

DERECHO A LA VIDA, ¿DERECHO A LA MUERTE?

La libre autodeterminación Personal y las imprecisas fronteras del derecho¹

Andrés OLLERO TASSARA

Catedrático de Filosofía del Derecho

1.- DERECHOS SIN SUJETO, OBJETOS CON DERECHO

Las protestas llevadas a cabo desde finales de 1989 por miembros del grupo terrorista GRAPO -para forzar al Gobierno a que pusiera fin a su política que los aislaba en centros penitenciarios diversos- acabaron provocando recursos de amparo que obligaron al Tribunal Constitucional a pronunciarse sobre posibles lesiones de derechos.

Sus sentencias analizan, en efecto, el alcance de "limitaciones a los derechos fundamentales de internos que se colocan en peligro de muerte a consecuencia de una huelga de hambre reivindicativa". No dejaban de registrar circunstancias peculiares de los casos contemplados, que impedirían generalizar las conclusiones obtenidas; se admitía, en efecto, de antemano que tales limitaciones "podrían resultar contrarias a esos derechos si se tratara de ciudadanos libres o incluso internos que se encuentran en situaciones distintas"². Ello no evita, sin embargo,

¹ Ponencia presentada dentro del ciclo sobre "El libre desarrollo de la personalidad en el ordenamiento jurídico español", organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá de Henares y la Fundación para el Análisis y los Estudios Sociales (FAES), en la Facultad de Derecho de la U.A.H. el día 6 de mayo de 1993.

² STC 120/1990 de 27 de junio, F.6 -"BJC" 1990 (111) pág. 157. La afirmación se reitera en las SSTC 137/1990 de 19 de julio, F.4 -ibidem, pág. 240- y 11/1991 de 17 de enero, F.2 -"BJC" 1991 (118) pág. 93-. que continúan esta línea doctrinal, con variantes circunstanciales en el último caso. El "podrían" utilizado crea graves problemas a A. RUIZ MIGUEL Autonomía individual y derecho a la propia vida (Un análisis filosófico-jurídico) "Revista Centro Estudios Constitucionales" (Madrid) 1993 (14) págs. 135-165, especialmente 141 y 164-165-, quizá por olvidar que la prudencia obliga a que los pronunciamientos en recursos de amparo revistan un tenor obligadamente restrictivo -según resaltan las dos primeras sentencias; ibidem, págs. 156 y 239-, sin perjuicio de que ello pueda además resultar para el Tribunal confortable ante problemas cuya complejidad el mismo autor reconoce en las líneas finales de su interesante trabajo. En realidad, el Tribunal no reconoce a los ciudadanos en libertad más derecho a morir que a los reclusos; no va mucho más allá de recordar al buen entendedor, con indisimulado alivio, que se acoge a su peculiar "derecho a no declarar" en tales circunstancias. También el Magistrado M. RODRIGUEZ PIÑERO hace decir al texto más de que los que sus autores se muestran dispuestos, al afirmar que la sentencia "reconoce" que la alimentación forzosa "no sería lícita 'si se tratara de ciudadanos libres o incluso de internos que se encuentren en situaciones distintas'" -en su voto particular a la STC 137/1990 de 19 de julio, que no reitera en las siguientes; BJC" 1990 (111) pág. 160.

que los pronunciamientos del Tribunal sobre la vida, la muerte y la consideración jurídica que ambas puedan merecer como consecuencia de la libre autodeterminación de un sujeto, alcancen notable relevancia.

El fondo del debate exige abordar, por una parte, cuál es el alcance de la legítima intervención de los poderes públicos en la esfera de la autonomía personal; por otra, precisar -como límite o contrapeso de lo anterior- en qué condiciones el juego de la libre autodeterminación individual se convierte propiamente en derecho.

Sobre el primer aspecto planea la sombra del llamado "*paternalismo*" estatal, traducido en una invasión de derechos individuales, llevada a cabo -para mayor mérito- en supuesto beneficio, directo o indirecto, de quien ha de soportarla. Sobre el segundo, la opción entre una concepción de los *derechos* emparentada con el voluntarismo individualista -que remite al *contractualismo* como único posible fundamento de cualquier condicionamiento de la libertad- o bien una concepción coexistencial³ de los derechos, que los considera delimitados por las exigencias de una solidaria paridad humana previa a cualquier autodeterminación individual.

El voluntarismo individualista lleva a considerar como "derechos" todas las manifestaciones de la libre autodeterminación de la voluntad que no lesionen expresamente el marco contractual de convivencia positivamente establecido para hacer posible la propia libertad. Los derechos serían meras pretensiones no prohibidas⁴ o -de utilizarse el término con particular contundencia- no susceptibles de prohibición. Desde esa lógica no resulta extraño que llegue a plantearse la posible existencia de un derecho a la muerte, de no contarse con fundamento para prohibir que cada cual pueda, en cualquier momento, determinar libremente si prefiere seguir vivo o morir. Si el Estado se arrogara la facultad de prohibirlo estaría incurriendo en abusivo "paternalismo", salvo que fundara su actuación en razones aún más dignas de atención que la libertad misma.

³ Al respecto. S. COTTA la coesistenza come fondamento ontologico del diritto incluido como apéndice en su obra Giustificazione e obbligatorietà delle norme Milano, Giuffrè, 1981, págs. 137-152, especialmente 150 y ss. De los problemas suscitados por el "paternalismo" se viene ocupando, entre nosotros, G. DIAZ PINTOS ya desde su trabajo El derecho de autonomía individual en la filosofía moral de John Stuart Mill realizado en la Universidad de Nueva York en 1989 (cfr. págs. 71-75 del original) y más tarde su Autonomía y paternalismo Cuenca, Universidad de Castilla-La Mancha 1993.

⁴ Nos serviremos en nuestra exposición de la doctrina de T. HOBBS como arquetipo y matriz de esta diversificada línea de pensamiento. Para él, "aunque quienes se ocupan de estas cuestiones acostumbran a confundir ius y lex, derecho y ley, precisa distinguir estos términos, porque el derecho consiste en la libertad de hacer o de omitir, mientras la ley determina y obliga a una de esas dos cosas. Así la ley y el derecho difieren tanto como la obligación y la libertad, que son incompatibles cuando se refieren a una misma materia" Leviathan I, 14 <64>, (trad. de M. SANCHEZ SARTO, Puerto Rico, Editorial Universitaria, 1968, pág. 113).

Para negar ese presunto derecho a la muerte, el Tribunal Constitucional recupera anteriores pronunciamientos sobre la obligada protección de la vida humana, surgidos en relación a un problema notablemente diverso: el aborto. Como la del no nacido, la vida de los reclusos en huelga de hambre podría justificar una intervención protectora de derechos por parte del Estado "frente a los ataques de terceros, sin contar para ello con la voluntad de sus titulares e incluso cuando ni siquiera quepa hablar, en rigor, de titulares de ese derecho"⁵.

De la curiosa figura de los derechos sin sujeto ya nos hemos ocupado en otra ocasión⁶. Rompen de manera drástica la correlación individualista entre libre autodeterminación de la voluntad y derecho, al admitir la posible existencia de derechos sin voluntad identificable que les sirva de fundamento. Producida tan llamativa desconexión, el Estado puede actuar en defensa de unos derechos que no tienen, en rigor, titular alguno...

En la polémica sobre el aborto se pretendía con ello extender la protección jurídica a un ser humano al que se le había negado -con indisimulable mala conciencia- el status de persona; se arbitrará así una atípica tutela sobre un ser impersonal, sustituyendo el estado con su voluntad la de aquél a quien jurídicamente no se le reconocía siquiera la posibilidad de tenerla. Acrobáticamente, sin duda, la correlación voluntad-derecho se acababa a fin de cuentas manteniendo. Ahora -en la tercera de las sentencias de esta segunda serie- el Ministerio Fiscal llega incluso a plantear la defensa de un derecho a la vida en contra de la voluntad de su propio titular, convertido en agresor de sí mismo⁷.

El rechazo de un posible derecho a la muerte, pese a la voluntad expresada al respecto, nos sitúa ante *sujetos sin derecho*. Negada la correlación misma entre voluntad y derecho, resultará obligado replantear cual sea el efectivo fundamento

⁵ STC 120/1990 de 27 de junio, F.7, remitiendo entre paréntesis a la STC 53/1985 -"BJC" 1990 (111) pág. 157. Idéntica afirmación y remisión se mantendrá en las dos sentencias que continúan esta línea doctrinal: la STC 137/1990 de 19 de julio, F.5 -ibidem, pág. 240- y la STC 11/1991 de 17 de enero, F.2 -"BJC" 1991 (118) pág. 93.

⁶ Al analizar otros aspectos de estas dos series de sentencias en nuestro trabajo Todos tienen derecho a la vida. ¿Hacia un concepto constitucional de persona?, incluido también en Derecho a la vida y derecho a la muerte Madrid, Rialp, 1994.

⁷ El Abogado del Estado hace notar impasible que "se pide, pues, la protección de unos derechos contra la voluntad de su titular individual" y el Ministerio Fiscal no duda en recordar que del derecho a la vida "se deriva el deber de los poderes públicos de adoptar las medidas necesarias para proteger los bienes inherentes a ese derecho fundamental de los ataques de terceros o de los propios titulares" -STC 11/1991 de 17 de enero A.8 y 9; "BJC" 1991 (118) págs. 90 y 91. Para F. LAPORTA nos encontraríamos ante las consecuencias del carácter "irrenunciable" de determinados derechos humanos básicos, expresivos de bienes de tal importancia para el individuo como para imponer obligaciones, no sólo a todos los demás, sino a él mismo -Sobre el concepto de derechos humanos "Doxa" (Alicante) 1987 (4) págs. 23-46, especialmente pág. 43. Esto obligaría a corregir el voluntarismo individualista, "porque no hay libertad para tener o no tener derechos básicos, aunque algunos derechos básicos consistan en tener una libertad"; "en cuanto son inalienables, se le adscriben al individuo al margen de su consentimiento, o contra él, y se le inmuniza moralmente incluso frente a su propia voluntad" -ibidem, pág. 44.

de esta última preciada categoría. Las alegaciones de los GRAPO apelan inequívocamente a su libre autodeterminación personal como generadora de derechos. “El Estado debe garantizar el valor superior de la libertad (art. 1.1 CE), en cuanto “autonomía del individuo para elegir entre las diversas opciones vitales que se le presenten, de acuerdo con sus propios intereses y preferencias”⁸.

La protección de estos llamativos derechos sin sujeto empujaban a admitir como fundamento alternativo la existencia de objetos con derecho, a no ser que se plantee una concepción del derecho diversa de la marcada por la correlación voluntad-derecho: la que entiende al derecho no como capacidad de actuar, a la vez residual y garantizada -en cuanto autonomía de la voluntad individual no cercenada por el Estado- sino como realidad coexistencial, jurídicamente previa a los derechos o facultades individuales que en ella puedan encontrar fundamento⁹.

El Tribunal opta por afirmar que, frente a los derechos alegados, y tratándose de “presos declarados en huelga de hambre reivindicativa cuya finalidad no es la pérdida de la vida”, la asistencia médica obligatoria vendría justificada por la preservación de bienes como “el de la vida que, en su dimensión objetiva, es ‘un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional’ y ‘supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible’”¹⁰.

Por una parte, dictamina repetidamente¹¹ sobre la finalidad que los reclusos persiguen o dejan de perseguir, lo que implica no escaso “paternalismo”. Por otra, a estos sujetos -y a sus discutidos derechos- se les contraponen objetos tan buenos o valiosos (“bienes jurídicos” o “valores”) como para justificar límites a su libertad. La libre autodeterminación personal no sólo habría, pues, de

⁸ STC 120/1990 de 27 de junio, A.5 -“BJC” 1990 (111) pág. 151. El mismo Antecedente se recoge con idéntica numeración en la STC 137/1990 de 19 de julio -ibidem, pág. 245. La frase citada en ambos casos corresponde llamativamente al F.6 de la STC 132/1989, que analiza la constitucionalidad de la afiliación obligatoria de los profesionales de la agricultura prevista en la Ley del Parlamento de Cataluña sobre Cámaras Agrarias.

⁹ De esta fundamentación de los derechos nos hemos ocupado con anterioridad en dos sucesivas publicaciones: Cómo tomarse los derechos humanos con filosofía y Para una teoría “jurídica” de los derechos humanos incluidas luego en el volumen Derechos humanos y metodología jurídica Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, págs. 127-168.

¹⁰ STC 120/1990 de 27 de junio, F.8 -“BJC” 1990 (111) pág. 158 -remitiendo de nuevo a la STC 53/1985 en el segundo de los párrafos citados, como hará la STC 137/1990 de 19 de julio, F.6, que lo reitera -ibidem, pág. 241.

¹¹ Aparte de en los textos citados, en otros pasajes el Tribunal afirma que puede ser “la muerte de los recurrentes consecuencia de su protesta reivindicativa, pero no un resultado directamente deseado que permitiese hablar, en el caso de que existiese, de ejercicio del derecho fundamental a la propia muerte” -STC 120/1990 de 27 de junio, F.7 (“BJC” 1990 (111) pág. 157); textualmente repetido en la STC 137/1990 de 19 de julio, citando a la primera, otro párrafo incluido en ambas: “tampoco podría apreciarse que, en el caso contemplado se produce vulneración de ese pretendido derecho a disponer de la propia vida, puesto que el riesgo de perderla que han asumido no tiene por finalidad causarse la muerte, sino la modificación de una decisión de política penitenciaria que tratan de obtener incluso a expensas de su vida” -F.2; “BJC” 1991 (118) pág. 93.

soportar las limitaciones asumidas por vía contractual (expresa o tácita, privada o pública -"contrato social"-) sino que se podría ver, además, condicionada por estos objetos cuyo derrotero -a falta de tripulante conocido- podría acabar siendo inevitablemente determinado por el Estado. Derechos subjetivos y valores objetivos parecen abrir un poco pacífico dilema, al actuar los segundos no como fundamento sino como freno de los primeros.

No ahorran tampoco los recurrentes, como expresión y refuerzo de su libre autodeterminación personal, alusiones a la libertad ideológica y a la intimidad o privacidad. "En el marco de un Estado social y democrático de Derecho, la interpretación armónica de los artículos 16.1 y 17.1 CE permite deducir que ha de respetarse a todo ciudadano su personal código de opiniones, creencias, valores y objetivos vitales de que se trate. De este modo, la actuación estatal o de terceros en la esfera más íntima del sujeto, interfiriendo coactivamente en su actitud frente a su propia vida (...) implicaría negar al hombre todo poder configurador de su vida y de su muerte"¹².

Nos hallamos ante el reducto más sólido a que puede apelar el voluntarismo individualista. Si por derecho se entiende una zona de exclusión legítima en la dura confrontación con los otros (los "terceros") y con el otro por excelencia (el Estado), ninguna menos discutible que la del libre pensamiento o la intimidad. El derecho aparece blandido instrumentalmente por el individuo frente a quienes pretenden limitar su voluntad¹³; más que desvelarse como una dimensión realmente autónoma, capaz -por una parte- de distinguir entre arbitrarias pretensiones individuales y derechos de la persona, y de ofrecer -por otra- fundamentos para condicionar la intervención estatal, dando paso -más allá del tópico- a un real *Estado de Derecho*...

2. CONDUCTAS NO PROHIBIDAS Y DERECHOS

El planteamiento de un posible *derecho a la muerte* alumbrará nuevos elementos ilustradores del mapa -más complejo de lo imaginable- en que se sitúan libre autodeterminación de la voluntad y derechos. Junto a la anterior distinción entre bienes y derechos -capaces ambos de condicionar la libertad- se abre ahora todo un abanico gradual de posibles manifestaciones del despliegue de la libertad: meros actos no prohibidos, derechos subjetivos, derechos fundamentales...

¹² STC 120/1990 de 27 de junio, A.5 -"BJC" 1990 (111) pág. 11. Reiteradas en idéntico Antecedente de la STC 137/1990 de 19 de julio -ibidem, págs. 235-236. La posible violación de la intimidad corporal resultará igualmente rechazada por el Tribunal -F.12 de la primera STC citada y F.10 de la segunda; ibidem, págs. 160 y 243.

¹³ "El derecho de naturaleza, lo que los escritores llaman comúnmente *ius naturale*, es la libertad que cada hombre tiene de usar su propio poder como quiera, para la conservación de su propia naturaleza, es decir, de su propia vida; y por consiguiente, para hacer todo aquello que su propio juicio y razón considera como los medios más aptos para lograr ese fin" -T. HOBBS *Leviathan* I, 14 <64> (cit. en nota 4, pág. 113).

Ya vimos que, para el voluntarismo individualista, no es fácil distinguir entre actos no prohibidos y derechos, ya que por éstos se entiende las cuotas residuales de libertad con que se cuenta, una vez que el Estado ha expropiado todo lo que el mantenimiento de la paz social exija¹⁴. De la convicción de que todo lo no legalmente prohibido está permitido se pasa a una consecuencia extrema: tenemos derecho a hacerlo¹⁵. Podríamos, por tanto, acudir al ordenamiento jurídico para vernos libres de quien pretenda obstaculizar nuestra opción.

La alusión del Tribunal a la vida -que aparece esta vez como derecho y no como bien mostrenco, porque ahora sí tiene titular... -ejemplifica el cambio operado en el antes neto enlace entre libre voluntad y derecho. Del derecho como libertad no perturbada pasamos al derecho como libertad protegida, aun a costa de más de una perturbación... "Tiene el derecho a la vida un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte"¹⁶.

El derecho, entendido como ámbito de juego incondicionado de la autonomía individual -capaz de justificar una reacción defensiva frente a cualquier intento de interferir en la libre autodeterminación de su voluntad- encontraría en la posibilidad de disponer sin límite de la propia vida una expresión arquetípica. No es extraño que el derecho a la muerte resulte difícilmente asimilable por planteamientos que desborden el individualismo ¿Qué muestra radical de altruismo se ha resaltado más, como ejemplo social de solidaridad, que la del sufrido servidor del orden que -poniendo quizá en peligro la propia vida- se esfuerza por salvar la de quien intenta el suicidio?¹⁷.

La "protección positiva" de la vida, parecía diseñada para permitir a su sujeto ir más allá del alcance fáctico de su libertad, al contar con el apoyo adicional del ordenamiento jurídico; por el contrario, en este caso se traducirá paradójicamente

¹⁴ "La libertad natural es un derecho que las leyes han dejado subsistir más bien que establecido. (...) Las leyes civiles restringen lo que ha subsistido (de la restricción de la ley natural y divina) (...). Por consiguiente, hay mucha diferencia entre la ley y el derecho; la ley es un vínculo, el derecho una libertad, y difieren como contrarios" -T. HOBBS De Cive XIV, 3; (trad. de A. CATRYSE, Caracas, 1966, con una introducción de N. BOBBIO, pág. 220).

¹⁵ Lo característico de las teorías voluntaristas sería que en ellas "lo que se subraya es el poder o discreción del titular de los derechos, de modo que el derecho viene a ser un poder de la voluntad. Estas teorías podríamos remontarlas al menos hasta Hobbes", para el que "tener un derecho no es tener una obligación" -J.M. ROJO SANZ Los derechos morales en el pensamiento anglosajón "Anuario de derechos humanos" (Madrid) 1988-89 (5) págs. 233 y 235.

¹⁶ STC 120/1990 de 27 de junio, F.7 -"BJC" 1990 (111) pág. 157. Afirmación reiterada en la STC 137/1990 de 19 de julio, F.5 -ibidem, pág. 240- y en la STC 11/1991 de 17 de enero, F.2 -"BJC" 1991 (118) pág. 93.

¹⁷ Tampoco tendría mucho sentido penar a un ciudadano por cooperar en el ejercicio de un derecho ajeno o estimular a su puesta en práctica. El Ministerio Fiscal no deja de aludir reiteradamente a la penalización del auxilio o inducción al suicidio como un argumento significativo de la inexistencia de un derecho a la muerte -A.10 de la STC 120/1990 de 27 de junio ("BJC" 1990 (111) pág. 154) y de la STC 137/1990 de 19 de julio (ibidem, pág. 238).

en obstáculo a su libre autodeterminación, por entenderse que el sujeto pretende ir demasiado lejos.

No tenemos derecho a hacer todo lo no prohibido. El Tribunal -con ocasión o excusa de la auto-restricción exigible al abordar recursos de amparo- se cuida de no acercarse al polémico ámbito de la eutanasia o "cooperación al suicidio", por utilizar la intencionada terminología del proyecto de nuevo Código Penal. Ciñéndose a las huelgas de hambre, admite que, "siendo la vida un bien de la persona que se integra en el círculo de su libertad, pueda aquélla fácticamente disponer sobre su propia muerte", pero sólo como "una manifestación del 'agere licere', en cuanto que la privación de la vida propia o la aceptación de la propia muerte es un acto que la ley no prohíbe"¹⁸.

Se rompe, pues, la identificación entre conductas no prohibidas y derechos. No nos encontraríamos ante "un derecho subjetivo que implique la posibilidad de movilizar el apoyo del poder público para vencer la resistencia a la voluntad de morir, ni, mucho menos, un derecho subjetivo de carácter fundamental en el que esa posibilidad se extienda incluso frente a la resistencia del legislador, que no puede reducir el contenido esencial del derecho". La consecuencia es clara: "no es posible admitir que la Constitución garantice en su artículo 15 el derecho a la propia muerte"¹⁹.

Surge la curiosidad por conocer qué elementos irán marcando esta sucesiva frontera: qué entenderemos por disponer fácticamente sobre la propia muerte; si la mera no prohibición implica en todos los casos un actuar lícito jurídicamente inobjetable; cuándo una pretensión individual se transforma en derecho subjetivo, capaz de ser esgrimido contra terceros, y cuándo en derecho fundamental, oponible incluso frente a los poderes públicos. La misma sentencia ofrecerá algunas pistas al respecto.

El individualismo se muestra doblemente exigente a la hora de admitir recortes a la autonomía de la voluntad: precisión en el alcance de las limitaciones e inequívoca legitimación formal de quien las impone. La ley se convierte, por su constancia escrita y su vinculación a la soberanía política, en instrumento privilegiado al respecto. Todo lo no legalmente prohibido habría de entenderse como lícito despliegue de la voluntad y por tanto como "derecho", capaz de provocar la inhibición ajena y de exigir garantías al respecto.

¹⁸ Continuando en las tres sentencias el último pasaje citado.

¹⁹ Ibidem. A diferencia de la STC 137/1990 de 19 de julio, la 11/1991 de 17 de enero, F.2, insistirá ya sólo en la primera de estas afirmaciones -"BJC" 1991 (118) pág. 93. En su voto particular, el Magistrado J. LEGUINA VILLA admite que "el derecho a la vida no puede ser confundido con un pretendido derecho a morir o a decidir sobre la propia muerte. Pero ello no significa que no se tenga derecho (...) a que nadie que no sea uno mismo decida e imponga coactivamente lo que haya de hacerse para conservar la salud, seguir viviendo o escapar al peligro de muerte; ni excluye el derecho a rechazar la ayuda a la asistencia sanitaria que ni desea ni se ha solicitado" -"BJC" 1990 (111), pág. 161.

Superado el individualismo, la voluntad deberá -al autodeterminarse- respetar mayores condicionamientos. No todo acto no legalmente prohibido podrá considerarse jurídicamente inobjetable. El Tribunal entiende que para delimitar el actuar lícito será preciso además atender a “la relevancia jurídica que tiene la finalidad que persigue el acto de libertad”, sea el de oponerse a la asistencia médica o cualquier otro, “puesto que no es lo mismo usar la libertad para conseguir fines lícitos que hacerlo con objetivos no amparados por la ley”²⁰.

El giro introducido puede resultar excesivo. De la pretensión individualista de entender como lícito todo lo no legalmente prohibido se pasa al otro extremo: considerar como tal sólo lo que persigue un objetivo expresamente amparado por la ley. Más lógico habría sido excluir sólo los objetivos expresamente reprobados por la ley, o reconocer sin más que es vana la pretensión de que el texto legal, y sólo él, pueda cumplir la función delimitadora de lo jurídico²¹. El afán de precisión propio del voluntarismo individualista, sea cual sea la valoración ética que merezca, resulta en la práctica simplemente inviable.

Valorar jurídicamente la libertad, analizando la finalidad perseguida, supone en todo caso romper abiertamente con el voluntarismo individualista²². No cabrá ya una incondicionada autodeterminación personal dentro de esos espacios-reducidos o no- a los que la ley haya renunciado a afectar; aun dentro de la esfera de lo no prohibido, el fin que determina a actuar podrá ser decisivo a la hora de considerar si nos hallamos o no ante un comportamiento jurídico. Queda sin respuesta cual será el fundamento objetivo para discernir entre fines jurídicos y no jurídicos, así como la instancia competente para efectuar tan comprometido deslinde.

El Tribunal, tras insistir en que “la decisión de arrostrar la propia muerte no es un derecho, sino simplemente manifestación de libertad”, convierte en factor relevante su posible repercusión sobre terceros. Lejos del individualismo, la presencia del otro se convierte en decisiva para que podamos considerarnos en terreno jurídico. Comportarse jurídicamente será un modo particular de convivir, más que la garantizada posibilidad de aislarse ante la presencia de un vecino perturbador.

²⁰ STC 120/1990 de 27 de junio, F.7 -“BJC” 1990 (111) pág. 157. Reiterado en la STC 137/1990 de 19 de julio, F.5 -ibidem, pág. 241.

²¹ De hecho, la propia sentencia está haciendo inevitable un pronunciamiento judicial al respecto, que hace resaltar al Magistrado M. RODRIGUEZ PIÑERO “la dificultad de valoración de la legitimidad del objetivo perseguido”; añade, por otra parte, que, “por su propia lógica, la huelga de hambre persigue objetivos que no pueden obtenerse normalmente a través de las vías judiciales”, por lo que teme que, más que ponderar salud y vida con otros bienes institucionales, se acabe sometiendo a juicio “la reivindicación misma perseguida” -en el punto 3. de su voto particular a la STC 129/1990 (“BJC” 1990 (111) pág. 161), que no reitera en las siguientes.

²² De ello da fe la dificultad que experimenta A. RUIZ MIGUEL a la hora de intentar entender la calificación del dejarse morir como “agere licere” llevada a cabo por el Tribunal; donde éste ve un mero obrar no prohibido él constata una “licitud jurídica” -Autonomía de la voluntad y derecho a la propia vida (cit. en nota 2), pág. 156.

El tufillo de "paternalismo" reaparece, porque el vecino que al Tribunal preocupa es -quizá sólo en este caso...- un tercero peculiar: "una cosa es la decisión de quien asume el riesgo de morir en un acto de voluntad que sólo a él afecta" y "cosa bien distinta es la decisión de quienes, hallándose en el seno de una relación especial penitenciaria, arriesgan su vida con el fin de conseguir que la Administración deje de ejercer o ejerza de distinta forma potestades que le confiere el ordenamiento jurídico". Con ello se situaría "al Estado, en forma arbitraria, ante el injusto de modificar una decisión, que es legítima mientras no sea judicialmente anulada, o contemplar pasivamente la muerte de las personas que están bajo su custodia y cuya vida está legalmente obligado a preservar y proteger"²³.

El ejercicio de potestades legítimas por parte de la Administración prevalece, pues, sobre la libertad de (que no derecho a...) morir del recluso. No faltarán, sin embargo, votos particulares que exijan un rango peculiar a cualquier control teleológico de la libre autodeterminación personal: no estando en juego "bienes o valores constitucionales que sea necesario preservar a toda cosa, ninguna relación de supremacía especial -tampoco la penitenciaria- puede justificar una coacción", que "afecta al núcleo esencial de la libertad personal y de la autonomía de la voluntad del individuo"²⁴, al prestarle forzosamente la asistencia sanitaria que había rechazado.

Al llegar aquí el discurso del Tribunal se hace menos nítido. ¿Es la privilegiada protección de la vida humana la que ha de llevar al Estado a defenderla incluso frente a la voluntaria autodeterminación de su titular, o es el hecho de que ésta se dirija contra unas prerrogativas legítimas de la Administración lo decisivo?.

Lo primero llevaría, por ejemplo, a entender que es deber jurídico -y no ocasional rasgo filantrópico- del servidor público evitar en nombre del Estado todo intento de suicidio. La respuesta del Tribunal -no precisamente cristalina- permite pensar que predomina el segundo supuesto. Al afirmar que el conflicto "esencialmente se produce entre el *supuesto derecho* de los huelguistas al ejercicio de su derecho de libertad hasta el extremo, incluso de ocasionar su propia muerte, sin injerencia ajena alguna, y el *derecho-deber* de la Administración penitenciaria de velar por la vida y salud de los internos sometidos a su custodia"²⁵, no llega a resultar del todo convincente ni siquiera para todos sus integrantes.

²³ STC 120/1990 de 27 de junio, F.7 -"BJC" 1990 (111) pág. 157. Reiterado por la STC 137/1990 de 19 de julio, F.5 -ibidem, pág. 241.

²⁴ El del Magistrado Jesús LEGUINA VILLA -STC 120/1990 de 27 de junio; "BJC" 1990 (111) pág. 161. El Tribunal admite que sólo "la protección de derechos o valores constitucionalmente reconocidos" permite limitar el derecho a la integridad física y moral -F.8 (ibidem, pág. 157-58), reproducido en parte en el F.6 de la STC 13/1990 de 19 de julio (ibidem, pág. 241). La discrepancia surge en torno a la posibilidad de considerar como límite el derecho a la vida en contra de la voluntad de su propio titular.

²⁵ STC 129/1990 de 27 de junio, F.6 -"BJC" 1990 (111) pág. 156-, reiterada luego por la STC 137/1990 d 17 de enero -ibidem, pág. 240. Subrayados nuestros.

En uno de los votos particulares, que considera indiscutible el derecho de libertad de los huelguistas, se critica el "paternalismo" que dicha actitud llevaría consigo. "Los reclusos que con grave riesgo para su salud y su vida, pero sin riesgo alguno para la salud de los demás, se niegan a recibir alimentos y asistencia sanitaria no son personas incapaces cuyas limitaciones hayan de ser subvenidas por los poderes públicos"²⁶. Pero la sospecha de que las competencias administrativas en juego -más que la defensa de la vida- constituyan el centro de gravedad del caso no deja de traslucirse²⁷, lo que obligará al Tribunal a rebatirlo en la primera ocasión²⁸.

A estas alturas no parece arriesgado concluir que los derechos no son el resultado mecánico de la tarea expropiadora de libertad llevada a cabo formalmente por un texto legal; no resultará, pues, extraño que su delimitación se vuelva notablemente imprecisa. En realidad un derecho sólo se llega a delimitar partiendo de una implícita teoría de la justicia, capaz de dictaminar cuándo nuestras relaciones con los otros pueden o no considerarse ajustadas. Esto explica el carácter polémico de la fijación de su alcance.

Se ha apuntado, por ejemplo, que si bien es cierto que el derecho a la vida tiene una dimensión positiva -que impide reducirlo a mera "libertad negativa" capaz de forzar la inhibición estatal- ello no le convertiría en un "derecho-deber", incompatible con la posibilidad de admitir un derecho a la muerte. El derecho a la vida sería, por el contrario, "un derecho de libre disposición en el sentido de que -a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, con el derecho a la educación- se tiene derecho a vivir o a morir"²⁹.

Queda por explicitar la teoría de la justicia en que se apoya tal afirmación. De acuerdo con ella, la educación se muestra tan vinculada a la dignidad humana como para que tal derecho se convierta en irrenunciable, prohibiéndose a su

²⁶ El Magistrado J. LEGUINA VILLA, tras dejar sentado, que "lo esencial es saber si es lícito forzar la voluntad de unas personas, libremente expresada, y coartar su libertad física para imponerle una alimentación o un tratamiento médico que rechazan" -STC 129/1990 de 27 de junio; "BJC" 1990 (111) págs. 161 y 162.

²⁷ "Ninguna relación de supremacía especial -tampoco la penitenciaria- puede justificar una coacción como la que ahora se denuncia que, aun cuando dirigida a cuidar la salud o a salvar la vida de quienes la soportan, afecta al núcleo esencial de la libertad personal y de la autonomía de la voluntad del individuo"; nada "autoriza a utilizar la fuerza para cumplir un deber cuyos beneficios rechazan exonerando del mismo a la Administración" -voto particular del Magistrado J. LEGUINA VILLA a la citada sentencia (ibidem, pág. 161).

²⁸ "Es claro que ha sido la preservación de la vida de los recurrentes lo que ha determinado la proporcionada limitación de su derecho a la integridad física y moral" -STC 137/1990 de 19 de julio, F.6; "BJC" 1990 (111) pág. 241. El Magistrado J. LEGUINA VILLA, pese a formar en esta ocasión parte de la forzada troika de ponentes, volverá a discrepar, dando por reiterados sus argumentos (ibidem, pág. 244).

²⁹ M. ATIENZA La huelga de hambre de los GRAPO. Las razones del derecho y las decisiones jurídicas "Claves de Razón Práctica" 1990, (14) pág. 17. Interesante al respecto recordar lo apuntado más arriba sobre los derechos inalienables e irrenunciables (en nota 7).

titular prescindir de ella; sin embargo, el derecho a la vida -todo parece indicar que por mostrarse ésta aún más vinculada a la dignidad humana...- sí sería renunciable, surgiendo incluso un derecho a prescindir de ella.

El problema no se reduce, sin embargo, a la delimitación estática del alcance de un derecho. Aspectos no menos cuestionables surgirán, como veremos a continuación, al producirse -como consecuencia, por ejemplo, de medidas despenalizadoras- continuos y casi imperceptibles replanteamientos de sus pretendidas fronteras.

3.- DERECHOS SIN DEBERES, DEBERES SIN DERECHOS.

La complejidad que encierra la constatación del nacimiento de un derecho se había puesto, en efecto, ya de relieve en ocasión anterior, al frustrar el Tribunal todo intento de establecer una frontera efectiva entre despenalización y legalización del aborto.

A la hora de apreciar la existencia de derechos, tiene lugar siempre un juego axiológico subyacente. Los valores no se contraponen realmente a los derechos; no los *limitan* -"desde fuera" y a posteriori- actuando como un suplemento restrictivo que añadir al recorte ya ejercido por el texto legal. Los valores -expresados o no en un texto legal- al servir de fundamento constitutivo de los derechos *delimitan* su efectivo alcance. Marcan el campo de ajuste en la relación entre dos o más libertades, capaces de autodeterminarse, que sólo así ajustadas pueden considerarse como derechos; algo bien distinto a cercenar una libertad ya jurídica, para evitar su conflictiva colisión con otra que tampoco lo era menos.

Dentro del voluntarismo individualista -derecho es todo aquello que puedo querer, porque nadie me lo ha prohibido...- resulta lógico plantear un derecho a la muerte. El individuo se limita a constatar, de una vez por todas, el ámbito de autodeterminación que la ley le ha fijado; en efecto, ninguna le ha prohibido dejarse morir.

Tampoco una eventual despenalización parece plantear, dentro del mismo marco doctrinal, problema especial; simplemente, una norma excepcional permite ahora realizar una conducta que antes llevaba aparejada una sanción. Resulta, sin embargo, inevitable preguntarse si con ello se ha aumentado sólo el ámbito de lo que fácticamente puedo hacer, o si más bien se ha incrementado el campo de mi actuar jurídico lícito o no, incluso, si cuento en adelante con un nuevo derecho³⁰. Si se entiende por tal lo no prohibido, no hay duda de que éste último será el resultado.

³⁰ La tendencia a identificar despenalización de una conducta con nacimiento de un derecho no es infrecuente, incluso en estudios presuntamente especializados. Cabe así escribir, con aire triunfal, que el "derecho a la anticoncepción" "ha sido conquistado" al modificarse en octubre de 1978 el artículo 416 del Código Penal, despenalizando algunos de sus supuestos -J.L. IBAÑEZ GARCIA-VELASCO La despenalización del aborto voluntario en el ocaso del siglo XX Madrid, Siglo XXI, 1992, pág. 187. Bien es cierto que, páginas antes, se había considerado necesario plantear si el creciente número de abortos "no es también signo de que el aborto entra dentro del patrimonio de los derechos de la mujer" -ibidem, pág. 42-, postura que -al menos, si se aplicara a la evasión fiscal...- podría acabar revolucionando toda la ciencia penal.

Una diversa concepción del derecho -como realidad coexistencial fundante de los derechos- obligaría a cambiar el panorama. Habría que analizar si tal conducta contribuye a ajustar el conjunto de relaciones de convivencia, y por qué. En efecto, la acción siempre jurídicamente rechazable -en teoría- pero despenalizada -en la práctica- acabará afectando a terceros e incidiendo, de modo quizá imprevisto, en el mutuo juego de derechos y deberes.

En defensa del originario proyecto despenalizador del aborto -declarado luego inconstitucional por el Tribunal- se había señalado, por ejemplo, que, "con independencia de posibles discusiones de tipo valorativo, es necesario analizar el alcance del precepto impugnado, que se limita a despenalizar ciertos supuestos de aborto con carácter excepcional"³¹. No nos encontraríamos siquiera ante una manifestación de "agere licere", fronteriza con el derecho, sino ante una conducta drásticamente prohibida, aunque exenta de sanción penal; no ante una acción permitida sino simplemente no castigada.

¿Es realmente viable una mera despenalización sin consecuencias legalizadoras?³²; ¿no se producirá, en determinadas circunstancias, una inevitable transformación del mero actuar lícito en derecho con respaldo legal?. No insistiremos ahora en consideraciones sobre las consecuencias prácticas que pueden derivar de esa dimensión "pedagógica" o "normalizadora"³³, que -junto a la represiva- la norma penal lleva siempre consigo; nos mantendremos simplemente atentos a la imprecisa emergencia de un derecho en los aledaños de la ley.

La despenalización nos va a situar, por lo pronto, ante una nueva figura paradójica: la de los *derechos sin deberes*. La exclusión de una conducta de entre las prohibidas por los patrones normativos del ordenamiento penal le acaba dando patente social de normalidad; el paso del reconocimiento social de su carácter normal a la consideración como derecho puede resultar muy sutil. El propio Tribunal admite que "la vida humana en formación es un bien que constitucionalmente merece protección, pero de esta premisa no se sigue en modo alguno, que los particulares tengan al respecto otros *deberes sancionados* que el de abstenerse de aquellas conductas que la ley penal castiga"³⁴.

³¹ En las Alegaciones del Abogado del Estado que recoge la STC 53/1985 de 11 de abril, A.3,A) -"BJC" 1985 (49) pág. 526.

³² Los recurrentes -más atentos a la incidencia social de la medida- se mostraban convencidos de que el proyecto podía originar un incremento considerable de tales supuestos e incluso llevar a "legalizar en la práctica cualquier tipo de aborto" STC 53/1985 de 11 de abril, A.2,A) -"BJC" 1985 (49) pág. 525.

³³ Nos ocupamos de ello en el trabajo aludido en la nota 6.

³⁴ STC 75/1984 de 27 de junio, F.6 -"BJC" 1984 (39) pág. 965. Subrayado nuestro.

Si existían objetos con derecho (o derechos sin sujeto), se trataba, por lo que se ve, de derechos notablemente devaluados, al no contar con la obligada correspondencia simétrica de un deber que ponga freno a quien atente contra ellos, garantizando su inhibición. La conducta prohibida -pero cuya omisión no ha de considerarse jurídicamente debida- comienza a experimentar una curiosa querencia hacia su práctico reconocimiento como derecho. El intento del Tribunal Supremo de penalizar el aborto realizado por una española en el extranjero, intentando rehuir su propio ordenamiento, nos ha ofrecido la ocasión de comprobarlo.

El transfondo axiológico del juicio no será en absoluto irrelevante. No fue sólo la decidida defensa del derecho a la vida del no nacido lo que llevó al Tribunal Supremo a continuar una aventurada línea doctrinal; fue, sobre todo, su indisimulada sensibilidad ante una de las actitudes valorativas de mayor vigencia en la sociedad española: el rechazo de la desigualdad³⁵. La defensa del no nacido divide apasionadamente a los españoles, a la hora de dictaminar la justicia de determinados abortos o de cualquiera de ellos en general; la unanimidad parece, por el contrario, abrirse paso a la hora de considerar como injusticia extremadamente rechazable que sea su capacidad económica la que permita o no a unos u otros ciudadanos llevarlos a la práctica.

Recurriendo con notable pulcritud a la técnica legal, el Tribunal Constitucional no encontró precepto alguno que permitiera fundar la sanción de un aborto fuera de nuestro país, en perjuicio de quien aún no podía ser español, por no ser siquiera considerado persona. En tales circunstancias, no cabía desconocer a ningún ciudadano el “derecho a no ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito”³⁶. Aunque la conducta abortiva siga sin verse incluida dentro del inocuo ámbito del “agere licere”, la imposibilidad de imponer al actor una pena le reconoce ya por un concepto, al menos, honores de *derecho*: el de *no ser condenado*.

Bien pronto, el carácter inevitable de la querencia legalizadora de lo despenalizado roza la paradoja. La alimentará, precisamente, el mismo afán del Tribunal de garantizar la protección de la vida del no nacido. Partiendo de que “un derecho o valor fundamental quedaría vacío de no establecerse los supuestos para su defensa”, establece -en sentencia posterior- la necesidad de que “la comprobación del supuesto de hecho” terapéutico o eugenésico y la misma “realización del aborto” “se lleve a cabo en centros sanitarios públicos o privados, autorizados al efecto”³⁷.

³⁵ De ello levantó acta J. FERNÁNDEZ ENTRALGO al comentar la primera sentencia que penalizó un aborto en el extranjero, uno de cuyos considerandos pretende hacer frente a “un desasosiego claramente perceptible en nuestro entorno social, en cuanto son las clases más privilegiadas o acomodadas económicamente las que parecen tener patente de corso para llevar a cabo sus delictivos propósitos” -Aborto y extraterritorialidad: el “turismo abortivo”. (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1980 “Poder Judicial” 1983 (8) págs. 23-46, especialmente pág. 25.

³⁶ STC 75/1984 de 27 de junio, F.6 in fine -“BJC” 1984 (39) pág. 965.

³⁷ STC 53/1985 de 11 de abril, F.4 in fine y 12 -“BJC” 1985 (49) págs. 532 y 535.

Será un Magistrado discrepante quien llame con acierto la atención sobre un novedoso fenómeno: "los supuestos excepcionales de no punición del aborto se transforman en situaciones que permiten la obtención de una autorización para abortar"³⁸. La agudeza es de alabar, pero no resulta fácil imaginar cómo podría ser otro el resultado. El dilema se impone inevitable: o bien se renuncia a la protección efectiva de un bien constitucionalmente valioso, dejándolo indefenso ante conductas consideradas jurídicamente rechazables, pero que -exentas de sanción penal- confieren a sus autores, al menos, el derecho a no ser condenados; o bien se protege efectivamente dicho bien, convirtiendo paradójicamente lo que era mera conducta no sancionable en conducta conforme a ley, por lo que cada vez resultará más difícil negarle rango práctico de derecho subjetivo. El inconstitucional derecho al aborto está a punto de verse por vez primera -siquiera implícitamente- reconocido por un Tribunal: El Constitucional.

Pero la bola de nieve seguirá engrosando. El derecho a no ser condenado, por realizar de hecho -sin ejercitar derecho alguno- una conducta no penada, no afectará sólo al sujeto. De poco le serviría a éste la excepción creada -salvo que se le condene al aborto clandestino- si no va acompañada del derecho a que tampoco sean condenados los que le ayuden a llevarla a la práctica. La regulación legal de una conducta siempre rechazable -pero excepcionalmente libre de sanción penal- llevará de modo inevitable a reconocer también el *derecho* a no ser condenados a los *terceros* que colaboren para hacer posible tal conducta.

La capacidad expansiva del aborto despenalizado acaba involucrando, para bien o para mal, a los médicos. Quizá incluso, como se denuncia en los votos particulares, se les están transfiriendo actividades de "comprobación de los supuestos de hecho" propias del juez³⁹. La situación se complica. No se trata sólo de que un profesional sanitario pueda colaborar en estos abortos -incluso mediando precio- sin ser penalizado; es que si tal profesional trabaja en centros sanitarios del Estado puede acabar viéndose obligado a colaborar con ellos. Si la vida del no nacido se había convertido en señalados casos en un misterioso derecho sin deber -al no llevar aparejada obligación alguna de los terceros de abstenerse de atentar contra ella- el profesional sanitario se ve ahora sujeto a un atípico *deber sin derecho*, puesto que nuestro ordenamiento sigue sin reconocer la existencia de un derecho al aborto capaz de servirle de fundamento.

³⁷ STC 53/1985 de 11 de abril, F.4 in fine y 12 ."BJC" 1985 (49) págs. 532 y 535.

³⁸ En clave crítica, en el voto particular de Francisco RUBIO LLORENTE a la STC 53/1985 de 11 de abril ."BJC" 1985 (49) pág. 542; así como en el de Luis DIEZ PICAZO, para el que "se está pasando sensiblemente del terreno del Código Penal a una hipotética Ley de legalización o liberalización que aquí no se ha producido" -ibidem, g); pág. 538.

³⁹ Voto particular planteado a la STC 53/1985 de 11 de abril por Francisco TOMAS Y VALIENTE -5º,d); "BJC" 1985 (49) pág. 539.

Al efecto socialmente “normalizador” del aborto, que inevitablemente acompaña a la despenalización, le ha surgido un inesperado estrambote. También para determinados médicos se ha convertido en cometido *normal* -y por ende obligado- de su profesión la realización de abortos. A ningún ciudadano se le ha reconocido un derecho al aborto, puesto que sólo se ha operado la mera despenalización de algunos de sus supuestos; no obstante, ha surgido para unos terceros el deber de colaborar en su realización práctica, hasta el punto de tener que apelar a la siempre *excepcional* objeción de conciencia para substraerse de su cumplimiento. La realización del aborto -sobre la que nadie tiene un derecho reconocido- se convierte para ellos en norma, mientras su no realización les exige acogerse a la excepción.

El afán de distinguir pulcramente entre despenalización y legalización ha obligado, una vez más, a desconocer la realidad. Se trata de una experiencia que habría, sin duda, de ocupar también un lugar central en cualquier futuro riguroso debate jurídico sobre la eutanasia⁴⁰.

El intento de contraponer en el vacío autodeterminación de la voluntad individual y norma fracasa, al no encontrarse ningún Robinson Crusoe en quien ejemplificarlo. Todo parece indicar, por otra parte, que puede haber adicionales terceros implicados. Al menos así lo entienden Magistrados discrepantes, al criticar “la escasa precisión utilizada respecto a la conocida como ‘cláusula de conciencia’”, que sería “un derecho constitucional solamente del médico y demás personal sanitario al que se pretenda que actúe de una manera directa en la realización del acto abortivo”⁴¹.

La onda expansiva, sin embargo, aún no se ha detenido. Habrá que preguntarse por qué se plantea siquiera la posibilidad -o, no digamos, la rutinaria normalidad- de que esos abortos excepcionalmente carentes de sanción penal lleguen a realizarse, con empleo de fondos públicos, en centros sanitarios estatales. En teoría, una vez más, porque la defensa de la vida del no nacido que el Estado bizarramente ha asumido le obliga a controlar celosamente tal función; obligación que -sin perjuicio de que pueda autorizar

⁴⁰ A. KAUFMANN, defiende “una protección jurídica absoluta de la vida”, añadiendo que, “si se abandona, puede extenderse con demasiada rapidez una opinión que deje de ver como una excepción el sacrificio de la vida humana. A propósito del aborto, la relación de regla-excepción se ha invertido ya en Alemania (y no sólo en Alemania)”. Ello hace más sorprendente que líneas antes haya afirmado: “en los casos realmente trágicos, en los que ya no se puede soportar el ver cómo un ser humano sufre, debería quedar impune quien da muerte al enfermo atendiendo a su petición. No se trata de decir nada acerca de si tal conducta está permitida o es simplemente inculpable; únicamente, que debe decaer la pena” -¡Relativización de la protección jurídica de la vida? “Cuadernos de Política Criminal” (Madrid) 1987 (31) págs. 52 y 51.

⁴¹ Voto particular de los Magistrados Angel LATORRE SEGURA y Manuel DIEZ DE VELASCO VALLEJO a la STC 53/1985 de 11 de abril, 6º -“BJC” 1985 (49) pág. 540.

a centros ajenos- podrá cumplir con especial facilidad en los propios. En la práctica, porque la posibilidad de abortar sin verse penalizado -a la que formalmente no se reconoce siquiera rango de derecho subjetivo- cobra en realidad esa relevancia de derecho-prestación reservada a muy contados derechos fundamentales.

Con ello, lo que empezó siendo una mera conducta no penalizada se traduce ya en la posibilidad de exigir colaboración personal y cobertura financiera por parte del Estado. En efecto, sin el mínimo debate -ni jurídico⁴², ni social- el Estado ha venido asumiendo prácticamente en nuestro país la financiación de abortos, que no son siquiera legales -en teoría- sino simplemente despenalizados.

La teoría de la justicia subyacente ha vuelto a cobrar relevancia en este complejo entramado de derechos sin deber y deberes sin derecho. Si el rechazo de la desigualdad llevó en su día al Tribunal Supremo a intentar convertirse en justiciero perseguidor del aborto fuera de nuestras fronteras, es ahora esta misma actitud valorativa la que lleva tácitamente a considerar impensable que -puestos a justificar un aborto- acabe dependiendo de las posibilidades económicas de cada cual el que pueda o no llevarse a la práctica. La única objeción conocida la planteó el entonces Ministro de Sanidad, urgido por su escasez de fondos, aunque no ahorrara alguna sorprendente fundamentación jurídica, de la que nos ocuparemos más abajo.

Se ha apuntado, sin embargo, que cabría asumir en toda su hondura las consecuencias prácticas de una despenalización, si entendemos que lo que con ella se persigue es provocar un "espacio jurídicamente libre"⁴³. No se trataría de admitir, sin más, que algo está permitido porque el ordenamiento -al no establecerlo normativamente- no ha querido prohibirlo; el derecho, más bien, habría querido normarlo pero sin pronunciarse valorativamente al respecto, trasladando de este modo al ciudadano la responsabilidad de prohibírsele o permitírsele a sí mismo. Nos hallaríamos ante "un ordenamiento jurídico que opta por la libertad en una sociedad pluralista", al hacer posible "demarcar dentro del ámbito de lo normado una zona que permanece abierta a la decisión responsable -no determinada por mandatos jurídicos- del individuo, sin marginar por ello la valoración ética".

⁴² Entre los "perfeccionamientos deseables" del proyecto la incluye, con no poco doctrinalismo, el Magistrado Francisco TOMAS Y VALIENTE en su voto particular a la STC 53/1985 de 11 de abril, 5º -"BJC" 1985 (49) pág. 539.

⁴³ Traducimos así, dado el alcance que le confiere su autor, la expresión "Rechtsfreier Raum" propuesta por A. KAUFMANN en Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche Entscheidung. Dargestellt am Problem des Schwangerschaftsabbruchs publicado en 1972 e incluido luego en Strafrecht zwischen Gestern und Morgen. Ausgewählte Aufsätze und Vorträge Köln, Carl Heymanns Verlag, 1983, págs. 147-165, en concreto pág. 152. Tal espacio no incluiría relaciones que no interesen al derecho, ni ayudas de consecuencias jurídicas aunque exijan una decisión valorativa, sino relaciones que, aun siendo jurídicamente relevantes, el ordenamiento renuncia a valorar -ibidem, págs. 156-57. Una visión bien diversa del problema la aportará años después S. AMATO -cfr. nota 48).

La paradoja consiste en que renunciar a valorar es ya una decisión valorativa, no exenta de responsabilidades jurídico-políticas. Con frecuencia se urge a los jueces a que interpreten las normas teniendo en cuenta la "realidad social" del momento en que se aplican, como recoge nuestro Código Civil. Se olvida, sin embargo, con no menor frecuencia, que tal mandato exige coherentemente otro previo: que el legislador se haga a su vez responsable de las previsibles consecuencias de sus decisiones (o indecisiones) valorativas, teniendo en cuenta la "realidad social" para la que está diseñando la norma.

No es lo mismo transferir una decisión valorativa -que afecta a lo que no se duda en reconocer como vida humana- a una sociedad caracterizada por sus notables dosis de solidaridad que a otra donde el individualismo se muestre en irresistible ascenso. El problema que de modo inevitable se plantea al legislador sigue siendo el mismo: decidir (valorativamente) si la protección de la vida del no nacido forma parte de ese "mínimo ético" que reclama en todos los casos la garantía de la sanción penal o si en algunos puede dejarse, por el contrario, al albur de los fervores altruistas de unos y otros.

El panorama de nuestro país parecería, a un observador superficial, especialmente propicio para tales transferencias valorativas, dado que su notable grado de sensibilidad ante la desigualdad parece expresar unas envidiables dosis de sentimientos solidarios. No habría, sin embargo, que descartar que -bajo apariencia de solidaridad- bulla más bien una peculiar versión latina de individualismo, bien distinto del anglosajón: lo que podríamos llamar el "individualismo celoso". Su característica fundamental no sería tanto un ansia de autodeterminación personal, reacia a todo "paternalismo", sino una decidida oposición a que el vecino pueda disfrutar de dosis de individualismo mayores que las personalmente disponibles. La frontera entre la solidaridad y la envidia resultaría de difícil trazado, de confirmarse tan desenfadada hipótesis de sicología social.

4.- NO HAY DERECHOS ILIMITADOS.

El voluntarismo individualista tiende a suscribir una querencia natural de los derechos hacia lo ilimitado. Tal carácter habrían tenido los derechos en el "estado de naturaleza", previo al contrato social urdido para garantizar una pacífica subsistencia. Tenemos derecho a todo, con el solo condicionamiento de evitar una situación tan conflictiva que no nos permitiera tener derecho a nada⁴⁴. De ahí surgirá la continua tensión entre el individuo y el Estado leviatánico, de la que la polémica sobre el "paternalismo" constituye un nuevo episodio. ¿En qué grado y con qué fundamento estaría el Estado legitimado para recortar derechos naturales ilimitados?

⁴⁴ "La naturaleza dio a cada uno derecho a todas las cosas" -T. HOBBS *De Cive* I, 10 (cit. en nota 14, pág. 69). "Sin embargo, el tener un derecho común a todas las cosas no les fue nada útil a los hombres, pues en cuanto al resultado equivale casi a no haber tenido absolutamente ningún derecho" -ibidem, I, 11 (pág. 70).

La concepción coexistencial del derecho se apoya, por el contrario, en la convicción de que el hombre es -al margen de su empírica conflictividad- de natural sociable, con anterioridad a cualquier contrato al que su voluntad pudiera -autodeterminándose- consentir. Como consecuencia, todo derecho -incluidos, por supuesto, los "derechos naturales"- llevan consigo un sentido de la medida; la desmesura sería, por definición, antijurídica.

Con independencia del bullir de pretensiones individuales ilimitadas, empíricamente constatable, toda relación "personal" lleva implícito el reconocimiento del otro como un igual y, en consecuencia, la necesidad de aceptarlo como medida del propio actuar. No se daría, pues, una sucesión entre unos derechos civiles, que serían su versión estatalmente recortada⁴⁵. Todo derecho implica una conducta mesurada; lo natural y lo legal no serán sino el doble posible fundamento de esa medida, que animan a una tarea delimitadora inevitablemente abierta.

Ninguna pretensión desmesurada es derecho; no hay, pues, ni hubo derechos ilimitados. Para el voluntarismo individualista no lo será, desde luego, el derecho a la vida⁴⁶, pero tampoco verá reconocer tal alcance a la libre autodeterminación personal. Nos encontraremos siempre ante un entrecruce de libertades, capaces de las más variadas manifestaciones. Habrá que ajustar pretensiones contrapuestas, ponderando facultades y deberes, hasta contribuir a delimitar en el caso concreto el alcance de los derechos en juego. De ahí que -asuma o no un explícito protagonismo- la libre autodeterminación personal sea siempre el motor principal de este juego coexistencial.

El debate sobre la eutanasia vio frustrada su primera proyección jurídico-positiva, al pasar al limbo parlamentario -con motivo de la prematura disolución de las Cortes- el proyecto de Código Penal de 1992, debatido ya en ese punto por la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados. No se dispone tampoco de pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre el particular, por lo que habrá de ser la jurisprudencia que venimos examinando la que nos permita reflexionar sobre los límites de la libre autodeterminación personal y su relevancia a la hora de establecer la existencia y alcance de los derechos.

La polémica sobre el aborto se ofrece, una vez más, como escenario privilegiado del rechazo de cualquier derecho ilimitado. Su laboriosa ponderación entre la vida no nacida y otros derechos, tiene como transfondo antropológico

⁴⁵ "Derecho es libertad: concretamente aquella libertad que la ley civil nos deja. Pero la ley civil es una obligación y nos arrebató la libertad que nos dio la ley de naturaleza (...). En este sentido lex y ius son diferentes como obligación y libertad" T. HOBBS Leviathan II, 26 <150> (cit. en nota 4, pág. 240).

⁴⁶ "No siempre el matar a un hombre es homicidio, sino el matar a aquél a quien la ley civil prohíbe matar" -T. HOBBS De Cive VI, 16 (cit. en nota 14, pág. 136).

una concepción individualista de la libertad, según la misma argumentación de las partes, al ocuparse de las sucesivas indicaciones despenalizadoras, va poniendo de manifiesto.

El supuesto de *violación* resulta particularmente elocuente. En él se dan citados elementos contradictorios. Por una parte, la clara *ausencia* de esa *autodeterminación* indispensable, desde una perspectiva individualista, para que pueda surgir un compromiso de obligado cumplimiento. Por otra, al sobrevenir el embarazo, nos encontramos ante la plasmación fisiológica más radical del carácter asociable del ser humano: su incapacidad de nacer si no es a expensas de otro.

El respeto incondicionado a la vida surgida en tal circunstancia no será exigible, a juicio del Tribunal. No falta quien, marginando todo eufemismo, argumente que “forzar a la mujer embarazada por consecuencia de un delito a vivir perpetuamente vinculada a un hecho indeseado e indeseable es exigir más de lo que es esperable de la conducta humana normal”⁴⁷.

En realidad, el grado de vinculación de una persona a los hechos en que, muy a su pesar, pueda verse involucrada escapa de las fronteras del derecho; el ámbito más adecuado para su análisis sería el de las ciencias del comportamiento. No debe pasar, en todo caso, inadvertida la función que en el fondo pretende conferirse al *derecho*: servir de instrumento retroactivamente “*liberador*” de catástrofes fácticas capaces de abocar a la asunción de *responsabilidades no deseadas*.

No podrá, lógicamente, eliminar los hechos acaecidos, pero sí ayudar a correr un tupido velo sobre el procedimiento empleado para evitar sus consecuencias. Así, como “remedio” de las salvajes violaciones perpetradas por motivos étnicos en Bosnia no tardaron en proponerse civilizados abortos legales arbitrados al efecto. Gracias al derecho liberador de infortunios, las afectadas podrían -si las ciencias del comportamiento, como es de temer, no se empeñan en dictaminar lo contrario- borrar de su biografía tan execrable como indeseada página.

Si dejamos al margen situaciones tan excepcionales y nos adentramos en la rutina de la conducta despenalizada, el peculiar “paternalismo” que la operación lleva consigo pasa a primer plano. Sería hipócrita denunciar al Estado por su voracidad al recortar libertades individuales, ignorando a la vez su benevolencia al asumir responsabilidades personales. Se ha apuntado que no se trata sólo de liberar del hijo no deseado; la intención es más ambiciosa: se aspira a diluir a través del derecho la responsabilidad moral de la acción, para lograr así que del hecho

⁴⁷ El Abogado del Estado en sus alegaciones en defensa del originario proyecto despenalizador, recogidas en la STC 53/1985 de 11 de abril, A.3.E) y F), 4º -“BJC” 1985 (49) pág. 530.

no llegue a quedar memoria. El Estado de Bienestar se prestaría a incluir entre sus servicios la tranquilidad de conciencia; al final, para que el "aborto libre" sea realmente efectivo ha de convertirse en "aborto de Estado"⁴⁸, eliminando -con el feto- la responsabilidad de saberse guardián del otro.

Porque el problema jurídico decisivo continúa siendo si la existencia de un nuevo ser humano desborda el ámbito de los hechos -deseados o no- para situarnos ante una nueva realidad que exige protección jurídica; o si sólo cuando la existencia del ser humano ha sido deseada se produce tan relevante cambio de circunstancias. En resumen, si la *dignidad* del ser humano no nacido es propia o le vendrá dada por el posible *reconocimiento* fruto de la autodeterminación ajena.

El viejo concepto jurídico de persona recurría a una dimensión "visible" de la alteridad. El otro debía ser reconocido como tal si se mostraba capaz de subsistencia (no, ciertamente, autosuficiencia) separada durante un plazo convencional y si era posible apreciar en él rasgos humanos. El individualismo no parece ya conformarse con tan ficticias exigencias. La pregunta jurídica radical seguirá siendo: por qué (y cuándo) debo considerar al otro como igual a mí. Sólo caben dos respuestas: porque (y cuando) decido admitirlo como tal o porque su propia dignidad me obliga, ética y jurídicamente, a acogerlo.

Para el Tribunal, obligar a la mujer "a soportar las consecuencias de un acto de tal naturaleza es manifiestamente inexigible". El contractualismo derivado del voluntarismo individualista se abre paso: todo compromiso limitador de la libre autodeterminación exige consentimiento previo. Es más, "el consentimiento necesario para asumir cualquier compromiso u obligación cobra especial relieve en este caso ante un hecho de tanta trascendencia como el dar vida a un nuevo ser, vida que afectará profundamente a la suya en todos los sentidos"⁴⁹.

La cuestión clave es si la existencia de una nueva vida desborda el mero carácter fáctico de una consecuencia a "*soportar*", para dar paso a una nueva realidad humana que, por imperativos de su propia dignidad, nos veríamos jurídicamente obligados a *acoger*, al menos en el grado mínimo: renunciar a provocar su muerte.

⁴⁸ Al respecto, las sugestivas reflexiones de S. AMATO sobre la ley italiana La lógica coerenza del paradosso di una legge senza diritto: un'interpretazione della legge sull'aborto "Rivista internazionale di Filosofia del Diritto" 1980 (LVII/2) págs. 197-237, especialmente págs. 218, 222, 223, 235 y 236. No es suficiente un relativismo "agnóstico" -que reconoce la existencia de valores, pero considera imposible emitir juicios sobre ellos en lo concreto-, sino que se genera un relativismo "escéptico" que -al excluir incluso toda necesidad de juzgar- "incide activamente sobre la realidad, negando que un problema haya existido nunca" y estableciendo así una confortable indiferencia -ibidem, pág. 234.

⁴⁹ Por ello la mencionada indicación despenalizadora no puede estimarse contraria a la Constitución -STC 53/1985 de 11 de abril, F.11,b) -"BJC" 1985 (49) pág. 535.

La falta de decisión para reconocer a todo ser humano -nacido o no- la condición de persona obligó al Tribunal a rebajar a la vida del nasciturus de *derecho a bien jurídico*; ahora -al surgir el conflicto con una libertad en trance de verse gravemente comprometida- la degrada de nuevo: ya no la considera siquiera como bien, jurídico o no, sino que pasa a catalogarla como *hecho*, deseado o no. Seguirá siendo, no obstante, obvio -por muy inconciliable que resulte con un planteamiento individualista- que un hecho de tanta trascendencia como dar vida a un nuevo ser se produce con independencia del propio consentimiento; no sólo porque pueda producirse sin él -sin perder por ello trascendencia- sino porque el mero consentimiento -por reiterado y tenaz que pudiera mostrarse- no sería suficiente para producir tan trascendente resultado.

¿Cabe realmente establecer que la *libertad* sólo pueda verse jurídicamente *condicionada* en aquellas situaciones para las que se haya presentado el oportuno *consentimiento*?. Afirmativa sería la respuesta individualista, sin perjuicio de trasladar al ámbito moral la posibilidad (no jurídicamente exigible) de adoptar ante el prójimo la meritoria actitud de un buen samaritano⁵⁰. Nos encontramos, pues, frente al auténtico núcleo de la cuestión: el grado de profundidad con que la nueva vida condiciona a la de la madre, y en qué medida pueda ser esto lo que le brinde o reste trascendencia.

En este contexto, resulta coherente la apelación al artículo 17.1 de la Constitución, que reconociendo que “toda persona tiene derecho a la libertad” le brinda el oportuno amparo. En línea con el voluntarismo individualista más ortodoxo, se ha llegado a insinuar que tal precepto recogería un “derecho general a la libertad”, que “contaría con un contenido paralelo al del principio de igualdad del artículo 14”⁵¹. El Tribunal, sin embargo, rechaza tal pretensión cuando es planteada en nombre de los GRAPO en huelga de hambre. “La libertad de rechazar tratamientos terapéuticos, como manifestación de la libre autodeterminación de la persona, no puede entenderse incluida en la esfera del artículo 17.1”, porque

⁵⁰ Este será el núcleo de la polémica entre J. THOMSON y J. FINNIS -recogida por R.M. DWORKIN en *La Filosofía del Derecho* (1977) México, Fondo Cultura Económica, 1980. Para la primera, si los padres “han tomado todas las precauciones lógicas para no engendrar un hijo, sólo en razón de su relación biológica con el concebido no tienen una responsabilidad especial respecto de él” -*Defensa del aborto* ibidem, pág. 238. Para J. FINNIS, por el contrario, no se trata de que el concebido tenga derecho a reclamar grandes sacrificios, sino de que la madre tiene una responsabilidad para con él, como expresión de “un deber ordinario de toda persona hacia sus semejantes” -*Derechos e injusticias del aborto: réplica a Judith Thomson* ibidem, págs. 249-250; por lo demás, el aborto no implicaría inhibición sino una manipulación agresiva, lo que descarta toda posible analogía con buenos u óptimos samaritanos -ibidem, pág. 277.

⁵¹ No tendría el alcance meramente formal de una norma de clausura del ordenamiento, sino el de “un criterio material que afirma que la ley no debe prohibir ciertas actividades que, por formar parte esencial de la libertad personal, deben estar permitidas”. En consecuencia, habría que revisar la “razonabilidad” de cualquier limitación a la libertad y la “necesidad perentoria” de las más graves -A. RUIZ MIGUEL *Autonomía individual y derecho a la propia vida* (cit. en nota 2), págs. 148, 161 y 150.

“la libertad personal protegida por este precepto es la ‘libertad física’, la libertad frente a la detención, condena o internamiento arbitrarios” y no la “libertad general de autodeterminación individual”, que debe ser considerada como “un valor superior del ordenamiento jurídico”⁵².

Para justificar que no sea exigible acoger una nueva vida humana habría, pues, que apelar también al artículo 10 de la Constitución. Así lo hace con gran coherencia el Tribunal, para el que “la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás”⁵³. Añade, por otra parte, sin precisar demasiado las consecuencias, que “no puede ignorar el hecho obvio de la especificidad de la condición femenina y la concreción de los mencionados derechos en el ámbito de la maternidad”.

El problema seguirá, no obstante, consistiendo en establecer si la autodeterminación sobre la propia vida lleva consigo la posibilidad de determinar la ajena hasta el punto de disponer libremente de ella. Convivir día a día con un niño con graves *malformaciones congénitas* ¿no sería también exigir más de lo que es esperable de la conducta humana normal?. Sin perjuicio de que quien lo desee pueda experimentar un -para él- gratificante altruismo brindándole compañía, ¿tendría sentido exigirlo a quien no se muestre deseoso o capaz de ello?.

El Tribunal, al analizar este supuesto, no duda en aludir expresivamente al posible “sacrificio (sic) del ‘nasciturus’”. A su juicio, en tales casos “el recurso a la sanción penal entrañaría la imposición de una conducta que excede de la que normalmente es exigible a la madre y a la “familia”. Estaría, pues, justificado “eliminar la inseguridad que inevitablemente ha de angustiar a los padres acerca de la suerte del afectado por tan grave tara en el caso de que les sobreviva”⁵⁴. La opción resulta clara y no hay en ella “paternalismo” alguno. No se sugiere que se sacrifique al no nacido “por su bien”, ya que en ningún momento se disimula que lo decisivo no es su suerte futura sino la angustia que en sus padres puedan producir los pronósticos al respecto. Es a ellos, y a su libre determinación de ahorrarse tan amargo trance, a los que sin tapujos se protege.

El *deseo* se ha convertido, pues, en fundamento de la acogida al otro; aunque, precisamente por eso, más que *acoger* habría que hablar de *apropiarse*. Si los padres quieren *hacer propio* a un hijo con tales malformaciones, no sólo le permitirán con ello disfrutar del derecho a seguir viviendo -del que, de no ser

⁵² Recogido en el artículo 1.1 de la Constitución, “sólo tiene la protección del recurso de amparo en aquellas concretas manifestaciones a las que la Constitución les concede la categoría de derechos fundamentales” -STC 120/1990 de 27 de junio, F.11; “BJC” 1990 (111) pág. 159. Tal justificación es reiterada por la STC 137/1990 de 19 de julio, F.9 -ibidem, pág. 243.

⁵³ STC 53/1985 de 11 de abril, F.8 -“BJC” 1985 (49) pág. 533.

⁵⁴ STC 53/1985 de 11 de abril, F.12 y F.11,c) -“BJC” (49) pág. 535.

reconocido como persona, aún no sería titular- sino que le harán acreedor de una "atención especializada" por parte de los poderes públicos, que le "ampararán especialmente" en cumplimiento del artículo 49 de la Constitución. Si, por el contrario, los padres lo rechazan, el máximo intérprete de la misma Constitución no considerará punible su sacrificio.

Cuando -en momentos especialmente crispados de similar polémica en un país vecino- se llegó a sugerir que la justificación individualista del aborto del no nacido llevaría inevitablemente a la de la eutanasia de los ancianos⁵⁵, no faltaría quien pensara que se trataba de una extrapolación doctrinaria o una desmesura argumental, pero -con notable coherencia- se planteaba poco después la llamada "eutanasia precoz"⁵⁶ de los niños con malformaciones congénitas.

Admitida la línea argumental del Tribunal, no parece en efecto fácil encontrar razones capaces de justificar por qué, si -sólo unos meses después- se opta por el infanticidio⁵⁷, el recurso a la sanción penal haya dejado de entrañar la imposición de una conducta que excede de la que normalmente es exigible, en aquellos casos en que la familia no ha expresado un deseo de acogida⁵⁸ o incluso ha solicitado explícitamente que se deje morir al recién nacido.

⁵⁵ cfr. A. DEL NOCE In nome della laicità dovremo accettare anche l'eutanasia degli anziani "Prospettive nel mondo" 1981. (60), págs. 47-51.

⁵⁶ cfr. al respecto A. KAUFMANN Zur ethischen und strafrechtlichen Beurteilung der sogenannten "Frühheuthanasie" "Juristenzeitung" 1982 (37) págs. 481 y ss. También el volumen Soll das Baby leben? Über Frühheuthanasie und Menschenwürde Karlsruhe, Herrenalber Protokolle 75, 1991, que incluye contribuciones del mismo A. KAUFMANN y otros autores.

⁵⁷ V. MATHIEU recurre a la justificación del infanticidio como argumento "ad absurdum" contra un pretendido derecho al aborto El aborto y los fundamentos del derecho "Persona y Derecho" 1975 (II) págs. 133-144, en concreto pág. 139. M. TOOLEY, tras plantearse "qué propiedades debe tener una cosa para ser una persona, es decir, para tener derecho a la vida", no duda en justificar el infanticidio, pronosticando por lo demás positivas consecuencias sociales: dado que "la mayoría de las personas preferirían criar a niños que no sufran graves deformidades ni retrasos físicos, emocionales o intelectuales", solucionado el problema moral "la felicidad de la sociedad aumentaría de forma importante y comprensible" Aborto e infanticidio en Debate sobre el aborto (Princeton 1974) Madrid, Cátedra, 1992, págs. 76 y 72. la frontera acaba marcada precisamente por el deseo, ya que por "persona" se entenderá el yo consciente, "capaz de desear continuar existiendo como sujeto de experiencias y otros estados mentales" -ibidem, pág. 80.

⁵⁸ P. SINGER, que atribuye a razones religiosas el rechazo del infanticidio, no duda que su posible restricción ha de vincularse más al "efecto del infanticidio" sobre otros que a la injusticia intrínseca de matar a un infante"; "matar a un infante cuyos padres no quieren que muera es, por supuesto, un asunto totalmente diferente" Ética práctica (Cambridge 1979) Barcelona, Ariel, 1984, págs. 159 y 160. En el verano de 1989 intentó exponer su postura en Saarbrücken, siendo acallado con abucheos y pitos, según recuerda E. DENNINGER sólo tres años después, cuando en Alemania ya ha comenzado a justificarse el infanticidio bajo el rótulo "eutanasia precoz": Rechtsethische Anmerkungen zum Schwangerschaftsabbruch und sogenannten "Frühheuthanasie" "Kritische Justiz" 1992 (3) pág. 287.

En el fondo, el individualismo ha sustituido, en la relación con los otros, la lógica de la acogida por la de la apropiación. La presencia intrauterina del no nacido le ha convertido ya en propiedad del titular de ese cuerpo que se ha atrevido a allanar sin solicitar consentimiento alguno⁵⁹. La reivindicación de la libre disposición sobre el propio cuerpo apenas logra hacer menos “visible” el ulterior proceso de apropiación que se está llevando a cabo.

El cuerpo materno, sin embargo, se empeña en convertirse en elocuente argumento a la hora de someter a falsación el individualismo; el embarazo encierra la más expresiva contradicción al clásico planteamiento individualista del derecho de propiedad.

El individualismo entiende la propiedad como la posibilidad de disponer incondicionalmente del acervo de bienes que el Estado no haya considerado obligado expropiar para posibilitar la convivencia. La concepción coexistencial del derecho, por el contrario, empuja a considerar que esos ámbitos no son reductos más o menos amplios de insolidaridad sino que -para que puedan seguir siendo considerados derechos y no crasas pretensiones arbitrarias- han de mantenerse abiertos a una función social. Se ha llegado a hablar, desde perspectivas doctrinales equivalentes, de la existencia de una permanente “hipoteca social” que gravaría toda propiedad.

No es muy diferente la realidad que expresa un embarazo. Con la estridente consecuencia de que -hoy por hoy- tal hipoteca grava sólo al cuerpo de la mujer, rompiendo con las reivindicaciones que claman por una igualdad radical⁶⁰, en línea con el ya aludido “individualismo celoso”. Polémicas antropológicas aparte, la fisiología se muestra terca a la hora de rechazar esa hoy tópica alianza de individualismo e igualitarismo. No queda muy claro, sin embargo, si era esta circunstancia la que el Tribunal tenía en mente al aludir a la ya citada “especificidad de la condición femenina” y a las peculiaridades del “ámbito de la maternidad”.

La casuística ponderación de bienes y derechos no es, a fin de cuentas, sino expresión del continuo entrecruce de libertad y alteridad que lo jurídico lleva consigo. No es difícil detectar, en las argumentaciones justificativas de las tres

⁵⁹ La metáfora, por más que resulte pintoresca, en ningún caso podrá ser considerada original. En no muy diversos términos la emplea J.J. THOMSON en Defensa del aborto -cit. en nota 50, págs. 211-240. J. FINNIS Derechos e injusticias del aborto ibidem, págs. 278 y ss.- la rechaza: el concebido, a diferencia del violinista del cuento, tiene derecho a estar ahí, ya que su presencia no implica la infracción de deber alguno.

⁶⁰ V. MATHIEU no duda en resaltar la coherencia de la opción por el lesbianismo desde determinadas posturas “feministas” -El aborto y los fundamentos del derecho (cit. en nota 57), pág. 140. Para L. LOMBARDI-VALLAURI, nos encontramos ante un “feminismo machista” que convierte al hombre en arquetipo, lo que genera la tendencia de una “homosexualidad psicológica”; todo ello tiene como motor un “individualismo posesivo”, que encuentra en el sadismo su más nítida expresión filosófica -Abortismo libertario e sadismo Milano, Scotti Camuzzi, 1976, págs. 32 y 53, así como 36, 51 y 61.

indicaciones despenalizadoras del aborto, la omnipresencia de la libre autodeterminación personal. A pesar del trájín argumentativo, pocos seguirán ya suscribiendo que la despenalización sólo aspire a solucionar contados casos calamitosos.

En todos los conflictos entre derechos analizados el debate real ha sido si la libre autodeterminación de la voluntad justifica, en determinadas circunstancias, la posibilidad de desembarazarse del otro no deseado⁶¹. No deja de resultar lógico que así sea, ya para que un derecho tan primario como el de la vida deba ceder ante otro, éste no debe tener menos sólida consistencia que la libre autodeterminación personal, única capaz -para el individualismo- de emparentar por sí sola con la dignidad humana.

Valga recordar como síntoma que, al plantearse en nuestro país la posibilidad de incrementar el número de abortos "legales", recurriendo a un sistema de plazos o una adicional indicación despenalizadora apoyada en grave insuficiencia económica, el entonces Ministro de Sanidad -poco dado quizás a sutilezas jurídicas- no dudó en equiparar ambas hipótesis, anunciando que ninguna de las dos medidas contarían -de hacerse realidad- con financiación estatal. Tan convencido estaba de que se trataba de una mera tapadera para ampliar un inconfesado derecho al aborto a petición, que no dudó en negarse a financiar el de cualquier mujer afectada por gravísima falta de recursos económicos, mientras seguía sin plantear objeción alguna a la financiación pública del motivado por la violación de una multimillonaria...

En el club de los nacidos se ha ido imponiendo el "reservado el derecho de admisión" La solidaridad, reivindicada con fiereza para sus miembros de pleno derecho, resulta aplazada para los aún no acogidos. El Tribunal, lejos de apelar a ella para una ajustada solución del problema, constata resignadamente su ausencia para justificar la destrucción de quien pone en evidencia un problema para el que no se concibe solución. Así, en los casos de posibles malformaciones congénitas, tendrá en cuenta "la insuficiencia de prestaciones estatales y sociales que contribuyen de modo significativo a paliar en el aspecto asistencial la

⁶¹ Desde una perspectiva "feminista" se propone paradójicamente rechazar la "contraposición entre el derecho de la mujer a disponer del propio cuerpo y 'el interés de nacer del feto': no porque exista el conflicto, sino porque éste es interno al sujeto femenino, al estar enraizado en la inescindible relación de cuerpo y mente que la maternidad pone en movimiento". El resultado es elocuente: "no sólo es la mujer el único sujeto habilitado para desatar el nudo de la conflictualidad materna. Más aún: es únicamente a través de la subjetividad materna como se puede 'reconocer' al 'otro', o sea a aquel proyecto de vida tan íntimamente ligado a ella". G. ZUFFA L'autodeterminazione è un principio etico. Sul conflitto politico e morale attorno all'aborto "Reti" 1989 (5) pág. 5; traducción propia. El intento de superar el individualismo -apelando a "una libertad de ser ella misma que no se contrapone a la responsabilidad hacia el otro, sino que se carga de significado en el reconocimiento del otro"- resulta fallido, ya que la existencia misma del otro acaba dependiendo exclusivamente de un acto de autodeterminación ajeno.

situación”, pero sólo para resaltar la “situación excepcional en que se encuentran los padres”⁶² del no nacido erigiéndola paradójicamente en argumento adicional a la hora de justificar su sacrificio.

5.- EXCURSO: LA EUTANASIA, NI SE NOMBRE...

Los paralelismos entre los problemas analizados y la polémica cuestión de la eutanasia merecen, al menos, un breve excursu.

La liberalización de aborto o eutanasia presupone en ambos casos la posibilidad de disponer de una vida humana ajena. Ello implica, para empezar, la necesidad de fijar un concepto de “vida humana” capaz de convertir en inocuas medidas tan polémicas.

La cuestión resultaría, hoy por hoy, menos ardua en el problema del aborto, en el que lo que se precisa marcar con exactitud es el comienzo de la vida. Los avances científicos no permiten hoy duda razonable sobre la continuidad real existente en el proceso vital a partir de la concepción. Intentar establecer, dentro del fluir continuado de esa “vida”, fronteras artificiales capaces de conferirle o negarle categoría “humana”, es empeño notablemente arriesgado que pocos se atreven a asumir. Supone, en efecto, dar por hecho que el carácter “humano” de una vida depende de criterios ajenos a ella misma, cuya apreciación acabará inevitablemente dependiendo de la valoración que merezca a los demás. Sólo la fría aceptación de que nos encontramos ante el conflicto entre una vida indiscutiblemente humana y las exigencias de una libre autodeterminación ajena capaz de disponer indondicionadamente sobre ella permitiría abordar la cuestión con el mínimo rigor.

En la eutanasia parece partirse, por el contrario, de una sobreañadida dificultad inicial, al no encontrarse aún tan científicamente consolidada la fijación del momento en que la vida humana termina⁶³, tras haberse trasladado de la actividad respiratoria o cardíaca a la cerebral el campo considerado revelador al respecto. Aun no dando por definitivamente superado este escollo, el problema, sin embargo, continuará siendo el mismo, si se utiliza el término “eutanasia” con idéntico rigor.

La decisión sobre si una persona ha o no muerto ya sólo puede, en efecto, resultar relevante a la hora de evitar el “encarnizamiento terapéutico”, producido mediante la prolongación artificial de una vida recurriendo a medios médicamente

⁶² STC 53/1985 de 11 de abril, F.11,c) -"BJC" 1985 (49) pág. 535.

⁶³ Cfr., por ejemplo, el intento del Comité Nacional para la Bioética italiano: Definizione e accertamento della morte nell'uomo en Rapporto al Presidente del Consiglio sui primi due anni di attività del Comitato Nazionale per la Bioetica (13 luglio 1990-18 luglio 1992) Roma. Presidenza del Consiglio dei Ministri, 1992, págs. 33-36. Igualmente interesante el Parere del Comitato Nazionale per la Bioetica sulla proposta di risoluzione sull'assistenza ai pazienti terminali de 30 de abril de 1991, publicado por el mismo organismo.

desproporcionados. Estos supuestos tienen, en realidad, poco que ver con eutanasia alguna, por más que -por impericia o por falta de precisión argumental⁶⁴, involuntaria o no- se los presente a veces indebidamente como ejemplos de "eutanasia pasiva". Esta supone, muy al contrario, la provocación de la muerte de un ser humano mediante la omisión de medios médicamente proporcionados y necesarios.

Tanto esta versión "pasiva" de la eutanasia como la "activa" parten precisamente de la ausencia de toda duda sobre la existencia de vida humana. El problema volverá a consistir, como en el aborto, en la posibilidad de distinguir dentro de la continuidad final de una "vida" de existencia indudable fases que merecedoras o no de que se aprecie en ella condición "humana". Será la presencia del dolor -en la medida en que se lo considera "inhumano" o "indigno" del hombre⁶⁵ lo decisivo a la hora de marcar la frontera a partir de la cual nos encontraríamos ante una vida "sin valor"; si nos halláramos ante la simple e incondicionada autodeterminación de un individuo -inseparable de su "dignidad"- decidido a morir, habríamos abandonado el peculiar ámbito de la eutanasia para enfrentarnos, sin más, a la cooperación al suicidio.

Los problemas prácticos que se plantean son, sin duda, de más difícil solución que los teóricos. Por más que el enfermo haya mostrado su voluntad de no verse sometido a dolores insoportables, será habitualmente alguien ajeno quien -paradójicamente- acabe determinando cuándo su intensidad o duración previsible podrían razonablemente llevar a la toma en consideración de solución tan extrema. En la práctica, por tanto, -salvo en casos hipotéticos,

⁶⁴ Así ocurrió en la intervención del portavoz del Grupo Parlamentario de Izquierda Unida, al debatirse el artículo 149 del frustrado proyecto de nuevo Código Penal, afirmando que "no deben ser punibles ni la conducta del médico que interrumpe o deja de aplicar procedimientos terapéuticos tendentes a retrasar arbitrariamente el momento de la muerte; no debe ser punible la actividad médica que aplica procedimientos analgésicos que pudieran producir el efecto de un acortamiento de la vida, y no debe ser punible la provocación de la muerte a petición expresa y seria del afectado para poner fin a una situación de sufrimiento o dolor grave e irreversible o no soportable ya por el sujeto, que no pueda ser suprimida por medios distintos" -"Cortes Generales. Diario de sesiones del Congreso de los Diputados. Comisiones" 1993 (652) de 25 de marzo, pág. 19647. Se mezclan obviamente dos supuestos que no implican eutanasia alguna con un tercero que entra de lleno en la "eutanasia activa"; ejemplos de "eutanasia pasiva" serían los frecuentemente puestos en práctica en el infanticidio presentado como "eutanasia precoz", al no suministrar alimentación alguna al recién nacido. También el portavoz del Grupo Socialista había emparejado "eutanasia activa" y "encarnizamiento terapéutico", con lo que implícitamente confundía a éste con la llamada "eutanasia pasiva" -ibidem, pág. 19644.

⁶⁵ Referencias al respecto del portavoz del Grupo Popular en el aludido debate -Diario de Sesiones (cit. en nota 64), pág. 19639. El portavoz del Grupo Socialista se refirió, dentro de la "pluralidad de derechos" implicados en la "incolumidad personal", a la "integridad física, salud física y mental, derecho al bienestar corporal y físico, a que no se hagan sentir sensaciones de dolor o sufrimiento, derecho a la propia apariencia personal", excluyendo en todo caso "otorgar al individuo un derecho subjetivo portador de una plena facultad de disposición sobre su propio cuerpo" -ibidem, pág. 19644.

problemáticamente reales, en que el enfermo mantiene personalmente hasta el mismo momento de ejecutarse su muerte el control de la situación- toda eutanasia supone que una persona acaba disponiendo de una vida ajena.

En este contexto, la inversión del juego norma-excepción que toda despenalización (o reducción de las penas a lo meramente simbólico) lleva consigo supone asumir la grave responsabilidad de que con ello se abra paso la posibilidad de que acaben viéndose impunemente eliminadas vidas humanas sin contar siquiera con el consentimiento del afectado⁶⁶. Las posibilidades reales de evitar tal consecuencia nos parecen más decisivas, desde el punto de vista jurídico-penal, que el debate teórico sobre la posible justificación de excepciones muy ocasionales, acogibles al juego habitual de eximentes o atenuantes sin necesidad de incidir en los tipos normativos. Cualquier intento de abordar este último camino, garantizando con rigor la exclusión de excesos, llevaría paradójicamente -como en el aborto- a acabar legalizando sin más -bajo unas u otras condiciones, de cumplimiento más o menos problemático- la eliminación de enfermos terminales.

Desde un punto de vista ético, el abanico de posibilidades en juego no es fácilmente abarcable. Sin pretensión de exhaustividad, cabe contemplar algunos puntos de partida.

El rechazo de la posibilidad de disponer sobre una vida humana, propia o ajena, -por razones religiosas o por considerarse que la vida tiene tal valor que rebajaría su propia dignidad personal quien no se considere capaz de asumirla- llevaría a condenar la eutanasia de modo no muy distinto al suicidio (o la cooperación al mismo).

La consideración exclusiva del respeto a la propia vida como exigencia inseparable de la dignidad o autoestima personal, llevaría a rechazar por inmoral la conducta del suicida o del que solicita la muerte, pero no necesariamente al tercero que colabora a ello, que -de no aceptarse el anterior principio- podría transferir su responsabilidad a la autodeterminación personal de la víctima⁶⁷. Problemas conexos plantearía, en todo caso, la propia validez de la declaración de voluntad, dado sus efectos irreversibles que impiden toda posible

⁶⁶ Referencias al respecto de los portavoces de los Grupos Popular y de Izquierda Unida en el debate aludido Diario de Sesiones (cit. en nota 64), págs. 19640 y 19647.

⁶⁷ F. D'AGOSTINO describe la situación paradójica así creada: quien solicita la muerte "pretende que se vea en él anulada una humanidad por parte de otro, que por su parte no pretende rechazarla" Eutanasia, diritto e ideologia en Diritto e secolarizzazione Milano, Giuffrè, 1982, págs. 93-116, especialmente pág. 115. La eutanasia, como ejemplo arquetípico de "antijuridicismo", negaría la estructura misma del derecho, que ha de servir al hombre (que no es ni pura materia ni puro logos) no sólo de defensa ante los otros sino también respecto a sí mismo; de ahí que ~~haya que luchar contra la eutanasia, no en nombre de la vida sino del derecho mismo~~ -ibidem, págs. 112 y 116.

autodeterminación futura; tanto las condiciones de serena conciencia en que tal declaración se produce como su posible evolución con el transcurso del tiempo plantean problemas de notable alcance.

La consideración de que la vida propia, convertida en carga insoportable para los demás, perdería toda dignidad, podría incluso convertir en altruista la solicitud de muerte, mientras que la valoración de la conducta colaboradora oscilaría según se constate un aséptico respeto a tal voluntad o un aprovechamiento egoísta de tal circunstancia.

Si se estableciera, por último, que la vida humana no tiene más valor que el que le confiere el hecho de ser deseada por los demás, se convertiría en irrelevante la actitud de la víctima y quedaría justificada cualquier intervención sobre su vida por parte de los directamente afectados por ella.

Las decisiones jurídicas adoptables sobre el particular serán en todo caso deudas de esta previa valoración ética. El mínimo respeto a las exigencias de debate público y abierto, propio de un sistema democrático, obligarían a transparentar al máximo la postura ética que se suscribe y argumentarla con el máximo rigor.

No podemos, en los límites de este trabajo, referirnos a la doctrina jurídico-penal sobre la cuestión, que se halla en continuo aumento. Debemos limitarnos a su incidencia en los ámbitos institucionales. No es difícil observar en todos ellos una decidida voluntad de obviar el problema o, lo que resulta aún menos aceptable, de abordarlo de modo inconfesado.

Ya hemos tenido ocasión de notar el cuidadoso empeño del Tribunal Constitucional, una vez establecida la inexistencia de un derecho a la muerte, por no adentrarse en la relevancia jurídica que habría que reconocer a una eventual conducta no expresamente prohibida que llevara a disponer de la propia vida, así como la calificación que merecería la cooperación a ella.

El Gobierno se mostró aún menos transparente ya que, a la hora de presentar en 1992 el frustrado proyecto de nuevo Código Penal, optó por no mencionar siquiera el término "eutanasia". No obstante su artículo 149 -que cerraba el título que se ocupaba "del homicidio y sus formas"- tras ocuparse en sus tres primeros epígrafes de la inducción y cooperación al suicidio, añadía un cuarto⁶⁸ destinado a infrapenalizar conductas que indisimuladamente contemplaban supuestos de eutanasia, en el sentido riguroso del término.

⁶⁸ Con el siguiente texto: "El que causare o cooperare activamente con actos necesarios a la muerte de otro, por la petición expresa y seria de éste, en el caso de que la víctima sufriera una enfermedad grave que hubiera conducido necesariamente a su muerte, o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a las señaladas en los números 2 y 3 de este artículo" -que eran, respectivamente, de dos a cinco años (para la cooperación con actos necesarios) y de seis a diez años (para la ejecución de la muerte).

Aun partiendo de tan escasa nitidez terminológica, el debate giró -dentro de las intervenciones más favorables a ella- en torno a un posible conflicto de derechos, paralelo al subyacente tras las variadas indicaciones despenalizadoras del aborto. Nos encontramos, de nuevo, ante el enfrentamiento entre la protección de la vida humana, amparada -en el sentido jurídico más estricto- por el artículo 15 de nuestra Constitución, y las exigencias de la dignidad personal, meramente aludidas por el artículo 10, con la única diferencia de que -en teoría, como ya hemos apuntado...- el titular de ambos derechos en este caso coincide. Vida y dignidad⁶⁹ vuelven a marcar el núcleo central de un ámbito polémico.

6.- LOS LIMITES INTRÍNSECOS DEL DERECHO.

Retornemos, pues, a la jurisprudencia que hemos venido analizando. Es fácil detectar en ella el diverso tratamiento que merece la libre autodeterminación personal en dos diversas circunstancias. Acompañada de los penosos supuestos contemplados por las indicaciones despenalizadoras del aborto, sale con ventaja de su confrontación con un derecho tan básico y radical como el de la vida. Por el contrario, se ve subordinada al simple ejercicio de las legítimas prerrogativas de la Administración penitenciaria. La apelación del Gobierno a la defensa de la vida -de quienes se oponían expresamente a ello...- cobra aires de oportunismo falto de credibilidad, ante la "comprensiva" actitud mostrada por el Tribunal respecto a los atentados a la vida de quienes no pueden siquiera expresarse al respecto.

Excluida expresamente la existencia de un derecho a la muerte propia, no parece tan claro que se esté cerrando el paso a manifestaciones de la autodeterminación de la voluntad capaces de disponer de la vida de otro hasta configurar en la práctica un derecho a la muerte ajena⁷⁰. Ello puede explicar que persistan propuestas que aspiran a verlas reconocidas como "derechos". Derechos subjetivos -que habiliten para movilizar apoyos de los poderes públicos con que

⁶⁹ De tal contraposición arranca explícitamente el discurso del portavoz parlamentario de Izquierda Unida, que -abogando por una "interpretación integradora de vida y libertad- suscribe la afirmación de que "la vida es un derecho, no un deber" -Diario de Sesiones (cit. en pág. 64), págs. 19646-19647. Para el portavoz del Grupo Socialista "no es lo mismo matar contra la voluntad de la víctima que matar al que pide ayuda para su suicidio. Aquí el consentimiento es determinante", para añadir más tarde que "aunque la vida sea el soporte indispensable de protección en el homicidio, la dignidad de la persona ocupa un lugar que no se puede ignorar en la protección de la vida" -*ibidem*, págs. 19643 y 19645.

⁷⁰ La cuestión cobra especial significado si se la sitúa en paralelo a los supuestos de eutanasia, sobre la que se argumentaba, hace un decenio, que "no es posible en nuestro marco constitucional", porque "nadie puede disponer de un derecho fundamental ajeno, y menos del derecho a la vida, aun cuando sea por motivos humanitarios o, incluso, a petición del sujeto del derecho" -J. GARCIA MORILLO en El régimen constitucional español de J. ESTEBAN y L. LOPEZ GUERRA, hoy Magistrado Constitucional, Barcelona, Labor, 1980, pág. 143.

vencer resistencias a su ejercicio- o incluso como un derecho fundamental -tal vez “de prestación”, lo que justificaría la cobertura económica que con fondos públicos hoy se vienen prestando- capaz de impedir al legislador la penalización de su ejercicio, en todo caso o (con alguna acrobática argumentación) sólo durante determinado plazo.

En nuestro ordenamiento jurídico la respuesta teórica continúa siendo negativa. No nos parece casual que el entonces Ministro de Justicia, De la Quadra, expresara su convencimiento sobre la inconstitucionalidad de las propuestas de liberalización del aborto mediante un sistema de plazos, surgidas no mucho después de estas sentencias sobre los GRAPO.

Todo inclinaba a pensar, en efecto, que las posibilidades de disponer libremente sobre una vida ajena, con el apoyo de muy legítimas motivaciones personales, serían siempre inferiores a las de disponer sobre la propia vida, frente a unas sin duda legítimas pero menos consistentes competencias administrativas⁷¹. El resultado, como es fácil constatar, ha venido a ser precisamente el contrario, lo cual no deja de invitar a la reflexión.

El intento de luchar contra el “paternalismo” estatal, en defensa de mayores ámbitos de autodeterminación incondicionada, parece estrellarse contra un curioso pacto entre estatalismo e individualismo, sólo aparentemente paradójico, ya que hereda con toda fidelidad el modelo hobbesiano. El Estado permitiría el avance del individualismo en todo aquello que no afecte a su propio campo de acción; incluso -receptivo hacia un “individualismo celoso”- se mostrará dispuesto a financiar la operación. En aquello, sin embargo, que considera terreno propio, ni siquiera la apelación a derechos fundamentales podrá frenar el juego de competencias administrativas de escaso rango.

Determinadas vidas ajenas sufren la amenaza de verse privatizadas, quedando sin más garantía práctica que la eventual existencia de alguien que desee avalar su protección; por el contrario, la vida propia -si pone en cuestión competencias estatales- se convierte en bien público, de obligada defensa incluso en contra de la expresa voluntad de su titular.

Se cumplirían, al fin y al cabo, con extrema pulcritud, las bases del voluntarismo individualista: habrá derecho a hacer lo que se quiera, pero sólo una vez que el Estado haya decidido qué considera oportuno prohibir. Hobbes, esforzándose por imaginar un límite extremo que no convirtiera en irracional tal situación, lo situó

⁷¹ M. ATIENZA, citando a DWORKIN, apela a la primacía de los derechos, fundados en “principios”, sobre las “políticas” gubernamentales, movidas por razones de oportunidad o eficacia, para rechazar la sentencia que venimos comentado La huelga de hambre de los GRAPO (cit. en nota 29), pág. 17.

en el afán del individuo de preservar la propia vida⁷²; postura no muy distinta de la que ha llevado hoy a reconocer -sin abandonar este mismo ámbito de pensamiento "positivista"- un "contenido mínimo del derecho natural"⁷³.

Cabría apuntar, irónicamente, que ante la huelga de hambre tal límite ha sido respetado con todo escrúpulo. Lo que se acaba prohibiendo es, precisamente, que alguien se deje morir; al menos, si lo hace con la aviesa intención de complicarle la vida al Estado, que parece haber hecho suyo con entusiasmo el mandamiento supremo del individualismo: no molestar.

De poco servirá la insistencia en reclamar una inhibición del "paternalismo" estatal, si no se cuenta con el apoyo de unos derechos con contenido autónomo. La aporía surge cuando desde el voluntarismo individualista -que considera a los derechos como pretensiones arbitrarias limitadas por el Estado- se intenta limitar al Estado mismo, cerrando un curioso círculo. Para romperlo habrá que apelar a una teoría de la justicia que permita distinguir entre una pretensión individual arbitraria y un derecho.

Frente a la concepción de los derechos como márgenes residuales de arbitrariedad, encontraríamos la de unos derechos enmarcados en una relación personal en la que la libertad se abre a un ajustamiento que presupone la acogida al otro por el sólo hecho de ser tal, al margen de cuales fueren los propios deseos al respecto. Esta concepción rechaza todo pacto tácito entre individualismo y estatalismo, ya que

⁷² T. HOBBS, al anunciar: "mostraré cuales son las leyes fundamentales de la naturaleza", plantea unas leyes de diseño más físico que metafísico, imaginativas de "las medidas que se tuvieron que tomar" para lograr la convivencia y explicativas, por tanto, de "las condiciones de la vida en sociedad, o sea de la paz entre los hombres" -*De cive* I, 1 (cit. en nota 14, pág. 63). Parte de la constatación de que "hay en la naturaleza humana dos anhelos fundamentales: uno dimana de la codicia natural, y lleva a cada uno a reclamar para sí solo el uso de las cosas comunes; el otro procede de la razón natural, e incita a los hombres a buscar el medio de evitar la muerte violenta, que consideran el peor de los males naturales"; de ambos deriva "la necesidad de los pactos" -*ibidem*, Dedicatoria (pág. 46). De ahí que la inclinación del hombre a evitar la muerte sea "tan natural como aquella que lleva a la piedra a caer" -*ibidem*, I, 7 (pág. 68). Como consecuencia de todo ello, "uno no puede por ninguna clase de pacto quedar obligado a no resistir a quien intenta causarle la muerte, heridas u otro daño físico" -*ibidem*, II, 18 (pág. 81).

⁷³ H.L.A. HART considera que la doctrina del derecho natural, "a pesar de una terminología, y de mucha metafísica, que pocos podrían ahora aceptar, contiene verdades elementales", por lo que intenta liberarlas de tales adherencias y "reformularlas en términos más simples". La pervicencia de elementos teleológicos se debería al "presupuesto tácito de que el fin propio de la actividad humana es la sobrevivencia". Sobre ello y "ciertas reglas de conducta que toda organización social tiene que contener para ser viable", apoya lo que cabría considerar "como el *contenido mínimo del derecho natural*" en contraste con planteamientos más grandilocuentes -*El concepto del derecho* (1961) -traducción de G. CARRIO, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1977 (2ª), págs. 232-233, 236 y 238-239. Nos movemos de nuevo en un planteamiento que calcula los márgenes de resistencia física del ser humano, más que detectar líneas metafísicas de su despliegue. Aunque haya un núcleo mínimo que afecta a los fines vitales, cabe un sistema que reconozca tal mínimo y lleve a cabo una sistemática opresión -*Positivism and the Separation of Law and Morals* "Harvard Law Review" 1958 (1) págs. 593 y ss., especialmente 623-624,

los derechos serían tan ajenos a una incondicionada autodeterminación de la voluntad como capaces de condicionar competencias estatales. Su contenido serviría de freno a quienes no admitan otra razón para acoger al otro que el propio consentimiento, y expresaría a la vez una realidad objetiva a respetar por el Estado.

Argüir escépticamente que el contenido y alcance de estos derechos suena a música celestial afectaría por igual a las dos concepciones del derecho aludidas. Como la polémica del "paternalismo" pone de relieve, no resultan más rigurosamente definibles unos derechos sin otro fundamento que la arbitraria voluntad subjetiva. Por lo demás, no cabe olvidar que la apelación a unos derechos de contenido autónomo -no meramente residual- no nos remite a utopías moralizantes ajenas a lo jurídico sino a la letra misma de nuestros textos constitucionales. Cuando se aspira a dar paso a un Estado de Derecho -en nuestro caso, Social y Democrático, para mayor mérito- tal logro resulta inconcebible si no se cuenta con unos derechos que, a fuer de objetivos, tengan incluso un "contenido esencial", al que remite el artículo 53 de la Constitución Española.

En todo caso, sea cual sea la concepción de los derechos de que se parta, el afán por plasmarlos en lo concreto obliga -al margen de toda coartada- a proyectar en la convivencia cotidiana una teoría de la justicia capaz de hacer posible esa sociedad que merecería ser calificada de "humana". Los responsables de expresarla institucionalmente deben, en el marco de un sistema democrático, transparentar con la máxima nitidez los juicios de valor que su tarea implica, aportando argumentalmente su fundamento.

No parece que el mejor modo de conseguirlo sea suscribir actitudes como la de nuestro Tribunal Constitucional. Comienza por admitir que nos encontramos ante un problema que "transciende del campo de lo jurídico para internarse en el mundo de la axiología, en el que afecta a creencias y sentimientos profundamente arraigados en la conciencia del ser humano, suscitando polémica doctrinal, muy variada y a veces irreconciliable, en la que está en juego concepciones distintas del sentido de la vida humana". Afirmar luego (se supone que tranquilizadamente) que su pronunciamiento "teniendo siempre en cuenta esa transcendencia axiológica del problema", estará dirigido sólo por "criterios jurídicos constitucionales". Estos se aplicarían sin desbordar el caso concreto y "siendo plenamente conscientes de los límites intrínsecos del derecho"⁷⁴.

Más que tranquilizarnos, preocupa que el Tribunal se muestre tan plenamente consciente de cuales sean los límites del derecho, en la medida en que ello invita a pensar que no es consciente de que son sus juicios de valor -expresivos de una

⁷⁴ STC 120/1990 de 27 de junio, F.5 -"BJC" 1990 (111) pág. 156. Afirmaciones reiteradas en la STC 137/1990 de 19 de julio, F.3 -ibidem, pág. 240.

axiología que debería esforzarse al máximo por transparentar- los que acabarán, con mayor o menor acierto, delimitándolos en la práctica, más allá incluso de los biombos técnicos pudorosamente emplazados al efecto.

Los recursos de amparo otorgan -e incluso imponen- al tribunal una querencia procesal a la inhibición. No es, sin embargo, por no “desbordar el caso” por lo que renuncia a decir una sola palabra sobre la jerarquía que -en el último de los casos por él analizados- debe establecerse entre el derecho a la vida y las exigencias de la dignidad personal, punto en torno al que polemizaron expresamente Juez y Fiscal⁷⁵ contribuyendo así a configurar el litigio que someten a su relevante dictamen. La inhibición personal se convierte así en grave incapacidad de asumir las propias responsabilidades.

La negación escéptica de la posibilidad de un juicio propiamente “jurídico” en tales circunstancias conduciría al cinismo, a no ser que fuera acompañada por la denuncia del falseamiento “ideológico” que proclamas constitucionales meramente retóricas llevarían consigo. Su precio, por otra parte, sería dejar indefensa la vida o aguardar con sumiso conformismo el resultado de los caprichos, más o menos “paternales”, del Leviatán de turno, cuya voluntad -siempre más fuerte que la propia- acabaría heterodeterminándonos a su antojo.

⁷⁵ Los mismos Antecedentes de la STC 11/1991 de 17 de enero recogen cómo el “Juzgado (de Vigilancia Penitenciaria de Cáceres) muestra su disconformidad con el informe del Ministerio Fiscal, en cuanto éste reputa el derecho a la vida, consagrado en el artículo 15 de la Constitución, de superior rango al de la dignidad personal”, discrepancia que funda en “la sencilla razón lógica y de Derecho Natural de que el derecho a la vida contra la dignidad de la persona y frente al libre derecho del desarrollo de la personalidad resulta vacío y sin contenido”, por lo que “en un orden de prelación de valores ha de primar el derecho fundamental de la dignidad frente al derecho a la vida”, afirmación que reproducirá el Ministerio Fiscal antes de solicitar que se anule tal auto judicial en consonancia con “el derecho a la vida y a la integridad física y moral” -A.2,b) y A.9; “BJC” 1991 (118) págs. 87 y 91. El Tribunal no se pronuncia al respecto.

"EL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD"

Artículo 10 de la Constitución



FUNDACION PARA EL ANALISIS
Y LOS ESTUDIOS SOCIALES

UNIVERSIDAD  DE ALCALÁ
SERVICIO DE
PUBLICACIONES