

Constitución y derechos fundamentales



Coordinadores

JERÓNIMO BETEGÓN
JUAN RAMÓN DE PÁRAMO

FRANCISCO J. LAPORTA
LUIS PRIETO SANCHÍS

ELÍAS DÍAZ
JOSÉ LUIS COLOMER
EUSEBIO FERNÁNDEZ
NICOLÁS LÓPEZ CALERA
JAVIER DE LUCAS
JESÚS GONZÁLEZ AMUCHÁSTEGUI
ANDRÉS OLLERO
ELENA BELTRÁN PEDREIRA
GUILLERMO DÍAZ PINTOS
MODESTO SAAVEDRA LÓPEZ
ALFONSO RUIZ MIGUEL
MARINA GASCÓN ABELLÁN
JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO
PABLO DE LORA
TERESA PICONTO NOVALES

JUAN CARLOS BAYÓN
CARLOS ALARCÓN CABRERA
ALFONSO GARCÍA FIGUEROA
LUIS RODRÍGUEZ ABASCAL
JOSÉ MARTÍNEZ DE PISÓN
JOSÉ JUAN MORESO
RAMÓN SORIANO
CRISTINA SÁNCHEZ MUÑOZ
ANTONIO-ENRIQUE PÉREZ LUÑO
JOSÉ MARÍA SAUCA CANO
ANTONIO MANUEL PEÑA FREIRE
MANUEL SALGUERO
PEDRO MERCADO PACHECO
SILVINA ÁLVAREZ
MARÍA JOSÉ GONZÁLEZ ORDOVÁS

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA. SECRETARÍA GENERAL TÉCNICA
| CENTRO DE | ESTUDIOS | POLÍTICOS Y | CONSTITUCIONALES |
Madrid, 2004

ÍNDICE

	<u>Páginas</u>
<i>Presentación</i> , por JERÓNIMO BETEGÓN, FRANCISCO J. LAPORTA, JUAN RAMÓN DE PÁRAMO y LUIS PRIETO SANCHÍS	9

PRIMERA PARTE TEORÍA GENERAL

<i>Estado de Derecho y derechos humanos</i> , por ELÍAS DÍAZ	17
<i>Liberalismo, comunitarismo, derechos</i> , por JERÓNIMO BETEGÓN	41
<i>Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo</i> , por JUAN CARLOS BAYÓN	67
<i>Autonomía y derechos humanos</i> , por JOSÉ LUIS COLOMER	139
<i>Igualdad y derechos</i> , por CARLOS ALARCÓN CABRERA	185
<i>Concepto de derechos fundamentales</i> , por JUAN RAMÓN DE PÁRAMO ARGÜELLES	195
<i>Los derechos humanos y la historia</i> , por EUSEBIO FERNÁNDEZ	215
<i>Principios y derechos fundamentales</i> , por ALFONSO GARCÍA FIGUEROA ..	235
<i>El concepto de derechos colectivos</i> , por NICOLÁS LÓPEZ CALERA	269
<i>Los derechos sociales y su protección jurídica: introducción al problema</i> , por FRANCISCO J. LAPORTA	297
<i>El derecho de autodeterminación en la España Constitucional</i> , por LUIS RODRÍGUEZ ABASCAL	327
<i>Ciudadanía, extranjería y derechos</i> , por JAVIER DE LUCAS	379
<i>Las generaciones de derechos humanos</i> , por JOSÉ MARTÍNEZ DE PISÓN ..	409
<i>Los límites de los derechos fundamentales</i> , por JESÚS GONZÁLEZ AMUCHÁSTEGUI	437
<i>Dos concepciones de la aplicación de las normas de derechos fundamentales</i> , por JOSÉ JUAN MORESO	473

SEGUNDA PARTE DERECHOS FUNDAMENTALES

<i>Igualdad ante la ley y uso alternante del derecho</i> , por ANDRÉS OLLERO ..	493
<i>Las minorías y la Constitución española</i> , por RAMÓN SORIANO	543

	<u>Páginas</u>
<i>Género y Constitución:</i>	
1. <i>La construcción de la igualdad constitucional</i> , por ELENA BEL- TRÁN PEDREIRA	569
2. <i>La ciudadanía social de las mujeres</i> , por CRISTINA SÁNCHEZ MUÑOZ ..	586
<i>El derecho fundamental a la vida</i> , por GUILLERMO DÍAZ PINTOS	605
<i>La libertad de conciencia</i> , por LUIS PRIETO SANCHÍS	623
<i>El derecho a la intimidad</i> , por ANTONIO-ENRIQUE PÉREZ LUÑO	639
<i>El derecho a la libertad de expresión como garantía constitucional de la opinión pública</i> , por MODESTO SAAVEDRA LÓPEZ	669
<i>Artículo 22 de la Constitución española: el derecho de asociación</i> , por JOSÉ MARÍA SAUCA CANO	691
<i>Los derechos de participación política</i> , por ALFONSO RUIZ MIGUEL	723
<i>Garantismo y derechos fundamentales</i> , por ANTONIO MANUEL PEÑA FREIRE	749
<i>La motivación de la prueba</i> , por MARINA GASCÓN ABELLÁN	773
<i>El derecho a la educación</i> , por MANUEL SALGUERO	795
<i>Los derechos de los trabajadores en la Constitución. Una lectura</i> , por JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO	819
<i>Derechos y orden económico: reflexiones sobre la «Constitución econó- mica»</i> , por PEDRO MERCADO PACHECO	855
<i>El derecho a la protección de la salud</i> , por PABLO DE LORA	875
<i>La autonomía personal y los derechos de los enfermos</i> , por SILVINA ÁLVAREZ	911
<i>El derecho al medio ambiente</i> , por TERESA PICONTO NOVALES	947
<i>El derecho a una vivienda digna y adecuada</i> , por MARÍA JOSÉ GON- ZÁLEZ ORDOVÁS	971

EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA VIDA *

GUILLERMO DÍAZ PINTOS

Universidad de Castilla-La Mancha

—Counterfeit? I lie, I am no counterfeit: to die, is to be a counterfeit; for he is but the counterfeit of a man who hath not the life of a man: but to counterfeit dying, when a man thereby liveth, is to be no counterfeit, but the true and perfect image of life indeed. The better part of valour is discretion; in the which better part I have saved my life (¿Simular? Me engaño, no tengo nada de simulado. Morir es simular, porque un cadáver que no tiene la vida de un hombre, es un simulacro de hombre. Pero simular los muertos, cuando se está en plena vida, eso no es simulacro, sino la real y perfecta imagen de la vida. La mejor parte del valor es la prudencia; en virtud de esa mejor parte, he salvado la vida).

W. SHAKESPEARE: *Enrique IV*, I Parte, Acto V, Escena IV (Sir John Falstaff, levantándose lentamente después de simular haber muerto a manos de Douglas).

La protección constitucional de la vida se regula en el artículo 15 de la CE, el primero de la Sección dedicada a los derechos fundamentales y libertades públicas. En él se dispone: «*Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra*». En un mismo precepto constitucional se proclaman, así, dos derechos fundamentales —el derecho a la vida y el derecho a la integridad física y moral— los cuales, aunque están estrechamente relacionados en razón de su finalidad, han de considerarse distintos¹.

* He realizado este trabajo durante una estancia en la Universidad de Nottingham Trent (Inglaterra) durante los meses de julio y agosto de 2003 gracias a una ayuda a la investigación concedida por la Universidad de Castilla-La Mancha.

¹ El Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 los consagra en preceptos separados (arts. 2 y 3 respectivamente). DÍEZ-PICAZO, L., *Sistema de derechos fundamentales*, Thomson/Civitas, Madrid, 2003, pág. 189.

En esta contribución me ciño al primero de ellos —el derecho a la vida—, para referirme a la cuestión de su titularidad en la fase previa al nacimiento, el acontecimiento que suele determinar la atribución legal de la condición jurídica de persona (*vid.*, arts. 29 y 30 CC) y, con ello, la capacidad para ser titular de derechos y obligaciones. Creo que el debate en el que se plantea si ser persona según la denominación legal es o no condición necesaria para ser titular de este derecho² sirve de catalizador para precisar la naturaleza del bien jurídico protegido —la vida humana— y, consiguientemente, para evaluar la aptitud del régimen legal establecido al efecto.

Dejo fuera, por tanto, la cuestión de la pena de muerte, en la que se discute la legitimidad para poner fin al derecho a la vida por decisión de la sociedad, y el tema, social y políticamente controvertido, de la eutanasia, un observatorio privilegiado para medir, puesta a salvo la titularidad del derecho, la *valoración* de la vida cuando entra en conflicto con la autodeterminación personal —que encuentra cobertura constitucional en el artículo 10.1 CE— o, cuando no es posible obtener el consentimiento para provocar la muerte, ante diversas consideraciones sobre la «calidad» de la vida, según la modalidad de eutanasia —activa o pasiva— de que se trate³.

Al apartar estas cuestiones, que suelen incluirse en la temática de este derecho fundamental, pretendo destacar que en la discusión que suscita el tema de su titularidad en la etapa vital anterior al nacimiento es en la que se resuelve la *comprensión* de la vida como inseparable del «viviente», con el entendimiento consiguiente del derecho a la vida como un derecho fundamental del viviente a su manifestación orgánica y a las condiciones que hacen posible un modo de vivir humano⁴. Con ello, la garantía constitucional de la vida exige atribuir al viviente la titularidad del derecho a vivir en cualquiera de la fases de su desarrollo biológico, y es refractaria a graduar

² Produciéndose, en palabras de Pérez Royo, «la inversión más radical que imaginarse puede en el universo jurídico. Cuando se prescinde del concepto de *persona* no hay forma de razonar jurídicamente de manera lógica y solvente». PÉREZ ROYO, J., «Derecho a la vida», en Manuel ARAGÓN (coord.), *Temas básicos de derecho constitucional*, Tomo III, Civitas, Madrid, 2001, pág. 142.

³ Un problema agudizado porque no parece justificable cualquier acto idóneo que sea posible por la medicina moderna para prolongar la vida. Como indica Marina Gascón: «Donde de verdad adquiere importancia cuál sea la concepción de la vida humana que se mantenga es en aquellos casos en los que no se puede deducir —ni expresa ni tácitamente— la voluntad real del paciente». Dice esta autora que es en estos casos en los que otros son los que deciden cuándo la vida de una persona ha perdido su sentido en los que, junto con los juicios médicos, tienen relevancia fundamental los juicios ético-sociales. GASCÓN ABELLÁN, M., «Problemas de la eutanasia», en *Sistema* 106, enero (1992), págs. 102 y 106-107.

⁴ El derecho a la vida «no puede circunscribirse a la mera subsistencia, al simple hecho de vivir, sino a un modo de vivir humano». RODRÍGUEZ MOURULLO, G., «Derecho a la vida», en Santiago MIR (ed.), *La despenalización del aborto*, Universidad Autónoma de Barcelona, Bellaterra, 1983, pág. 88.

la intensidad de su protección en función de las distintas etapas por las que éste transcurre.

No es un riesgo menor el que se asume en esta reflexión, que llega a cuestionar los mismos términos en los que se formula el derecho que ampara la vida, y puede que no sea atendible sin una elaboración ulterior. Sin embargo, la misma desorientación que impera ante la realidad de la vida como objeto de investigación biológica repercute en su consideración como objeto de las ciencias normativas y, por ello, estimo que conviene aunar el esfuerzo desde las distintas disciplinas para esclarecer el panorama y reorientar la acción⁵.

DERECHO A LA VIDA Y ORDEN CONSTITUCIONAL

El Constitucionalismo estableció en el ámbito de la política la diferenciación de principio entre la ley moral y la ley civil, y por ello, la argumentación moral en defensa de la vida, como responsabilidad tradicional del Estado, resulta insuficiente para establecer los criterios de actuación en este campo. Conforme se ve afirmada la universalidad del sujeto moral con el reconocimiento de sus derechos, y la subjetividad llega a concebirse en términos de autonomía, dicha defensa exige el referente jurídico. Hoy los fines morales dependen al completo de las elecciones de la subjetividad, y con ello, el derecho constitucional se integra en la esfera de la ética mediante el reconocimiento, vinculado al papel del juez, de los derechos fundamentales⁶. En ellos se refleja el bien *político* que rige el sistema de cooperación social. Como dice Luis Prieto, «la historia jurídica de los derechos se confunde con la historia del constitucionalismo, que pretendió diseñar un modelo de convivencia política donde el Estado y su Derecho actuaran sometidos a

⁵ Recientemente, Robert Huber, premio Nóbel de Química (1988), señalaba en declaraciones al diario *El País* (edición del miércoles 18 de junio de 2003, pág. 36): «Necesitamos nuevas ideas en biología (...). Aunque tuviéramos ordenadores millones de veces más rápidos que los actuales seríamos incapaces de calcular estas estructuras. No es un problema de potencia informática sino de metodología. Por eso digo que necesitamos una nueva idea y que sea brillante (...). Centenares de grupos en el mundo tomamos la estructura de una proteína y estudiamos su forma. La caracterizamos y llegamos a la conclusión de que, tal vez, una pequeña molécula podría encajar y que eso podría tener aplicación terapéutica. Eso nada tiene que ver con la estructura real y mucho menos con la función. Los métodos actuales no dan la solución (...). Demasiadas incógnitas para resolverlo matemáticamente. Tal vez pueda hacerlo una idea simple e innovadora. Así es la ciencia». Son también significativas las declaraciones de Sydney Brenner transcritas en la nota 51 *ad finem*.

⁶ Ronald Dworkin, en un comentario crítico al «originalismo» señala: «La Constitución insiste en que nuestros jueces hagan todo lo posible colectivamente por construir, reinspeccionar y revisar, generación tras generación, la estructura de la libertad y de la igualdad que imponen sus cláusulas importantes, en su majestuoso y abstracto mandato. Podemos abandonar la búsqueda inútil de restricciones mecánicas o semánticas y, en vez de ello, buscar límites genuinos en el único lugar donde se pueden encontrar: un buen argumento». DWORKIN, R., *El dominio de la vida*, Ariel, Barcelona, 1994, pág. 190.

un orden superior, la Constitución, cuya fuente, en hipótesis, habrían de ser los propios ciudadanos»⁷.

Quizá haya sido la evolución en el modo de entender la subjetividad moral la que determina el carácter histórico de los derechos humanos y, con ello, del relativamente reciente derecho fundamental a la vida⁸. Desde este punto de vista, el triunfo de la dimensión funcional de los derechos sobre la material o morfológica a la que se refiere Prieto⁹ se debería a la activación de la lógica de la autonomía a partir del reconocimiento político de la libertad de conciencia. Por la autodeterminación del individuo reflejada en el debate público sobre los derechos, el juicio privado sobre el bien y el mal —el mismo que Hobbes había transferido al soberano— se considera inalienable y fuente originaria de la moral, en cuanto de él depende el ideal de una vida independiente, montado sobre una concepción «proyectiva» del yo¹⁰. El individuo autónomo rompe su vínculo con una ley natural preexistente como fundamento de la existencia humana, según la ley de la autoconservación, o el derecho de propiedad para el pensamiento más diferenciado de Locke, que en sentido amplio incluye también la vida y la libertad¹¹. La protección de la vida se integra, así, en el régimen de reconocimiento de los derechos, basado en el autogobierno de los individuos como medio de desarrollo de la razón pública, y de esta forma entra en competencia con otros valores que pueden estar en conflicto con ella¹².

⁷ PRIETO, L., «Derechos fundamentales», en Ernesto GARZÓN VALDÉS y Francisco LA-PORTA (eds.), *El derecho y la justicia*, Trotta, CSIC, BOE, Madrid, 1996, pág. 502.

⁸ «Su caracterización como derecho fundamental autónomo es relativamente reciente. Los textos constitucionales clásicos no solían mencionarlo. La única excepción notable es la cláusula *due process of law*, de las enmiendas 5.^a y 14.^a de la Constitución de los Estados Unidos, según la cual 'no se puede privar a nadie de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal'. La aparición de un específico derecho a la vida en la mayor parte de las declaraciones de derechos se produce sólo tras la Segunda Guerra Mundial, sin duda como reacción frente a las atrocidades presenciadas». DÍEZ PICAZO, L., *Sistema de derechos fundamentales*, cit., pág. 189.

⁹ «Se sigue haciendo uso de la expresión (derechos humanos) para referirse a exigencias morales importantes que postulan su reconocimiento y defensa por parte de la comunidad política, pero con la no pequeña diferencia de que las cosas importantes ya no son las mismas, ni son entendidas de la misma forma por todos». PRIETO, L., «Derechos fundamentales», cit., pág. 502.

¹⁰ Francesco Viola adopta esta perspectiva en su análisis de los derechos del hombre: VIOLA, F., *De la naturaleza a los derechos. Los lugares de la ética contemporánea*, Comares, Granada, 1998, págs. 326-333 y 348-350.

¹¹ La vida como bien político en que se funda la legitimidad del Estado es avistada por Hobbes, quien pone su autoridad por entero a su servicio. El derecho a vivir es el presupuesto del orden legal y civil y su protección es la razón decisiva para someterse al soberano. Para Hobbes este derecho es todavía previo a la ley: «La justicia, es decir, la observancia del pacto, es una regla de razón en virtud de la cual se nos prohíbe hacer cualquiera cosa susceptible de destruir nuestra vida; es, por tanto, una ley de naturaleza» (*Leviatán*, cap. XV). HOBBS, Th., *Del ciudadano y Leviatán*, Tecnos, Madrid, 1994, pág. 140.

¹² En relación con el delito de aborto, Santiago Mir señala que su punibilidad «no depende únicamente de si entraña la privación de vida humana, sino si esta vida entra en colisión

La tutela jurídica de la vida humana anterior al nacimiento mediante el tipo penal del aborto es una temática relativamente moderna que ha estado influida por el convencimiento, promovido por la adquisición de nuevos conocimientos médicos, de que la vida comienza con la concepción¹³. Sin embargo, los mismos avances biomédicos han convertido lo que en el pasado acontecía de modo clandestino, en una intervención asequible, segura y fácil, lo que, unido a la emancipación de la mujer y al cambio en las costumbres sexuales, favoreció el movimiento a favor de su liberalización¹⁴. La legalización de ciertas formas de interrupción del embarazo, junto a las actuales posibilidades de acceder al concebido mediante las técnicas del diagnóstico prenatal, que abren la vía a un supuesto «derecho a un niño sano»¹⁵, o la posibilidad de utilizar embriones fecundados *in vitro* como medio de investigación y experimentación, plantean el problema de determinar en el plano constitucional el ámbito de aplicación del derecho a la vida¹⁶.

con algún otro bien jurídico que pueda reputarse más valioso». MIR, S. (ed.), *La despenalización del aborto*, cit., pág. 5.

¹³ En la Inglaterra del siglo XIII, los casos de aborto parecían haberse delegado, por razones procesales, a las cortes eclesiásticas. Más adelante, en el *Common Law*, bajo el influjo de la teoría de la animación sucesiva, se distinguía el aborto, como mera *misprision*, del *homicide*. Con los nuevos descubrimientos científicos en el siglo XVII aumenta la conciencia de que la vida humana comienza con la concepción y, en 1803, fue promulgada la primera ley (*statute*) contra el aborto, equiparando el aborto del *quick fetus* (el feto que ya se mueve) y el homicidio, lo que representa un notable cambio respecto al *Common Law*. KEOWN, J., *Abortion, Doctors and the Law: Some Aspects of the Legal Regulation of Abortion in England from 1803 to 1982*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002.

¹⁴ Robert Spaemann señala que «la campaña para la liberalización del aborto ha exagerado las cifras de manera tendenciosa, pero tiene el mérito de haber expuesto las cosas a la conciencia general por primera vez. Hasta entonces, el aborto se había movido en la oscuridad, no había sido autorizado pero sí tolerado tácitamente por la sociedad, a semejanza de la prostitución. Era punible pero no se hizo un gran esfuerzo por hacerlo desaparecer. Con la campaña de liberalización, este tabú —y con él, la doble moral ligada al mismo— quedó eliminado». SPAEMANN, R., «¿Son todos los hombres personas?», en *Cuadernos de Bioética*, 31, n. 3 (1997), págs. 1031-1032.

¹⁵ Onora O'Neil denuncia la metamorfosis del «derecho a elegir» en un «derecho a la autonomía procreadora», pues «aunque en realidad la reproducción concierne a las personas y es parte de la vida en la que se manifiestan sus creencias, de ello no se sigue que sea sólo una cuestión de realización personal (...) La reproducción, a diferencia de la contracepción y del aborto, tiene como finalidad traer a un tercero —un niño/a— a la existencia (...) Por ello, la libertad reproductiva no se plantea adecuadamente según el modelo de ejercicio de un derecho de libertad, como lo puede ser el derecho a la libertad de expresión». O'NEIL, O., *Autonomy and Trust in Bioethics*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, pág. 61. Desde otra perspectiva se sostiene el sentido eugenésico de este diagnóstico, que abre la vía para el aborto del feto malformado, subnormal o disminuido «en su propio interés», en cuanto se considera que su vida futura no es digna de ser vivida. BUCHANAN, D., W. BROCK, N. DANIELS & D. WILKER, *Genética y Justicia*, Cambridge University Press, Madrid, 2002, págs. 207-239.

¹⁶ Lo que se plantea es si quitar la vida puede convertirse en un medio ordinario para resolver conflictos, muchas veces trágicos, con exclusión de otras alternativas, y con la consiguiente amenaza a la dignidad humana al utilizar la vida como *medio* para obtener bienes anejos a ella: «La vida no es un bien en sí mismo, sino más bien un medio para cualquier otra

LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DE LA VIDA HUMANA

La jurisprudencia constitucional ofrece dos modelos diferentes de protección de la vida humana anterior al nacimiento, que se pueden ejemplificar aludiendo a los casos de España y de los Estados Unidos. La distinción ha de establecerse, a mi juicio, en función del reconocimiento o no de la existencia de una vida genuinamente humana como entidad nueva y autónoma y capacidad de desarrollar su propio programa genético desde el momento de la fecundación, según demuestran los recientes adelantos en la ciencia biomédica¹⁷. Por este reconocimiento, la vida del *nasciturus* se incluye dentro de la garantía constitucional de la vida humana¹⁸.

El otro elemento significativo de la distinción entre ambos modelos es la admisión por el primero del doble carácter —vertiente jurídico-subjetiva y jurídico-objetiva— de los derechos fundamentales, por el que éstos no sólo expresan las libertades del individuo garantizadas frente al Estado, sino que representan además un orden de valores que definen el fin del Estado y sus funciones¹⁹. La tutela de la vida humana se puede desdoblar, así, en

cosa —por ejemplo, para alcanzar un estado de conciencia agradable». KUSHE, H., *The Sanctity-Of-Life Doctrine in Medicine: A Critique*, Clarendon Press, Oxford, 1987, pág. 213. En sentido opuesto argumenta Leon R. Kass, profesor de la Universidad de Chicago, que desde 2001 preside el Comité de Bioética de la Presidencia de los Estados Unidos. KASS, L. R., *Life, Liberty and the Defense of Dignity. The Challenge for Bioethics*, Encounter Books, San Francisco, 2002.

¹⁷ Mary Ann Glendon establece esta distinción según los países que permiten el aborto *for cause* y aquellos que lo hacen *on demand*. GLENDON, M. A., *Abortion and Divorce in Western Law. American Failures, European Challenges*, Harvard University Press, Cambridge Massachusetts, 1987.

¹⁸ El Tribunal Constitucional español, en su sentencia de 11 de abril de 1985, parte del supuesto de que la vida es una realidad desde el inicio de la gestación, y declara que «la gestación genera un *tertium* existencialmente distinto de la madre, aunque alojado en el seno de ésta». (STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 5, B.J.C., n.º 49, 1985, pág. 352). No es pacífica en la doctrina la referencia temporal a la que alude el término «gestación», con el que se alude al momento de la fecundación o, después de transcurridos 14 días, a la implantación estable del óvulo fecundado, momento en el que se produce la anidación. FEMENÍA, P. J., *<Status> jurídico del embrión humano, con especial consideración al concebido <in vitro>*, McGraw-Hill, Madrid, 1999, págs. 223-225. En contraste radical con esta posición, el Tribunal Supremo norteamericano, en su controvertida sentencia *Roe v. Wade* de 1973 sobre el aborto, evita describir el feto, sea como humano, sea como ser vivo. En la *majority opinion*, redactada por el juez Harry A. Blackmun, se aduce: «We need not resolve the difficult question when life begins», ya que ésta es una cuestión en la que existen tantas opiniones cuantas son las religiones, las filosofías y las teorías científicas. Las partes esenciales del texto se pueden encontrar en POJMAN, L. P. y BECKWITH, F. J. (eds.), *The Abortion Controversy: A Reader*, Jones & Bartlett, Boston, 1994, págs. 16-32.

¹⁹ HÄBERLE, P., *La libertad fundamental en el estado constitucional*, Comares, Granada, 2003 (especialmente cap. 2). En este sentido, el Tribunal Constitucional español ha declarado que «los derechos fundamentales son los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que

su reconocimiento como derecho subjetivo fundamental y como valor supremo objetivamente positivizado por la comunidad.

En el régimen de protección de la vida establecido por ambos modelos es decisiva la posición sobre el momento del inicio de la personalidad jurídica en conexión con la titularidad del derecho fundamental a la vida, una cuestión que no puede zanjarse a partir de la atribución de la condición de «persona» en el plano de la ley civil, ya que la función de la Constitución es, precisamente, la de inmunizar los derechos fundamentales frente a la ley²⁰.

Con estos supuestos, una de las soluciones al problema indicado establece la exigencia constitucional de tutela de la vida anterior al nacimiento como «valor objetivo» sobre la base del reconocimiento de la existencia de una vida genuinamente humana y de la doble vertiente de los derechos fundamentales que se ha mencionado²¹, mientras la otra protege la vida

son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídico y política» (STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 4, *B.J.C.*, *cit.*, pág. 532). Esta doctrina se reitera en la STC 116/1999, de 17 de junio, en la que se resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre reproducción asistida humana. Andrés Ollero señala que «pretender que la propuesta de una interpretación restrictiva del art. 1.1 de la Constitución —capaz de negar a la vida humana, nacida o no, el carácter de valor supremo del ordenamiento— es un mero razonamiento técnico, ajeno a juicios de valor, invita al escepticismo». OLLERO, A., *Derecho a la vida y derecho a la muerte*, Rialp, Madrid, 1994, pág. 31.

²⁰ En el caso de Estados Unidos, el juez Blackmun aduce en *Roe v. Wade* que «*the unborn have never been recognized in the law as persons in the whole sense*» y, coherentemente con el texto constitucional, rechaza que el feto sea «persona constitucional» y, por lo tanto, titular del derecho a la vida. Con base a la decimocuarta enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, el derecho a la vida no puede ser revocado sin un «*due process of law*», y dicha enmienda comienza con las palabras: «*All persons born or naturalized in the United States...*», a los que continúa llamado *citizens*. Por lo tanto, no incluye en su texto al *nasciturus*. Sin embargo, en cuanto el Tribunal, como se acaba de indicar (*vid.*, nota 19), evita pronunciarse en la sentencia sobre si el no nacido es vida humana o no, no tendría porqué haber abordado esta cuestión para negar la tutela legal de la vida en dicha fase. El problema, sin embargo, radica en saber si basta que el *nasciturus* no sea considerado persona constitucional por la ley positiva para negarle el derecho a vivir, o si la función de la ley ha de limitarse a constatar si existe o no vida humana independiente, para articular después convenientemente su protección jurídica. En la doctrina penal española, Enrique Gimbernat sostiene en sentido contrario «que el 'todos' del artículo 15 ha de entenderse en sentido de 'todas las personas', quedando excluidos de la protección constitucional, por consiguiente, los embriones, es algo que puede demostrarse con una relativa facilidad». GIMBERNAT, E., «Constitución y aborto», en Santiago MIR (ed.), *La despenalización del aborto*, *cit.*, pág. 84.

²¹ Esta es la línea argumental seguida en los pronunciamientos del Tribunal Constitucional español sobre el alcance del artículo 15 referido a la vida humana prenatal. En cada uno de ellos se reitera la doctrina inicial sobre la exégesis del dicho precepto. A las dos sentencias mencionadas (*vid.*, nota 20) hay que añadir la STC 212/1996, de 19 de diciembre, en la que se decide la cuestión de inconstitucionalidad interpuesta contra la Ley 42/1988, de 28 de diciembre, sobre donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos. Romeo Casabona indica que probablemente esta servidumbre —que cada sentencia apoye su línea argumental en las anteriores— sea origen de algunas críticas: «Se censura al TC (...) que no habría aprovechado la oportunidad que le brindaban ambas (las dos sentencias posterior-

prenatal como un asunto de interés del Estado a partir del momento en que el feto es viable, es decir, capaz de vivir con independencia de la madre en caso de nacimiento prematuro. Se considera que la tutela de la vida a partir de este momento no constituye una limitación grave al derecho de la mujer a decidir continuar o no la gestación, que surge *ex constitutione* como parte de la esfera de cuestiones privadas en las que nadie puede intervenir ya que forman parte de su intimidad (*privacy*)²².

LA TUTELA DE LA VIDA COMO VALOR OBJETIVADO

El Tribunal Constitucional español, en su sentencia de 11 de abril de 1985, considera que «la vida del *nasciturus*, en cuanto éste encarna un valor fundamental —la vida humana— garantizado en el artículo 15 de la Constitución, constituye un bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto fundamento constitucional (...), aun cuando no permite afirmar que sea titular del derecho fundamental», y a continuación declara que esta protección «implica para el Estado con carácter general dos obligaciones: la de abstenerse de interrumpir u obstaculizar el proceso natural de gestación, y la de establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma y que, dado el carácter fundamental de la vida, incluya también, como última garantía, las normas penales»²³.

No son pocos los motivos que haya podido tener el alto Tribunal para retraerse ante la cuestión de si la falta de reconocimiento legal de personalidad al *nasciturus* —como portador de vida humana— conculca el artículo 15 de la Constitución, y optara por protegerlo como valor o bien jurídico. Es evidente la complejidad de esta vía para determinar el alcance del derecho a la vida pues, como señala Femenía, «la atribución de personalidad jurídica al hombre (...) afecta a la totalidad de los contextos en los que se plantea una titularidad de derechos y obligaciones: en el contexto de las relaciones personales y patrimoniales, en la adquisición de los derechos personalísimos, en la atribución de estados civiles...», y ello exige que las relaciones que se incorporan al mundo del derecho sean estables y nazcan con un sentido de firmeza que no sin dificultad se pueden atribuir a quien

res a la STC 53/1985, de 11 de abril) para revisar y actualizar su doctrina o para construir argumentos más sólidos, y habría asumido una labor meramente de exégesis constitucional (...) sin haber analizado otras implicaciones también constitucionales de tales afirmaciones». Este autor alude al frecuente uso de los arts. 29 y 30 del CC para defender la personalidad de la vida antenatal. ROMEO CASABONA, C. M., «El derecho a la vida: aspectos constitucionales de las nuevas biotecnologías», en *El derecho a la vida. Actas de las VIII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, págs. 26-27.

²² DÍEZ-PICAZO, L., *Sistema de derechos fundamentales*, cit., pág. 195.

²³ STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 5 y 7, *B.J.C.*, cit., págs. 532-533.

todavía vive en la incertidumbre²⁴. A ello se añade la posibilidad de acceder al embrión humano fuera del útero materno, con el desarrollo de las técnicas de reproducción asistida, que exponen su destino a decisiones humanas que aumentan la indeterminación de la naturaleza «poniendo en cuestión la alianza entre los sexos, el tiempo en la génesis de la vida, las estructuras jurídicas y antropológicas de la paternidad y de la maternidad y, de igual forma, la noción de sujeto en sus relaciones elementales constitutivas de la identidad»²⁵.

La consideración de la vida humana como bien jurídico fundamental en toda su evolución y desarrollo fundamenta la legitimidad de su protección como un bien *político*, como ya se ha dicho, y no porque las acciones lesivas contra ella sean moralmente negativas. Esto justifica que, junto con la importancia del bien que está en juego, la protección de la vida esté en función del límite a partir del cual una lesión se considera nociva para la sociedad. Así, el Tribunal reconoce que el imperativo constitucional de proteger la vida «no significa que dicha protección haya de revestir carácter absoluto; pues, como sucede en relación con todos los bienes y derechos constitucionalmente reconocidos, en determinados supuestos puede y aun debe estar sujeta a limitaciones»²⁶. Con esta base, el aborto voluntario en

²⁴ FEMENÍA, P. J., <Status> jurídico del embrión humano..., cit., págs. 84 y 92-95. Conviene considerar, sin embargo, que «también es incierta la vida del enfermo en la UVI y del minero atrapado entre escombros y no por eso sus vidas dejan de ser humanas. La incertidumbre pertenece al ámbito del conocimiento y aquí se debate la existencia en el plano ontológico de la vida humana». VILA-CORO, D., «Los derechos del menor en la nueva genética», R.G.D., 1992, pág. 2490. Por otra parte, los esfuerzos que se exigirían para resolver esta cuestión que Tribunal esquivo no son menores a los que hace la doctrina civilista para calificar el *status* jurídico del embrión humano. Tanto la categoría jurídica de «persona», como cualquiera otra creada al servicio de su protección, como la de «no-sujeto de derecho» con la que Pedro Femenía pretende superar la clásica distinción personas-cosas (*Ibid.*, cit., págs. 118-122), remiten al reconocimiento de la dignidad inherente a la vida humana desde la concepción. En este sentido, Andrés Ollero señala que «para que la vida del no nacido no aparezca como un derecho sin titular conocido se la presenta como un valor de obligada protección constitucional. Pero ¿por qué es esa vida la valiosa y no cualquier otra muestra de las diversísimas realidades biológicas? Indudablemente porque se considera al no nacido como un *sujeto* particularmente *valioso*. Intentar convencernos de que esa relevancia jurídica derivaría de las características específicas de un peculiar objeto vivo nos llevaría a rozar lo totémico». Este autor sostiene que «nuestro ordenamiento civil continúa ofreciendo una arcaica delimitación del concepto de persona, diseñada fundamentalmente para satisfacer exigencias de seguridad en el tráfico jurídico. Con ello mantiene anacrónicamente la prioridad atribuida a determinadas circunstancias en un contexto ya lejano, caracterizado por una situación social y un grado de evolución de los conocimientos científicos hoy absolutamente superados». Consecuentemente, concluye afirmando la necesidad de replantear constitucionalmente la categoría jurídica de «persona». OLLERO, A., *Derecho a la vida y derecho a la muerte*, cit., págs. 31, 52 y 55-57.

²⁵ LABRUSSE-RIOU, C., «Les procréations artificielles: un défi pour le droit», en AA.VV., *Éthique médicale et droits de l'homme*, Paris, 1988, pág. 65. Cita transcrita de FEMENÍA, P. J., <Status> jurídico del embrión humano, cit., pág. XXIX.

²⁶ STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 7, B.J.C., cit., pág. 533.

los supuestos de grave peligro para la vida o la salud (física o psíquica) de la mujer, de embarazo como consecuencia de violación, o de riesgo de que el feto nazca con graves taras físicas o psíquicas, se declara conforme a la Constitución, siguiendo un sistema de legalización por «indicaciones»²⁷.

Lo relevante, al objeto de esta reflexión, es que a partir de una definición de vida humana²⁸, la protección que se le otorga a la fase prenatal se establece en función de las distintas etapas del crecimiento del *nasciturus*, a las que se vincula una graduación de su intensidad: «dentro de los cambios cualitativos en el desarrollo del proceso vital y partiendo del supuesto de que la vida es una realidad desde el inicio de la gestación, tiene particular relevancia el nacimiento, ya que significa el paso de la vida albergada en el seno materno a la vida albergada en la sociedad, bien que con distintas especificaciones y modalidades a lo largo del curso vital. Y previamente al nacimiento tiene especial trascendencia el momento a partir del cual el *nasciturus* es ya susceptible de vida independiente de la madre, esto es, de adquirir plena individualidad humana»²⁹. Con base en este planteamien-

²⁷ Así lo regula el art. 417bis del antiguo Código Penal, que ha dejado intacto el nuevo Código de 1995 (Disp. Derogatoria Única. 1.a). Este sistema es alternativo al denominado «sistema de plazos». Cada sistema de legalización conduce a planteamientos diferentes del problema constitucional del aborto, que se reflejan en los dos modelos de garantía constitucional de la vida a los que se ha aludido. Por el «sistema de indicaciones» el aborto sigue siendo un hecho ilícito, salvo que concurren las circunstancias determinadas por las indicaciones que establece la ley penal, mientras que por el «sistema de plazos», abortar dentro de un límite temporal anterior a que el feto alcance un cierto grado de madurez —a veces imponiendo una obligación de asesoramiento médico y psicológico previo— se considera un derecho de la mujer. En la doctrina jurídico-penal española Luis Arroyo argumenta a favor de esta posición defendiendo el fundamento constitucional a favor de una opción legislativa de despenalización del aborto inspirada en el «sistema de plazos»: «El legislador español ha de tomar su decisión sobre la base de determinar cuáles sean los intereses que entran en conflicto en el problema del aborto y de ponderar tales intereses. En la actualidad se ha de reconocer que la *esencia del conflicto* radica en el significado de la prohibición absoluta del aborto como ruptura de la intimidad y como negación radical del libre desarrollo de la personalidad de la mujer, en los supuestos en los que la mujer sufre un embarazo no deseado». ARROYO ZAPATERO, L., «Prohibición del aborto y Constitución», en Santiago MIR (ed.), *La despenalización del aborto*, cit., pág. 74.

²⁸ Dicha definición se transcribe en la pág. 618.

²⁹ STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 5-c, *B.J.C.*, cit., pág. 532. La intensidad se gradúa en función de la colisión de la vida con otros bienes o derechos que se estiman dignos de protección, lo que en el caso del peligro de muerte de la madre, la prevalencia de ésta frente a la del feto no plantea objeción alguna al aborto voluntario ya que están en juego dos bienes iguales. Así, en la STC 53/1985, de 11 de abril, los recurrentes al proyecto de despenalización del aborto consideran que el supuesto de conflicto entre las vidas de la madre y del hijo no es necesario que se incluya como indicación ya que «cabe dentro de la eximente general del estado de necesidad» (A.1.F, 1º, *B.J.C.*, cit., pág. 523). La encendida controversia que rodea este tema surge cuando se aduce que imponer una pena por una acción objetiva prohibida a quien gesta un hijo deficiente, o a la mujer que ha sido violada conculca el principio de humanidad. TORÍO, A., «Cuestiones jurídicas de la eugenesia hoy», en Carlos María Romeo Casabona (ed.), *La eugenesia hoy*, Cátedra Interuniversitaria Fundación BBV-Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano, Bilbao, 1999, pág. 261.

to, la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida, modificada parcialmente por la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, introduce la distinción entre los conceptos de «preembrión» y «embrión», basada en el momento de implantación estable del óvulo fecundado en el útero materno —en torno a los 14 días a partir de la fusión de los gametos—, para asignar una protección jurídica inferior al primero. Hasta este momento de la anidación se considera que el desarrollo embriológico «se mueve en la incertidumbre, y con él se inicia la gestación y se puede comprobar la realidad biológica que es el embrión»³⁰.

Creo que una consideración cabal de la vida como presupuesto del ejercicio de los derechos³¹, se resiste al planteamiento elegido por el Tribunal Constitucional español de garantizar su protección como bien jurídico fundamental. Al proporcionar una concepción abstracta de dicho bien —la vida humana—, y concretar después una protección de intensidad variable en función de la constatación empírica de las distintas fases y manifestaciones orgánicas por las que transcurre el desarrollo temporal del viviente —preembrión, embrión, desarrollo fetal, nacimiento—, se extiende a la protección de la vida la operativa propia para determinar el ámbito de aplicación de los demás derechos y valores constitucionales: la determinación abstracta del contenido del derecho o del valor fundamental se concreta en la resolución del objeto de las controversias jurídicas particulares que en relación

³⁰ Exposición de Motivos de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre (*B.O.E.*, 24 de noviembre), sobre técnicas de reproducción asistida. Con base en la doctrina constitucional, Romeo Casabona aduce que «podría irse construyendo un estatuto jurídico específico, tanto para el embrión *in vitro* como para el feto, pero a la vez diferenciado para ambos, pues comportan gradaciones de formas de vida humana también diferentes, y expectativas más remotas o próximas de convertirse en un ser humano ya nacido, con todos los atributos que ontológica, social y jurídicamente se reconocen a éste (...) Estas peculiaridades y diferencias biológicas son objeto de atención y examen por parte del TC, y de ello extrae algunas consecuencias jurídicas, como es la gradación de la intensidad de la protección». ROMEO CASABONA, C. M., «El derecho a la vida: aspectos constitucionales de las nuevas biotecnologías», *cit.*, págs. 30-31.

³¹ Por ello resulta lógica su posición al comienzo de los catálogos de derechos. Véase el artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, o el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966. Por su parte, el Tribunal español señala que el derecho a la vida, «constituye el derecho fundamental esencial y troncal en cuanto es el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible. Indisolublemente relacionado con el derecho a la vida en su dimensión humana se encuentra el valor jurídico fundamental de la dignidad de la persona. Reconocido en el artículo 10 como germen o núcleo de unos derechos 'que le son inherentes'. La relevancia y la significación superior de uno y otro valor y de los derechos que los encarnan se manifiesta en su colocación misma en el texto constitucional, ya que el artículo 10 es situado a la cabeza del título destinado a tratar de los derechos y deberes fundamentales, y el artículo 15 a la cabeza del capítulo donde se concretan estos derechos, lo que muestra que dentro del sistema constitucional son considerados como el punto de arranque, como el *prius* lógico y ontológico para la existencia y especificación de los demás derechos». STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 3, *B.J.C.*, *cit.*, pág. 532.

con ellos se susciten³². La consideración de la vida excluye este planteamiento ya que, como se dirá a continuación, proteger la vida exige proteger al viviente en cuanto vive y, consiguientemente, atribuirle la titularidad del derecho a vivir con independencia de la forma en que dicho vivir se muestra. La opción elegida por el Tribunal Constitucional español ofrece una garantía de la vida humana en función de las distintas manifestaciones orgánicas del vivir y, al esquivar la reformulación del concepto iusprivatista de persona desde la perspectiva constitucional³³, contrariamente a lo que pretende, discrimina a los vivientes precisamente en función de sus vidas.

¿LA VIDA COMO ARTEFACTO?

No parece que sea necesario violar la «ley de la causalidad» de Hume³⁴, ni hacer un uso emocional del término Metafísica³⁵, para percibir la índole del vínculo existente entre vida y viviente, que se rebela ante cualquier intento de abstracción de la vida con carácter previo al vivir. Si la vida humana es el bien que el derecho identifica como objeto de protección, este vínculo indisociable fundamenta la extensión de la garantía constitucional de la vida humana a todos los vivientes de la especie con independencia de su manifestación vital, precisamente atribuyéndoles la titularidad de su de-

³² Valga como ejemplo la STC 170/1988, de 8 de junio, en la que, de manera abstracta, se define el alcance del derecho fundamental a la libertad de expresión de pensamientos, ideas y opiniones, en confrontación con el derecho fundamental al honor y a la propia imagen, dando protección máxima al primero en base a su vinculación con el reconocimiento y garantía de la opinión pública, ligada al pluralismo político como valor esencial del Estado democrático, motivo por el cual, dice la sentencia, las libertades reconocidas en el artículo 20 de la Constitución española están dotadas de una eficacia que trasciende a la propia de los demás derechos fundamentales. (B.O.E., 25 de junio de 1988, ponente: D. Eugenio Díaz Eimil).

³³ No faltan propuestas en este sentido. En su comentario a la tesis de Storch de Gracia, Pedro Femenía dice: «todo ello le lleva a la afirmación de la existencia de dos auténticos estados civiles: el *estado civil de nacido*, cuyo contenido está determinado por todos los derechos y obligaciones de que puede ser titular una persona nacida, y el *estado civil de concebido y no nacido*, cuyo contenido jurídico estaría determinado por la titularidad incondicionada de los derechos de la personalidad y condicionada de los derechos patrimoniales, ex artículos 29 y 30 del Código civil». FEMENÍA, P. J., <Status> jurídico del embrión humano, cit., pág. 91. La tesis comentada se encuentra en STORCH DE GRACIA Y ASENSIO, J., «Acerca de la naturaleza jurídica del concebido y no nacido», en *La Ley*, 1987, págs. 1100 y ss.

³⁴ La «ley de la causalidad» de Hume impide inferir normas a partir de la descripción de los hechos. Consecuentemente, de ninguna aserción del tipo «X es autoconsciente» o «X es capaz de sufrir y tener sentimientos» se puede derivar lógicamente «X es persona» o «X es sujeto moral». Según esta ley, se incurre en una confusión semántica si se sostiene que no se deben eliminar fetos o embriones porque la ciencia prueba que son seres humanos. ALARCÓN CABRERA, C., *Causalidad y normatividad*, Sevilla, MAD, 2001.

³⁵ En relación con el aborto voluntario, Pérez Royo dice que «el Estado no puede interferir (...) imponiéndole a las mujeres normas basadas en *creencias metafísicas* acerca del sentido de la existencia o del valor de la vida humana que ellas no pueden compartir». PÉREZ ROYO, J., «Derecho a la vida», cit., pág. 143 (la cursiva es mía).

recho a vivir, pues la vida no admite otra protección que la del viviente en cuanto vive.

La valoración normativa que implica atribuir una dignidad especial al ser humano se justifica por su *praxis* típica, que es la vida moral, y de esta valoración se extrae su condición de persona³⁶. Consecuentemente, la dignidad es el rango de la persona como tal³⁷, y sobre ella se resuelve el fundamento de los derechos humanos, del orden político y de la paz social³⁸. Sobre esta base se instala la polémica existente en torno a la distinción entre el concepto «biológico» de individuo humano y el concepto «normativo» de persona en relación con el fundamento del derecho a la vida³⁹.

Creo, sin embargo, que no es necesario referirse al concepto filosófico de persona para defender la especial dignidad de todos los individuos de la especie humana por el mero hecho de pertenecer a la misma según el criterio de la Biología empírica, pues dicha valoración encuentra también fundamento en una consideración atenta de la vida⁴⁰.

³⁶ «La dignidad se presenta, en último término, como la preeminencia o excelencia por la que alguien se resalta entre los otros seres, se identifica con el ser de la persona entendido éste como algo necesariamente dado en su estructura esencial metafísica y, a la vez, como algo que debe realizar». HOYOS CASTAÑEDA, I. M., *El concepto jurídico de persona*, Eunsa, Pamplona, 1989, pág. 360.

³⁷ GONZÁLEZ PÉREZ, J., *La dignidad de la persona*, Civitas, Madrid, 1986, pág. 24.

³⁸ Conviene notar que la Constitución utiliza el término persona ligado a la valoración de su dignidad: *La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social* (art. 10.1 CE).

³⁹ En sentido opuesto a otros autores que sostienen el estatuto ontológico de la condición de persona asociada a todo individuo humano (*vid.*, nota 36), Engelhardt distingue entre la persona en sentido estricto, como «entidad autoconsciente, racional, libre de escoger y en posesión de un sentido moral», y la vida biológica humana, en la que incluye a los recién nacidos, deficientes mentales graves, sujetos en estado vegetativo persistente y embriones o fetos. ENGELHARDT, H. T., *The Foundations of Bioethics*, Oxford University Press, Oxford, 1986, pág. 105.

⁴⁰ Sobre la base de una argumentación distinta a la que aquí se ofrece, Francesco Viola señala que la dignidad humana está ligada a la especie «como categoría de seres cuya realización consiste en la búsqueda y aplicación de normas morales», y su protección exige la tutela de cada uno que pertenezca a la misma: «No podemos hacer discriminaciones dentro de la especie entre los más fuertes y los más débiles, los más sanos y los más enfermos, los más inteligentes y los menos capaces. Todos los seres humanos, desde el embrión hasta el enfermo terminal, participan en todo caso de la misma *praxis* de vida. Puesto que el ser biológicamente hombre está ligado al valor de la vida moral, también ser hombre tiene un valor especial. Desde esta perspectiva no es en absoluto necesario apelar al concepto de persona para defender la dignidad del ser humano». VIOLA, F., *De la naturaleza a los derechos. Los lugares de la ética contemporánea*, cit., pág. 364. La división existente en la determinación de la noción de persona, a partir de presupuestos no compartidos de diversa extracción teórica, se ha juzgado irreconciliable hasta el punto considerarse un estorbo en el debate sobre la titularidad de los derechos humanos. PALAZZANI, L., «Person and Human Being in Bioethics and Biolaw», ejemplar mecanografiado de próxima publicación en DAVID C. THOMASMA (†) y Guillermo DÍAZ PINTOS (eds.), *Autonomy and Human Rights in Health Care: An International Perspective*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, The Netherlands (previsión 2005).

Al proporcionar una definición de vida, como se hace en la interpretación del artículo 15 por el Tribunal Constitucional español, aun reconociendo la dificultad de la tentativa⁴¹, y admitir su protección con intensidad variable según sus distintas manifestaciones orgánicas, se induce a pensar en la vida como una especie de fuerza externa a una porción de materia que la transforma en algo diferente, cuya característica fundamental consiste en la animación. El Tribunal se conforma con precisar que «la vida humana es un devenir, un proceso que comienza con la gestación, en el curso de la cual una realidad biológica va tomando corpórea y sensitivamente configuración humana, y que termina con la muerte; es un continuo sometido por efectos del tiempo a cambios cualitativos de naturaleza somática y psíquica que tienen un reflejo en el *status* jurídico público y privado del sujeto vital». En esta formulación hay una clara distinción entre una supuesta «realidad biológica» —un «sujeto vital»— y la vida como «proceso» o «devenir» de ese trozo de realidad antecedente⁴².

Este planteamiento, que a primera vista puede parecer aceptable, apela a un factor completamente conjetural que no alcanza a desvelar el estatuto real de la vida. Según el modo en que se formula parece una derivación de la corriente vitalista que se desarrolló a principios del siglo pasado como reacción contra el mecanicismo, en el que la vida se concibe como si fuera un volátil posado sobre la materia⁴³.

Es evidente que la identificación de la vida pasa por la identificación de un organismo —o una «realidad biológica» según la formulación del Tribunal— como la forma de existencia de un ser vivo individual, pero esta identidad orgánica no se basa en una identidad material: «Debido al metabolismo y al continuo intercambio entre el ambiente externo y el interno, la identidad del organismo es diferente de la identidad física: se trata de una identidad *sui generis*. Durante su vida un organismo cambia continuamente sus componentes materiales siendo, sin embargo, el mismo. La identidad biológica no se basa en la identidad física, si bien el organismo necesita esencialmente de sus componentes materiales (átomos, moléculas). No

⁴¹ Se reconoce que «la vida es un concepto indeterminado sobre el que se han dado respuestas plurívocas no sólo en razón de las distintas perspectivas (genética, médica, teológica, ética, etc.), sino también en virtud de los diversos criterios mantenidos por los especialistas dentro de cada uno de los puntos de vista considerados, y en cuya evaluación y discusión no podemos ni tenemos que entrar aquí». STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 5, *B.J.C.*, *cit.*, pág. 532.

⁴² *Ibid.*, *cit.*, FJ 5-a. En la misma línea se pronuncia la Exposición de Motivos de la Ley 35/1988 de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida.

⁴³ El «vitalismo» sostiene que en todas las formas de vida existe un factor intrínseco —evasivo, inestimable y no medible— que activa la vida. Hans Driesch, biólogo y filósofo alemán y principal precursor del vitalismo, llamaba a ese misterioso factor causal *entelequia*, que se hacía especialmente evidente en aspectos del desarrollo del organismo como la regulación, regeneración y reproducción. DRIESCH, H., *The Science and Philosophy of the Organism*, A. & C. Black, Londres, 1929.

existe una documentación física de su continua identidad: la identidad orgánica es la *identidad de una forma* (en el tiempo), no de una materia»⁴⁴. Y ello es así porque la vida está en el control formal de un movimiento. Un movimiento que es *vital* en cuanto se autorregula, y con ello se constituye en la unidad que hace posible identificar el organismo vivo⁴⁵.

Hay que precisar que la unidad del movimiento vital constitutivo del organismo no lo es al modo de una absorción controlada de elementos exteriores a él, pues no hay una instancia vacía *a priori*, sino que las funciones vitales del organismo se ejercen en cuanto que éste vive⁴⁶. La vida se muestra así como organismo *formalizando* las relaciones con lo distinto de ella: su hábitat o medio ambiente en el que el viviente vive.

Consecuentemente, la vida no se agota en su objetivación como organismo, pues el constitutivo esencial suyo es el vivir. Al estar en el movimiento hay una dimensión de la vida que en el nivel de la consideración objetiva no se advierte, y por ello no es un modo correcto de enfocar la vida intentar reducirla a un objeto de especulación⁴⁷. Aludiendo al organismo vivo, Hans Jonas señala que «su concreta integridad efectiva nos muestra que la materia en el espacio, pese a que por lo general solamente la experimentamos desde fuera, *puede* tener un horizonte interno, y que por ello su ser extenso no es necesariamente todo su ser»⁴⁸. La prioridad de la forma de la vida desde su interioridad anuncia que *la vida es siempre real*,

⁴⁴ COLOMBO, R., «Vida: de la Biología a la Ética», en Angelo SCOLA (ed.), *¿Qué es la vida? La Bioética a debate*, Encuentro, Madrid, 1999, pág. 163.

⁴⁵ Hans Jonas señala que la vida no es un *proceso ciego* que «se agote en una permutación mecánica de elementos indiferentes que, al seguir su curso, va depositando sus resultados causales en forma de especies y junto con ellas, de modo igualmente causal, da origen a las manifestaciones de lo subjetivo que se unen a los resultados físicos al modo de un subproducto tan enigmático como superfluo». JONAS, H., *El principio vida. Hacia una Biología filosófica*, Trotta, Madrid, 2000, pág. 13.

⁴⁶ En relación con la función nutritiva, por ejemplo, el viviente no lo es porque sea alimentado, sino que se alimenta por ser viviente. La alimentación no es una mera agregación según una ley, sino que la realiza él de forma que solo hay alimento en cuanto se integra en el movimiento del vivo.

⁴⁷ «La identidad concreta de un organismo no puede simplemente concebirse a partir de una forma definida abstractamente (un objeto eterno, como las formas geométricas), fijada y realizada de una vez para siempre y después conservada tenazmente durante millones de años como un cristal de diamante. Más bien, durante su vida, el organismo es un continuo agente en acción y su identidad es el resultado de un esfuerzo que se prolonga en el tiempo, la autocreación y el mantenimiento de una integridad particular mediante un continuo rendimiento; la identidad biológica es un atributo dinámico del hecho de ser ese organismo y no otro». COLOMBO, R., «Vida: de la Biología a la Ética», *cit.* pág. 161.

⁴⁸ JONAS, H., *El principio vida. Hacia una Biología filosófica*, *cit.*, pág. 40. El método analítico, que ha imperado con éxito en el estudio científico del mundo físico, ha dado también frutos abundantes aplicado a la biología molecular, pero presenta limitaciones serias como estrategia básica de investigación sobre los fenómenos vitales. Éstas se han abordado como el «problema de la reducción» de las ciencias de la vida a las ciencias fisicoquímicas. AYALA, F. J., DOBZHANSKY, T. (eds.), *Estudios sobre filosofía de la biología*, Ariel, Barcelona, 1983.

y que asignarle un tipo de realidad puramente ideal, como es la ficción «vitalista», resulta insuficiente. Y ello porque el viviente no se reduce a lo que aparece como su mostración orgánica, ya que dicha mostración depende primariamente de que él se mueva, y si no se mueve no puede ser objeto de conocimiento. Hay que concluir que, en atención a su realidad, en ningún caso la objetivación de la vida se separa o independiza del viviente mismo. La vida no puede ser considerada antes de su ser real, y esto quiere decir que *la vida es siempre un viviente*.

No ocurre igual con el artefacto, cuya realidad depende de un modelo planificado con antelación con respecto al cual es un *caso particular*⁴⁹. Lo más importante en el artefacto es precisamente lo que tiene de objetivo en el plano de la idea, del que su realidad empírica es una mera consecuencia⁵⁰. Por otra parte, justamente porque el viviente no está del todo en su expresión, se puede intentar averiguar algo de él y someterlo a experimentos para ver si ciertas hipótesis son válidas, pero a diferencia de las averiguaciones de la física sobre la materia inerte, el biólogo tiene que asumir la dinámica autónoma del organismo y, con ello, la predictibilidad de sus experimentaciones deja paso a la adivinación, y sus proyectos de investigación no sobrepasan la condición de una apuesta⁵¹. A ello se suma que en la

⁴⁹ Por analogía, antes señalé que en la determinación del ámbito de aplicación de los derechos se sigue esta dinámica operativa, la cual, como aquí se sostiene, no puede extenderse al derecho fundamental a la vida (*vid.*, nota 32).

⁵⁰ «En la construcción mecánica con materia muerta, la fabricación recorre todo el camino desde la materia prima hasta el producto acabado y lo compone enteramente a partir de piezas independientes. Tanto la estructura del todo como cada una de sus piezas está fabricada a voluntad conforme a los planes; lo único dado es la materia amorfa. Así pues, aquí la planificación y fabricación son totales. La técnica biológica en cambio intenta transformar las estructuras existentes. Su realidad autónoma y morfología siempre completa —los organismos correspondientes— son el dato precedente; su 'plan' (forma, organización) tiene que ser hallado, no inventado, para ser después objeto de 'mejora' inventora en cualquiera de sus encarnaciones individuales. Esto está ligado al margen de juego de un sistema de funciones alternativas interiores ya altamente determinado, bajo la condición de que se mantenga la capacidad para la vida (...) El resultado sólo es en una pequeña parte de su composición un artefacto, mientras principalmente sigue siendo la creación original de la naturaleza». JONAS, H., *Técnica, medicina y ética. La práctica del principio de responsabilidad*, Paidós, Barcelona, 1997, págs. 110-111.

⁵¹ «La biología, comparada con la física, no es una ciencia rigurosa, porque no tiene postulados ni hipótesis matemáticas con las que relacionar sus experimentos. De ahí que la investigación biológica acuda a la multiplicación de experimentos. Carece de un repertorio preciso de preguntas (no sabe lo que pregunta) debido a un déficit matemático. Para notar esta diferencia basta comparar el experimento de Michelson (que comprobó que la velocidad de la luz no se suma a otras) o la distribución de energía en el espectro del cuerpo negro (medida por Lummer) con el descubrimiento de la penicilina por Fleming (una feliz casualidad). La física sabe lo que quiere averiguar; los descubrimientos biológicos son, por decirlo así, sorpresas debido al indicado déficit matemático». POLO, L., *Introducción a la Filosofía*, Eunsas, Pamplona, 1995, págs. 131-132. En este sentido se pronunció el Premio Nobel Sydney Brenner en las Reuniones Internacionales de Biología celebradas en la Fundación Juan March en Ma-

investigación biológica el experimento se convierte siempre en una acción real, pues tiene lugar en el objeto original y auténtico en el más pleno de los sentidos⁵².

CONCLUSIÓN: EL DERECHO FUNDAMENTAL DEL VIVIENTE A SU PROPIO ORGANISMO

Las observaciones anteriores indican que la vida no puede ser considerada antes de su ser real, que es siempre el ser de un viviente, y, cabalmente, su tutela ha de recaer sobre el «ciclo vital» como la forma dinámica de existencia de un organismo⁵³. Si se concentra la protección en el organismo, considerado como bien jurídico en función de las fases de su desarrollo, se desconoce el ser profundo de la vida, que extravasa la categoría de *cosa*, pues su identidad no está clausurada dentro de unos límites fijados de antemano en una disposición legal⁵⁴. Por ello, la garantía constitucional de la vida exige atribuir al viviente la titularidad de un derecho fundamental a su propio organismo para no incurrir en discriminación entre los vivientes en función, precisamente, de una pretendida tutela de la vida, si es que esta se considera parte del «sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política»⁵⁵.

drid: «Creo que las ciencias biológicas han entrado en una nueva fase en su desarrollo. Sabemos que tenemos un inmenso poder que nos permite hacer descripciones completas acerca de cualquier cosa del mundo de los seres vivos, podemos obtener la secuencia de los genes de cualquier ser que ande, vuele o nade, pero, por supuesto, no entendemos nada (...) De manera que, a mi entender, el gran problema al que se enfrenta la Biología del siglo XXI es, de hecho, cómo convertir la información en conocimiento; porque conocimiento y comprensión son la misma cosa». *Boletín Fundación Juan March*, Mayo 2003, pág. 36.

⁵² «Lo que hay entre el comienzo y el fin definitivo del experimento es la vida real de individuos y quizá de poblaciones enteras. Esto aniquila toda distinción entre mero experimento y hecho definitivo. La consoladora separación entre ambos desaparece, y con ello la inocencia del experimento separado», JONAS, H., *Técnica, medicina y ética. cit.*, pág. 112.

⁵³ «Las características esenciales del ciclo vital del hombre pueden ser resumidas de la siguiente manera: la fertilización da comienzo al ciclo vital iniciando un período de desarrollo llamado embriogénesis en el que las diferentes células, los tejidos y los órganos se forman progresivamente a partir del organismo primordial de una célula (zigoto) mediante un proceso de división y diferenciación. Después del periodo de desarrollo fetal, en el parto se da luz a un neonato, que sigue desarrollándose y creciendo fuera del seno materno. Cuando se alcanza la madurez, a esta fase del ciclo vital sigue la senectud y la muerte. Después de la pubertad, durante el período de la madurez, la mujer y el hombre pueden tomar parte en el proceso reproductor que da comienzo a un nuevo ciclo vital. La vida humana del organismo individual se define dentro de su ciclo vital que es temporalmente limitado, es decir, tiene un principio y un final». COLOMBO, R., «Vida: de la Biología a la Ética», *cit.* pág. 161. GILBERT, S. F., *Development Biology*, Sinauer Associates, Sunderland, 2001.

⁵⁴ Se incurre en circularidad al reconocer el derecho del viviente a la vida si la vida es el viviente mismo.

⁵⁵ STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 4, *B.J.C.*, *cit.*, pág. 532.