

EL FRACASO DE LOS DERECHOS HUMANOS Y SU PROTECCIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO ESPAÑOL: EL PARADIGMA DEL ABORTO

POR

ESTANISLAO CANTERO (*)

Quiero agradecer a los organizadores de este *convegno*, singularmente a su director, el profesor Danilo Castellano, su invitación, tras la del pasado año, que me permite apreciar, nuevamente, tanto la cordial acogida de quienes se reúnen en torno al *Institut International d'Etudes Européennes «Antonio Rosmini»*, como la belleza de la ciudad y comarca de Bolzano.

Es necesario resaltar que es precisamente en la segunda mitad de este siglo, en el que la apelación a los derechos humanos parece ser la última razón del derecho y de las políticas gubernamentales, según una retórica permanente desconocida hasta ahora, con su consignación en todo tipo de declaraciones y convenios internacionales y Constituciones nacionales, con su proyección en un aparente sistema de protección de garantías jurídicas de toda índole (constitucionales, penales, procesales, políticas, laborales, etc...), cuando esos mismos derechos son continuamente despreciados y conculcados. Es una cuestión evidente, que Juan Pablo II ha denunciado con insistencia (1) y que se produce, de modo más escandaloso, en aquellas naciones en que su grado de

(*) Comunicación en el 33 Congreso Internacional del *Institut International d'Etudes Européennes «Antonio Rosmini»*, celebrado en Bolzano los días 6, 7 y 8 de octubre de 1994, sobre el tema *I diritti umani tra giustizia oggettiva e positivismo negli ordinamenti giuridici europei*, cuya crónica se publica en este mismo número.

(1) Cfr. JUAN PABLO II, *Reconciliatio et poenitentia*, 1.

«civilización» es más desarrollado. Porque me refiero especialmente a las sociedades modernas, al denominado «mundo occidental», donde se ha instalado una civilización de la muerte. Aunque no sea esta cuestión la única que muestra la inoperancia de los derechos humanos —no han servido para evitar la arbitrariedad del poder o la corrupción política (como acreditan en el orden interno buena parte de los países del sur de Europa) ni tampoco las guerras y conflictos nacionales e internacionales, ni para establecer un orden internacional justo— la necesaria brevedad de esta comunicación hará que me refiera exclusivamente al tema de la desprotección de la vida humana en un etapa del desarrollo del hombre, ceñido, además al caso español que, sin embargo, *mutatis mutandi* algunos aspectos de la legislación positiva, puede aplicarse a los demás países que han consentido y propiciado la muerte impune del *nasciturus*.

Hasta bien entrado este siglo prácticamente el derecho a la vida no fue recogido ni en Declaraciones de derechos ni en Constituciones. Es indudable que era innecesario por ser algo tan elemental que se sobreentendía, sin necesidad de consignarlo en ningún texto legal, por lo que ni siquiera requería discusión. Era resultado natural de la civilización cristiana.

Se ha escrito que «ha sido la experiencia histórica la que al mostrar la flagrante violación del derecho a la vida mediante prácticas tales como la supresión de vidas carentes de valor vital, exterminación de determinados grupos étnicos o religiosos y eliminación de los adversarios políticos, ha aconsejado como reacción, su expresa consagración, tanto en las declaraciones y Convenios internacionales sobre derechos humanos como en las modernas Constituciones» (2).

Así, por ejemplo, se consigna en la Declaración Universal de Derechos del Hombre de 1948, en la Ley Fundamental de la República Federal Alemana de 1949, en el Pacto Internacional

(2) GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO, «Derecho a la vida», en *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución Española de 1978*, Dirigidos por Oscar Alzaga Villaamil, FEDERSA, Madrid, 1984, tomo II, pág. 299.

de Derechos Civiles y Políticos de 1966, en el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de 1950, en la Constitución portuguesa de 1976 o en la Constitución española de 1978.

¿Sirve ese reconocimiento para proteger efectivamente el derecho o depende de algo más?

La Constitución española señala en su artículo 15 que «todos tienen derecho a la vida». La elaboración parlamentaria de este artículo no deja duda alguna que esa redacción final, con la palabra «todos» en lugar de «persona», incluyó la protección de la vida intrauterina, cerrando el paso a toda legalización del aborto (3). Sin embargo, la realidad ha mostrado que tanto la voluntad del constituyente como el propio derecho consignado en la *norma normarum* se quedó en mera pretensión fallida.

En la discusión parlamentaria quedó claro la voluntad de la mayoría, que fue la que permitió esa redacción: la vida del *nasciturus* quedaba protegida por dicho artículo y se cerraba el paso a toda posibilidad abortista. Sin embargo, en la propia discusión parlamentaria no faltaron las voces de la minoría —que se tornaría en mayoría tras las elecciones de 1982— que indicaron que, cualquiera que fuera la redacción que se diera al artículo, no se había cerrado el paso al aborto (4). E, incluso tras haber sido

(3) Cfr. JOAQUÍN BRAGE CAMAZANO, «Consideraciones críticas en torno a la Jurisprudencia constitucional en materia de abortos», *Verbo*, núm. 303-304 (1992), págs. 365-413; JOSÉ LOIS ESTÉVEZ, «La inincautabilidad política del derecho a la vida. El artículo 15 de la Constitución, ¿una trampa lógica?», *Verbo*, núm. 229-230 (1984), págs. 1.169-1.183.

La supresión de la palabra «persona» se hizo para evitar que, por no ser persona, según la tradición civilística, sino el ya nacido (artículo 29 del Código civil), pudiera argumentarse que el artículo 15 de la Constitución no amparaba al *nasciturus*. Sobre la insuficiencia del personalismo moderno, cfr. DANIELO CASTELLANO, «Il problema della persona umana nell'esperienza giuridico-politica: (I) Profili filosofici», *Diritto e Società* núm. 1 (1988), págs. 107-153.

(4) El socialista Zapátero Gómez señaló: «Creo que si Alianza Popular piensa que con este simple cambio de palabras queda constitucionalizada la prohibición del aborto, está equivocada, como estaría equivocada cualquier persona que pensara que porque en el texto figurara la palabra "per-

aprobada la redacción del artículo, tras el debate, no faltó quien, sin importarle la derrota, y en contra de toda práctica democrática constituyente, difirió la cuestión a la existencia de una nueva mayoría proabortista. Así, el diputado socialista Peces-Barba señaló: «desengañense sus señorías, todos saben que el problema del derecho es el problema de la fuerza que está detrás del poder político y de la interpretación. Y si hay un Tribunal Constitucional y una mayoría proabortista, *todos* permite una ley de aborto; y si hay un Tribunal Constitucional y una mayoría antiabortista, la *persona* impide una ley de aborto» (5).

Tenía razón Peces-Barba. Una vez que los socialistas triunfaron en las elecciones de 1982, introdujeron la liberalización del aborto en algunos supuestos mediante la introducción en el Código Penal del artículo 417 bis (6), tras una sentencia del Tribunal Constitucional en la que, salvo algunas apreciaciones sobre las garantías necesarias para una mayor eficacia del sistema establecido, daba luz verde al proyecto (7). Hoy, tras la legalización

sona" ya quedaba constitucionalizado el derecho al aborto», cit. en J. LOIS ESTRÉVEZ, *op. cit.*, págs. 1.172-1.173.

(5) Cit. en J. LOIS ESTRÉVEZ, *op. cit.*, págs. 1.175-1.176.

De ser así, supondría haber dejado en la indefinición total el primero de todos los «derechos» —lo que de manera expresa no hizo la mayoría parlamentaria en el correspondiente debate— y haber constituido bien poco, dejando para el posterior desarrollo legislativo, con sus posibles vaivenes —autorizando hoy lo que prohibirá mañana o al revés— algo esencial. Con todo, no se puede negar que la mayoría habría evitado todo problema —salvo por medio de la reforma constitucional—, si el texto de la Constitución hubiera prohibido el aborto voluntario o hubiera introducido un inciso incluyendo *nominatim* al *nasciturus* desde su concepción.

(6) Entre todas las obras que se publicaron en esa época, antes de dictarse la sentencia puede verse la obra colectiva *En defensa de la vida* (Edilibro, Madrid, 1983), con artículos de eminentes filósofos, juristas y médicos: JULIÁN MARIÁS, L. ZAMORANO SANABRIA, J. L. VELAYOS JORGE, F. REINOSO SUÁREZ, JOSÉ ANTONIO USANDIZAGA, JUAN VALLET DE GOYTISOLO, VÍCTOR MANUEL GARRIDO DE PALMA, FEDERICO TRILLO-FIGUEROA M.-CONDE, F. Díez MORENO, JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DEVESA, DAVID HERRERO y J. E. BUSTOS.

(7) Puede verse la sentencia, que fue la núm. 53/1985 de 11 de abril, en ANTONIO CANO MATA, *Sentencias del Tribunal Constitucional*, EDERSA,

del sistema de las indicaciones, se debate en España una ampliación del sistema, mediante el cual se pretende, prácticamente, la despenalización absoluta del aborto durante los tres primeros meses de embarazo.

¿Cómo es posible que esto pueda ocurrir con una Constitución en la que expresamente se consigna el derecho a la vida, incluido el del *nasciturus*, como exige la interpretación del precepto (8)? ¿Es que la Constitución es papel mojado?

No se puede negar, porque es evidente, que la Constitución tiene valor normativo propio, inmediato y directo, es aplicable por sí misma, según se desprende de sus artículos 9.1 (donde se consigna que los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución), 53.1 (donde se establece que los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo del título primero—donde está el artículo 15 que reconoce el derecho a la vida—vinculan a todos los poderes públicos), 53.2 (donde se establece la tutela judicial inmediata respecto a los derechos y libertades consignados en los artículos 14 a 29 y a la objeción de conciencia del 30) 161.1 a) y 164 (nulidad, por anticonstitucionalidad, de las leyes que le sean contrarias) y número 3 de su disposición derogatoria (deroga cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en ella, además de las anteriores Leyes Fundamentales que son objeto de derogación expresa en su número 1).

Con todo, pese a todas esas garantías, el legislador, refrendado por el Tribunal Constitucional, proyectó y consiguió dictar una ley «despenalizadora» del aborto. La realidad muestra, pues, que no ha servido de nada consignar en la Constitución el derecho a la vida. Con toda claridad queda de manifiesto al consentir impunemente la muerte de alguien tan inocente que ni siquiera puede defenderse por sí mismo. Pero se anuncia ya, también, en materia de eutanasia, pues el proyecto de nuevo Código penal

Madrid, 1985, tomo V-1.º, págs. 72-150, con sus votos particulares y un comentario de Cano Mata.

(8) No sólo la interpretación basada en la elaboración parlamentaria, cfr. las obras de J. Brage y J. Lois citadas en la nota (3) de esta comunicación.

—denominado comúnmente como Código de la democracia— prevé su cuasi despenalización dada la levedad de las penas previstas en su artículo 147.4: de seis meses a tres años.

Y es que la tesis que vengo sustentado, implícita en todo lo anterior, es que las declaraciones de derechos, las Constituciones, en fin la actual configuración de los derechos humanos, de nada sirven para lograr la protección eficaz de lo que teóricamente se pretendía con ellos, a causa de su falta de auténtica fundamentación, del positivismo imperante y de, lo que con aparente paradoja, podemos llamar, con Castellano, el «dogmatismo» de los que de su convicción subjetiva hacen el presupuesto de la acción política (9).

Efectivamente, en el caso de la Constitución española me parece de una claridad meridiana; con ella se ha verificado una mutación esencial respecto a la tradición jurídica nacional (10). En la situación anterior a la Constitución de 1978 el ordenamiento jurídico, como advirtió Federico de Castro, frente a todas las corrientes positivistas, se caracterizaba por acoger, con la expresión «principios generales del Derecho» —introducida en el Código civil de 1889—, «el valor fundamental reconocido a las normas no legisladas, en especial a las de Derecho natural» (11), con lo que se continuaba la tradición jurídica española (12). La Constitución actual, por el contrario, nació con vocación autosuficiente, y el ordenamiento jurídico español se pretende completo

(9) DANILO CASTELLANO, *La razionalità della politica*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 1993, pág. 172.

(10) Cfr. JAVIER NAGORE YÁRNOZ, «El cambio en el Derecho», en el volumen de varios autores *El cambio*, Speiro, Madrid, 1986, págs. 247-277; ESTANISLAO CANTERO, «Lugar de los principios generales del Derecho en la jerarquía de fuentes», en *Los principios generales del Derecho*, editorial Actas, Madrid, 1993, págs. 59-88.

(11) FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho Civil de España*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1949, 2.ª ed., Parte general, tomo I, pág. 419.

(12) En la tradición jurídica española, además de los principios de Derecho natural clásico, se incluía «la concepción católica de la vida» (F. DE CASTRO Y BRAVO, *op. cit.*, pág. 423) y FRANCISCO ELÍAS DE TEJADA subrayó

y cerrado. Hoy no hay más principios que los que se contienen en la Constitución y no cabe acudir para interpretarla más que a los valores y principios constitucionalizados. Por ello, un intérprete cualificado que fue Presidente del Tribunal Supremo y Presidente de las Cortes, Hernández Gil, no dudó en señalar que la concepción material del Derecho contenida en la Constitución y los valores que han de realizarse contenidos en su artículo 1.1 (13) debe efectuarse «conforme a criterios de justicia», pero al mismo tiempo, ha de hacerse «con interpretaciones procedentes del pluralismo político sin un monopolio ideológico» (14).

Sin embargo, para no caer en el absurdo de que cualquier cosa sea posible, incluso interpretaciones contradictorias que afectan a lo esencial, sería necesario que previamente se delimitase lo que se entiende por «criterios de justicia» y que las «interpretaciones procedentes del pluralismo político» se circunscribieran al marco de lo opinable o de lo indiferente, es decir, a las *determinaciones* del derecho, aquello que de alguna forma debe ser regulado, pero resulta indiferente que se haga de un modo o de otro (circular por la izquierda o por la derecha, plazos de prescripción, etc.). Dicho de otra forma, si previamente se reconoce un marco objetivo al que todas las interpretaciones deben sujetarse —diferente del proporcionado con el positivismo y su legalidad, puramente formal—, constituido por el reconocimiento de la naturaleza y un

que en consonancia con el segundo Principio de la Ley de Principio del Movimiento Nacional, «los principios inspiradores superiores de la legislación española son los de la doctrina de la Iglesia católica» («Los principios generales del derecho en el artículo 1 del Código Civil reformado en 1973», en el volumen de varios autores, *El Título Preliminar del Código Civil*, Academia matritense del Notariado-Edersa, Madrid, 1974, pág. 95; cfr. José de la Torre Martínez, «Los principios del Derecho natural y los principios tradicionales del Derecho», en *Los principios...*, *op. cit.*, págs. 161-188, especialmente 178-186).

(13) El artículo 1.1 «propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político».

(14) ANTONIO HERNÁNDEZ GIL, *Obras completas*, Espasa-Calpe, Madrid, 1988, tomo VII, pág. 532.

orden natural, que es lo que aporta el Derecho natural con su ontología y criteriología jurídicas.

No ocurre así con la Constitución española que ha arrojado fuera los principios del derecho natural (15); por ello, pese a consignar como un derecho fundamental el derecho a la vida y establecer en su artículo 10.2, que «las normas relativas a los derechos fundamentales se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España», no se garantiza el derecho a nacer protegiendo la vida del *nasciturus* mediante la penalización del aborto voluntario (16).

El Tribunal Constitucional español —que es un Tribunal «político» en su composición (17) en cuanto a su nombramiento y sujeto a las mayorías parlamentarias— aún reconociendo el derecho a la vida del *nasciturus*, señaló en su sentencia que la protección no deriva de que sea titular del derecho a la vida, sino de que constituye un bien jurídico constitucional. Con esa apreciación, unida a la afirmación de que no hay bienes y derechos constitucionalizados de carácter absoluto, el Tribunal justificó la despenalización, es decir, la legalidad de la muerte voluntariamente provocada, mediante la ponderación de un conflicto de intereses, bienes o derechos, que, en definitiva, atribuye a la madre el poder disponer de su hijo.

(15) Cfr. E. CANTERO, «Lugar de...», loc. cit., págs. 75-78 y 82-86; MIGUEL AYUSO TORRES, «Principios generales del Derecho, Derecho natural y Constitución», en *Los principios...*, op. cit., págs. 109-124, en especial 116-121.

(16) No se objete a esta afirmación que el aborto voluntario continúa penado en el Código penal y que el sistema de indicaciones no hace más que despenalizarlo en algunos supuestos, siendo ésta la excepción a aquella regla general, como han hecho diversos penalistas partidarios de la despenalización. Tras la reforma, ¡lo excepcional será castigarlo!

(17) Según el artículo 159 de la Constitución, se compone de 12 miembros nombrados por el Rey; de ellos, cuatro a propuesta del Congreso, cuatro a propuesta del Senado, dos a propuesta del Gobierno y dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial. Se nombra entre Magistrados, Fiscales, Profesores de Universidad, funcionarios públicos y Abogados.

Hubiera bastado con acudir a una interpretación basada en los principios generales del Derecho para dictar una sentencia contraria o para no preparar y presentar un proyecto de Ley con ese contenido. Pero tal interpretación parece vedada. Como advertía Maciá, «por obra de una norma jurídica, un hecho que corresponde ser prohibido, ilícito y punible, se convierte en un hecho permitido, lícito y protegido»; y añade el mismo autor: «Esta aberración es posible porque es producto de un uso degenerado del poder del Estado» (18).

Es obvio que por el tiempo, necesariamente breve de esta comunicación, no se puede entrar en cuestiones como por qué desde el momento de la concepción hay vida humana que debe ser protegida y debe prohibirse la manipulación genética (19) o por qué razón es falso que unas vidas humanas son más valiosas que otras (20), o por qué se impone a los médicos la obligación

(18) RAMÓN MACIÁ MANSO, «las degeneraciones del poder frente al aborto», *Verbo*, núm. 215-216 (1983), págs. 519-550, cit., págs. 534 y 536.

(19) Cfr. JOSÉ MIGUEL SERRANO RUIZ-CALDERÓN, *Cuestiones de bioética*, Speiro, Madrid, 1992, 2.ª ed., págs. 87-129; JÉRÔME LEJEUNE, «Las manipulaciones genéticas: los aprendices de brujo», *Verbo*, núm. 189-190 (1980), págs. 1.201-1.222; MARÍA DEL CARMEN FERNÁNDEZ DE LA CIGÜÑA, «Bioética y tecnocracia», *Verbo*, núm. 315-316 (1993), págs. 505-526 y «La dignidad de la persona en la legislación genética española», *Verbo*, núm. 323-324 (1994), págs. 345-360.

(20) Así indirectamente parece con algunas opiniones, como las del catedrático de Derecho Penal Rodríguez Mourullo, cuando afirma, al hablar de la vida del concebido no nacido y la llamada vida humana independiente, que «la plena equiparación iría contra la propia naturaleza de las cosas» (*op. cit.*, pág. 305), o cuando de la distinta penalidad con que se castiga el aborto y el homicidio en el Código penal, se deduce que «se atribuye a la vida del *nasciturus* un valor menor que a la vida del hombre ya nacido» (*op. cit.*, pág. 305); por la misma razón, observa a este argumento Brage, la vida del hombre común tendría menos valor que la vida del Jefe del Estado, cuya protección penal es mayor (el homicidio del Jefe del Estado está penado más gravemente), lo que, es evidente, resulta insostenible (*op. cit.*, págs. 375-376).

También se argumenta que «debe tenerse en cuenta que la protección de los derechos —incluso la del primario y fundamental de la vida— tiene límites, en cuanto coexisten con otros con los que pueden colisionar o en-

de practicar el aborto para satisfacer el «derecho» de la madre (21). Tan solo me refiero al fracaso de los derechos humanos para garantizar el objeto teóricamente propuesto, en este caso específico, la protección completa de la vida humana.

Esa incapacidad procede de que toda fundamentación del Derecho ajena a un planteamiento trascendente (22) que tiene su última raíz en Dios (23), autor de la naturaleza y del orden natural, resulta del todo inadecuada para regular la convivencia humana de hombres libres y responsables de sus actos.

Por no remontarnos demasiado en la historia, su génesis viene de lejos y se desarrolla en el seno del pensamiento moderno, subjetivista e individualista; ese pensamiento moderno que adquiere carta de naturaleza en el período que Hazard denominó «la crisis de la conciencia europea» (24), a caballo entre los siglos XVII y XVIII, y que fue imponiéndose en Europa a partir del siglo XIX (25) y que hoy impera, pese a todos sus fracasos.

tratar en conflicto» (RODRÍGUEZ MOURULLO, *op. cit.*, pág. 305). Y se añade el argumento siguiente: «desde este punto de vista cabe decir que no hay derechos absolutos y que ni siquiera el de la vida lo es, como lo prueba el propio artículo 15 de la Constitución al establecer una expresa salvedad a la abolición de la pena de muerte» (RODRÍGUEZ MOURULLO, *op. cit.*, págs. 305-306). El catedrático de derecho penal, omite algo esencial para que su argumento comparativamente, fuera mínimamente válido. El que la pena de muerte se impusiera al inocente, es decir, a quien no hubiera cometido delito alguno; o que en virtud de esa excepción se permitiera matar, sin necesidad de proceso penal alguno, a una persona. El derecho a la vida del inocente es absoluto frente a cualquier otro derecho humano, porque el hombre no puede disponer de su propia vida y, menos aún, de la de otro.

(21) El hecho de que se admita —donde así ocurra— la objeción de conciencia del médico y demás personal sanitario, demuestra que para estas personas, se constituye como una obligación su directa e imprescindible contribución a la muerte del concebido.

(22) Cfr. JUAN VALLET DE GOYTISOLO, *Metodología Jurídica*, Civitas, Madrid, 1988, c. III, págs. 79-102.

(23) Cfr. E. CANTERO, *La concepción de los derechos humanos en Juan Pablo II*, Speiro, Madrid, 1990, en especial, págs. 95-105.

(24) PAUL HAZARD, *La crise de la conscience européenne*, Gallimard, 1968 (2 vol.).

(25) Cfr. P. HAZARD, *El pensamiento europeo en el siglo XVIII*,

En lo que aquí nos interesa, en el plano moral, al desligar la moral de la religión revelada, al prescindir del cristianismo, intentando una moral «natural», «meramente humana», y al mismo tiempo, rechazar una naturaleza humana objetiva y no imaginada según el hipotético estado de naturaleza —bien fuera el de Hobbes, el de Locke o el de Rousseau—, dio paso a la concepción de la moral autónoma, que no es otra cosa que la desaparición de toda moral verdadera.

En el plano político alumbró la concepción del Estado totalitario, aun en su forma democrática (26); que ya no se configura como comunidad política, sino como coexistencia de individuos en sociedad, y en donde el bien común, como ha subrayado recientemente Danilo Castellano, carece de sentido (27); concepción a la que no escapa el moderno Estado de Derecho, pues éste, como advierte Vallet, es absoluto y totalitario (28). Derrumbado estrepitosamente el socialismo real (29), parece que sólo queda

Guadarrama, Madrid, 1958; DANIEL MORNET, *Les origines intellectuelles de la Révolution française, 1715-1787*, La Manufacture, Lyon, 1989; ERNST CASSIRER, *La philosophie des Lumières*, Fayard (Argonauta), París, 1986; BERNARD GROETHUYSEN, *Philosophie de la Révolution française*, Gallimard, 1982.

(26) Cfr. E. CANTERO, «Evolución del concepto de democracia», trad. italiana «Evoluzione del concetto di democrazia», *Quaderni di Cristianità*, anno I, núm. 3 (1985), págs. 14-33; M. AYUSO TORRES, «El totalitarismo democrático» y J. VALLET DE GOYTISOLO, «Ideología o participación», todos ellos en el volumen de varios autores *¿Crisis en la democracia?*, Speiro, Madrid, 1984, págs. 5-35, 121-154 y 63-91 respectivamente.

(27) D. CASTELLANO, «Objeción de conciencia y pensamiento católico», *Verbo*, núm. 311-312 (1993), págs. 41-62, cit., pág. 58.

(28) Como indica Vallet, «ha transformado su poder en absoluto, al haberse emancipado de todas las normas religiosas y naturales y al convertir el derecho en emanación suya»; «y se ha hecho totalitario (...) al abarcar todos los ámbitos de la vida y absorber todas las funciones sociales, tanto más cuanto más le guían afanes de transformar la propia sociedad y al hombre mismo» en «El Estado de Derecho», *Verbo*, núm. 168 (1978), págs. 1.035-1.059, cit. pág. 1.047, trad. italiana «Il moderno Stato di diritto», trad. it., *Cristianità*, anno XX, núm. 201-202 (1992).

(29) Cfr. LUIS MARÍA SANDOVAL, *Cuando se rasga el telón*, Speiro, Madrid, 1992; CONSUELO MARTÍNEZ-SICILUNA Y SEPÚLVEDA, «Al final de la

un sistema en el que se trata de combinar una concepción del Estado como enemigo o al menos «sospechoso» ante las libertades del hombre —nacido de la mentalidad individualista consolidada en el siglo XIX—, cuya finalidad estriba en salvaguardar los derechos humanos que se alzan como límite a su poder, con otra, heredera del socialismo, que pretende suministrar los denominados «derechos sociales».

En el plano jurídico, desligó el derecho de la moral, rechazó la naturaleza y el orden natural y fundamentó el positivismo, puro relativismo, donde el derecho desaparece como tal, al ser irrelevante la justicia y confundirse tanto aquel como ésta, con la ley (30); la ley ya no es más que la expresión de un puro voluntarismo, bien sea de uno, de pocos o de muchos (31). Así, la legitimidad, entendida como adecuación a un orden moral y jurídico objetivo, desaparece y es sustituida por la legalidad, entendida como mera conformidad con lo que se establece como ley de modo formalmente correcto (32).

Es en ese caldo de cultivo de la mentalidad intelectual del siglo XVIII en el que se generan «los derechos del hombre» (33) que han llegado a nuestros días carentes de verdadera fundamentación, sin que la pretensión de lograr un acuerdo por vía de consenso sirva para otra cosa que establecer un mínimo coinci-

utopía», *Verbo*, núm. 303-304 (1992), págs. 313-332; E. CANTERO, «Propiedad y orden político», II,2, en el volumen de varios autores *Propiedad, vida humana y libertad*, Speiro, Madrid, 1981, págs. 169-179.

(30) Cfr. MAURO RONCO, «Diritto naturale e diritto positivo nell'enciclica "Veritatis splendor"», *Cristianità*, anno XXII, núm. 230-231 (1994), págs. 5-14.

(31) Cfr. J. VALLET DE GOYTISOLO, *Estudios sobre fuentes del derecho y método jurídico*, Montecorvo, Madrid, 1982, págs. 572-585, 961-966, 1.017-1.022.

(32) C. MARTÍNEZ-SICLUNA Y SEPÚLVEDA, *Legalidad y legitimidad: la teoría del poder*, Actas, Madrid, 1991, 2.ª ed.; sobre la validez del Derecho en las teorías modernas, MARÍA JOSÉ FALCÓN Y TELLA, *Concepto y fundamento de la validez del derecho*, Civitas, Madrid, 1994, págs. 127-292.

(33) Cfr. E. CANTERO, *La concepción...*, ed. cit., págs. 21-30 y «La Revolución francesa: recapitulación historiográfica», *Aportes*, núm. 12 (1990), págs. 20-29.

dente —por ello insuficiente en su contenido—, efímero y relativista (34). Por ello, la pretensión de incorporar un orden objetivo de valores al ordenamiento jurídico resulta imposible.

Ante el desarrollo que han tenido los derechos humanos no ha de extrañar que haya sido desde la perspectiva del derecho natural clásico —que básicamente comparto—, desde la cual se han formulado las críticas más duras y fundadas. No porque se rechace la dignidad humana, la naturaleza del hombre ni la cosa en que consisten muchos de ellos, ni su operatividad; sino por todo lo contrario, porque son formulaciones mal hechas de las tendencias naturales del hombre. Así resulta en dos de los críticos más representativos en esta materia, Michel Villey (35) y Juan Vallet de Goytisolo (36).

La solución al problema no puede encontrarse más que en el retorno al derecho natural clásico, abandonando la concepción subjetivista del derecho y admitiendo que el derecho es algo objetivo, la misma cosa justa, lo justo en concreto en una relación determinada. Para ello es presupuesto necesario admitir la existencia de una naturaleza, en la que se incluye también al hombre en toda su dimensión material y espiritual, y de un orden natural, que quedan fuera del ámbito de lo opinable, que el hombre debe esforzarse en descubrir y en ceñir su comportamiento a él.

Con ello, en lugar de establecer la convivencia humana en la

(34) Cfr. CARLOS I. MASSINI-CORREAS, *Los derechos humanos. Paradoja de nuestro tiempo*, Alfabetá impresores, Santiago de Chile, 1989, c. IV y VI, págs. 75-83 y 101-110; E. CANTERO, *La concepción...*, ed. cit., págs. 30-38.

(35) MICHEL VILLEY, *Leçons d'Histoire de la Philosophie du Droit*, Dalloz, París, 1962, págs. 161-164; *Le droit e les droits de l'homme*, PUF, París, 1983.

(36) J. VALLET DE GOYTISOLO, «El hombre, sujeto de la liberación (referencia a los denominados derechos humanos)», en el volumen de varios autores *La verdadera liberación* (Homenaje a Michele Federico Sciacca), Speiro, Madrid, 1988, págs. 113-138; *Metodología de las leyes*, Edersa, Madrid, 1991, págs. 463-475.

Cfr. M. AYUSO TORRES, «La visión revolucionaria de los Derechos del Hombre como ideología y su crítica», *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 20 (1989), págs. 279-298.

reivindicación de los derechos, que parece ser, hoy, su centro de gravedad, se anclará en el cumplimiento del deber —en el caso del aborto, en el deber de la madre y de la sociedad en asegurar el nacimiento del niño—, de los diversos deberes, que es lo que constituye el vínculo más efectivo para el logro del bien común, ya que difícilmente los sacrificios que esto exige pueden aceptarse por vía reivindicatoria de los derechos de cada cual. Con ello, con el cumplimiento del deber, encontrarán satisfacción los derechos de todos, a quienes se les habrá dado lo suyo.

Como señaló en este mismo lugar en el *convegno* de 1984 Darío Composta, «il diritto naturale tomistico è il diritto della civiltà umana per essenza» (37); es a esta concepción a la que hay que volver, si queremos que los derechos humanos, se utilice o no este lenguaje, tengan verdadero contenido y signifiquen algo concreto. Se trata de abandonar la senda de ese proceso de secularización —caracterizado por el rechazo de todo vínculo sobrenatural y la absoluta independencia del hombre respecto a Dios (38)— y retornar a la raíz cristiana, como con tanta constancia y, desgraciadamente tan poco éxito, nos exhorta Juan Pablo II.

Síntesis.

Partiendo de la comprobación de que la consignación del derecho a la vida en la Constitución española no ha servido para cerrar la puerta al aborto, se indaga en las razones de esta para-

(37) DARIO COMPOSTA, «L'avvenire del diritto naturale», en la obra de varios autores, *Spirito e tecnica nel presente e nel futuro*, Tipografia La Litografica, Bolzano, 1984, pág. 130.

(38) Sobre diversos aspectos jurídicos de la secularización, cfr. el volumen de varios autores, *Esperienza giuridica e secolarizzazione*, Giuffrè, Milán, 1994; en especial sobre, el proceso de secularización en la génesis del Estado moderno y sus consecuencias, cfr. PIETRO GIUSEPPE GRASSO, «Stato moderno e Diritto costituzionale prodotti della secolarizzazione», *últ. op. cit.*, págs. 321-336.

doja, observando que sus motivos se encuentran en la génesis y desarrollo del pensamiento moderno y en la concepción actual de los derechos humanos, incapaz para garantizar su objeto, y se concluye con la necesidad de retornar, en lo jurídico al derecho natural clásico, y en lo social y político a la raíz cristiana con que se formaron las naciones de Europa.