

LA AUTODETERMINACIÓN INDIVIDUAL EN LA EVOLUCIÓN DE LA CODIFICACIÓN Y LA JURISPRUDENCIA DE LAS CORTES CONSTITUCIONALES

José Joaquín Jerez

1. El libre desarrollo de la personalidad del hombre como negación del problema moral

La autodeterminación del individuo no se encuentra expresamente mencionada con estos precisos términos en los ordenamientos constitucionales contemporáneos, que sí establecen en cambio las premisas a partir de las cuales, andando el tiempo, los legisladores de los diferentes países y la jurisprudencia de las cortes constitucionales han terminado por admitir aquélla. Tras la segunda guerra mundial, los textos internacionales, con la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 a la cabeza, y las constituciones de los principales países democráticos reconocieron de forma mayoritaria «el libre desarrollo de la personalidad» del hombre como algo inherente a su propia dignidad y consecuencia de ésta. Este reconocimiento ha llegado hasta nuestros días bajo formulaciones dogmáticas no siempre coincidentes: en unos casos se articula como un «derecho» al libre desarrollo de la personalidad –así, en Alemania (art. 2.1), Grecia (art. 5.1) o Portugal (art. 26.1), entre los países europeos, o en Colombia (art. 16), dentro del continente americano– y en otros como un «principio» interpretativo –así, en Italia (arts. 2 y 3) o en España (art. 10.1).

Con independencia de la formulación dogmática elegida en cada caso, el reconocimiento del libre desarrollo de la personalidad ha tenido consecuencias sustancialmente

idénticas en todos los sistemas constitucionales. La más inmediata y aparente ha sido la consagración de una serie de libertades individuales en las constituciones internas y en los tratados internacionales, tales como como la libertad ideológica y religiosa, la libertad y seguridad personal, la libertad de residencia y circulación, la libertad de reunión y manifestación, la libertad de expresión o la libertad de educación, por sólo citar algunas (1). Pero, al margen de estas concretas libertades, el protagonismo atribuido al libre desarrollo de la personalidad ha tenido una segunda derivada mucho más importante, a saber: la asunción de que el individuo tiene la posibilidad de autodeterminarse en cualquier ámbito, es decir, de que puede tomar todas aquellas decisiones que considere pertinentes en el curso de su propia vida, sin otros límites o condicionamientos que los establecidos por el ordenamiento jurídico estatal (2). La autodeterminación personal, así entendida, constituye una interpretación radical de la libertad y autonomía individuales que corresponden a cada hombre por naturaleza. De acuerdo con esta interpretación, la licitud de las acciones humanas no depende de que las mismas sean justas, sino de que no transgredan las reglas convencionalmente fijadas para garantizar una convivencia pacífica. Un ejercicio eventualmente arbitrario de la libertad y la autonomía personales, pero conforme con la norma positiva, encontraría amparo en la autodeterminación, de acuerdo con el significado que a este concepto se atribuye en el constitucionalismo contemporáneo.

Desde mediados del siglo pasado, el proceso de afirmación de la autodeterminación personal se ha desenvuelto de

(1) Antonio-Enrique PÉREZ LUÑO, *Los derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos, 4ª ed., 1991, pág. 177.

(2) La configuración jurídica del libre desarrollo de la personalidad como «principio» o «derecho» tiene trascendencia en el orden jurídico procesal, pues sólo si se encuentra reconocido como derecho será posible ejercer, en caso de vulneración del mismo, la correspondiente acción de tutela ante la jurisdicción constitucional. En cambio, cuando se trata de un principio, como sucede en España, no cabe ejercitar dicha acción, salvo que sea violada alguna de las concretas libertades que lo desarrollan y a las que la constitución interna otorga la categoría de derecho fundamental (Sentencia del Tribunal Constitucional 37/2011, de 28 de marzo, FJ 2º).

forma gradual, con sus avances y retrocesos –aunque más lo primero que lo segundo–, en dos grandes etapas:

- En la primera, la autodeterminación se interpreta y aplica siguiendo en buena medida los criterios del voluntarismo contractualista de génesis liberal que está en la base del Estado mismo. Los ciudadanos gozan de un ámbito de autonomía personal exento de las injerencias de los poderes públicos dentro del cual pueden actuar libremente. La autonomía del individuo no es así fuente de derechos frente al Estado, sino el título que le habilita para una actuación lícita (*agere licere*) en un marco previamente definido por la legislación aplicable y que, a impulsos de la presión política y social, se va ensanchando progresivamente.
- En la segunda etapa, la autodeterminación va a desbordar los límites propios de la ideología liberal, ejerciéndose frente al Estado mismo. El individuo ya no sólo se considera facultado para hacer todo aquello que no está prohibido por el ordenamiento jurídico, sino que se arroga el derecho a hacerlo, exigiendo al Estado que reconozca y garantice ese derecho.

La reivindicación de la libre autodeterminación personal no supone en última instancia un mero retorno al liberalismo, por más que en los inicios de este proceso se utilicen las categorías propias de éste, seguramente de un modo estratégico. Las diferencias entre el voluntarismo individualista subyacente en las primeras constituciones modernas y la autodeterminación personal auspiciada por los textos de última generación son ostensibles. En la época liberal, el Estado era el señor del derecho y, en cuanto tal, marcaba unas reglas de juego que todos debían respetar: la autonomía individual estaba garantizada dentro de dicho ámbito. La autodeterminación contemporánea pretende, en cambio, convertir al individuo en origen y medida de sus propios derechos y obligar al Estado a aceptarlos, ya sea levantando las prohibiciones o sanciones existentes en relación con determinadas conductas, ya sea reconociendo tales derechos de forma expresa en el ordenamiento positivo.

La finalidad última de este proceso excede, como es obvio, del ámbito estrictamente jurídico. Con la autodeter-

minación no se pretende tan sólo garantizar al individuo una inmunidad de coacción frente a los poderes públicos o reconocerle unos derechos frente al Estado, sino llevar a sus últimos extremos los postulados de una moral autónoma de estirpe kantiana. La libertad individual en la era de la autodeterminación es una libertad sin consecuencias en el orden moral desde el momento en que la voluntad del hombre, la propia conciencia, es la única instancia de legitimación de las propias decisiones. La dignidad humana que está en la base de toda libertad «es –dijo nuestro Tribunal Constitucional en una de sus primeras decisiones con trascendencia para el asunto analizado– un valor espiritual y moral inherente a la persona que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás» (Sentencia 53/1985, de 11 de abril, FJ 8º). De este modo, el juicio moral ya no recae sobre el resultado de la acción –lo propio de la moral sin adjetivo, ahora llamada heterónoma– sino sobre la imputabilidad de ésta, valorando únicamente que el individuo haya adoptado su decisión de forma voluntaria y conociendo y aceptando sus resultados, con independencia de cuáles sean éstos. A eso se reduce la exigencia de una autodeterminación consciente y responsable para la que no existe límite alguno, ni siquiera en la propia realidad constitutiva del ser que el sujeto agente aspira a transformar y adecuar a sus propias convicciones. La autodeterminación personal se ha convertido así en una suerte de franquicia moral.

En la actualidad, el proceso descrito se encuentra en una etapa de máximo apogeo, con el principio de autodeterminación personal convertido en punta de lanza contra el Estado mismo, una vez superado el estadio inicial en el que, dentro de la ortodoxia liberal, la autodeterminación del individuo se desplegaba únicamente dentro del espacio conferido por el Estado. El análisis de estas dos etapas, a las que nos hemos referido anteriormente, responde a cánones comunes que están presentes en la legislación y la jurisprudencia de las cortes constitucionales e internacionales y, en particular, en algunas decisiones relevantes del Tribunal

Constitucional español y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, en lo que sigue, se tomarán como botón de muestra del estado de cosas existente.

2. La autodeterminación en clave liberal de la primera época: un equilibrio entre individualismo y estatismo

Durante la segunda mitad del siglo XX, con la mirada puesta en las experiencias totalitarias pasadas y presentes, los Estados occidentales permitieron el avance del individualismo en todo aquello que no afectara al cumplimiento de sus propias prerrogativas, al calor de las doctrinas filosóficas, políticas y económicas procedentes del mundo anglosajón en aquel momento triunfante. Este avance, justificado en una determinada concepción de la dignidad del hombre como individuo autónomo y autosuficiente, se hizo a costa de sacrificar bienes jurídicos de indudable valor en lugar de buscar una coexistencia entre ellos. La autodeterminación personal se fue así abriendo camino por vía legislativa y jurisprudencial en cuestiones que, aun perteneciendo al ámbito de las relaciones *inter privados*, gozaban de gran trascendencia social.

A esta lógica respondieron las corrientes despenalizadas de determinadas conductas que habían sido objeto de sanción penal hasta bien entrada esa centuria. La cuestión del aborto, muy debatida, es particularmente ilustrativa a este respecto. Como es bien conocido, en la década de los setenta, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos declaró la inconstitucionalidad de las leyes estatales que penaban el aborto y admitió que las mujeres pudieran interrumpir su embarazo durante las doce primeras semanas, argumentando que el respeto a su privacidad impedía la prohibición del aborto antes del término en que el feto pudiera considerarse viable (*Roe vs. Wade*, 1973). Este mismo camino fue seguido dos años después en Francia, donde, siguiendo el ejemplo norteamericano, se abrió la puerta a la interrupción voluntaria del embarazo antes de las doce primeras semanas (1975). En cambio, en otros países como Alemania (1974), Italia (1978) o España (1985), la despenalización del aborto se circunscribió a una serie de supuestos –defectos del feto,

riesgo para la vida de la madre y violación— que debían concurrir necesariamente cualquiera que fuera el periodo de gestación, es decir, incluso durante las primeras doce semanas. Cualquiera que fuera el sistema elegido, el aborto pasó de ser una conducta penalmente punible en todo caso a convertirse en una conducta no prohibida o permitida si se quiere, pero no propiamente en un derecho. Así se aprecia de manera más clara en aquellos ordenamientos que optaron por un sistema de indicaciones, reconociendo la posibilidad de interrumpir voluntariamente el embarazo en ciertas situaciones en los que —como dijo el Tribunal Constitucional español— existe un conflicto de bienes jurídicos que «no puede contemplarse tan sólo desde la perspectiva» de una de las partes, sino que es preciso «ponderar en función del supuesto planteado, tratando de armonizarlos si ello es posible o, en caso contrario, precisando las condiciones y requisitos en que podría admitirse la prevalencia de uno de ellos» (Sentencia 53/1985, de 11 de abril, FJ 8º) (3). Incluso en aquellos países en los que se implantó el sistema de plazos, la legalización de la interrupción voluntaria del embarazo se enmarcó en la lógica de su despenalización y no en la de la regulación de un auténtico derecho subjetivo. Cuestión distinta es que, se reconociera o no un derecho, el resultado fue que el aborto se convirtió en un práctica libre, también en el sistema de supuestos. Pero en el plano estrictamente intelectual, que es el que ahora importa, las coordenadas ideológicas en que se planteó el problema del aborto —y otros de similar relevancia para el fortalecimiento y desarrollo de la autonomía individual— no eran aún las que actualmente conocemos.

En efecto, la autodeterminación personal no se tradujo durante estos años tanto en la atribución de nuevos derechos ejercitables *erga omnes* como en una ampliación de la libertad de actuación del individuo. El ordenamiento del Estado y la jurisprudencia de sus Tribunales se limitaron a otorgar

(3) Sobre el caso español, vid. Juan Bms. VALLET DE GOYTISOLO, «Consideraciones jurídicas acerca del proyecto de despenalización del aborto en algunos supuestos», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (Madrid), vol. 87, núm. 255 (1983), págs. 441 y sigs.; asimismo, vid. Miguel AYUSO y Rafael BOTELLA, «Consideraciones sobre el proyecto del ley de despenalización del aborto», *Verbo* (Madrid), núm. 221-222 (1984), págs. 205 y sigs.

expresa cobertura jurídica a conductas hasta entonces prohibidas. El individuo podía realizar tales conductas, pero carecía del derecho de exigir a los poderes públicos que se involucrasen en su práctica o le garantizaran en todos los casos su realización, especialmente si entraba en colisión con los fines propios del Estado. Aunque en algunas cuestiones –como la apuntada del aborto– se evolucionó de manera temprana hacia un progresivo reconocimiento de derechos, el alcance de la autonomía individual estaba todavía circunscrito en términos generales a los límites impuestos por el ejercicio de las prerrogativas estatales, a las que no podía condicionar.

Así se encargó de recordarlo el Tribunal Constitucional español a propósito de un asunto en el que se discutía si era constitucionalmente admisible que la Administración penitenciaria procediera a la alimentación forzosa de los miembros de una organización terrorista que, encontrándose en prisión, habían comenzado una huelga de hambre como protesta frente a la política de dispersión de presos en diferentes cárceles puesta en marcha por las autoridades españolas con el fin de conseguir el debilitamiento de la organización. Los presos plantearon una acción de tutela, conocida en nuestro país con el nombre de recurso de amparo, alegando que la decisión estatal de alimentarles forzosamente violaba sus derechos fundamentales y, en particular, el derecho a disponer de su propia vida en la forma que mejor les pareciera. El recurso fue desestimado con un doble argumento (Sentencias 120/1990, de 27 de junio; 137/1990, de 19 de julio; 11/1991, de 17 de enero):

- En primer lugar, el Tribunal consideró que, si bien la decisión de una persona de poner fin a su propia vida constituye una manifestación de su libertad individual que no se encuentra prohibida por el ordenamiento jurídico, no existe un derecho subjetivo a que los poderes públicos presten su colaboración para hacer efectiva dicha decisión:

«El derecho a la vida tiene un contenido de protección positiva que impide configurarla como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte. Ello no impide, sin embargo, reconocer que, siendo la vida un bien de la persona que se integra en el círculo de su libertad, pueda aquélla fáctica-

mente disponer sobre su propia muerte, pero esa disposición constituye una manifestación del *agere licere*, en cuanto que la privación de la vida propia o la aceptación de la propia muerte es un acto que la ley no prohíbe y no, en ningún modo, un derecho subjetivo que implique la posibilidad de movilizar el apoyo del poder público para vencer la resistencia que se oponga a la voluntad de morir, ni, mucho menos, un derecho subjetivo de carácter fundamental en el que esa posibilidad se extienda incluso frente a la resistencia del legislador».

- En segundo término, el Tribunal observó que los terroristas, al seguir una huelga de hambre, no buscaban su propia muerte sino conseguir, con riesgo para su vida, la rectificación de la política pública de dispersión de presos, lo que entraba en colisión con el legítimo ejercicio de las competencias de la Administración penitenciaria y, en particular, con el deber de ésta de salvaguardar la salud de los presos mientras se encuentran ingresados en un establecimiento penitenciario:

«Una cosa es la decisión de quien asume el riesgo de morir en un acto de voluntad que sólo a él afecta, en cuyo caso podría sostenerse la ilicitud de la asistencia médica obligatoria o de cualquier otro impedimento a la realización de esa voluntad, y cosa bien distinta es la decisión de quienes, hallándose en el seno de una relación especial penitenciaria, arriesgan su vida con el fin de conseguir que la Administración deje de ejercer o ejerza de distinta forma potestades que le confiere el ordenamiento jurídico; pues, en este caso, la negativa a recibir asistencia médica sitúa al Estado, en forma arbitraria, ante el injusto de modificar una decisión, que es legítima mientras no sea judicialmente anulada, o contemplar pasivamente la muerte de personas que están bajo su custodia y cuya vida está legalmente obligado a preservar y proteger».

Como resulta de lo expuesto, el reconocimiento de la autodeterminación personal se sustenta en estos años en un compromiso entre «individualismo» y «estatismo» que es característico de la ideología liberal (4): el individuo

(4) Andrés OLLERO, «Derecho a la vida, ¿Derecho a la muerte? La libre autodeterminación personal y las imprecisas fronteras del derecho», *El libre desarrollo de la personalidad: artículo 10 de la Constitución*, coord. Luis GARCÍA-SAN MIGUEL, Universidad de Alcalá, 1995, págs. 118 y sigs.

puede hacer todo aquello que no está prohibido por el ordenamiento jurídico, siempre y cuando no perturbe el ejercicio de las competencias del Estado. Este compromiso entre principios opuestos es la causa de que se haya sostenido, incurriendo en no poca contradicción, que la autodeterminación individual es título suficiente para imponer el sacrificio de bienes jurídicos ajenos, por importantes que éstos sean –así sucede el aborto con la decisión de la madre de poner fin a una vida en ciernes–, y que, en cambio, no lo es para disponer de bienes jurídicos propios de la misma naturaleza si, a resultas de este acto de disposición, se vulneran competencias estatales –tal es la *ratio* subyacente en el pronunciamiento relativo a la alimentación forzosa de los presos en huelga de hambre.

A la misma tesis responden algunos pronunciamientos posteriores del Tribunal Constitucional español, como aquel que resolvió el recurso de amparo interpuesto por unos padres, testigos de Jehová, contra la sentencia penal que les había condenado por no haber evitado la muerte de su hijo menor de edad, de la misma confesión, que se negó a recibir transfusiones. En el recurso se alegaba que la condena vulneraba el derecho fundamental a la libertad religiosa de los padres, al exigirles una conducta –la de persuadir a su hijo para que se sometiera a una transfusión– contraria a sus creencias. El Tribunal estimó el recurso por entender que esa actitud persuasiva, requerida por la sentencia penal, violaba el mencionado derecho fundamental. En el razonamiento de dicho fallo tuvo un especial relevancia el hecho de que los padres hubieran puesto a su hijo a disposición de los poderes públicos y no hubieran impedido la acción tutelar de éstos (Sentencia 142/2002, de 18 de julio):

«Los padres, ahora recurrentes, llevaron al hijo a los hospitales, lo sometieron a los cuidados médicos, no se opusieron nunca a la actuación de los poderes públicos para salvaguardar su vida e incluso acataron, desde el primer momento, la decisión judicial que autorizaba la transfusión, bien que ésta se llevara a cabo tardíamente (concretamente, cuando se concedió una segunda autorización judicial, varios días después de la primera). Los riesgos para la vida del menor se acrecentaron, ciertamente, en la medida en que pasaban los días sin

llegar a procederse a la transfusión, al no conocerse soluciones alternativas a ésta, si bien consta, en todo caso, que los padres siguieron procurando las atenciones médicas al menor.

Partiendo de las consideraciones expuestas cabe concluir que la exigencia a los padres de una actuación suasoria o de una actuación permisiva de la transfusión lo es, en realidad, de una actuación que afecta negativamente al propio núcleo o centro de sus convicciones religiosas. Y cabe concluir también que, al propio tiempo, su coherencia con tales convicciones no fue obstáculo para que pusieran al menor en disposición efectiva de que sobre él fuera ejercida la acción tutelar del poder público para su salvaguarda, acción tutelar a cuyo ejercicio en ningún momento se opusieron.

En definitiva, acotada la situación real en los términos expuestos, hemos de estimar que la expresada exigencia a los padres de una actuación suasoria o que fuese permisiva de la transfusión, una vez que posibilitaron sin reservas la acción tutelar del poder público para la protección del menor, contradice en su propio núcleo su derecho a la libertad religiosa yendo va más allá del deber que les era exigible en virtud de su especial posición jurídica respecto del hijo menor. En tal sentido, y en el presente caso, la condición de garante de los padres no se extendía al cumplimiento de tales exigencias».

De nuevo está presente el ingrediente estatista en la argumentación del Tribunal Constitucional, como se pone de manifiesto en el hecho que una misma conducta sea valorada de forma diferente en función de que sea realizada por los particulares o por los poderes públicos. Así, el requerimiento de una actuación de los padres, dirigida a convencer a su hijo para que se sometiera a una transfusión a la que negaba por razones religiosas, vulnera la libertad religiosa de aquéllos, pero la decisión de los poderes públicos de realizarle una transfusión contra su voluntad es perfectamente legítima y no violenta su libertad religiosa. Con ello, el Tribunal Constitucional confirma el criterio mantenido en el caso de la huelga de hambre de presos terroristas antes mencionado, admitiendo el ejercicio de las libertades individuales siempre que el fin perseguido no entre en colisión con las competencias y responsabilidades de los poderes públicos.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos no ha sido ajeno a una interpretación como la comentada, que salvaguarda y protege la autodeterminación del individuo, pero no es proclive a la intervención del Estado para llevar a efecto los propios actos. En tal sentido, la corte de Estrasburgo ha evitado inmiscuirse en cuestiones en las que la violación alegada por el recurrente se encuentra en íntima conexión con el alcance que se otorgue a la autodeterminación individual –aborto, eutanasia, matrimonio de parejas del mismo sexo, entre otras–, reconociendo a los Estados miembros un amplio margen de apreciación para la regulación de las mismas. Las excepciones a esta regla general de no injerencia se han producido en supuestos en los que existían circunstancias objetivas concurrentes con la voluntad querida por el demandante, como sucedió cuando condenó al Reino Unido por la negativa de las autoridades británicas a reconocer la nueva identidad sexual de dos personas en el Registro Civil que se habían sometido a una operación de cambio de sexo (*Christine Goodwin c. Reino Unido e I.c. Reino Unido*, ambos de 11 de julio de 2002), o cuando condenó a la República de Irlanda por no permitir el aborto de una mujer enferma de cáncer –importa subrayar que, en esta misma decisión, desestimó la demanda de otras dos mujeres que alegan motivos de naturaleza socio-económica– (Sentencia de 16 de diciembre de 2010, *A, B y C c. Irlanda*). Al margen de este tipo de supuestos, la jurisprudencia del Tribunal se caracteriza por un gran relativismo, otorgando preferencia a lo que los Estados miembros dispongan en su legislación interna. Buen ejemplo de esta actitud es la posición mantenida en relación con el matrimonio entre personas del mismo sexo y la eutanasia.

En relación con el primero de estos temas, el Tribunal ha reiterado en diversos pronunciamientos que los Estados miembros son libres para decidir si las uniones de personas del mismo sexo pueden incluirse dentro de la institución del matrimonio, si bien exige que las mismas sean reconocidas y reguladas al amparo de algún tipo de figura legal –como, por ejemplo, la de las denominadas uniones civiles o de hecho que ya existen, al margen del matrimonio, para parejas heterosexuales– (Sentencia de 14 de diciembre de 2017, *Orlandi y otros c. Italia*, entre otras).

Por lo que se refiere a la eutanasia, el Tribunal ha entendido, a propósito de una demanda en el que una ciudadana británica aquejada de una grave enfermedad solicitaba la eutanasia no contemplada por la legislación inglesa, que el derecho a la vida reconocido por el Convenio Europeo de Derechos Humanos no puede conferir, «sin distorsión del lenguaje», «un derecho diametralmente puesto, a saber, el derecho a morir», ni «tampoco crear un derecho a la autodeterminación, en el sentido de dar a cualquier persona el derecho de dar la muerte en lugar de la vida», concluyendo, a la vista de estas consideraciones, que del derecho a la vida «no es posible deducir el derecho a morir, ya sea a manos de terceros o con ayuda de una autoridad pública» (Sentencia de 29 de abril de 2002, *Pretty c. Reino Unido*). En fechas recientes ha tenido que resolver un asunto parecido, en el que las autoridades francesas habían autorizado la retirada de nutrición e hidratación parenteral a un paciente en estado vegetativo: la demanda de los padres y hermanos del paciente fue rechazada por el Tribunal, al considerar que la decisión del Estado francés trataba de evitar la obstinación terapéutica y no procuraba la eutanasia (Sentencia de 5 de junio de 2015, *Lambert c. Francia*). De este modo, el Tribunal no reconoce el derecho a exigir del Estado la práctica de la eutanasia, pero tampoco se opone, al menos abiertamente, a que las legislaciones nacionales regulen esta cuestión y otorguen dicho derecho.

En cualquier caso, cada vez son más las decisiones en que el Tribunal Europeo restringe en este tipo de cuestiones el margen de apreciación de los Estados miembros, imponiéndoles el criterio más favorable a la autodeterminación individual, que es el signo de los nuevos tiempos.

3. La autodeterminación que ha venido después y la que nos espera: la persona contra el Estado

Si la evolución del proceso de autodeterminación personal hasta finales del siglo pasado se caracterizó por el compromiso entre individualismo y estatismo, como hemos visto, la situación actual se distingue por la ruptura de

ese compromiso y la prevalencia del primero sobre el segundo, con el otorgamiento de *nuevos derechos* personales frente al Estado (5).

En esta tarea, el individualismo ha contado con la ayuda de diversos aliados:

i) Uno de ellos de todo punto inesperado, como es el principio de no discriminación. En el pasado, la lucha por la igualdad en las sociedades contemporáneas constituyó, en buena medida, una respuesta a los excesos individualistas consecuentes con la ideología liberal. Actualmente, sin embargo, la autodeterminación personal se ha ido imponiendo en ámbitos en los que el Estado no estaba inicialmente dispuesto a reconocerla, apelando –aunque resulte paradójico– a las exigencias que dimanaban de aquel principio.

Entre estos ámbitos figura de manera muy señalada el de la familia, o como se suele decir ahora, el de la familia «tradicional». En particular, la inclusión de las uniones de parejas del mismo sexo dentro de la institución del matrimonio y la atribución a las mismas de los efectos propios de éste –desde la pensión de viudedad a la adopción de niños– se ha justificado en la necesidad de garantizar la igualdad. Según esta concepción, el matrimonio, como institución reservada a la unión de un hombre y una mujer, respondería a razones exclusivamente sociológicas, de forma que la diversidad de sexos de los contrayentes sería un elemento accidental –no esencial, por tanto– de la figura. Desde este punto de partida se llega a la regulación del matrimonio entre parejas del mismo sexo apelando a la existencia de una conciencia social favorable a la equiparación de derechos, es decir a la igualdad, con las parejas heterosexuales. De conformidad con este planteamiento, varios países europeos han introducido este tipo de matrimonio, que –de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos– no viene exigida por ninguno de los derechos y libertades contemplados en el Convenio. En España, el matrimonio entre personas del mismo sexo fue regulado por la Ley 13/2005, de 1 de julio, con el fin –dice su exposición de motivos– de «remover» una

(5) Andrés OLLERO, «Los nuevos derechos», *Persona y Derecho* (Pamplona), núm. 66 (2012), págs. 49-62.

«larga trayectoria de discriminación basada en la orientación sexual», teniendo en cuenta que «el establecimiento de un marco de realización personal que permita que aquellos que libremente adoptan una opción sexual y afectiva por personas de su mismo sexo puedan desarrollar su personalidad y sus derechos en condiciones de igualdad se ha convertido en exigencia de los ciudadanos de nuestro tiempo». La apelación al principio de no discriminación es, por tanto, la razón determinante de la regulación del matrimonio entre personas del mismo sexo. No en vano es universalmente con el nombre de «matrimonio igualitario» e incluso en algunos países –como Argentina o Chile, por sólo poner algunos ejemplos– se ha acogido esa denominación en sus respectivas leyes.

Las consecuencias de la alianza de los principios de autodeterminación personal y de no discriminación en el ámbito de las uniones entre personas del mismo sexo no se han limitado a la desnaturalización de la institución del matrimonio. Cualquier traba que se ponga al ilimitado despliegue de su libre autodeterminación personal es automáticamente considerada como discriminatoria. Así, apelando a razones de igualdad, los intereses de las uniones de personas del mismo sexo prevalecen incondicionadamente sobre los de terceros dignos de protección. Un caso ilustrativo se produjo en Francia, con ocasión de la negativa de las autoridades galas a la adopción solicitada por una de las componentes de una pareja femenina. El rechazo a la adopción se justificó en el interés del menor, en la medida en que la otra integrante de la pareja no había suscrito la solicitud ni mostrado su apoyo a la misma. En Francia, como en España y en otros países, las personas solteras puedan adoptar, pero, en caso de matrimonio, ambos cónyuges deben estar de acuerdo con la adopción, o si uno sólo de ellos adopta, el otro debe al menos asentir (artículo 177 del Código Civil español). No es posible, por tanto, que una adopción a la que uno sólo de los cónyuges muestre su conformidad sea autorizada; y lo mismo cabe decir si se trata de una pareja unida por una relación de afectividad análoga a la conyugal. Pese a ello, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que el interés del menor esgrimido por las autoridades francesas para denegar

la adopción era una excusa que escondía una discriminación en razón de la orientación sexual de la solicitante (Sentencia de 22 de enero de 2008, *E.B. contra Francia*).

Como puede apreciarse, el individualismo radical se está sirviendo de la igualdad, su antigua enemiga, para conseguir que la autodeterminación personal se extienda con una amplitud que nunca antes pudo haber imaginado.

ii) Las doctrinas de «género» han sido también utilizadas con este objetivo en un viaje de ida y vuelta: por una parte, se niegan que las diferencias de todo orden que existen entre hombre y mujer vengan asociadas al hecho biológico del sexo de cada persona, atribuyendo su origen a una serie de estereotipos sociales artificialmente asociados al género masculino o femenino que se considera preciso erradicar; por otra, se propicia la libre determinación del sexo de las personas en función del género en que cada una desee ubicarse; en otras palabras, «primero se sustituye el sexo biológico por el género como una construcción cultural y convencional, para luego sustituir el género por el sexo y llegar a la conclusión de que cada uno puede y debe elegir su propia identidad sexual o de género a la carta, al margen de la biología, de la naturaleza» (6).

a) El primero de los aspectos del fenómeno ha sido suficientemente estudiado. El desarrollo y auge de las teorías de género pone de manifiesto que la finalidad última del movimiento feminista no es la consecución de la igualdad de oportunidades de ambos sexos reconocida por los textos constitucionales sino el establecimiento de un nuevo modelo de relaciones sociales distinto del actual en el que habrán de desaparecer los roles impuestos a la mujer en el marco de las relaciones de dominación ejercidas por el varón. La igualdad de género preconizada por estas doctrinas implica que el hombre y la mujer están llamados a desempeñar las mismas funciones en su vida personal, familiar y social, con la consiguiente desaparición de las tradicionalmente asignadas a ambos sexos.

Pues bien, más allá de que no resulte pacífica la tesis de que la diferente posición del hombre y la mujer en las socie-

(6) Jesús TRILLO-FIGUEROA, «Feminismo versus ideología de género», *La Razón* (Madrid), 9 de marzo de 2009.

dades modernas se encuentre completamente desvinculada de las características propias de cada sexo y obedezca a patrones contruidos en un régimen de patriarcado, importa ahora subrayar cuál es el verdadero alcance del proceso en marcha. La igualdad de género no pretende tanto conseguir la desaparición de los roles de género como proceder a una reordenación de éstos con base en unos presupuestos ideológicos en los que el derecho de autodeterminación personal de la mujer, frente a todo y todos y, en particular, frente al hombre, juega un papel principal.

Para facilitar esta tarea se parte de la asunción –bien conocida– de que el género masculino es naturalmente autoritario y violento (7), lo que exige arbitrar medidas que permitan a la mujer gobernar su propia vida con autonomía incluso en aquellas cuestiones en las que se hace precisa la intervención del hombre. Así sucede, por ejemplo, con los denominados «derechos reproductivos» de la mujer, reconocidos

(7) Este planteamiento ha tenido relevantes consecuencias en la legislación penal española, que actualmente contempla, como medida de protección frente a la «violencia de género», unos tipos penales específicos que establecen penas más graves de las previstas con carácter general para un determinado delito –por ejemplo, el de lesiones– en el supuesto de que quien lo cometa sea un hombre y de que la víctima sea una mujer. La evolución del tratamiento penal de esta cuestión evidencia, mejor que ningún otra cosa, el sesgo ideológico subyacente. En España se introdujo en el año 1944, durante el régimen del general Franco, una circunstancia penal agravante conocida como «desprecio de sexo» para castigar con mayor dureza los delitos cometidos por el hombre sobre la mujer. En 1983, ya en plena democracia, el primer gobierno socialista consideró «sobre la base de una desatinada decisión jurisprudencial» que la mencionada circunstancia penal agravante suponía una situación de inferioridad o debilidad física de la mujer que no se compadecía con la igualdad de sexos. Dos décadas después, en 2004, se introdujo nuevamente un régimen de protección penal específico para los delitos cometidos sobre la mujer que, al estar inspirado en las doctrinas de género, no se articula a través de la aplicación de la correspondiente circunstancia agravante sino de unos tipos penales *ad hoc*. El catedrático de derecho penal de la Universidad Complutense de Madrid, Enrique GIMBERNAT, considera que se trata de una manifestación del «derecho penal de autor», porque castiga al sujeto agente «no por lo que ha hecho, sino por lo que, sin haberlo hecho, tal vez pudiera hacer» (prólogo a la décima edición del *Código penal*, Madrid, Tecnos, 2004). El mismo autor ha escrito jugosos artículos periódicos sobre el asunto, entre otros, «La Ley de Violencia de Género ante el Tribunal Constitucional», *El Mundo* (Madrid), 17 de junio de 2008.

en el ámbito de las organizaciones internacionales, dentro de los cuales se incluye la decisión de tener hijos y cuándo tenerlos y, por ende, la de adoptar las medidas de planificación oportunas como la interrupción involuntaria del embarazo. En España, tales derechos fueron invocados por la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, para dar el salto, en lo tocante al aborto, desde el sistema de indicaciones a uno de plazos que garantiza a las mujeres la posibilidad de tomar una «decisión libre» sobre la interrupción del embarazo durante las primeras catorce semanas de embarazo, «sin interferencia de terceros», apelando a su «autodeterminación individual» y «consciente». Ciertamente, esta nueva regulación no reconoce un derecho al aborto en línea con lo sugerido por el Consejo de Estado, que, al dictaminar el texto, observó que no se debía «reconocer un derecho específico» sino regularlo como un supuesto de «lícito hacer» similar al de «cualquier otro aspecto de la conducta humana no prohibido por la ley» (dictamen 1384/2009, de 17 de septiembre). Pero, pese a estos esfuerzos argumentales orientados a mantener la cuestión dentro de la esfera del *agere licere*, el tratamiento de la misma ya no se realiza en términos de un conflicto entre bienes jurídicos sino de una prevalencia absoluta e incondicionada de la decisión de la gestante durante determinado plazo, para cuya efectividad se garantiza además el acceso al sistema nacional de salud. Existe, en definitiva, un auténtico derecho –por más que no se utilice esta expresión– a la prestación sanitaria de la interrupción voluntaria del embarazo y, por tanto, al aborto mismo dentro del término establecido, como punto final de un proceso.

Este es un ejemplo –podrían valer muchos otros– de que las políticas de género aspiran en última instancia a establecer un ámbito de autonomía personal para la mujer en el que, por su libérrima voluntad, resulten desplazados los derechos e intereses de terceros (8).

b) El segundo de los aspectos relevantes dentro de la aludida disociación de género y sexo es de la libre determinación de la identidad sexual de cada persona, que –según

(8) Sobre la cuestión, vid. Miguel Ayuso, «El aborto: algunas premisas ideológicas y políticas», *Verbo* (Madrid), núm. 531-532 (2015), págs. 37-52.

se dice— no vendría determinada por el hecho biológico de nacer hombre o mujer sino por la convicción psicológica de ser una u otra cosa.

Existen múltiples referencias históricas, en todos los tiempos y culturas, a la situación en que se encuentran aquellas personas cuya configuración psicológica no se corresponde con su sexo fisiológico. La ciencia médica actual permite diagnosticar con fundamento esta situación, es decir, discernir si concurre verdaderamente esta anomalía o, por el contrario, se trata un trastorno de la personalidad.

En el año 2002, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que la negativa de las autoridades británicas a reconocer la nueva identidad sexual de dos personas en el Registro Civil que se habían sometido a una operación de cambio de sexo representaba una intromisión injustificada de su vida privada y, en consecuencia, violaba su derecho a la intimidad (*Christine Goodwin c. Reino Unido e I.c. Reino Unido*, ambos de 11 de julio de 2002).

Tras estos pronunciamientos, la mayor parte de los países europeos aprobaron normas que autorizaban en estos casos la modificación de la inscripción en el Registro Civil. En España, en el año 2007, se aprobó una ley por la que se permite la rectificación de la inscripción en el Registro Civil siempre que, en primer lugar, se aporte un informe médico o psicológico que concluya que la patología existe y no obedece a un trastorno de la personalidad, y, en segundo término, se acredite que el interesado ha recibido tratamiento médico durante dos años dirigido al cambio de sexo —no es preciso, por tanto, que se haya sometido a cirugía—: en otras palabras, se supedita la rectificación registral a la concurrencia efectiva de esa anomalía sexual.

En el año 2017 se puso en marcha un procedimiento de reforma de la legislación estatal con el fin de que dicha rectificación registral pudiera conseguirse con la sola declaración del interesado interesando el cambio de sexo, es decir, sin necesidad de acompañar ningún informe médico o psicológico ni haberse sometido a tratamiento médico (9).

(9) Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, XII Legislatura, Serie B: proposiciones de ley, 3 de marzo de 2017, núm. 91-1.

Aunque este procedimiento no llegó a término, algunas Comunidades Autónomas han aprobado sus propias leyes en la materia, reconociendo el derecho a la libre determinación del género por sola voluntad del interesado, sin intervención de facultativo alguno ni previo tratamiento médico. En el preámbulo de estas leyes, que unas Comunidades Autónomas han copiado de otras, se dice que «en la persona imperan las características psicológicas que configuran su forma de ser» y, por ello, «se ha de otorgar soberanía a la voluntad humana sobre cualquier otra consideración física», concluyéndose a renglón seguido que «la libre determinación del género de cada persona ha de ser afirmada como un derecho humano fundamental, parte inescindible de su derecho al libre desarrollo de la personalidad». Y uno de los preceptos dispone expresamente que «toda persona tiene derecho a construir para sí una autodefinición con respecto a su cuerpo, sexo, identidad y expresión de género y su orientación sexual» (10). Seguramente resultará difícil encontrar una manifestación del derecho de autodeterminación personal más extrema que ésta.

iii) La desacralización de la vida humana es, en fin, otro de los factores que están contribuyendo decisivamente al avance de la autodeterminación personal en las sociedades modernas. Esta desacralización es en buena medida producto de la secularización pero no puede confundirse con ésta. Sus consecuencias no se limitan a la desaparición de las creencias religiosas del espacio público y su postergación al ámbito privado, alumbrando una nueva concepción del hombre en la que la sacralidad de la persona humana, como único sujeto dotado de una sensibilidad moral –«homo homini res sacra», según la conocida frase de Séneca–, resulta ampliamente cuestionada. Ahora se sostiene que los hombres no son los únicos seres con esa sensibilidad –los animales, se dice, son capaces de experimentar el placer o dolor que está en la base de los juicios morales– y que no todos los

(10) Ley 2/2014, de 8 de julio, integral para la no discriminación por motivos de identidad de género y reconocimiento de los derechos de las personas transexuales en Andalucía; y Ley 2/2016, de 29 de marzo, de identidad y expresión de género e igualdad social y no discriminación de la Comunidad de Madrid.

hombres disfrutan de ella –los pacientes en estado vegetativo o el feto humano–, de donde se extraen consecuencias bien previsibles en relación con la estimación que merecen unos y otros (11).

Este es el ambiente en el que se viene preparando la hasta ahora última de las batallas emprendida por los defensores de la autodeterminación radical, que es el reconocimiento del derecho a poner fin a la propia vida o eutanasia. En algunos países ya se admiten su práctica: Colombia fue uno de los primeros en legalizarla en el año 1997 por vía jurisprudencial, mientras que en Europa se encuentra regulada en Bélgica, Luxemburgo, Países Bajos y Suiza. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos no se ha pronunciado con claridad sobre la cuestión, remitiendo su regulación al margen de apreciación de los Estados miembros.

En España se presentó a mediados del año 2018 una iniciativa legislativa que reconocía «el derecho a solicitar y recibir ayuda para morir» en los casos de «enfermedad grave e incurable» o «discapacidad grave crónica». Esta propuesta se formuló –decía su exposición de motivos– en un contexto de «secularización de la vida y conciencia social» y «reconocimiento de la autonomía de la persona» (12). No se trata, por tanto, de un debate neutro desde el punto de vista ideológico. Y precisamente por no serlo, no pueden admitirse sin dificultad las aproximaciones elípticas o de perfil a este delicado problema moral (13).

Los cuidados paliativos a enfermos terminales constituyen una prestación básica de cualquier sistema público de salud dirigidos a paliar la agonía del paciente. Pero la eutanasia no se circunscribe a los enfermos terminales, extendiéndose a quienes padecen una enfermedad grave e incurable que les

(11) Peter SINGER, *Desacralizar la vida humana*, Madrid, Cátedra, 2003.

(12) Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, XII Legislatura, Serie B: proposiciones de ley, 21 de mayo de 2018, núm. 270-1.

(13) Bajo el título «Eutanasia para los discapacitados», ABC (Madrid), 24 de julio de 2018, VÍCTOR TORRE DE SILVA critica la inclusión de la «discapacidad grave crónica» como uno de los supuestos de eutanasia. No nos da en cambio su opinión acerca de la eutanasia de quienes padecen una «enfermedad grave e incurable».

ocasiona un sufrimiento insoportable, por lo que constituye algo cualitativamente distinto de los mencionados cuidados paliativos, a saber: el derecho a poner fin a la propia vida antes de que la misma haya llegado a término.

Por tanto, no cabe engañarse en este punto. No son los sentimientos de piedad y compasión que inspiran las personas enfermas, ni el propósito de aliviar su dolor, lo que está detrás de los movimientos de legalización. La eutanasia es, a estas alturas, un eslabón indispensable para la perfección del ideal de una sociedad laica a la que repugna el carácter sacral de la vida humana. Quienes la promueven no ponen en el centro de sus reivindicaciones una mayor y mejor atención sanitaria y, sobre todo, asistencial que pudiera ayudar al paciente a conllevar su situación. La lucha por la eutanasia sitúa la autonomía individual del enfermo en un primer plano, por encima de su situación objetiva: el criterio dirimente se encuentra en que el paciente «considere tolerable» seguir viviendo en su estado (14); y exige que los poderes públicos pongan los medios oportunos para hacer efectivo el deseo de morir.

Las ansias de autodeterminación personal ya no se colman pues con la mera despenalización de las conductas prohibidas. Lo que está sucediendo ahora con la eutanasia ya ha sucedido antes con el aborto, el matrimonio entre personas del mismo sexo o la libre determinación de la identidad sexual. El Estado se está viendo obligado a otorgar derechos –muchos de ellos con una dimensión prestacional– que, a requerimiento de sus titulares, le pueden ser reclamados. El libre desarrollo de la personalidad ya no es un mero fundamento para la realización de conductas no prohibidas por el ordenamiento jurídico, como sucedía en la primera época, sino el título habilitante de un orden jurídico subjetivo de raíz personalista que está sustituyendo al orden convencional de valores en que se basa el Estado mismo. Dicho de otro modo, la subjetividad individual está suplantando a la voluntad general, lo que viene a agravar, todavía más su cabe, los problemas derivados de una fundamentación voluntarista

(14) Así lo decía, de modo muy expresivo, el proyecto legislativo remitido al Congreso (artículos 3.2, 3.3 y disposición final primera).

JOSÉ JOAQUÍN JEREZ

del orden jurídico y político, evidenciando que la crisis del Estado no traerá consecuencias necesariamente positivas para el gobierno de los pueblos (15).

(15) Sobre el particular, aunque desde otro punto de vista, vid. José Joaquín JEREZ, «La democracia postmoderna: democracia declamada y poder en la era de la globalización», en Miguel AYUSO (ed.), *De la democracia avanzada a la democracia declamada*, Madrid, Marcial Pons, 2018, págs. 107-110.