiento informado otorgada tanto por la doctrina como por la jurisprudencia constitucional, de manera que no concordaría con el fundamento ofrecido. Por lo demás, el presupuesto de partida de la mayoría de concepciones al respecto de los derechos fundamentales viene determinado por la libertad, bienestar e igualdad de todos los seres humanos, en tanto que

⁶⁹⁸ No obstante, existe una tendencia en el Derecho de daños europeo procedente del derecho anglosajón a reconocer los denominados *punitive damages*, los cuales no presentan una función compensatoria, sino sancionatoria. Con todo, la impronta de esta tendencia es limitada en países de tradición continental y no parece poder asumirse en el marco del ordenamiento jurídico español. Vid. VANLEENHOVE, C., "Punitive Damages and European Law: Quo Vademus?", en Meurkens, L. & Nordin, E. (eds.), *The Power of Punitive Damages - Is Europe Missing Out?*, Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland, 2012, pp. 337-353. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2054595> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2054595>. (Última visita 28/10/2019).

presupuestos directamente derivados del principio de justicia, lo cual es observado también al respecto de la defensa de la integridad moral como fundamento del consentimiento informado del paciente.

En definitiva, suscribir el fundamento del consentimiento informado a la integridad física o, alternativamente, a la integridad moral del paciente presenta ventajas e inconvenientes en ambos casos. Adicionalmente, no resulta evidente que el ámbito de lo moral se constituya como una realidad no relacional separada de aspectos físicos y psíquicos, pues cabe su circunscripción a elementos educativos y de índole psicosocial. Quizá una respuesta más completa al fundamento del derecho al consentimiento informado del paciente deba considerar la integridad personal del paciente en su conjunto, dejando de lado la distinción entre los aspectos físicos y morales de la misma e incluyendo ambos. No obstante, en la práctica jurídica el concepto de integridad personal previsiblemente se traducirá en la indemnización de los daños corporales del paciente, pudiéndose indemnizar eventualmente ciertos daños morales, cuando sea posible alegar algún tipo de prueba o evidencia de su materialización, si bien la suma indemnizatoria aparecerá previsiblemente moderada en virtud de la gran subjetividad que presenta la evaluación de los daños morales independientes de una lesión de índole corporal.

5. Recapitulación

I. En términos alexyanos, las disposiciones en materia de consentimiento informado del paciente previstas en la LBAP se configuran como “normas adscritas de derecho fundamental” en virtud del vínculo existente con el derecho fundamental a la integridad física y moral de la persona del artículo 15 CE, el cual constituye una “norma de derecho fundamental directamente estatuida”. Además, este vínculo ha sido reconocido el propio TC español en su jurisprudencia y se justifica en virtud de una fundamentación iusfundamental correcta vinculada al texto constitucional.

II. Dicha adscripción, permite asimismo afirmar una relación recíproca de fundamentación y especificación entre la integridad personal del 15 CE y el consentimiento informado del paciente previsto en la LBAP. De este modo, mientras que el derecho fundamental a la integridad física y moral fundamenta el consentimiento informado del paciente; este último se configura como una manifestación del primero, al mismo tiempo que lo especifica, pues concreta determinadas circunstancias para su realización en el marco de la relación médico-paciente.

III. A partir de la clasificación de las normas operada por ALEXY en reglas y principios, la considerable apertura del enunciado normativo en el que se establece el derecho fundamental a la integridad física y moral (15 CE), en donde

no figuran las condiciones concretas de aplicación de la norma, permite calificarlo como un principio o mandato de optimización. Por su parte, la estructura compleja o en dos fases (esto es, informativa y decisoria) del derecho al consentimiento informado del paciente se configura en la LBAP como una regla en sentido alexyano, esto es, como un mandato definitivo que concreta o especifica las circunstancias de realización de la posición jurídica subjetiva del paciente, correlativa a los deberes de información asistencial y solicitud de autorización previa por parte de los profesionales sanitarios. A pesar del carácter de regla del consentimiento informado, cabe la posibilidad de que este colisione con otros derechos a nivel de los principios y en virtud de la tesis de la adscripción, siendo necesario ponderar los principios en conflicto. En todo caso, tras la ponderación, se obtendrá una regla que especifica las circunstancias de aplicación de la norma para el caso concreto.

IV. El consentimiento informado del paciente constituye un derecho de titularidad universal en tanto que todo ser humano es potencialmente un paciente, de modo que dicha universalidad se configura como relativa al paciente. Por lo que se refiere a los supuestos de incapacidad del paciente, dicha universalidad permanece, pues la incapacidad no afecta a la titularidad, sino tan solo al ejercicio del derecho. Asimismo, afirmar la universalidad de la norma constituye un imperativo derivado del estatus moral pleno del paciente incapaz en tanto que agente intencional prospectivo, en términos gewirthianos. Por lo demás, el hecho de que los deberes de los profesionales de la salud no decaigan por razón de dicha incapacidad confirma lo anterior. En definitiva, en los supuestos de incapacidad del paciente la titularidad permanece, si bien el ejercicio se traslada a los representantes del paciente incapaz, lo cual no resulta incompatible con la afirmación de la titularidad universal del consentimiento informado.

V. El ejercicio del derecho al consentimiento informado del paciente es material y jurídicamente alienable al respecto de la fase previa relativa a la provisión de información asistencial, lo cual se encuentra expresamente previsto en la ley. Con todo, la renuncia a dicha información imposibilita calificar al consentimiento del paciente como “informado”, solo pudiendo otorgarse un “consentimiento básico” o “a secas”, al haberse previsiblemente efectuado desprovisto de aquella información relevante que asiste a la fase decisoria. Por lo que respecta a esta segunda fase decisoria del consentimiento, la libre decisión del paciente resulta materialmente inalienable, ya que un eventual acto dispositivo del paciente implica en sí mismo una declaración de voluntad de este en un determinado sentido, la cual en todo caso ha de ser libre. Por consiguiente, la delegación de la decisión del paciente acerca de si someterse a o rechazar la intervención o tratamiento propuestos, ya sea en el propio médico o en algún tercero, equivale al ejercicio del derecho de libre decisión.

VI. El derecho al consentimiento informado del paciente no presenta un carácter absoluto por varias razones. En primer lugar, así se desprende de la propia LBAP al contener límites a su ejercicio. Además, en virtud de la tesis de la adscripción, tal y como ya se ha señalado, la regla que establece el consentimiento informado del paciente puede colisionar a nivel de los principios, siendo necesario realizar una ponderación. No obstante, una vez realizada dicha ponderación, se obtendrá una regla que especifica por completo las circunstancias concretas de aplicación de la norma, de modo que en tal sentido puede ser considerada absoluta. Por último, cabe afirmar la posible existencia de consideraciones tanto jurídicas como morales que aconsejan la limitación del derecho al consentimiento informado del paciente en supuestos concretos.

VII. Si se acepta la explicación tradicional del consentimiento informado del paciente entendido como una manifestación de la autonomía decisoria de este, entonces su fundamento constitucional ha de circunscribirse a la integridad moral, pues no se trata de preservar su integridad física, sino de garantizar el respeto hacia su estatus moral pleno en tanto que agente intencional, poseedor de los derechos básicos necesarios para la actuación humana, es decir, la libertad y bienestar, en términos gewirthianos. Por ende, explicar el consentimiento informado en función del derecho a la integridad física resulta inadecuado e incoherente con la explicación tradicional acerca del consentimiento informado del paciente.

Sin embargo, fundamentar el consentimiento informado exclusivamente en la integridad moral del paciente plantea asimismo inconvenientes, pues el ámbito de lo moral no se encuentra claramente delimitado y presenta un elevado nivel de subjetividad, lo cual dificultará la constatación de un daño de tal naturaleza en el paciente. Daño que, por lo demás, se presenta como presupuesto inexcusable de una eventual indemnización y que no cabe equiparar con la mera infracción de la norma, pues ello indicaría una función punitiva y no resarcitoria.

Una posible alternativa consistiría en abandonar la distinción entre integridad física y moral en favor de un concepto de integridad personal que reúna ambas realidades, permitiendo la indemnización de los daños corporales, físicos y psicológicos, además de aquellos daños morales que permitan un mínimo de demostración o evidencia ante los tribunales, pues en otro caso se caería en la indeseable equiparación del daño moral con la mera declaración del paciente-demandante en tal sentido, o en la mencionada identificación directa de la inobservancia de la norma con la producción del daño moral, lo cual evidentemente contradice la función de compensación o reparación presente en el Derecho de daños. Por lo demás, el carácter esencialmente subjetivo del daño moral previsiblemente presentará el efecto de moderar un eventual *quantum* indemnizatorio.

CAPÍTULO III.

EL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

1. El proceso de aparición y consolidación del consentimiento informado del paciente en el ordenamiento jurídico español

Antes de la aprobación de la Constitución en 1978, el ordenamiento jurídico español no recogía previsiones acerca de los derechos de los pacientes ni, por consiguiente, acerca del consentimiento informado. De hecho, durante este período la relación médico-paciente se regía por el tradicional paternalismo médico. La transición democrática favoreció la aparición de la primera carta de derechos de los pacientes, incorporada a la norma 13^a del RD 2082/1978, de 15 de agosto, sobre Normas Provisionales de Gobierno y Administración, texto que ha sido doctrinalmente considerado como precursor en materia de consentimiento informado, pues ya recogía algunos de los elementos que actualmente lo configuran: las previsiones relativas a la necesidad de otorgar información “completa” y en términos comprensibles, el uso de formularios escritos en determinadas circunstancias, la representación para los supuestos de incapacidad, y las excepciones a la provisión de información en casos de urgencia o peligro grave para la salud. Con todo, este decreto no reconocía el consentimiento informado en todos los procedimientos y todavía recogía expresiones de marcada influencia paternalista, como la posibilidad de retener en el hospital a un paciente cuando los profesionales sanitarios estimaran que el alta pudiera suponer un riesgo para su vida. No obstante, dicho texto nunca entró en vigor debido a defectos formales¹.

A partir de los años 70 se dictan las primeras sentencias judiciales en materia de responsabilidad civil médica, si bien habrá que esperar a la década de los 90 para poder apreciar el impacto de la doctrina del consentimiento informado en la jurisprudencia española. Hasta la década de los años 80 no se evidencia una preocupación doctrinal relevante por el consentimiento informado², si bien

¹ SIMÓN LORDA, P., *El consentimiento informado. Historia, teoría y práctica*, Triacastela, Madrid, 2000, p. 94.

² Sin embargo, se ha de señalar como excepciones a este desinterés las obras de FERNÁNDEZ HIERRO, J.M., *Responsabilidad civil médico-sanitaria*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 1983. ATAZ LÓPEZ, J., *Los médicos y la responsabilidad civil*, Montecorvo, Madrid, 1985. ROMEO CASABONA, C.M., *El médico ante el derecho: la responsabilidad penal y civil del médico*, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 1986 [1990 imp.]. MARTÍNEZ-CALCERRADA, L., *Derecho médico*, tomo 3, Tecnos, Madrid, 1986. FERNÁNDEZ COSTALES, *Responsabilidad civil médica y hospitalaria*, La Ley, Madrid, 1987. LLAMAS

durante este periodo se produce un auge de la responsabilidad civil médica, en virtud de un cambio socio-político que favoreció el replanteamiento del paradigma paternalista, junto con el reconocimiento constitucional de la atención sanitaria y la interpretación de la salud como un bien de consumo inserto en una relación contractual en la que el consentimiento ocupa un lugar primordial. Todas estas circunstancias terminan materializándose en la Ley General de Sanidad (LGS) de 1986³. Con todo, un sector doctrinal ha puesto de manifiesto las carencias que el citado cuerpo normativo presentaba en cuanto a la regulación del consentimiento informado, lo cual obligó a la jurisprudencia a corregir los excesos de la ley al respecto de los límites y contenido de la provisión de información⁴.

Aprobada la Constitución española de 1978, en esta se reconocieron una serie de derechos con implicaciones en el ámbito sanitario, destacando principalmente la igualdad (14 CE), la vida e integridad física y moral (15 CE), la libertad y a la seguridad (17.1 CE), así como el derecho a la libertad ideológica, religiosa y de culto (16.1 CE). En 1984 se aprobó la Ley de Consumidores y Usuarios, cuyo artículo 2º incorpora la carta de derechos de los consumidores y usuarios, configurando la salud como un bien de consumo y la asistencia sanitaria como un servicio, de forma que los pacientes son considerados usuarios, de lo cual derivó el empleo de la expresión “pacientes y usuarios”. Sin embargo, en el mencionado texto no se alude a la relación médico-paciente, sino que todavía se habla de la relación entre la Administración sanitaria y los pacientes. Además, la doctrina ha acusado a esta norma de ser técnicamente imprecisa, razón que explicaría su escasa eficacia⁵. En ese mismo año el INSALUD publicó su plan de humanización de la asistencia sanitaria, con la intención de difundir la carta de los derechos y deberes de los pacientes, en donde presentan especial relevancia las previsiones en materia de consentimiento informado, hasta el punto de que el artículo 10 LGS se configura prácticamente como un trasunto de las mismas. Aunque la carta de los derechos de los pacientes no tuvo mucha repercusión una vez aprobada la LGS, lo cierto es que ya había comenzado un cambio al respecto de la concepción acerca de la titularidad de los derechos en materia sanitaria, lo cual se evidencia en el considerable incremento de las reclamaciones presentadas tanto ante el Defensor del Pueblo, como ante los tribunales ordinarios, generalizándose a partir de los años 90 el recurso a la vía judicial. A partir de 1994 muchos servicios sanitarios autonómicos articulan programas de implantación de formularios en materia de consentimiento informado, lo cual generó necesidades de unificación. En respuesta a esta situación, el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud presentó en 1996 un documento de consenso en materia de consentimiento

POMBO, E., *La responsabilidad civil del médico: aspectos tradicionales y modernos*, Trivium, Madrid, 1988. SIMÓN LORDA, P., *El consentimiento informado...*, *op. cit.*, *ibidem*.

³ SIMÓN LORDA, P., *El consentimiento informado...*, *op. cit.*, p. 92.

⁴ GALÁN CORTÉS, J.C., “Consentimiento informado: situación actual e incidencia en las especialidades médicas”, *Actualidad del Derecho sanitario* 91, 2003, p. 119.

⁵ FERNÁNDEZ COSTALES, J., *La responsabilidad civil sanitaria*, *op. cit.*

informado y durante los años siguientes se publicaron varias guías y manuales en materia de implementación del consentimiento informado en la práctica sanitaria⁶.

La aprobación del Convenio relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina del Consejo de Europa (CDHB), vigente en España desde el 1 de enero de 2000, impulsó la consolidación de la noción de autonomía del paciente. En sus artículos 5 y siguientes, dicho texto internacional define el procedimiento a seguir en materia de consentimiento informado. En España, la esencia y el espíritu del Convenio fueron trasladados a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (LBAP); la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del sistema nacional de Salud (LCCSNS); la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias (LOPS); y la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del estatuto marco del personal estatutario de los servicios de salud (art. 19.i), j) EM), lo cual evidencia el desarrollo legislativo estatal en la materia. Especial mención merece la LBAP, pues supuso una evidente mejora al respecto de la regulación del derecho a la información⁷, así como la consolidación del derecho al consentimiento informado⁸ y la libertad decisoria del paciente, reconociendo de manera expresa su derecho a rechazar tratamientos o intervenciones, sin las restricciones contenidas en el artículo 10.9 LGS⁹.

Se han señalado varias razones que explican el proceso de consolidación jurídica de la autonomía y los derechos de los pacientes en España, a saber: el desarrollo de la bioética y del Derecho biomédico durante los años 80 y 90 del siglo XX; el proceso de internacionalización, ejemplificado a través del CDHB del Consejo de Europa; la legislación autonómica, que en ocasiones incluso antecedió a la aprobación de la LBAP¹⁰; la evolución jurisprudencial, tanto constitucional como ordinaria, que acabó configurando el consentimiento informado como la manifestación de un derecho humano fundamental¹¹; además de factores legislativos, jurisprudenciales, doctrinales y la evolución de la propia sociedad, propiciándose el movimiento asociativo de pacientes y usuarios. De este modo, la evolución de la autonomía decisoria ha venido marcada por el proceso de internacionalización, en tanto que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (TEDH) se incorpora como elemento interpretativo en la jurisprudencia constitucional (10.2 CE); además de la influencia de la normativa

⁶ SIMÓN LORDA, P., *El consentimiento informado...*, *op. cit.*, pp. 99-100.

⁷ Artículos 2, 3, 4, 5, 6, 10, 12 y 13 LBAP.

⁸ Artículos 2, 3 y 8 ss. LBAP.

⁹ Artículo 2.4 LBAP. *Vid.* SEOANE, J.A., "La construcción jurídica...", *op. cit.*, p. 24.

¹⁰ En este sentido, la Ley catalana 21/2000, de 29 de diciembre, sobre derechos de información concernientes a la salud, a la autonomía del paciente y a la documentación clínica, fue la primera de estas leyes, a la posteriormente se le sumaron otras Comunidades Autónomas.

¹¹ Por todas, STS (Sala 1ª) de 12 de enero de 2001 (RJ 2001\3). En este sentido se ha pronunciado el TC, al reconocer el consentimiento informado del paciente como una manifestación del derecho a la integridad física y moral (15 CE). Asimismo, *vid.* STC 37/2011, de 28 de marzo.

europea. Asimismo, otros organismos e instituciones de carácter internacional han contribuido al desarrollo normativo del consentimiento informado, aunque mediante instrumentos con naturaleza de *soft law*¹². Este es el caso de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos (DUBDH 2005), introducida a iniciativa de la Organización de las Naciones Unidas y la UNESCO. En el contexto europeo, también se ha de destacar la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) que, con validez jurídica y fuerza obligatoria en España desde el año 2000 en virtud del artículo 6.1 del Tratado de Lisboa (2007), recoge el consentimiento libre e informado de la persona en el marco de la medicina y la biología (art. 3.2.a))¹³.

2. La regulación del consentimiento informado del paciente en el ordenamiento jurídico español

Como se ha tenido ocasión de adelantar, con anterioridad a la aprobación de la LBAP, la LGS ya establecía el principio de libre elección del paciente entre las opciones presentadas por el médico responsable¹⁴, lo cual supuso la consiguiente necesidad de informar al paciente de forma comprensible para poder hablar de verdadero consentimiento informado. Concretamente, el artículo 10 LGS, en sus apartados 5, 6 y 9, reconocía el derecho del paciente a la información asistencial; el derecho a prestar consentimiento informado, a salvo de los supuestos de riesgo para la salud pública, urgencia y falta de capacidad del paciente, y el derecho del mismo a rechazar el tratamiento propuesto, respectivamente. Tras su aprobación, la LBAP sustituye a la LGS, constituyendo ahora la norma básica reguladora del régimen jurídico del consentimiento informado del paciente en España, junto con otras normas específicas sobre consentimiento informado¹⁵. No obstante, el consentimiento informado del paciente ha sido considerablemente desarrollado a nivel autonómico. Por lo que respecta a la comunidad autónoma de Galicia, la Ley 3/2001, de 28 de mayo, cuya última actualización hasta la fecha data del 21 de

¹² No obstante, a juicio de R. ANDORNO, estos instrumentos de *soft law* presentan una influencia en los Estados parte no muy diferente a la de los tratados, si bien más indirecta y persuasiva. Vid. ANDORNO, R., *Principles of international biolaw*, Bruylant, Bruxelles, 2013, pp. 40-41.

¹³ SEOANE, J.A., "La construcción jurídica...", *op. cit.*, *ibidem*.

¹⁴ El artículo 3 LBAP define *médico responsable* como "el profesional que tiene a su cargo coordinar la información y la asistencia sanitaria del paciente o del usuario, con el carácter de interlocutor principal del mismo en todo lo referente a su atención e información durante el proceso asistencial, sin perjuicio de las obligaciones de otros profesionales que participan en las actuaciones asistenciales".

¹⁵ Vid. Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos; Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo; Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida; además de otras normas en materia de investigación biomédica, ensayos clínicos, medicamentos, etc., que sobrepasan el ámbito del consentimiento informado estrictamente circunscrito al paciente.

marzo de 2005, es la norma a considerar en materia de consentimiento informado e historia clínica del paciente¹⁶.

Por lo que se refiere al régimen jurídico del consentimiento informado en el ordenamiento jurídico español, se ha de reiterar que este se configura como un derecho del paciente con una estructura compleja. Con el calificativo de “compleja” no se pretende indicar dificultad para comprender las posiciones jurídicas subjetivas derivadas de las normas que regulan el consentimiento informado del paciente, sino una estructura compuesta principalmente por dos fases o etapas: una fase de información previa y otra decisoria. Ambas etapas se conjugan en el denominado “derecho al consentimiento informado del paciente”, de manera que el derecho de libre decisión y, en su caso, la autorización o el rechazo de la intervención médica han de ir precedidos, por regla general, de la información legalmente exigida. Sin ella es incierto que se pueda afirmar la existencia de un verdadero “consentimiento informado” del paciente, el cual de mediar desprovisto de dicha información asistencial podría considerarse como un mero “consentimiento básico”, esto es, una autorización del paciente dirigida al médico, si bien (al menos previsiblemente) desprovista de un conocimiento previo al respecto de la naturaleza, finalidad, riesgos u consecuencias de la intervención o tratamiento de que se trate, así podría suceder en aquellos casos en los que el paciente renuncie de manera expresa y legítima a la información asistencial, reconocida en el artículo 4.1 LBAP¹⁷, apuntando de algún modo el carácter auxiliar o instrumental del elemento de la información¹⁸, de manera que el eje o “núcleo duro”¹⁹ del consentimiento informado es la libertad de decisión acerca de autorizar o rechazar el tratamiento o intervención, acción que el paciente ha de realizar invariablemente, aún por razones puramente materiales.

Esta doble faceta del consentimiento informado ha de ser considerada a lo largo de toda la explicación del mismo, pues no solo afecta a las posiciones jurídicas subjetivas del paciente sino también al régimen de responsabilidad de los profesionales de la salud, como se tendrá ocasión de mostrar más adelante. Esta diferenciación, esencial e ineludible a los efectos de delimitar y explicar adecuadamente el consentimiento informado, no es totalmente ajena a las explicaciones doctrinales acerca de los derechos del paciente en la materia, siendo posible entreverla en algunos trabajos doctrinales y en la jurisprudencia en

¹⁶ Vid. Ley 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes (publicado en «DOG» núm. 111, de 8 de junio de 2001. También en «BOE» núm. 158, de 3 de julio de 2001. Referencia: BOE-A-2001-12770).

¹⁷ Reza el artículo 4.1 LBAP: “además, toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada”.

¹⁸ Se ha de tener en cuenta la previsión efectuada en el artículo 4.2. *in fine* LBAP, en donde se establece que la referida información se orienta a asistir o ayudar al paciente “a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad”.

¹⁹ Esta expresión de “núcleo duro” es empleada por GARCÍA LLERENA, V.M. en su obra *Una concepción iusfundamental*, *op. cit.*, *per totum*.

materia de responsabilidad médica derivada del incumplimiento de los deberes correlativos al consentimiento informado del paciente, la cual lejos de ser inequívoca se puede calificar como eminentemente casuística y generalmente orientada a la materialización de un riesgo del cual no se ha informado de manera adecuada. Sin embargo, en opinión de quien escribe, esta delimitación del consentimiento informado en dos fases no resulta simplemente útil a los efectos de comprender la figura jurídica objeto de estudio, sino que ha de ser considerada a la hora de determinar la definición de su régimen jurídico, cuestión que no se acostumbra a mostrar con la suficiencia que merece ni doctrinal ni jurisprudencialmente.

En virtud de las anteriores consideraciones, se presenta como inadecuado distinguir de una parte las posiciones jurídicas referidas a la “información asistencial”, ya sean deberes o derechos, y de otra el “consentimiento informado”, para expresar el deber de solicitar autorización previa a la intervención o tratamiento y el correlativo derecho de libre decisión (que comprende tanto la posibilidad de autorizar como de rechazar las alternativas propuestas por los profesionales de la salud)²⁰. En lugar de esta delimitación, se estima más conveniente diferenciar los deberes y derechos en materia de información asistencial, expresión considerada aquí irreprochable, como “fase informativa” o “fase de información asistencial”, de los deberes y derechos derivados de la libertad decisoria y la necesaria e ineludible autorización (o rechazo, según los casos) del paciente al médico, como “fase decisoria”. Esta propuesta se justifica en virtud de la propia denominación de la institución jurídica a analizar: “consentimiento informado del paciente”. Como se podrá fácilmente observar, dicha designación expresa principalmente la autorización o rechazo, esto es, el “consentimiento del paciente”, mientras que el elemento relativo a la información se configura como necesario para poder calificar como “informado” a aquel “consentimiento del paciente”. De este modo, la expresión “consentimiento informado del paciente” engloba o reúne ambas fases, etapas o, incluso, aspectos que componen la posición jurídica subjetiva objeto de estudio.

A partir de estos presupuestos iniciales, en las líneas que siguen se explicará tanto la regulación como el régimen de responsabilidad de los profesionales de la salud por incumplimiento de los deberes en materia de consentimiento informado del paciente en el ordenamiento jurídico español, con singular referencia al Derecho civil, pero considerando asimismo su regulación en los ámbitos administrativo y penal, siempre en atención a su reiterada estructura “compleja”. Para finalizar este análisis se tendrá en cuenta el régimen constitucional del

²⁰ Este parece ser el planteamiento de una copiosa doctrina jurídica. A efectos ejemplificativos cabe señalar la estructura propuesta por CADENAS OSUNA a lo largo de su recientemente publicada obra *El consentimiento informado y la responsabilidad médica*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2018.

consentimiento informado del paciente en España, cuestión especialmente relevante dada la explicación del mismo como manifestación de un derecho fundamental provista en el capítulo II. El estudio de dicho régimen constitucional servirá para cuestionar tanto la regulación como la aplicación del consentimiento informado en los sectores del ordenamiento jurídico analizados a la luz de la explicación proporcionada por el TC.

2.1. El derecho a la información asistencial

En primera instancia se ha de analizar el ya referido elemento de la información, pues a pesar de ser estimado aquí con un carácter auxiliar, no por ello ha de considerarse como irrelevante o meramente accesorio²¹, pues se configura como un elemento esencial en la promoción de la autonomía y libertad decisoria de los pacientes, quienes por lo general serán legos y consecuentemente necesitados del apoyo de los profesionales de la salud para poder llevar a cabo un proceso decisorio libre, informado y coherente con su propio plan de vida. En este sentido, la comunicación entre médico y paciente resulta de vital importancia en sede de la relación asistencial. Así pues, mientras que el profesional de la salud, depositario del conocimiento médico, puede aportar una relativa objetividad científica, el paciente aporta aquella información subjetiva necesaria no solo para conocer cuál es su decisión, sino también a los efectos de posibilitar una correcta diagnosis, prognosis y ejecución del eventual tratamiento, terapia o intervención autorizado por el paciente. Por lo tanto, resulta posible señalar la centralidad de la comunicación en el ámbito de la relación médico-paciente, llegando incluso a configurarse como un requisito no solo exigido por la *lex artis ad hoc*, sino presupuesto de la misma, pues sin conocer con la suficiente amplitud aquellos condicionantes que rodean al paciente concreto, difícilmente se podrá alcanzar la personalización de la intervención o tratamiento indicada por la expresión *ad hoc*.

Por lo que respecta a la definición jurídica del elemento de la información, el artículo 3 LBAP se refiere al término “información clínica” como “todo dato, cualquiera que sea su forma, clase o tipo, que permite adquirir o ampliar conocimientos sobre el estado físico y la salud de una persona, o la forma de preservarla, cuidarla, mejorarla o recuperarla”. Consiguientemente, dicha definición legal avalaría los argumentos anteriormente alegados, debiéndose entender el conocimiento de la información acerca de aquellos condicionantes que rodean al paciente como presupuesto de la actuación médica diligente. No obstante, la comunicación adecuada y completa ha de ser recíproca y bidireccional

²¹ Se prefiere emplear aquí el calificativo *auxiliar* o, incluso, *instrumental* en virtud de la función asistencial que la información cumple respecto del proceso decisorio del paciente. Por el contrario, se estima recomendable evitar el calificativo de *accesorio*, pues podría ser entendido como equivalente a *secundario*, lo cual sugiere una menor relevancia de la fase informativa en la explicación de la posición jurídica analizada, antojándose tal consideración como improcedente.

del médico al paciente y viceversa, estableciéndose con ello una apropiada relación de comunicación que sustente la práctica asistencial diligente, permita al paciente comprender el alcance de su estado de salud y le posibilite tomar aquella decisión más ajustada y conveniente a sus circunstancias subjetivas, creándose de tal modo una relación basada en la profesionalidad, la humanidad y la confianza.

2.1.1. Titularidad y ejercicio

El artículo 5.1 LBAP atribuye la titularidad del derecho a la información asistencial al paciente, quien podrá delegar el ejercicio de su derecho en aquellos familiares o personas vinculadas a este de hecho. Cuando el paciente sea incapaz, la información a la que se refiere la LBAP deberá ser otorgada tanto a su representante, como al propio paciente, teniendo siempre en cuenta las condiciones de capacidad natural en las que el paciente concreto se encuentra al respecto de la comprensión de la referida información (5.2 y 9.3.b) LBAP). Además, cuando el profesional sanitario responsable de informar al paciente considere que este no se encuentra en disposición de comprender la información relativa a su estado de salud, debido a las condiciones psíquicas o físicas en las que se encuentra (5.3 LBAP), el primero ha de informar en todo caso a los familiares o personas vinculadas de hecho al segundo (9.3.a) LBAP).

En cuanto al consentimiento informado de los menores de edad, en virtud de lo establecido por el artículo 162. 1º CC, resulta posible afirmar que los menores no emancipados podrán ejercitar su derecho a la información de acuerdo con su madurez, puesto que se considera como un derecho de la personalidad con fundamento en la autonomía del paciente. A pesar de lo anterior, y como señala el propio CC, “los responsables parentales intervendrán en estos casos en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia” (162.1º *in fine* CC). En lo referido al derecho a decidir, autorizar y en su caso rechazar el tratamiento de los menores de edad, el artículo 9.3.c) LBAP establece que “aun cuando el paciente menor no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención”, este ha de ser escuchado, en atención a lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor²², si bien el consentimiento lo otorgará el representante del menor. Así pues, de la legislación actual se desprende que el menor puede ejercitar su derecho a recibir información acerca de su estado de salud cuando el profesional sanitario sobre quien recae la obligación de informar considere que el paciente menor ostenta la suficiente madurez, debiendo ser este en todo caso escuchado, aun cuando no presente las referidas condiciones de madurez. En la práctica, estas previsiones legales se pueden traducir en el ejercicio

²² En concreto, se ha de estar a lo previsto en el artículo 9 de la LO 1/1996, referido al derecho del menor a ser oído y escuchado (publicado en «BOE» núm. 15, de 17 de enero de 1996. Referencia: BOE-A-1996-1069).

de los menores de su derecho a recibir la información acerca de su estado de salud, debiendo el médico adaptar la provisión de la misma a la capacidad natural del menor, en atención a su nivel de madurez, lo cual no difiere de las condiciones generales legalmente establecidas al respecto de cualquier paciente, con la salvedad de que los representantes han de asistir al menor en todo caso. Sin embargo, la diferencia decisiva respecto del derecho al consentimiento informado de los pacientes menores de edad reside en el ejercicio del contenido principal del derecho, esto es, la libre decisión acerca de las posibles alternativas disponibles, proceso decisorio en el cual, a pesar de que el menor ha de ser escuchado, los representantes tendrán la última palabra al ser quienes *de facto* otorgan el consentimiento *ex* artículo 9.3. c) y 9.7 LBAP, a salvo del régimen previsto para el menor maduro (9.4 LBAP)²³.

Por último, en cuanto a la titularidad de los deberes de información, corresponde al “médico responsable del paciente” la garantía del derecho a la información. Sin embargo, en los supuestos en los que intervengan varios profesionales sanitarios, dicha titularidad recaerá sobre todos ellos, siendo razonable que cada uno responda de su propia especialidad, pues se presume que son ellos quienes están en una mejor posición para informar acerca de las contingencias que la concreta intervención pueda involucrar (4.3 LBAP).

2.1.2. Contenido de la información

En cuanto al contenido de la información que ha de ser suministrada al paciente, el artículo 4.1 *in fine* LBAP establece que “la información (...) comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias”. Así mismo, el médico responsable ha de otorgar al paciente la información asistencial verdadera, comprensible y adecuada a sus necesidades, orientada a asistir la libertad decisoria del paciente (artículo 4.2 LBAP).

Por lo que se refiere a la extensión de la información que ha de ser suministrada en aquellos supuestos en los que el consentimiento ha de ser prestado por escrito, el artículo 10.1 del mismo cuerpo normativo establece la información básica que el facultativo ha de proporcionar al paciente, la cual comprende las consecuencias relevantes que la intervención origina con seguridad; los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente; los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención; además de las contraindicaciones. En sentido similar, la

²³ En tanto que la intención de esta tesis es la explicación estructural del derecho al consentimiento informado y no una descripción comprehensiva de todos los pormenores que se derivan de la aplicación del mismo, no se entrará aquí a valorar los numerosos problemas y dificultades que plantea la práctica asistencial en la que menores e incapaces aparecen involucrados.

Ley gallega 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes, en su artículo 8.2 establece que “la información será verdadera, comprensible, adecuada a las necesidades del paciente, continuada, razonable y suficiente”²⁴, añadiendo que esta ha de ser “objetiva, específica y adecuada al procedimiento, evitando los aspectos alarmistas que puedan incidir negativamente en el paciente” (artículo 8.4 de la Ley 3/2001)²⁵. Además, la mencionada ley autonómica gallega en su artículo 8.5 enumera una serie de elementos que la información ha de incluir: la identificación y descripción del procedimiento, los objetivos del mismo, los beneficios que se esperan alcanzar, las alternativas razonables a dicho procedimiento, las consecuencias previsibles de su realización, las consecuencias de la no realización del procedimiento, los riesgos frecuentes, los riesgos poco frecuentes, cuando sean de especial gravedad y estén asociados al procedimiento de acuerdo con el estado de la ciencia, los riesgos personalizados de acuerdo con la situación clínica del paciente y las contraindicaciones²⁶. Este criterio de “razonabilidad” que se desprende de la ley gallega, ya había sido establecido por el Tribunal Supremo con anterioridad a la LBAP, con la intención de moderar las previsiones que efectuaba el derogado artículo 10.5 LGS, al requerir una “información completa”. De este modo, el contenido de la información se ha de circunscribir a aquella que está a disposición del titular del deber de informar, la cual ha de ser “adecuada en términos razonables conforme a las circunstancias”²⁷, en concordancia con lo establecido en el artículo 5 del Convenio de Oviedo²⁸.

Dado que los resultados de un tratamiento o intervención dependen en gran medida de condicionantes que escapan al control y previsión de los profesionales de la salud, la medicina no puede ser considerada una ciencia exacta. En este contexto, los riesgos constituyen el elemento más controvertido del deber de información, lo cual presenta una especial repercusión en el régimen de responsabilidad médica. La jurisprudencia española ha distinguido entre los supuestos de medicina curativa y satisfactiva en materia de información de los riesgos derivados de la intervención propuesta. Así, mientras que la medicina

²⁴ En este mismo sentido se pronuncia el ya mencionado artículo 4.2 LBAP.

²⁵ Por lo que se refiere a la previsión relativa a “los aspectos alarmistas que puedan incidir negativamente en el paciente”, el TS ha reconocido que es posible el incumplimiento del deber de información asistencial por “iatrogenia informativa”, esto es, exceso de información, cuando de ello derive un resultado “atemorizante o inhibitorio”. *Vid.* por todas, SSTS 19 de junio de 2008 (RJ 2008\6479; Ponente: Excmo. Sra. Margarita Robles Fernández); 2 de enero de 2012 (RJ 2012\1; Ponente: Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí); 19 de junio de 2012 (RJ 2012\9108; Ponente: Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí) y 9 de octubre de 2012 (RJ 2012\10199; Ponente: Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García).

²⁶ Publicado en «BOE» núm. 158, de 3 de julio de 2001. Referencia: BOE-A-2001-12770.

²⁷ STS de 29 de julio de 2008 (RJ 2008\4638; Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos).

²⁸ Se establece en el artículo 5 del Convenio de Oviedo que “una intervención en el ámbito de la sanidad sólo podrá efectuarse después de que la persona afectada haya dado su libre e informado consentimiento. Dicha persona deberá recibir previamente una información adecuada acerca de la finalidad y la naturaleza de la intervención, así como sobre sus riesgos y consecuencias”.

curativa, necesaria, asistencial o terapéutica se orienta a la conservación, recuperación o incremento de la salud de un paciente que sufre algún trastorno anómalo en su cuerpo; en la medicina satisfactiva, voluntaria o perfectiva el paciente persigue “una transformación satisfactoria del propio cuerpo, en la que no es la necesidad la que lleva a someterse a ella, sino la voluntad de conseguir un beneficio estético o funcional”²⁹. Al respecto de esta última modalidad, el TS ha requerido un ensanchamiento de los deberes de información del profesional³⁰, lo cual se traduce en que la información ha de alcanzar tanto a todos los riesgos previsibles derivados de la intervención, incluyendo los riesgos atípicos independientemente de la frecuencia con la que concurran, como a la posibilidad de que no se obtenga el resultado perseguido³¹. En palabras del propio TS, esta ampliación persigue la prevención del “silenciamiento de los riesgos excepcionales a fin de evitar una retracción de los pacientes a someterse a la intervención”³². Por lo demás, esta intensificación del contenido de la información asistencial no se fundamenta tanto en la voluntariedad de la intervención, pues en realidad ambas modalidades son voluntarias³³, sino que se explica en virtud de la menor necesidad y premura de que el paciente se someta a la intervención en cuestión. Con todo, aunque teóricamente esta clasificación y su repercusión en materia de deberes de información no plantea demasiadas dudas, lo cierto es que en la práctica de los tribunales sucede que a veces no resulta sencillo establecer en qué modalidad tienen encaje intervenciones concretas³⁴.

En cuanto a la medicina curativa, la información acerca de los riesgos comprende tanto los típicos de la intervención, que no sean remotos o excepcionales, como los riesgos atípicos, cuando su materialización presente una gravedad extraordinaria y no sean excepcionales³⁵. En cambio, el profesional

²⁹ STS de 9 de octubre de 2012 (RJ 2012\10199; Ponente: Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García).

³⁰ CADENAS OSUNA, D., “El estándar de información sanitaria sobre riesgos de los tratamientos e intervenciones médicas en España y el common law: una visión panorámica”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho* 4, 2016, p. 13.

³¹ SSTS de 9 de mayo de 2005 (RJ 2005\4902; Ponente: Excma. Margarita Robles Fernández); 22 de noviembre de 2011 (RJ 2012\2373; Ponente: Excmo. Sr. Segundo Menéndez Pérez) y 9 de octubre de 2012 (RJ 2012\10199; Ponente: Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García).

³² *Vid.* SSTS de 21 de octubre de 2005 (RJ 2005\8547; Ponente: Excmo. Sr. Jesús Corbal Fernández); 29 de junio de 2007 (RJ 2007\3871; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana) y 20 de enero de 2011 (RJ 2011\299; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana).

³³ ROMEO CASABONA, C.M., “El consentimiento informado en la relación entre el médico y el paciente: aspectos jurídicos”, en AA. VV., *Cuadernos de la Fundació Víctor Grífols i Lucas* 5, Fundació Víctor Grífols i Lucas, Barcelona, 2002, p. 78. CADENAS OSUNA, D., *El consentimiento informado y...*, *op. cit.*, pp. 154-155.

³⁴ *Vid.* por ejemplo, la sentencia de Audiencia Provincial de Barcelona de 10 de junio de 2011 (AC 2011\1448; Ponente: Illma. Sra. Dña. María del Pilar Ledesma Ibáñez); o la sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares de 13 de febrero de 2001 (AC 2001\2250; Ponente: Illmo. Sr. D. Miguel Ángel Aguiló Monjo).

³⁵ En este sentido, *vid.* STS de 9 de octubre de 2012 (RJ 2012\10199; Ponente: Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García).

sanitario no está obligado a informar acerca de los riesgos atípicos³⁶, salvo cuando su materialización ocurra con frecuencia o implique un perjuicio grave para el paciente³⁷. En virtud de lo anterior, resulta necesario definir conceptualmente los riesgos típicos y atípicos a los efectos de delimitar el deber de información. Esta distinción no se encuentra presente en la legislación española, sino que se ha configurado jurisprudencialmente, constituyendo riesgos típicos aquellos directamente vinculados a la intervención o tratamiento propuesto y cuya producción es independiente del cumplimiento de los deberes de diligencia del médico en el desempeño de la asistencia sanitaria en atención a las exigencias de la *lex artis ad hoc*³⁸. Este criterio de la tipicidad de los riesgos no ha de confundirse con la previsibilidad de los mismos, pues a pesar de que todos los riesgos previsibles son típicos, pueden existir riesgos típicos imprevisibles. Asimismo, se ha de distinguir la tipicidad del riesgo de la frecuencia de su ocurrencia, pudiendo ser infrecuente un riesgo típico, como así lo ha reconocido alguna jurisprudencia³⁹.

³⁶ Vid. STS de 30 de enero de 2012 (RJ 2012\3238; Ponente: Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí).

³⁷ Vid. STS de 24 de noviembre de 2016 (RJ 2016\5649; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana).

³⁸ El TS ha definido la *lex artis ad hoc* “como aquel criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina -ciencia o arte médica- que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia en otros factores endógenos -estado e intervención del enfermo, de sus familiares, o de la misma organización sanitaria-, para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida (derivando de ello tanto el acervo de exigencias o requisitos de legitimación o actuación lícita, de la correspondiente eficacia de los servicios prestados y, en particular, de la posible responsabilidad de su autor/médico por el resultado de su intervención o acto médico ejecutado); siendo sus notas: 1) Como tal «lex» implica una regla de medición de una conducta, a tenor de unos baremos, que valoran la citada conducta; 2) Objetivo: valorar la corrección o no del resultado de dicha conducta, o su conformidad con la técnica normal requerida, o sea, que esa actuación médica sea adecuada o se corresponda con la generalidad de conductas profesionales ante casos análogos; 3) Técnica: los principios o normas de la profesión médica en cuanto ciencia se proyectan al exterior a través de una técnica y según el arte personal de su autor o profesionalidad: el autor o afectado por la «lex» es un profesional de la medicina; 4) El objeto sobre que recae: especie de acto (clase de intervención, medios asistenciales, estado del enfermo, gravedad o no, dificultad de ejecución); 5) Concreción de cada acto médico o presupuesto «ad hoc». Vid. STS de 11 de marzo de 1991 (RJ 1991\2209; Ponente: Excmo. Sr. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez).

³⁹ SSTs de 30 de junio de 2009 (RJ 2009\4323; Ponente: Excmo. Sr. Francisco Marín Castán); 25 de marzo de 2010 (RJ\2010\4544; Ponente: Excma. Sra. Celsa Pico Lorenzo); 29 de junio de 2010 (RJ 2010\5948; Ponente: Excma. Sra. Celsa Pico Lorenzo); 27 de septiembre de 2011 (RJ 2012\941; Ponente: Excma. Sra. Celsa Pico Lorenzo); 26 de marzo de 2012 (RJ 2012\5102; Ponente: Excma. Sra. Celsa Pico Lorenzo); 24 de abril de 2012 (RJ 2012\6232; Ponente: Enrique Lecumberri Martí); 18 de junio de 2012 (RJ 2012\7449; Ponente: Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí); 22 de junio de 2012 (RJ 2012\8440; Ponente: Excma. Sra. Celsa Pico Lorenzo); 25 de junio de 2012 (RJ 2012\11045; Ponente: Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí); 9 de octubre de 2012 (RJ 2012\9799; Ponente: Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí); 20 de noviembre de 2012 (RJ 2013\314; Ponente: Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí) y 4 de diciembre de 2012 (RJ 2013\1508; Ponente: Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí). Sin embargo, otra línea jurisprudencial del TS parece contradecirse con esta interpretación. Vid. SSTs de 28 de diciembre de 1998 (RJ 1998\10164; Ponente: Excmo. Sr. Pedro González Poveda); 17 de abril de 2007 (RJ 2007\3541; Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos); 4 de octubre de 2007 (RJ 2007\5352; Ponente: Excmo. Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta); 11 de abril de 2013 (RJ 2013\3384; Ponente:

En contraste, constituyen riesgos atípicos aquellos sin vinculación directa con la intervención y, consiguientemente, imprevisibles, de nuevo con independencia de la frecuencia estadística con la que se materializan en la práctica. Por lo demás, la clasificación de los riesgos como típicos o atípicos se produce al margen de la frecuencia con la que se materializa el riesgo en la práctica y en función de su vinculación al tipo de intervención, en cuyo caso se estará determinando su tipicidad objetiva; o alternativamente de las circunstancias personales del paciente, de lo cual se deriva una tipicidad de tipo subjetivo⁴⁰.

En todo caso, al margen de que se trate de medicina curativa o satisfactiva, se excluyen del deber de información los riesgos de conocimiento común, esto es, aquellos que sean conocidos por cualquier persona. También se exceptúan aquellos que ya sean conocidos por el paciente, bien sea en virtud de la actividad profesional que desarrolla⁴¹, bien porque ya han sido informados anteriormente con ocasión de otra intervención del mismo tipo y bajo idénticas circunstancias, salvo cuando la información otorgada en la intervención previa fuera jurídicamente insuficiente dada la evolución de la técnica empleada y la ciencia médica⁴². No obstante, el médico responsable ha de verificar de manera invariable que el paciente conoce tales riesgos y autoriza la intervención⁴³. Tampoco ha de informar el médico de los denominados “riesgos de desarrollo” o “riesgos de progreso”, es decir, aquellos que no estén a disposición de la ciencia médica en el momento en el que se practica la intervención, si bien siempre se ha de informar de aquellos riesgos conocidos pero inevitables, en atención al estado de la ciencia médica en el momento en el que se realiza la intervención.

2.1.3. Requisitos

Para examinar los requisitos de entrega de la información asistencial se ha de traer de nuevo a colación el artículo 4 LBAP, el cual establece en su apartado 1º *in fine* que “la información (...) como regla general se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica”. No obstante, la LBAP no establece de manera expresa los supuestos en los que la transmisión de la información asistencial ha de adoptar la forma escrita, lo cual ha llevado a la doctrina a aplicar las previsiones legales referidas al otorgamiento del consentimiento del artículo

Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana) y 24 de noviembre de 2016 (RJ 2016\5649; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana).

⁴⁰ CADENAS OSUNA, D., *El consentimiento informado y...*, *op. cit.*, pp. 163-164. *Vid.* también CADENAS OSUNA, D., “El estándar de...”, *op. cit.*, pp. 10-13.

⁴¹ No obstante, se requiere que el paciente cualificado desempeñe sus funciones en una especialidad médica que requiera el conocimiento de la intervención que se practica. *Vid.* STS de 10 de febrero de 2004 (RJ 2004\456; Ponente: Excmo. Sr. Jesús Corbal Fernández).

⁴² SSTS de 2 de noviembre de 2011 (RJ 2012\1727; Ponente: Excmo. Sr. Segundo Menéndez Pérez); 3 de abril de 2012 (RJ 2012\5672; Ponente: Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí).

⁴³ STS de 23 de octubre de 2015 (RJ 2015\4901; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana).

8.2 LBAP⁴⁴, precepto que tras reiterar la forma verbal como regla general también en el supuesto de la autorización del paciente, añade a continuación que “sin embargo, se prestará por escrito en los casos siguientes: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente”. Con todo, no parece ser esta la conclusión a la que llega la Ley autonómica gallega, pues en su artículo 10 precisa el contenido del documento formulario en materia de consentimiento informado, dando a presuponer su forma invariablemente escrita. Lo cierto es que la doctrina es unánime al respecto del valor probatorio del consentimiento escrito, lo cual incide en la facilidad probatoria acerca de la información efectivamente otorgada al paciente. Sin embargo, la jurisprudencia ha afirmado que la forma escrita de ninguna manera puede sustituir a la comunicación oral, de manera que el documento escrito tan solo vendría a complementar la inexcusable trasmisión oral de la información⁴⁵.

De la previsión efectuada en el artículo 2.3 LBAP, acerca de que “el paciente o usuario tiene derecho a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles”, se desprende que la información ha de otorgarse en todo caso con anterioridad al proceso de toma de decisión por parte del paciente, es decir, con una antelación suficiente respecto de la práctica efectiva de la intervención o tratamiento propuestos, y en atención a las circunstancias concretas del caso. Señalar el momento de la práctica de dicha intervención o tratamiento como punto de referencia temporal límite para la provisión de la información se antoja insuficiente, pues, con independencia de la decisión final del paciente tome, esta idealmente debería estar precedida por una suerte de “etapa deliberativa intermedia”⁴⁶ en la que el paciente tenga oportunidad de asimilar la información recibida. En este sentido, el artículo 8.3 de la Ley autonómica gallega establece que “la información se facilitará con la antelación suficiente para que el paciente pueda reflexionar y decidir libremente”, es decir, antes de la culminación del proceso decisorio por parte del paciente. A pesar de

⁴⁴ CADENAS OSUNA, D., *El consentimiento informado y...*, *op. cit.*, p. 176.

⁴⁵ *Vid.* SSTs de 29 de julio de 2008 (RJ 2008\4638; Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos); 21 de enero de 2009 (RJ 2009\1481; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana) y 22 de septiembre de 2010 (RJ 2010\7135; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana).

⁴⁶ Al margen de la posibilidad de renuncia de la información, el hecho de que el paciente pueda formular preguntas o plantear dudas, una vez recibida la información e incluso en posteriores consultas médicas, y reabrir con ello la fase informativa, aun cuando en sentido estricto se encuentre inmerso en un proceso deliberativo que desemboca en la toma de la decisión, pone en la pista de la presencia de una etapa intermedia entre las dos fases, consideradas principales desde una perspectiva jurídica, del consentimiento informado. Esta etapa intermedia presenta una mayor relevancia en el ámbito asistencial, especialmente si se considera la posibilidad de reapertura de la fase informativa y la indudable importancia de la práctica asistencial y la relación médico-paciente al respecto. Con todo, en virtud del carácter jurídico del presente análisis y la necesidad de simplificar, no se ahondará en la distinción de dicha etapa o fase intermedia, la cual será reconducida a la fase decisoria.

estas precisiones, lo cierto es que no existe un plazo concreto legalmente establecido al efecto en la legislación estatal, a salvo de las previsiones legales en materia de aborto establecidas por la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, en cuyo artículo 14.b) se fija un plazo de reflexión de al menos 3 días entre la provisión de la información y la práctica del aborto. Con todo, en algunas leyes autonómicas se establece un plazo mínimo de 24 horas⁴⁷. A pesar de la aparente conveniencia del establecimiento legal de un plazo mínimo y fijo de reflexión entre la comunicación de la información y la intervención o inicio del tratamiento, algún sector doctrinal se ha pronunciado en contra de su acomodo, señalando la imposibilidad de efectuar una determinación del mismo de manera apriorística, pues dicho plazo vendría determinado por las circunstancias concretas del caso, el paciente y tipo de intervención de que se trate⁴⁸.

Por lo que respecta a las demás formalidades referidas a la divulgación de la información asistencial, el artículo 4.2 LBAP establece los requisitos de veracidad; comprensibilidad, debiéndose evitar aquellos tecnicismos innecesarios⁴⁹; e individualización de la información, esto es, su adecuación a las necesidades concretas del paciente. Estos requisitos cobran especial relevancia a los efectos de acometer la función sobre la cual se asienta el deber de información asistencial de los profesionales sanitarios, es decir, asistir a la autonomía decisoria del paciente concreto o, lo que es lo mismo, facilitar el proceso de libre decisión del mismo.

2.1.4. Excepciones

Tras reconocer el derecho del paciente a la información asistencial, el artículo 4.1 LBAP contesta cualquier suposición acerca su carácter absoluto al exceptuar una serie de supuestos. Por lo que se refiere a los casos en los que el derecho a la información asistencial decae, resulta posible establecer una clasificación de tales supuestos en función de la incidencia que presenta la voluntad del titular del derecho. De este modo, manifiestan un carácter extrínseco aquellas limitaciones legalmente establecidas, mientras que la renuncia del paciente a la información asistencial, además de suponer la alienación del derecho, constituye un supuesto de limitación intrínseca, en tanto depende de la voluntad del propio titular. Con

⁴⁷ Vid. por ejemplo, el Decreto 38/2012, de 13 de marzo, de la historia clínica y derechos y obligaciones de pacientes y profesionales de la salud en materia de documentación clínica (BOPV n. 65, de 29.3.2012) (artículo 25.3); la Ley 1/2003 de la Comunidad Valenciana (artículo 11.2); la Ley 10/2014 de la Comunidad Valenciana (artículo 43.9); y el Acuerdo sobre Consentimiento Informado de la Sesión Plenaria del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud (acuerdo n. 261, acta n. 39).

⁴⁸ GALÁN CORTÉS, J.C., *Responsabilidad civil médica*, 5.ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2016. p. 695. En el mismo sentido se posiciona CADENAS OSUNA, D., *El consentimiento informado y...*, op. cit., p. 179.

⁴⁹ En este sentido, vid. STS de 19 de mayo de 2011 (RJ 2011\4464; Ponente: Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García).

todo, esta clasificación podría ser criticada en tanto que son las previsiones de la propia ley, entendidas como un elemento extrínseco, las que habilitan al titular para renunciar a su posición jurídica subjetiva. En sentido contrario, podría afirmarse que, a pesar de que dicha crítica pueda resultar adecuada, lo característico de los derechos es la posibilidad de disposición de los mismos por su titular, lo cual se produce de manera evidente cuando este los ejerce. No obstante, como se recordará, estas y otras cuestiones referidas a la alienabilidad de los derechos ya han sido abordadas con ocasión del análisis del derecho al consentimiento informado del paciente como manifestación de un derecho fundamental, razón por la cual se dan por reproducidas en este punto. Pese a todo, estas reflexiones permiten concluir un evidente carácter personal de la posición jurídica subjetiva objeto del presente análisis.

Por lo que respecta a lo que podrían denominarse restricciones extrínsecas a la información, esto es, aquellas legalmente establecidas y cuya aplicación depende de factores o voluntades que escapan al dominio del paciente, se han de señalar fundamentalmente tres: a) los supuestos de necesidad terapéutica, b) la situación de emergencia y c) los casos de riesgo para la salud pública⁵⁰. En cuanto a los supuestos de necesidad terapéutica, esta excepción es reconocida por el artículo 5.4 LBAP al establecer que “el derecho a la información sanitaria de los pacientes puede limitarse por la existencia acreditada de un estado de necesidad terapéutica”, definiendo a continuación el citado precepto la necesidad terapéutica como la “facultad del médico para actuar profesionalmente sin informar antes al paciente, cuando por razones objetivas el conocimiento de su propia situación pueda perjudicar su salud de manera grave”. Al respecto, a pesar de que la propia LBAP califique como “facultad” a la posición jurídica que el médico ostenta en aquellos supuestos en los que el médico puede omitir su deber de información, podría considerarse como más oportuno emplear el concepto de “privilegio” en un sentido hohfeldiano, lo cual concordaría con aquella corriente doctrinal que emplea el concepto de “privilegio terapéutico” (*therapeutic privilege*) en lugar de “necesidad terapéutica”, en línea con la tradición anglosajona del Derecho⁵¹.

⁵⁰ Se ha de considerar que los supuestos de emergencia médica y peligro para la salud pública, contemplados en el artículo 9.2.a) y b) LBAP, no solo pueden constituir una restricción del derecho a la información asistencial del paciente, sino que implican la afectación del derecho de libre elección, de manera que estas excepciones previstas por la LBAP afectan a la estructura del consentimiento informado del paciente por completo. No obstante, se ha de advertir que los supuestos del 9.2 LBAP presentan particularidades relevantes, como se tendrá ocasión de analizar con ocasión de las excepciones al derecho de libre elección, pues en rigor suponen una limitación de este último, aunque lo cierto es que, si el derecho de libre elección decae cabe plantearse la relevancia del derecho a la información asistencial, dada la función que la información presenta en la ley, es decir, asistir al proceso decisorio del paciente.

⁵¹ Sobre el concepto de *therapeutic privilege* en la jurisprudencia norteamericana, *vid.* the California Court of Appeals, en el legendario caso *Salgo v. Leland Stanford Jr. University Board of Trustees*, 317 P.2d 170 (Cal. Dist. Ct. App. 1957), y the District of Columbia Court of Appeals, en el conocidísimo caso *Jerry W. Canterbury v. William Thornton Spence and the Washington Hospital*

La razón principal que justificaría esta preferencia conceptual parte de que, como regla general, existe un deber que recae sobre el profesional sanitario de otorgar la información al paciente, de manera que este último es titular de un derecho a recibir tal información, y ello no solo en virtud de la tesis de la correlatividad, sino que la propia ley así lo afirma de manera expresa. No obstante, a pesar de esta regla general, la propia ley establece que cuando el médico titular del deber, en virtud de su conocimiento profesional y las circunstancias concretas del caso, considere objetivamente que una determinada información puede resultar gravosa para el estado de salud del paciente concreto, entonces podrá omitir la acción de proveer al paciente dicha información considerada perjudicial. De esta explicación se deriva que el deber que recaía sobre el médico antes de la verificación de las condiciones que definen al supuesto de necesidad terapéutica queda en suspenso, del mismo modo que ocurre con el derecho del paciente a recibir dicha información asistencial. Acudiendo una vez más a la terminología propuesta por HOHFELD⁵², el concepto de “privilegio”, entendido como la “suspensión de un deber”, presenta una idoneidad conceptual superior, del mismo modo que en caso de darse las condiciones jurídicamente establecidas, el paciente pasaría a tener un no-derecho a la información asistencial, al haber quedado este en suspenso, ya sea total o parcialmente en atención a la extensión de información cuya omisión se encuentra justificada en virtud de la constatación de la situación legalmente prevista. Estas precisiones conceptuales hablan a favor de la mayor adecuación del empleo técnico-jurídico del término “privilegio” para describir la posición jurídica del profesional de la salud, correlativa a un “no-derecho” del paciente, pudiéndose reservar la expresión “necesidad terapéutica” a los efectos de denominar los supuestos en los que se produce dicha mutación de las posiciones jurídicas establecidas por la regla general.

Al respecto podría replicarse que puede ocurrir que el estado de necesidad terapéutica tan solo justifique la omisión de cierta información asistencial y no de su totalidad, lo cual ocurrirá con previsible frecuencia en la práctica, de modo que no resultaría adecuado afirmar la suspensión del derecho a la información del paciente, sino tan solo su limitación. Sin embargo, esta crítica no presenta una dificultad insalvable para la propuesta conceptual anteriormente efectuada, pues en todo caso, cuando se haya constatado una situación de necesidad terapéutica y, por lo tanto, omitido cierta información, el paciente no podrá reclamar de manera fructuosa la omisión de los deberes de información al profesional sanitario, de manera que su reclamación no prosperará en la vía judicial al contar el médico, en

Center, 464 F.2d 772, 784 (D. C. Cir. 1972). Por lo que se refiere a la doctrina, *vid.* BEAUCHAMP, T.L. & CHILDRESS, J.F., *Principles of Biomedical...*, *op. cit.*, pp. 127-128.

⁵² Como se recordará, en la explicación hohfeldiana un “derecho” es correlativo a un “deber” de la contraparte en la relación y opuesto a un “no-derecho”; mientras que un “privilegio” constituye la posición jurídica opuesta a un “deber” y correlativa a un “no-derecho” de la contraparte. *Vid.* HOHFELD, W.N., “Some Fundamental Legal...”, *op. cit.*, *per totum*.

este caso, con un “privilegio” para no realizar una conducta que, de otro modo, resultaría exigible por parte del paciente.

Con todo, otra alternativa conceptual podría consistir en concebir que cuando la ley establece los referidos supuestos de excepción a la información existencial en realidad no está suspendiendo un deber correlativo a un derecho y otorgando un privilegio, sino que en realidad está sustituyendo el deber por otro (esto es, deber de no informar), correlativo a un no-derecho del paciente a recibir esta información que se configura ahora como de exigida omisión. Aceptar lo anterior supondría necesariamente el abandono del esquema de HOHFELD (al menos, a los efectos de abordar esta posición jurídica concreta) y afirmar que en tal supuesto existe un deber desprovisto de un derecho correlativo, lo cual por lo demás no resulta en absoluto inverosímil. Independientemente de estas cuestiones conceptuales, lo cierto es que parece innegable que las normas que establecen tales previsiones se configuran como normas de conducta referidas a actuaciones puramente físicas o naturales, lo cual desaconseja el empleo de los conceptos hohfeldianos de potestad o competencia e inmunidad, y sus contrarios: incompetencia y sujeción. Por consiguiente, si se acepta lo anterior, cabe concluir que la abstención jurídicamente justificada de la información debida por el médico podrá ser clasificada como un “privilegio” (o un “no-deber”, en atención a la reformulación de WILLIAMS); o, alternativamente, como otro “deber”; pero en ningún caso como una “facultad”, pues este último concepto, equiparable al de potestad o competencia hohfeldiana, estaría indicando la presencia de una norma de competencia y la posibilidad de realizar un cambio jurídico, lo cual no procede en el caso expuesto y habla en contra de la precisión conceptual del precepto analizado.

Por lo que respecta al procedimiento y requisitos establecidos en la LBAP al respecto del supuesto de necesidad terapéutica, dicho cuerpo legal exige que el médico deje constancia razonada de tales circunstancias en la historia clínica y notifique su decisión a las personas vinculadas al paciente, ya sea por vínculo familiar o de hecho⁵³. Por lo demás, CADENAS OSUNA ha afirmado acertadamente la necesidad de circunscribir tales supuestos de necesidad terapéutica a la medicina curativa, en tanto que “por razones obvias, sólo puede causar un grave perjuicio en la salud del paciente el conocimiento de la situación generada por una patología que, por definición, no existe en la medicina satisfactiva”⁵⁴. Por lo que respecta a la

⁵³ Artículo 5.4 *in fine* LBAP.

No obstante, a pesar de la previsión efectuada por la LBAP acerca de la información a las personas vinculadas al paciente sobre la decisión del médico de no informarle sobre determinados aspectos de su condición de salud en virtud de un estado de necesidad terapéutica, cabe la posibilidad de que el propio paciente haya declarado previamente (por ejemplo, mediante documento de instrucciones previas) su oposición a que tal comunicación sea realizada, de manera que invariablemente se deberá respetar la voluntad válidamente emitida por el paciente.

⁵⁴ CADENAS OSUNA, D., *El consentimiento informado y...*, *op. cit.*, p. 186.

extensión de la mencionada facultad del médico, no resulta claro si esta le habilita para omitir por completo la información o tan solo moderarla en función del impacto de su revelación en la salud del paciente. No obstante, se ha señalado que a la segunda alternativa es más respetuosa con el principio de autonomía del paciente del artículo 2.1 LBAP y, por consiguiente, preferible⁵⁵. Lo que si resulta evidente es que, el estado de necesidad terapéutica se restringe al derecho a la información asistencial, no pudiendo extenderse al derecho a decidir libremente una vez referida la información limitada por el estado de necesidad terapéutica, lo cual indica que alguna información, por básica que esta sea, ha de ser proporcionada al paciente, al mismo tiempo que pone en la pista de las diferencias existentes entre la restricción de los derechos del paciente con base en el estado de necesidad y aquella justificada en virtud de los supuestos de emergencia y salud pública previstos en el artículo 9.2.a) y b) LBAP.

Ciertamente, esta limitación del derecho a la información del paciente (y por lo tanto de su autonomía) se justifica en función de los principios de beneficencia y, especialmente, de no-maleficencia, ya que en determinados supuestos el deber del médico de proporcionar información colisiona con el interés de la salud del paciente, circunstancia que puede llegar a justificar que el médico retenga aquella información perjudicial o la revele con cautela⁵⁶. Resulta evidente que este tipo de limitaciones, más o menos justificadas, al ejercicio de la autonomía del paciente constituyen una suerte de reminiscencias del tradicional paternalismo médico, lo cual se confirma por la propia redacción de la LBAP, al preferir el empleo del término “facultad” al de “privilegio” o “deber”, otorgando así a la posición del médico un carácter de excesivo protagonismo al respecto del supuesto de limitación del derecho a la información asistencial. En este sentido, un sector doctrinal ha propuesto un enfoque distinto del estado de necesidad terapéutica con la intención de reconducirlo al deber del profesional sanitario de entregar al paciente una información “adecuada a sus necesidades”, establecido en el artículo 4.2. LBAP⁵⁷.

Una vez analizado el estado de necesidad terapéutica como una restricción extrínseca al derecho a la información asistencial, restan por considerar aquellos supuestos previstos en el artículo 9.2.a) y b) LBAP relativos al “riesgo para la salud pública” y al “riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización”, respectivamente. En primer lugar, se ha de señalar que, *stricto sensu*, el mencionado precepto establece la afectación del derecho a decidir libremente por el paciente o, lo que es lo mismo, la

⁵⁵ CADENAS OSUNA, D., *El consentimiento informado y...*, op. cit., p. 188.

⁵⁶ Vid. Informe explicativo del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la tecnología del Consejo de Europa, publicado el 17 de diciembre de 1996, pp. 412-413.

⁵⁷ CADENAS OSUNA, D., *El consentimiento informado y...*, op. cit., p. 189.

posibilidad de que el médico intervenga sin necesidad de contar con la aquiescencia del paciente, lo cual supone una injerencia todavía mayor en el principio de autonomía del paciente y, por consiguiente, la justificación ha de ser proporcionada a dicha magnitud. A pesar de que el precepto se refiere a lo que se ha propuesto aquí denominar como segunda fase o etapa del consentimiento informado, en atención a su estructura compleja, lo cierto es que repercute asimismo en la fase de información asistencial, lo cual resulta evidente al respecto de aquellos supuestos de emergencia en los cuales el paciente ingrese al centro médico en un estado de incapacidad natural o inconsciencia. Sin embargo, mayores incertidumbres generan aquellos casos en los que, existiendo un estado de emergencia, la capacidad natural del paciente le permite hacerse cargo tanto de la recepción de la información como de la decisión, lo cual deberá abordarse al hilo del análisis de la fase decisoria del consentimiento informado. Las mismas dudas se producen al respecto de los supuestos de riesgo para la salud pública, pues no presuponen la falta de capacidad natural del paciente, lo cual ha llevado a algunos autores a defender la incolumidad del derecho a la información asistencial⁵⁸. Lo cierto es que la cuestión presenta menor relevancia de la que apriorísticamente pueda parecer, especialmente si se considera la función auxiliar o instrumental de la información asistencial en materia de consentimiento informado pues, como la propia LBAP señala, dicha información se orienta a asistir o ayudar al paciente “a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad”⁵⁹. Si se acepta lo anterior, entonces cabe preguntarse qué función puede cumplir la revelación de información asistencial en aquellos supuestos en los que el paciente se ve privado de la posibilidad de decidir libremente acerca de la aceptación o rechazo del tratamiento o intervención. Parece obvio que el impacto o relevancia de dicha información será muy reducida (o incluso nula), en tales casos, lo cual justifica la innecesidad de un análisis más profuso al respecto.

Por último, resulta posible considerar la eventual alienación del derecho a recibir información asistencial por el propio paciente como una restricción intrínseca de su posición jurídica subjetiva, en tanto que, en este supuesto es la voluntad del propio titular del derecho la que determina la suspensión del deber correlativo de informar. Con todo, se ha de reconocer que se trata de una posibilidad legalmente prevista, que de estar expresamente prohibida por la ley devendría jurídicamente ilegítima, sin ser esta la regla general, a salvo de las limitaciones legalmente establecidas⁶⁰. En contra de la concepción como una restricción, siquiera intrínseca, de la renuncia a la información por parte del

⁵⁸ CADENAS OSUNA, D., *El consentimiento informado y...*, *op. cit.*, p. 203.

⁵⁹ *Vid.* artículo 4.2. *in fine* LBAP.

⁶⁰ Respecto de esta prohibición se han de considerar las limitaciones recogidas en el artículo 9.1 LBAP acerca de la posibilidad del paciente de renunciar a su derecho a recibir la información asistencial, al establecer el mencionado precepto que “la renuncia del paciente a recibir información está limitada por el interés de la salud del propio paciente, de terceros, de la colectividad y por las exigencias terapéuticas del caso”.

paciente, se ha señalado que en realidad se trata del ejercicio del derecho en una vertiente negativa, llegándose incluso a afirmar la existencia de un “derecho a no saber” (*right not to know*)⁶¹, lo cual parece constituir la explicación más cercana al propio texto de la LBAP cuando, en su artículo 4.1, establece que “toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada”, en correspondencia con lo establecido en el artículo 10.2 CDHB⁶². Esta aproximación conceptual no puede tacharse de inverosímil, si bien implica la afirmación de un deber del médico a no informar correlativo a un derecho del paciente a no ser informado, encontrándose la aparición de dichas posiciones condicionada a una declaración de voluntad por parte del propio paciente en tal sentido. Si se acepta este planteamiento, entonces la renuncia de este supuesto “derecho a no ser informado” equivaldrá al “derecho a ser informado”, lo cual resulta ciertamente contraintuitivo.

Sin embargo, podrían alegarse varios argumentos a favor de la calificación de la eventual renuncia a la información asistencial como la limitación de las posiciones jurídicas implicadas. En este sentido, desde una perspectiva puramente descriptiva, el ordenamiento jurídico concede al paciente la posibilidad de obtener una prestación, a saber, la información asistencial, en sede de una relación médica. Ello presupone, de manera correlativa y principal, la existencia de un deber de informar que recae sobre el médico. Si recurrimos de nuevo a los conceptos hohfeldianos, parece posible afirmar que, cuando el paciente renuncia a recibir la información asistencial, este en realidad está privilegiando al médico, quien queda liberado de su deber correlativo de proveer la información. De este modo, dicha posibilidad de renuncia se configura como una posición libre del titular y no como un “derecho en sentido estricto” (hohfeldiano) puesto que no existe un “deber” correlativo⁶³, sino que es correlato de la suspensión de un deber (“privilegio”), configurándose como un “no-derecho” fruto de la renuncia efectuada por su titular quien, consecuentemente, no podrá alegar su incumplimiento, en virtud de su propia declaración de voluntad, pues cuando un paciente haya renunciado a recibir la

⁶¹ R. ANDORNO afirma la existencia de un auténtico “derecho a no saber”, entendido como una expresión de la autonomía. *Vid. ID, R., Principles of international..., op. cit.*, p. 128.

⁶² Reza el artículo 10.2 CDHB que “[t]oda persona tendrá derecho a conocer toda información obtenida respecto a su salud. No obstante, deberá respetarse la voluntad de una persona de no ser informada” (*vid.* «BOE» núm. 251, de 20 de octubre de 1999. Referencia: BOE-A-1999-20638).

⁶³ En sentido contrario a esta afirmación podría sostenerse la existencia de un deber jurídico general de respeto hacia la voluntad de los demás, lo cual se antoja desmesurado, excediendo incluso el ya de por sí amplio principio *neminem laedere* (“principio de no dañar a nadie”). A pesar de esta afirmación, se ha de tener en cuenta la precisión efectuada por el artículo 9.1 LBAP, el cual señala que “cuando el paciente manifieste expresamente su deseo de no ser informado, se respetará su voluntad”, pudiendo afirmarse la existencia de un deber de respeto. Sin embargo, esta posición puede ser más adecuadamente explicada a partir del concepto hohfeldiano de privilegio como correlativo al de no-derecho. En consideración de lo anterior, en el caso de renuncia de la información por parte del paciente, este ejercita un permiso al actuar dentro de una esfera en la que el ordenamiento jurídico ni ordena ni prohíbe. Correlativamente, el médico se libera de su deber de informar, de manera que la relación derecho/deber queda en suspenso, a la espera de que el titular recobre su derecho y en tanto que ello sea materialmente posible.

información válidamente y con las garantías que la ley requiere, no podrá exigirlo de manera coherente, deviniendo su reclamación en ilógica e injustificada. Contradecir lo anterior, supondría afirmar la coexistencia de dos deberes opuestos, aunque no sincrónicos, sobre un mismo sujeto, a saber: un deber del médico de informar y otro de no informar, lo cual podría llegar a ser confuso y jurídicamente inseguro en la práctica.

Por lo demás, afirmar que el derecho a la información asistencial incluye su negación equivaldría a afirmar la imposibilidad de su renuncia, lo cual si bien puede ser afirmado al respecto de la decisión⁶⁴, no parece predicable respecto de la información asistencial pues, en primer lugar, el objeto sobre el que recae el contenido del derecho, esto es, obtener la información asistencial legalmente establecida, no coincide con el objeto de la renuncia, a saber, una declaración de voluntad emitida por el titular del derecho y orientada a la supresión del deber correlativo. Además, en segundo lugar, la descripción de la conducta del titular que renuncia en ningún caso coincide con la de quien se mantiene en la posición jurídica garantizada por el derecho, pues mientras que en el primer caso el sujeto lleva a cabo un conducta activa, la cual constituye la manifestación de un ámbito de libertad jurídica; por el contrario, quien se mantiene en su derecho, ocupa una posición pasiva, en tanto que queda a la espera de que se cumpla el deber correlativo a su derecho, en este caso, la provisión de la información asistencial por parte del médico sobre quien recae la obligación. En virtud de estos argumentos, y a pesar de las previsiones contenidas en el artículo 10.2 CDHB y 4.1 LBAP, se podría alegar la inexistencia de un verdadero “derecho” a no ser informado, sino más bien una posibilidad que encaja en el ámbito de la libertad jurídica, es decir, una libertad cuyo ejercicio privilegia o libera la posición jurídica del profesional de la salud concreto sobre quien recae el deber de informar, lo cual podría presuponerse como esencial a cualquier derecho subjetivo e implica la existencia de una norma de competencia tácita que habilita al titular del derecho a realizar un cambio en las posiciones jurídicas implicadas⁶⁵. Si se acepta lo anterior, entonces la previsión acerca de la posibilidad de renuncia del artículo 4.1 LBAP resultaría superflua, en tanto que por definición el ejercicio de los derechos depende de sus

⁶⁴ Sucintamente, el derecho a la libertad decisoria resulta irrenunciable en tanto que por definición la renuncia supone una declaración de voluntad libre del titular, de modo que el objeto del derecho, al coincidir con el de su renuncia, provoca la irrenunciabilidad del mismo, si bien desde una perspectiva puramente material, presentando diferencias lógicas respecto de la contraparte en la relación, las cuales serán analizadas en el apartado correspondiente a la renuncia o alienación del derecho a la libre decisión. En definitiva, la propia decisión acerca de la renuncia supone en sí misma considerada una declaración de voluntad del paciente que, en todo caso, ha de ser libre y cumplir con las exigencias legalmente previstas, de manera que en rigor constituye el ejercicio del derecho a la libre decisión.

⁶⁵ Solo en este sentido se podría hablar del ejercicio del derecho en su vertiente negativa, esto es, referido a la capacidad de renuncia por parte del titular. Si bien, trasladar el argumento al contenido del derecho, como ya se ha señalado, constituye un planteamiento lógicamente defectuoso, en tanto que incurre en contradicción.

titulares (o de los representantes de estos), de manera que aunque la ley no efectuara la referida precisión se podría llegar a la misma conclusión, es decir, que el titular puede renunciar a ser informado cuando voluntariamente libere al médico de su deber, dejando constancia de su voluntad de renunciar e imposibilitándose con ello una posterior reclamación fructífera en sede judicial, obviamente a salvo de la posibilidad de que el paciente revoque tal renuncia. Estas razones podrían llevar a la conclusión de que dicha previsión acerca de la posibilidad de renuncia del derecho a recibir información se presenta como conceptualmente imprecisa, fruto de una tendencia a la excesiva proliferación del lenguaje de los derechos, pues si se realiza el mismo análisis partiendo de la prioridad conceptual de los deberes, se observa con mayor claridad que la renuncia de la información por parte del paciente implica la suspensión del deber correlativo del profesional de la salud de otorgar la información.

Al respecto de la forma en la que el paciente ha de realizar la renuncia, el artículo 9.1 LBAP señala que “cuando el paciente manifieste expresamente su deseo de no ser informado, se respetará su voluntad haciendo constar su renuncia documentalmente, sin perjuicio de la obtención de su consentimiento previo para la intervención”⁶⁶. Al respecto, la doctrina ha precisado que, para poder afirmar la validez de la renuncia a la información por el paciente, esta deberá ser clara e inequívoca, y no meramente presunta, debiendo el médico dejar constancia de la misma en la historia clínica⁶⁷. De lo anterior puede concluirse la posibilidad de una renuncia tanto verbal como escrita, si bien ha de constar documentalmente de manera invariable. Por lo que respecta a la posibilidad de revocación de la negativa a recibir información, no existe ningún impedimento legal que lo obstaculice, siendo suficiente la manifestación de voluntad del paciente en este sentido, si bien alguna doctrina ha señalado la conveniencia de someter dicha revocación a los mismos requisitos formales exigidos para la propia renuncia⁶⁸, lo cual resulta lógico y adecuado, especialmente a efectos probatorios.

Por último, el precepto legal anteriormente referenciado también recoge una serie de limitaciones aplicables a la renuncia del paciente a recibir información, a saber, “el interés de la salud del propio paciente, de terceros, de la colectividad y por las exigencias terapéuticas del caso”⁶⁹, lo cual ha sido calificado por algunos autores como una suerte de “estado de necesidad terapéutico inverso”⁷⁰. Se podría

⁶⁶ En este punto, la redacción del artículo 11 de la Ley autonómica gallega 3/2011 coincide ampliamente con lo establecido en la LBAP.

⁶⁷ GARCÍA GARNICA, M.C., “La responsabilidad civil en el ámbito de la medicina asistencial”, en Orti Vallejo, A. y García Garnica, M.C. (dirs.), *La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos. Estudio de la responsabilidad civil por servicios susceptibles de provocar daños a la salud y seguridad de las personas*, 2ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. 412.

⁶⁸ CADENAS OSUNA, D., El consentimiento informado y..., *op. cit.*, p. 200.

⁶⁹ Artículo 9.1 LBAP.

⁷⁰ XIOL RÍOS, J.A., “El consentimiento informado”, *Revista Española de la Función Consultiva* 14, 2010, p. 28; GUERRERO ZAPLANA, J., *El consentimiento informado. Su valoración en la jurisprudencia*. Ley

pensar que estas previsiones suponen el ejercicio obligatorio de un derecho, lo cual presenta problemas a nivel conceptual, especialmente para quienes entiendan que lo genuino de los derechos es la libertad de su ejercicio por parte del titular. Lo cierto es que esta previsión se antoja inútil a quien escribe, pues solo resultaría justificado afectar un derecho jurídicamente reconocido en virtud de una colisión con derechos o intereses jurídicamente protegidos de terceros y cuando los segundos presenten un mayor peso, una vez realizado el pertinente juicio de proporcionalidad. Sin embargo, en el supuesto de la información asistencial no se entiende en qué puede beneficiar a terceros que el paciente reciba la información asistencial en contra de su voluntad, especialmente en tanto que dicha información sirve o asiste al posterior proceso decisorio del propio paciente, lo cual presenta un marcado carácter personal e individual, pues en caso de existir un riesgo para la salud pública la propia ley habilita el sometimiento del paciente al tratamiento o intervención, en virtud de la constatación de intereses que sobrepasan aquel protegido por el derecho que queda en suspenso para el caso concreto. Por lo tanto, si en caso de constatarse tal situación, el paciente queda sujeto a la práctica de la intervención, y ello al margen de su voluntad al respecto, no se entiende qué función cumple la obligatoria recepción de información en virtud de intereses de terceros o de la colectividad. Además del aparente sinsentido de la previsión legal a efectos prácticos, también puede achacársele un marcado carácter paternalista al incluir “el interés de la salud del propio paciente”, previsión que por lo demás queda vacía de contenido en tanto que, a salvo de las excepciones legalmente establecidas, la decisión acerca de la aceptación o rechazo de la intervención o tratamiento permanecerá en manos del paciente. Por todos estos motivos, no se entiende ni la oportunidad ni la aplicación práctica que dicha previsión legal puede presentar.

2.2. El derecho de libre elección

El artículo 3 LBAP define “libre elección” como “la facultad del paciente o usuario de optar, libre y voluntariamente, entre dos o más alternativas asistenciales, entre varios facultativos o entre centros asistenciales, en los términos y condiciones que establezcan los servicios de salud competentes, en cada caso”. Por lo que respecta al estudio del consentimiento informado, se ha de prestar atención a la posibilidad de elección del paciente entre las diversas alternativas asistenciales disponibles. En este sentido, el artículo 8.1 LBAP señala que “toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso”. Al respecto, se ha de reiterar de nuevo la conveniencia de distinguir la estructura

Básica 41/2002 y Leyes Autonómicas, Lex Nova, Valladolid, 2004, p. 94; CADENAS OSUNA, D., *El consentimiento informado y...*, *op. cit.*, p. 202.

compleja o en dos fases del consentimiento informado del paciente, a saber, una fase informativa orientada a la asistencia de la formación de la voluntad del paciente; y otra fase decisoria, en la que el paciente determina su voluntad, decidiendo entre las diversas alternativas que se le plantean y que pueden consistir en la aceptación o rechazo de la intervención o tratamiento propuesto; la elección de uno de los tratamientos o intervenciones, cuando se hayan propuesto y estén disponibles más de uno, o el rechazo de todos ellos. Si bien las anteriores constituyen todas las posibilidades concebibles en la práctica, previsiblemente en la mayoría de los casos la libre elección del paciente se circunscribirá a la mera aceptación o rechazo de una única intervención o tratamiento disponible, aunque apriorísticamente no se han de descartar el resto de posibilidades apuntadas, siempre en atención al caso concreto.

En lo que sigue, se pretenden describir los aspectos legales básicos de esta fase decisoria en el ordenamiento jurídico español. No obstante, de manera previa resulta adecuado señalar que el empleo del término “consentimiento” por parte de la Ley a los efectos de regular dicha fase decisoria permite derivar una serie de conclusiones. En primer lugar, este uso conceptual pone en la pista de la precedencia y centralidad de esta segunda fase, presentando la fase informativa previa un carácter auxiliar o asistencial respecto de la fase decisoria. Por otra parte, el empleo del concepto “consentimiento” a los efectos de denominar la fase decisoria plantea el inconveniente de enturbiar la comprensión de la construcción jurídica del consentimiento informado en su conjunto, lo cual ha llevado tanto a la doctrina como a la jurisprudencia a no distinguir suficientemente entre ambas fases del consentimiento informado, identificando o incluso confundiendo “consentimiento” con “consentimiento informado”, lo cual repercute especialmente en el régimen de responsabilidad de los profesionales sanitarios. Con todo, el empleo del concepto de “consentimiento” no puede ser calificado de impreciso o inadecuado en tanto que se circunscriba estrictamente a la libre elección o decisión del paciente, reservándose así la expresión “consentimiento informado” para describir ambas fases, lo cual no siempre ha sido oportunamente delimitado por la doctrina o/y la jurisprudencia. A pesar de lo anterior, quizás habría sido más oportuno que el legislador hubiese empleado las expresiones “libre elección” o “libre decisión” en vez de la de “consentimiento”, ya que ello permitiría evitar eventuales confusiones o ambigüedades conceptuales.

2.2.1. Titularidad y ejercicio

Como no podía ser de otro modo, por regla general, la titularidad del derecho a la libre elección también corresponde al paciente, es decir, a la persona “afectada” por la actuación en el ámbito sanitario, según lo establecido por el artículo 8.1 LBAP. En este mismo sentido se ha pronunciado el legislador autonómico gallego, estableciendo en el artículo 3.3 de la Ley 3/2001 que “el

paciente tiene derecho a decidir libremente, tras recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles. Asimismo, tiene derecho a negarse al tratamiento, salvo en los casos determinados en la Ley. Su negativa al tratamiento constará por escrito”.

Por lo que respecta a los supuestos en los que el paciente ha de otorgar “consentimiento por representación”⁷¹, se ha de estar a lo establecido en el artículo 9.3 LBAP, precepto en el que se recogen tres supuestos en los que el ejercicio del derecho de libre elección recae en una persona distinta a la afectada por la actuación sanitaria. Así, en primer lugar, cuando a criterio del médico responsable el paciente no sea capaz de tomar decisiones o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación, esto es, cuando el médico tras una evaluación del paciente determine que este se encuentra en una situación de incapacidad natural⁷², debiéndose considerar que toda persona mayor de edad cuya capacidad legal no haya sido modificada por sentencia judicial goza de presunción *iuris tantum* de su capacidad natural. En segundo término, cuando mediante una sentencia judicial se haya modificado la capacidad del paciente. No obstante, cuando la sentencia de incapacitación no incluya precisión alguna al respecto de la capacidad del sujeto para otorgar consentimiento en el ámbito sanitario, se habrá de estar a lo previsto al respecto de los supuestos de incapacidad natural recogidos en el apartado anterior, es decir, el artículo 9.3 a) LBAP⁷³. Por último, también procede la decisión por representación cuando el paciente sea menor de edad e incapaz tanto intelectual como emocionalmente para comprender el alcance de la intervención, si bien el menor deberá ser en todo caso escuchado, en atención a las previsiones recogidas en el ya mencionado artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. Por lo que respecta a los menores de edad emancipados mayores de dieciséis años, se presume *iuris tantum* su capacidad para otorgar consentimiento en el ámbito sanitario. Sin embargo, cuando la actuación médica de que se trate implique, en

⁷¹ Un considerable sector doctrinal ha señalado la inconveniencia de emplear el término “representación” en el ámbito de los derechos personalísimos, siendo este el caso del derecho de libre elección en el ámbito del consentimiento informado del paciente, en tanto que no es el paciente quien elige a través de sus representantes, sino que sus representantes lo *sustituyen*, esto es, se colocan en su posición, eligiendo así en lugar del paciente. En este sentido, CADENAS OSUNA expone esta cuestión conceptual, a pesar de que la autora emplea la expresión “consentimiento por representación”. *Vid.* CADENAS OSUNA, D., *El consentimiento informado y...*, *op. cit.*, pp. 138 y 215.

Además, la Ley autonómica gallega 3/2001 emplea esta terminología en su artículo 6, titulado “otorgamiento del consentimiento por *sustitución*”, precepto que, por lo demás, regula tales supuestos dentro de la comunidad autónoma de Galicia, no presentando prácticamente diferencias respecto de la LBAP, a salvo de la reorganización de los párrafos efectuada por la Ley gallega.

⁷² Para el desarrollo de dicha evaluación, el médico responsable podrá solicitar la asistencia de otros profesionales de la salud, del comité de ética asistencial de la institución sanitaria o de una autoridad judicial, pero no podrá delegar el examen en otros profesionales, en tanto que es el médico responsable sobre quien recae la responsabilidad por la eventual inobservancia de sus deberes jurídicos. *Vid.* SIMÓN LORDA, P., “Diez mitos en torno al consentimiento informado”, *Anales del Sistema Sanitario de Navarra* 29 (Suplemento 3), 2006, p. 37.

⁷³ En este sentido se postula CADENAS OSUNA, *vid.* *El consentimiento informado y...*, *op. cit.*, p. 217.

atención al criterio del médico, un grave riesgo para la vida o salud del menor, corresponderá a su representante legal la prestación del consentimiento, si bien se habrá de escuchar y tener en cuenta la opinión del menor de manera invariable⁷⁴. De este modo, en los tres supuestos del 9.3 LBAP anteriormente mencionados, el ejercicio del derecho de libre elección del paciente se desplaza a su representante legal o, de carecer de este, a las personas vinculadas al paciente por razones familiares o, de hecho.

En cuanto a las exigencias legales referidas al proceso para otorgar consentimiento por representación, el artículo 9 LBAP establece, en sus apartados 6 y 7, una serie de requisitos imprescindibles. Así pues, se desprende del precepto antes señalado que el mayor beneficio para la vida o salud del paciente ha de orientar en todo caso la decisión. En segundo lugar, dicha decisión se ha de adecuar a las circunstancias del caso y ha de ser proporcionada a las necesidades a las que asiste, siempre en atención al interés del paciente y al respeto hacia su dignidad personal. Finalmente, en la medida de lo posible, el paciente ha de ser partícipe en aquellos procesos decisorios en los cuales su salud se vea afectada⁷⁵.

Por lo que se refiere a la titularidad del deber de obtener la aquiescencia del paciente antes de la práctica de cualquier intervención o tratamiento en el ámbito sanitario, a diferencia de las previsiones en materia de información asistencial, la LBAP no determina expresamente sobre quien recae. No obstante, la doctrina ha señalado que en última instancia corresponde obtener la autorización del paciente a quien realice la intervención⁷⁶. Más precisa se muestra la Ley autonómica gallega en el párrafo 1º de su artículo 4, al afirmar que “el consentimiento deberá recabarse por el médico designado por el centro sanitario para la atención del paciente o por el que practique la intervención diagnóstica o terapéutica del propio paciente”. A pesar de que el citado precepto establece de manera disyuntiva la titularidad del médico designado por la institución o aquel encargado de realizar la intervención en la salud del paciente, resulta conveniente destacar la importancia de que quien haya de realizar la intervención se asegure de que el paciente está adecuadamente informado y ha otorgado su consentimiento, pues en caso contrario podría estar infringiendo sus deberes legales, lo cual será tratado con

⁷⁴ Artículo 9.4 LBAP.

⁷⁵ Sin embargo, CADENAS OSUNA ha tachado estas previsiones legales de insuficientes, dados los problemas prácticos que se plantean en supuestos concretos, como en el caso de que el paciente haya manifestado su voluntad de no ser mantenido en estado de inconsciencia con anterioridad a la pérdida de la capacidad. Sin embargo, no constituye el objeto de la presente tesis el tratamiento de las particularidades referidas a las cuestiones de capacidad y sustitución del paciente en materia de consentimiento informado, sino el análisis de su estructura conceptual, razón por la cual no se ahonda aquí al respecto. Para un análisis más profuso de estas cuestiones, *vid. ID., El consentimiento informado y..., op. cit.*, pp. 255 y ss.

⁷⁶ SIMÓN LORDA, P. y JÚDEZ GUTIÉRREZ, F.J., “Consentimiento informado”, en GRACIA GUILLÉN, D. y JÚDEZ GUTIÉRREZ, F.J. (ed.), *Ética en la práctica clínica*, Triacastela, Madrid, 2004, p. 45. *Vid. también CADENAS OSUNA, D., El consentimiento informado y..., op. cit.*, p. 212.

mayor amplitud al respecto de la responsabilidad por incumplimiento de los deberes correlativos al consentimiento informado del paciente.

2.2.2. Contenido del derecho a la libre elección

La regulación de la LBAP acerca del contenido del derecho de libre elección del paciente resulta un tanto dispersa y conceptualmente ambigua, pues el mencionado cuerpo legal parece identificar los conceptos de “consentimiento” y “libre elección”, pudiendo dar la impresión de que “consentimiento básico” o “consentimiento a secas” y “consentimiento informado” significan lo mismo, cuando en realidad no debiera ser así. Un análisis conceptual a partir de la estructura compleja anteriormente propuesta dividida en dos fases a los efectos de explicar el consentimiento informado del paciente podría evitar eventuales confusiones conceptuales. Como se recordará, dicha propuesta aconseja la distinción entre una fase informativa previa y la posterior fase decisoria que culmina con la libre elección o decisión del paciente, quien podrá otorgar su consentimiento, en caso de que autorice la intervención o tratamiento propuesto; o manifestar su rechazo al respecto. Cuando se cumplan los presupuestos legalmente previstos para ambas fases, podrá afirmarse la presencia del consentimiento informado del paciente. Si, por el contrario, se incumple o se cumple de manera defectuosa la fase informativa, pero se obtiene el consentimiento del paciente, entonces tan solo podrá afirmarse la existencia de un “consentimiento básico” o “a secas”, si bien no podrá calificarse como informado, lo cual deriva en la cuestión acerca de si la información constituye un presupuesto imprescindible para la constatación del requisito de libertad.

En caso de que la información previa sea interpretada como un requisito inexcusable para la calificación del consentimiento como libre, entonces el incumplimiento de los deberes de información incidirá de manera más notoria y contundente en la determinación de la existencia de consentimiento básico del paciente. Sin embargo, si el requisito de información es entendido como una mera asistencia al proceso decisorio, siendo el consentimiento del paciente libre siempre que no exista violencia, coacción ni manipulación por parte de los profesionales de la salud implicados en la relación médica, entonces la falta de información o la información incompleta tan solo deberá ser interpretada como constitutiva de un incumplimiento parcial de los deberes correlativos al consentimiento informado del paciente, circunscrita a la fase informativa del mismo. En opinión de quien escribe, hacer depender la calificación del consentimiento como libre del evento de la efectiva provisión de información resulta cuestionable e, incluso, inadecuado por dos motivos fundamentales. En primer lugar, se presenta como una interpretación excesivamente paternalista de la capacidad que los pacientes tienen para consentir, quienes en todo caso y por regla general (a salvo de los supuestos de incapacidad y minoría de edad) han de ser considerados como hábiles para

determinarse a nivel personal y dirigir su trayectoria vital. Por lo demás, vincular de manera decisiva la información al requisito de libre consentimiento, parece contradecirse con la posibilidad legalmente reconocida a los pacientes de alienar su derecho a recibir la información, de manera tal que afirmar que un consentimiento no informado nunca es libre parece contradecirse con las previsiones de la propia Ley⁷⁷. En última instancia, cuando se haya realizado una intervención en la salud del paciente sin haber obtenido previamente su autorización, independientemente de que se haya otorgado o no la información correspondiente, en ningún caso se podrá afirmar la existencia de consentimiento del paciente, ni básico ni informado, lo cual indica un cumplimiento total de los deberes legalmente establecidos, pues la eventual información otorgada no estaría orientada a la función legalmente establecida, a saber, asistir el proceso decisorio del paciente. Asimismo, estas precisiones conceptuales aconsejan en empleo del concepto de “libre elección” o “libre decisión” en vez de “consentimiento” a los efectos de hacer referencia a la fase decisoria del consentimiento informado y con la intención de evitar posibles ambigüedades conceptuales y errores.

Por lo que respecta a la regulación prevista en la LBAP, su artículo 2.2, relativo a los principios básicos, reconoce el derecho del “paciente o usuario” a decidir libremente, una vez recibida la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles. Por su parte, el apartado 4º del mismo precepto establece el derecho de “todo paciente o usuario” a negarse al tratamiento, excepto en los casos determinados en la Ley, debiendo constar por escrito dicha negativa. En este mismo sentido, en el artículo 3.3 de la Ley autonómica gallega 3/2001 se reconoce el derecho del “paciente” a negarse al tratamiento, salvo en los casos determinados en la Ley, exigiendo también la constancia por escrito de dicha negativa. En contrapartida a los derechos del paciente anteriormente señalados, el artículo 2.6 LBAP establece el deber de todo profesional que intervenga en la actividad asistencial de observar los deberes tanto de información y documentación clínica, como de respeto de las decisiones libre y voluntariamente adoptadas por el paciente. De estas previsiones legales cabe concluir que el derecho de libre elección, además de suponer la “facultad del paciente o usuario de optar, libre y voluntariamente, entre dos o más alternativas asistenciales” (artículo 3 LBAP), incluye el derecho a rechazar la intervención o tratamiento propuesto por el profesional de la salud, debiendo el médico abstenerse de intervenir en la salud del paciente no consentidor, bajo el riesgo de incurrir en responsabilidad por incumplimiento de los deberes correlativos al consentimiento informado del

⁷⁷ De lo anterior se desprende que el consentimiento básico (esto es, no informado) del paciente ha de desplegar algún tipo de efecto moderador respecto de la eventual responsabilidad del facultativo por incumplimiento de los deberes de información asistencial, lo cual será más profusamente analizado en el apartado de esta tesis correspondiente a la responsabilidad de los profesionales de la salud por incumplimiento de los deberes correlativos al consentimiento informado del paciente.

paciente, a salvo de las excepciones legalmente previstas en el artículo 9.2 a) y b) LBAP.

Así pues, en definitiva, una vez recibida la información asistencial adecuada a las exigencias legales, se le presentan al paciente diversas opciones: consentir o rechazar la intervención o tratamiento propuesto por el facultativo; elegir y consentir alguna de las alternativas asistenciales propuestas; o rechazar todas las alternativas asistenciales propuestas. Se ha de considerar que, cuando el paciente elige y consiente su sometimiento a una alternativa asistencial entre varias, está consiguientemente rechazando las demás, debiendo manifestar expresamente su decisión de forma verbal (8.2 LBAP), en caso de aceptar la intervención; o, por escrito, en el caso de una respuesta negativa (2.4 LBAP) y ante las intervenciones recogidas en el párrafo 2º del artículo 8.2 LBAP. En opinión de quien escribe, todas estas circunstancias pueden y deben reunirse en una única posición jurídica subjetiva de la que el paciente es titular, a saber, su “derecho de libre elección” o “decisión”, la cual es correlativa al deber del profesional de la salud de respetar, en todo caso, la decisión tomada por el paciente y abstenerse de intervenir en la salud del mismo sin su previo consentimiento.

Adicionalmente, el artículo 8.5 LBAP reconoce al paciente la posibilidad de revocar libremente su consentimiento en cualquier momento⁷⁸, si bien dicha revocación ha de realizarse por escrito. En la misma línea, en el artículo 10 de la Ley autonómica gallega 3/2001, referido al contenido del documento formulario (lo cual indica su carácter escrito), se incluye asimismo una previsión en materia de revocación del consentimiento al exigir en dicho documento que el paciente declare que está al tanto de la posibilidad de revocar su consentimiento en cualquier momento y sin necesidad de expresar la causa que impulsa su revocación. Por lo que se refiere al momento concreto en que se ha de efectuar dicha revocación, esta podrá ser realizada por el paciente con anterioridad al comienzo de la intervención e, incluso, una vez iniciada esta, podría el paciente detenerla, debiéndosele informar cuidadosamente acerca de las implicaciones de negarse a recibir o detener la intervención⁷⁹. No obstante, en sentido contrario se pronuncia el párrafo 38 del Informe Explicativo del Convenio de Oviedo, al establecer que “la libertad de consentir implica que el consentimiento puede ser retirado en cualquier momento y que la decisión de una persona interesada debe respetarse una vez que ha sido completamente informada de sus consecuencias. Sin embargo, este principio no significa, por ejemplo, que la retirada del consentimiento del paciente durante una intervención deba respetarse siempre.

⁷⁸ También el artículo 5 del Convenio de Oviedo prevé la posibilidad de retirada del consentimiento por el paciente “en cualquier momento”.

⁷⁹ Esta previsión es efectuada en el párrafo 3.2, relativo a “los derechos de los pacientes”, de la Declaración para la Promoción de los Derechos de los Pacientes en Europa, de la OMS (Ámsterdam, 1994).

Las normas de conducta y obligaciones profesionales, así como las reglas aplicables en tales casos de acuerdo con el artículo 4, pueden obligar al médico a continuar con la operación para evitar que la salud del paciente sufra un grave peligro”. De lo anterior se concluye que, si bien el profesional de la salud ha de respetar la decisión del paciente de revocar su consentimiento con independencia de que la intervención haya comenzado o no, el facultativo podrá continuar el procedimiento cuando de su cesación se derive un riesgo grave para la vida del paciente, no siendo admisible un riesgo meramente derivado de la propia patología padecida por este, sino que ha de estar directamente vinculado a la interrupción de la intervención.

Por lo que se refiere a los motivos por los cuales el paciente puede rechazar la intervención propuesta o revocar el consentimiento otorgado con anterioridad de manera que la declaración de voluntad del paciente en tal sentido equivalga al rechazo de la intervención médica, resulta posible concluir de los artículos 2.4 y 8.5 LBAP que, en principio, el paciente tiene completa libertad para tomar una decisión en el sentido indicado, sin más constricciones que las indicadas por la propia Ley al respecto de las excepciones al derecho de libre elección (artículo 9.2.a) y b) LBAP). Por su parte, en el artículo 3.3 de la Ley autonómica gallega se hace referencia a la posibilidad de rechazo de la intervención por parte del paciente; mientras que en el artículo 10.1 del mismo cuerpo legal se establece la posibilidad en manos del paciente de revocar su consentimiento. La Ley no efectúa ninguna previsión acerca de la necesidad de motivar las razones que llevan al paciente a rechazar o revocar el consentimiento, si bien se han de tener presentes los requisitos legalmente establecidos al respecto del ejercicio del derecho de libre elección del paciente, los cuales serán analizados a continuación. Por lo demás, cabe señalar que el TC ha señalado que “esta es precisamente la manifestación más importante de los derechos fundamentales que pueden resultar afectados por una intervención médica: la de decidir libremente entre consentir el tratamiento o rehusarlo, posibilidad que ha sido admitida por el TEDH, aun cuando pudiera conducir a un resultado fatal (STEDH de 29 de abril de 2002, caso Pretty c. Reino Unido, § 63), y también por este Tribunal (STC 154/2002, de 18 de julio, FJ 9)”⁸⁰. De este modo, se desprende de la jurisprudencia constitucional que el paciente podrá negarse a la intervención o revocar su consentimiento en tal sentido con independencia del resultado que tal decisión tenga para su salud.

2.2.3. Requisitos

Como ya se ha tenido ocasión de señalar, la LBAP exige el consentimiento libre y voluntario del paciente en cualquier actuación en el ámbito de su salud⁸¹,

⁸⁰ STC 37/2011, de 28 de marzo, FJ 5º.

⁸¹ Artículo 8.1 LBAP.

previsión que se encuentra en armonía con lo establecido en la legislación civil española al respecto del consentimiento, el cual es concebido como uno de los requisitos esenciales para la validez de los contratos⁸². Estos requisitos de libertad y voluntariedad aparecen directamente vinculados al concepto de autonomía, en tanto que el consentimiento constituye la principal manifestación del ejercicio de la autonomía del paciente. A pesar de que no existe un suficiente acuerdo doctrinal acerca de las características determinantes de la autonomía personal, ni sobre cuáles califican a una acción como autónoma, un reputado sector de la doctrina norteamericana ha apuntado a la constatación de tres requisitos para poder calificar una actuación como autónoma, a saber: esta ha de ser intencional (*intentionality*), ha de basarse en la comprensión (*understanding*) y ha de estar exenta del control o injerencia de terceras personas (*noncontrol*)⁸³. Por lo que respecta al requisito de la intencionalidad, dicha doctrina señala que una actuación intencional es aquella acción voluntaria que concuerda con un plan, independientemente del resultado que se obtenga⁸⁴. En el contexto del consentimiento informado la asociación entre intencionalidad y comprensión es incluso más estrecha que en los demás contextos de la actuación autónoma. En cuanto a la exigencia de comprensión, existirá una “comprensión completa” al respecto de una actuación cuando el sujeto haya captado por completo y de manera adecuada todas las proposiciones y declaraciones relevantes que describen correctamente la naturaleza de la actuación, las consecuencias previsibles y los resultados probables derivados de su realización u omisión, si bien tal situación se trata de un ideal difícilmente realizable en la práctica⁸⁵. Por último, los conceptos de influencia y resistencia resultan claves en la explicación del último requisito relativo a la ausencia de control externo sobre la actuación del sujeto, pues los actos de influencia varían ampliamente en cuanto al grado y el tipo de influencia ejercida⁸⁶. En materia de consentimiento informado, los problemas

⁸² Así, el artículo 1265 CC establece que “será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo”.

⁸³ FADEN, R.; BEAUCHAMP, T.L. & KING, N., *A History and Theory of Informed Consent*, Oxford University Press, New York, 1986, p. 238. También en BEAUCHAMP, T.L. & CHILDRESS, J.F., *Principles of Biomedical...*, *op. cit.*, pp. 104-105. BEAUCHAMP, T.L., “Autonomy and consent”, en Miller, F. & Wertheimer, A., *The Ethics of Consent: Theory and Practice*, Oxford University Press, New York, 2010, pp. 66 y ss.

⁸⁴ El principal problema del requisito de la intencionalidad consiste en determinar si constatar la existencia de tipos especiales de deseos constituye una condición necesaria para poder afirmar la intencionalidad del acto. En este sentido, podría considerarse que aquellos actos previsibles que el actor no quiere o no desea realizar no son intencionales. No obstante, en opinión de FADEN, BEAUCHAMP y KING, una actuación puede considerarse voluntaria cuando se realiza de acuerdo con un plan, en el sentido de, como mínimo, no ser accidental, inadvertido o habitual, lo cual en la opinión de estos autores es suficiente para afirmar la intencionalidad del acto. *Vid.* FADEN, R.; BEAUCHAMP, T. L. & KING, N., *A History and...*, *op. cit.*, pp. 243-244. Por lo que respecta a la irrelevancia del resultado obtenido con la actuación a los efectos de determinar su intencionalidad, *vid.* BEAUCHAMP, T.L. & CHILDRESS, J.F., *Principles of...*, *op. cit.*, p. 104.

⁸⁵ FADEN, R.; BEAUCHAMP, T.L. & KING, N., *A History and...*, *op. cit.*, p. 252.

⁸⁶ FADEN, BEAUCHAMP y KING han señalado tres categorías principales relativas a las formas de influencia. En primer lugar, la “coerción” constituye una forma de influencia que es siempre

relativos al control del acto son ordinariamente abordados a través del concepto de voluntariedad, el cual es normalmente considerado como sinónimo de autonomía. Habitualmente, la actuación autónoma es entendida como una actuación libre. Sin embargo, algunos autores han considerado que el uso de “voluntariedad” e “intencionalidad” como sinónimos debería ser adecuadamente diferenciado de los conceptos de “control” y “no-control”, en tanto que las acciones no intencionales no tienen por qué estar necesariamente controladas por influencias externas; mientras que por el contrario un acto puede estar totalmente desprovisto del control por parte de dichas influencias y ser, sin embargo, no intencional⁸⁷.

En caso de que ninguna de las tres condiciones anteriormente señaladas fuera satisfecha, el acto sería “no-autónomo”. Sin embargo, cuando el acto sea intencional y no haya una ignorancia completa ni un control absoluto por parte de otras personas, entonces el grado de autonomía coincidirá con el grado de satisfacción de los requisitos referidos a la comprensión y la ausencia de control externo. Asimismo, la aludida doctrina ha señalado la necesidad de establecer umbrales que delimiten la autonomía del acto. No obstante, se ha de considerar que la decisión acerca de cómo y dónde trazar esa línea de corte se encuentra ampliamente basada en consideraciones de índole moral y político. A pesar de lo anterior, la doctrina ha situado dicho umbral en la “actuación autónoma sustancial”, la cual ubican orientativamente en un punto intermedio entre el término medio y la autonomía absoluta⁸⁸. Dicha propuesta presupone el carácter

controladora y nunca graduable, de manera que las intervenciones coercitivas siempre comprometen por completo la autonomía del sujeto mediante un acto de control total. En segundo lugar, la “persuasión” nunca es controladora ni graduable, pues una actuación realizada bajo la persuasión de otro agente supone la aceptación por parte del actor de las creencias del otro como propias, tratándose por tanto de una forma no clandestina de influencia interpersonal, de modo que todas las elecciones efectuadas con base en la persuasión son no-controladas, pudiéndose considerar la actuación como autónoma en tanto que el resto de condiciones sean satisfechas. La última categoría apuntada por estos autores es la “manipulación”, la cual puede ser tanto controladora como no-controladora, resultando así graduable. El engaño, el adoctrinamiento, la seducción y otras versiones similares constituyen formas de manipulación, siendo la manipulación un evento inherentemente subjetivo y relativo a la respuesta de la persona a quien se dirige.

Se ha de considerar que, en esta explicación, “manipulación” y “persuasión” constituyen conceptos bien diferenciados, pues mientras que la “manipulación” trata de confundir y desorientar al actor mediante la alteración de su percepción a través del empleo de medios distintos al uso de la razón; la “persuasión” constituye un intento de convencer al actor a través del uso de la razón y la argumentación. No obstante, en la práctica resulta difícil diferenciar determinadas formas de ambas categorías. Sin embargo, los mencionados autores han indicado que, en general, resulta posible afirmar que la “manipulación” comienza cuando la “persuasión termina”. *Vid.* FADEN, R.; BEAUCHAMP, T. L. & KING, N., *A History and...*, *op. cit.*, pp. 261-263.

⁸⁷ FADEN, R.; BEAUCHAMP, T. L. & KING, N., *A History and...*, *op. cit.*, p. 256.

⁸⁸ Sin embargo, estos autores consideran como una cuestión separada la determinación de si dicho criterio de autonomía sustancial debe ser considerado como la única fuente para la distinción entre el consentimiento o rechazo válido respecto del inválido. Así, reconocen la existencia de contextos en los cuales resulta justificada la adopción de requisitos del consentimiento que establezcan un umbral por debajo del mencionado nivel de “autonomía sustancial”. *Vid.* FADEN, R.; BEAUCHAMP, T. L. & KING, N., *A History and...*, *op. cit.*, pp. 240 y ss.

gradual de la autonomía, lo cual permite afirmar que a mayor realización de los requisitos antes señalados, más autónoma será la actuación, existiendo diferentes condiciones y grados en los que una actuación autónoma puede ser mejorada o comprometida⁸⁹.

Adicionalmente, cabe plantearse la conveniencia de añadir el requisito de la “autenticidad” a las tres exigencias descritas. En este sentido, una condición de autenticidad requeriría que las actuaciones, para poder ser consideradas autónomas, fueran coherentes con los valores y creencias aceptadas deliberadamente por el sujeto. En consecuencia, las actuaciones tendrían que representar de manera exacta los valores, actitudes, motivaciones y planes de vida que el individuo acepta a nivel personal. Sin embargo, si la autenticidad así entendida constituyera una condición para poder afirmar la autonomía de los actos, se reduciría enormemente el número de actuaciones habitualmente consideradas como intencionales, conscientes y no-controladas. No obstante, algunos autores han estimado que, a los efectos de alcanzar un requisito de autenticidad que evite esta desmesurada restricción, se debería reformular la condición de no-control para incluir tanto la independencia respecto del control ajeno, como la independencia respecto del control ejercido por determinadas afecciones, enfermedades o patologías médicas, tales como brotes neuróticos, adicciones o enfermedades psiquiátricas enajenantes⁹⁰.

Por lo que se refiere a los requisitos formales legalmente exigidos para el otorgamiento del consentimiento, se ha de considerar lo establecido en el artículo 8 LBAP. Así, en el apartado 2 del mencionado precepto se establece la regla general del carácter verbal del consentimiento, debiéndose prestar invariablemente por escrito en determinados supuestos, a saber: en caso de intervenciones de índole quirúrgico, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores, así como cuando el procedimiento médico implique “riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente”⁹¹. Por su parte, en el apartado 3 del mismo precepto se prevé la posibilidad de incorporar anexos y otros datos generales al consentimiento escrito del paciente, quien en todo caso ha de disponer de la suficiente información acerca del procedimiento y sus riesgos. Adicionalmente, se han de considerar las exigencias documentales requeridas por la legislación especial al respecto de procedimientos e intervenciones médicas concretas⁹². En definitiva, el criterio del riesgo o la peligrosidad de la intervención determina la existencia de la exigencia documental, lo cual parece confirmarse con

⁸⁹ FADEN, R.; BEAUCHAMP, T. L. & KING, N., *A History and...*, *op. cit.*, pp. 237 y ss.

⁹⁰ FADEN, R.; BEAUCHAMP, T. L. & KING, N., *A History and...*, *op. cit.*, p. 268.

⁹¹ Idéntica referencia contiene el artículo 3 de la Ley autonómica gallega 3/2001.

⁹² Este es el caso del artículo 4.c) de la Ley 30/1979, de 27 de octubre, de extracción y trasplante de órganos (publicado en «BOE» núm. 266, de 6 de noviembre de 1979) y del artículo 6.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, de técnicas de reproducción humana asistida (publicado en «BOE» núm. 126, de 27 de mayo de 2006).

la ya reiterada previsión recogida en el 10.2 LBAP al establecer la obligación del médico responsable de “ponderar en cada caso que cuanto más dudoso sea el resultado de una intervención más necesario resulta el previo consentimiento por escrito del paciente”. Con todo, este precepto ha sido acertadamente acusado de confuso e incluso innecesario⁹³. En efecto, se podría alegar en contra de la previsión legal criticada los mismos argumentos que hablan en contra de la clasificación de la asistencia médica como una obligación de resultados, esencialmente, la falta de control por parte del profesional de la salud y la consiguiente incerteza acerca de los resultados. En función de estas razones, no se entiende como el profesional de la salud puede ponderar el deber de solicitar el consentimiento escrito de manera apriorística en aquellos supuestos en los que escapa a su control la previsibilidad de un resultado corporal lesivo. Por lo demás, podría parecer que la previsión efectuada en el artículo 10.2 LBAP relativiza la regla del artículo 8.2 *in fine* del mismo cuerpo legal al introducir en esta el rasgo típico de los principios, entendidos como mandatos de optimización en sentido alexyano, lo cual resulta evidentemente inadecuado dado que el requisito relativo al consentimiento documental se cumple o se incumple. En consecuencia, podría dudarse acerca de qué intervenciones quirúrgicas requieren el consentimiento escrito del paciente, a saber, todas o solo aquellas que presenten un resultado más incierto. En opinión de quien escribe, la solución adecuada a estas posibles dudas pasa por atender prioritaria e inexcusablemente a las reglas generales establecidas en el artículo 8.2 LBAP, reservando el artículo 10.2 del mismo texto para aquellos casos que, no estando recogidos en el primer precepto, plantean mayores necesidades probatorias para los profesionales sanitarios responsables. Asimismo, se antoja conveniente traer a colación en este punto la falta de armonía de la previsión contenida en el artículo 10.2 LBAP respecto de los deberes de información asistencial, pues si el profesional de la salud se encuentra al tanto de la incerteza de los resultados de la intervención como para realizar tal ponderación, parece adecuado que tales extremos sean asimismo comunicados obligatoriamente al paciente.

El documento de consentimiento informado presenta un carácter meramente probatorio, no pudiendo derivarse la inexistencia de consentimiento del paciente de su sola ausencia. No obstante, la falta de consentimiento escrito determina la inversión de la carga de la prueba (*onus probandi*)⁹⁴, inversión que de todos modos se producirá, con independencia de la documentación por escrito del consentimiento, en virtud de la doctrina de la distribución dinámica de la prueba o

⁹³ GALÁN CORTÉS, J.C., *Responsabilidad civil médica, op. cit.*, p. 704. CADENAS OSUNA, D., *El consentimiento informado y...*, *op. cit.*, p. 272.

⁹⁴ *Vid.* SSTs de 18 de junio de 2012 (RJ 2012\7449; Ponente: Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí); 25 de junio de 2012 (RJ 2012\11045; Ponente: Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí); 20 de noviembre de 2012 (RJ 2013\300; Ponente: Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí) y 9 de junio de 2015 (RJ 2015\5979; Ponente: Excmo. Sr. Eduardo Baena Ruiz).

criterio de facilidad probatoria previsto en el artículo 217.7 LEC⁹⁵. Por lo demás, la doctrina ha señalado que dicho documento no podrá incluir cláusulas de exoneración de la responsabilidad del profesional sanitario, pues la nulidad de tales cláusulas se deriva del carácter imperativo de la ley que determina la responsabilidad médica (*ex* artículo 1255 CC), responsabilidad médica que, además, se deriva del incumplimiento de la *lex artis ad hoc* por el médico, la cual es indisponible por las partes. Por último, en caso de que se constate la existencia de dolo en la conducta infractora que determina la responsabilidad médica, la renuncia de la acción es nula *ex* 1102 CC. En cuanto a la admisión del consentimiento tácito, el párrafo 37 del Informe Explicativo del Convenio de Oviedo se ha pronunciado en sentido favorable, si bien en función de la naturaleza de la intervención a practicar. A pesar de lo anterior, se ha señalado la imposibilidad de afirmar la admisibilidad del consentimiento tácito del paciente en la LBAP, en tanto que la regla general de su artículo 8.2 exige el consentimiento verbal del paciente, lo cual excluye lógicamente su carácter tácito, dada su incompatibilidad con la verbalidad⁹⁶, lo cual resulta tanto más evidente en aquellos supuestos en los que la LBAP exige el carácter escrito.

Por lo que se refiere a la extensión del consentimiento otorgado, este solo abarcará aquellos tratamientos e intervenciones específicamente consentidas por el paciente, sin que el profesional pueda sobrepasar dicha autorización, lo cual se desprende del artículo 8.3 LBAP⁹⁷. A pesar de que el mencionado precepto se circunscribe al consentimiento otorgado por escrito, la doctrina mayoritaria se posiciona a favor de la aplicación del requisito de la especificidad a los supuestos de consentimiento prestado en forma oral⁹⁸. De este modo, un único y mismo consentimiento informado no legitima diversas intervenciones en la salud del paciente, a salvo de aquellos casos en los que el alcance de actuación médica consentida incluya varias intervenciones encadenadas o la práctica del tratamiento se componga de varias fases, no siendo preciso en estos casos la obtención de un consentimiento específico para cada intervención o fase, pues se entiende

⁹⁵ Actualmente, en virtud de dicho criterio de facilidad probatoria, la jurisprudencia hace recaer la carga de la prueba sobre los profesionales y centros sanitarios. *Vid.* SSTs de 7 de abril de 2004 (RJ 2004\2608; Ponente: Excmo. Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta); de 29 de octubre de 2004 (RJ 2004\7218; Ponente: Excmo. Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz); de 18 de mayo de 2006 (RJ 2006\4724; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana); de 4 de octubre de 2007 (RJ 2007\5352; Ponente: Excmo. Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta); y de 22 de noviembre de 2010 (RJ 2010\8620; Ponente: Excmo. Sr. Carlos Lesmes Serrano).

⁹⁶ CADENAS OSUNA, D., *El consentimiento informado y...*, *op. cit.*, pp. 276-278.

⁹⁷ Establece el artículo 8.3 LBAP que “el consentimiento escrito del paciente será necesario para cada una de las actuaciones especificadas en el punto anterior de este artículo, dejando a salvo la posibilidad de incorporar anejos y otros datos de carácter general, y tendrá información suficiente sobre el procedimiento de aplicación y sobre sus riesgos”.

⁹⁸ XIOL RÍOS, J.A., “El consentimiento informado”, *Revista Española de la Función Consultiva* 14, 2010, p. 47; DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *Derecho sanitario y responsabilidad médica. Comentario a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos del paciente, información y documentación clínica*, 2ª ed., Lex Nova, Valladolid, 2007, p. 301; CADENAS OSUNA, D., *El consentimiento informado y...*, *op. cit.*, p. 282.

autorizado en su conjunto⁹⁹. Mayores problemas plantean las situaciones de hallazgo médico o “conocimiento inesperado” en las que, durante una intervención consentida, el médico que la práctica descubre una nueva dolencia que requiere de una extensión de la intervención consentida o de una intervención de índole diversa a la que ha sido consentida. En estos casos, se extrae de la jurisprudencia que, cuando el paciente conserva la capacidad para otorgar consentimiento, el médico deberá solicitar nueva autorización, informando adecuadamente de las nuevas circunstancias, en atención al grado de capacidad del paciente y a la urgencia de intervención. Si, por el contrario, el paciente no se haya en condiciones de capacidad natural suficientes para otorgar el consentimiento, pero la intervención exigida por el hallazgo no reviste urgencia, el profesional ha de obtener el consentimiento informado del paciente una vez este haya recobrado su capacidad. Finalmente, cuando el paciente no posea las condiciones de capacidad necesarias para otorgar nuevo consentimiento en el sentido determinado por el hallazgo en el curso de la intervención consentida, pero la nueva actuación médica resulte indispensable a los efectos de evitar un riesgo grave e inminente para su salud, entonces el estado de necesidad justificará la intervención del médico, aun sin contar con el consentimiento del paciente ex 9.2.b) LBAP¹⁰⁰.

En cuanto al momento en el que se ha de prestar el consentimiento, la ley no establece un período mínimo de reflexión^{101,102}, si bien se desprende de las exigencias de la LBAP que este consentimiento ha de otorgarse necesariamente antes de la práctica de intervención o del sometimiento al tratamiento y una vez haya sido recibida la información por el paciente. Al respecto de la cuestión acerca de la necesidad de una “antelación suficiente” entre el consentimiento y la intervención o tratamiento, un sector doctrinal se ha postulado a favor de la adecuación de dicho criterio de “antelación suficiente” al respecto del deber de provisión de información, si bien dicho criterio resultaría, en opinión de estos autores, irrelevante a los efectos de la solicitud del consentimiento, puesto que este se ha de otorgar de manera invariable una vez haya finalizado el proceso decisorio por parte del paciente, el cual se inicia con la entrega de la información¹⁰³. No obstante, si por el contrario, el consentimiento es prestado con una antelación excesiva, la doctrina ha señalado la necesidad de que el médico constate la

⁹⁹ STS de 2 de noviembre de 2007 (RJ 2008\731; Ponente: Excmo. Sr. Octavio Herrero Pina).

¹⁰⁰ STS de 24 de mayo de 1995 (RJ 1995\4262; Ponente: Excmo. Sr. Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa). STS de 30 de junio de 2010 (RJ 2010\5968; Ponente: Excmo. Sr. Carlos Lesmes Serrano).

¹⁰¹ Con excepción de lo establecido por la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, en cuyo artículo 14.b) se establece un plazo de reflexión de, al menos 3 días, entre la provisión de la información y la práctica del aborto.

¹⁰² STS de 27 de octubre de 2009 (RJ 2009\7656; Ponente: Excmo. Sr. Luis María Díez-Picazo Giménez).

¹⁰³ GALÁN CORTÉS, J.C., *Responsabilidad civil médica*, op. cit., pp. 693-694. CADENAS OSUNA, D., *El consentimiento informado y...*, op. cit., p. 290.

identidad de las circunstancias respecto del momento en el que el consentimiento fue otorgado¹⁰⁴.

2.2.4. Excepciones

Como ya se ha tenido ocasión de apuntar con anterioridad al respecto de las excepciones al derecho a la información asistencial, el artículo 9.2.a) y b) LBAP establece dos supuestos en los cuales el derecho de libre decisión del paciente decae en función de intereses que el legislador ha considerado sobrepasan en importancia al interés garantizado a través del derecho que se exceptúa. Como se recordará, en los apartados a) y b) del mencionado artículo 9.2 LBAP se recogen, respectivamente, las excepciones referidas a la existencia de un riesgo para la salud pública y a la situación de riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo, no siendo posible conseguir su autorización.

Por lo que se refiere a la primera de las excepciones señaladas, el 9.2.a) LBAP habilita a los facultativos para intervenir en la salud del paciente sin necesidad de contar con su autorización siempre y cuando se constate un “riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley”. Por lo que se refiere al procedimiento a seguir cuando en tales supuestos se disponga el internamiento obligatorio de personas, el citado precepto establece el deber de los facultativos de comunicar a la autoridad judicial las medidas adoptadas el plazo máximo de 24 horas¹⁰⁵. En cuanto a la adopción de medidas orientadas a la preservación de la salud pública, la LBAP se remite expresamente a la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública, cuyo escaso articulado contiene una habilitación para que las autoridades sanitarias adopten las medidas previstas por la Ley en supuestos de urgencia o necesidad (artículo 1); otorga competencia a las autoridades sanitarias para “adoptar medidas de reconocimiento, tratamiento, hospitalización o control” en aquellos casos en los que se constaten “indicios racionales” de riesgo para la salud pública en virtud del concreto estado de salud de una persona o grupo de personas (artículo 2); y, por lo que respecta al control de enfermedades transmisibles, permite que las autoridades sanitarias adopten medidas de control de los enfermos y personas que estén o hayan estado en contacto con ellos, además de aquellas otras medidas que consideren necesarias en caso de riesgo de contagio (artículo 3); finalmente, establece una previsión para el evento de escasez de un medicamento o producto sanitario (artículo 4).

¹⁰⁴ XIOL RÍOS, J.A, “El consentimiento informado”, *Revista Española de la Función Consultiva* 16, 2011, p. 144. CADENAS OSUNA, D., *El consentimiento informado y...*, *op. cit.*, p. 291.

¹⁰⁵ Dicho internamiento no voluntario, cuando se deba a razones de trastorno psíquico, ha de regirse por las previsiones del artículo 763 LEC. *Vid.* STC 132/2016, de 18 de julio (BOE núm. 196, de 15 de agosto de 2016).

Al respecto de las medidas preventivas orientadas a la preservación de la salud pública, en el artículo 26.1 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad se establece que, ante la sospecha razonable de riesgo inminente y extraordinario para la salud, las autoridades sanitarias podrán implementar aquellas “medidas preventivas que estimen pertinentes, tales como la incautación o inmovilización de productos, suspensión del ejercicio de actividades, cierres de Empresas o sus instalaciones, intervención de medios materiales y personales y cuantas otras se consideren sanitariamente justificadas”. En este mismo sentido se pronuncia el artículo 54.1 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, al establecer medidas especiales y cautelares en materia de salud pública, cuando así lo requieran motivos de extraordinaria gravedad o urgencia, habilitando a las Administraciones del Estado para adoptar, dentro del ámbito de sus competencias, cuantas medidas sean necesarias para asegurar el cumplimiento de la Ley. Por su parte, en la misma línea que el mencionado artículo 26.1 LGS, el artículo 54.2 enumera una serie de medidas concretas que la autoridad competente podrá adoptar mediante resolución motivada, debiendo estas respetar de manera invariable el principio de proporcionalidad (artículo 54.3 *in fine*). Por lo demás, se ha de recordar que todas estas previsiones legales hallan fundamento en el reconocimiento constitucional de la salud como un principio rector de la política social y económica (43.1 CE), así como en la competencia de los poderes públicos para “organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios” (43.2 CE).

En cuanto a la segunda excepción legalmente prevista al derecho de libre elección del paciente, en el artículo 9.2.b) LBAP se establece que se exceptuará la necesidad de contar con el consentimiento del paciente en el supuesto de riesgo inmediato y grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no sea posible obtener su autorización, consultando cuando las circunstancias lo permitan a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a este. De esta previsión legal se extraen dos requisitos inexcusables para que el facultativo pueda intervenir en la salud del paciente sin su autorización, pues en caso contrario la práctica de la intervención dependerá por completo de la decisión adoptada por el paciente una vez recibida la información asistencial oportuna. En primer lugar, ha de concurrir un supuesto de emergencia, necesariamente caracterizado por las notas de “inmediatez” y “gravedad”, pues de existir una situación de urgencia desprovista del rasgo de la gravedad no estaría justificada la excepción¹⁰⁶. En segunda instancia, el paciente ha de estar privado de la capacidad natural para poder

¹⁰⁶ SSTs de 26 de marzo de 2012 (RJ 2012\5102; Ponente: Excm. Sra. Celsa Pico Lorenzo); 24 de abril de 2012 (RJ 2012\6232; Ponente: Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí); 18 de junio de 2012 (RJ 2012\7449; Ponente: Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí); 25 de junio de 2012 (RJ 2012\11045; Ponente: Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí); 20 de noviembre de 2012 (RJ 2013\314; Ponente: Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí) y 4 de diciembre de 2012 (RJ 2013\1508; Ponente: Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí). También, la STS de 28 de marzo de 2011 (RTC 2011\37; Ponente: Dña. Elisa Pérez Vera).

consentir, lo cual sucederá en los casos en los que el paciente ingresa en el centro hospitalario en estado de inconsciencia. En tales casos se prevé en la LBAP la consulta a las personas vinculadas al paciente en virtud de relaciones de parentesco o, de hecho, si bien no queda clara la extensión de tal consulta y si esta presenta un carácter decisorio al respecto de la práctica de la intervención. No obstante, parece indudable que cuando el paciente hubiera declarado anticipadamente su negativa a ser sometido al tipo de intervención a practicar, se ha de respetar su voluntad.

Desde una perspectiva analítica, el supuesto de excepción al derecho a la libre elección del paciente puede presentar mayores dudas conceptuales que las excepciones descritas al respecto del derecho a la información asistencial que, como se recordará, ha sido conceptualizado como un “privilegio” otorgado por el paciente al médico, viéndose este último liberado de sus deberes. Sin embargo, en el caso del análisis del derecho a la libre elección se hacen necesarias mayores precisiones. En este sentido, se ha de considerar que las excepciones al derecho a la libre elección aparecen siempre referidas al sometimiento del paciente a una intervención al margen de su voluntad, no siendo concebible una excepción al sometimiento del paciente a una intervención medicamente indicada y con independencia de la voluntad del mismo, es decir, un imperativo de no sometimiento del paciente a una intervención con independencia de su asentimiento, situación inverosímil de difícil, cuando no imposible, constatación en la práctica. De este modo, los supuestos de excepción al consentimiento del paciente se producen exclusivamente en el sentido de intervenir en su salud con independencia de su aquiescencia. Esta precisión, a pesar de que todavía no determina la estructura conceptual relativa a la mutación del derecho a la libre decisión, pone en la pista de cuál es verdaderamente el particular interés inicialmente protegido el cual decae frente a intereses considerados preferentes, a saber, la protección de la vida e integridad física de los demás y del propio paciente cuando no se pueda constatar cuál sería su voluntad al respecto del caso concreto, es decir, en los supuestos de riesgo para la salud pública y situación de emergencia, contemplados en el artículo 9.2.a) y b) LBAP, respectivamente.

Parece posible afirmar que el ordenamiento jurídico español configura el derecho a la libre elección del paciente como un “derecho en sentido estricto” hohfeldiano correlativo al deber de los profesionales sanitarios de solicitar la autorización del paciente con carácter previo a la intervención, debiéndose abstener en caso de rechazo, siempre y cuando no concurra el supuesto de riesgo para la salud pública¹⁰⁷. Como se podrá observar, las excepciones legalmente

¹⁰⁷ Téngase en cuenta que la situación de emergencia imposibilita el supuesto de rechazo del tratamiento, en tanto que el paciente se encuentra en estado de incapacidad natural para consentir, a salvo de las posibles previsiones que este haya efectuado en un eventual documento de instrucciones previas.

previstas al derecho a la libre elección se circunscriben a la suspensión de la posibilidad de rechazo por parte del paciente. Por lo que respecta al supuesto de emergencia, este se configura en términos de evidente beneficencia médica, presumiéndose que, salvo declaración previa en contrario, el paciente desearía la preservación de su vida e integridad física, lo cual puede resultar residualmente controvertido.

Sin embargo, el supuesto excepcional relativo al riesgo para la salud pública involucra una esfera de ámbito público que fundamentalmente comprende a la relación de la Administración con sus administrados, en tanto que los preceptos referidos al riesgo para la salud pública anteriormente mencionados se limitan a habilitar a las autoridades sanitarias, es decir, a las Administraciones del Estado competentes, para la restricción de las posiciones jurídicas subjetivas de los pacientes, inmiscuyéndose así en aspectos que por regla general permanecen en la esfera de lo individual y lo privado. Quien escribe estima estas consideraciones como relevantes a los efectos de conceptualizar la mutación del derecho a la libre elección en virtud de las excepciones legalmente establecidas, desplazándose así la explicación de la relación jurídica desde el ámbito de la relación médico-paciente, que se configura con un carácter ciertamente individual y privado aun cuando la gestión del servicio sea pública, al ámbito de lo puramente público. En este ámbito en el que los administrados, entre los que se incluyen los pacientes, se relacionan con la Administración, los derechos y libertades fundamentales persiguen la protección de los primeros frente a las intromisiones injustificadas por parte de la segunda. De este modo, a pesar de que existen numerosos ámbitos en los que el poder institucionalizado ostenta la competencia para modificar la situación jurídica de sus ciudadanos, en la referida esfera protegida por los derechos y libertades fundamentales, estos últimos son en principio inmunes frente a la invasión estatal. Este es el ámbito de la relación médica, en tanto que se ven implicados derechos personalísimos del paciente. Correlativamente a esta “inmunidad”, se sitúa la “incompetencia” estatal para intervenir en dichos

Por lo demás, podría parecer adecuado conceptualizar la posibilidad de rechazo de la intervención o tratamiento por parte del paciente como una “inmunidad”, colocándose el facultativo o, incluso, la Administración sanitaria, en una situación de “incompetencia”, a salvo de las excepciones legalmente previstas en el art. 9.2 a) y b) LBAP. Sin embargo, lo anterior no puede ser aceptado, pues incluso restringiendo la posición del paciente al mero rechazo de la intervención o tratamiento propuestos (lo cual constituye una afirmación excesivamente restrictiva y tan solo parcialmente descriptiva de la posición subjetiva del paciente que incluye, al menos, tres posibilidades, a saber: la aceptación de la intervención o tratamiento propuesto por el médico; la elección entre las alternativas propuestas por el médico, cuando haya más de una posibilidad; y el rechazo de la intervención o tratamiento propuesto, o de todas las intervenciones o tratamientos propuestos, cuando se encuentre disponible más de una alternativa), la norma que establece el deber de respeto de la decisión del paciente por los profesionales sanitarios constituye una norma de conducta, no una norma de competencia, de manera que los pares conceptuales hohfeldianos no podrán ser aplicados al supuesto contemplado, el cual se integra en la esfera de los actos puramente físicos o naturales y no en el de los jurídicos.

ámbitos¹⁰⁸, a salvo de las excepciones aconsejadas por un adecuado juicio de proporcionalidad, tras considerar todos los valores e intereses involucrados en el caso concreto de que se trate.

De la jurisprudencia constitucional española se desprende que una intervención en la salud del paciente supone una injerencia no solo en su cuerpo, sino también en su espíritu¹⁰⁹, pues supone la invasión de una esfera de privacidad corporal y de autodeterminación personal que abarca también el ámbito de las decisiones médicas, razones que justifican la necesidad de consentimiento previo del paciente, exigiéndose además la asistencia de la decisión mediante la provisión de la información previa relativa a su estado de salud, alternativas disponibles (incluido el rechazo) y sus riesgos. En este sentido, se podría pensar que el paciente se sitúa en una posición de “inmunidad” frente a la imposición de una intervención médica que no haya sido consentida por el mismo, siendo “incompetentes” tanto los profesionales como la Administración sanitaria para imponérsela, con excepción de los supuestos en los que exista una justificación constitucional. Con todo, esta conceptualización como “inmunidad” aparecería en todo caso circunscrita al evento del rechazo. Sin embargo, a pesar de lo que podría parecer a simple vista, lo cierto es que el empleo de los pares conceptuales hohfeldianos “inmunidad/incompetencia” y “sujeción/competencia” resultan inadecuados a los efectos de describir tanto la posibilidad de rechazo de la intervención o tratamiento por el paciente, como respecto de la mutación del derecho a la libre elección del paciente en los supuestos previstos por el artículo 9.2.a) y b) LBAP, pues en realidad tales precisiones se tratan de normas de conducta dirigidas a regular la actividad médica mediante el establecimiento de deberes. Actividad médica que, por lo demás, acontece en el ámbito de las actuaciones puramente físicas o naturales, sin vinculación con norma alguna de competencia que permita la producción de un cambio en la posición jurídica del paciente. Lo cierto es que, en todos los casos en los que la ley introduce excepciones al consentimiento informado del paciente, en realidad se introduce de una excepción a una norma de conducta, lo cual se puede traducir en la suspensión de un deber (“privilegio”) de los profesionales sanitarios, presentándose como más oportuno el empleo del par conceptual hohfeldiano “privilegio/no-derecho”, en virtud de las mismas razones alegadas al respecto de su empleo en la explicación conceptual de las excepciones al derecho a la información asistencial. En definitiva,

¹⁰⁸ Este ámbito vendría a coincidir con aquel descrito por JELLINEK a través del *estatus negativo*, tal y como ha sido estudiado en el capítulo I.

¹⁰⁹ En palabras del TC español, el derecho a la integridad física y moral del 15 CE protege “la inviolabilidad de la persona, no solo 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”. *Vid.* SSTC 120/1990, de 27 de junio, FJ 8º; 119/2001, de 24 de mayo, FJ 5º; y 37/2011, de 28 de marzo, FJ 3º. Así pues, cabe concluir que en la explicación del consentimiento informado del paciente se encuentran involucrados elementos corporales y morales, en ocasiones incluso entremezclados como ocurre en el supuesto conceptual de la “integridad personal”.

solo sería posible emplear los pares conceptuales “inmunidad/incompetencia” y “sujeción/competencia”, en aquellos casos en los que una norma de competencia introduzca o modifique una habilitación puesta a disposición de su titular para llevar a cabo un cambio en la posición jurídica de terceros, de manera que dicha norma hará en todo caso referencia al ámbito de los actos jurídicos, lo cual no sucede en el supuesto normativo del consentimiento informado del paciente, el cual aparece regulado mediante normas de conducta y referido al ámbito de los actos puramente físicos, en el cual se enmarca la prestación de la asistencia médica, a salvo de la posibilidad en manos del paciente de ejercitar las acciones que el ordenamiento jurídico pone a su disposición ante un eventual supuesto de responsabilidad médica por incumplimiento de los deberes correlativos a su consentimiento informado, lo cual bien podría conceptualizarse como una “potestad” o “competencia” hohfeldiana.

3. La responsabilidad médica por incumplimiento de los deberes correlativos al consentimiento informado del paciente

Como ya se ha señalado, ni la doctrina ni la jurisprudencia han diferenciado de manera suficiente los aspectos derivados del incumplimiento de los deberes relativos a una u otra fase del consentimiento informado del paciente, esto es: la inobservancia de los deberes de información asistencial que los profesionales de la salud han de otorgar al paciente para que este pueda tomar una decisión verdaderamente informada; y la no obtención de la previa autorización del paciente, impidiendo con ello su libre elección o decisión que, por imperativo legal, debiera haberse cristalizado en el consentimiento expreso del paciente (verbal o escrito, según los casos) con carácter previo a la realización de la intervención. Sin embargo, esta delimitación resulta imprescindible y deriva de la estructura conceptual compleja o en dos fases del consentimiento informado anteriormente analizada. Como se tendrá ocasión de mostrar a continuación, esta distinción es relevante a los efectos de precisar la eventual responsabilidad de los profesionales de la salud por incumplimiento de los deberes en materia de consentimiento informado y ello con independencia del orden jurisdiccional de que se trate, esto es, resulta trasladable tanto al ámbito civil, en el caso de la medicina privada; como al supuesto de la responsabilidad de las Administraciones sanitarias, correspondiente al orden jurisdiccional contencioso-administrativo. En última instancia, la jurisdicción penal ha de ocuparse tan solo que aquellos casos en los que la gravedad de la conducta infractora justifique su calificación como delito.

A continuación, se analizarán de manera separada las cuestiones relativas a la responsabilidad civil y la responsabilidad administrativa derivada del incumplimiento de los deberes correlativos al consentimiento informado del paciente, teniendo presente su estructura conceptual compleja. Con todo, se ha de

considerar que, en la práctica, la mayoría de reclamaciones en materia de responsabilidad médica corresponden a la jurisdicción contencioso-administrativa, dado el carácter público que en España presenta el sistema de prestación de servicios sanitarios *ex artículo 43.2 CE*. Asimismo, se tendrán en consideración algunas contribuciones doctrinales y jurisprudenciales efectuadas en materia de consentimiento informado en el ámbito del Derecho penal, si bien con carácter más residual respecto de los supuestos de responsabilidad civil médica y responsabilidad de las Administraciones sanitarias. Finalmente, se abordará la perspectiva del Derecho constitucional, con especial énfasis en la decisión del TC en su reiterada STC 37/2011, de 28 de marzo, cuyo análisis y reflexión en atención a las cuestiones abordadas a lo largo de la presente tesis permitirán completar el estudio del consentimiento informado del paciente en el conjunto del ordenamiento jurídico español.

3.1. Responsabilidad civil médica

Inicialmente, se ha de precisar que la responsabilidad médica que ha de ventilarse en la jurisdicción civil se circunscribe exclusivamente a los supuestos de medicina privada. Cualquier análisis al respecto de la responsabilidad civil ha de partir de una adecuada distinción entre las diversas modalidades de responsabilidad civil existentes, a saber, responsabilidad contractual (1101 CC) y extracontractual (1902 CC); tanto por hecho propio, como por hecho ajeno (1903.4 CC). Asimismo, se han de tomar ineludiblemente en consideración los requisitos esenciales para la constatación de la responsabilidad civil, con independencia de la modalidad de que se trate, esto es: el daño o resultado lesivo, el nexo causal o relación de causalidad y la culpa o negligencia del deudor/incumplidor o agente que provoca el daño que, en el caso del consentimiento informado, se corresponderá con aquel profesional sanitario que incumple sus deberes en materia de información y/o solicitud de autorización previa.

Con carácter previo, se ha de puntualizar que, a pesar de que los requisitos antes indicados serán analizados al hilo de la responsabilidad civil, su consideración no es exclusiva de este orden, sino que estos elementos constituyen los presupuestos de las teorías de la responsabilidad jurídica en general, de modo que también la responsabilidad patrimonial de las Administraciones sanitarias parte de tales presupuestos esenciales, a salvo de aquellas precisiones efectuadas por la legislación administrativa, pues en ambos casos las reclamaciones de responsabilidad atienden invariablemente a la misma función resarcitoria o indemnizatoria de un evento lesivo, si bien es cierto que el Derecho Administrativo se rige por unos principios concretos diversos a los del Derecho privado que han de ser tenidos asimismo en consideración. Con todo, la determinación de ambos tipos de responsabilidad ciertamente ha de pasar por la constatación y análisis de

la producción de un daño, la relación causal y la culpa o negligencia de la conducta lesiva¹¹⁰.

Por último, se ha de subrayar que, al menos en el Derecho español, la finalidad de una eventual declaración de responsabilidad persigue principalmente un propósito reparador y no punitivo, debiéndose evitar la persecución de funciones sancionatorias en el ámbito de tales reclamaciones. Así pues, los efectos punitivos se han de circunscribir a las sanciones disciplinarias administrativas en la materia o incluso al Derecho penal, cuando la conducta lesiva suponga una vulneración suficientemente grave de un bien jurídico considerado especialmente importante en el ordenamiento jurídico.

3.1.1. Requisitos esenciales

3.1.1.1. Daño

La constatación de un daño o resultado lesivo constituye un requisito fundamental, en tanto que la responsabilidad civil presenta una función resarcitoria o compensatoria, excluyéndose cualquier función punitiva o sancionatoria, como ya se ha adelantado. Estas consideraciones revelan las dificultades derivadas de la inclusión de los denominados daños morales en la esfera indemnizatoria de la responsabilidad civil, dada su particular estructura, definición y prueba. En el ámbito del consentimiento informado del paciente, el esclarecimiento del concepto de daño moral y su adecuación indemnizatoria presenta una relevancia fundamental, puesto que los deberes correlativos al consentimiento informado del paciente se fundamentan en la salvaguardia de su autonomía y autodeterminación médica, es decir, en un derecho de la personalidad del paciente. A continuación, se profundizará en los conceptos doctrinales y jurisprudenciales de daño y daño moral, con el objetivo de delimitar el contenido indemnizable, tratando de distinguir de manera precisa entre la lesión del derecho y la materialización de un resultado lesivo a consecuencia de la inobservancia de tal derecho, lo cual en última instancia constituye el presupuesto indemnizatorio.

El CC no proporciona un concepto jurídico de daño, siendo necesario recurrir a las definiciones proporcionadas por la doctrina¹¹¹. En este sentido, LARENZ ha

¹¹⁰ *A priori* podría pensarse que la responsabilidad de la Administración es objetiva, en virtud de la previsión efectuada en el artículo 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (publicado en «BOE» núm. 236, de 02/10/2015. Referencia: BOE-A-2015-10566), el cual reconoce el derecho de los particulares a ser indemnizados de toda lesión en sus bienes y derechos a consecuencia del funcionamiento tanto normal, como anormal de los servicios públicos, exceptuándose aquellos supuestos de fuerza mayor o cuando el particular tenga el deber jurídico de soportar el daño. Sin embargo, como se tendrá ocasión de mostrar más adelante, se observa una tendencia a la subjetivación de dicha responsabilidad de la Administración pública, de manera que en la práctica de los tribunales se considera el elemento de la culpa o negligencia como un presupuesto del deber de reparación de la Administración.

definido el daño como “el menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona ya en sus bienes vitales o naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio”¹¹². Por su parte, SCOGNAMIGLIO ha señalado que “el daño coincide en todo caso con la lesión de un interés o con la alteración *in peius* del bien idóneo para satisfacer aquel o con la pérdida o disponibilidad o del goce de un bien que por lo demás permanece inalterado, como ocurre en supuestos de sustracción de la posesión de la cosa”¹¹³. En atención a estas definiciones, DÍEZ-PICAZO ha puesto de manifiesto las dificultades conceptuales derivadas de la inclusión de las lesiones no-patrimoniales en el concepto de daño¹¹⁴. Sin embargo, el artículo 9.3 de la Ley orgánica 1/1982 de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen prevé la posibilidad de que la indemnización se haga extensiva al daño moral, el cual será valorado en atención a las circunstancias concretas del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida¹¹⁵.

Por lo demás, la doctrina ha señalado el origen del concepto de daño moral en el *pretium doloris* del antiguo Derecho común y en el *Schmerzensgeld* del Derecho germánico¹¹⁶. Un sector doctrinal ha propuesto una definición negativa del daño moral por contraposición al concepto de daño patrimonial¹¹⁷. No obstante, un concepto estricto de daño moral ha de circunscribirse a la idea de *pretium doloris*, de manera que exigiría necesariamente la constatación de un dolor, sufrimiento, padecimiento psíquico o físico injustamente ocasionado. Por el contrario, una definición amplia alcanzaría también a las lesiones de la personalidad, es decir, de la integridad física, el honor, el buen nombre, la libertad, etc., con independencia de la efectiva materialización de consecuencias desfavorables o trastornos de ánimo. DÍEZ-PICAZO ha señalado que esta última es la tendencia que parece seguir tanto la doctrina francesa como la italiana. En este sentido, MAZEAUD y TUNC han diferenciado dos tipos de daños morales: de un lado, aquellos que incumben a la parte social del patrimonio moral y afectan al honor, reputación y consideración del individuo; y, de otro, los daños que conciernen a la parte afectiva del patrimonio moral, incluyéndose en este punto los sentimientos y afectos del individuo. Del mismo modo, LE TOURNEAU y CODIEL han adoptado una concepción

¹¹¹ Para un análisis más profundo de la definición doctrinal de daño y el problema de la noción jurídica del daño indemnizable, *vid.* DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 307-331.

¹¹² SANTOS BRIZ, J., *Derecho de obligaciones*, tomo I, Madrid, 1963, p. 193. Citado por DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños*, *op. cit.*, p. 307.

¹¹³ Respecto de esta definición, DÍEZ-PICAZO se refiere a la voz “Risarcimento del danno”, en Antonio Azara, A. & Eula, E., *Novissimo digesto italiano*, Vol. XVI: RIS-SEN Ed. UTET, Torino, 1969. Citado por DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños*, *op. cit.*, *ibidem*.

¹¹⁴ DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños*, *op. cit.*, *ibidem*.

¹¹⁵ De estas consideraciones parece posible extraer que el daño moral no presenta un carácter autónomo, sino que más bien se configura como accesorio a una lesión de otro tipo, es decir, un daño corporal, pudiendo este último concepto incluir tanto una lesión física como psicológica.

¹¹⁶ DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños*, *op. cit.*, p. 326.

¹¹⁷ ÁLVAREZ VIGARAY, R., “La responsabilidad por daño moral”, *Anuario de Derecho Civil* 1, 1966, p. 81.

extensa del daño moral, al concebirlo como cualquier detrimento extrapatrimonial derivado de una agresión a la integridad física, lo cual presume la existencia de un daño corporal derivado de una afectación de los derechos de la personalidad¹¹⁸. En este daño corporal se insertan, en tanto que daños extrapatrimoniales, tanto los sufrimientos morales y psíquicos (*pretium doloris*); como los perjuicios estéticos (*pretium pulchritudinis*); los perjuicios sexuales; y el denominado “perjuicio de relación”, entendido como la evicción de la posibilidad de llevar a cabo actividades de las cuales el sujeto había alcanzado un nivel especial o, en sentido más laxo, la “pérdida de los goces y alegrías que se pueden esperar de una existencia normal”¹¹⁹. Una concepción todavía más amplia incluiría el daño moral o perjuicio extrapatrimonial que resulta de los ataques o lesiones a los demás derechos de la personalidad, como sería el caso del derecho al nombre, la intimidad, el honor, el derecho moral del autor y del artista, derechos de familia, o los ataques contra los muertos cuando afectan a los vivos. La doctrina italiana, por su parte, ha suscrito un concepto extenso de daño no-patrimonial frente a la concepción estricta de daño moral como sufrimiento psicofísico. En esta línea se postulan autores como CIAN y TRABUCHI, quienes han concebido el daño a la “vida en relación” como el deterioro de la capacidad psicofísica del sujeto que interviene en la realización de actividades complementarias a su actividad de trabajo habitual, pero que suponen una mengua de la capacidad expansiva del individuo en el ámbito de las relaciones sociales y las posibilidades de afirmación en la vida social que puede llegar a reflejarse en una desventaja económica y que provienen de la molestia derivada de una lesión física. Adicionalmente, otra aproximación doctrinal lo ha entendido como la pérdida de la oportunidad de desempeñar otro tipo de actividades o mantener nuevas relaciones personales.

Asimismo, la doctrina ha concebido el daño biológico o a la salud como aquellas lesiones causadas a la integridad psicosomática de un sujeto con independencia de sus consecuencias o repercusiones patrimoniales. Sin embargo, se ha objetado que esta aproximación no distingue de manera adecuada entre la lesión de un derecho, en tanto que presupuesto del deber de indemnizar; del daño en sí mismo considerado, cuya producción puede suponer el deber de indemnizar, siempre y cuando se trate de un daño indemnizable¹²⁰. A juicio de DÍEZ-PICAZO, el daño moral ha de entenderse en sentido estricto, es decir, como el sufrimiento o perturbación de carácter psicofísico de la persona. No obstante, para este autor no todo sufrimiento psicofísico supone un daño moral indemnizable, sino tan solo aquel que constituye una lesión de los derechos de la personalidad. Por consiguiente, no es posible afirmar la existencia de daño moral en sentido estricto

¹¹⁸ LE TOURNEAU, P. & CADIET, L., *Droit de la responsabilité*, Paris, 1966. Citado por DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños*, op. cit., p. 326.

¹¹⁹ Esta definición pertenece a la profesora francesa Geneviève VINEY, a la cual se refiere expresamente DÍEZ-PICAZO, vid. *Derecho de daños*, op. cit., p. 327.

¹²⁰ En este sentido se postula DÍEZ-PICAZO, vid. *Derecho de daños*, op. cit., p. 328.

cuando la lesión se produzca sobre bienes económicos, del mismo modo que tampoco existirá daño indemnizable en virtud de las perturbaciones psicofísicas derivadas de incumplimientos contractuales, excepto cuando la prestación contractual incumplida repercuta en los derechos de la personalidad del acreedor. Además, esta concepción estricta de los daños morales propuesta por DÍEZ-PICAZO rechaza la mera presunción por parte de los tribunales ante la constatación de ciertas lesiones y no admite una indemnización estándar igual para todos, debiendo en todo caso ser objeto de algún tipo de prueba. Por lo demás, se ha de reiterar que la indemnización no puede presentar un carácter punitivo, sino que ha de consistir en la provisión de las “atenciones ordinarias en la vida de relación para sobrellevar este tipo de situación”¹²¹. Así pues, si se acepta lo anterior, para poder considerar la existencia de un daño moral del paciente por incumplimiento de los deberes correlativos a su consentimiento informado se ha de verificar la existencia de un daño psicosomático, además de la infracción de sus derechos de información o/y libre decisión o elección. En la práctica, si bien es cierto que alguna jurisprudencia ha considerado la existencia de un daño moral autónomo, al margen de los daños corporales sufridos¹²²; lo cierto es que se observa una tendencia a definir el *quantum respondatur* en función del resultado lesivo corporal (físico o psíquico) en el paciente. En otras ocasiones, los tribunales han establecido una suma moderada en caso de vulneraciones de derechos de la personalidad¹²³, lo cual parece indicar una identificación del daño moral con la infracción de la norma que reconoce el derecho, relativizándose por lo tanto el concepto de daño moral. Otra tendencia consiste en equiparar los daños morales a los daños psíquicos (modalidad de los daños corporales), si bien surge la objeción de la superfluidad, pues supone reconducir el daño moral a una modalidad de los daños corporales.

Por lo que respecta a los daños corporales, estos incluyen los resultados lesivos para la salud física y psíquica del paciente. Empleando la teoría del desplazamiento del riesgo¹²⁴, un sector jurisprudencial ha reconocido la posibilidad de que el paciente vea resarcidos los daños corporales sufridos a consecuencia de una intervención en su salud que, a pesar de haber sido ejecutada con la diligencia requerida por la *lex artis ad hoc*, ha sido practicada con inobservancia de los deberes del profesional de la salud en materia de consentimiento informado del paciente¹²⁵. A la luz de dicha teoría del

¹²¹ DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños*, op. cit., p. 329.

¹²² STS de 4 de abril de 2000 (RJ 2000\3258; Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos).

¹²³ STS de 23 de septiembre de 1992 (RJ 1992\7007; Ponente: Excmo. Sr. Mariano Baena del Alcázar).

¹²⁴ La *teoría del desplazamiento del riesgo* también se conoce como “criterio del traslado del riesgo”, “criterio de la no asunción” o “asunción de los riesgos por el facultativo”.

¹²⁵ Vid. SSTS de 26 de septiembre de 2000 (RJ 2000\8126; Ponente: Excmo. Sr. Alfonso Villagómez Rodil); de 21 de octubre de 2005 (RJ 2005\8547; Ponente: Excmo. Sr. Jesús Corbal Fernández). También el Tribunal Superior de Justicia de Navarra ha empleado la teoría del traslado del riesgo

desplazamiento del riesgo, el paciente no ha podido asumir los riesgos derivados de la intervención, puesto que el médico no le informó adecuadamente de los mismos, de tal manera que ha de ser el propio médico quien responda de la eventual materialización de los referidos riesgos, aun cuando este haya empleado “la más correcta técnica profesional”¹²⁶, es decir, incluso en aquellos casos en los que el facultativo hubiera cumplido el resto de deberes de diligencia médica recogidos en la *lex artis ad hoc* en lo referente a la ejecución de la intervención. Sin embargo, en contra de la aplicación de la teoría del desplazamiento del riesgo parece posicionarse GUERRERO ZAPLANA al afirmar que “es razonable admitir que se deba indemnizar la omisión del deber de información, pero que esta omisión traslade al médico los resultados contingentes sobre la vida y la salud es una consecuencia no prevista por el ordenamiento”¹²⁷.

Otra línea jurisprudencial ha concebido que la lesión del derecho al consentimiento informado del paciente involucra un daño moral, pues priva al paciente de la posibilidad de adoptar una decisión informada acerca de su autorización o rechazo de la intervención médica propuesta, lo cual supone un quebranto de la autodeterminación médica del paciente, manifestación de la autonomía personal en el ámbito sanitario. En este sentido, la doctrina ha señalado que la ausencia de consentimiento informado implica por sí misma un daño moral que ha de ser indemnizado con independencia de que se originen o no daños adicionales en la integridad física del paciente, pues dicha transgresión implica la imposibilidad del ejercicio de la autonomía de la voluntad, lo cual equivale a la pérdida de la oportunidad de haber tomado una decisión diferente¹²⁸, “sin olvidar que supone un atentado contra su dignidad”¹²⁹. En esta línea se ha pronunciado la Sala Tercera del TS, en cuya sentencia de 4 de abril del 2000 establece que “al omitir el consentimiento informado, se privó a los representantes del menor de la posibilidad de ponderar la conveniencia de sustraerse a la operación evitando sus riesgos y de asegurarse y reafirmarse en la necesidad de la intervención quirúrgica y se imposibilitó al paciente y a sus familiares para tener el debido conocimiento de dichos riesgos en el momento de someterse a la intervención (...). Esta situación de inconsciencia provocada por la falta de información imputable a la

en su pronunciamiento de 27 de octubre de 2001: “La falta o la insuficiencia de la información ofrecida al paciente o, lo que es igual, la omisión de un consentimiento previa y suficientemente informado de los riesgos inherentes a la intervención, determina la asunción de estos riesgos por el facultativo (SSTS de 23 abril 1992 y 26 de septiembre 2000; y sentencia de 6 marzo 1996, de dicho Tribunal Superior de Justicia) y, con ella, su responsabilidad por los daños en que pudieran materializarse” (RJ 2002\1079; Ponente: Illmo. Sr. D. Francisco Javier Fernández Urzainqui).

¹²⁶ SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.P., *La impropriamente llamada objeción de conciencia a los tratamientos médicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 109.

¹²⁷ GUERRERO ZAPLANA, J., *El consentimiento informado...*, *op. cit.*, p. 212.

¹²⁸ Es de suma relevancia tener presente que este planteamiento presupone que el paciente ha tomado alguna decisión, de manera que descarta un incumplimiento total de los deberes correlativos al consentimiento informado del paciente.

¹²⁹ SARDINERO GARCÍA, C., *Responsabilidad administrativa, civil y penal por falta de información en el ámbito clínico: criterios indemnizatorios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 93-94.

Administración sanitaria del riesgo existente, con absoluta independencia de la desgraciada cristalización en el resultado de la operación que no es imputable causalmente a dicha falta de información o de que esta hubiera tenido buen éxito, supone por sí misma un daño moral grave, distinto y ajeno al daño corporal derivado de la intervención”¹³⁰.

Esta doctrina de la pérdida de la oportunidad¹³¹ presupone la ausencia de daño para la autonomía del paciente cuando se pueda acreditar suficientemente que, a pesar del incumplimiento o cumplimiento defectuoso de los deberes en materia de información asistencial por parte del facultativo, el paciente habría otorgado consentimiento en el mismo sentido. Si, por el contrario, se puede demostrar que el paciente hubiera rechazado la intervención de haber sido adecuadamente informado, entonces el médico podrá ser declarado responsable¹³². De esta suerte, la aplicación de la doctrina de la pérdida de la oportunidad requiere la realización de un “juicio dentro juicio”, es decir, un juicio hipotético acerca de lo que el paciente hubiera decidido de haber sido adecuadamente informado. A pesar de que en un primer momento el TS consideró la pérdida de la oportunidad como un daño autónomo¹³³, una reciente línea jurisprudencial ha cambiado de criterio al considerarla como un mero instrumento para la determinación del daño causado por la ausencia o inadecuación de la información asistencial¹³⁴. En este sentido, la doctrina ha definido la pérdida de la oportunidad como un “régimen especial de imputación probabilística que opera en supuestos de incertidumbre causal”¹³⁵.

Inevitablemente, surge la duda de si procede la indemnización del daño por lesión del derecho a la autonomía del paciente aun cuando no se haya producido un resultado corporal lesivo ocasionado por la actuación médica y, de responderse esta cuestión en sentido afirmativo, en qué consiste y cómo se puede probar el

¹³⁰ *Vid.* STS de 4 de abril de 2000 (RJ 2000\3258; Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos). En el mismo sentido se pronuncia la sala 1ª en la STS de 13 de mayo de 2011 (RJ 2011\3279; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana).

¹³¹ También conocida como teoría de la “desaparición de la probabilidad” u “oportunidad de un suceso favorable”. LLAMAS POMBO, E., “Las dudas sobre el daño por pérdida de oportunidad”, *Práctica de Derecho de Daños*, n. 110/111, 2012, pp. 4-5. CADENAS OSUNA, D., *El consentimiento informado y...*, *op. cit.*, p. 354.

¹³² En estos casos, la jurisprudencia ha requerido la existencia de un grado de probabilidad cualificado de la determinación de la relación de causalidad entre el incumplimiento del deber y el daño sufrido. *Vid.* SSTS de 20 de mayo de 2011 (RJ 2011\3982; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana); 1 de junio de 2011 (RJ 2011\4260; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana) y 3 de julio de 2013 (RJ 2013\4380; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana). En la doctrina, *vid.* CADENAS OSUNA, D., *El consentimiento informado y...*, *op. cit.*, p. 355.

¹³³ STS de 10 de mayo de 2006 (RJ 2006\2399; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana).

¹³⁴ SSTS de 16 de enero de 2012 (RJ 2012\1784; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana); y de 8 de abril de 2016 (RJ 2016\1328; Ponente: Excmo. Sr. Eduardo Baena Ruiz).

¹³⁵ REGLERO CAMPOS, L.F. y MEDINA ALCOZ, L., “El nexos causal. La pérdida de oportunidad. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor”, en Reglero Campos, L.F. y Busto Lago, J.M. (coords.), *Tratado de responsabilidad civil*, tomo I, 5ª ed., Aranzadi, 2014, p. 848. CADENAS OSUNA, D., *El consentimiento informado y...*, *op. cit.*, pp. 360 y 389.

daño moral. Por lo que respecta a la primera pregunta referida a la adecuación de la indemnización del daño moral de forma autónoma, la doctrina ha señalado que “la respuesta negativa se consigna ya casi como una cláusula de estilo en muchas decisiones de la Sala Tercera del Tribunal Supremo y ello se refleja también en la STS (1ª) 10 mayo 2006 (RJ 2006\2399). Sin embargo, no se puede obviar que, aunque el resultado sea positivo y el paciente no tenga que confrontarse con la angustia de un desenlace negativo para el que no había podido prepararse, no tendría por qué ser descabellado hablar de los daños derivados de la lesión de su autonomía (en su faceta de derecho a elegir)”¹³⁶. En cuanto a las incertidumbres referidas a la prueba del daño moral entendido de manera autónoma, un sector doctrinal ha señalado que, a los efectos de comprobar si el incumplimiento de los deberes correlativos al consentimiento informado ha causado una lesión de la integridad moral del paciente, se ha de verificar si se le ha impedido ejercitar su derecho de libre elección, con independencia de la apreciación por parte del médico acerca de su racionalidad o conveniencia. De constatarse lo anterior, habrá un daño moral independientemente de la aparición de un resultado lesivo para la salud del paciente, el cual por lo demás será indemnizable. Respecto de la cuantía indemnizatoria, esta no dependerá de la afirmación de si se ha vulnerado o no el derecho a la integridad moral del paciente, sino de la magnitud del daño moral. Sin embargo, cuando la carencia de información no incida de manera significativa en la autodeterminación del paciente, entonces no podrá apreciarse la vulneración de la integridad moral, ya que sin lesión del derecho no hay daño moral ni, por consiguiente, fundamento para la indemnización económica. De lo anterior, la doctrina ha concluido que no toda ausencia de consentimiento informado implica un daño moral, si bien todo daño moral, incluido el causado por la ausencia de información, resulta económicamente indemnizable, a salvo de las excepciones legalmente reconocidas¹³⁷. Por lo que se refiere al *quantum* indemnizatorio del daño moral, este resulta muy discutido dada la elevada subjetividad existente en su determinación¹³⁸. Probablemente, estos problemas prácticos son la razón por la cual la jurisprudencia ha vinculado el daño moral a la constatación de un evento lesivo para la salud del paciente, lo cual evidencia una relativización del concepto de daño moral en la práctica.

En contraste con aquella corriente que afirma el carácter autónomo del daño moral procedente del incumplimiento de los deberes correlativos al consentimiento informado del paciente, un sector doctrinal ha considerado el daño moral por lesión de la autonomía del paciente como un daño no-independiente respecto del resultado lesivo para la salud del paciente derivado de la intervención

¹³⁶ ASÚA GONZÁLEZ, C.I., *Pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria*, Thomson-Aranzadi, Cizur-Menor, 2008, pp. 108-109.

¹³⁷ BASTIDA FREIJEDO, F.J., “El derecho a la autonomía del paciente como contenido de los Derechos Fundamentales”, *Revista Española de la Función Consultiva* 16, 2011, pp. 196-197.

¹³⁸ CADENAS OSUNA, D., *El consentimiento informado y...*, *op. cit.*, p. 354.

médica, de tal forma que la indemnización del eventual daño moral dependerá de la verificación de un daño corporal. Por consiguiente, de no constatarse dicho resultado corporal lesivo, tampoco podrá obtenerse indemnización por el daño moral. Este posicionamiento ha sido mantenido por el TS en numerosas resoluciones¹³⁹. Sin embargo, un sector doctrinal se ha cuestionado razonablemente si esta corriente jurisprudencial resulta compatible con el fundamento del consentimiento informado del paciente¹⁴⁰, es decir, con el respeto a la autonomía decisoria del mismo y, en última instancia, con su derecho a la integridad moral (15 CE)¹⁴¹.

3.1.1.2. Nexo causal

Para la determinación de la responsabilidad de un agente, ha de constatarse la mediación de una relación de causalidad entre la producción del daño y una conducta del mismo. La jurisprudencia ha distinguido entre causalidad fáctica, física o material y causalidad objetiva¹⁴². La teoría de la causalidad fáctica establece el nexo causal entre la conducta del agente y el daño con base en las reglas de la naturaleza (*quaestio facti*); mientras que la doctrina de la imputación jurídica va un paso más allá al requerir un juicio normativo de aquellas conductas que hayan superado el test de la causalidad material (*quaestio iuris*)¹⁴³. En contra de una distinción tajante entre ambas doctrinas, algunos autores han enfatizado la imposibilidad de aislar los hechos del Derecho, pues consideran que en la valoración de los juicios de hecho también tendrían cierta influencia los “valores personales y sociales”¹⁴⁴. En virtud de lo anterior, para el establecimiento de la

¹³⁹ En este sentido, se pronuncia la STS (Sala Tercera) de 4 de diciembre de 2009 (RJ 2009\8152; Ponente: Excmo. Sr. Juan Carlos Trillo Alonso), al afirmar que: “cuando la intervención es enteramente satisfactoria para el paciente; cuando no existe un daño físico, prima facie parece claro que aun cuando el consentimiento informado se hubiera omitido o practicado de forma irregular, no hay términos hábiles para el acogimiento de una acción resarcitoria ex artículo 139 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común o ex artículos 1.902 y demás citados del Código Civil (LEG 1889, 27)”.

¹⁴⁰ CADENAS OSUNA, D., *El consentimiento informado y...*, op. cit., p. 352.

¹⁴¹ Se ha de recordar que el TC ha afirmado que el consentimiento informado se fundamenta en la integridad física y moral del artículo 15 CE (STC 37/2011, de 28 de marzo). No obstante, el TC no se ha pronunciado de manera tajante acerca la exclusividad de la integridad moral en la explicación del consentimiento informado, o si también se ha de incluir la integridad física, lo cual ayudaría a despejar las dudas sobre la necesidad del resultado corporal lesivo a los efectos indemnizatorios.

¹⁴² SSTs de 17 de noviembre de 2011 (RJ 2012\1498; Ponente: Excmo. Sr. José Ramón Ferrándiz Gabriel); 3 de octubre de 2012 (RJ 2012\9711; Ponente: Excmo. Sr. José Ramón Ferrándiz Gabriel) y 4 de junio de 2014 (RJ 2014\4362; Ponente: Excmo. Sr. José Ramón Ferrándiz Gabriel).

¹⁴³ SSTs de 14 de octubre de 2008 (RJ 2008\6913; Ponente: Excmo. Sr. José Ramón Ferrándiz Gabriel); 30 de junio de 2009 (RJ 2009\5490; Ponente: Excmo. Sra. Encarnación Roca Trías) y 15 de diciembre de 2010 (RJ 2011\1550; Ponente: Excmo. Sr. José Ramón Ferrándiz Gabriel). En cuanto a la doctrina, vid. PANTALEÓN PRIETO, A.F., “Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación”, en AA. VV., *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, tomo II, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, p. 1563.

¹⁴⁴ LUNA YERGA, A., *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y causalidad*, Civitas, Madrid, 2004, pp. 356-357. En la misma línea se posicionan REGLERO CAMPOS, L.F. y MEDINA ALCOZ, L., “El nexo...”, op. cit., p. 866

responsabilidad no solo se habrá de constatar la existencia de una relación material entre la conducta del agente y el daño, sino que también se han de tomar en consideración los criterios de la imputación objetiva.

En sede de la causalidad fáctica, se distinguen dos tipos de teorías en función de la extensión de los antecedentes fácticos considerados al respecto de la producción del daño. Las teorías generalizadoras consideran todos los antecedentes del resultado lesivo, ya sean condiciones o causas del mismo. Por el contrario, las teorías individualizadoras tan solo consideran las causas del daño, excluyendo las meras condiciones del mismo en virtud de la debilidad de la relación causal respecto de la producción del daño¹⁴⁵. El arquetipo de las teorías generalizadoras lo constituye la teoría de la equivalencia de las condiciones, la cual parte de la idea de que la “causa es el conjunto de condiciones empíricas antecedentes que proporcionan la explicación, conforme con las leyes de la experiencia científica, de que el resultado haya sucedido; condiciones que no pueden ser jerarquizadas, por ser cada una de ellas tan causal como las demás”¹⁴⁶. No obstante, resulta necesario delimitar con carácter previo aquellas condiciones que anteceden al resultado lesivo, para lo cual tanto la doctrina como la jurisprudencia han recurrido mayoritariamente a la regla de la *condicio sine qua non*¹⁴⁷ (también conocida como *but-for test*)¹⁴⁸. Esta regla parte del supuesto de que constituye una condición del daño toda aquella circunstancia que suprimida *in mente* supone igualmente la desaparición del daño (juicio hipotético-negativo).

No obstante, a pesar de su mayoritaria aceptación, la regla de la *condicio sine qua non* no ha quedado exenta de crítica. En este sentido, un sector doctrinal ha señalado que el juicio hipotético-negativo supuesto por dicha regla puede conducir a suponer como condición del daño cualquiera de las circunstancias acaecidas en el marco de un curso causal, provocando con ello un *regressus ad infinitum*¹⁴⁹. Por otra parte, también podría generar problemas por defecto en la determinación de la relación de la causalidad al no reconocer el nexo causal en situaciones de causalidad concurrente o alternativa¹⁵⁰. Por lo demás, se ha afirmado que esta regla no constituye un verdadero instrumento para conocer la causalidad, sino que la presupone, configurándose por lo tanto como una simple

¹⁴⁵ CADENAS OSUNA, D., *El consentimiento informado y...*, *op. cit.*, p. 373.

¹⁴⁶ STS de 17 de septiembre de 2005 (RJ 2005\8885; Ponente: Excmo. Sr. José Almagro Nosete).

¹⁴⁷ Se usa el término *condicio* “porque aquella es la forma correcta en latín clásico, en el que «condición» era *condicio*, -onis, mientras que *conditio*, -onis significaba «fundación» o «creación»”. *Vid.* PANTALEÓN PRIETO, A.F., “Causalidad e imputación...”, *op. cit.*, p. 1561.

¹⁴⁸ SSTs de 27 de febrero de 2009 (RJ 2009\1672; Ponente: Excmo. Sr. Francisco Monterde Ferrer); 10 de marzo de 2010 (RJ 2010\4074; Ponente: Excmo. Sr. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre); 17 de noviembre de 2011 (RJ 2012\1498; Ponente: Excmo. Sr. José Ramón Ferrándiz Gabriel) y 4 de junio de 2014 (RJ 2014\4362; Ponente: Excmo. Sr. José Ramón Ferrándiz Gabriel). Cadenas Osuna, D., *El consentimiento informado y...*, *op. cit.*, p. 375.

¹⁴⁹ INFANTE RUIZ, F.J., *La responsabilidad por daños: nexo de causalidad y “causas hipotéticas”*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 142.

¹⁵⁰ *Vid.* CADENAS OSUNA, D., *El consentimiento informado y...*, *op. cit.*, p. 377.

herramienta para confirmar la causalidad¹⁵¹. Asimismo, la doctrina ha considerado que resulta imposible eliminar mentalmente una conducta consistente en una omisión, siendo este el caso de la inobservancia por parte del facultativo de los deberes de información asistencial y obtención del consentimiento. Sin embargo, en contra de lo anterior, parece posible afirmar que en realidad no existe ningún obstáculo lógico que impida la aplicación de la regla de la *condicio sine qua non* a conductas omisivas. Así pues, aplicando una lógica básica, no existe ningún inconveniente para concluir que la supresión de una omisión equivalga a una acción, de manera que, por ejemplo, la supresión del incumplimiento de los deberes de información asistencial del médico supone su cumplimiento. Por lo demás, este planteamiento tiene su correspondiente en el ámbito de la lógica semántica, ya que dos negaciones equivalen a una afirmación, de manera que negar una no-acción (es decir, una omisión) equivale a la acción.

Al margen de estos matices, y a los efectos de solucionar este “supuesto” problema, se ha propuesto una “versión adaptada de la *condicio sine qua non*”¹⁵², la cual establece que una omisión constituye la condición del resultado lesivo cuando la incorporación *in mente* de la conducta omitida implicaría la desaparición del daño. Sin embargo, esta versión adaptada ha sido censurada sobre la base de que tan solo una conducta que implique un cambio en el mundo puede constituir un resultado material¹⁵³. Asimismo, se ha puesto en duda que la adición de una conducta pueda evitar el resultado lesivo¹⁵⁴, siendo posible argüir las mismas objeciones señaladas para la versión estándar de la *condicio sine qua non* referidas a su mera utilidad para acreditar la causalidad, pero inhábil para determinarla. En este sentido, no resultaría posible concluir de manera directa e inequívoca que de haber recibido el paciente la información asistencial debida se hubiera evitado el resultado lesivo, sino que habría que determinar cuál hubiera sido la decisión del paciente. Con todo, esta crítica solo es posible si se considera que para la determinación de la responsabilidad por incumplimiento de los deberes de información asistencial se ha de constatar un daño corporal para la salud del paciente. Por el contrario, si se considera que de tal incumplimiento se deriva un daño moral directo (esto es, al margen de la materialización de un riesgo no advertido, lo cual es ciertamente problemático), supondría por lo tanto que, de la adición mental del cumplimiento de los deberes de información asistencial se

¹⁵¹ ARCOS VIEIRA, M.L., *Responsabilidad civil: nexo causal e imputación objetiva en la jurisprudencia*, Aranzadi, Cizur Menor, 2005, pp. 29-30.

¹⁵² También denominada “cuasi causalidad” o “causalidad hipotética”. Vid. CADENAS OSUNA, D., *El consentimiento informado y...*, *op. cit.*, p. 382.

¹⁵³ A contrario, podría alegarse que la existencia de una conducta, en tanto que presupone la existencia y materialidad del agente, implica necesariamente un suceso fáctico, bien sea positivo o negativo. En virtud de lo anterior, una omisión podría ser explicada como una realidad material. Por lo demás, la posibilidad de verificar las conductas omisivas mediante reglas empíricas pone en la pista de una cierta naturaleza material de las mismas.

¹⁵⁴ ARCOS VIEIRA, M.L., *Responsabilidad civil: nexo...*, *op. cit.*, p. 139.

deriva automáticamente la eliminación del daño moral¹⁵⁵. Por lo que respecta a la determinación de cuál habría sido la decisión del paciente de haber mediado la información legalmente exigida, la doctrina ha propuesto la aplicación de la teoría de la pérdida de la oportunidad, entendida en términos de imputación probabilística del daño¹⁵⁶.

Adicionalmente, se ha objetado que en los supuestos en los que se aplica la mencionada fórmula adaptada de la *condicio sine qua non* se añade una acción que se conoce como apta para evitar el resultado lesivo¹⁵⁷, de manera que se estaría alterando la función perseguida por la regla, a saber, la determinación de la causalidad. Sin embargo, esta crítica no parece afectar al supuesto del incumplimiento de los deberes correlativos al consentimiento informado del paciente, pues la supresión de la omisión de los mismos solo da lugar a la adición de su cumplimiento, no pudiendo elegirse entre más opciones, especialmente si se considera que, en tanto que reglas, estos deberes o se cumplen o se incumplen. A esta afirmación podría reprochársele que el deber de información puede incumplirse por completo (es decir, no proporcionar ninguna información acerca de los riesgos de la intervención) o, asimismo, incumplirse parcialmente al proporcionarse información incompleta o inadecuada, de suerte tal que en este último caso se podría suponer un incumplimiento parcial de dicho deber. Si bien esto puede parecer teóricamente correcto, en la práctica no se produce así, al menos por lo que respecta a la determinación de la responsabilidad, pues cuando se presenta una reclamación de responsabilidad con base en un daño corporal (físico o psíquico), este se produce en virtud de la materialización de un riesgo del cual el paciente no ha sido informado, de manera que no ha podido considerarlo en el proceso decisorio, por lo que ha de considerarse el incumplimiento total respecto de esa información debida. Como se podrá apreciar, el médico pudo haber otorgado o no información adecuada al respecto de los demás riesgos, lo cual no parece razonable que sea objeto de prueba en el juicio de responsabilidad, el cual se ha de circunscribir a la responsabilidad por el daño producido y, por tanto, a la información relativa a ese riesgo concreto que se ha materializado y del cual se debió informar. Por lo tanto, la información puede ser defectuosa en términos generales (cuando solo se haya informado acerca de algunos de los riesgos debidos), pero en la práctica judicial tal información se ha de verificar como

¹⁵⁵ En esta línea parece posicionarse GARCÍA RUBIO al afirmar que “desde el punto de vista de la autonomía del paciente el hecho de que este hubiera consentido a pesar de haber sido informado debería ser irrelevante; su derecho ha sido violado por el hecho de la omisión o defecto de información, lo que en último término conduciría a afirmar que el paciente debería ser compensado igualmente, incluso si su eventual decisión hubiera sido idéntica”, *vid.* GARCÍA RUBIO, M.P., “Incumplimiento del deber de información, relación de causalidad y daño en responsabilidad civil médica”, en Llamas Pombo, E. (coord.), *Estudio de Derecho de obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, tomo I, La Ley, Madrid, 2006, p. 827.

¹⁵⁶ REGLERO CAMPOS, L.F y MEDINA ALCOZ, L., “El nexo...”, *op. cit.*, p. 848. CADENAS OSUNA, D., *El consentimiento informado y...*, *op. cit.*, pp. 360 y 389.

¹⁵⁷ ARCOS VIEIRA, M.L., *Responsabilidad civil: nexos...*, *op. cit.*, p. 139.

cumplida o incumplida, en tanto que la causa de pedir se ha de circunscribir a la indemnización de un daño efectivamente producido y, en consecuencia, la prueba se ha de limitar a la constatación de la falta de información debida al respecto del riesgo concreto materializado. Por lo que se refiere a la autorización otorgada por el paciente previa a la intervención, la distinción de los supuestos en los que esta no se haya otorgado en absoluto, se haya concedido para un procedimiento médico diferente del que fue realizado o cuando se haya traspasado la extensión concreta de dicha autorización, resulta irrelevante, pues en todos los casos se trata de un incumplimiento total del deber de solicitar el consentimiento del paciente, ya que en cada uno de los supuestos contemplados se procede sin autorización al respecto de la intervención concreta y efectivamente practicada. De lo anterior se ha de concluir que los deberes correlativos al consentimiento informado del paciente son reglas que o se cumplen o se incumplen, no siendo posible graduar el nivel de cumplimiento o incumplimiento.

A los efectos de eludir los problemas de causalidad derivados de la aplicación de la fórmula adaptada de la *condicio sine qua non*, ARCOS VIEIRA ha considerado la categoría de “omisiones de diligencia”, en la que se incluirían aquellas acciones insertas en una conducta positiva más amplia cuya adecuada realización dependería de la actuación omitida. Este sería el caso de la omisión de los deberes correlativos al consentimiento informado, en tanto que deberes derivados de la relación asistencial. En virtud de lo anterior, dicha autora concluye que la omisión ha de considerarse en el conjunto de aquella actuación positiva más amplia en la que se inserta, de modo que es esta última conducta positiva la que se ha de tomar como referencia para determinar el nexo causal¹⁵⁸. Sin embargo, CADENAS OSUNA ha señalado que esta propuesta no exime de la necesidad de aplicar la fórmula adaptada de la *condicio sine qua non*, pues seguirá siendo preciso determinar si de haber cumplido el médico los deberes correlativos al consentimiento informado se habría producido igualmente el resultado lesivo¹⁵⁹.

A diferencia de la teoría causalidad fáctica, la doctrina de la imputación objetiva no se configura como un instrumento para determinar las causas del daño, sino que aspira a explicar aquellos supuestos en los que un daño puede ser objetivamente imputado a las conductas aparejadas al mismo en virtud de las leyes de la naturaleza. Por lo que se refiere a los supuestos de incumplimiento de los deberes correlativos al consentimiento informado del paciente, se han señalado dos criterios fundamentales de imputación: el criterio del incremento del riesgo y de la causalidad adecuada¹⁶⁰. En cuanto al criterio del incremento del riesgo, este

¹⁵⁸ En opinión de ARCOS VIEIRA, solo las “omisiones puras o en sentido estricto”, y no así las “omisiones de diligencia”, presentan los problemas apuntados respecto de las omisiones en sede de la regla de la *condicio sine qua non*. Vid. ARCOS VIEIRA, M.L., *Responsabilidad civil: nexos...*, op. cit., p. 127.

¹⁵⁹ CADENAS OSUNA, D., *El consentimiento informado y...*, op. cit., pp. 385-386.

¹⁶⁰ CADENAS OSUNA, D., *El consentimiento informado y...*, op. cit., pp. 395 y 404.

presenta a su vez dos versiones: la teoría de la elevación del riesgo y la teoría del nexo. La teoría de la elevación del riesgo permite la imputación objetiva del daño a la conducta del agente cuando esta hubiera implicado un incremento considerable del riesgo de que se produjera el resultado lesivo e independientemente de la probabilidad de que el daño se materializara a pesar de mediar la conducta diligente del agente¹⁶¹. A esta versión del criterio del incremento del riesgo se le ha objetado el hecho de permitir la imputación de un daño que de todos modos se podría haber producido a pesar de haber mediado una actuación diligente del agente. Por su parte, la teoría del nexo postula la imputación del daño cuando se constaten dos requisitos: que la conducta negligente haya elevado la probabilidad de producción del resultado lesivo, y que el daño no se hubiera producido si el agente hubiera observado los deberes legales de cuidado, en cuyo caso no se podrá imputar el daño a la conducta del agente¹⁶². Esta segunda versión también ha sido criticada a partir del argumento de que toda actividad peligrosa presenta un umbral de incertidumbre que permite dudar acerca de la producción del daño¹⁶³. CADENAS OSUNA se muestra a favor de la combinación de la causalidad fáctica y la imputación objetiva al recurrir a la teoría de la pérdida de la oportunidad para combatir las objeciones anteriormente señaladas, pues considera que permitiría excluir la imputación objetiva del daño en la proporción correspondiente a la probabilidad de que el daño se hubiera producido, con independencia del cumplimiento de los deberes de diligencia por parte del sujeto y cuando no se pudiera probar con certeza o de manera cualificada lo que habría sucedido de haberse respetado tales deberes de diligencia¹⁶⁴.

Al respecto de la aplicación de la teoría del incremento del riesgo y de la causalidad adecuada a los supuestos de incumplimiento de los deberes correlativos al consentimiento informado del paciente, no parece que realmente pueda concluirse un aumento del riesgo al respecto de la producción de un resultado físico lesivo derivado del incumplimiento de los deberes de información y previa autorización, en tanto que dicho resultado dependerá de la adecuada ejecución de la intervención y de una serie de factores que, por lo demás, escapan al control del profesional de la salud (p.ej. factores genéticos del paciente). No obstante, sí resulta posible observar una elevación del riesgo de un eventual daño psíquico para el paciente, si bien circunscrito a que este haya de soportar las

¹⁶¹ ROXIN, C., "Gedanken zur Problematic der Zurechnung im Strafrecht", en AA. VV., *Festschrift für Richard M. Honig zum 80. Geburtstag 3. Januar 1980. Dargebracht von Freunden un Kollegen*, Schwartz, Göttingen, 1970, pp. 133 y ss. Vid. también *Derecho penal: Parte general*, Tomo II. Especiales formas de aparición del delito, traducción de D.M. Luzón Peña, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, [1997] 2014, pp. 342 y ss.

¹⁶² A favor de la teoría del nexo, vid. PANTALEÓN PRIETO, A.F., "Causalidad e imputación...", *op. cit.*, p. 1578; y Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Tomo V. La Responsabilidad Civil Extracontractual*, Civitas, Navarra, 2011, p. 786.

¹⁶³ MONTEALEGRE LYNETT, E., "La culpa en la actividad médica: imputación objetiva y deber de cuidado", *Revista chilena de Derecho* 14 (2/3), 1987, pp. 277-278.

¹⁶⁴ CADENAS OSUNA, D., *El consentimiento informado y...*, *op. cit.*, p. 398.

consecuencias de un resultado físico lesivo, el cual no pudo prever ni asumir a consecuencia de la vulneración de sus derechos de información asistencial y/o libre elección por parte del facultativo. No obstante, no parece probable imaginar supuestos en los que se produzca un daño psíquico para el paciente sin que se produzca previamente un resultado lesivo para su salud física, pues no resulta claro hasta qué punto se puede hablar de la existencia de un daño para el paciente cuando la intervención de la cual no se ha recibido adecuada información o, incluso, no se ha consentido, presenta un desenlace satisfactorio, esto es, cuando implica un beneficio para su salud física. De lo anterior se desprende que en la práctica totalidad de los casos la omisión de los deberes correlativos al consentimiento informado solo elevará el riesgo de sufrir daño psíquico por parte del paciente cuando concurra además un daño físico. Sin embargo, no parece posible afirmar la existencia de un daño moral autónomo que presente una materialización más o menos directa e inmediata derivada de la vulneración del consentimiento informado del paciente, lo cual supondría confundir la infracción de una norma con la producción de un daño, no constituyendo este un planteamiento adecuado en materia de responsabilidad por daño¹⁶⁵.

Por lo que se refiere al criterio de causalidad adecuada, este establece que no toda condición del daño ha de ser considerada causa del mismo, sino tan solo aquellas condiciones que, en atención a un juicio de probabilidad, produzcan el daño según las leyes de la naturaleza¹⁶⁶. En este sentido, el criterio de causalidad adecuada aplicado a la imputación objetiva, excluye aquellas conductas que, a pesar de ser hábiles para constituir la causa material del daño, resultan poco probables o extraordinarias. Consecuentemente, este criterio requiere un doble juicio de previsibilidad. En primer lugar, un juicio de previsibilidad objetiva, es decir, que el daño sea previsible para un observador experimentado en atención a los conocimientos que razonablemente se le presumen. En segundo lugar, un juicio de previsibilidad subjetiva, en atención a los conocimientos concretos del sujeto, si bien no se han de considerar aquellas carencias fruto de su imprudencia. Por los mismos motivos alegados al respecto de la teoría del incremento del riesgo, no parece posible afirmar que la omisión de los deberes correlativos al consentimiento informado del paciente sea la causa adecuada de la producción de un resultado físico lesivo para el paciente. No obstante, en cuanto a las eventuales lesiones psíquicas derivadas de la materialización de riesgos que no hayan sido informados ni consentidos, resulta posible afirmar la existencia de una relación de causalidad adecuada, si bien circunscrita (en la inmensa mayoría de los casos, sino en todos), a la materialización de un resultado lesivo para la salud física del paciente, pues no resulta claro cómo se puede derivar un resultado psíquico lesivo de un beneficio para la salud física del paciente.

¹⁶⁵ *A contrario*, CADENAS OSUNA, D., *El consentimiento informado y...*, *op. cit.*, p. 399.

¹⁶⁶ MONTEALEGRE LYNETT, E., "La culpa en...", *op. cit.*, p. 263.

3.1.1.3. Culpa o negligencia

En virtud de la obligación de medios que pesa sobre los profesionales sanitarios, quienes no se obligan a la consecución de un resultado, sino tan solo al desarrollo de una actividad o conducta diligente, la perspectiva tradicional ha afirmado la naturaleza subjetiva de la responsabilidad civil médica, descartando cualquier tipo de responsabilidad más o menos objetiva¹⁶⁷. Así pues, para la determinación de la responsabilidad médica no solo es exigible la existencia de un daño causalmente relacionado con una conducta del profesional sanitario, sino que además esta ha de presentar un carácter culposo o, en palabras del artículo 1104 CC: “la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”¹⁶⁸. Por lo demás, la culpa o negligencia podrá configurarse como propia, es decir, de los profesionales sanitarios¹⁶⁹, en cuyo caso se ha de estar a la regulación establecida en los artículos 1101 o 1902 del CC, según se trate de responsabilidad contractual o extracontractual; o podrá ser ajena, del principal por los hechos de sus auxiliares, debiéndose entonces observar lo establecido en los artículos 1101 CC, si se trata de un supuesto de responsabilidad contractual; o 1903 CC, si la responsabilidad es extracontractual.

Por lo que se refiere a la inclusión del carácter doloso de la conducta en sede de la responsabilidad civil subjetiva, un sector doctrinal se ha mostrado contrario al reconocimiento de una *actio doli* autónoma y apreciable de oficio por el tribunal, con base en el carácter exclusivamente resarcitorio de la responsabilidad civil. En esta línea se sitúa LÓPEZ-LÓPEZ cuando afirma que “un mero desvalor de la conducta, aún oprobiosa, si no es delito, no es *per se* fuente de responsabilidad civil: comportará el agravamiento de la responsabilidad, no una pretensión

¹⁶⁷ SSTS de 3 de julio de 2013 (RJ 2013\4380; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana); 19 de julio de 2013 (RJ 2013\5004; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana) y 17 de junio de 2015 (RJ 2015\2651; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana).

¹⁶⁸ Añade el artículo 1104 CC, en su segundo párrafo, que: “cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia”.

¹⁶⁹ No obstante, existen decisiones que imputan a la empresa en virtud del art. 1902 CC, por “genéricas deficiencias asistenciales no individualizables o por prestación de un servicio irregular o defectuoso por omisión o incumplimiento de los deberes de organización, de vigilancia o de control”. *Vid.* SSTS de 20 julio 2009 (RJ 2009\3161; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana); de 22 de mayo de 2007 (RJ 2007\4618; Ponente: Excmo. Sr. Vicente Luis Montes Penades); de 9 de diciembre de 1998 (RJ 1998\9427; Ponente: Excmo. Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz). No obstante, otras decisiones reconocen la responsabilidad por dichas “genéricas deficiencias” *ex* artículo 1903 IV CC. *Vid.* SSTS de 22 de julio de 1997 (RJ 1997\221; Ponente: Excmo. Sr. Francisco Morales Morales); y 9 de junio de 1998 (RJ 1998\3717; Ponente: Excmo. Sr. José Almagro Nosete). *Vid.* ASÚA GONZÁLEZ, C.I., “Responsabilidad civil médica”, en Reglero Campos, L.F. y Busto Lago, J.M. (coords.), *Tratado de responsabilidad civil*, tomo I, 5ª ed., Thomson-Aranzadi, Cizur-Menor, 2014, nota 62, p. 359.

autónoma”¹⁷⁰. REGLERO CAMPOS, por su parte, ha señalado que “según la concepción del Código, las conductas dolosas dan lugar a responsabilidad por actos ilícitos, cuya solución civil se remite al orden penal. El civil se ocupa sólo de las culpables”¹⁷¹. Asimismo, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN y GULLÓN BALLESTEROS han afirmado que “la opinión común es que en el artículo 1902 también se comprende el daño causado a otro por dolo, no sólo por culpa o negligencia, en los supuestos, más bien excepcionales, en que no se esté ante una responsabilidad penal por delito”¹⁷². No obstante, en aquellos supuestos en los que sea aplicable la “doctrina del daño desproporcionado” se presumirá la culpabilidad *iuris tantum* del profesional sanitario¹⁷³.

De la definición de culpabilidad presente en el ordenamiento civil español se desprende la necesaria consideración del estándar de diligencia exigible al deudor de la obligación, lugar que en el supuesto del consentimiento informado del paciente ocupa el profesional sanitario. Así pues, en el contexto de la relación asistencial, estas pautas de comportamiento vienen determinadas por la *lex artis ad hoc*, entendida como criterio “delimitador de la normalidad de la asistencia sanitaria”¹⁷⁴. Asimismo, en la determinación de los deberes exigibles al profesional de la salud resulta relevante traer a colación el tipo de obligación que sobre este agente pesa, a saber, una obligación de medios o de actividad; o alternativamente

¹⁷⁰ LÓPEZ-LÓPEZ, A.M., “Tres cuestiones sobre responsabilidad civil: absolutividad de la distinción entre responsabilidad extracontractual y responsabilidad civil. Acumulación de las acciones correspondientes y *mutatio libelli*. Sustantividad y autonomía de una supuesta *actio doli*”, *Diario La Ley* 8132, 2013, pp. 1-6.

¹⁷¹ REGLERO CAMPOS, L.F., “Los sistemas de responsabilidad civil”, en Reglero Campos L.F. y Busto Lago, J.M (coords.), *Tratado de responsabilidad civil, op. cit.*, p. 296.

¹⁷² DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de...*, op. cit., p. 331.

¹⁷³ El TS ha definido el *daño desproporcionado* como: “aquel no previsto ni explicable en la esfera de su actuación profesional y que obliga al profesional médico a acreditar las circunstancias en que se produjo por el principio de facilidad y proximidad probatoria. Se le exige una explicación coherente del porqué de la importante disonancia existente entre el riesgo inicial que implica la actividad médica y la consecuencia producida, de modo que la ausencia u omisión de explicación puede determinar la imputación, creando o haciendo surgir una deducción de negligencia. La existencia de un daño desproporcionado incide en la atribución causal y en el reproche de culpabilidad, alterando los cánones generales sobre responsabilidad civil médica en relación con el *onus probandi* «de la relación de causalidad y la presunción de culpa (...), sin que ello implique la objetivación, en todo caso, de la responsabilidad por actos médico [sic]», «sino revelar, traslucir o dilucidar la culpabilidad de su autor, debido a esa evidencia (*res ipsa loquitur*)»”. *Vid.* STS de 24 de noviembre de 2016 (RJ 2016\5649; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana).

¹⁷⁴ *Vid.* STS de 6 de octubre de 2015 (RJ 2015\4879; Ponente: Excmo. Sr. José Luis Requero Ibáñez). El TS ha definido la *lex artis ad hoc* como el “módulo o criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del acto, y en su caso, de la influencia de otros factores endógenos –estado e intervención del enfermo, de sus familiares, o de la misma organización sanitaria–, para calificar dicho acto conforme o no con la técnica normal requerida”. *Vid.* STS de 25 de noviembre de 2010 (RJ 2011\1313; Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos). En este mismo sentido: SSTS de 24 de octubre de 2008 (RJ 2008\5793; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana); 8 de julio de 2009 (RJ 2009\4459; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana) y 29 de enero de 2010 (RJ 2010\418; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana).

una obligación de resultado. La diferencia resulta relevante, pues en palabras del TS: mientras que “en la obligación de resultado, la no obtención de este, que implica incumplimiento de obligación, hace presumir la culpa; en la obligación de actividad, es precisa la prueba de la falta de diligencia, para apreciar incumplimiento”¹⁷⁵.

De lo anterior se deduce la necesidad de reiterar la ya aludida distinción entre medicina curativa o terapéutica y medicina satisfactiva o voluntaria. La jurisprudencia ha reiterado en numerosas ocasiones que en el ámbito de la medicina curativa el profesional de la salud ostenta una obligación de medios y no de resultados, dada la pluralidad de factores que inciden en la consecución del resultado (esto es, la curación), muchos de los cuales escapan al control del médico, razón por la cual no resulta exigible al profesional sanitario la sanación de paciente¹⁷⁶. Por lo que se refiere a la medicina satisfactiva, la doctrina ha observado una evolución jurisprudencial en cuatro etapas¹⁷⁷. En una primera etapa, iniciada en la década de los cincuenta del siglo pasado, el TS se mostraba reacio a clasificar las obligaciones del profesional sanitario en los supuestos de medicina satisfactiva como obligaciones de resultados¹⁷⁸. Sin embargo, llegados los años noventa, el TS comienza a calificar los contratos suscritos en el marco de la medicina satisfactiva entre médico y paciente como contratos de obra, en virtud de los cuales el facultativo se compromete a la obtención del resultado pretendido por el paciente¹⁷⁹. En una tercera etapa, la jurisprudencia suaviza la calificación del contrato en sede de medicina satisfactiva como contrato de obra, a pesar de reconocer su proximidad con dicha modalidad contractual, exigiéndose con ello mayores garantías en la consecución del resultado, y se intensifican en este

¹⁷⁵ STS de 22 de abril de 1997 (RJ 1997\3249; Ponente: Excmo. Sr. Xavier O’Callaghan Muñoz).

¹⁷⁶ Así, en la STS de 24 de septiembre de 1994 el TS ha afirmado que: “es, asimismo, doctrina reiterada y uniforme de esta Sala la de que la obligación contractual o extracontractual del médico y, en general, del profesional sanitario, no es la de obtener en todo caso la recuperación del enfermo, o, lo que es lo mismo, no es la suya una obligación de resultado, sino una obligación de medios, es decir, está obligado, no a curar inexcusablemente al enfermo, sino a proporcionarle todos los cuidados que requiera según el estado de la ciencia; además, en la conducta de los profesionales sanitarios queda descartada toda clase de responsabilidad más o menos objetiva, sin que opere la inversión de la carga de la prueba, admitida por esta Sala para los daños de otro origen, estando, por tanto, a cargo del paciente (o de sus familiares) la prueba de la culpa y de la relación o nexo de causalidad, ya que a la relación causal material o física ha de sumarse necesariamente el reproche culpabilístico, por lo que no hay responsabilidad médica cuando no es posible establecer la relación de causalidad culposa, por no depender de la misma el resultado dañoso” (RJ 1994\7313; Ponente: Excmo. Sr. Francisco Morales Morales). Más recientemente, *vid.* SSTS de 18 de junio de 2008 (RJ 2008\4256; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana); 25 de noviembre de 2010 (RJ 2011\1313; Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos) y 3 de febrero de 2015 (RJ 2015\641; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana).

¹⁷⁷ CADENAS OSUNA, D., *El consentimiento informado y...*, *op. cit.*, pp. 418 y ss.

¹⁷⁸ SSTS de 21 de marzo de 1950 (RJ 1950\394; Ponente: Excmo. Sr. Acacio Charrín y Martín Veña); y de 3 de diciembre de 1991 (RJ 1991\8907; Ponente: Excmo. Sr. Teófilo Ortega Torres).

¹⁷⁹ SSTS de 13 de diciembre de 1997 (RJ 1997\8816; Ponente: Excmo. Sr. Xavier O’Callaghan Muñoz); y de 7 de febrero de 1990 (RJ 1990\668; Ponente: Excmo. Sr. Antonio Fernández Rodríguez).

momento los deberes de información que han de preceder a la autorización de la intervención por el paciente, en virtud de la menor urgencia y mayor margen de maniobra y voluntariedad que las intervenciones en materia de medicina satisfactiva presentan¹⁸⁰. Por último, una reciente jurisprudencia ha afirmado que en la medicina satisfactiva la naturaleza jurídica de los contratos suscritos entre los profesionales de la salud y los pacientes se corresponde con el contrato de servicios, excluyendo por completo aquella referencia al mayor compromiso en la obtención del resultado perseguido con la intervención, dada la participación de los mismos factores que en el ámbito de la medicina curativa condicionan la consecución del resultado y que escapan al poder del facultativo, si bien conservando la exigencia relativa a una mayor extensión de los deberes de información que han de preceder al consentimiento del paciente en el marco de la medicina satisfactiva¹⁸¹.

En virtud de lo anterior, resulta posible afirmar que en la actualidad no existen diferencias relevantes al respecto de la determinación de la culpabilidad del facultativo en atención al tipo de intervención que se realice, ya se enmarque en un supuesto de medicina curativa o satisfactiva, pues en ambos casos se tratará de un contrato de servicios y de una obligación de medios, a salvo del estándar de información cualificado requerido para las intervenciones realizadas en el marco de la medicina satisfactiva. A pesar de lo anterior, existen dos casos excepcionales en los que el médico asume una obligación de resultados. El primer supuesto se produce exclusivamente en sede contractual y se refiere a aquellos casos en los que el profesional de la salud se compromete expresamente a la obtención del resultado, lo cual podría ocurrir tanto en el ámbito de la medicina curativa como satisfactiva¹⁸². Por lo demás, a los efectos de la constatación y prueba de la existencia de dicha garantía de resultado, la existencia de publicidad constituye un elemento relevante¹⁸³. En segundo lugar, la naturaleza de la obligación también se transforma configurándose como una obligación de resultado cuando el médico se compromete a la entrega de alguna cosa corporal (p.ej. entrega de un informe, el resultado de una prueba, etc.), si bien dicha mutación se restringe exclusivamente

¹⁸⁰ STS de 25 de abril de 1994 (RJ 1994\3073; Ponente: Excmo. Sr. José Luis Albácar López).

¹⁸¹ STS de 20 de noviembre de 2009 (RJ 2010\138; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana); de 30 de junio de 2009 (RJ 2009\6460; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana); de 3 de marzo de 2010 (RJ 2010\3778; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana); de 28 de junio de 2013 (RJ 2013\4986; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana); de 19 de julio de 2013 (RJ 2013\5004; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana); de 7 de mayo de 2014 (RJ 2014\2477; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana); de 3 de febrero de 2015 (RJ 2015\641; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana); y de 13 de abril de 2016 (RJ 2016\1495; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana).

¹⁸² STS de 22 de noviembre de 2007 (RJ 2007\8651; Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos).

¹⁸³ STS de 4 de octubre de 2006 (RJ 2006\6428; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana).

a la conducta de entregar la cosa, permaneciendo el resto de la relación asistencial regida por una obligación de medios¹⁸⁴.

La doctrina mayoritaria incluye los deberes correlativos al consentimiento informado del paciente en el contenido de la *lex artis ad hoc*, constituyendo su omisión o incumplimiento parcial un supuesto de mala praxis¹⁸⁵. Sin embargo, un sector doctrinal se ha cuestionado la inclusión del deber de información asistencial previa al consentimiento en la *lex artis*, en tanto que la aplicación de la misma solo resulta concebible en el marco de un procedimiento o intervención médica, de manera que el consentimiento informado se constituiría, en un momento previo a la aplicación de la *lex artis*, como presupuesto de legitimación de la intervención, salvo en aquellos casos en los que el consentimiento tenga lugar en fases sucesivas una vez iniciado dicho procedimiento¹⁸⁶. Al margen de estas discrepancias, lo cierto es que la jurisprudencia ha incluido expresamente este deber de información asistencial en la obligación de medios que recae sobre los profesionales de la salud¹⁸⁷.

¹⁸⁴ CADENAS OSUNA, D., *El consentimiento informado y...*, *op. cit.*, p. 431.

¹⁸⁵ SSTs de 20 de noviembre de 2012 (RJ 2013\314; Ponente: Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí); de 4 de diciembre de 2012 (RJ 2013\1508; Ponente: Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí); de 11 de abril de 2013 (RJ 2013\3384; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana); de 30 de abril de 2013 (RJ 2013\4058; Ponente: Excmo. Sr. Ricardo Enríquez Sancho); de 4 de junio de 2013 (RJ 2013\4305; Ponente: Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García); de 19 de julio de 2013 (RJ 2013\4641; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana); de 9 de mayo de 2014 (RJ 2014\2716; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana); de 26 de mayo de 2015 (RJ 2015\3132; Ponente: Excmo. Sr. Jesús Cudero Blas); de 17 de junio de 2015 (RJ 2015\2651; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana); de 23 de octubre de 2015 (RJ 2015\4901; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana); de 12 de abril de 2016 (RJ 2016\1334; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana); de 24 de noviembre de 2016 (RJ 2016\5649; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana); y de 27 de junio de 2017 (JUR 2017\176620; Ponente: Excmo. Sr. José Luis Requero Ibáñez).

¹⁸⁶ Vid. BERROCAL LANZAROT, A.N., "El valor...", *op. cit.*, p. 87. En esta misma línea se pronuncia SÁNCHEZ GÓMEZ cuando afirma que "la independencia y precisión con que se regula la información en la actualidad, así como su vinculación con el derecho a la autonomía decisoria del paciente en caso de cumplimiento correcto de la misma, avalan, a nuestro entender, la tesis de su consideración como una obligación distinta a la que integra la *lex artis*, *stricto sensu* e independiente de la principal de asistencia. Buena muestra de ello, es la posibilidad de cumplir esta y la de incumplir, por el contrario, la de información". Vid. SÁNCHEZ GÓMEZ, A., "La información al paciente y el consentimiento informado en el Derecho español. Referencia legal y jurisprudencial. La praxis médica», *Aranzadi Civil-Mercantil* 8, diciembre 2014, p. 112. BARCELÓ DOMÉNECH, J. "La integración del deber médico de información en la *lex artis*: referencia legal y jurisprudencial en el derecho español", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto* 8(8), 2016, p. 15.

¹⁸⁷ Así pues, el TS ha afirmado que "una aproximación al contenido de la aludida obligación de medios a emplear por el médico, obligación que, sin ánimo de agotar la materia, puede condensarse en los siguientes deberes imputables al mismo: B) Informar al paciente o, en su caso, a los familiares del mismo, siempre, claro está, que ello resulte posible, del diagnóstico de la enfermedad o lesión que padece, del pronóstico que de su tratamiento puede normalmente esperarse, de los riesgos que del mismo, especialmente si este es quirúrgico, pueden derivarse y, finalmente, y en el caso de que los medios de que se disponga en el lugar donde se aplica el tratamiento puedan resultar insuficientes, debe hacerse constar tal circunstancia, de manera que, si resultase posible, opte el paciente o sus familiares por el tratamiento del mismo en otro centro médico más adecuado". Vid. STS de 25 de abril de 1994 (RJ 1994\3073; Ponente: Excmo. Sr. José Luis Albácar López).

3.1.2. Responsabilidad civil contractual y extracontractual

La celebración o no por parte del paciente de un contrato de servicios médicos, ya sea directamente con el profesional de la salud, ya con el titular del establecimiento hospitalario, determina una variedad de regímenes. En líneas muy generales, cuando exista una relación entre el paciente y el sujeto responsable del daño, entonces el fundamento de la reclamación será contractual. Por el contrario, cuando la reparación del daño corresponda a alguien que no ha sido parte en una relación obligatoria, la reclamación será extracontractual. Para determinar quién ha de responder del daño se ha de verificar la existencia o no de un contrato. Una vez constatada la existencia de una relación obligacional, se ha de resolver la cuestión acerca de con quién ha contratado el paciente-demandante, pudiéndose dar diversas respuestas al respecto. Así pues, podría ocurrir que el paciente hubiera contratado con el titular del centro hospitalario, pudiendo entonces concurrir un supuesto de responsabilidad contractual respecto de este último, junto con la responsabilidad extracontractual del médico. Sin embargo, cuando el paciente haya contratado directamente con un médico, quien lo dirige a una clínica, entonces la reclamación contra el médico podría ser contractual y extracontractual contra la clínica¹⁸⁸. Por lo que respecta a la eventual responsabilidad de la compañía aseguradora, la jurisprudencia ha apuntado hacia la necesidad de constatar una relación de dependencia de los facultativos, entendida en sentido amplio, y la aparición de la aseguradora en el contrato como prestadora de un servicio sanitario¹⁸⁹.

En la práctica, la determinación del fundamento contractual o extracontractual de la responsabilidad resulta ser una tarea dificultosa, permaneciendo incluso incierta en determinadas ocasiones. En este sentido, la doctrina ha señalado una suerte de “zona mixta” entre ambas modalidades de responsabilidad¹⁹⁰. A pesar de que un mismo daño no puede ser contractual y extracontractual al mismo tiempo, lo cierto es que en virtud de la unidad de la culpa civil y el principio general de no dañar a nadie (*neminem laedere*) podría parecer que las normas de la responsabilidad extracontractual fueran siempre alegables para fundamentar cualquier pretensión indemnizatoria. Ciertamente, tanto la unidad de culpa civil como el principio general de no dañar suelen ser

¹⁸⁸ ASÚA GONZÁLEZ, C.I., “Responsabilidad civil...”, *op. cit.*, p. 343.

¹⁸⁹ SSTS 2 de noviembre de 1999 (RJ 1999\7998; Ponente: Excmo. Sr. Alfonso Villagómez Rodil); 10 de noviembre de 1999 (RJ 1999\8057; Ponente: Excmo. Sr. Román García Varela); 19 de junio de 2001 (RJ 2001\4974; Ponente: Excmo. Sr. José Almagro Nosete); 4 de octubre de 2004 (RJ 2004\6066; Ponente: Excmo. Sr. José Ramón Ferrándiz Gabriel); 4 diciembre 2007 (RJ 2008\251; Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos); 4 de junio de 2009 (RJ 2009\3380; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana); 4 noviembre de 2010 (RJ 2010\7988; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana); 24 de mayo de 2012 (RJ 2012\6539; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana).

¹⁹⁰ ASÚA GONZÁLEZ, C.I., “Responsabilidad civil...”, *op. cit.*, p. 353.

invocados cuando los bienes sobre los que incide el resultado lesivo son la vida, la integridad y la propiedad, bienes que por su especial consideración parecen ser extracontractualmente indemnizables en todo caso, si bien nada impide determinar la responsabilidad contractual del sujeto cuando medie una relación de obligación¹⁹¹. No obstante, al margen del fundamento en atención al cual se articule la reclamación y en virtud de lo establecido en los artículos 218.1 (apartado 2º)¹⁹² y 400.1 (apartado 1º)¹⁹³ LEC, el juez o tribunal podrá corregir dicho fundamento cuando lo considere erróneo, sin apartarse ni variar la *causa petendi* de la demanda¹⁹⁴, de manera que las posibles incertidumbres acerca de la naturaleza del fundamento concreto de reclamación no tienen por qué impedir el buen fin de la reclamación. A continuación, se analizarán las principales implicaciones al respecto de la responsabilidad civil contractual y extracontractual por incumplimiento de los deberes correlativos al consentimiento informado del paciente, tanto por hecho propio como por hecho ajeno, en el ordenamiento civil español.

3.1.2.1. Responsabilidad civil contractual

Como ya se ha adelantado, la responsabilidad civil contractual tiene su origen en el daño causado a consecuencia del incumplimiento de las obligaciones contractuales de alguna de las partes. De este modo, el paciente solo podrá reclamar la responsabilidad contractual del médico por incumplimiento de los deberes correlativos al consentimiento informado cuando el primero haya suscrito un contrato de servicios médicos con el segundo. De constatarse lo anterior, entonces serán de aplicación los artículos 1101 y siguientes del CC. A los efectos de este análisis, se ha de distinguir adecuadamente entre el “contrato de servicios médicos” y el “contrato de hospitalización” o “contrato de clínica”¹⁹⁵. Así, mientras que el contrato de servicios médicos se dirige a la prestación de las atenciones médicas requeridas por la condición de salud del paciente; el contrato de hospitalización abarca aquellas prestaciones paramédicas orientadas al cuidado y atención hospitalaria¹⁹⁶. En virtud de esta distinción, en el ámbito de la medicina

¹⁹¹ SSTs de 4 de marzo de 2009 (RJ 2009\1873; Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos); y de 22 de diciembre de 2008 (RJ 2009\162; Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos).

¹⁹² Artículo 218.1. Apdo. 2º LEC: “El tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes”.

¹⁹³ Artículo 400.1. Apdo. 1º LEC: “Cuando lo que se pida en la demanda pueda fundarse en diferentes hechos o en distintos fundamentos o títulos jurídicos, habrán de aducirse en ella cuantos resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerla, sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso ulterior”.

¹⁹⁴ SSTs 17 de julio de 2012 (RJ 2012\8027 Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana); y de 24 de mayo de 2012 (RJ 2012\6539; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana).

¹⁹⁵ CADENAS OSUNA, D., *El consentimiento informado y...*, *op. cit.*, p. 449.

¹⁹⁶ GONZÁLEZ MORÁN, L., *La responsabilidad civil del médico*, Bosch, Barcelona, 1990, p. 231. La jurisprudencia, por su parte, ha definido el “contrato de clínica u hospitalización” como un “contrato atípico, complejo, perfeccionado por el acuerdo de voluntades entre el paciente y una

privada, se ha de estar a lo establecido por las partes contratantes para determinar la responsabilidad contractual o extracontractual derivada del incumplimiento de los deberes correlativos al consentimiento informado. Así pues, la eventual responsabilidad contractual del profesional sanitario depende, además de la constatación de los presupuestos de responsabilidad anteriormente señalados (daño, nexo causal y culpa/negligencia), de que el paciente haya celebrado con aquel un contrato de servicios médicos.

La determinación de la responsabilidad contractual del médico en materia de consentimiento informado ha de presuponer necesariamente que los deberes de información asistencial y obtención de autorización forman parte del contenido del contrato de servicios médicos y, por lo tanto, de la obligación de medios que pesa sobre el facultativo contratante. En atención a la consideración de dichas obligaciones como parte del contenido contractual, para determinar la eventual responsabilidad del facultativo se ha de verificar la relación causal entre el daño sufrido y el incumplimiento de la obligación por parte del médico, para lo cual se ha de realizar un juicio de previsibilidad *ex ante*, es decir, determinar si el profesional debió prever el evento lesivo¹⁹⁷. De este modo, se ha de determinar si los daños acaecidos a consecuencia del incumplimiento de los deberes correlativos al consentimiento informado del paciente eran o no previsibles. Considerando la estructura compleja del consentimiento informado, resulta necesario distinguir si el profesional sanitario omitió u otorgo de manera inadecuada la información asistencial, de un lado; o si intervino en la salud del paciente con su consentimiento, de otro. En el caso de incumplimiento de los deberes de información asistencial, el paciente, al haber sido privado de la información relevante acerca de su estado de salud, riesgos y de las alternativas terapéuticas a su alcance, vio limitada su capacidad para tomar una decisión adecuada en atención a sus concretas circunstancias y, en consecuencia, no pudo asumir ni aceptar el riesgo de un eventual resultado lesivo. Parece claro que, resultando dicha información legalmente exigible en virtud de los deberes previstos por la LBAP, las legislaciones autonómicas y la propia *lex artis ad hoc*, el médico podía y debía haber previsto la posibilidad de tal perjuicio, así como la necesidad de comunicación al paciente. Por otra parte, si lo que se inobserva es el deber de solicitar autorización previa a la intervención, entonces se estará privando al paciente de su derecho a elegir libremente, lo cual supone una vulneración directa de su autonomía. Dicha lesión de la autonomía del paciente resultará en todo caso

clínica privada, que puede abarcar la prestación de distintas clases de servicios, según la modalidad bajo la que se haya estipulado, pero que, en todo caso, comprende los llamados extra-médicos (de hospedaje o alojamiento) y los denominados asistenciales o paramédicos, aunque también puede abarcar los actos pura y estrictamente médicos, siendo para ello necesario que el paciente haya confiado a la clínica su realización por medio de sus propios facultativos (el contenido de la reglamentación negocial depende, al fin, de la autónoma voluntad de los contratantes)". *Vid.* STS de 4 de marzo de 2013 (RJ 2013\2167; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana).

¹⁹⁷ REGLERO CAMPOS, L.F., "Los sistemas...", *op. cit.*, pp. 301-302.

previsible para el médico sobre quien pesa el deber legal de recabar la autorización, entendida como el presupuesto legitimador de su actuación. No obstante, se ha de tener presente que, invariablemente, se ha de constatar la existencia de un daño, pues sin la ocurrencia de un daño efectivo para el demandante, no existirá fundamento para la imputación de la responsabilidad del demandado.

Al respecto del requisito de la previsibilidad en materia de responsabilidad contractual, CADENAS OSUNA ha planteado como irrazonable la exigibilidad de la previsibilidad de los daños corporales por parte del médico que actúa inobservando total o parcialmente los deberes correlativos al consentimiento informado, si bien respetando los demás deberes de diligencia médica¹⁹⁸. Sin embargo, esta afirmación solo puede ser defendida precisamente respecto de la ejecución diligente de la intervención adecuadamente informada y autorizada, si bien no se entiende cómo puede afirmarse respecto de una actuación de la cual no se ha informado convenientemente o que ni siquiera ha sido autorizada. En este sentido, se ha de presuponer un deber profesional del médico de conocer la información legalmente exigible en función del paciente concreto, para cuya determinación se efectúa un juicio de previsibilidad previo como presupuesto de la actuación diligente en materia asistencial. De este modo, dicho juicio de previsibilidad exigible presupone la evaluación de los riesgos esperables, los cuales se han de comunicar al paciente tanto para asistir a su proceso decisorio (tesis de la oportunidad), como a los efectos de facilitar que este asuma los eventuales resultados lesivos que se puedan derivar en atención a dicho juicio de previsibilidad (teoría del desplazamiento del riesgo). Cuando tales riesgos, aun materializados, fueren imprevisibles en atención al estado de la ciencia médica, entonces no pesará sobre el médico el deber jurídico de comunicarlos y, consecuentemente, no podrá el paciente exigir la responsabilidad por su materialización, siempre y cuando en el desarrollo de la intervención se hayan cumplido todos los demás deberes de diligencia exigibles. Empero, cuando los riesgos de una intervención estuvieran disponibles para la ciencia médica y, consiguientemente, su conocimiento y comunicación fuera exigible al médico, su no comunicación supondrá tanto la imposibilidad de asunción del riesgo concreto por parte del paciente, como un impedimento para la calificación de su consentimiento como verdaderamente informado, restringiendo con ello las posibilidades de elección del paciente quien, al no tener toda o ninguna información, carece de sustento para poder otorgar un consentimiento basado en los datos relevantes acerca de la situación médica en la que se encuentra, los riesgos previsibles y las alternativas disponibles, según los casos. En este sentido, resulta ineludiblemente predecible para el médico que, de no informar acerca de un riesgo previsible, este deba asumir el evento de su materialización. Por lo

¹⁹⁸ CADENAS OSUNA, D., *El consentimiento informado y...*, op. cit., pp. 450-451.

demás, resulta evidente que son los profesionales de la salud quienes se encuentran en una mejor posición para poder prever y evaluar la frecuencia y gravedad de la ocurrencia de un evento lesivo para la salud del paciente, razón que hablaría a favor del empleo de la teoría del desplazamiento del riesgo.

Por lo que se refiere a la práctica de una intervención sin autorización previa y la previsibilidad del advenimiento del daño, algún sector doctrinal ha señalado la aparición de una suerte de daño moral directo derivado de dicha intervención no autorizada¹⁹⁹. No obstante, afirmar lo anterior supondría identificar la lesión de la norma con el acaecimiento de un daño, lo cual no parece asumible en materia de responsabilidad, dada la necesidad de un daño efectivo, constatable y cuantificable, además del carácter meramente punitivo que tal consideración presentaría. Si se aceptan estas objeciones, la única alternativa indemnizatoria consistirá en atender a la ocurrencia de un daño corporal, ya sea físico o psíquico, del paciente. Con la intervención no autorizada, ciertamente se está accediendo de manera ilegítima al cuerpo del paciente, vulnerando bienes con rango constitucional y fundamental, como es el caso de la integridad física. Con todo, para que esta intromisión injustificada pueda ser indemnizable bajo los presupuestos de las tesis de la responsabilidad, ha de derivarse un daño o resultado lesivo antijurídico.

Evidentemente, resulta exigible al profesional de la salud el conocimiento de las consecuencias jurídicas derivadas de la realización de una intervención médica carente de la autorización previa del paciente capaz, lo cual supondrá la vulneración de sus derechos personales, a salvo de los supuestos excepcionales en los que exista una justificación constitucional para el desempeño de la intervención. Una intervención arbitraria e ilegítima del facultativo podría indicar la existencia de un dolo eventual en dicha conducta, especialmente si se considera que el médico realiza la intervención de manera necesariamente consciente, lo cual podría presuponer de algún modo su intencionalidad²⁰⁰. Con todo, una intervención no autorizada en la salud del paciente no tiene por qué acarrear de

¹⁹⁹ En este sentido parece pronunciarse CADENAS OSUNA cuando afirma que “resulta manifiesto que el profesional sanitario debe prever que la omisión del consentimiento informado del paciente priva a este de la posibilidad de adoptar una decisión informada sobre su sometimiento o rechazo a la actuación médica y, consiguientemente, le causa un daño moral por vulneración de su derecho a la autodeterminación en el ámbito sanitario”. *Vid.* CADENAS OSUNA, D., *El consentimiento informado y...*, *op. cit.*, p. 450. Si bien es cierto que la citada autora emplea la expresión “decisión informada”, la cual resulta imprecisa a los efectos de determinar qué es lo que realmente se incumple; en virtud del carácter auxiliar de la información, parece posible pensar que se está refiriendo principalmente al deber del médico de solicitar autorización previa a la intervención.

²⁰⁰ Téngase en cuenta que, en todo caso, el médico que realiza la intervención ha de confirmar la existencia de autorización por parte del paciente o sus representantes, según los casos. No obstante, la objetivación del dolo resulta una cuestión muy polémica, especialmente en el ámbito del Derecho penal, siendo preciso un estudio más pormenorizado y profuso, lo cual excedería el objeto de estudio de esta obra. Baste apuntar aquí que *a priori* no existe ninguna razón para descartar la posible apreciación de dolo eventual en la conducta del facultativo que interviene sin mediar ningún tipo de consentimiento del paciente, lo cual ha de ser determinado por la jurisprudencia de manera casuista en atención a las circunstancias concretas del caso.

manera ineludible un resultado lesivo para este, pudiendo incluso llegar a ser beneficiosa, lo cual dependerá tanto del resultado concreto obtenido, como de la percepción que el paciente tenga al respecto del evento en cuestión²⁰¹. No obstante, la falta de autorización impide al paciente asumir las consecuencias de la intervención en su conjunto, ya no solo de los riesgos que no han sido informados, sino de todas cuantas implicaciones se deriven de la práctica de la misma. De esta manera, si se verifica la intencionalidad y antijuridicidad de la conducta del médico incumplidor, este podría incluso responder por cualquier resultado lesivo producido en la salud del paciente (*restitutio in integrum*), incluyéndose aquellos resultados completamente imprevisibles para la ciencia médica, conclusión a la que permitiría llegar el artículo 1107 CC²⁰². En virtud de lo anterior, pesaría sobre el médico un deber intenso de obtener autorización previa a la intervención, a salvo de los supuestos excepcionales legalmente previstos, pues de incumplir dicho deber podría exigírsele no solo la responsabilidad por los riesgos materializados y no informados, sino incluso por la producción de aquellos eventos lesivos sobre los cuales originalmente no recaía deber de informar al ser imprevisibles. Por lo demás, en supuestos de negligencia, el juez podrá emplear la facultad de moderación del *quantum respondatur* que le atribuye el artículo 1103 *in fine* CC²⁰³.

Al margen del juicio de previsibilidad anteriormente abordado, lo cierto es que la configuración tradicional de los deberes de los profesionales sanitarios como obligaciones de medios hace presuponer la existencia de una relación de índole contractual²⁰⁴. De este planteamiento se deriva la cuestión de qué sucede cuando el paciente contrata con la compañía aseguradora en lugar de directamente

²⁰¹ Para ejemplificar la cuestión de la percepción por el paciente de un resultado *a priori* beneficioso, piénsese en un supuesto en el que se le practique una transfusión de sangre a un testigo de Jehová sin contar con su autorización previa (podría incluso el médico desconocer que el paciente profesa dicha religión). Obviamente, aunque la intervención haya supuesto un beneficio objetivo para la salud del paciente, esta será percibida por este como un evento negativo, lesivo de su integridad moral y su libertad religiosa. Por el contrario, si dicho tratamiento es practicado sin autorización a un paciente que carezca de tales convicciones y el resultado es beneficioso para su salud, podría fácilmente ocurrir que este ni siquiera sienta el impulso de demandar el incumplimiento del deber de solicitar autorización previa, es más, en ese caso concreto cabría cuestionarse la exista un daño efectivo para el paciente, aun constatándose una innegablemente vulneración de la norma de conducta. En la sección correspondiente se tratará la incidencia que este tipo de tratamientos e intervenciones arbitrarias presenta en el ámbito del Derecho penal.

²⁰² El artículo 1107 CC establece que: “los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento.

En caso de dolo responderá el deudor de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación”.

²⁰³ Reza el artículo 1103 CC que: “la responsabilidad que proceda de negligencia es igualmente exigible en el cumplimiento de toda clase de obligaciones; pero podrá moderarse por los Tribunales según los casos”.

²⁰⁴ SSTS de 16 diciembre 1997 (RJ 1997\8690; Ponente: Excmo. Sr. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez); de 19 febrero 1998 (RJ 1998\634; Ponente: Excmo. Sr. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez); de 13 abril 1999 (RJ 1999\2583; Ponente: Excmo. Sr. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez).

con el médico. En el plano extracontractual la responsabilidad siempre requiere la constatación de una conducta negligente, que en el ámbito de la medicina se traduce en la inobservancia de los deberes de diligencia contenidos en la *lex artis ad hoc*.

3.1.2.2. Responsabilidad extracontractual

El principio general del Derecho de “no dañar a nadie” (*alterum non laedere o neminem laedere*), cristalizado en el artículo 1902 CC, constituye el fundamento de la responsabilidad civil extracontractual. Dicho precepto establece la responsabilidad extracontractual por hecho propio al afirmar que “el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”. Por lo que se refiere al ámbito de aplicación de la responsabilidad extracontractual, la jurisprudencia ha establecido que esta resulta de aplicación tanto cuando entre la víctima y el causante del daño no exista una relación contractual previa, como también cuando existiendo tal relación el daño causado exceda “la estricta órbita de lo pactado por tratarse de daños ajenos a la naturaleza del negocio aunque hayan acaecido en la ejecución del mismo”²⁰⁵. Consecuentemente, el paciente-demandante ha de fundar su reclamación en la responsabilidad extracontractual cuando el profesional sanitario no haya sido parte en el contrato de servicios médicos suscrito por el paciente bien con el titular de la clínica, bien con una compañía aseguradora.

Por lo que se refiere al juicio de previsibilidad del artículo 1107 CC requerido en sede contractual, la doctrina discrepa acerca de su aplicación en el ámbito extracontractual, puesto que el referido test de previsibilidad ha de realizarse antes del evento lesivo, lo cual resulta inadmisibles en sede de responsabilidad extracontractual, en donde la previsibilidad se pospone a la producción del daño, momento en el cual surge la obligación de reparar²⁰⁶. Sin embargo, por lo que se refiere a la facultad del juez de moderar el *quantum respondatur* del 1103 CC, el propio TS ha afirmado la posibilidad de emplear dicha previsión en sede extracontractual, al señalar que “la indemnización no tiene que coincidir necesariamente con la que correspondería al daño o lesión causado por la intervención, es decir, a la materialización o cristalización del riesgo típico; desde

²⁰⁵ SSTS de 5 de julio de 1994 (RJ 1994\5602; Ponente: Excmo. Sr. Jaime Santos Briz); 29 de diciembre de 2000 (RJ 2000\9445; Ponente: Excmo. Sr. Román García Varela); 22 de diciembre de 2008 (RJ 2009\162; Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos) y 4 de marzo de 2009 (RJ 2009\1873; Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos).

²⁰⁶ PANTALEÓN PRIETO, A.F., “El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)”, *Anuario de Derecho civil* XLIV(3), 1991, pp. 1030-1031. En esta línea también se postulan ALCALÁ NAVARRO (vid. “La responsabilidad civil extracontractual. Características y presupuestos generales”, en Ruiz-Rico, J.M. y Moreno-Torres Herrera, M.L. (coords.), *Conceptos básicos de Derecho civil*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 422-442); GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO (vid. *Imputación objetiva, causa próxima y alcance de los daños indemnizables*, Comares, Granada, 2008, p. 147); y, recientemente, CADENAS OSUNA, D., *El consentimiento informado y...*, op. cit., pp. 458-459.

esta perspectiva tiene razón la sentencia de primera instancia al moderar la suma indemnizatoria aplicando el art. 1103 CC”²⁰⁷.

Adicionalmente, podría parecer que el paciente ha de establecer su reclamación en sede extracontractual en aquellos supuestos en los que haya contratado directamente con el profesional sanitario incumplidor y el titular del centro hospitalario haya de responder de los “perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones”, tal y como establece el artículo 1903.4 CC. Sin embargo, tal deducción resulta inexacta, pues tanto la doctrina como la jurisprudencia han señalado que cuando el paciente dañado contrata directamente con el profesional de la salud restringe las posibilidades de reclamar la responsabilidad a este, no pudiendo pretender que un tercero ajeno a la relación contractual (el titular de la clínica) se haga cargo de la incompetencia de los medios técnicos o personales del deudor, es decir, del profesional sanitario con quien el paciente contrató²⁰⁸. En virtud de lo anterior, CADENAS OSUNA concluye que “la responsabilidad del centro sanitario privado será de naturaleza extracontractual (por hecho ajeno) cuando el paciente no haya suscrito contrato de servicios médicos alguno, ni con el propio establecimiento ni con el profesional sanitario que lo asiste”²⁰⁹. No obstante, la probabilidad de que tal situación se produzca en la práctica parece bastante reducida, especialmente si se considera que la obligación de medios que pesa sobre el profesional sanitario, del titular de la clínica o de la compañía aseguradora, según los casos, parece indicar una relación de tipo contractual.

Se ha de señalar que la responsabilidad civil extracontractual por hecho propio (culpa *in operando*) de los causantes directos del daño es presupuesto de la responsabilidad por hecho ajeno (culpa *in vigilando* o *in eligendo*) del causante indirecto del daño, pudiendo este repetir contra aquel, en virtud de lo establecido en el párrafo 1º del artículo 1904 CC²¹⁰. Asimismo, el causante del daño se ha de situar en el marco de una relación de dependencia, entendida en sentido amplio,

²⁰⁷ Vid. STS de 30 de junio de 2009 (RJ 2009\4323; Ponente: Excmo. Sr. Francisco Marín Castán). No obstante, la doctrina ha objetado que, en este caso concreto, el TS en realidad no moderó la suma indemnizatoria, pues simplemente reconoció el deber de indemnizar el daño sufrido por el paciente, lo cual equivaldría a reconocer la pérdida de la oportunidad de haber rechazado la intervención médica si el paciente hubiera recibido la información oportuna. GALÁN CORTÉS, J.C., *Responsabilidad civil médica*, op. cit., pp. 907-908. Asimismo, se posiciona a favor de esta tesis CADENAS OSUNA, D., *El consentimiento informado y...*, op. cit., p. 461.

²⁰⁸ Vid. SSTS de 22 de febrero de 1991 (RJ 1991\1587; Ponente: Excmo. Sr. Francisco Morales Morales); de 23 de diciembre de 2002 (RJ 2003\914; Ponente: Excmo. Sr. Jesús Corbal Fernández); de 4 de octubre de 2004 (RJ 2004\6066; Ponente: Excmo. Sr. José Ramón Ferrándiz Gabriel). ASÚA GONZÁLEZ, C.I., “Responsabilidad civil...”, op. cit., p. 347. CARRASCO PEREA, A., “La jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a la responsabilidad contractual (1990-1992)”, *Aranzadi Civil* 5(1), 1993, pp. 1895-1896.

²⁰⁹ CADENAS OSUNA, D., *El consentimiento informado y...*, op. cit., p. 462.

²¹⁰ Artículo 1904 CC (párrafo 1º): “El que paga el daño causado por sus dependientes puede repetir de estos lo que hubiese satisfecho”.

respecto del responsable vicario²¹¹, pues solo en el ámbito de dicha relación pueden surgir las obligaciones *in vigilando e in eligendo*. La responsabilidad vicaria del artículo 1903 CC²¹² solo se aplica cuando el daño es causado por una conducta realizada en el desempeño, tanto normal como anormal, de las tareas que el dependiente tiene asignadas dentro de la empresa, pues de lo que se trata es de determinar “si se ha infringido el deber de vigilancia” por parte del empresario²¹³. Sin embargo, se excluye la responsabilidad del establecimiento cuando el causante directo del daño haya actuado al margen de la estructura organizativa de la empresa, si bien dicha actuación se restringe a aquellos “casos clamorosos de extralimitación de funciones”²¹⁴. Del artículo 1903 *in fine* CC²¹⁵ se desprende tanto

²¹¹ Acerca de la constatación de la mencionada “relación de dependencia en sentido amplio”, la jurisprudencia ha señalado que esta no se restringe a las relaciones jurídico-formales ni a aquellas de carácter laboral, siendo suficiente constatar la presencia de instrumentos de control, supervisión, vigilancia y dirección del trabajo encomendado. *Vid.* SSTS de 18 de junio de 1979 (RJ 1979\2895; Ponente: Excmo. Sr. Carlos de la Vega Benayas); de 5 de julio de 1979 (RJ 1979\2931; Ponente: Excmo. Sr. Gregorio Díez Canseco y de la Puerta); de 4 de enero de 1982 (RJ 1982\178; Ponente: Excmo. Sr. Jaime de Castro García); de 2 de noviembre de 1983 (RJ 1983\5950; Ponente: Excmo. Sr. José María Gómez de la Bárcena y López).

En este sentido, la jurisprudencia ha estimado la existencia de “dependencia” cuando el médico presenta la condición de colaborador del establecimiento sanitario [*vid.* SSTS de 8 de abril de 1996 (RJ 1996\2882; Ponente: Excmo. Sr. Jesús Marina Martínez-Pardo); 7 de abril de 1997 (RJ 1997\2742; Ponente: Ponente: Excmo. Sr. Alfonso Villagómez Rodil) y 24 de marzo de 2001 (RJ 2001\3986; Ponente: Excmo. Sr. Alfonso Villagómez Rodil)]; y cuando sea la propia clínica quien elija al médico, sometiéndose este a la disciplina interna de la clínica en relación de dependencia funcional, incluso en aquellos supuestos en los que no medie una efectiva relación de naturaleza laboral [*vid.* SSTS de 27 de septiembre de 1994 (RJ 1994\7307; Ponente: Excmo. Sr. Jaime Santos Briz) y 24 de marzo de 2001 (RJ 2001\3986; Ponente: Excmo. Sr. Alfonso Villagómez Rodil)]. Sin embargo, no existirá relación de subordinación del facultativo respecto del centro hospitalario o clínica cuando sea el paciente quien elija libremente al médico, limitándose la clínica a facilitar sus instalaciones y personal auxiliar en virtud de un contrato de hospitalización o clínica. *Vid.* SSTS de 22 de julio de 2003 (RJ 2003\5391; Ponente: Excmo. Sr. Alfonso Villagómez Rodil); 10 de mayo de 2006 (RJ 2006\2399; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana) y 20 de diciembre de 2006 (RJ 2006\9248; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana).

²¹² Artículo 1903 CC (párrafo 2º): “lo son igualmente [responsables] los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones”.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN ha señalado la deficiencia de dicho precepto, indicando la conveniencia de su modificación: “la redacción del precepto debe corregirse para establecer la responsabilidad de los empresarios, titulares de las empresas, respecto de los perjuicios causados por los dependientes, lo cual significa que la mención de «los directores» que no sean titulares debe desterrarse, como debe desterrarse también la dualidad de «establecimiento» o «empresa»”. *Vid.* DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del...*, *op. cit.*, 2011, p. 384.

²¹³ Este deber de vigilancia tiene su equivalente en lo que el artículo 6:102 de los Principios de derecho europeo de responsabilidad civil denomina “el estándar de conducta que le era exigible en la supervisión” (*to the required standard of conduct in supervision*) *Vid.* SSTS de 6 de marzo de 2007 (RJ 2007\1828; Ponente: Excmo. Sra. Encarnación Roca Trías); y de 10 de octubre de 2007 (RJ 2007\6813; Ponente: Excmo. Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta).

²¹⁴ GÓMEZ POMAR, F., “Responsabilidad por hecho ajeno e incertidumbre sobre la autoría. Comentario a la STS, 1.ª, 19.6.2003”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho* 1, 2004, p. 9. Por lo que se refiere a la delimitación del ámbito de las actuaciones en las que decae la responsabilidad del empresario, *vid.* la STS de 10 de octubre de 2007 (RJ 2007\6813; Ponente: Excmo. Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta). Por lo que respecta a la delimitación de la responsabilidad vicaria en supuestos dudosos, *vid.* de 14 de mayo de 2010 (RJ 2010\3494; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas

la naturaleza subjetiva de la responsabilidad vicaria del empresario, como la inversión de la carga de la prueba, de manera que será el empresario quien haya de probar que cumplió sus deberes de diligencia, es decir, ha de demostrar que no ha omitido las medidas de seguridad debidas (*in omittendo*), en la elección de sus dependientes (*in eligendo*) y en la supervisión del cumplimiento de sus funciones (*in vigilando*). No obstante, a pesar del mencionado carácter subjetivo de la responsabilidad vicaria, se observa una tendencia jurisprudencial a la objetivación, lo cual ha llevado a la doctrina a hablar de una responsabilidad “cuasi objetiva”²¹⁶. Por lo demás, la responsabilidad vicaria del principal por los hechos de sus auxiliares es directa²¹⁷, no siendo necesaria la reclamación previa o simultánea de la responsabilidad del causante directo del daño; autónoma e independiente, no decayendo cuando el causante directo no sea identificable o sea inimputable; y solidaria, debiendo responder tanto el auxiliar como el principal²¹⁸.

3.2. Responsabilidad de las Administraciones sanitarias

Como ya se ha adelantado, en la práctica la vía jurisdiccional contencioso-administrativa es la más frecuente en materia de reclamación de responsabilidad médica²¹⁹. Por lo que respecta a la competencia y régimen de la responsabilidad

Quintana); y de 19 de junio de 2003 (RJ 2003\5357; Ponente: Excmo. Sr. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez).

²¹⁵ Artículo 1903 *in fine* CC: “la responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en el mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño”.

²¹⁶ En este sentido, el TS en la sentencia de 22 de noviembre de 1999 ha afirmado “el «matiz marcadamente objetivo» de la responsabilidad vicaria del empresario, que se funda «en la responsabilidad por riesgo y en la culpa «in vigilando» o «in eligendo»” (RJ 1999\8618; Ponente: Excmo. Sr. Xavier O’Callaghan Muñoz). En la misma línea, *vid.* SSTs de 21 de septiembre de 1987 (RJ 1987\6188; Ponente: Excmo. Sr. Eduardo Fernández-Cid de Temes); 2 de julio de 1993 (RJ 1993\5789; Ponente: Excmo. Sr. José Almagro Nosete) y 13 de diciembre de 1997 (RJ 1997\8816; Ponente: Excmo. Sr. Xavier O’Callaghan Muñoz).

²¹⁷ En relación con el carácter directo, el TS ha afirmado en su sentencia de 22 de junio de 1988 que: “la responsabilidad impuesta por el mencionado precepto [1903 CC], no es subsidiaria sino directa, consistiendo el fundamento de dicha responsabilidad en una presunción de culpa en la elección o en la vigilancia, con independencia de la contraída por el autor material”. *Vid.* (RJ 1988\5124; Ponente: Excmo. Sr. Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa). *Vid.* también las SSTs de 29 de octubre de 2002 (RJ 2002\9314; Ponente: Excmo. Sr. José Almagro Nosete); 11 de noviembre de 2002 (RJ 2002\9640; Ponente: Excmo. Sr. José Almagro Nosete) y 20 de julio de 2009 (RJ 2009\3161; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana).

²¹⁸ SSTs de 29 de octubre de 2002 (RJ 2002\9314; Ponente: Excmo. Sr. José Almagro Nosete); 11 de noviembre de 2002 (RJ 2002\9640; Ponente: Excmo. Sr. José Almagro Nosete) y 8 de febrero de 2016 (RJ 2016\235; Ponente: Excmo. Sr. Francisco Javier Orduña Moreno).

²¹⁹ El artículo 9.4 LOPJ, en la redacción otorgada por la Ley Orgánica 6/1998, de 13 de julio, de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial (publicado en «BOE» núm. 167, de 14/7/1998), establece que el conocimiento de las demandas de responsabilidad patrimonial de la Administración corresponde a los tribunales del orden contencioso-administrativo. En este mismo sentido, la redacción original del artículo 2.e) LJCA señala la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo para conocer las cuestiones relativas a “la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquellas por este motivo ante los órdenes

por los daños causados por las actuaciones de los servicios públicos de salud, antes del 2015 eran de aplicación las normas de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común²²⁰, ley que ha sido derogada, con efectos de 2 de octubre de 2016, por la disposición derogatoria única 2.a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas²²¹. Al mismo tiempo, ha aparecido la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público²²², en cuyo capítulo IV se regula la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, estableciéndose en el artículo 36 de dicho cuerpo normativo la responsabilidad directa de la Administración, previsión que ya estaba presente en el artículo 145.1 LRJ-PAC.

El artículo 32.1 de la mencionada Ley 40/2015, referido a los principios de la responsabilidad de las Administraciones Públicas, establece el derecho de los particulares (los administrados) a ser indemnizados por las Administraciones Públicas responsables de cualquier lesión que estos sufran en sus bienes y derechos, que no tengan deber legal de soportar y a consecuencia del funcionamiento no solo anormal, sino también normal de los servicios públicos, exceptuando los supuestos de fuerza mayor²²³. Por su parte, el apartado 2 del mismo precepto señala los requisitos que en todo caso ha de presentar el resultado lesivo para ser indemnizable, a saber, ha de ser “efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de

jurisdiccionales civil o social”. Por lo que se refiere a la jurisdicción competente respecto de la interposición conjunta de reclamaciones contra la Administración y su aseguradora, o exclusivamente contra esta última (en virtud de la acción directa otorgada por el artículo 76 LCS), antes de 2015, el artículo 9.4 LOPJ, en su redacción de 2003, señalaba a la jurisdicción contencioso-administrativa competente para resolver las reclamaciones por responsabilidad formuladas conjuntamente contra la Administración y su aseguradora, quedando reservado el orden civil para el conocimiento de aquellas demandas interpuestas de manera exclusiva contra esta última. Sin embargo, el artículo 35 de la Ley 40/2015 plantea dudas cuando establece que “cuando las Administraciones Públicas actúen, directamente o a través de una entidad de derecho privado, en relaciones de esta naturaleza, su responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los artículos 32 y siguientes, incluso cuando concorra con sujetos de derecho privado o la responsabilidad se exija directamente a la entidad de derecho privado a través de la cual actúe la Administración o a la entidad que cubra su responsabilidad”. Sin embargo, la doctrina ha señalado que el superior rango jerárquico de la LOPJ permite conservar la competencia de la jurisdicción civil ante aquellas demandas dirigidas exclusivamente contra la aseguradora de la Administración. Vid. GALÁN CORTÉS, J.L., *Responsabilidad civil médica*, op. cit., p. 77. CADENAS OSUNA, D., *El consentimiento informado y...*, op. cit., p. 484.

²²⁰ Publicado en «BOE» núm. 285, de 27/11/1992. Referencia: BOE-A-1992-26318.

²²¹ Publicado en «BOE» núm. 236, de 02/10/2015. Referencia: BOE-A-2015-10565.

²²² Publicado en «BOE» núm. 236, de 02/10/2015. Referencia: BOE-A-2015-10566.

²²³ El artículo 32.1 de la Ley 40/2015 tiene su fundamento constitucional en el artículo 106.2 CE, el cual establece que: “los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”. Es destacable que el precepto constitucional no emplea la dicotomía funcionamiento normal y anormal.

personas”²²⁴. De este modo, el daño ha de ser efectivo, es decir, real, presente, auténtico y comprobable, lo cual comprende cualquier menoscabo o confiscación patrimonial del dañado, incluyéndose tanto el lucro cesante, como el daño emergente²²⁵. Más controvertido resulta el rasgo de su aptitud para ser económicamente evaluado (es decir, susceptible de ser traducido a dinero), pues si bien es cierto que actualmente la jurisprudencia admite el resarcimiento del daño moral y por consiguiente su carácter efectivo y cuantificable económicamente²²⁶, los tribunales han admitido la dificultad de valorar el daño moral cuando este se presenta de manera aislada, sin la concurrencia de un resultado lesivo para la salud del paciente, decantándose en tales supuestos por la moderación de la suma indemnizatoria (*quantum respondatur*)²²⁷. Por lo que se refiere a la individualización, la doctrina ha indicado que dicho requisito persigue la identificación del patrimonio, pudiendo el daño recaer sobre varios patrimonios; si bien en el caso de la responsabilidad por actos médicos, al no existir intervenciones médicas con efectos generales, “podrán ser repetidas, pero siempre persona a persona”²²⁸.

En cuanto al resultado lesivo, solo resultan indemnizables aquellos daños que el perjudicado no tenga el deber jurídico de soportar, es decir, cuando sean antijurídicos, no pudiendo indemnizarse “los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquellos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos”²²⁹. Consecuentemente, se excluye la indemnización de los denominados “riesgos de desarrollo” o “riesgos de progreso” (*state of art*) o, lo que es lo mismo, “aquellos riesgos excepcionales que son desconocidos porque la literatura médica, dadas sus limitaciones, aún no los

²²⁴ Artículo 32.2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

²²⁵ VILLAR ROJAS, F.J., *La responsabilidad de las Administraciones sanitarias: fundamento y límites*, Wolters Kluwer, Madrid, 2002, p. 49.

²²⁶ Vid. STS de 4 de abril de 2000 (RJ 2000\3258; Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos), resolución que, como ha apuntado CADENAS OSUNA, ha sido “pionera en el reconocimiento (si bien *obiter dicta*) de la omisión del consentimiento informado como un daño moral autónomo, individualizado e indemnizable, al margen de secuelas corporales que para el paciente puedan derivarse de la realización del procedimiento médico no legitimado por su previo consentimiento”. Vid. CADENAS OSUNA, D., *El consentimiento informado y...*, *op. cit.*, nota 1197, p. 486.

²²⁷ En este sentido, en la STS de 23 de septiembre de 1992, sobre un proceso de reclamación de daños y perjuicios por el funcionamiento anormal del servicio público municipal de cementerios, solicitándose la indemnización correspondiente por pérdida de los restos del hermano difunto de la apelante y en todo caso por los daños morales sufridos por esta, el TS ha afirmado que “puesto que efectivamente es muy difícil evaluar las consecuencias del daño moral infligido, la Sala no puede atenerse a un criterio automático para fijar la indemnización en casos como el presente. No obstante, habida cuenta de que los daños son exclusivamente de carácter moral se entiende que una indemnización de cuantía moderada es suficiente para el resarcimiento que conduzca a restablecer la justicia material quebrantada por el defectuoso funcionamiento del servicio” (RJ 1992\7007; Ponente: Excmo. Sr. Mariano Baena del Alcázar).

²²⁸ VILLAR ROJAS, F.J., *La responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 55.

²²⁹ Vid. artículo 34.1 de la Ley 40/2015.

ha explicado”²³⁰. En definitiva, “lo relevante no es el proceder antijurídico de la Administración, sino la antijuridicidad del resultado o lesión (...), aunque (...) es imprescindible que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido”²³¹. Por lo demás, para que se pueda imputar la responsabilidad a la Administración el agente productor del daño o perjuicio ha de integrarse en la organización administrativa y la conducta lesiva ha de producirse en el ejercicio de sus funciones²³².

Por lo que concierne a la previsión del mencionado artículo 32.1 de la Ley 40/2015 acerca de “que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”, la expresión “funcionamiento anormal” incluye tanto aquellas conductas culpables o negligentes del personal al servicio de la Administración, como el funcionamiento de los servicios públicos por debajo de los estándares mínimos de calidad exigibles²³³. En el caso concreto de los servicios sanitarios, se han de observar las exigencias establecidas por la *lex artis ad hoc*, entre las cuales figuran los deberes correlativos al consentimiento informado del paciente²³⁴. En cuanto a la previsión de la responsabilidad por “funcionamiento normal” de la Administración, esta introduce un elemento objetivo de imputación, el cual posibilita el resarcimiento de “los daños incidentales causados por actuaciones irreprochables de la Administración”²³⁵, es decir, supone una “responsabilidad por el riesgo que para terceros supone la actividad potencialmente dañosa de la Administración”²³⁶. Sin embargo, se observa una marcada tendencia jurisprudencial orientada a la limitación del potencial resarcitorio de la Administración en los supuestos de inexistencia de culpa²³⁷, de

²³⁰ GÓMEZ CALLE, E., “El fundamento de la responsabilidad civil en el ámbito médico-sanitario”, *Anuario de Derecho Civil* 51(4), 1998, p. 1727.

²³¹ *Vid.* STS de 20 de septiembre de 2005 (RJ 2005\7503; Ponente: Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García).

²³² Ya sea dicho agente “funcionario, personal contratado, autoridad o agente en sentido amplio”. *Vid.* BUSTO LAGO, J.M., “La responsabilidad civil de las Administraciones Públicas”, en Reglero Campos L.F. y Busto Lago, J.M (coords.), *Tratado de responsabilidad civil, op. cit.*, p. 1951.

²³³ ASÚA GONZÁLEZ, C.I., “Responsabilidad civil...”, *op. cit.*, p. 392.

²³⁴ De este modo, la inobservancia de los deberes en materia de consentimiento informado se ha considerado por la jurisprudencia como un “funcionamiento anormal” de los servicios públicos sanitarios. *Vid.* SSTS de 25 de junio de 2012 (RJ 2012\11045; Ponente: Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí); 9 de octubre de 2012 (RJ 2012\9799; Ponente: Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí); 20 de noviembre de 2012 (RJ 2013\314; Ponente: Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí) y 4 de diciembre de 2012 (RJ 2013\1508; Ponente: Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí).

²³⁵ ASÚA GONZÁLEZ, C.I., “Responsabilidad civil...”, *op. cit., ibidem*.

²³⁶ *Idem.* *Vid.* también LEGUINA VILLA, J., “La responsabilidad patrimonial de la Administración, de sus autoridades y del personal a su servicio”, en AA.VV., *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Tecnos, Madrid, 1993, p. 397.

²³⁷ SSTS de 22 de diciembre de 2001 (RJ 2002\1817; Ponente: Excmo. Sr. Jesús Ernesto Peces Morate); de 14 de octubre de 2002 (RJ 2003\359; Ponente: Excmo. Sr. Jesús Ernesto Peces Morate); de 17 de mayo de 2004 (RJ 2004\3714; Ponente: Excmo. Sr. Francisco González Navarro); de 16 de marzo de 2005 (RJ 2005\5739; Ponente: Excmo. Sr. Agustín Puente Prieto); de 10 de mayo de 2005 (RJ 2005\9332; Ponente: Excmo. Sr. Francisco González Navarro); de 30 de octubre de 2007 (RJ 2007\7334; Ponente: Excmo. Sr. Octavio Juan Herrero Pina); de 2 de noviembre de 2011 (RJ

modo que se ha producido una subjetivación jurisprudencial de la responsabilidad de la Administración, la cual ha sido efectuada a partir de dos vías tradicionales: la antijuridicidad y la causalidad, si bien ahora con un significado diferente. Por lo que se refiere a la antijuridicidad del daño sufrido, esta es excluida en virtud de la ausencia de culpa de la Administración, debiendo el paciente soportar el daño *ex arts. 32.1 y 34.1 de la Ley 40/2015*. Por su parte, la conducta diligente de la Administración impide o al menos complica la verificación de la relación de causalidad entre el daño producido y el funcionamiento de los servicios públicos. De este modo, solo surgirá el deber de reparar en aquellos supuestos de funcionamiento anormal de los servicios públicos, es decir, por lo que respecta a los servicios sanitarios: en aquellos casos de “vulneración de la *lex artis* por parte de los profesionales o cuando menos un genérico funcionamiento irregular o anómalo”²³⁸.

De manera similar a la responsabilidad vicaria del principal por los hechos de sus auxiliares del ordenamiento civil, la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública ya no solo se configura como directa, sino también como exclusiva, pues en virtud de lo establecido en el artículo 36.1 de la Ley 40/2015: “para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial a que se refiere esta Ley, los particulares exigirán directamente a la Administración Pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio”, a salvo de la responsabilidad criminal de los funcionarios agentes directos del daño²³⁹. A pesar de lo anteriormente señalado, la doctrina ha afirmado que en aquellos supuestos en los que la demanda de responsabilidad patrimonial promovida contra la Administración se encuentre fundada en la actuación dolosa o gravemente culposa del agente, este podrá personarse en el proceso contencioso-administrativo a los efectos de defenderse frente a las acusaciones que eventualmente servirán a la posterior repetición de la Administración condenada contra el propio agente²⁴⁰. De este modo, la Ley 40/2015 configura la responsabilidad patrimonial de los agentes públicos como

2012\1752; Ponente: Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García); de 19 de septiembre de 2012 (RJ 2012\9194; Ponente: Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García).

²³⁸ ASÚA GONZÁLEZ, C.I., “Responsabilidad civil...”, *op. cit.*, p. 395.

²³⁹ En tales casos, se ha de estar a lo establecido en el artículo 121 CP, de modo que los “entes públicos, según los casos, responden subsidiariamente de los daños causados por los penalmente responsables de los delitos dolosos o culposos, cuando estos sean autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieran confiados, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de dichos servicios exigible conforme a las normas de procedimiento administrativo, y sin que, en ningún caso, pueda darse una duplicidad indemnizatoria.

Si se exigiera en el proceso penal la responsabilidad civil de la autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos, la pretensión deberá dirigirse simultáneamente contra la Administración o ente público presuntamente responsable civil subsidiario”.

²⁴⁰ BUSTO LAGO, J.M., “La responsabilidad...”, *op. cit.*, p. 1951.

una “cuestión interna”²⁴¹, pues la Administración correspondiente que hubiere tenido que indemnizar al lesionado, ha de exigir “de oficio en vía administrativa de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, o culpa o negligencia graves, previa instrucción del correspondiente procedimiento”²⁴². Esta previsión constituye una diferencia respecto de la responsabilidad por hecho ajeno del régimen civil, pues la vía de regreso de dicho régimen se configura, *ex* 1904.1 CC, como una facultad del principal que responde por los daños causados por sus dependientes. Por último, otra diferencia con respecto de la responsabilidad vicaria del ordenamiento civil se deriva de la previsión efectuada por el párrafo 2º del artículo 36.2 de la Ley 40/2015, el cual establece que “para la exigencia de dicha responsabilidad y, en su caso, para su cuantificación, se ponderarán, entre otros, los siguientes criterios: el resultado dañoso producido, el grado de culpabilidad, la responsabilidad profesional del personal al servicio de las Administraciones públicas y su relación con la producción del resultado dañoso”, lo cual indica la innecesidad de la equivalencia entre la cantidad pagada por la Administración al particular. En contraste, el artículo 1904 CC faculta al principal que indemniza el daño causado por sus dependientes para repetir de estos “lo que hubiese satisfecho”.

Por lo que respecta al supuesto concreto del consentimiento informado del paciente en sede de la sanidad pública, resulta posible reproducir aquí tanto su modelo de estructura compleja propuesto, como aquellos dilemas apuntados al respecto de los elementos esenciales estudiados al hilo de la responsabilidad civil: daño, causalidad y culpa, si bien a salvo de las particularidades señaladas al respecto de la interposición de la reclamación y demás cuestiones relativas a la legislación administrativa y el procedimiento contencioso. Así pues, se presentan los mismos problemas y dudas acerca de la posible consideración del contenido moral del daño cuando se observe un incumplimiento de la norma que establece los deberes correlativos al consentimiento informado del paciente al margen de la aparición de un daño corporal, físico o psíquico. Asimismo, cabe plantearse en los mismos términos la idoneidad de las teorías de la causalidad señaladas y la aplicación de la tesis del desplazamiento del riesgo y la pérdida de la oportunidad a los efectos de establecer el presupuesto indemnizatorio en el que se basa la reclamación de responsabilidad. Por último, dada la tendencia jurisprudencial hacia la subjetivación de la responsabilidad de la Administración, resulta pertinente el análisis del estándar de diligencia exigible a los profesionales sanitarios que prestan sus servicios en la Administración sanitaria.

²⁴¹ DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *Derecho sanitario...*, *op. cit.*, pp. 96-97. CADENAS OSUNA, D., *El consentimiento informado y...*, *op. cit.*, p. 499.

²⁴² Artículo 36.2 párrafo 1 de la Ley 40/2015.

3.3. Responsabilidad penal

Como ya se ha señalado, el consentimiento informado del paciente se ha configurado en el ordenamiento jurídico español como la manifestación o especificación de una serie de valores y principios considerados fundamentales en la mayor parte de las constituciones occidentales, incluida la española. En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia, configurando el consentimiento informado del paciente como la “consecuencia necesaria o explicación de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia. Derecho a la libertad personal, a decidir por sí mismo en lo atinente a la propia persona y a la propia vida y consecuencia de la autodisposición sobre el propio cuerpo”²⁴³, lo cual ha sido confirmado por la STC 37/2011, de 28 de marzo²⁴⁴. Por consiguiente, la práctica de un tratamiento médico sin el consentimiento del paciente implica un ataque a su integridad física, constituyendo la obligación de otorgarle información previa una exigencia orientada a la asistencia del proceso decisorio del paciente.

Por lo que se refiere específicamente al ámbito jurídico-penal, el consentimiento o conformidad de la víctima generalmente presenta un efecto neutralizador o moderador de la responsabilidad criminal respecto de aquellos delitos denominados “de conformidad”, de modo que el consentimiento del paciente legitima la intromisión del facultativo en su integridad corporal²⁴⁵. Por lo que se refiere al elemento de la intencionalidad, en los supuestos de intervenciones médicas no consentidas existe una tendencia a presumir que la conducta del médico se orienta hacia el resultado de la curación, de manera que se restringe en gran medida la consideración de tales conductas como dolosas, prefiriéndose por lo general su calificación como imprudentes, si bien no se ha de descartar la posible concurrencia de dolo eventual en determinados casos. A los efectos de calificar penalmente la conducta del facultativo que interviene sobre la salud del paciente sin su consentimiento o con un consentimiento defectuoso, se han de considerar dos supuestos: aquellos casos en los que además de la ausencia total o parcial de consentimiento informado se produzca un resultado lesivo para la salud del paciente; y aquellos supuestos en los que a pesar de no mediar el consentimiento informado del paciente, el resultado de la intervención es beneficioso para su salud. Así pues, respecto del primer supuesto planteado, ante la ausencia total o parcial de consentimiento informado del paciente sumado a un daño para su salud, se ha de determinar en primera instancia si el daño

²⁴³ Vid. STS de 12 de enero de 2001 (RJ 2001\3; Ponente: Excmo. Sr. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez).

²⁴⁴ Publicado en «BOE» núm. 101, de 28 de abril de 2011.

²⁴⁵ En este sentido, el consentimiento informado del paciente podría concebirse como una renuncia de este a su derecho a la integridad física del 15 CE, al autorizar una conducta del médico que supone una injerencia en su incolumidad corporal. Vid. MANSON N.C., O'NEILL, O., *Rethinking informed consent...*, op. cit., *ibidem*.

materializado resulta de la inobservancia de los deberes de cuidado del médico y si este, de haber actuado diligentemente hubiera podido evitar la producción del resultado lesivo o, al menos, reducido el riesgo de la materialización del mismo. En tales circunstancias, la jurisprudencia se ha inclinado a considerar un solo delito de lesiones u homicidio imprudentes, en atención a si el daño consiste en una lesión de la salud del paciente o desemboca en la muerte del mismo, evitando con ello el concurso de delitos²⁴⁶. Incluso, en alguna decisión, los tribunales han rechazado la responsabilidad penal del facultativo cuando, a pesar de la presunta infracción del consentimiento junto con la aparición de un resultado lesivo, se haya comprobado que la intervención fue practicada observando los demás deberes de diligencia y cuidado de la *lex artis*, remitiendo la solución del asunto a la jurisprudencia civil²⁴⁷. Consiguientemente, la determinación de un eventual delito de lesiones u homicidio dependerá de la adecuación de la conducta del facultativo a la praxis médica y con respecto a la realización de la concreta intervención en la salud del paciente. Sin embargo, la doctrina se ha cuestionado si resulta posible derivar la ausencia de consentimiento a otros tipos penales vinculados al hecho de la violación de la autonomía del paciente, entendida como libre autodeterminación en el ámbito médico, en tanto que realidad diferenciada respecto del resultado lesivo o daño para la salud del paciente derivado de la deficiente praxis médica en la ejecución de la intervención médica e imputable como un delito de lesiones u homicidio imprudente o incluso doloso-eventual al médico, según los casos²⁴⁸.

Especial mención merecen los supuestos denominados como “tratamiento médico arbitrario”, es decir, aquellos casos en los que la inobservancia de los deberes correlativos al consentimiento informado del paciente no se acompañe de un daño en la salud del mismo, o incluso cuando el resultado lesivo materializado no pueda atribuirse a la falta de diligencia del médico en la ejecución del tratamiento o intervención. En tales casos, existen tres posibles aproximaciones al respecto de la calificación de la conducta del facultativo: equipararla a un supuesto de delito de lesiones; considerarla como un delito contra la libertad; por último, se observa una corriente jurisprudencial tendente a la no tipicidad de dicha conducta cuando no se observe una relación de causalidad directa y manifiesta entre la ausencia del consentimiento y el resultado lesivo. Al respecto de la primera de las aproximaciones a la calificación de la conducta del médico como delito, parte de la doctrina y la jurisprudencia han señalado que, ante la ausencia de un tipo penal específico para el tratamiento arbitrario, resulta necesario reconducir la conducta al tipo penal del delito de lesiones por ausencia del consentimiento informado, aun

²⁴⁶ Vid. SAP de Barcelona 64/2009, de 8 de enero (ARP 2009\255; Ponente: Illmo. Sr. D Eduardo Navarro Blasco).

²⁴⁷ Vid. SAP de Madrid 119/2006, de 23 de marzo (ARP 2006\348; Ponente: Illma. Sra. Araceli Perdices López).

²⁴⁸ MORILLAS CUEVA, L., “Falta de consentimiento informado y modalidades delictivas”, en Monje Balmaseda, O. (coord.), *Responsabilidad médica civil y penal por presunta mala práctica profesional (El contenido reparador del consentimiento informado)*, Dykinson, Madrid, 2012, p. 149.

cuando el resultado de la intervención haya logrado la curación del paciente²⁴⁹. Por lo demás, esta solución no es ajena al ordenamiento jurídico español, pues se antoja semejante a la previsión efectuada en el artículo 149 CP al respecto de los supuestos de esterilización²⁵⁰. No obstante, la solución más extendida tanto en la doctrina como en la jurisprudencia consiste en remitir los referidos supuestos de tratamiento arbitrario a órdenes jurisdiccionales diversos del penal, esto es, a la jurisdicción civil o contencioso-administrativa, alternativamente y según los casos²⁵¹.

Por último, un sector doctrinal ha considerado la posibilidad de reconducir los supuestos de tratamiento arbitrario al tipo penal de las coacciones, de manera que de concurrir también un resultado lesivo atribuible a la mala praxis médica tendría lugar un concurso de delitos²⁵². Sin embargo, dado que para poder imputar el delito de coacciones del artículo 172 CP se requiere “una actuación de violencia física o material sobre el sujeto pasivo para doblegar su voluntad”²⁵³, resulta verdaderamente infrecuente que pueda otorgarse tal calificación a la conducta del facultativo en sede de la relación asistencial, razón que ha llevado a algunos autores a afirmar la necesidad de incluir un delito específico para los atentados contra libertad o autonomía decisoria del paciente²⁵⁴. En cuanto al empleo del tipo

²⁴⁹ En el Derecho alemán, esta es la línea seguida por ROXIN. *Vid.* ROXIN, C., *Derecho penal: Parte general...*, *op. cit.*, p. 524. Por lo que se refiere a la jurisprudencia española, en alguna ocasión el TS ha asimilado el tratamiento arbitrario al delito de lesiones. *Vid.* STS de 26 de febrero de 2001 (RJ 2001\1340; Ponente: Excmo. Sr. Diego Antonio Ramos Gancedo).

²⁵⁰ Así pues, el artículo 149.1 CP establece que “el que causara a otro, por cualquier medio o procedimiento, la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro principal, o de un sentido, la impotencia, la esterilidad, una grave deformidad, o una grave enfermedad somática o psíquica, será castigado con la pena de prisión de seis a 12 años”.

²⁵¹ En este sentido se pronuncian el AAP de Toledo 77/2011, de 15 de marzo (ARP 2011\635; Ponente: Illmo. Sr. D Rafael Cancer Loma); y la SAP de Madrid 369/2008, de 29 de septiembre.

²⁵² MORILLAS CUEVA, L., “Falta de consentimiento...”, *op. cit.*, p. 154.

²⁵³ *Vid.* SAP de Cádiz 36/2002, de 1 de octubre (JUR 2003\28326; Ponente: Illmo. Sr. D Carlos Ercilla Labarta). Por lo que se refiere a los elementos que configuran el delito de coacciones, la jurisprudencia española ha requerido “en primer lugar la ejecución de una conducta violenta de contenido material o simplemente intimidatoria sobre el sujeto pasivo, ya sea de modo directo o de modo indirecto (...). En segundo lugar, que la finalidad perseguida como resultado de la acción conminatoria sea obligar al sujeto pasivo a realizar algo que no quería (...). En tercer lugar, que la acción sea de suficiente intensidad como para forzar la voluntad de las víctimas (...). Finalmente, el tipo subjetivo exige el dolo, que se concreta en el deseo de restringir o anular la libertad ajena para conseguir un beneficio propio”. STS de 3 de julio de 2006 (RJ 2006\3392; Ponente: Excmo. Sr. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca). *Vid.* también SSTS de 15 de marzo de 2006 (RJ 2006\2309; Ponente: Excmo. Sr. Andrés Martínez Arrieta), la cual solo hace referencia a la *vis física*, excluyendo la violencia psíquica y la violencia sobre las cosas, aunque este no se presenta como el criterio mayoritario en la jurisprudencia, configurándose en la práctica el delito de coacciones como un delito “abierto” o “de recogida”; y de 2 de diciembre de 2005 (RJ 2006\2410; Ponente: Excmo. Sr. Carlos Granados Pérez).

²⁵⁴ MORILLAS CUEVA, L., “Relevancia penal del consentimiento del paciente en relación con la actividad médica”, en Morillas Cueva, L. (dir.), *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*, Dykinson, Madrid, 2009, pp. 116-117. SANZ MULAS, N., “Relevancia penal del consentimiento informado del paciente”, en Sanz Mulas, N. (coord.), *Relevancia jurídica del consentimiento informado en la práctica sanitaria: responsabilidades civiles y penales*, Comares, Granada, 2012, p. 59.

penal de las coacciones a los efectos de calificar los supuestos de tratamiento arbitrario, un sector doctrinal ha apuntado que su consideración ha de reducirse a aquellos casos en los que en tratamiento médico es impuesto en contra de la voluntad de personas pertenecientes a determinados colectivos religiosos, huelgas de hambre, o pruebas de detección de VIH²⁵⁵. Por lo demás, MORILLAS CUEVA ha señalado que, aquellos casos de consentimiento ineficaz, falta de consentimiento por olvido, consentimiento obtenido mediante engaño u otras conductas de escasa firmeza frente al bien jurídico protegido, difícilmente tendrán encaje en la configuración de las coacciones, siendo más adecuado ubicarlos en el orden jurisdiccional civil o administrativo, según los casos²⁵⁶.

En atención a lo anterior, y dado el principio de intervención mínima del Derecho Penal, resulta posible afirmar que la incidencia de los casos de responsabilidad penal de los facultativos por incumplimiento de los deberes correlativos al consentimiento informado del paciente resulta bastante escasa, configurándose habitualmente como supuestos de responsabilidad civil o, especialmente, patrimonial de la Administración sanitaria. No obstante, frente a hechos constitutivos de delito son de aplicación las normas de responsabilidad civil *ex delicto* del CP (artículos 109-122 CP). En aquellos casos en los que haya reserva de acción *ex* 109.2 CP y 112 LECRIM, podrá examinarse la cuestión de la responsabilidad civil del personal al servicio de la Administración en el orden civil, si bien serán de aplicación las normas del CP (1902 CC). Con todo, a pesar de la menor frecuencia de la responsabilidad penal en el ámbito sanitario, la doctrina ha observado una expansión de los procedimientos penales en materia de responsabilidad médica en general, en gran medida debido a que las características del procedimiento penal favorecen la obtención de información a los efectos de acreditar la existencia de una conducta negligente de los profesionales sanitarios, lo cual resultará de utilidad en un eventual procedimiento civil posterior; además, mientras no prescribe el ilícito penal, tampoco lo hace el civil; por último, dada la imposibilidad de demandar a la Administración sanitaria en el orden civil, una condena penal del personal sanitario a su servicio despeja el camino hacia una condena indemnizatoria al servicio público de salud al margen de la jurisdicción contencioso-administrativa²⁵⁷.

²⁵⁵ ASÚA BATARRITA, A., "Tratamiento curativo sin consentimiento del paciente y responsabilidad penal", *Jano* 1114, 1995, pp. 52-53.

²⁵⁶ MORILLAS CUEVA, L., "Falta de consentimiento...", *op. cit.*, p. 158.

²⁵⁷ ASÚA GONZÁLEZ, C.I., "Responsabilidad civil...", *op. cit.*, pp. 342-343.

4. El consentimiento informado del paciente en el ordenamiento constitucional español

El consentimiento informado del paciente se enmarca en un tipo de relación particular, cual es la relación médico-paciente, con oportunidad de la prestación de servicios sanitarios y con independencia de que se trate de un vínculo de Derecho privado, o que dicha prestación sea proporcionada por la Administración pública sanitaria en virtud de lo establecido en el artículo 43.2 CE. En todo caso, los profesionales de la salud se han de atener a las previsiones de la LBAP y la legislación especial en materia de consentimiento informado analizadas en los primeros apartados de este tercer capítulo, observando los deberes de información y solicitud de autorización previa y, en su caso, absteniéndose de intervenir. Asimismo, como ya se ha señalado en múltiples ocasiones a lo largo de esta tesis, el denominado derecho al consentimiento informado del paciente ha encontrado justificación en el derecho fundamental a la integridad personal del artículo 15 CE, lo cual nos ha permitido considerarlo aquí como una norma adscrita de derecho fundamental en sentido alexyano y, por consiguiente, como la manifestación de un derecho fundamental. Estas conclusiones han sido confirmadas por el propio TC en su conocida STC 37/2011, de 28 de marzo, en la que se ocupa por primera vez del consentimiento informado en el marco de una relación de prestación de servicios sanitarios, si bien es cierto que con anterioridad ya se había pronunciado acerca de la impronta del consentimiento en supuestos en los que la vida de una persona se encontraba en peligro, bien ante una colisión con otro derecho fundamental, como es el caso del derecho a la libertad religiosa (16 CE)²⁵⁸, bien en casos de huelga de hambre donde los huelguistas en peligro de muerte por inanición se encontraban en una relación de sujeción especial respecto de la Administración penitenciaria en la que cumplían condena²⁵⁹. A continuación, se analizará el sistema español de protección del derecho al consentimiento informado del paciente a la luz de la mencionada STC 37/2011, teniendo asimismo en cuenta la estructura compleja en dos fases de la figura jurídica objeto de estudio.

Así pues, en su STC 37/2011, el TC otorga el amparo solicitado por un paciente quien, además de no haber sido informado con anterioridad a una intervención quirúrgica, sufre a consecuencia de la misma la incapacidad funcional total de la mano derecha. Dicha demanda de amparo se dirige contra las sentencias de primera instancia y apelación que desestimaban las pretensiones del paciente-demandante respecto de una reclamación de responsabilidad civil derivada de la asistencia sanitaria. En este caso concreto el amparo es concedido en virtud de la apreciación de una vulneración del derecho a la integridad física (15 CE) y, consecuentemente, a la tutela judicial efectiva (24.1 CE), como se desprende del

²⁵⁸ STC 154/2002, de 18 de julio.

²⁵⁹ SSTC 120/1990, de 27 de junio y 137/1990, de 19 de julio.

fallo de dicha decisión. En su fundamentación jurídica, el TC descarta la invocación de la libertad física o deambulatoria reconocida del artículo 17 CE como fundamento del consentimiento informado del paciente, pues señala que esta no se puede interpretar como una “libertad general de actuación” o de “autodeterminación individual” vinculada a la noción de “libre desarrollo de la personalidad” (10.1 CE), la cual tan solo gozará de la protección otorgada por el recurso de amparo en caso de aquellas manifestaciones que la Constitución reconoce como derechos fundamentales²⁶⁰.

Por lo que se refiere a la invocación del artículo 15 CE como fundamento del consentimiento informado, el TC ha reiterado en varias ocasiones que dicho precepto 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”²⁶¹, en donde se incluye también la protección “frente a los riesgos que puedan surgir de una sociedad tecnológicamente avanzada”²⁶². Aquí el TC se refiere a aquellos derechos orientados a proteger tanto la “incolumidad corporal” como el “libre desarrollo de la personalidad”, no siendo necesaria la consumación de una lesión de la integridad, sino que es suficiente la existencia de un riesgo relevante, si bien “no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración de un derecho fundamental, sino tan solo aquel que genere un peligro grave y cierto para la misma”²⁶³. De estas afirmaciones podría concluirse una suerte de unidad en la comprensión de la integridad física y moral de la persona, lo cual vendría avalado por el empleo del concepto de “integridad personal” a lo largo de la fundamentación jurídica de la STC objeto de análisis²⁶⁴, si bien lejos de ser este un criterio estable, se constata una evidente vacilación terminológica en la resolución objeto de análisis, empleando el TC además del concepto de “integridad personal”, las expresiones “integridad física y moral” o “integridad física y psíquica”, mientras que en otras ocasiones emplea “integridad física” a secas.

²⁶⁰ No obstante lo anterior, no resultaría descabellado afirmar la afectación de la libertad garantizada en el 17 CE en aquellos supuestos de asistencia médica coactiva, pues en tales casos, además de la restricción del derecho al consentimiento informado del paciente, se estaría también limitando la libertad de movimientos de este, en tanto que se le sometiera a una intervención que implique, por ejemplo, su ingreso hospitalario, y cuando ello tenga lugar sin contar con su autorización o incluso en contra de su voluntad y no medie justificación constitucional alguna. Con todo, este supuesto no es el de la STC 37/2011, pues como ha señalado el propio TC en el FJ 3 de dicha decisión: “en el presente caso no nos encontramos propiamente ante una asistencia médica coactiva, en el sentido de que haya sido desarrollada en contra de la voluntad del paciente, sino frente a una intervención médica realizada sin que el sujeto afectado haya recibido información previa sobre la misma y sin que haya prestado el consentimiento subsiguiente a esa información”.

²⁶¹ SSTC 120/1990, de 27 de junio, FJ 8º; 119/2001, de 24 de mayo, FJ 5º; y 37/2011, de 28 de marzo, FJ 3º.

²⁶² STC 37/2011, de 28 de marzo, FJ 3º.

²⁶³ SSTC 119/2001, de 24 de mayo, FJ 6º; 5/2002, de 14 de enero, FJ 4º; 37/2011, de 28 de marzo, FJ 3º.

²⁶⁴ STC 37/2011, de 28 de marzo, FF.JJ. 3º y 4º.

Así pues, en el fallo de la STC 37/2011 solo se menciona la “integridad física”, omitiéndose cualquier referencia a la “integridad moral” del paciente, lo cual podría sugerir la importancia que la constatación del daño o resultado lesivo para la salud presenta en los supuestos en los que se incumplen los deberes correlativos al consentimiento informado del paciente, especialmente a los efectos de determinar el fundamento indemnizatorio, si bien con ello se estaría contradiciendo el criterio de la suficiencia de un “peligro grave y cierto”. Además, en la citada sentencia, el TC no matiza suficientemente la incidencia que la constatación del daño presenta en consideración de la estructura compleja del consentimiento informado, pues previsiblemente no será lo mismo proceder a la intervención sin la información adecuada o incompleta que proceder a la intervención sin consentimiento alguno del paciente, pues en el segundo caso la intromisión en la integridad personal del paciente es objetivamente mucho mayor. Resulta sorprendente que, a lo largo de su argumentación, el TC emplee indistintamente las expresiones “integridad física y moral” (FF.JJ. 3º, 4º, 5º y 7º), “integridad física” a secas (FJ 5º y en el fallo) e “integridad personal” (FF.JJ. 3º y 4º), refiriéndose incluso en el FJ 4º a la “integridad física y psíquica”, pudiendo parecer que el TC concibe la integridad psíquica y la integridad moral como una misma realidad, lo cual no deja de ser conceptualmente confuso. Además, resultaría paradójico e incluso contradictorio afirmar que el fundamento del consentimiento informado sea la “integridad física” mientras que su explicación aparezca referida a la autonomía y autodeterminación del paciente, conceptos que por definición tienen un componente más moral que corporal (ya sea físico o psíquico), aunque indudablemente su ejercicio pueda acarrear consecuencias para la salud del paciente.

Asimismo, el TC ha reconocido el carácter negativo del deber de abstención del médico frente al rechazo efectuado por el paciente del tratamiento o intervención prescrita, a salvo de aquellos casos en los que exista una justificación constitucional²⁶⁵. Correlativamente, el paciente ostenta una “facultad de oposición a la asistencia médica”²⁶⁶, quedando afectado su derecho a la integridad física y moral en aquellos casos de asistencia médica coactiva. Sin embargo, una vez más el TC no es constante al respecto de la inclusión del concepto de integridad moral en tales supuestos, pues a continuación afirma que una “asistencia médica coactiva constituirá limitación vulneradora del derecho a la integridad física”²⁶⁷.

El propio TC parece postularse a favor del reconocimiento del carácter principal del derecho de libre decisión en materia de consentimiento informado cuando afirma que “el consentimiento del paciente a cualquier intervención sobre

²⁶⁵ STC 37/2011, de 28 de marzo, FJ 6º.

²⁶⁶ STC 37/2011, de 28 de marzo, FJ 3º.

²⁶⁷ STC 37/2011, de 28 de marzo, FJ 3º. También en SSTC 120/1990, de 27 de junio, FJ 8º; y 137/1990, de 19 de julio, FJ 6º.

su persona es algo inherente, entre otros, a su derecho fundamental a la integridad física, a la facultad que este ostenta de impedir toda intervención no consentida sobre el propio cuerpo, y que no puede verse limitada de manera injustificada como consecuencia de una situación de enfermedad. Se trata de una facultad de autodeterminación que legitima al paciente, en uso de su autonomía de la voluntad, para decidir libremente sobre las medidas terapéuticas y tratamientos que puedan afectar a su integridad, escogiendo entre las distintas posibilidades, consintiendo su práctica o rechazándolas. Esta es precisamente la manifestación más importante de los derechos fundamentales que pueden resultar afectados por una intervención médica: la de decidir libremente entre consentir el tratamiento o rehusarlo, posibilidad que ha sido admitida por el TEDH, aun cuando pudiera conducir a un resultado fatal (STEDH de 29 de abril de 2002, caso *Pretty c. Reino Unido*, § 63), y también por este Tribunal (STC 154/2002, de 18 de julio, FJ 9º)²⁶⁸. Como se podrá observar el TC emplea el concepto de “consentimiento” para referirse al derecho de “libre elección o decisión” del paciente, igual que ocurre en la LBAP y la jurisprudencia, de manera que son trasladables aquí las objeciones a dicho empleo conceptual, mostrándose como más adecuado el uso de las expresiones antes señaladas, es decir, “derecho de libre elección o decisión”, especialmente en atención a la observancia de la estructura compleja del consentimiento informado aquí propuesta.

Este carácter principal del que ha sido denominado como el “núcleo duro” del consentimiento informado presenta asimismo relevancia a la hora de determinar la incidencia que la inobservancia de los deberes en materia de consentimiento informado presenta en los derechos fundamentales del paciente, pues podría pensarse que solo la falta de autorización previa a la intervención o tratamiento permite afirmar la afectación del derecho a la integridad personal del paciente (15 CE). Si se acepta lo anterior, entonces el incumplimiento del deber de información asistencial, en tanto que auxiliar, quedaría al margen de la adscripción al derecho fundamental del artículo 15 CE anteriormente efectuada. Por consiguiente, tan solo la fase decisora quedaría bajo el paraguas de dicha adscripción a una norma de derecho fundamental directamente estatuida. De este modo, el incumplimiento de los deberes en materia de información asistencial no implicaría la afectación de una norma de derecho fundamental ni directa ni adscrita, pues solo las posiciones jurídicas derivadas de la fase decisoria podrían ser consideradas como la manifestación de un derecho fundamental.

Sin embargo, lo anterior contradice ampliamente la tesis del propio TC. Los antecedentes de hecho de la citada STC 37/2011 demuestran esta incompatibilidad de argumentos, pues el caso concreto objeto de decisión se refiere a una intervención realizada con ausencia total de información y resultado

²⁶⁸ *Vid.* STC 37/2011, de 28 de marzo, FJ 5º.

físico lesivo, pero consentida, es decir, no coactiva. De esta sucinta descripción de los hechos se deduce que, en el caso concreto, la inobservancia de los deberes correlativos al consentimiento informado del paciente se circunscribe a la fase informativa, lo cual resulta en el entorpecimiento de la decisión del paciente, quien solo ha podido otorgar un consentimiento básico y no informado. Así las cosas, el TC concede el amparo ante un incumplimiento de los deberes relativos a la fase informativa auxiliar del derecho al consentimiento informado, de lo cual se deriva que la adscripción a la norma de derecho fundamental del 15 CE también afecta a dicha fase de información asistencial, lo cual relativiza el carácter meramente auxiliar o instrumental de la misma. Con todo, en contra de la decisión del TC, podría considerarse como más oportuno circunscribir la afectación del derecho a la integridad personal exclusivamente a la fase principal decisoria, en tanto que es solo en sede de dicha fase cuando el paciente podrá decidir acerca de si “impedir toda intervención no consentida sobre el propio cuerpo”²⁶⁹ o, por el contrario, autorizarla. Por lo demás, incluir la fase informativa en la adscripción a la norma de derecho fundamental se podría considerar excesivo e incluso paternalista. En primer lugar, es excesivo porque los deberes de información presentan una variabilidad bastante elevada, especialmente dado que su contenido depende de múltiples factores como el estado de la ciencia médica, el avance científico-técnico y los recursos disponibles en un tiempo y lugar determinados, lo cual no se compadece bien con la naturaleza de los derechos fundamentales y sus rasgos, a pesar de los amplios desacuerdos al respecto, tal y como se ha tenido ocasión de analizar con anterioridad. En segundo lugar, podría considerarse como paternalista, pues presupone que el paciente necesita ineludiblemente la asistencia de un tercero (el profesional sanitario, en este caso) para poder decidir con libertad acerca de una intervención en su integridad, lo cual podría considerarse inadecuado.

Al margen de lo anterior, de los argumentos alegados por la jurisprudencia constitucional en la decisión objeto de análisis surgen una serie de dudas. En primer lugar, no queda claro si de la falta total de consentimiento expreso se sigue invariablemente (esto es, aun sin la presencia de un resultado corporal lesivo) la constatación de una asistencia médica coactiva, o debe requerirse una oposición más o menos manifiesta de parte del paciente para poder apreciarla, lo cual reduciría su valoración a aquellos casos en los que pudiera probarse que el paciente posee unas creencias o ideologías previas que indiquen que, con bastante seguridad, este se hubiera opuesto a la intervención, como sería el supuesto paradigmático de las transfusiones de sangre no autorizadas practicadas a Testigos de Jehová. Con todo, esta consideración restrictiva de los supuestos de asistencia coactiva podría resultar insatisfactoria, pues por el simple hecho de no mediar esa expresión externa de un elemento religioso o ideológico, como es el formar parte

²⁶⁹ Vid. STC 37/2011, de 28 de marzo, FJ 5º.

de una confesión religiosa o movimiento ideológico concreto, se vería limitada la posibilidad de alegar una infracción de la autodeterminación personal del paciente, manifestación de su integridad personal en su vertiente moral y ello a falta de la constatación de un evento lesivo para su salud (integridad física).

Con la intención de resolver esta cuestión, sería útil considerar de nuevo la estructura compleja del consentimiento informado del paciente a los efectos de reflexionar acerca de la incidencia que la transgresión de un deber presenta sobre los derechos fundamentales del paciente. Así, una infracción de los deberes de información efectivamente podría entorpecer el ejercicio del derecho de libre elección o decisión que ostenta el paciente. Asimismo, el incumplimiento de dicho deber de información es ciertamente graduable, pudiendo otorgarse una información incompleta, parcialmente defectuosa o incluso incumplirse por completo el deber al no otorgarse dicha información en absoluto²⁷⁰. De este carácter gradual se deriva asimismo la pertinencia de modular la responsabilidad por incumplimiento de tal deber. En este sentido, si el médico no otorga en absoluto la información debida al paciente con carácter previo a su decisión, entonces deberá responder por aquellos riesgos previsibles que se hayan materializado, dado que el paciente no los ha podido valorar y asumir adecuadamente en su proceso decisorio.

Distinta valoración merece el incumplimiento del deber de solicitar autorización previa, a salvo de aquellos supuestos en los que la ley autoriza la intervención y existe una justificación constitucional. Así pues, cuando el paciente haya sido intervenido sin mediar su consentimiento expreso (verbal o escrito, en atención a las previsiones de la legislación en la materia), se plantean diversas posibilidades. En primer lugar, ante la ausencia absoluta de consentimiento por parte del paciente, podría optarse por considerar la presencia de una asistencia médica coactiva, lo cual indicaría un grado de responsabilidad agravada del médico. Con todo, este planteamiento se presenta como excesivamente oneroso para los profesionales de la salud, pues cuando el paciente acude a la consulta, centro médico u hospitalario, solicita asistencia médica y se somete a su criterio, de alguna manera se muestra receptivo a la intervención, lo cual hace presumir

²⁷⁰ Resulta relevante señalar nuevamente que tal afirmación acerca del incumplimiento graduable del deber de información no necesariamente contradice su carácter de regla en sentido alexyano, como ya se ha afirmado con anterioridad. Así pues, podría alegarse en favor del carácter de regla de aquella norma que establece el deber de información que en todos los casos enunciados (información incompleta, parcialmente defectuosa o incumplimiento completo) se tratan de supuestos de inobservancia de dicha regla. Con todo, la gradualidad señalada ha de ser mantenida respecto de una consecuencia derivada del incumplimiento invariable de la regla, cual es la asignación del nivel de responsabilidad del médico y la moderación del eventual *quantum* indemnizatorio, en tanto que no todo incumplimiento merece la misma consideración. De lo anterior se podría concluir que aquellas normas que establecen la responsabilidad por incumplimiento de reglas se configuran como principios para cuya aplicación los tribunales han de aplicar la técnica de la ponderación a los efectos de moderar la responsabilidad del infractor de la regla.

algún tipo de voluntad por su parte, aunque pudiera llegar a considerarse como jurídicamente irrelevante. Además, salvo casos muy puntuales y flagrantes, la intención de los profesionales de la salud no es dañar al paciente, sino lograr su curación, lo cual habla en contra de calificar su conducta como dolosa. Si se acepta lo anterior, entonces se plantea una segunda posibilidad determinada por la apreciación de una suerte de responsabilidad total del médico por todos los riesgos materializados, esto es, tanto los previsibles como los imprevisibles, dada la magnitud de la incidencia que su conducta ha tenido en la incolumidad personal del paciente²⁷¹.

De todos modos, las posibilidades antes señaladas presuponen la presencia de un daño o resultado lesivo corporal (ya sea este físico o psicológico), lo cual no parece situarse en la línea marca por la jurisprudencia constitucional antes mencionada, la cual reconoce la simple presencia de un “peligro grave y cierto” como presupuesto de vulneración de los derechos del paciente, no siendo necesaria la materialización del riesgo. Lo cierto es que afirmar la vulneración del derecho al margen de la constatación de un daño equivaldría a negar la posibilidad de obtener un resarcimiento con base en la responsabilidad civil del médico o patrimonial de la Administración sanitaria, siendo el resultado lesivo del demandante uno de los presupuestos a considerar, junto con la culpa y la relación de causalidad, a los efectos de verificar la responsabilidad del médico infractor. De este modo, la única alternativa posible acorde a la jurisprudencia constitucional alegada, sería considerar la existencia de un daño moral en aquellos casos en los que se haya inobservado los deberes correlativos al consentimiento informado del paciente y no se haya materializado ningún resultado lesivo para la salud física o psíquica del mismo. Sin embargo, la consideración de un daño moral conlleva una suerte de presunción, pues la prueba de su producción ha de ser prácticamente automática o directa, ya que en todo caso el paciente-demandante alegará su producción, no siendo posible una ulterior comprobación dada su naturaleza inmaterial. Asimismo, surgiría aquí de nuevo la crítica relativa al carácter punitivo de la consideración de tales daños morales, lo cual resulta verdaderamente controvertido, especialmente si se considera que el resultado de la intervención ha sido curativo o reparador de la salud del paciente.

Al respecto de lo anterior, aun a riesgo de contradecir el criterio del TC y resultar incoherente con el fundamento del consentimiento informado como manifestación de la autonomía y autodeterminación personal del paciente, lo cierto es que, como cuestión de política jurídica, podría considerarse como más

²⁷¹ Con todo, se ha de considerar que de alguna manera este argumento estaría presuponiendo una cierta conducta dolosa del médico, pudiéndose alegar la objeción antes señalada al respecto. En este sentido, en sede de la responsabilidad civil del médico, sería necesario acudir al fundamento de responsabilidad previsto en el artículo 1107 CC, el cual establece que “en caso de dolo responderá el deudor de todos los [daños y perjuicios] que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación”.

conveniente establecer la responsabilidad médica por aquellos riesgos materializados que debieron ser pero no fueron informados y, en caso de ausencia absoluta de autorización previa, responsabilidad por cualquier resultado lesivo materializado, al margen del juicio de previsibilidad e independientemente de su deber de información, dada la mayor intensidad (o incluso exclusiva, si se circunscribe la tesis de la adscripción a la fase decisoria) de la injerencia en la integridad personal del paciente derivada de la conducta del médico. De esta suerte, cuando no se produzca ningún resultado lesivo para la salud física o psíquica del paciente no habrá fundamento indemnizatorio posible de carácter patrimonial, debiéndose acudir a la responsabilidad penal o a las sanciones administrativas, en caso de observar la oportunidad de penar la conducta infractora. Este razonamiento llevaría a fundamentar el consentimiento informado del paciente exclusivamente en la integridad física del mismo, lo cual parece coincidir (sorprendentemente, dada la fundamentación jurídica sostenida) con el fallo de la STC 37/2011 antes mencionada.

Sin embargo, mayores problemas plantean casos como el relativo a la oposición de los Testigos de Jehová a las transfusiones de sangre u otros colectivos y supuestos equiparables, pues la pertenencia a dicha confesión o la manifestación externa de creencias, ideologías o convicciones contrarias o contrapuestas a determinadas decisiones en materia sanitaria podrían alegarse como prueba del daño moral producido. Sin embargo, el tratamiento diferenciado de estos supuestos privilegiaría ciertas razones frente a otras muchas a los efectos de obtener el resarcimiento de los daños morales sufridos por una intervención médica presuntamente coactiva, lo cual resulta evidentemente insatisfactorio y desigualitario. Sin embargo, solo en aquellos casos en los que exista una manifestación externa de unas creencias o ideologías concretas, alegable y constatable en un eventual juicio, podrá dar lugar a la prueba de un cierto daño moral y no a una suerte de reconocimiento inmediato de un eventual daño moral coincidente con la infracción del derecho y basado en la mera declaración del demandante quien indudablemente argumentará siempre en favor de su pretensión indemnizatoria. Por todo lo anterior, aun no siendo esta una solución totalmente satisfactoria, podría considerarse adecuado reconocer la existencia de un daño moral en determinados supuestos en los que los pacientes puedan efectivamente probar la existencia de un perjuicio moral basado en manifestaciones externas de determinadas creencias o ideologías, en los cuales la suma indemnizatoria vendrá determinada por la posibilidad de probar dicho daño moral, siendo en todo caso moderada, especialmente considerando el resultado beneficioso para la salud del paciente derivado de la actuación médica. Se ha de subrayar en este punto que la constatación de un daño para la salud psíquica del paciente es reconducible a la integridad corporal, de manera que el daño moral ha

de ser algo distinto, lo cual presupone una naturaleza corporal tanto de la salud física como psíquica, separada del ámbito de la moral²⁷².

5. Recapitulación

I. Por lo que respecta al origen jurídico del consentimiento informado del paciente en España, habrá que esperar a la Constitución de 1978 para apreciar un cambio en el tradicional paradigma médico basado en una ética beneficente y de marcado corte paternalista. Sin embargo, no es hasta la promulgación de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LGS), cuando aparece la primera norma en materia de derechos de los pacientes propiamente dicha, antecesora de la actual Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (LBAP), en donde se recoge la actual regulación del consentimiento informado del paciente y que es indudablemente deudora de las previsiones contenidas en el CDHB de 1997. Asimismo, numerosos parlamentos autonómicos han promulgado leyes en la materia, en el caso gallego se ha de estar a lo establecido en la Ley 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes, actualizada en marzo de 2005.

II. La regulación del consentimiento informado aparece dispersa a lo largo de la LBAP, debiéndose observar fundamentalmente las previsiones de los artículos 2, 4, 5, 8, 9 y 10 del mencionado cuerpo normativo. Dicha regulación permite concluir una suerte de estructura compleja, dividida en dos fases o etapas del consentimiento informado, a saber: una fase informativa previa, la cual posibilita calificar al consentimiento como informado y presenta un carácter auxiliar o instrumental, esto es, asiste a la ulterior fase decisoria; y dicha fase decisoria posterior, en la que el paciente ejerce su autonomía y autodeterminación médica, eligiendo o rechazando libremente las alternativas ofrecidas por los profesionales de la salud que lo asisten. Esta comprensión del consentimiento informado en dos fases permite explicar de manera más clara los deberes que recaen sobre los profesionales de la salud correlativos a los derechos de los pacientes en materia de consentimiento informado. De este modo, tanto el médico responsable del paciente como los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto han de garantizar el derecho a la información del paciente, pudiendo el paciente renunciar al mismo (2.2 y 4 LBAP). Por lo que se refiere a la fase decisoria posterior a la provisión de información asistencial por el médico al paciente, el primero ha de obtener la autorización del

²⁷² Cabe reiterar en este punto que, a diferencia de lo anteriormente expuesto, el TC parece identificar la integridad psíquica con la integridad moral cuando emplea el concepto “integridad física y psíquica”, si bien el TC en realidad no explica las razones detrás del empleo de tales conceptos. *Vid.* STC 37/2011, de 28 de marzo, FJ 4º.

segundo con carácter previo a cualquier intervención o tratamiento (2.3 y 8 LBAP), pudiendo incluso el paciente negarse al tratamiento (2.4 LBAP), a salvo de los supuestos excepcionales legalmente tasados (9.2. a) y b) LBAP). A diferencia de lo que ocurre en la primera fase informativa, el derecho de decisión resulta materialmente inalienable, pues el mero hecho de descargar la toma de decisión en otra persona constituye *stricto sensu* una decisión del paciente. Por lo demás, el paciente podrá revocar su consentimiento en cualquier momento por escrito (8.5 LBAP), si bien una vez iniciada la intervención médica el médico podrá negarse a suspenderla cuando ello suponga un peligro para la salud del paciente independiente del padecimiento o enfermedad que el paciente presentaba con anterioridad a la práctica de dicha intervención.

III. Asimismo, la consideración de la estructura compleja del consentimiento informado repercute en el régimen de responsabilidad médica en la que incurren los profesionales de la salud que incumplen sus deberes en materia de consentimiento informado, pues *a priori* el incumplimiento del deber de obtención de autorización previa resulta en una intromisión más gravosa en la autonomía e integridad personal del paciente, fundamento de su consentimiento informado, especialmente si se acepta el carácter auxiliar de la fase informativa previa, consideración que, por lo demás, no ha de desmerecer la importancia de dicha fase, en tanto que permite calificar al eventual consentimiento del paciente como “informado” y no como meramente “básico” o consentimiento “a secas”.

IV. Además, la consideración de la estructura en dos fases permite la adecuada diferenciación conceptual no solo entre la etapa informativa y la decisoria, sino que también permite distinguir esta segunda fase de la suma de ambas. Esta ventaja es especialmente relevante dado que tanto en la doctrina como en la legislación y en la jurisprudencia se observa una tendencia a denominar dicha fase decisoria como “consentimiento”, lo cual podría llevar a la confusión de identificar la parte por el todo, ya que a pesar de que se trata de una fase central o principal, por sí sola no puede dar lugar a la denominación “consentimiento informado” en sentido propio y estricto, pues este ha de aunar asimismo la fase informativa previa. Por lo que respecta a la posibilidad legal de renuncia por parte del paciente a la información, su materialización tan solo permitirá hablar de un “consentimiento básico”, si bien este ha de desplegar indudablemente efectos jurídicos, en tanto que no se encuentre viciado, a riesgo de caer en posturas excesivamente paternalistas en caso contrario. En definitiva, estas consideraciones respaldan la tesis acerca del carácter auxiliar o instrumental de la fase informativa, siendo la fase decisoria el “núcleo duro” del derecho.

V. Por lo que se refiere específicamente al régimen de responsabilidad por incumplimiento de los deberes correlativos al consentimiento informado del paciente, se ha de diferenciar entre los ámbitos del Derecho privado, administrativo y penal. Si bien es cierto que en España es el orden jurisdiccional

contencioso-administrativo el receptor del mayor número de reclamaciones en materia sanitaria, en virtud del carácter público de la prestación de servicios sanitarios en este país, lo cierto es que los fundamentos básicos del análisis de la eventual responsabilidad son fundamentalmente los mismos, a saber, la concurrencia de un daño o resultado lesivo, el nexo causal y la culpa o negligencia del profesional de la salud. A pesar de que en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público sigue prescribiendo la responsabilidad patrimonial de la Administración por funcionamiento normal de sus servicios, se observa una marca tendencia jurisprudencial a la subjetivación de dicha responsabilidad, de manera que la referencia al “funcionamiento normal” se ha convertido en una mera cláusula de estilo, como así ha sido señalado por la doctrina. Por lo que se refiere al ámbito penal, para poder apreciar la responsabilidad criminal del profesional de la salud, el incumplimiento de los deberes correlativos al consentimiento informado han de ser reconducibles al delito de homicidio o lesiones, no pudiendo considerarse un delito de coacciones en virtud del requisito de violencia que dicho tipo penal requiere. Asimismo, algún sector doctrinal ha señalado la necesidad de incorporar un delito específico para los casos en los de tratamiento médico arbitrario, dada la especial injerencia que el incumplimiento del deber de autorización previa presenta en la integridad personal del paciente.

VI. Especial problemática presenta la constatación del daño o resultado lesivo dada la gran inexactitud de la ciencia médica al respecto de los resultados y su previsibilidad. Un problema adicional surge de la consideración del daño moral como presupuesto indemnizatorio en el ámbito de la medicina asistencial, debiéndose comprender un daño corporal como físico o psicológico, distinto del eventual daño moral, el cual presenta una naturaleza inmaterial, lo cual genera evidentes dificultades probatorias, no debiendo identificarse el daño moral con la simple infracción del derecho, lo cual supondría un fundamento más punitivo que resarcitorio.

VII. Por último, el TC español también se ha ocupado de cuestiones relativas al consentimiento de los titulares de derechos fundamentales, pronunciándose por primera vez acerca del consentimiento informado del paciente en su STC 37/2011, de 28 de marzo, en la que establece como fundamento del mismo el derecho a la integridad física y moral del 15 CE. A pesar de que en este pronunciamiento el TC deja claro que la información ha de ser otorgada con motivo de cada intervención, la precisión conceptual y, sobre todo, terminológica con la que el TC delinea el fundamento constitucional del consentimiento informado sigue siendo inconclusa, lo cual se evidencia en el uso indistinto de las expresiones “integridad física y moral”, “integridad física y psíquica” o “integridad física” (a secas) a lo largo de la fundamentación jurídica de la mencionada sentencia, desaprovechando con ello la oportunidad de pronunciarse acerca de si la constatación de un daño en la salud

física o psíquica del paciente constituye un presupuesto de la vulneración del derecho o basta un daño moral identificable con la mera infracción de la norma, lo cual, sin embargo, implicaría un cierto carácter punitivo y *a priori* contrario a la función resarcitoria tanto de la responsabilidad civil médica como de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria.

CONCLUSIONES FINALES

1. Es posible definir el consentimiento informado como un auténtico derecho subjetivo cuya titularidad corresponde al paciente:
 - 1.1. El análisis histórico del concepto de derecho en sentido subjetivo muestra que este encuentra sus orígenes en la Modernidad, si bien las transformaciones filosóficas que conducen al mismo ya se inician en la baja Edad Media, momento en el que la idea de libertad personal, vinculada a la noción de dignidad humana, propicia el paso de su concepción como un individuo vinculado a una expectativa socialmente estereotipada a una interpretación del ser humano, en tanto que persona, como ser inconmensurable y libre. Posteriormente, este tránsito permitirá entender la libertad como autonomía, presupuesto de partida del actual paradigma mayoritario del discurso de los derechos, especialmente perceptible en la explicación del consentimiento informado como manifestación de la autonomía decisoria del paciente en el ámbito asistencial.
 - 1.2. A partir de una perspectiva de inspiración kelseniana que otorgue prioridad conceptual a los deberes sobre los derechos, resulta posible definir la posición subjetiva del paciente en atención a los deberes de los profesionales de la salud.
 - 1.2.1. Mientras que el paciente adopta una posición pasiva a la espera de la realización de la conducta prevista en la norma por parte del médico, este último se coloca en una posición activa al verse compelido a realizar la conducta descrita en dicha norma.
 - 1.2.2. La adopción de este punto de vista facilita la correcta diferenciación entre los verdaderos derechos subjetivos correlativos a deberes de la contraparte en la relación jurídica y los meros deseos de los individuos desprovistos de un sustento jurídico que permita su clasificación como auténticas posiciones jurídicas subjetivas.
 - 1.2.3. Desde una perspectiva de corte iuspositivista como la mantenida por KELSEN, la presencia de normas de conducta que regulan el consentimiento informado del paciente en el ordenamiento jurídico español confirma la existencia de un verdadero derecho subjetivo del paciente.
 - 1.2.4. Junto con dichas normas de conducta en las que se establecen los derechos del paciente y los deberes de los profesionales de la salud en materia de consentimiento informado, es decir, “derechos subjetivos reflejos” kelsenianos, el ordenamiento jurídico español dispone de

normas de competencia que habilitan al paciente para acudir a la vía de la reclamación judicial ante eventuales incumplimientos de los deberes correlativos a sus derechos, esto es, “derechos subjetivos en sentido técnico”. De este modo, al emprender la acción judicial, el paciente ejercita una “potestad” hohfeldiana que le permite provocar un cambio en las posiciones jurídicas propias y del resto de sujetos implicados en la relación, quienes quedan “sujetos” a dicha mutación.

1.3. En atención a la propuesta conceptual de HOHFELD, resulta posible definir el consentimiento informado como una “pretensión” o “derecho subjetivo en sentido estricto” del paciente, correlativo a una serie de “deberes” de los profesionales de la salud.

1.3.1. Esta conceptualización se deriva de la redacción de las normas de conducta contenidas en la LBAP.

1.3.1.1. A los pares conceptuales hohfeldianos derecho/deber y no-derecho/privilegio subyace una relación basada en normas de conducta o su negación, respectivamente.

1.3.1.2. A los conceptos poder/sujeción e inmunidad/incompetencia subyacen normas sobre la producción jurídica (normas de competencia) o su negación.

1.3.1.3. La relación asistencial se produce en el plano de los actos puramente físicos o naturales, y no en el de los actos normativos o sobre la producción jurídica, por lo que se ha de descartar la presencia de normas de competencia o su negación y, por consiguiente, los pares conceptuales hohfeldianos poder/sujeción e inmunidad/incompetencia.

1.4. Conjugando la teoría del estatus propuesta por JELLINEK con el par conceptual de correlativos hohfeldianos derecho/deber, podría afirmarse que el derecho al consentimiento informado viene precedido por la colocación del paciente en el denominado estatus positivo o *civitatis* “en sentido amplio” –según la reformulación propuesta por ALEXY– pues en tal caso la posición jurídica del paciente podría albergar su facultad tanto para reclamar la entrega de la información asistencial que le es debida como para invocar la prohibición de cualquier intervención en el ámbito de su salud sin mediar su autorización previa, a salvo de la presencia de una justificación constitucional que aconseje la intervención aun desprovista del consentimiento del paciente.

1.5. Considerando la estructura triádica de los “derechos a algo” enunciada por ALEXY, el derecho al consentimiento informado puede ser descrito como una posición del paciente para reclamar determinadas conductas a los profesionales de la salud.

Esta definición puede ser fácilmente trasladada a enunciados acerca de deberes mediante el operador del mandato deóntico triádico, lo cual permitirá la reconducción del discurso de los derechos al de los deberes sin mayor dificultad, pues en realidad vendrían a constituir las “dos caras de una misma moneda”.

2. El derecho al consentimiento informado del paciente puede definirse como la manifestación de un derecho fundamental:

2.1. La explicación del consentimiento informado del paciente ha sido constitucionalmente vinculada al derecho fundamental a la integridad física y moral del artículo 15 CE.

2.1.1. Esta conexión ha sido expresamente realizada por el TC español. De este modo, en los términos empleados por ALEXY, la jurisprudencia constitucional ha proporcionado una “fundamentación iusfundamental correcta”, posibilitando la adscripción de las normas de la LBAP y legislación especial en materia de consentimiento informado a una norma de derecho fundamental directamente estatuida, esto es, la norma del artículo 15 CE.

2.1.2. Aceptar esta tesis de la adscripción permite definir el consentimiento informado del paciente como la manifestación de un derecho fundamental. Con todo, en virtud del carácter auxiliar de la fase informativa y la consiguiente falta de vínculo suficiente con el fundamento referido a la integridad personal, resulta posible circunscribir dicha adscripción a la fase decisoria del consentimiento informado.

2.2. A partir de la clasificación de las normas como reglas y principios:

2.2.1. Es posible afirmar que aquellas normas de la LBAP orientadas al establecimiento de las posiciones jurídicas subjetivas derivadas del consentimiento informado se configuran como reglas, y la norma de la Constitución en la que se reconoce el derecho a la integridad personal se configura como un principio.

2.2.2. Entre ambas normas existe una relación doble de fundamentación y especificación, pues mientras que el principio de la integridad física y

moral justifica o fundamenta las reglas relativas al consentimiento informado del paciente, estas últimas especifican al primero en tanto que constituyen manifestaciones concretas de su aplicación en el marco de la relación médico-paciente.

2.3. Dada la inconstante terminología empleada por el TC, no queda claro si el fundamento del consentimiento informado se corresponde con la integridad física del paciente, su integridad moral o ambas.

2.3.1. La explicación más extendida concibe el consentimiento informado como una expresión de la autonomía y autodeterminación del paciente, lo cual parece indicar como más adecuada la circunscripción de su fundamento a la integridad moral.

2.3.2. Lo anterior plantea el problema de la determinación de los daños morales desprovistos de una lesión patrimonialmente cuantificable, cuestión de vital importancia para la determinación de una eventual declaración de responsabilidad médica, dada la función compensatoria y no punitiva que presenta el *quantum* indemnizatorio en el ordenamiento jurídico español.

2.3.3. Someter la satisfacción de las pretensiones de un eventual paciente-demandante a la constatación de un evento lesivo para su salud se muestra incoherente con las exigencias derivadas de la salvaguardia de su autonomía e integridad moral, pudiendo ocurrir que, en algún caso infrecuente, se vulnere su integridad moral sin concurrencia de un daño corporal, ya sea físico o psíquico.

2.4. En virtud de la concepción de los derechos fundamentales como derechos humanos positivizados en la Constitución, el derecho al consentimiento informado del paciente, en tanto que manifestación de un derecho fundamental, se configura como un derecho de titularidad universal, si bien su ejercicio resulta parcialmente alienable y no absoluto.

2.4.1. El consentimiento informado del paciente constituye un derecho de titularidad universal, pues todo ser humano es potencialmente un paciente. Ello no se ve afectado por los supuestos de incapacidad, pues dicha incapacidad no afecta a la titularidad, sino tan solo al ejercicio del derecho, que se traslada a los representantes. El hecho de que los deberes de los profesionales de la salud no decaigan por razón de la incapacidad confirma lo anterior. Adicionalmente, la consideración del estatus moral pleno del paciente incapaz en tanto que agente intencional prospectivo, en términos gewirthianos, exige la aceptación de la universalidad de la norma.

- 2.4.2. El ejercicio del derecho al consentimiento informado del paciente es material y jurídicamente alienable al respecto de la fase informativa, lo cual se encuentra expresamente previsto en la LBAP. En la segunda fase decisoria, la libre decisión del paciente resulta materialmente inalienable, ya que un eventual acto dispositivo del paciente implica en sí mismo una declaración de voluntad de este en un determinado sentido, lo cual equivale al ejercicio del derecho de libre decisión.
- 2.4.3. Varias razones impiden afirmar el carácter absoluto del derecho al consentimiento informado del paciente:
- i. En virtud de la tesis de la adscripción y la clasificación de las normas en reglas y principios, la regla que establece el consentimiento informado del paciente puede colisionar a nivel de los principios, siendo necesario realizar una ponderación, lo cual habla en contra de su carácter absoluto. No obstante, una vez realizada dicha ponderación, se obtendrá una regla que especifica por completo las circunstancias concretas de aplicación de la norma, solo en tal sentido podría ser considerada como absoluta.
 - ii. La propia LBAP prevé límites legales a su ejercicio.
 - iii. Pueden existir razones morales que aconsejen la limitación del ejercicio del derecho al consentimiento informado del paciente en supuestos concretos.
3. Del análisis de la regulación contenida en el ordenamiento jurídico español en materia de consentimiento informado se deriva que:
- 3.1. El consentimiento informado del paciente presenta una estructura compleja dividida en dos fases o etapas que originan un conjunto de posiciones jurídicas subjetivas para el paciente y los profesionales de la salud implicados en la relación asistencial.
- 3.1.1. La primera fase se caracteriza por la provisión de información asistencial por parte del médico al paciente (artículo 4 LBAP), orientada a la asistencia y promoción de la segunda fase decisoria, de lo cual se deriva su carácter auxiliar o instrumental.
- 3.1.2. En la segunda etapa, el paciente decide libremente acerca de la autorización o rechazo de la intervención o tratamiento propuestos (artículo 8 LBAP), presentándosele diferentes alternativas en función de las circunstancias particulares del caso: autorizar el tratamiento o intervención propuesto; elegir una alternativa asistencial de entre

varias propuestas asistenciales disponibles; o rechazar todas las alternativas propuestas, entendiéndose que, de existir varias alternativas a su alcance, el rechazo de todas excepto una equivale a la elección de aquella que no se rechaza.

- 3.1.3. Esta estructura presenta la considerable ventaja analítica de facilitar la adecuada distinción de las diferentes posiciones jurídicas subjetivas implicadas y de los elementos que las configuran.
- 3.2. Se observa la presencia de dos derechos subjetivos del paciente, correlativos a dos deberes de los profesionales sanitarios implicados en la relación asistencial, respectivamente:
 - 3.2.1. Un derecho del paciente a recibir aquella información disponible y adecuada al respecto de una actuación en el ámbito de su salud, correlativa al deber del médico de proveerla.
 - 3.2.2. El derecho del paciente a consentir o rechazar la intervención o tratamiento propuestos, correlativo al deber de los profesionales de la salud de solicitar su autorización y abstenerse de intervenir en caso de rechazo.
- 3.3. La legislación en materia de consentimiento informado prevé la posibilidad de renuncia del derecho a la información por el paciente (4.1 LBAP), lo cual traslada nuevamente el análisis a la cuestión de su alienabilidad, existiendo diversas alternativas interpretativas al respecto:
 - 3.3.1. Una posibilidad consiste en entender que se trata de un nuevo derecho del paciente, esto es, un supuesto “derecho a no saber”, afirmación próxima al texto de la LBAP, al señalarse en su artículo 4.1 que “toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada”.
 - i. Aceptar lo anterior conlleva la ventaja de evitar los dilemas acerca de la alienabilidad.
 - ii. No obstante, supone incurrir en nuevas dificultades, pues afirmar a la vez dos derechos correlativos a dos deberes, opuestos entre sí y en manos de los mismos sujetos, esto es: un derecho/deber de informar y un derecho/deber de no informar, podría resultar confuso y, por lo tanto, jurídicamente inseguro.
 - 3.3.2. Otra posibilidad consiste en concebir la renuncia del derecho a la información por parte del paciente como la suspensión del deber correlativo de los facultativos.

- i. Aplicando a lo anterior los pares conceptuales de HOHFELD, la conducta del médico pasa de “ser debida” a “estar privilegiada” (se transforma en un “no-deber”, en atención a la reformulación de WILLIAMS), quedando igualmente en suspenso el derecho del paciente, quien pasa a una posición de “no-derecho” en virtud de un acto propio dispositivo y jurídicamente válido.
 - ii. Afirmar lo anterior presupone la existencia de una norma de competencia tácita que establece que el paciente puede disponer de su derecho y, como consecuencia, modificar las posiciones jurídicas de los sujetos implicados.
 - iii. Suscribir la tesis de la alienación implica la negación de la norma de conducta que establece el derecho en cuestión correlativo al deber de la contraparte.
- 3.4. La fase decisoria del consentimiento informado resulta materialmente irrenunciable, pues delegar la toma de decisión, con independencia del contenido de la misma, equivale *stricto sensu* al ejercicio del derecho.
- 3.5. Los principales supuestos de limitación externa del derecho a la información son la incapacidad natural del paciente (5.3 LBAP) y el denominado “estado de necesidad terapéutica” (5.4 LBAP):
- 3.5.1. El supuesto de incapacidad natural del paciente para entender la información se ha de poner en relación con la situación de emergencia, pues solo en este segundo caso se podrá suspender el deber correlativo al derecho, en tanto que no sea posible otorgar la información a los familiares del paciente o personas vinculadas de hecho a este, ya que la falta de capacidad del paciente no supone la suspensión de los deberes correlativos, sino que simplemente el ejercicio del derecho pasa a manos de sus representantes o personas vinculadas de hecho al paciente, según los casos.
 - 3.5.2. El estado de necesidad terapéutica se podría conceptualizar como un “privilegio” hohfeldiano del médico a no informar, correlativo a un “no-derecho” del paciente, quien no podrá alegar su incumplimiento. Aceptar lo anterior supone cuestionar la terminología empleada en la redacción de la LBAP, en donde se define el estado de necesidad terapéutica como una “facultad” del médico, prefiriéndose aquí el término “privilegio terapéutico”.
- 3.6. Las restricciones de la fase decisoria establecidas en la LBAP son los supuestos de existencia de un riesgo para la salud pública y la situación de

riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo, no siendo posible conseguir su autorización (9.2 a) y b) LBAP).

3.6.1. En tales supuestos se podría de nuevo afirmar que se privilegia la conducta del médico correlativamente a la negación del derecho del paciente, es decir, se niega aquella norma de conducta que establece las referidas posiciones jurídicas subjetivas de ambas partes.

3.6.2. Alternativamente, se podría alegar que la norma de conducta que establece las referidas posiciones subjetivas se sustituye por otra norma de conducta que establece el comportamiento que los profesionales de la salud han de seguir. En tal sentido, se estaría afirmando la existencia de un “deber” del médico correlativo a un “no-derecho” del paciente, esto es, un deber desprovisto de un derecho subjetivo, lo cual supone el abandono del esquema conceptual de HOHFELD.

Lo anterior evidencia una cuestión fundamental implícita a la propuesta de HOHFELD, a saber, la distinción entre las relaciones jurídicas de dos sujetos y de un sujeto con la norma. HOHFELD no habría considerado este segundo tipo de relaciones, si bien tal observación no resulta incompatible con su propuesta, sino que se presenta como complementaria.

3.7. Por lo que se refiere a la inobservancia de los deberes de los profesionales de la salud, el incumplimiento de los deberes relativos a la fase decisoria incide con más intensidad en la autonomía del paciente que el relativo a aquellos propios de la fase informativa previa, cuando no exclusivamente.

3.7.1. Una autorización o rechazo emitido por el paciente sin mediar coacción ni manipulación, aun desprovisto de la información asistencial (esto es, un consentimiento “básico” o “a secas”), ha de dar lugar a algún efecto jurídico.

3.7.2. Afirmar que un consentimiento básico del paciente nunca es libre y está invariablemente necesitado de la asistencia de un tercero (el médico, en este caso) supone la aceptación de un criterio excesivamente paternalista. Además, sostener lo anterior resulta incoherente con la posibilidad de renuncia de la información asistencial por el paciente, prevista en la LBAP.

3.8. La práctica de los tribunales muestra que todas las reclamaciones por incumplimiento de los deberes correlativos al consentimiento informado del paciente se articulan alegando defectos o la ausencia de la fase informativa y en la presencia de un resultado corporal lesivo.

- 3.8.1. Lo anterior no resulta en absoluto sorprendente, dada la bajísima probabilidad de que un resultado curativo para la salud del paciente genere en este aquella incomodidad que le lleva a interponer una acción judicial.
 - 3.8.2. Existen supuestos concretos en los que resulta previsible la producción de un daño moral en el paciente aun cuando este haya obtenido un resultado curativo de su salud. Un caso paradigmático sería el rechazo de las transfusiones de sangre por los Testigos de Jehová.
- 3.9. A pesar de la señalada incertidumbre al respecto de la cuestión del fundamento del consentimiento informado del paciente, existen diversas soluciones con sendas consecuencias en el ámbito de la responsabilidad médica:
- 3.9.1. Circunscribir dicho fundamento a la integridad física del paciente resulta insatisfactorio e incoherente, pues desatiende por completo el componente moral presente en la frecuente definición del consentimiento informado como expresión de la autonomía del paciente.
 - 3.9.2. Considerar exclusivamente la integridad moral como su fundamento resultaría adecuado en atención a la explicación y función del consentimiento informado. Además, permitiría la obtención de tutela judicial al margen de la constatación de un resultado lesivo para la salud del paciente.

Sin embargo, identificar la inobservancia de un derecho con la producción de un daño resulta problemático, pues presenta una función más punitiva que compensatoria. Por lo demás, la presencia de un daño moral es altamente subjetiva y difícil de probar.
 - 3.9.3. Una alternativa más completa ha de prescindir de una distinción estricta entre elementos corporales, tanto físicos como psíquicos, y morales para adoptar una visión más comprehensiva de la persona encarnada en la posición del paciente. En tal sentido, se presenta como más adecuado el empleo del concepto “integridad personal” como su fundamento. Aceptar lo anterior permitirá integrar el análisis referido a la estructura compleja del consentimiento informado y equilibrar los diversos elementos que lo componen.

FINAL CONCLUSIONS

1. It is appropriate to define the informed consent as an authentic subjective right of the patient:
 - 1.1. A historical analysis on the concept of subjective right shows that it finds its origins in the Modernity, although the philosophical changes that drive to it had already arisen in the Late Middle Ages, when the idea of personal freedom, linked to the notion of human dignity, contributes to the leap from the understanding of the individual as devoted to a socially stereotyped expectation to an interpretation of the human being, insofar as a person, as an incommensurable and free being. Afterwards, that leap will allow the understanding of freedom as autonomy, which constitutes the starting point of the current mainstream about rights language, especially recognizable in the explanation of the informed consent as an expression of the patient's decision-making autonomy in the health care field.
 - 1.2. From a Kelsenian-inspired stance that gives conceptual priority to duties over rights, it is likely to define the subjective position of the patient with regards to the health care providers' duties.
 - 1.2.1. The patient embraces a passive position, since he waits the fulfilment of the behaviour by the provider as stipulated in the respective norm of conduct. In turn, the provider has an active position as he is compelled to perform the behaviour described in the norm.
 - 1.2.2. This point of view facilitates an appropriate distinction between true subjective rights, correlative to duties of the counterparty in the legal relationship, and the mere desires devoid of that legal basis that permits its definition as authentic subjective legal positions.
 - 1.2.3. From the perspective of legal positivism as the one upheld by KELSEN, the presence of norms of conduct, that rule the informed consent in the Spanish legal system, confirms the existence of a true subjective right of the patient.
 - 1.2.4. Along with the aforementioned norms of conduct that establish both the rights of the patients and the duties of the health care providers in the matter of informed consent, i.e. Kelsenian "reflex rights", the Spanish legal system includes power-conferring norms or norms of competence that enable the patient to bring an action before the court in case of infringement of the duties correlative to his rights, i.e. Kelsenian "rights in technical sense". Thus, when taking legal action,

the patient exercises a Hohfeldian “power” that allows him to make a change in the own legal position and in the one of the counterparty, who “is liable to” that change.

1.3. Regarding HOHFELD’S conceptual outline, it is suitable to define the informed consent as a “claim” or a “right in the strict sense” of the patient, correlative to a set of “duties” of the health care providers.

1.3.1. This conceptualisation derives from the wording of the LBAP’S norms of conduct.

1.3.1.1. A relationship based on norms of conduct, or their denial, underlines the Hohfeldian pairs of Jural correlatives: right/duty or no-right/privilege, respectively.

1.3.1.2. In turn, norms of competence, or their denial, lie beneath the pairs of Jural correlatives: power/liability or immunity/disability, correspondingly.

1.3.1.3. The patient-physician relationship does not happen in the scope of the normative acts, but in the one of the purely physical or natural acts. So, the presence of norms of competence (or their denial) must be dismissed and, consequently, either the Hohfeldian pairs of Jural correlatives power/liability and immunity/disability.

1.4. From the combination of the JELLINEK’S status theory and the Hohfeldian pair of Jural correlatives right/duty, it is feasible to affirm that the patient’S right to informed consent is preceded by his placement in the positive or *civitatis* status “in a broad sense”, according to the reformulation provided by ALEXY, since in that way the legal position of the patient would be apt to include his power to claim the due health care information, as well as to call upon the prohibition to intervene in his health without his previous authorisation, with the exception of the existence of a legal justification that requires the intervention even bereft of the patient’S consent.

1.5. Considering the triadic structure of the “right to something” outlined by ALEXY, the right to informed consent can be described as a legal position of the patient to claim certain conducts from the health care providers.

Nonetheless, this definition can be easily translated to a statement of duties through the triadic deontic operator of the command, which permits the redirection of the rights language to the duties one without greater difficulty, since actually rights and duties are “two sides of the same coin”.

2. The patient's right to informed consent can be defined as the expression of a fundamental right:

2.1. In Spain, the explanation of the informed consent of the patient was constitutionally linked to the fundamental right to physical and moral integrity (15 CE).

2.1.1. The Spanish Constitutional Court explicitly made this connection. Therefore, using Alexyan terms, the constitutional case law has provided a "correct fundamental-based foundation", making possible the adscription of the norms of the LBAP and the special laws in the matter to a norm of fundamental right directly established, i.e., the norm of article 15 CE.

2.1.2. To admit the "thesis of the adscription" permits to define the patient's right to informed consent as the expression of a fundamental right. However, due to the auxiliary character of the informational stage and the consequent lack of sufficient link with the personal integrity, it is suitable to restrict the adscription to the decisioning stage of informed consent.

2.2. From the classification of norms as rules and principles:

2.2.1. It is plausible to assert that the norms of the LBAP that establish the subjective legal positions derived from the informed consent are rules, whereas the constitutional norm in which the fundamental right to personal integrity is acknowledged is a principle.

2.2.2. Between both kinds of norms, a twofold relationship of foundation and specification exists, since the principle of physical and moral integrity grounds the rules about the patient's informed consent, whilst the later specifies the foregoing, considering that they are concrete expressions of its application in the field of the patient-physician relationship.

2.3. Due to the voluble terminology used by the Spanish Constitutional Court, it is not clear whether the foundation of the informed consent corresponds to the patient's physical integrity, his moral integrity or both.

2.3.1. The most widespread explanation understands the informed consent as expression of the patient's medical autonomy and self-determination, which seems to point out the circumscription of its foundation to the patient's moral integrity as more suitable.

- 2.3.2. The above poses the problem of the determination of moral or non-material damages, i.e., those devoid of an economically measurable harm, issue of vital importance for the affirmation of an eventual finding of medical liability, due to the countervailing function –and not punitive– of the compensatory sum in the Spanish legal system.
- 2.3.3. To make the remedy dependent on the advent of a bodily harm seems inconsistent with the requirements for the protection of the patient's autonomy and moral integrity, being presumable, in some infrequent cases, the infringement of the moral integrity, without materialisation of a bodily harm, either physical or psychological.
- 2.4. By virtue of the conception of fundamental rights as those enshrined in the Constitution, the patient's right to informed consent, inasmuch as understood as an expression of a fundamental right, is constructed as a universally owned right, although its exercise is partially alienable and non-absolute.
- 2.4.1. The patient's right to informed consent constitutes a universal entitlement, as every human being is potentially a patient. This assertion is not affected by cases of patient's disability, since it does not affect the ownership of the right, but just the exercise that is transferred to the guardian. The fact that health care providers' duties do not relinquish due to the disability confirms the above. Additionally, considering the full moral status of the disabled patient, as an intentional prospective agent in GEWIRTH's terms, requires accepting the universality of the norm.
- 2.4.2. The exercise of the patient's right to informed consent is materially and legally alienable regarding the informational stage, such as it is explicitly stated in the LBAP. Concerning the second decisioning stage, the free decision of the patient is materially inalienable, as an eventual waive entails a declaration of will itself, which equates to the exercise of the right to make free decisions or choices.
- 2.4.3. Various reasons prevent to assert the absolute character of the patient's right to informed consent:
- i. By virtue of the thesis of the adscription and the classification of norms in rules and principles, the rule that establishes the informed consent of the patient can collide at the principles' level, being necessary in that case to carry out a weighting, which speaks against its absolute character. However, once the weighting had been done, it will be feasible to obtain a rule that

completely specifies the norm's concrete circumstances of application, and just in this sense it is possible to assert its absoluteness.

- ii. The LBAP itself states legal limits to its exercise.
- iii. Moral reasons can advise the restriction of the exercise of the patient's right to informed consent in some cases.

3. From the analysis of the Spanish legal system in the subject matter, it derives that:

3.1. The patient's right to informed consent has a complex structure that is divided in two phases or stages from which a set of subjective legal positions of the patient and the involved health care providers emerge:

3.1.1. The first, "informational" stage, is characterised by the provision of health care information from the physician to the patient (article 4 LBAP), which is addressed to the assistance and promotion of the second, "decisioning" stage, which leads to conclude the auxiliary or instrumental character of the informational stage.

3.1.2. In the second stage, the patient freely decides about the authorisation or refusal of the suggested medical intervention or treatment (article 8 LBAP), putting forward to him a number of alternatives regarding the actual circumstances of the case: to consent the proposed medical intervention or treatment; to select an alternative from a set of available health care proposals; and to refuse all the proposed medical alternatives, being possible to affirm that, when more than one alternative is available, the rejection of all except from one equates to the choice of the one that is not discarded.

3.1.3. This structure presents the great analytical advantage of facilitating the adequate distinction of the various subjective legal positions involved and the set of features that configure them.

3.2. It is observed two subjective rights of the patient, which are correlative to two duties of the health care providers involved in the medical relationship, respectively:

- 3.2.1. The patient's right to receive available and adequate information concerning a performance in the area of his health, which is correlative to the physician's duty to provide it.
 - 3.2.2. The patient's right to consent or refuse the proposed medical intervention or treatment, which is correlative to the health care providers' duty to ask his consent and to refrain from intervene in case of refusal.
- 3.3. The laws in the matter of informed consent state the possibility in the hands of the patient to waive his right to receive the medical information (article 4.1 LBAP), which returns the analysis to the issue of the alienability again, being viable to point out several interpretative alternatives in that regard:
- 3.3.1. One alternative is to understand it as a new right of the patient, i.e., a purported "right not to know", assertion that is close to the LBAP's wording, whose article 4.1 points out that "every person has the right to the respect for his willingness not to be informed".
 - i. To accept the previous avoids the dilemmas about alienability.
 - ii. Still, it carries new difficulties, since to affirm at the same time two opposite rights correlative to two opposite duties in hands of the same subjects, i.e., a right/duty to receive/provide medical information and a right/duty not to receive/provide that medical information, is a sort of contradiction and, therefore, legally unsafe.
 - 3.3.2. Another possibility is to conceive the waiver by the patient to his right to receive the medical information as a suspension of the correlative health care providers' duty.
 - i. Applying the Hohfeldian pairs to the above, the physician's behaviour goes from "being due" to "being privileged" (it becomes a "no-duty", according to the reformulation of WILLIAMS), holding equally in abeyance the right of the patient, whose position switches to a "no-right" position due to his own act of disposition that is legally valid.

- ii. The foregoing assertion presupposes the existence of a tacit norm of competence that establishes the waiver of the right by the patient and, consequently, the modification of the legal positions of the involved subjects.
 - iii. To subscribe the thesis of the alienation entails the denial of the norm of conduct that states the right at issue, which is correlative to the counterparty's duty.
- 3.4. The decisioning stage of the informed consent is substantially inalienable, as to delegate the decision-making, regardless of its content, equates strictly speaking to the exercise of the right.
- 3.5. The cases of external restraint of the right to information are the patient's natural disability (5.3 LBAP) and the named "state of therapeutic need" (5.4 LBAP).
- 3.5.1. It is necessary to relate the case of the patient's natural disability to understand the information with the emergency situation, as solely in this second case it will be possible to hold the correlative duty in abeyance, in so far as it will be impracticable to provide the information to the patient's relatives or other persons tied *in fact* to him, since the lack of patients' capability does not presuppose the suspension of correlative rights, but the exercise of the right goes to the hands of the guardians or other persons linked in fact to the patient, depending on the circumstances.
- 3.5.2. The state of therapeutic need could be conceptualised as the physician's Hohfeldian "privilege" not to inform, which is correlative to a "no-right" of the patient, who cannot allege its infringement. To assert the previous entails to question the terminology used in the LBAP's wording, where the state of therapeutic necessity is defined as a "power" of the physician, being preferred here the term "therapeutic privilege".
- 3.6. The restrictions of the decisioning stage, that are established in the LBAP, are the cases of public health risk and immediate and serious risk for the physical or psychological health of the patient, not being practicable to obtain his consent (9.2 a) y b) LBAP).
- 3.6.1. In that cases, it would be conceivable to affirm anew that the behaviour of the physician is granted a privilege, correlatively to the denial of the patient's right, i.e., the norm of conduct that establishes the subjective legal positions of both parties are denied.

3.6.2. Alternatively, it would be feasible to allege that the norm of conduct that establishes the aforementioned subjective legal positions is replaced by a different norm of conduct that states the behaviour health care providers must follow. In this sense, the physician has a “duty” correlative to a patient’s “no-right” or, in other words, a duty devoid of a correlative right, which entails the abandon of the conceptual scheme of HOHFELD.

This shows an essential issue that is implicit to the Hohfeldian approach, i.e., a distinction between a two parties-Jural relationship and a subject-norm relationship. HOHFELD did not contemplate this second sort of relationship, although its consideration is not irreconcilable with his approach, but complementary.

3.7. As regards the infringement of the health care providers’ duties, the encroachment of the duties relating to the decisioning stage has a stronger impact on the patient’s autonomy than the violation of those duties concerning the previous informational stage, when not exclusively.

3.7.1. A free authorization or refusal of the patient, without either duress or manipulation, even when it will be devoid of the health care information (i.e. a “basic” or “bare consent”), has to produce some binding legal effect.

3.7.2. To aver that a patient’s bare consent is never free and invariably need a third party assistance (the physician, in this case) entails to assume a very paternalistic argument. Moreover, to uphold the foregoing is inconsistent with the possibility in hands of the patient to waiver the health care information, which is legitimate according to the LBAP’s norm.

3.8. The case law shows that all the suits based on the infringement of the duties correlative to the patient’s right to informed consent allege the failure or the lacking of the informational stage and always in the presence of a bodily harm outcome.

3.8.1. This is easy to understand, since it is really improbable that, having obtained a healing outcome, the patient will undergo that discomfort that leads to file a suit.

3.8.2. In some cases, the occurrence of a moral damage is predictable, even when the patient has obtained a healing outcome. A paradigmatic case is the refusal of blood transfusions by Jehovah’s witnesses.

3.9. Despite the uncertainties about the foundation of the patient's right to informed consent, there are a number of solutions along with their corresponding consequences in the field of medical liability:

3.9.1. To circumscribe its foundation exclusively to the patient's physical integrity is considered here as both unsatisfactory and inconsistent, since completely disregards the moral dimension, which is present in the frequent definition of the informed consent as an expression of the patient's autonomy.

3.9.2. To exclusively consider the moral integrity as its foundation will be adequate regarding the explanation and function of the informed consent. Furthermore, it will permit to obtain legal protection regardless of the occurrence of a bodily harm outcome.

Yet, to identify the infringement of a right with the production of an injury is something problematic in the Spanish legal system, since it will not have a compensatory function, but punitive. Additionally, the occurrence of a moral damage is highly subjective and difficult to prove.

3.9.3. A more comprehensive solution has to overlook a strict distinction between bodily (physical and psychological) and moral features, in order to adopt a more complete outlook on the person as embodied in the patient. In this sense, it seems more adequate to use the concept of "personal integrity" as its foundation. To accept the previous will permit to integrate the complex structure of the informed consent as well as the several features that compose it.

REFERENCIAS

1. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AGUIRRE, F.J., *El poder político en la neoescolástica española del S. XIX*, Eunsa, Pamplona, 1986.
- ALBANESE, B., “Appunti su alcuni aspetti della storia del diritto soggettivo”, en AA.VV., *Studi in onore di Francesco Santoro Passarelli*, vol. I, Jovene, Napoli, 1972, pp. 1-13.
- ALCALÁ NAVARRO, A., “La responsabilidad civil extracontractual. Características y presupuestos generales”, en Ruiz-Rico Ruiz, J.M. y Moreno-Torres Herrera, M.L. (coords.), *Conceptos básicos de Derecho civil*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 422-442.
- ALCHOURRÓN, C. y BULYGIN, E., *Análisis lógico del Derecho*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, [1983] 1991.
- , *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1974.
- , *Normative Systems*, Springer, Vienna/New York, 1971.
- ALEXY, R., *La institucionalización de la justicia*, traducción de Jose Antonio Seoane, Eduardo R. Sordero y Alfonso Ballesteros, 3ª ed. ampl., Comares, Granada, 2016.
- , “Un concepto no positivista de derecho fundamental. Sobre la relación entre teoría de los principios, derechos fundamentales y moral”, traducción de Bibiana Erustes, Claudia Müller y Ursula Seibert, en Elósegui, M. (coord.), *Los principios y la interpretación judicial de los derechos fundamentales. Homenaje a Robert Alexy en su 70 Aniversario*, Marcial Pons, Zaragoza, 2016, pp. 27-46.
- , “Un concepto no positivista de derechos fundamentales”, traducción de Alejandro Nava Tovar, en AA. VV., *Argumentación Jurisprudencial. Memoria del IV Congreso Internacional de Argumentación Jurídica Justicia de los derechos*, México, 9 y 10 de diciembre de 2013, pp. 385-403.
- , *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción de Carlos Bernal Pulido, Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, Madrid, [1985] 2012.

Referencias

- , “La construcción de los derechos fundamentales”, traducción de Laura Clérico y Jan-R. Sieckmann, en Clérico, L., Sieckmann, J-R., Oliver Lalana, A.D. (coords.), *Derechos fundamentales, principios y argumentación. Estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy*, Comares, Granada, 2011, pp. 1-14.
- , “The Existence of Human Rights”, *Law Ukr. Legal J.* 102, 2011, pp. 102-111.
- , “La fórmula del peso”, traducción de Carlos Bernal Pulido, en Carbonell, M. (ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, pp. 13-42.
- , *Teoría de la argumentación jurídica*, traducción de Carlos Bernal Pulido, 2ª edición ampliada, Ed. Palestra, Lima, 2007.
- , *El concepto y la validez del derecho*, traducción de Jorge M. Seña, Gedisa, Barcelona [1992] 2004.
- , *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y teoría de los principios*, traducción de Carlos Bernal Pulido, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.
- , “Una defensa de la fórmula de Radbruch”, traducción de José Antonio Seoane Rodríguez, *AFDUDC* 5, 2001, pp. 75-95.
- , “On the structure of legal principles”, *Ratio Juris* 13, 2000, pp. 294-304.
- ALMAIN, J., *A decima quarta distinctione questiones Scoti profitentis*, Paris, 1526.
- , *De potestate ecclesiastica*, Paris, 1526.
- , *De origine jurisdictionis civilis*, Paris, 1518.
- ALTHUSIUS, J., *Dicaelologicae libri tres totum universum ius, quo utiur, methodice complectentes*, Frankfurt a./M., 1649 (reprint de Scientia, Aalen, 1967).
- ÁLVAREZ VIGARAY, R., “La responsabilidad por daño moral”, *Anuario de Derecho Civil* 1, 1966, pp. 69-108.
- ANDERSON, A.R., “Logic, Norms, and Roles”, *Ratio* 4(1), 1962, pp. 36-49.
- ANDERSON, A.R. & WEINBERGER, O., “The logic of Hohfeldian Propositions”, *Logique et Analyse* 12, 1970, pp. 231-244.
- ANDORNO, R., *Principles of international biolaw*, Bruylant, Bruxelles, 2013.
- AÑÓN ROIG, M.J., *Necesidades y Derechos. Un Ensayo de Fundamentación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.

- AQUILA, P., *In IV Sententiarum. Ubi non tantum ad Scoti subtilitates, sed etiam ad D. Thomas relinquorum Scholasticorum doctrina, facilis via pareteur*, Paris, 1585.
- AQUINO, S.T., *Suma teológica*, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 2010.
- , *Suma contra los gentiles*, Barcelona, RBA, 2014.
- , *In Librum Beati Dionysii de divinis nominibus expositio*, Marietti, Taurini, 1950.
- ARCOS VIEIRA, M.L., *Responsabilidad civil: nexo causal e imputación objetiva en la jurisprudencia*, Aranzadi, Cizur Menor, 2005.
- ARENDT, H., *The Origins of Totalitarianism*, Harcourt Brace Jovanovich, New York, [1951] 1985. Versión en español: *Los orígenes del totalitarismo*, traducido por Guillermo Solana Díez, Alianza, Madrid, 2006.
- ARRIAGA, J.d., *Elementorum sacrae theologiae libri quatuor*, Florentiae, 1569.
- ARRIAGADA, M.B., “Los derechos fundamentales en clave hohfeldiana”, inédito.
- , “Conceptos jurídicos de derecho subjetivo”, *Eunomía. Revista en cultura de la legalidad* 11, 2016, pp. 152-162.
- , “Las cortes constitucionales frente a los ‘derechos civiles y políticos’. Una mirada desde la teoría analítica del derecho”, *Revista Española de Derecho Constitucional* 105, 2015, pp. 105-136.
- ASÚA BATARRITA, A., “Tratamiento curativo sin consentimiento del paciente y responsabilidad penal”, *Jano* 1114, 1995, pp.45-54.
- ASÚA GONZÁLEZ, C.I., *Pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria*, Thomson-Aranzadi, Cizur-Menor, 2008.
- , “Responsabilidad civil médica”, en Reglero Campos, L.F. y Busto Lago, J.M. (coords.), *Tratado de responsabilidad civil*, tomo I, 5ª ed., Thomson-Aranzadi, Cizur-Menor, 2014, pp. 697-815.
- ATAZ LÓPEZ, J., *Los médicos y la responsabilidad civil*, Montecorvo, Madrid, 1985.
- ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J., *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 2ª ed. act., Ariel, Barcelona, 2004.
- , *A theory of legal sentences*, Kluwer, Dordrecht 1998.
- , “Sobre los permisos en el Derecho”, *Doxa* 15-16(2), 1994, pp. 815-844.

Referencias

- AUSTIN, J., *Lectures on Jurisprudence or The Philosophy of Positive Law*, J. Murray (ed.), London, 1977.
- AUSTIN, J.L., *How to do Things with Words*, Harvard University Press, Cambridge, 1975. Versión en español: *Cómo hacer cosas con palabras*, traducido por Genaro R. Carrió y Eduardo A. Rabossi, Barcelona, Paidós, 2016.
- , *Philosophical Papers*, 2nd ed., Oxford University Press, London/Oxford/New York, 1970.
- AZZONI, G.M., “Interpretazioni di Hohfeld”, *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica* XXIV(2), 1994, pp. 443-487.
- BARCELÓ DOMÉNECH, J. “La integración del deber médico de información en la *lex artis*: referencia legal y jurisprudencial en el derecho español”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto* 8(8), 2016, pp. 2-15.
- BARRY, B., *Political Argument*, Routledge and Kegan Paul, London, 1965.
- BASTIDA FREIJEDO, F.J., “El derecho a la autonomía del paciente como contenido de los Derechos Fundamentales”, *Revista Española de la Función Consultiva* 16, 2011, pp. 161-234.
- BEAUCHAMP, T.L. & CHILDRESS, J.F., *Principles of Biomedical Ethics*, 7^a ed., Oxford University Press, New York, 2013.
- BEAUCHAMP, T.L., “Autonomy and consent”, en Miller, F. & Wertheimer, A., *The Ethics of Consent: Theory and Practice*, Oxford University Press, New York, 2010, pp. 55-76.
- BEITZ, C., *The Idea of Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2009. Versión en español: *La idea de los derechos humanos*, Traducción de Hugo Omar Seleme y Cristián A. Fatauros, Marcial Pons, Madrid, 2012.
- BELLVER, V. y VIOLA, F., *De la naturaleza a los derechos: los lugares de la ética contemporánea*, Comares, Granada, 1998.
- BENN, S.I. & PETERS, R.S., *Social Principles and the Democratic State*, George Allen & Unwin, London, 1959.
- BENTHAM, J., *Of Laws in General*, H.L.A. Hart (ed.), London, 1970.
- , *The Works of Jeremy Bentham*, J. Bowring (ed.), vol. 3, Russell & Russell, New York, 1962.
- BERCOVITZ, R., “1 de julio de 1997. Responsabilidad sanitaria y responsabilidad médica. postoperatorio de intervención quirúrgica que da lugar a la

- amputación de una pierna-responsabilidad objetiva de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios; responsabilidad subjetiva del Código Civil; concurrencia de ambas responsabilidades; caso fortuito; carga de la prueba”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil* 45, 1997, pp. 1211-1222.
- , “22 de julio de 1994. Responsabilidad civil médica. responsabilidad por culpa; naturaleza de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, carga de la prueba”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil* 37, 1995, pp. 149-156.
- , “Comentario al artículo 28 LGDCU”, en AA.VV., *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Madrid, Civitas, 1992, pp. 713 y ss.
- BERLIN, I., *Four Essays on Liberty*, Oxford University Press, Oxford, 1969. Versión en español: *Cuatro ensayos sobre la libertad*, traducido por Belén Urrutia, Julio Bayón y Natalia Rodríguez Salmones, Alianza, Madrid, 1993.
- BERNATZIK, „Kritische Studien über den Begriff der juristischen Person und über die juristische Persönlichkeit der Behörden insbesondere“, *Archiv des öffentlichen Rechts* 5(2), 1890, pp. 169-318.
- BEYLEVELD, D., *The Dialectical Necessity of Morality: An Analysis and Defense of Alan Gewirth's Argument to the Principle of Generic Consistency*, University of Chicago Press, Chicago, 1991.
- BEUCHOT, M., “Naturaleza Humana y ley natural como fundamentos de los derechos humanos”, en Massini-Correas, C.I. (comp.), *El iusnaturalismo actual*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, pp. 17-26.
- BIEL, G., *Commentarii doctissimi in IIII Sententiarum*, Brixiae, 1674.
- BIERLING, E.R., *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe*, Theil 2, F.A. Perthes, Gotha, 1883.
- BLACKBURN, S., *Ruling Passions*, Oxford University Press, Oxford, 1998.
- , *Essays in Quasi-Realism*, Oxford University Press, Oxford, 1993.
- BOBBIO, N., *Locke y el Derecho natural*, Tirant Humanidades, Valencia, 2017.
- , *Igualdad y libertad*, 1ª edición, Paidós, Barcelona, 1993.
- , “Kelsen y el problema del poder”, traducción de Gustavo Molina Ramos, *Crítica Jurídica* 8, 1988, pp. 7-24.

- BRETONE, M., "La «conciencia ironica» della romanística", *Labeo: rassegna di diritto romano* 43(2), 1997, pp. 187-201.
- BROCK, D., *Life and Death*, Cambridge University Press, New York, 1993.
- BRODY, B., *Life and Death Decision Making*, Cambridge University Press, New York, 1988.
- BROWN, D.G., "What is Mill's Principle of Utility?", *Canadian Journal of Philosophy* 3(1), 1973, pp. 1-12.
- BUCHANAN, A., *Human rights, legitimacy, and the use of force*, Oxford University Press, Oxford, 2010.
- , "What's So Special About Rights?", *Social Philosophy and Policy* 1(2), 1984, pp. 61-83.
- BUCKLE, S., *Natural Law and the Theory of Property: Grotius to Hume*, Oxford University Press, New York, 1991.
- BUFACCHI, V., "Theoretical Foundations for Human Rights", *Political Studies* 00(0), 2017, pp. 1-17.
- , "The truth about rights", *Journal of Human Rights* 7 (2008), pp. 311-326.
- BUSSI, E., *La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto commune (diritti reali e diritti di obbligazione)*, Studi di diritto privato italiano e straniero diretti da Mario Rotondi, vol. XXVII, Padova, Cedam, 1937.
- BUSTO LAGO, J.M., "La responsabilidad civil de las Administraciones Públicas", en Reglero Campos L.F. y Busto Lago, J.M (coords.), *Tratado de responsabilidad civil*, tomo I, 5ª ed., Aranzadi, 2014, pp. 873-1093.
- CABRERA, L., *Modernidad y neoescolástica: Anselmo Desing*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 2001.
- CADENAS OSUNA, D., *El consentimiento informado y la responsabilidad médica*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2018.
- , "El estándar de información sanitaria sobre riesgos de los tratamientos e intervenciones médicas en España y el common law: una visión panorámica", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho* 4, 2016, pp. 1-42.
- CANARIS, C.W., *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, 2. Auflage, Duncker und Humblot, Berlin, 1983. Versión en español: *El sistema en la jurisprudencia*, traducción de Juan Antonio García Amado, Fundación cultural del notariado, Madrid, 1998.

- CARNAP, R., *Meaning and Necessity*, University of Chicago Press, Chicago, 1947.
- CARPINTERO, F., *La ley natural: historia de un concepto controvertido*, Encuentro, Madrid, 2008.
- , “El desarrollo de la libertad personal en la Escolástica”, en AA. VV., *El derecho subjetivo en su historia*, Servicio de publicaciones de la Universidad de Cádiz, 2003, pp. 35-288.
- , *Historia breve del Derecho natural*, Madrid, Colex, 2000.
- , “El cambio decisivo de la “jurisprudencia”: Samuel Pufendorf y la teoría de la cualidad moral en la Modernidad», en *XI Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano. Actas y Estudios*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, vol. I, 1997.
- , *La cabeza de Jano*, Servicio de Publicaciones, Universidad de Cádiz, 1989.
- , *Una introducción a la ciencia jurídica*, Civitas, Madrid, 1988.
- , *Del Derecho natural medieval al Derecho natural moderno: Fernando Vázquez de Menchaca*, Ediciones Universidad de Salamanca, 1977.
- CARRASCO PEREA, A., “La jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a la responsabilidad contractual (1990-1992)”, *Aranzadi Civil* 5(1), 1993.
- CASTÁN TOBEÑAS, J., *Situaciones jurídicas subjetivas*, Reus, Madrid, 1963.
- COING, H., *Zur Geschichte des Privatrechtsystems*, Vittorio Klostermann, Frankfurt a./M., 1962.
- , “Zur Eigentumslehre des Bartolus”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Römische Abteilung* 70(1), 1953, pp. 348-371.
- COMMONS, J.R., *Legal Foundations of Capitalism*, The Macmillan Company, New York, 1924.
- CONLY, S., *Against Autonomy: justifying coercive paternalism*, Cambridge University Press, New York, 2013.
- CORBIN, A., “Legal Analysis and Terminology”, *Yale Journal* 29, 1919, pp. 163-173.
- CÓRDOBA, A.d., *Opera quinque libris Digesta*, Venetiis, 1569.
- CÓRDOBA DE LARA, A., *In legem si quis a liberis, D. de liberis agnoscendis, Hispali*, 1575.

- CRUZ PARCERO, J.A., *El lenguaje de los derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos*, Trotta, Madrid, 2007.
- , *El concepto de derecho subjetivo en la teoría contemporánea del Derecho*, Fontamara, México, 1999.
- DABIN, J., *El derecho subjetivo*, traducción de Francisco Javier Osset, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955.
- DAHL, N.O. “Against Legal Paternalism: Review of Feinberg’s Harm to Self”, *Criminal Justice Ethics* 7, 1988, pp. 67-78.
- , *Practical Reason, Aristotle, and Weakness of the Will*, University of Minnesota Press, Minneapolis, 1984.
- DEWAN, L., *Wisdom, Law, and Virtue: Essays in Thomistic Ethics*, Fordham University Press, New York, 2008.
- , “St. Thomas, Our Natural Lights, and the Moral Order”, *Angelicum* 67, 1990, pp. 283-307.
- DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1999.
- , “Hans Kelsen y el Derecho privado”, en AA.VV., *Filosofía y Derecho. Estudios en honor del Profesor José Corts Grau*, tomo I, Universidad de Valencia, 1977, pp. 247-259.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Tomo V. La Responsabilidad Civil Extracontractual*, Civitas, Navarra, 2011.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *Derecho sanitario y responsabilidad médica. Comentario a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos del paciente, información y documentación clínica*, 2ª ed., Lex Nova, Valladolid, 2007.
- DONEAU, H., *Commentariorum de iure civili libri viginti octo*, Francofurti, 1596.
- DONNELLY, J., “The relative universality of human rights”, *Human Rights Quarterly* 29(2), 2007, pp. 281-306.
- , *Universal Human Rights in Theory and Practice*, 1st edition, Cornell University Press, Ithaca, 1989.
- D’ORS, A., *Elementos de Derecho privado romano*, Eunsa, Pamplona, 1975.
- , “Aspectos objetivos y subjetivos del concepto de *ius*”, en Arangio-Ruiz, V. & Lavaggi, G., *Studi in memoria di E. Albertario*, vol. II, Guiuffrè, Milano, 1953. Vid. También en *Nuevos Papeles del oficio universitario*, 1980, pp. 280-311.

- DWORKIN, R., "Objectivity and Truth: You'd Better Believe It", *Philosophy and Public Affairs* 25 (2), 1996, pp. 87-139.
- , *'A Reply to Critics': Taking Rights Seriously*, Harvard, Cambridge, 1978.
- , *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge, 1977. Versión española: *Los derechos en serio*, traducción de Marta Guastavino, Ariel, Barcelona, 1984.
- DÜRIG, G./MAUNZ, Th. *et al.*, *Grundgesetz. Kommentar*. 5. Auflage, C.H. Beck, München, 1983.
- ENGEL, P., *Truth*, Acumen Publishing Limited, Chesham, 2002.
- FADEN, R.; BEAUCHAMP, T.L. & KING, N., *A History and Theory of Informed Consent*, Oxford University Press, New York, 1986.
- FEINBERG, J., *Rights, Justice and the Bounds of Liberty*, Princeton University Press, Princeton, 1980.
- FERNÁNDEZ COSTALES, J., *La responsabilidad civil sanitaria*, La Ley-Actualidad, Madrid, 1995.
- , *Responsabilidad civil médica y hospitalaria*, La Ley, Madrid, 1987.
- FERNÁNDEZ HIERRO, J.M., *Responsabilidad civil médico-sanitaria*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 1983.
- FERRAJOLI, L., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2009.
- FIGGIS, J.N., *Studies of political thought from Gerson to Grotius 1414-1625*, Cambridge University Press, Cambridge, [1907] 1956.
- FINNIS, J., *Natural Law and Natural Rights*, 2nd Edition, Oxford University Press, Clarendon, [1980] 2011. Versión en español: *Ley natural y derechos naturales*, traducción de Cristóbal Orrego Sánchez y Raúl Madrid Ramírez, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992.
- FINNIS, J. & GRISEZ, G., "The Basic Principles of Natural Law: A Reply to Ralph McInerny", *The American Journal of Jurisprudence* 26(1), 1981, pp. 21-31.
- FLETCHER, G., *Basic Concepts of Legal Thought*, Oxford University Press, New York, 1996.
- FLOYD, R., "Why We Need Needs-Based Justification of Human Rights", *Journal of International Political Theory* 7(1), 2011, pp. 103-115.

- FOLGADO, A., "Evolución histórica del concepto del derecho subjetivo: estudio especial en los teólogos-juristas españoles del siglo XVI", *Anuario jurídico y económico escurialense* 1,1960, pp. 17-329.
- FRANKENA, W.K., "Some Beliefs about Justice", en Bricke, J. (ed.), *Freedom and Morality: The Lindley Lectures*, University of Kansas, Lawrence, 1976.
- , "The Concept of Social Justice", en Brandt, R.B. (ed.), *Social Justice*, Prentice-Hall, Englewood Cliffs, 1962, pp. 1-29.
- FRANKFURT, H.G., "Necessity and Desire", *Philosophy and Phenomenological Research* 45(1), 1984, pp. 1-13.
- FREEMAN, M., "The Philosophical Foundations of Human Rights", *Human Rights Quarterly* 16, 1994, pp. 491-514.
- GALÁN CORTÉS, J.C., *Responsabilidad civil médica*, 5.^a ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2016.
- , "Consentimiento informado: situación actual e incidencia en las especialidades médicas", *Actualidad del Derecho sanitario* 91, 2003, pp. 119-124.
- GALLIE, W.B., "Essentially Contested Concepts", en *Proceedings of the Aristotelian Society*, New Series, vol. 56, Oxford University Press, Oxford, 1955-1956, pp. 167-198.
- GARCÍA AMADO, J.A., *Hans Kelsen y la norma fundamental*, Marcial Pons, Madrid, 1996.
- GARCÍA FIGUEROA, A., *Principios y positivismo jurídico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.
- GARCÍA GARNICA, M.C., "La responsabilidad civil en el ámbito de la medicina asistencial", en Orti Vallejo, A. y García Garnica, M.C. (dirs.), *La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos. Estudio de la responsabilidad civil por servicios susceptibles de provocar daños a la salud y seguridad de las personas*, 2.^a ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 325-429.
- GARCÍA LLERENA, V.M., *Una concepción iusfundamental del consentimiento informado. La integridad física en investigación y medicina*, Madrid, Sociedad Internacional de Bioética (SIBI)-Junta General del Principado de Asturias, 2012.
- GARCÍA MÁYNEZ, E., *Algunos aspectos de la doctrina kelseniana*, Porrúa, México, 1978.

- GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, *Imputación objetiva, causa próxima y alcance de los daños indemnizables*, Comares, Granada, 2008.
- GARCÍA RUBIO, M.P., "Incumplimiento del deber de información, relación de causalidad y daño en responsabilidad civil médica", en Llamas Pombo, E. (coord.), *Estudio de Derecho de obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, tomo I, La Ley, Madrid, 2006, pp. 801-827.
- GARET, R.R., "Communitarity and Existence: The Rights of Groups", *Southern California Law Review* 56, 1983, pp. 1001-1075.
- GARRIGA DOMÍNGUEZ, A., "Igualdad, discriminación y diferencia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *Derechos y Libertades: revista del Instituto Bartolomé de las Casas* VI (10), 2001, pp. 53-104.
- GAUTHIER, D., "David Hume, Contractarian", *The Philosophical Review* 88(1), 1979, pp. 3-38.
- GERSON, J., "Tractatus de potestate ecclesiastica et de origine juris et legum", en Elies du Pin, L. (ed.), *Opera omnia*, Antwerpiae, [1417] 1706.
- GEWIRTH, A., *The Community of Rights*, University of Chicago Press, Chicago, 1996.
- , "The epistemology of human rights", *Social Philosophy & Policy* 1(2), 1984, pp. 1-24.
- , "Can Utilitarianism Justify Any Moral Rights?", en Pennock, J.R & Chapman, J.W. (eds.), *Ethics, Economics, and the Law: Nomos XXIV*, New York University Press, New York, 1982, pp. 158-191.
- , *Human Rights: Essays on Justification and Applications*, University of Chicago Press, Chicago, 1982.
- , "Are There Any Absolute Rights?", *The Philosophical Quarterly* 31(122), 1981, pp. 1-16.
- , "The basis and content of human rights", en Pennock, J.R & Chapman, J.W. (eds.), *Human Rights: Nomos XXIII*, New York University Press, New York, 1981, pp. 119-147.
- , "Human Rights and the Prevention of Cancer", *American Philosophical Quarterly* 17, 1980, pp. 117-125.
- , *Reason and Morality*, University of Chicago Press, Chicago, 1978.

- GLENDON, A., "The missing language of responsibility", en Glendon, A., *Rights Talk: The Impoverishment of Political Discourse*, Free Press, New York, 1991, pp. 76-108.
- GLOBE, G., "A Redefinition of Basic Legal Terms", *Columbia Law Review* 35, 1935, pp. 535-547.
- GÓMEZ CALLE, E., "El fundamento de la responsabilidad civil en el ámbito médico-sanitario", *Anuario de Derecho Civil* 51(4), 1998, pp. 1693-1768.
- GÓMEZ POMAR, F., "Responsabilidad por hecho ajeno e incertidumbre sobre la autoría. Comentario a la STS, 1.^a, 19.6.2003", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho* 1, 2004, pp. 1-9.
- GONZÁLEZ MORÁN, L., *La responsabilidad civil del médico*, Bosch, Barcelona, 1990.
- GRIFFIN, J., *On Human Rights*, 1st edition, Oxford University Press, Oxford, 2008.
- , *Well-being: Its Meaning, Measurement and Moral Importance*, Clarendon Press, Oxford, 1986.
- GROCIO, H., *De jure belli ac pacis libri III*, Editio altera, Amstelodami, 1651.
- GROSS, H., "Standards as Law", *Annual Survey of American Law* 34, 1969, pp. 66-78.
- GROSSI, P., "Usus facti. La nozione di proprietà nella inaugurazione dell'età nuova", *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* 1(1), 1972, pp. 287-355.
- , *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale*, CEDAM, Padova, 1968.
- GUASTINI, R., "Cinco observaciones sobre validez y derogación", *Discusiones* 2, 2001, pp. 59-63.
- GUERRERO ZAPLANA, J., *El consentimiento informado. Su valoración en la jurisprudencia. Ley Básica 41/2002 y Leyes Autonómicas*, Lex Nova, Valladolid, 2004.
- GUZMÁN BRITO, A., "Los orígenes de la noción de sujeto de derecho", *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 24, 2002, pp. 151-247.
- , "Los orígenes de la doctrina de los derechos innatos", *Cuadernos de historia* 6, 1996, pp. 121-132.
- HÄBERLE, P., *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales de la ley fundamental de Bonn*, traducción de Joaquín Brage Camazano, Dykinson, Madrid, 2003.

- HAPLA, M., "Theory of Needs as Justification of Human Rights: Current Approaches and Problems of Uncertainty and Normativeness", *The Age of Human Rights Journal* 10, 2018, pp. 1-21.
- HARDIN, R., *David Hume: Moral and Political Theorist*, Oxford University Press, Oxford, 2007.
- HARE, R., *Moral Thinking*, Oxford University Press, Oxford, 1981.
- HART, H.L.A., *El concepto de derecho*, traducción de G.R. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, [1961] 1995.
- , *Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Oxford University Press, New York, 1982.
- , *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, traducción de Genaro Carrió, Depalma, Buenos Aires, [1953] 1962.
- , "Are There Any Natural Rights?", *Philosophical Review* 64(2), 1955, pp. 175-191.
- HART, H.L.A. & HONORE, A.M., *Causation in the Law*, The Clarendon Press, Oxford, 1959.
- HAUSMAN, D.M. & MCPHERSON, M., *Economic Analysis and Moral Philosophy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996.
- HELD, V. "Reason and Economic Justice", en Kipnis, K. & Meyers, D.T. (eds.), *Economic Justice: Private Rights and Public Responsibilities*, Rowman & Allanheld, Totowa, 1985, pp. 33-41.
- HERVADA, J., *Historia de la ciencia del Derecho natural*, 3ª edición, EUNSA, Ediciones de la Universidad de Navarra, Pamplona, 1996.
- HESSE, K., *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 14. Auflage, Heidelberg, 1984.
- HILL, T.E., *Autonomy and Self-Respect*, Cambridge University Press, New York, 1991.
- HISLOP, D.J., "The Hohfeldian System of Fundamental Legal Conceptions", *ARSP* LXXVII/3, 1991, pp. 53-89.
- HITTINGER, F.R., *A critique of the new natural law theory*, University of Notre Dame Press, Indiana, 1987.
- HOBBS, T., *Leviathan*, Thoemmes Continuum, Bristol, [1651] 2003.

- HOHFELD, W.N., *Conceptos Jurídicos Fundamentales*, traducción de Genaro R. Carrió, Fontamara, México, 1997.
- , *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, Greenwood Press, Westport, [1919] 1978.
- , *Fundamental Legal Conceptions*, Yale University Press, New Haven, 1964.
- , “Fundamental legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning II”, *Yale Law Journal* 26(8), 1917, pp. 710-770.
- , “Some Fundamental Legal Conceptions as applied in Judicial Reasoning I”, *Yale Law Journal* 23(1), 1913, pp. 16-59.
- , “Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning”, *Yale Law Journal* 23, 1913, p. 20 y ss.
- HORWICH, P., “The Minimalist Conception of Truth”, en Blackburn, S. & Simmons, K. (eds.), *Truth*, Oxford University Press, Oxford, 1999, pp. 239-263.
- , *Truth*, Blackwell, Oxford, 1990.
- HOWARD, R.E., “Cultural Absolutism and the Nostalgia for Community”, *Human Rights Quarterly* 15, 1993, pp. 315-338.
- HUME, D., *A Treatise of Human Nature*, Penguin Books, London, [1738] 1985. Versión en español: *Tratado de la naturaleza humana: autobiografía*, edición preparada por Félix Duque, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1992.
- HURLEY, S., *Natural Reasons*, Oxford University Press, Oxford, 1989.
- IHERING, R.v., *El espíritu del Derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, Comares, Granada, 1998.
- INFANTE RUIZ, F.J., *La responsabilidad por daños: nexos de causalidad y “causas hipotéticas”*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- INGRAM, A., *A Political Theory of Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1994.
- JAMES, W., “Pragmatism’s Conception of Truth”, en Blackburn, S. & Simmons, K. (eds.), *Truth*, Oxford University Press, Oxford, 1999. *Vid.* también en *The Journal of Philosophy, Psychology and Scientific Methods* 4(6), 1907, pp. 141-155.
- JELLINEK, G., *System der Subjektiven öffentlichen Rechte*, 2. Auflage, Tubinga, 1905.

- KANGER, S., "New Foundations for Ethical Theory", en Hilpinen, R., *Deontic Logic: Introductory and Systematic Readings*, Dordrecht, 1970, pp. 36-58.
- KANGER, S. & KANGER, H., "Rights and Parliamentarism", *Theoria* 32, 1966, pp. 85-115.
- KANT, I., *La metafísica de las costumbres*, traducción de Adela Cortina Orts, Tecnos, Madrid, 2005.
- , *Foundations of the Metaphysics of Morals*, translation by Lewis White Beck, 2nd edition, Pearson, United States, 1989.
- , *On the Old Law*, translation by de E.B. Ashton, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1974/1973.
- , *The Metaphysical Elements of Justice*, translation by John Ladd, Bobbs-Merrill, Indianapolis, [1797] 1965.
- KELSEN, H., *Teoría General de las Normas*, traducción de Hugo Carlos Deloy y Jacobs, Trillas, México, 1994.
- , *Problemas capitales de la Teoría jurídica del Estado (Desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica)*, traducción de Wenceslao Roces, Porrúa, México, 1987.
- , *Teoría Pura del Derecho*, 2^a edición, traducción de Roberto J. Vernengo, UNAM, México, 1986.
- , *Teoría General del Derecho y del Estado*, traducción de Eduardo García Máynez, UNAM, México, 1983.
- , *Teoría Pura del Derecho. Introducción a la Ciencia del Derecho*, 1^a edición, edición alemana, traducción de Tejerína, Editora Nacional, México, 1979.
- , *Teoría Pura del Derecho. Introducción a la Ciencia del Derecho*, 1^a edición, edición francesa, traducción de M. Nilve, EUDEBA, Buenos Aires, 1960.
- , *La Teoria Generale del Diritto e il materialismo storico*, traducción de F. Riccobono, Instituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1919.
- KING, D.S. & WALDRON, J., "Citizenship, Social Citizenship and the Defence of Welfare Provision", *British Journal of Political Science* 18(4), 1988, pp. 415-443.
- KLATT, M. (ed.), *Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

- KOCOUREK, A., *Introduction to the Science of Law*, Fred Rothman & Co., Colorado, [1930] 1982.
- , “The Hohfeldian System of Fundamental Legal Concepts”, *Illinois Law Review* 15, 1920, pp. 24-39.
- KOHEN, A., “The possibility of secular human rights: Alan Gewirth and the principle of generic consistency”, *Human rights review* 7(1), October-December 2005, pp. 49-75.
- KRAMER, M., “Rights without trimmings”, en Kramer, M.H. *et al.* (eds.), *A debate over rights*, Oxford University Press, Oxford, 2000, pp. 7-111.
- LABOA, J.M., *La Iglesia del S. XIX: entre la restauración y la revolución*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1994.
- LACLAU, E., *New Reflections on the Revolution of our Time*, Verso, London/New York, 1990.
- LAPORTA, F., “Sobre el concepto de derechos humanos”, *Doxa* 4, 1987, pp. 23-46.
- LARENZ, K., *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 5. Auflage, Springer, Berlin/Heidelberg/New York/Tokyo, 1983. Versión en español: *Metodología de la ciencia del Derecho*, traducción de Rodríguez Molinero, 2ª ed. definitiva, Ariel, Barcelona, 1980.
- , *Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, 1. Auflage, C.H. Beck, München, 1967. Versión en español: *Derecho civil. Parte general*, traducción de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea, Edersa, Madrid 1978.
- LEGAZ Y LACAMBRA, L., *Filosofía del Derecho*, Bosch, Barcelona, 1978.
- LEGUINA VILLA, J. y SÁNCHEZ MORÓN, M., *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Tecnos, Madrid, 1993.
- LENSAEUS, J., *De libertate christiana libri quindecim*, Antwerpiae, 1590.
- LIBERATORE, M., *Institutiones Ethicae et Juris Naturae*, 10ª edición, Neapoli, 1890.
- , *Institutiones philosophicae*, editio secunda hispana, vol. II, Barcinone, 1858.
- LINDAHL, L., *Position and Change. A Study in Law and Logic*, Reidel Publishing Company, Dordrecht-Holland, Uppsala, 1977.

- LLAMAS POMBO, E., "Las dudas sobre el daño por pérdida de oportunidad", *Práctica de Derecho de Daños*, núm. 110/111, Sección Editorial, La Ley 17997/2012.
- , *La responsabilidad civil del médico: aspectos tradicionales y modernos*, Trivium, Madrid, 1988.
- LLANO, A., *Derecho, persona y comunidad política: la categoría "relación jurídica"*, Dykinson, Madrid, 2001.
- LOBATO, A., "La persona en Santo Tomás de Aquino", *Ius Publicum* 6, 2001, pp. 11-31.
- LOCKE, J., *Two treatises of government*, Student ed., Cambridge University Press, Cambridge, [1988] 2017.
- , *Segundo ensayo sobre el gobierno civil*, traducción de A. Lázaro Ros, Orbis, Barcelona, 1983.
- , *Essays on the Law of Nature*, W. von Leyden (ed.), Clarendon Press, Oxford, [1663] 1954. Versión en español: *Ensayos sobre la ley natural*, edición crítica de Isabel Ruiz-Gallardón García de la Rasilla, Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Servicio de Publicaciones, Madrid, 1998.
- LOMASKY, L.E., *Persons, Rights and the Moral Community*, University Press, New York/Oxford, 1987.
- LÓPEZ-LÓPEZ, A.M., "Tres cuestiones sobre responsabilidad civil: absolutividad de la distinción entre responsabilidad extracontractual y responsabilidad civil. Acumulación de las acciones correspondientes y mutatio libelli. Sustantividad y autonomía de una supuesta actio doli", *Diario La Ley* 8132, 2013, pp.1-6.
- , *Derecho Civil. Parte General*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1992.
- LUNA YERGA, A., *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y causalidad*, Civitas, Madrid, 2004.
- LYONS, D., *Rights, Welfare and Mill's Moral Theory*, Oxford University Press, New York, 1994.
- , "Utility as a possible ground of rights", *Noûs* 14(1), 1980, pp. 17-28.
- , "Human Rights and General Welfare", *Philosophy and Public Affairs* 6(2), 1977, pp. 113-129.
- , "The correlativity of rights and duties", *Noûs* 4(1), 1970, pp. 45-55.

- , “Rights, Claimants, and Beneficiaries”, *American Philosophical Quarterly* 6, 1969, pp. 173-185.
- MACCALLUM, G.C., “Negative and Positive Freedom”, *The Philosophical Review* 76(3), 1967, pp. 312-334.
- MACCORMICK, N., “Rights in Legislation”, en Hacker P.M.S. & Raz, J. (eds.), *Law, Morality, and Society. Essays in Honour of H.L.A. Hart*, Oxford University Press, Oxford, 1977, pp. 189-209.
- MACINTYRE, A., *After Virtue: A Study in Moral Theory*, Duckworth, London, 1981. Versión en español: *Tras la virtud*, traducción de Amelia Valcárcel, Crítica, Barcelona, 2001.
- MACMILLAN, C.M., “Social versus Political Rights”, *Canadian Journal of Political Science* 19(2), 1986, pp. 283-304.
- MADIGAN, J. H., *Truth, Politics, and Universal Human Rights*, Palgrave Macmillan, Houndmills, 2007.
- MANSON N.C., O'NEILL, O., *Rethinking informed consent in bioethics*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007.
- MARCUSE, H., *One-Dimensional Man*, Abacus Books, London, 1968. Versión en español: *El hombre unidimensional: ensayo sobre la ideología de la sociedad industrial avanzada*, traducción de Antonio Elorza, Ariel, Barcelona, 2010.
- MARITAIN, J., *The Rights of Man and Natural Law*, translation by D. Anson, Charles Scribner's Sons, New York, 1951. Versión en español: *Los derechos del hombre y la ley natural. Cristianismo y democracia*, Palabra, Madrid, 2001.
- MARTÍNEZ-CALCERRADA, L., *Derecho médico*, tomo 3, Tecnos, Madrid, 1986.
- MARTÍNEZ-PUJALTE, A.-L., *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.
- MARTÍNEZ ZORRILLA, D., *Conflictos constitucionales. Ponderación e indeterminación normativa*, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- MARX, K., “On the Jewish Question”, en Tucker, R.C. (ed.), *The Marx-Engels Reader*, 2nd edition, W.W. Norton, New York, 1978, pp. 26-52. Versión en español: *La cuestión judía: sobre democracia y emancipación*, traducción, estudio y notas por Antonio Hermosa Andújar, Santillana, Madrid, 1997.

- MASSINI-CORREAS, C.I., "Acerca del fundamento de los derechos humanos", en Massini-Correas, C.I. (comp.), *El iusnaturalismo actual*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, p. 187-214.
- , "Inmanencia, trascendencia y derechos humanos", *Persona y Derecho* 21, 1989, pp. 175-184.
- MAYR, J., *Quaestiones utilissimae in Quartum Sententiarum*, Paris, 1521.
- MCCLOSKEY, H.J., "Human Needs, Rights and Political Values", *American Philosophical Quarterly* 13(1), 1976, pp. 1-11.
- , "Rights", *Philosophical Quarterly* 15, 1965, pp. 115-127.
- MCCONNELL, T., *Inalienable Rights: the limits of consent in medicine and the law*, Oxford University Press, Oxford, 2000.
- MCCORMICK, N., "Law as Institutional Fact", *The Law Quarterly Review* 90, 1974, pp. 102-129.
- MEDINA MORALES, D., "Kelsen y el deber. El deber jurídico como primera forma de subjetivación del Derecho en Kelsen", en Robles Morchón, G. y Medina Morales, D., *El primer Kelsen y otros escritos*, Seminario de Filosofía del Derecho, Córdoba, 2010, pp. 105-114.
- , "Los derechos subjetivos del Estado y los derechos subjetivos contra el Estado", en Ramos Pascua, J.A. y Rodilla González, M.A. (eds.), *El positivismo jurídico a examen: estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2006, pp. 141-156
- , *El derecho subjetivo en Hans Kelsen*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, Córdoba, 2005.
- MEGÍAS, J.J., "El subjetivismo jurídico en los textos romanos", en AA. VV., *El derecho subjetivo en su historia*, Servicio de publicaciones de la Universidad de Cádiz, 2003, pp. 17-34.
- , "De la facultad moral a la cualidad moral: el derecho subjetivo en la Segunda Escolástica tardía", *Anuario de Filosofía del Derecho* 9, 1992, pp. 325-350.
- MENDUS, S., "Human Rights in Political Theory", *Political Studies* 43, Special Issue on Politics and Human Rights, 1995, pp. 10-24.
- MEURKENS, L. & NORDIN E. (eds.), *The Power of Punitive Damages-Is Europe Missing Out?*, Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland, 2012. Disponible

- en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2054595> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2054595> (Última visita 28/10/2019).
- MEYERS, D.T., *Inalienable Rights: A Defense*, Columbia University Press, New York, 1985. Versión en español: *Los derechos inalienables*, traducido por E. Beltrán Pedreira., Alianza, Madrid, 1988.
- MILL, J.S., *Utilitarianism*, Coventry House Publishing, Dublin-Ohio, [1861] 2017. Versión en español: *El utilitarismo*, traducción de Esperanza Guisán Seijas, Alianza, Madrid, 2014.
- MILLER, D., "Grounding Human Rights", *Critical Review of International Social and Political Philosophy* 15(4), 2012, pp. 407-427.
- , *Social Justice*, Clarendon Press, Oxford, 1973.
- MILLER, J.A. (ed.), *Book VII: The Ethics of Psychoanalysis 1959-1960*, translation by Dennis Porter, W.W. Norton & Company, New York, 1997.
- MINOW, M., *Making All the Difference: Inclusion, Exclusion, and American Law*, Cornell University Press, Ithaca, 1990.
- MISAK, C., *Truth, Politics, Morality: Pragmatism and Deliberation*, Routledge, London, 2000.
- MOLINA, L.d., *De justitia et jure opera omnia*, Venetiis, 1614.
- MONTEALEGRE LYNETT, E., "La culpa en la actividad médica: imputación objetiva y deber de cuidado", *Revista chilena de Derecho* 14 (2/3), 1987, pp. 259-311.
- MOORE, G.E., *Principia Ethica*, Cambridge University Press, Cambridge, [1903] 1922.
- MORA, E.V., "El derecho subjetivo en la neoescolástica", en AA. VV., *El derecho subjetivo en su historia*, Servicio de publicaciones de la Universidad de Cádiz, 2003, pp. 389-420.
- MORILLAS CUEVA, L., "Falta de consentimiento informado y modalidades delictivas", en Monje Balmaseda, O. (coord.), *Responsabilidad médica civil y penal por presunta mala práctica profesional (El contenido reparador del consentimiento informado)*, Dykinson, Madrid, 2012, pp. 135-159.
- , "Relevancia penal del consentimiento del paciente en relación con la actividad médica", en Morillas Cueva, L. (dir.), *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*, Dykinson, Madrid, 2009, pp. 81-120.

- MORITZ, M., "On the Hohfeldian Privilege: Reply to Philip Mullock", *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, 59(3), 1973, pp. 427-432.
- MÜLLER, Fr., "Rechtsstaatliche Methodik und politische Rechtstheorie", *Rechtstheorie* 8, 1977, pp. 73-92.
- , *Juristische Methodik und Politisches System*, Duncker und Humblot, Berlin, 1976.
- , *Die Positivität der Grundrechte*, Duncker und Humblot, Berlin, 1969. Versión en español: *La positividad de los derechos fundamentales. Cuestiones para una dogmática práctica de los derechos fundamentales*, traducción, estudio preliminar y notas de Alberto Oehling de los Reyes, Dykinson, Madrid, 2016.
- NATHAN, A.J., "Universalism: A Particularistic Account", en Bell, L.S., Nathan, A.J. & Peleg, I. (eds.), *Negotiating Culture and Human Rights*, Columbia University Press, New York, 2001, pp. 249-356.
- NEGRI, S., "El consentimiento informado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos", *Julgar*, núm. especial consentimiento informado, 2014, pp. 97-114.
- NICKEL, J.W., *Making sense of Human Rights: Philosophical Reflections on the Universal Declaration of Human Rights*, University of California Press, Berkeley, 1987.
- NIEMI, M., *Hohfeld y el análisis de los derechos*, traducción de Raúl M. Mejía, Fontamara, México, 2001.
- NINO, C.S., "Autonomía y necesidades básicas", *Doxa* 7, 1990, pp. 21-34.
- , *Introducción al análisis del Derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1988.
- NOZICK, R., *Anarchy, State and Utopia*, Basic Books, New York, 1974. Versión en español: *Anarquía, Estado y Utopía*, traducción de Rolando Tamayo, Fondo de cultura económica, México, [1988] 1990.
- NUSSBAUM, M.C., *Creating Capabilities. The Human Development Approach*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge/London, 2011. Versión en español: *Crear capacidades: propuesta para el desarrollo humano*, traducción de Albino Santos, Paidós, Barcelona 2012.
- , "Capabilities and Human Rights", *Fordham Law Review* 66(2), 1997, pp. 273-300.
- NUSSBAUM, M.C. & SEN, A., *The Quality of Life*, Clarendon Press, Oxford, 1993. Disponible en Oxford Scholarship Online:

<https://www.oxfordscholarship.com/view/10.1093/0198287976.001.0001/acprof-9780198287971> (Última visita 28/10/2019).

- OCKHAM, G., "Opus nonaginta dierum", en Offler, H.S. (ed.), *Opera política*, Mancunii, Lyon, [1494] 1974.
- OKIN, S.M., "Liberty and Welfare: Some Issues in Human Rights Theory", en Pennock, J.R & Chapman, J.W. (eds.), *Human Rights: Nomos XXIII*, New York University Press, New York, 1981, pp. 230-256.
- OLIVECRONA, K., *El Derecho como un hecho*, traducción de L. López Guerra, Labor, Barcelona, 1980.
- OÑATE LABORDE, A., *Los Conceptos Jurídicos Fundamentales de W.N. Hohfeld*, UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas, México, 1977.
- ORUNESU, C., *Positivism jurídico y sistemas constitucionales*, Marcial Pons, Madrid, 2012.
- PANTALEÓN PRIETO, A.F., "Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación", en AA. VV., *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, tomo II, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, pp. 1561-1592.
- , "El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)", *Anuario de Derecho civil* XLIV(3), 1991, pp. 1019-1091.
- PAREKH, B. (ed.), *Bentham's Political Thought*, Barnes and Noble, New York, 1973.
- PASUKANIS, E.B., *Teoría General del Derecho y marxismo*, traducción de Virgilio Zapatero, Labor Universitaria, Barcelona, 1976.
- PECES-BARBA, G., *Lecciones de derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2004.
- PECZENIK, A., *On law and reason*, Dordrecht, Kluwer, 1989. Versión en español: *Derecho y razón*, traducción de Ernesto Garzón Valdés, Fontamara, México, 2000.
- PENNE, L.d., *Commentaria D. Lucae De Penna iuriscons. Clarissimi in tres posteriores lib. codicis Iustiniani*, Lugduni, 1582.
- PEÑA FREIRE, A., "Concepto y estructuras de las potestades jurídicas", *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho* 21, 2010, pp. 39-66.
- PERELMAN, Ch., *The Idea of Justice and the Problem of Argument*, Routledge and Kegan Paul, London, 1963.

- PÉREZ LUÑO, A.E., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 10ª edición, Tecnos, Madrid, [1984] 2010.
- PÖRN, I., *The Logic of Power*, Basil Blackwell, Oxford, 1970.
- POSNER, E.A., *The Twilight of Human Rights Law*, Oxford University Press, New York, 2014.
- POUND, R., *Jurisprudence*, vol. 3 [5 vols.], West Publishing Co., ST. Paul, Minn., 1959.
- PREUß, U.K., *Die Internalisierung des Subjekts. Zur Kritik der Funktionsweise des subjektiven Rechts*, Suhrkamp, Frankfurt a./M., 1979.
- PRIETO SANCHÍS, L., *Apuntes de teoría del Derecho*, Trotta, Madrid, 2005.
- , *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990.
- , *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.
- PUFENDORF, S., *Elementa Jurisprudentiae Universalis*, Akademie Verlag, [1660] 1999.
- , *De iure naturae et gentium libri octo*, G. Mascovius (ed.), Frankfurt und Leipzig, 1759 (Reprint de Minerva G.M.B.H., Frankfurt a./M., 1967).
- RADIN, M., "A Restatement of Hohfeld", *Harvard Law Review* 51(7), 1938, pp. 1141-1164.
- RAWLS, J., *A Theory of Justice*, Revised Ed., Harvard University Press, Cambridge, [1971] 1999. Versión en español: *Teoría de la justicia*, traducción de María Dolores González, 2ª ed., Fondo de cultura económica, México, 1995.
- , *The Law of Peoples*, Harvard University Press, Cambridge, 1999. Versión en español: *El derecho de gentes y "una revisión de la idea de razón pública"*, traducción de Hernando Valencia Villa, Paidós, Barcelona, 2001.
- , "La idea de una razón pública", traducción de Antoni Dornénech, *Isegoría* 9, 1994, pp. 5-40.
- , *Political Liberalism*, Columbia University Press, New York, 1993. Versión en español: *El Liberalismo político*, traducción de Antoni Dornénech, Crítica, Barcelona, 1996.
- , "Justice as Fairness: Political Not Metaphysical", *Philosophy and Public Affairs* 14(3), 1985, pp. 223-251.

- RAZ, J., "Human Rights without Foundations", en Besson, S. y Tasioulas, J. (eds.), *Philosophy of International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2010. Vid. también en *Oxford Legal Studies Research. Paper No. 14/2007*. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=999874> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.999874> (última visita 28/10/2019).
- , *The Concept of a Legal System*, Oxford University Press, Oxford, [1970] 1997. Versión en español: *El concepto de sistema jurídico: una introducción a la teoría del sistema jurídico*, traducción, prólogo y notas de Rolando Tamayo y Salmorán, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1986.
- , *Ethics in the Public Domain*, Oxford University Press, Oxford, 1994. Versión en español: *La ética en el ámbito público*, traducción de María Luz Melón, Gedisa, 2001.
- , *Razón práctica y normas*, traducción de Juan Ruiz Manero, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- , *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, Oxford, 1988.
- , "Legal Principles and the Limits of the Law", *The Yale Law Journal* 81, 1972, pp. 823-854.
- REESE, B., *Die Verfassung des Grundgesetzes*, Duncker & Humblot, Berlin, 2013.
- RENZO, M., "Human Needs, Human Rights", en Cruft, R., Liao, S.M. & Renzo, M. (eds.). *Philosophical Foundations of Human Rights*, 1st edition, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 570-588.
- RICHARD, M., *When Truth Gives Out*, Oxford University Press, Oxford, 2008.
- ROBLEDA, O., "La idea del derecho subjetivo en el ordenamiento romano clásico", *Bullettino dell'Instituto di Diritto Romano* 19, 1977, pp. 23-41.
- ROBLES, G., *Hans Kelsen. Vida y obra*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014.
- RODRÍGUEZ PUERTO, M.J., "Jus commune y derechos subjetivos en el siglo XVI", en AA. VV., *El derecho subjetivo en su historia*, Servicio de publicaciones de la Universidad de Cádiz, 2003, pp. 289-344.
- , "Propiedad e individuo en la Modernidad", en AA. VV., *El derecho subjetivo en su historia*, Servicio de publicaciones de la Universidad de Cádiz, 2003, pp. 345-388.
- ROMEO CASABONA, C.M., "El consentimiento informado en la relación entre el médico y el paciente: aspectos jurídicos", en AA. VV., Cuadernos de la

- Fundació Víctor Grífols i Lucas 5, Fundació Víctor Grífols i Lucas, Barcelona, 2002, pp. 63-133.
- , *El médico ante el derecho: la responsabilidad penal y civil del médico*, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 1986 [1990 imp.].
- RORTY, R.M., “Human Rights, Rationality, and Sentimentality”, en Shute, S. & Hurley, S. (eds.), *On Human Rights: The Oxford Amnesty Lectures*, Basic Books, New York, 1993, pp. 111-134.
- , *Contingency, Irony, and Solidarity*, Cambridge University Press, Cambridge/New York, 1989. Versión en español: *Contingencia, ironía y solidaridad*, traducido por Alfredo Eduardo Sinnot, Paidós, Barcelona 1991.
- ROSEN, F., “Basic needs and Justice”, *Mind. New Series* 86(341), 1977, pp. 88-94.
- ROSS, A., *Sobre el derecho y la justicia*, traducción de G. Carrió, Eudeba, Buenos Aires, [1958] 2005.
- , *Lógica de las normas*, traducción de S.P. Hierro, Comares, Granada [1969] 2000.
- , *Directives and Norms*, Routledge & K. Paul, London, 1968.
- , *Hacia una ciencia realista del Derecho. Crítica del dualismo en el Derecho*, traducción de Julio Barboza, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961.
- ROXIN, C., *Derecho penal: Parte general*. Tomo II. Especiales formas de aparición del delito, traducción de D.M. Luzón Peña, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, [1997] 2014.
- , “Gedanken zur Problematic der Zurechnung im Strafrecht”, en AA. VV., *Festschrift für Richard M. Honig zum 80. Geburtstag 3. Januar 1980. Dargebracht von Freunden un Kollegen*, Schwartz, Göttingen, 1970, pp. 133-150.
- RUIZ MANERO, J., *Jurisdicción y Normas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990.
- SALMOND, J., *Salmond on Jurisprudence*, 11th edition, Glanville Williams (ed.), Sweet and Maxwell, London, 1957.
- SÁNCHEZ GÓMEZ, A., “La información al paciente y el consentimiento informado en el Derecho español. Referencia legal y jurisprudencial. La praxis médica”, *Aranzadi Civil-Mercantil* 8, diciembre 2014, pp. 97-117.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.P., *La impropriadamente llamada objeción de conciencia a los tratamientos médicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

Referencias

- SANTOS BRIZ, J., *Derecho de obligaciones*, tomo I, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963.
- SANZ MULAS, N., "Relevancia penal del consentimiento informado del paciente", en Sanz Mulas, N. (coord.), *Relevancia jurídica del consentimiento informado en la práctica sanitaria: responsabilidades civiles y penales*, Comares, Granada, 2012, pp. 49-64.
- SARDINERO GARCÍA, C., *Responsabilidad administrativa, civil y penal por falta de información en el ámbito clínico: criterios indemnizatorios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- SARTEA, C., "El derecho al desarrollo: una cuestión de justicia y solidaridad", *Dikaion* 23(2), 2014, p. 332. pp. 327-349.
- , "Nuevos derechos y nuevos sujetos en el contexto de los Derechos Humanos", *Ius* 4(7), 2014, pp. 1-15.
- SCHELER, M., *Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik*, 5. Auflage, Bern-München, 1966.
- SCHMITT, C., *Verfassungslehre*, 5. Auflage, Berlin, [1928] 1970. Versión en español: *Teoría de la Constitución*, traducción de Francisco Ayala, Alianza Universidad, Madrid, 1992.
- SCHOUPPE, J.P., "La concepción realista del Derecho", *Persona y Derecho* 11, 1984, pp. 555-593.
- SCHUMAN, S. I., "Justification of Judicial Decisions", en AA.VV., *Essays in Honour of Hans Kelsen*, *The California Law Review* 59, 1971, pp. 715-732.
- SEARLE, J. R., *Speech Acts*, Cambridge University Press, Cambridge, 1969. Versión en español: *Actos del habla*, traducido por Valdés Villanueva, Cátedra, Madrid, 1980.
- SEN, A., *Development as Freedom*, Random House, New York, 1999. Versión en español: *Desarrollo y libertad*, Traducción de Esther Rabasco y Luis Toharia Planeta, México, 2000.
- , *Poverty and Famines*, Clarendon Press, Oxford, 1981.
- , "Equality of What?", *The Tanner Lecture on Human Values*, Stanford University, Stanford, 1979.
- SEOANE, J.A., "El derecho a una capacidad de salud segura", *Ius et Scientia* 2(2), 2016, pp. 42-53.

- , “La construcción jurídica de la autonomía del paciente”, *EIDON* 39, 2013, pp. 13-34.
- SERNA BERMÚDEZ, P., “Dignidad de la persona: un estudio jurisprudencial”, *Persona y Derecho* 41, 1999, pp. 139-196.
- , “La dignidad de la persona como principio del Derecho público”, *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas* 4(2), 1995, pp. 287-306.
- , *Positivismo conceptual y fundamentación de los derechos humanos*, EUNSA, Pamplona, 1990.
- SERNA BERMÚDEZ, P. y TOLLER F.M., *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales: una alternativa a los conflictos de derechos*, La Ley, Buenos Aires, 2000.
- SIECKMANN, J.-R., *La teoría del derecho de Robert Alexy. Análisis y crítica*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014
- SIMMONS, A.J., *Moral Principles and Political Obligations*, Princeton University Press, Princeton, 1979.
- SIMÓN LORDA, P., “Diez mitos en torno al consentimiento informado”, *Anales del Sistema Sanitario de Navarra* 29 (Suplemento 3), 2006, pp. 29-40.
- , *El consentimiento informado. Historia, teoría y práctica*, Triacastela, Madrid, 2000.
- SIMÓN LORDA, P. y JÚDEZ GUTIÉRREZ, F.J., “Consentimiento informado”, en GRACIA GUILLÉN, D. y JÚDEZ GUTIÉRREZ, F.J. (ed.), *Ética en la práctica clínica*, Triacastela, Madrid, 2004, pp. 33-54.
- SIMPSON, A.W.B., *Oxford Essays in Jurisprudence*, 2nd Series, Clarendon Press, Oxford, 1973.
- SMEND, R., *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, 2. Auflage, Duncker & Humblot, Berlin, 1968.
- SOTO, D.d., *De justitia et jure*, Honoratus, 1582.
- SPAACK, T., *The Concept of Legal Competence. An Essay in Conceptual Analysis*, Dartmouth Publishing Company, England, 1994.
- SPAEMANN, R., *Personas: acerca de la distinción entre "algo" y "alguien"*, traducción de José Luis del Barco, EUNSA, Pamplona, 2000.

Referencias

- , *Lo natural y lo racional*, traducción de D. Innerarity Grau y J. Olmo, Rialp, Madrid, 1989.
- , *Ética: cuestiones fundamentales*, traducción de J.M. Yanguas, Eunsa, Pamplona, 1987.
- STEINER, H., “Working Rights”, en Kramer, M.H, *et al.* (ed.), *A Debate Over Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2000, pp. 233-301.
- STEWART, F., “Basic Needs Strategies, Human Rights, and the Right to Development”, *Human Rights Quarterly* 11(3), 1989, pp. 36-66.
- , *Planning to Meet Basic Needs*, The Macmillan Press, London and Basingstoke, 1985.
- STOLJAR, S., *An Analysis of Rights*, St. Martin’s Press, New York, 1984.
- STONE, J., *Legal System and Lawyers’ Reasoning*, Maitland Publications, Sydney, 1968.
- STOUT, J., *Democracy and Tradition*, Princeton University Press, Princeton, 2004.
- STRAWSON, P.F., “Ethical Intuitionism”, *Philosophy* 24, 1949, pp. 23-33.
- SUÁREZ, F., *De Legibus. Deo legislatore*, edición bilingüe de J.R. Eguillor, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1967-1968.
- , *Metaphysicorum Disputationum tomi duo*, Coloniae, 1614.
- , *Tractatus de legibus ac deo legislatore: in decem libros distributus*, Ex typis Fibrenianis, 1872.
- , *Defensio Fidei Catholica adversus Anglicanae sectae errores*, Coimbra, 1613.
- SUMMENHART, C.d., *De Contractibus licitis atque illicitis Tractatus*, ap. F. Zilettum, Venetiis, 1580.
- TASIOULAS, J., “Are Human Rights Essentially Triggers for Intervention?”, *Philosophy Compass* 4(6), 2009, pp. 938-950.
- TAYLOR, C., “Los fundamentos filosóficos de los derechos humanos”, en Diemer, A, *et al.*, *Los fundamentos filosóficos de los derechos humanos*, Serbal-UNESCO, Barcelona, 1985.
- THOMPSON, J.J., *The Realm of Rights*, Harvard University Press, Cambridge, 1990.
- , *Rights, Restitution and Risks*, Harvard University Press, Cambridge, 1986.

- , "Some Ruminations on Rights," *Arizona Law Review* 19, 1978, pp. 45-60.
- THON, A., *Rechtsnorm und subjektives Recht*, H. Böhlau, Weimar, 1878.
- TUSHNET, M., "An Essay on Rights", *Texas Law Review* 62(8), pp. 1363-1403.
- VALENTINI, L., "In What Sense Are Human Rights Political? A Preliminary Exploration", *Political Studies* 60(1), 2012, pp. 180-194.
- VAN DER VEER, D., "Are Human Rights Alienable?" *Philosophical Studies* 37, 1980, pp. 165-176.
- VATTIER FUENZALIDA, C., "Observaciones críticas en tema de derecho subjetivo", *Anuario de Derecho Civil XXXIV*, 1981, pp. 3-40.
- VÁZQUEZ DE MENCHACA, F., *Controversiarum illustrium aliarumque usu frequentium libri tres*, Rampazetus, Venetiis, 1564.
- VEGA, J., "El sujeto de derecho y la relación jurídica. De las modalidades deónticas a las posiciones jurídicas de Hohfeld", en González Lagier, D. (Coord.), *Conceptos básicos del derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2015, pp. 113-147.
- VILLAR ROJAS, F.J., *La responsabilidad de las Administraciones sanitarias: fundamento y límites*, Wolters Kluwer, Madrid, 2002.
- VILLEY, M., *La formation de la pensée juridique moderne*, Presses Universitaires de France, Paris, 2013.
- , *Compendio de Filosofía del Derecho*, vol. II, Eunsa, Pamplona, 1981.
- , *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Universidad Católica de Valparaíso, 1976.
- VITORIA, F.d., "Relectio de Simonia", en *Obras de Francisco de Vitoria. Relecciones teológicas*, edición crítica del texto latino y traducción de Teófilo Urdániz, BAC, Madrid, 1960.
- , "Commentaria", en Beltrán de Heredia, V. (ed.), *De justitia*, Madrid, 1934.
- WALDRON, J., "Is Dignity the Foundation of Human Rights?", en Cruft, R.; Liao, S.M. & Renzo, M. (eds.) *Philosophical Foundations of Human Rights*. Oxford University Press, Oxford, 2015, pp.117-137.
- , "The Role of Rights in Practical Reasoning: 'Rights' versus 'Needs'", *The Journal of Ethics* 4(1/2): Rights, Equality, and Liberty, Universidad Torcuato Di Tella, Law and Philosophy Lectures 1995-1997 (Jan. - Mar., 2000), pp. 115-135.

Referencias

- , (ed.), *'Nonsense upon Stilts': Bentham, Burke and Marx on the Rights of Man*, Methuen, London, 1987.
- WALTER, R., "Las normas jurídicas", *Doxa* 2, 1985, pp. 107-116.
- WEINBERGER, C./O., *Logik, Semantik, Hermeneutik*, C.H. Beck, München, 1979.
- WELLMAN, C., *Theory of Rights*, Rowman & Allanheld, Totowa, 1985.
- WELLMAN, C.H., "On Conflicts between Rights", *Law and Philosophy* 14, 1995, pp. 271-295.
- WIGGINS, D., "Claims of Need", en Honderich, T. (ed.), *Morality and Objectivity: A Tribute to J. L. Mackie*, Routledge and Kegan Paul, London, 1985, pp. 149-202.
- WILHELM, W., *La metodología jurídica del siglo XIX*, traducción de R. Bethmann, Edersa, Madrid, 1980.
- WILLIAMS, G., "The Concept of Legal Liberty", *Columbia Law Review* 56(8), 1956, pp. 1129-1150.
- WILLIAMS, P.J., *The Alchemy of Race and Rights*, Harvard University Press, Cambridge, 1991.
- WILSON, R. (ed.), *Human Rights, culture & context: Anthropological Perspectives*, Pluto Press, London/Chicago, 1997.
- WINDSCHEID, B., *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Rütten & Loening, Frankfurt a./M., 1906.
- WOLFF, H.J., „Rechtsgrundsätze und verfassungsgestaltende Grundentscheidungen als Rechtsquellen“, en AA.VV. (ed.), *Festschrift für W. Jellinek*, München, 1955, pp. 33-52.
- WOLFF, J. & DE-SHALIT, A., "On Fertile Functionings: A Response to Martha Nussbaum", *Journal of Human Development and Capabilities*, 14(1), 2013, pp. 161-165.
- , *Disadvantage*, Oxford University Press, Oxford/New York, 2007.
- WRIGHT, G.H.v., *Norma y Acción*, traducción de P. García Ferrero, Tecnos, Madrid, [1963] 1970.
- , *An Essay in Deontic Logic and the General Theory of Action*, North-Holland Publishing Company, Amsterdam, 1968. Versión en español: *Un ensayo de*

lógica deóntica y la teoría general de la acción, traducido por Ernesto Garzón Valdés, 2ª edición, Instituto de Investigaciones Filosóficas, México, 1998.

—, *La lógica de la preferencia*, traducción de Roberto J. Vernengo, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1967.

—, *The Varieties of Goodness*, Routledge and Kegan Paul, London, 1963.

WRIGHT R.G., “Review Essay: The Disintegration of the Idea of Human Rights”, *Indiana Law Review* 43(2), 2010, pp. 423-440.

XIOL RÍOS, J.A., “El consentimiento informado”, *Revista Española de la Función Consultiva* 16, 2011, pp. 127-150.

—, “El consentimiento informado”, *Revista Española de la Función Consultiva* 14, 2010, pp. 21-84.

ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, traducción de M. Gascón, Trotta, Madrid, 1995.

ZETTERBAUM, M., “Equality and Human Need”, *American Political Science Review* 71(3), 1977, pp. 983-998.

2. NORMATIVA

2.1. Jurisprudencia constitucional

STC 132/2016, de 18 de julio. «BOE» núm. 196, de 15 de agosto de 2016, pp. 60435-60446. Referencia: BOE-A-2016-7897.

STC 37/2011, de 28 de marzo. «BOE» núm. 101, de 28 de abril de 2011, pp. 46-58. Referencia: BOE-A-2011-7626.

STC 154/2002, de 18 de julio. «BOE» núm. 188, de 7 de agosto de 2002, pp. 51-63. Referencia: BOE-T-2002-15992.

STC 5/2002, de 14 de enero. «BOE» núm. 34, de 8 de febrero de 2002, pp. 25-32. Referencia: BOE-T-2002-2499.

STC 119/2001, de 24 de mayo. «BOE» núm. 137, de 8 de junio de 2001, pp. 56-66. Referencia: BOE-T-2001-10938.

STC 227/1998 de 26 de noviembre. «BOE» núm. 312, de 30 de diciembre de 1998, pp. 30-43. Referencia: BOE-T-1998-30018.

STC 137/1990, de 19 de julio. «BOE» núm. 181, de 30 de julio de 1990, pp. 61-67. Referencia: BOE-T-1990-18331.

STC 120/1990, de 27 de junio. «BOE» núm. 181, de 30 de julio de 1990, pp. 2-10. Referencia: BOE-T-1990-18314.

STC 61/1990, de 29 de marzo. «BOE» núm. 107, de 4 de mayo de 1990, pp. 47-52. Referencia: BOE-T-1990-10085.

STC 22/1988, de 18 de febrero. «BOE» núm. 52, de 1 de marzo de 1988, pp. 39-42. Referencia: BOE-T-1988-5134.

STC 12/1988, de 3 de febrero. «BOE» núm. 52, de 1 de marzo de 1988, pp. 7-9. Referencia: BOE-T-1988-5126.

STC 126/1987, de 16 de julio. «BOE» núm. 191, de 11 de agosto de 1987, pp. 2-12. Referencia: BOE-T-1987-18626.

STC 110/1984, de 26 de noviembre. «BOE» núm. 305, de 21 de diciembre de 1984, pp. 15-19. Referencia: BOE-T-1984-27951.

STC 76/1983 de 5 de agosto. «BOE» núm. 197, de 18 de agosto de 1983, pp. 29-66. Referencia: BOE-T-1983-22276.

STC 91/1983, de 7 de noviembre. «BOE» núm. 288, de 2 de diciembre de 1983, pp. 10-13. Referencia: BOE-T-1983-31663.

STC 2/1982, de 29 de enero. «BOE» núm. 49, de 26 de febrero de 1982, pp. 9-11. Referencia: BOE-T-1982-4749.

STC 11/1981, 8 abril. «BOE» núm. 99, de 25 de abril de 1981, pp. 1-13. Referencia: BOE-T-1981-9433.

2.2. Jurisprudencia del Tribunal Supremo

Sentencia de 27 de junio de 2017 (JUR 2017\176620; Ponente: Excmo. Sr. José Luis Requero Ibáñez).

Sentencia de 24 de noviembre de 2016 (RJ 2016\5649; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana).

Sentencia de 13 de abril de 2016 (RJ 2016\1495; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana).

Sentencia de 12 de abril de 2016 (RJ 2016\1334; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana).

Sentencia de 8 de abril de 2016 (RJ 2016\1328; Ponente: Excmo. Sr. Eduardo Baena Ruiz).

Sentencia de 8 de febrero de 2016 (RJ 2016\235; Ponente: Excmo. Sr. Francisco Javier Orduña Moreno).

Sentencia de 23 de octubre de 2015 (RJ 2015\4901; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana).

Sentencia de 6 de octubre de 2015 (RJ 2015\4879; Ponente: Excmo. Sr. José Luis Requero Ibáñez).

Sentencia de 17 de junio de 2015 (RJ 2015\2651; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana).

Sentencia de 9 de junio de 2015 (RJ 2015\5979; Ponente: Excmo. Sr. Eduardo Baena Ruiz).

Sentencia de 26 de mayo de 2015 (RJ 2015\3132; Ponente: Excmo. Sr. Jesús Cudero Blas).

Sentencia de 3 de febrero de 2015 (RJ 2015\641; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana).

Referencias

Sentencia de 4 de junio de 2014 (RJ 2014\4362; Ponente: Excmo. Sr. José Ramón Ferrándiz Gabriel).

Sentencia de 9 de mayo de 2014 (RJ 2014\2716; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana).

Sentencia de 7 de mayo de 2014 (RJ 2014\2477; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana).

Sentencia de 19 de julio de 2013 (RJ 2013\4641; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana)

Sentencia de 19 de julio de 2013 (RJ 2013\5004; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana).

Sentencia de 3 de julio de 2013 (RJ 2013\4380; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana).

Sentencia de 28 de junio de 2013 (RJ 2013\4986; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana).

Sentencia de 4 de junio de 2013 (RJ 2013\4305; Ponente: Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García).

Sentencia de 30 de abril de 2013 (RJ 2013\4058; Ponente: Excmo. Sr. Ricardo Enríquez Sancho).

Sentencia de 11 de abril de 2013 (RJ 2013\3384; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana).

Sentencia de 4 de marzo de 2013 (RJ 2013\2167; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana).

Sentencia de 4 de diciembre de 2012 (RJ 2013\1508; Ponente: Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí).

Sentencia de 20 de noviembre de 2012 (RJ 2013\300; Ponente: Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí).

Sentencia de 20 de noviembre de 2012 (RJ 2013\314; Ponente: Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí).

Sentencia de 9 de octubre de 2012 (RJ 2012\9799; Ponente: Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí).

Sentencia de 9 de octubre de 2012 (RJ 2012\10199; Ponente: Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García).

Sentencia de 3 de octubre de 2012 (RJ 2012\9711; Ponente: Excmo. Sr. José Ramón Ferrándiz Gabriel).

Sentencia de 19 de septiembre de 2012 (RJ 2012\9194; Ponente: Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García).

Sentencia de 17 de julio de 2012 (RJ 2012\8027 Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana).

Sentencia de 25 de junio de 2012 (RJ 2012\11045; Ponente: Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí).

Sentencia de 22 de junio de 2012 (RJ 2012\8440; Ponente: Excma. Sra. Celsa Pico Lorenzo).

Sentencia de 19 de junio de 2012 (RJ 2012\9108; Ponente: Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí).

Sentencia de 18 de junio de 2012 (RJ 2012\7449; Ponente: Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí).

Sentencia de 24 de mayo de 2012 (RJ 2012\6539; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana).

Sentencia de 24 de abril de 2012 (RJ 2012\6232; Ponente: Enrique Lecumberri Martí).

Sentencia de 3 de abril de 2012 (RJ 2012\5672; Ponente: Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí).

Sentencia de 26 de marzo de 2012 (RJ 2012\5102; Ponente: Excma. Sra. Celsa Pico Lorenzo).

Sentencia de 30 de enero de 2012 (RJ 2012\3238; Ponente: Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí).

Sentencia de 16 de enero de 2012 (RJ 2012\1784; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana).

Sentencia de 2 de enero de 2012 (RJ 2012\1; Ponente: Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí).

Sentencia de 22 de noviembre de 2011 (RJ 2012\2373; Ponente: Excmo. Sr. Segundo Menéndez Pérez).

Sentencia de 17 de noviembre de 2011 (RJ 2012\1498; Ponente: Excmo. Sr. José Ramón Ferrándiz Gabriel).

Referencias

Sentencia de 2 de noviembre de 2011 (RJ 2012\1752; Ponente: Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García).

Sentencia de 2 de noviembre de 2011 (RJ 2012\1727; Ponente: Excmo. Sr. Segundo Menéndez Pérez).

Sentencia de 27 de septiembre de 2011 (RJ 2012\941; Ponente: Excma. Sra. Celsa Pico Lorenzo).

Sentencia de 1 de junio de 2011 (RJ 2011\4260; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana).

Sentencia de 20 de mayo de 2011 (RJ 2011\3982; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana).

Sentencia de 19 de mayo de 2011 (RJ 2011\4464; Ponente: Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García).

Sentencia de 13 de mayo de 2011 (RJ 2011\3279; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana).

Sentencia de 28 de marzo de 2011 (RTC 2011\37; Ponente: Dña. Elisa Pérez Vera).

Sentencia de 20 de enero de 2011 (RJ 2011\299; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana).

Sentencia de 15 de diciembre de 2010 (RJ 2011\1550; Ponente: Excmo. Sr. José Ramón Ferrándiz Gabriel).

Sentencia de 25 de noviembre de 2010 (RJ 2011\1313; Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos).

Sentencia de 22 de noviembre de 2010 (RJ 2010\8620; Ponente: Excmo. Sr. Carlos Lesmes Serrano).

Sentencia de 4 noviembre de 2010 (RJ 2010\7988; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana).

Sentencia de 22 de septiembre de 2010 (RJ 2010\7135; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana).

Sentencia de 30 de junio de 2010 (RJ 2010\5968; Ponente: Excmo. Sr. Carlos Lesmes Serrano).

Sentencia de 29 de junio de 2010 (RJ 2010\5948; Ponente: Excma. Sra. Celsa Pico Lorenzo).

Sentencia de 14 de mayo de 2010 (RJ 2010\3494; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana).

Sentencia de 25 de marzo de 2010 (RJ\2010\4544; Ponente: Excma. Sra. Celsa Pico Lorenzo).

Sentencia de 10 de marzo de 2010 (RJ 2010\4074; Ponente: Excmo. Sr. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre).

Sentencia de 3 de marzo de 2010 (RJ 2010\3778; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana).

Sentencia de 29 de enero de 2010 (RJ 2010\418; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana).

Sentencia de 8 de julio de 2009 (RJ 2009\4459; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana).

Sentencia de 4 de diciembre de 2009 (RJ 2009\8152; Ponente: Excmo. Sr. Juan Carlos Trillo Alonso).

Sentencia de 20 de noviembre de 2009 (RJ 2010\138; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana).

Sentencia de 27 de octubre de 2009 (RJ 2009\7656; Ponente: Excmo. Sr. Luis María Díez-Picazo Giménez).

Sentencia de 20 de julio de 2009 20 de julio de 2009 (RJ 2009\3161; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana).

Sentencia de 30 de junio de 2009 (RJ 2009\5490; Ponente: Excma. Sra. Encarnación Roca Trías).

Sentencia de 30 de junio de 2009 (RJ 2009\4323; Ponente: Excmo. Sr. Francisco Marín Castán).

Sentencia de 30 de junio de 2009 (RJ 2009\6460; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana).

Sentencia de 4 de junio de 2009 (RJ 2009\3380; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana).

Sentencia de 4 de marzo de 2009 (RJ 2009\1873; Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos).

Sentencia de 27 de febrero de 2009 (RJ 2009\1672; Ponente: Excmo. Sr. Francisco Monterde Ferrer).

Referencias

Sentencia de 21 de enero de 2009 (RJ 2009\1481; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana).

Sentencia de 22 de diciembre de 2008 (RJ 2009\162; Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos).

Sentencia de 24 de octubre de 2008 (RJ 2008\5793; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana).

Sentencia de 14 de octubre de 2008 (RJ 2008\6913; Ponente: Excmo. Sr. José Ramón Ferrándiz Gabriel).

Sentencia de 29 de julio de 2008 (RJ 2008\4638; Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos).

Sentencia de 19 de junio de 2008 (RJ 2008\6479; Ponente: Excma. Sra. Margarita Robles Fernández).

Sentencia de 18 de junio de 2008 (RJ 2008\4256; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana).

Sentencia de 4 diciembre 2007 (RJ 2008\251; Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos).

Sentencia de 22 de noviembre de 2007 (RJ 2007\8651; Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos).

Sentencia de 15 de noviembre de 2007 (RJ 2007\8110; Ponente: Excmo. Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta).

Sentencia de 2 de noviembre de 2007 (RJ 2008\731; Ponente: Excmo. Sr. Octavio Herrero Pina).

Sentencia de 30 de octubre de 2007 (RJ 2007\7334; Ponente: Excmo. Sr. Octavio Juan Herrero Pina).

Sentencia de 10 de octubre de 2007 (RJ 2007\6813; Ponente: Excmo. Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta).

Sentencia de 4 de octubre de 2007 (RJ 2007\5352; Ponente: Excmo. Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta)

Sentencia de 29 de junio de 2007 (RJ 2007\3871; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana).

Sentencia de 22 de mayo de 2007 (RJ 2007\4618; Ponente: Excmo. Sr. Vicente Luis Montes Penades).

Sentencia de 7 de mayo de 2007 (RJ 2007\3553; Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos).

Sentencia de 17 de abril de 2007 (RJ 2007\3541; Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos)

Sentencia de 6 de marzo de 2007 (RJ 2007\1828; Ponente: Excma. Sra. Encarnación Roca Trías).

Sentencia de 5 de enero de 2007 (RJ 2007\552; Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos).

Sentencia de 20 de diciembre de 2006 (RJ 2006\9248; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana).

Sentencia de 4 de octubre de 2006 (RJ 2006\6428; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana).

Sentencia de 3 de julio de 2006 (RJ 2006\3392; Ponente: Excmo. Sr. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca).

Sentencia de 18 de mayo de 2006 (RJ 2006\4724; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana).

Sentencia de 10 de mayo de 2006 (RJ 2006\2399; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana).

Sentencia de 15 de marzo de 2006 (RJ 2006\2309; Ponente: Excmo. Sr. Andrés Martínez Arrieta).

Sentencia de 2 de diciembre de 2005 (RJ 2006\2410; Ponente: Excmo. Sr. Carlos Granados Pérez).

Sentencia de 21 de octubre de 2005 (RJ 2005\8547; Ponente: Excmo. Sr. Jesús Corbal Fernández).

Sentencia de 20 de septiembre de 2005 (RJ 2005\7503; Ponente: Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García).

Sentencia de 17 de septiembre de 2005 (RJ 2005\8885; Ponente: Excmo. Sr. José Almagro Nosete).

Sentencia de 10 de mayo de 2005 (RJ 2005\9332; Ponente: Excmo. Sr. Francisco González Navarro).

Sentencia de 9 de mayo de 2005 (RJ 2005\4902; Ponente: Excma. Margarita Robles Fernández).

Referencias

Sentencia de 16 de marzo de 2005 (RJ 2005\5739; Ponente: Excmo. Sr. Agustín Puente Prieto).

Sentencia de 17 de noviembre de 2004 (RJ 2004\7238; Ponente: Excmo. Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta).

Sentencia de 29 de octubre de 2004 (RJ 2004\7218; Ponente: Excmo. Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz).

Sentencia de 7 de octubre de 2004 (RJ 2004\6229; Ponente: Excmo. Sr. Antonio Romero Lorenzo).

Sentencia de 4 de octubre de 2004 (RJ 2004\6066; Ponente: Excmo. Sr. José Ramón Ferrándiz Gabriel).

Sentencia de 17 de mayo de 2004 (RJ 2004\3714; Ponente: Excmo. Sr. Francisco González Navarro).

Sentencia de 7 de abril de 2004 (RJ 2004\2608; Ponente: Excmo. Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta).

Sentencia de 26 de marzo de 2004 (RJ 2004\1668; Ponente: Excmo. Sr. Clemente Auger Liñán).

Sentencia de 10 de febrero de 2004 (RJ 2004\456; Ponente: Excmo. Sr. Jesús Corbal Fernández).

Sentencia de 22 de julio de 2003 (RJ 2003\5391; Ponente: Excmo. Sr. Alfonso Villagómez Rodil).

Sentencia de 19 de junio de 2003 (RJ 2003\5357; Ponente: Excmo. Sr. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez).

Sentencia de 23 de diciembre de 2002 (RJ 2003\914; Ponente: Excmo. Sr. Jesús Corbal Fernández).

Sentencia de 18 de diciembre de 2002 (RJ 2003\47; Ponente: Excmo. Sr. Román García Varela).

Sentencia de 11 de noviembre de 2002 (RJ 2002\9640; Ponente: Excmo. Sr. José Almagro Nosete).

Sentencia de 29 de octubre de 2002 (RJ 2002\9314; Ponente: Excmo. Sr. José Almagro Nosete).

Sentencia de 14 de octubre de 2002 (RJ 2003\359; Ponente: Excmo. Sr. Jesús Ernesto Peces Morate).

Sentencia de 22 de diciembre de 2001 (RJ 2002\1817; Ponente: Excmo. Sr. Jesús Ernesto Peces Morate).

Sentencia de 19 de junio de 2001 (RJ 2001\4974; Ponente: Excmo. Sr. José Almagro Nosete).

Sentencia de 4 de abril de 2000 (RJ 2000\3258; Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos).

Sentencia de 24 de marzo de 2001 (RJ 2001\3986; Ponente: Excmo. Sr. Alfonso Villagómez Rodil).

Sentencia de 5 de febrero de 2001 (RJ 2001\541; Ponente: Excmo. Sr. Francisco Marín Castán).

Sentencia de 26 de febrero de 2001 (RJ 2001\1340; Ponente: Excmo. Sr. Diego Antonio Ramos Gancedo).

Sentencia de 12 de enero de 2001 (RJ 2001\3; Ponente: Excmo. Sr. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez).

Sentencia de 29 de diciembre de 2000 (RJ 2000\9445; Ponente: Excmo. Sr. Román García Varela).

Sentencia de 26 de septiembre de 2000 (RJ 2000\8126; Ponente: Excmo. Sr. Alfonso Villagómez Rodil).

Sentencia de 22 de noviembre de 1999 (RJ 1999\8618; Ponente: Excmo. Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz).

Sentencia de 10 de noviembre de 1999 (RJ 1999\8057; Ponente: Excmo. Sr. Román García Varela).

Sentencia de 2 de noviembre de 1999 (RJ 1999\7998; Ponente: Excmo. Sr. Alfonso Villagómez Rodil).

Sentencia de 13 abril 1999 (RJ 1999\2583; Ponente: Excmo. Sr. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez).

Sentencia de 9 de marzo de 1999 (RJ 1999\1368; Ponente: Excmo. Sr. Román García Varela).

Sentencia de 28 de diciembre de 1998 (RJ 1998\10164; Ponente: Excmo. Sr. Pedro González Poveda).

Sentencia de 9 de diciembre de 1998 (RJ 1998\9427; Ponente: Excmo. Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz).

Referencias

Sentencia de 9 de junio de 1998 (RJ 1998\3717; Ponente: Excmo. Sr. José Almagro Nosete).

Sentencia de 19 febrero 1998 (RJ 1998\634; Ponente: Excmo. Sr. Luis Martínez- Calcerrada y Gómez).

Sentencia de 16 diciembre 1997 (RJ 1997\8690; Ponente: Excmo. Sr. Luis Martínez- Calcerrada y Gómez).

Sentencia de 13 de diciembre de 1997 (RJ 1997\8816; Ponente: Excmo. Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz).

Sentencia de 22 de julio de 1997 (RJ 1997\221; Ponente: Excmo. Sr. Francisco Morales Morales).

Sentencia de 1 de julio de 1997 (RJ 1997\5471; Ponente: Excmo. Sr. José Almagro Nosete).

Sentencia de 22 de abril de 1997 (RJ 1997\3249; Ponente: Excmo. Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz).

Sentencia de 7 de abril de 1997 (RJ 1997\2742; Ponente; Ponente: Excmo. Sr. Alfonso Villagómez Rodil).

Sentencia de 8 de abril de 1996 (RJ 1996\2882; Ponente: Excmo. Sr. Jesús Marina Martínez-Pardo).

Sentencia de 24 de mayo de 1995 (RJ 1995\4262; Ponente: Excmo. Sr. Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa).

Sentencia de 27 de septiembre de 1994 (RJ 1994\7307; Ponente: Excmo. Sr. Jaime Santos Briz).

Sentencia de 24 de septiembre de 1994 (RJ 1994\7313; Ponente: Excmo. Sr. Francisco Morales Morales).

Sentencia de 5 de julio de 1994 (RJ 1994\5602; Ponente: Excmo. Sr. Jaime Santos Briz).

Sentencia de 25 de abril de 1994 (RJ 1994\3073; Ponente: Excmo. Sr. José Luis Albácar López).

Sentencia de 2 de julio de 1993 (RJ 1993\5789; Ponente: Excmo. Sr. José Almagro Nosete).

Sentencia de 23 de septiembre de 1992 (RJ 1992\7007; Ponente: Excmo. Sr. Mariano Baena del Alcázar).

Sentencia de 3 de diciembre de 1991 (RJ 1991\8907; Ponente: Excmo. Sr. Teófilo Ortega Torres).

Sentencia de 11 de marzo de 1991 (RJ 1991\2209; Ponente: Excmo. Sr. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez).

Sentencia de 22 de febrero de 1991 (RJ 1991\1587; Ponente: Excmo. Sr. Francisco Morales Morales).

Sentencia de 7 de febrero de 1990 (RJ 1990\668; Ponente: Excmo. Sr. Antonio Fernández Rodríguez).

Sentencia de 22 de junio de 1988 (RJ 1988\5124; Ponente: Excmo. Sr. Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa).

Sentencia de 21 de septiembre de 1987 (RJ 1987\6188; Ponente: Excmo. Sr. Eduardo Fernández-Cid de Temes).

Sentencia de 4 de enero de 1982 (RJ 1982\178; Ponente: Excmo. Sr. Jaime de Castro García).

Sentencia de 2 de noviembre de 1983 (RJ 1983\5950; Ponente: Excmo. Sr. José María Gómez de la Bárcena y López).

Sentencia de 5 de julio de 1979 (RJ 1979\2931; Ponente: Excmo. Sr. Gregorio Díez Canseco y de la Puerta).

Sentencia de 18 de junio de 1979 (RJ 1979\2895; Ponente: Excmo. Sr. Carlos de la Vega Benayas).

Sentencia de 21 de marzo de 1950 (RJ 1950\394; Ponente: Excmo. Sr. Acacio Charrín y Martín Veña).

2.3. Jurisprudencia menor

AAP de Toledo 77/2011, de 15 de marzo (ARP 2011\635; Ponente: Illmo. Sr. D Rafael Cancer Loma).

SAP de Cádiz 36/2002, de 1 de octubre (JUR 2003\28326; Ponente: Illmo. Sr. D Carlos Ercilla Labarta).

SAP de Barcelona 64/2009, de 8 de enero (ARP 2009\255; Ponente: Illmo. Sr. D Eduardo Navarro Blasco).

SAP de Madrid 369/2008, de 29 de septiembre.

Referencias

SAP de Madrid 119/2006, de 23 de marzo (ARP 2006\348; Ponente: Illma. Sra. Araceli Perdices López).

Sentencia de Audiencia Provincial de Barcelona de 10 de junio de 2011 (AC 2011\1448; Ponente: Illma. Sra. Dña. María del Pilar Ledesma Ibáñez).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares de 13 de febrero de 2001 (AC 2001\2250; Ponente: Illmo. Sr. D. Miguel Ángel Aguiló Monjo).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 27 de octubre de 2001 (RJ 2002\1079; Ponente: Illmo. Sr. D. Francisco Javier Fernández Urzainqui).

2.4. Legislación y otras normas

Constitución Española (publicado en «BOE» núm. 311, de 29/12/1978. Referencia: BOE-A-1978-31229).

Decreto 38/2012, de 13 de marzo, de la historia clínica y derechos y obligaciones de pacientes y profesionales de la salud en materia de documentación clínica (publicado en BOPV núm. 65 de 29 de marzo de 2012).

Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (vom 23. Mai 1949 (BGBl. S. 1)- Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, actualizado hasta octubre de 2010, traducción del Prof. Dr. Ricardo García Macho, Universidad Jaime I (Castellón) y Prof. Dr. Karl-Peter Sommermann, Deutsche Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer. Disponible en <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf> (última visita 28/10/2019).

Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (publicado en «BOE» núm. 236, de 02/10/2015. Referencia: BOE-A-2015-10565).

Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (publicado en «BOE» núm. 236, de 02/10/2015. Referencia: BOE-A-2015-10566).

Ley 10/2014, de 29 de diciembre, de Salud de la Comunitat Valenciana (publicado en «BOE» núm. 35, de 10 de febrero de 2015. Referencia: BOE-A-2015-1239).

Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Publicado en «BOE» núm. 184, de 02/08/2011. Referencia: BOE-A-2011-13241).

- Ley 10/2011, de 24 de marzo, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de morir y de la muerte (publicado en «BOA» núm. 70, de 07/04/2011. «BOE» núm. 115, de 14/05/2011. Referencia: BOE-A-2011-8403).
- Ley 2/2010, de 8 de abril, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de la muerte (publicado en «BOJA» núm. 88, de 07/05/2010. «BOE» núm. 127, de 25/05/2010. Referencia: BOE-A-2010-8326).
- Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia (publicado en «BOE» núm. 299, de 15/12/2006. Referencia: BOE-A-2006-21990).
- Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud (publicado en «BOE» núm. 301, de 17/12/2003. Referencia: BOE-A-2003-23101).
- Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (publicado en «BOE» núm. 289, de 03/12/2003. Referencia: BOE-A-2003-22066).
- Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias (publicado en «BOE» núm. 280, de 22/11/2003. Referencia: BOE-A-2003-21340).
- Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud (publicado en «BOE» núm. 128, de 29/05/2003. Referencia: BOE-A-2003-10715).
- Ley 1/2003, de 28 de enero, de derechos e información al paciente de la Comunidad Valenciana (publicado en «BOE» núm. 48, de 25 de febrero de 2003. Referencia: BOE-A-2003-3838).
- Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente (publicado en «BOE» núm. 274, de 15 de noviembre de 2002. Referencia: BOE-A-2002-22188).
- Ley 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes (publicado en «DOG» núm. 111, de 8 de junio de 2001. «BOE» núm. 158, de 3 de julio de 2001. Referencia: BOE-A-2001-12770).
- Ley 21/2000, de 29 de diciembre, sobre los derechos de información concernientes a la salud y la autonomía del paciente, y la documentación

Referencias

- clínica (publicado en «BOE» núm. 29, de 2 de febrero de 2001. Referencia: BOE-A-2001-2353).
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (publicado en «BOE» núm. 7, de 08/01/2000. Referencia: BOE-A-2000-323).
- Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (publicado en «BOE» núm. 285, de 27/11/1992. Referencia: BOE-A-1992-26318).
- Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (publicado en «BOE» núm. 102, de 29/04/1986. Referencia: BOE-A-1986-10499).
- Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (publicado en «BOE» núm. 176, de 24 de julio de 1984. Referencia: BOE-A-1984-16737).
- Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos (publicado en «BOE» núm. 103, de 30 de abril de 1982. Referencia: BOE-A-1982-9983).
- Ley Foral 8/2011, de 24 de marzo, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de la muerte (publicado en «BON» núm. 65, de 04/04/2011. «BOE» núm. 99, de 26/04/2011. Referencia: BOE-A-2011-7408).
- Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (publicado en «BOE» núm. 55, de 04/03/2010. Referencia: BOE-A-2010-3514).
- Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (publicado en «BOE» núm. 298, de 14 de diciembre de 1999. Referencia: BOE-A-1999-23750).
- Ley Orgánica 6/1998, de 13 de julio, de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial (publicado en «BOE» núm. 167, de 14/7/1998).
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (publicado en «BOE» núm. 15, de 17/01/1996. Referencia: BOE-A-1996-1069).
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (publicado en «BOE» núm. 281, de 24/11/1995. Referencia: BOE-A-1995-25444).

Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (Publicado en «BOE» núm. 115, de 14 de mayo de 1982. Referencia: BOE-A-1982-11196).

Real Decreto 1276/2011, de 16 de septiembre, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad (publicado en «BOE» núm. 224, de 17 de septiembre de 2011. Referencia: BOE-A-2011-14812).

Real Decreto 2082/1978, de 25 de agosto, por el que se aprueban normas provisionales de gobierno y administración de los Servicios hospitalarios y las garantías de los usuarios (publicado en «BOE» núm. 209, de 1 de septiembre de 1978. Referencia: BOE-A-1978-22643).

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (publicado en «Gaceta de Madrid» núm. 206, de 25/07/1889. Referencia: BOE-A-1889-4763).

3. OTROS TEXTOS CONSULTADOS

Acuerdo sobre Consentimiento Informado de la Sesión Plenaria del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud (Acuerdo núm. 261, Acta núm. 39).

Informe explicativo del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la tecnología del Consejo de Europa (publicado el 17 de diciembre de 1996).

Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (publicado en «BOE» núm. 96, de 21 de abril de 2008. Referencia: BOE-A-2008-6963).

Instrumento de Ratificación del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997. Publicado en «BOE» núm. 251, de 20 de octubre de 1999. Referencia: BOE-A-1999-20638).

Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente. Publicado en «BOE» núm. 243, de 10 de octubre de 1979. Referencia: BOE-A-1979-24010).

