

PERSONA Y DERECHO CONSTITUCIONAL APUNTES PROBLEMÁTICOS

Miguel Ayuso

1. *Incipit*

Dentro de la temática, enormemente rica, de la persona y el derecho, las cuestiones relativas al derecho constitucional ocupan un puesto no menor (1). Para esta ocasión he optado por partir de un caso, significativo, traído del derecho español, y tratar de alcanzar una conclusión que ayude a profundizar el objeto de esta reunión.

2. **Un caso concreto (I): el artículo 15 de la Constitución española y la despenalización de aborto**

Esta es la redacción del artículo 15 de la Constitución española de 1978:

«Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura 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».

Hasta llegar a este texto, la discusión se centró a lo largo de la elaboración parlamentaria en varios puntos. De los que a nuestros efectos de hoy sólo nos interesa uno: el de la titularidad de los derechos a la vida y a la integridad física y moral. En efecto, en el Anteproyecto figuraba el término «todos», que –como acabamos de ver– es el que finalmente quedó (2). Pero, en el camino, el dictamen de la Comi-

(1) Véase Pietro Giuseppe GRASSO, «La persona nel diritto costituzionale: uomo e cittadino», en Danilo CASTELLANO (ed.), *Persona e diritto*, Udine, Missio, 1990, pp. 45 y ss.

(2) *Boletín Oficial de las Cortes*, n. 44, 5 de enero de 1978, p. 671.

sión Constitucional del Congreso lo sustituyó por el de «la persona» (3). No prosperó finalmente tal sugerencia, ni en el Pleno del Congreso ni en el del Senado, aprobándose así por la Comisión Mixta.

¿Qué razones podían encontrarse detrás de ambas opciones? En realidad, quienes preferían que el sujeto fuera «todos» deseaban con ello cerrar el paso a la posible legalización (o siquiera despenalización) del aborto. Mientras que precisamente a ello apuntaban los que optaban por «la persona». Dicho así, no es fácil de comprender el problema. Vamos, pues, por pasos.

La razón residía en la significación de la persona en el ordenamiento positivo español y, en concreto, en el Código Civil, que es donde se hallaba su definición. En efecto, los artículos 29 y 30 a la sazón vigentes, con redacción inalterada desde su aprobación en 1889, rezaban así:

«Artículo 29. El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente.

Artículo 30. Para los efectos civiles, sólo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno».

Son varias las cosas dignas de ser notadas que resultan de estos artículos. En primer lugar, la afirmación inicial de que es el nacimiento el que determina la personalidad. A continuación, según la vieja fórmula, que «*nasciturus* [o *conceptus*] *pro iam nato habetur, quotiens de commodis eius agitur*», y nada más favorable a estos efectos que el llegar a través del nacimiento a la vida independiente. Finalmente, el condicionar el nacimiento a vivir veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno. Disposiciones todas que parecen tener una *ratio* clara y ajena desde luego a excluir al *nasciturus* del reconocimiento de la personalidad humana. Parece claro que la finalidad de las mismas se desenvuelve principalmente en el seno del derecho civil patrimonial

(3) *Boletín Oficial de las Cortes*, n. 121, 1 de julio de 1978, p. 2593. El artículo había pasado a ser el 14, volviendo finalmente al número 15.

y sucesorio. En los casos de nacer muerto, o de no sobrevivir veinticuatro horas desde el desprendimiento del seno materno, no se adquiría la personalidad. Lo que evitaba, en tiempos de cifras abultadas de mortalidad de la madre o de los neonatos en el parto, complejas transmisiones de derechos sin verdadera necesidad para el tráfico jurídico.

Fue el temor de que una lectura fragmentaria y descontextualizada de ese par de artículos del Código Civil pudiera conducir a la aceptación del aborto voluntario el que propició que los grupos parlamentarios a la sazón opuestos a ésta buscaran otra fórmula. Que encontraron con el adjetivo indefinido «todos» (4), pues al no referir el sujeto del derecho a la vida o a la integridad física y moral a la «persona», les parecía ventajosa respecto a esa. Ahora bien, la pregunta surge de inmediato, ¿quiénes son los aludidos? Camilo José Cela, el gran escritor, que era senador de designación real en aquellas Cortes que discutieron el proyecto de Constitución, lo advirtió sagazmente y respondía así a la pregunta: «Sin duda alguna, alguien que está vivo, puesto que se le reconoce el derecho a estarlo, pero ¿quién? ¿Todos los seres vivos? ¿Todos los mamíferos? ¿Todas las personas? La persona es el señalamiento correcto y a él ya se aludió en el Anteproyecto; creo que debe resucitarse» (5).

Precisamente discutiendo la preferencia por uno u otro de los términos se hizo patente que no se trataba de un debate lingüístico y ni siquiera jurídico-conceptual. Era otra cosa. Lo explicó sin rebozo el diputado socialista, además uno de los siete ponentes del texto, Gregorio Peces-Barba: «Desengáñese sus señorías, todos saben que el problema del

(4) La propuesta se introdujo en virtud de una enmienda del Grupo Parlamentario de Alianza Popular, que defendió el Sr. Mendizábal Uriarte y explicita las razones en los términos que sintéticamente explicamos en el texto. Hasta el punto de afirmar: «Y diremos por qué, para que en lo sucesivo pueda servir esta explicación de guía en la hermenéutica, en la interpretación auténtica del concepto. Y así al aludir a la totalidad de vida española en ese “todos” forzosamente han de comprenderse los nacidos y los *nasciturus* que han de encarnar y latir como promesa para continuar esta nuestra tarea española». Véase en «Sesión plenaria n. 34», *Boletín Oficial del Congreso de los Diputados* (Madrid), n. 105, de 6 de julio de 1978, p. 3957.

(5) Camilo José CELA, «Enmienda n. 142», en *Senado. Proyecto de Constitución. Enmiendas*, 1978, p. 159.

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 abortista, la “persona” impide una Ley de aborto» (6).

Son estas palabras, cínicas, las que aclaran que la intención del Grupo que postulaba la sustitución de la persona por todos no andaba descaminada. Aunque a la postre, el deseo de preconstituir una *intentio* del legislador que sirviera a los efectos de determinar la *mens legislatoris* y, a través de ella, la misma *mens legis*, no obtuvo el resultado esperado.

En efecto, el Gobierno del Partido Socialista Obrero Español, formado de resultas de las elecciones legislativas de 1982, en las que obtuvo mayoría absoluta, envió a las Cortes el 2 de febrero de 1983 durante la legislatura un proyecto de ley orgánica de despenalización del aborto en algunos casos (7). En el mes de mayo de 1983, en la sesión 40 del Pleno de Congreso, que presidía a la sazón Gregorio Peces-Barba, durante el debate de totalidad, el presidente del Grupo Parlamentario Popular, Manuel Fraga Iribarne, defendió la devolución del proyecto (8), por «razones constitu-

(6) Gregorio PECES-BARBA, «Sesión plenaria n. 34», *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, de 6 de julio de 1978, p. 3966. A José Pedro Pérez-Llorca, del Grupo Parlamentario de la Unión de Centro Democrático no pasó inadvertida la gravedad de la afirmación: «Y, desde luego, señor Presidente, que considero grave que un jurista eminente —que, por otra parte, goza de mi respeto y afecto personales— como el señor Peces-Barba haya dicho, en medio de un debate constitucional, que el Derecho depende del poder y de la fuerza, y ni el Derecho depende del poder y de la fuerza ni las votaciones dependen de los aplausos». La eminencia del señor Peces-Barba, a decir verdad, no es tanta. Véase, a este respecto, Danilo CASTELLANO, «Los derechos humanos en la filosofía jurídica contemporánea dominante», en Miguel AYUSO (ed.), *El problema de los derechos humanos. Historia, filosofía, política y derecho*, Madrid, Dykinson, 2023, pp. 169 y ss., que califica de «síntesis inútil» el amasijo de tesis de Maritain y Bobbio ofrecido por quien fue, sobre todo, un «hombre de poder».

(7) «Proyecto de Ley del artículo 417 bis del Código Penal», *Boletín Oficial de las Cortes* (Madrid), n. 10 bis 1, Serie A, de 23 de marzo de 1983.

(8) «El Gobierno ha decidido enviarnos un proyecto enmarcado en una reforma del Código Penal, que parece limitarse a despenalizar excepcionalmente el aborto cuando concurra alguna de las tres indicaciones recogidas en el artículo 417 bis. El Gobierno, con su proyecto, pretende no aparecer como abortista; es su problema. Nosotros entendemos

cionales, técnico-jurídicas, éticas, sociológicas y de política criminal». Y recordó oportunamente: «El artículo 15 de la Constitución española –y comienzo, naturalmente, por las razones de inconstitucionalidad, ya lo hemos anticipado– proclama que todos tienen derecho a la vida. El alcance que para el constituyente tuvo la adopción del término “todos” como sujeto del derecho a la vida quedó inequívocamente expresado en los debates, y se aprueba por la mayoría de la Comisión, precisamente a consecuencia de una enmienda de lo que era entonces el Grupo de Alianza Popular, en la que se sustituía la expresión originaria recogida en el proyecto –“la persona”– por el término “todos” para dar en la mente de quienes lo propusimos y pienso que de la mayoría que lo aprobó expresa cabida en la protección constitucional al concebido. Ciertamente, ya entonces el Grupo Parlamentario Socialista mantuvo una interpretación alternativa de ese término que, a su juicio, permite constitucionalmente el aborto, con argumentos que hoy no voy a recordar porque estoy seguro que el ilustre parlamentario que entonces los mantuvo [se refiere a Peces-Barba, presidente ahora del Congreso] comparte nuestros deseos de que sea la razón la que refuerce el derecho. Pero es indudable que en la “voluntas legislatoris”, en la intención manifiesta del constituyente o de la mayoría que entonces lo representó, estuvo el excluir la legalización del aborto a través del enunciado que prosperó del artículo 15, y basta leer los comentarios publicados entonces» (9).

La aprobación por el Pleno se produjo en octubre (10), y la del texto definitivo por el Senado en la sesión plenaria celebrada el día 30 de noviembre de 1983, que arrojó el

que el proyecto, por vía de lo que se presenta como una despenalización excepcional, está caracterizado por tan graves deficiencias que viene en la práctica a legalizar cualquier tipo de aborto, cuestionando el carácter de delito que hasta ahora ha tenido» («Sesión plenaria n. 40», *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, 25 de mayo de 1983, p. 1843-1844). La enmienda fue rechazada pues votaron a favor de la devolución 109, en contra 184 y dos abstenciones de 295 votos emitidos.

(9) *Ibid.*, pp. 1844-145.

(10) «Sesiones plenarias n. 61, 62 y 63», *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, 4, 5 y 6 de octubre de 1983.

resultado de 55 votos a favor del veto del Grupo Popular, 135 en contra y seis abstenciones. (11).

El 5 de diciembre de 1983 se interpuso por cincuenta y cuatro diputados del Grupo Popular recurso previo de inconstitucionalidad (12), que fue resuelto por el Tribunal Constitucional en sentencia de 11 de abril de 1985, en el sentido de declarar constitucionales los tres supuestos de despenalización del aborto que el Proyecto de Ley comprendía, si bien el propio Proyecto resultaba contrario a la Constitución, «no en razón de los supuestos en que se declara no punible el aborto, sino por incumplir en su regulación exigencias constitucionales derivadas del artículo 15 de la Constitución, que resulta por ello vulnerado» (13).

De resultas de lo anterior se abrió procedimiento de enmiendas al Proyecto, para adecuarlo a la sentencia del Tribunal Constitucional, de modo que el nuevo texto fue aprobado por el Congreso de los Diputados el 30 de mayo de 1985, y por el Senado, con una modificación, el 25 de junio, obligando tal modificación a que el texto volviese al Congreso, donde tiene lugar la aprobación definitiva el 5 de julio, fecha de la nueva Ley que introduce el artículo 417 bis del Código Penal (14).

El Tribunal Constitucional, pues, hubo de vérselas con el problema antes disputado en sede parlamentaria: el de la titularidad del derecho a la vida y, de resultas, el de la legitimidad constitucional del aborto procurado.

3. Sigue el caso concreto (y II): la intervención del Tribunal Constitucional

A los efectos de seguir avanzando en el tema de este trabajo, y pese a la complejidad de la sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985, hemos de ofrecer un intento de esquematización de su contenido.

(11) «Sesión plenaria n. 39», *Diario de Sesiones del Senado*, 30 de noviembre de 1983, p. 1868.

(12) *Boletín Oficial del Estado*, n. 295, 10 de diciembre de 1983.

(13) STC, 53/85, de 11 de abril.

(14) Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, de reforma de reforma del artículo 417 bis del Código Penal.

El Tribunal afirmó que el *nasciturus* no es titular del derecho a la vida, aunque la vida humana en formación constituye un valor o bien jurídico que entra dentro de la protección del artículo 15 de la Constitución. Aun en ausencia de un verdadero derecho subjetivo, este bien o valor exige en todo caso, de un lado, que el Estado no impida su desarrollo y, de otro, que establezca un conjunto de normas para su protección, que no excluye las penales. Ahora bien, tal protección no es absoluta, de manera que ante la colisión con otros derechos e intereses puede determinar la exclusión de la pena en algunos casos. De manera que la despenalización según el llamado sistema de indicaciones sería constitucional, al margen de la necesidad de introducir mecanismos de verificación previa.

Derivan de lo anterior varios comentarios.

El primero, empezando por el final, concierne esos condicionamientos de tipo cautelar. Pues resulta claro que una cierta regulación no suficientemente atenta a las garantías de la práctica del aborto puede convertirlo en la práctica en libre, burlando el hilo del razonamiento del Tribunal, que hemos sintetizado en lo anterior. Algunos de los votos particulares, en cambio, hicieron notar que, si lo decisivo es la concurrencia de la indicación, no se ve qué pueda añadir en términos constitucionales su previa verificación.

Si entramos, a continuación, en el corazón del problema, se nos abren también algunas cuestiones. Por ejemplo, la de la titularidad del derecho a la vida y el inicio de la personalidad. Se ha escrito que difícilmente puede zanjarse sobre la base de las previsiones del artículo 29 del Código Civil, que antes hemos examinado, pues si es verdad que el precepto dispone que la personalidad y la capacidad jurídica comienzan con el nacimiento, lo es igualmente que la Constitución no debe ser interpretada a la luz de la ley, sino al contrario: «En otras palabras, un posible modo de enfocar el problema constitucional del aborto sería interrogarse acerca de si la falta de reconocimiento legal de personalidad al *nasciturus*, que determina su inidoneidad para ser titular de cualquier derecho, conculca el artículo 15 de la Constitución; y ello porque habiendo vida humana en el *nasciturus*, se le privaría

a éste de la posibilidad de defender, ciertamente mediante representante, su pleno desarrollo biológico» (15). Es probablemente un enfoque de esta índole el que la sentencia quiso evitar, pues, por esta vía «el problema habría resultado prácticamente insoluble», ya que «la determinación del momento del inicio de la personalidad, consideraciones teológicas aparte, responde a pautas culturales profundamente arraigadas» (16). Se advierten aquí algunos prejuicios, profundamente arraigados, de la cultura liberal. Cuando se trata de afrontar un problema que presenta obvias dimensiones ónticas y éticas, se desacredita preventivamente la respuesta remontándola a lo teológico. El profesor Jérôme Lejeune, ilustre genetista, recordó ante el Subcomité de Separación de Poderes del Senado de los Estados Unidos de América que «aceptar el hecho de que con la fecundación un nuevo ser viene a la existencia no es ya cuestión de criterio u opinión», así como que «la condición humana del ser, desde su concepción hasta el final de sus días, no es ya afirmación metafísica; es, simplemente, una verdad experimental» (17).

La segunda cuestión deriva de la afirmación de que el *nasciturus*, en cuanto modalidad de vida humana, «merece desde su concepción la protección efectiva del Estado» y, «dado el carácter irrevocable de las agresiones a la vida humana, además, la efectividad de la protección exige la sanción penal»: «Ello significaría que, al tipificar como delito el aborto, el legislador

(15) Luis María Díez-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, Madrid, Thomson-Civitas, 2003, p. 193.

(16) *Ibid.*

(17) *S-158 Hearings, April 23, 1981*. Un examen del informe del profesor Lejeune, además de otro de la Real Academia de Medicina, puede verse en Juan VALLET DE GOYTISOLO, «Consideraciones jurídicas acerca del proyecto de despenalización del aborto en algunos supuestos», *Revista general de legislación y jurisprudencia* (Madrid), n. 254 (1983), pp. 443-474. Puede verse también Jérôme LEJEUNE, «El mensaje de vida», *Verbo* (Madrid), n. 133-134 (1975), pp. 309-321: «El óvulo fecundado, dotado de veintitrés cromosomas traídos del espermatozoide del padre y los veintitrés cromosomas llevados por el óvulo de la madre, contiene así todo su programa. Es más, la célula entera está equipada para vivir y cada célula surgida de las divisiones sucesivas desarrolla fielmente los diversos movimientos de esa sinfonía, común a todos los hombres y propia de cada uno de ellos y de lo que, en cada versión única e irremplazable, se llamará más tarde Pedro, Pablo o Magdalena».

no estaría simplemente respondiendo a una mera orientación de política criminal, sino que satisfaría una exigencia constitucional; es decir, la despenalización pura y simple del aborto sería probablemente inconstitucional, dando lugar a un supuesto de inconstitucionalidad por omisión» (18).

Una tercera, y última, es la de la colisión y los criterios para resolverla. Desde luego no es que se dé una prevalencia automática de la vida en formación respecto de los otros bienes o valores jurídicos constitucionalmente protegidos; más bien, por el contrario, es lo opuesto en los casos contemplados por el legislador, que —se ha observado matizadamente— son reconducibles, de un lado, a preceptos de la Constitución, mientras que no se afirma, de otro, que el legislador venga constitucionalmente obligado a aprobar la correspondiente despenalización, sino tan sólo que puede hacerlo si lo estima conveniente (19).

La conclusión del autor al que acabamos de citar sobre la inconstitucionalidad del aborto libre, a la vista del razonamiento del Tribunal Constitucional de 1985, se impone a cualquier intérprete de la sentencia del Tribunal Constitucional a que estamos refiriéndonos. Si admitimos hipotéticamente que, a través del razonamiento antes resumido, pueda caber en la Constitución la despenalización del aborto, no parece en cambio que sea compatible con un sistema de plazos, en el que el aborto pasa a ser un derecho, basado en la autodeterminación personal.

Sin embargo, eso es exactamente lo que ha avalado el mismo Tribunal Constitucional en fecha reciente. Porque, ahorramos la mayor parte del camino recorrido desde 1985, por más ilustrativo que fuera, el hecho es que en 2010 un nuevo gobierno del Partido Socialista, a través de

(18) Luis María Díez-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, cit., pp. 193-194. Observa el autor, a continuación, que lo anterior indica la doble vertiente de los derechos fundamentales, que otros autores denominan concepción dual, esto es, son al mismo tiempo derechos subjetivos y valores objetivos del ordenamiento. Véase, por ejemplo, Francisco FERNÁNDEZ SEGADO, «La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional* (Madrid), año 13, n. 39 (1993), pp. 195-247.

(19) Luis María Díez-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, cit., p. 194.

un Parlamento en el que su grupo parlamentario era el mayoritario, logró sacar un adelante un proyecto de ley orgánica que cambiaba el modelo de despenalización introducido en 1985 y mantenido desde entonces sin cambios. Fue la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, «de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo», que fijaba un sistema de plazos: en primer lugar, y hasta las catorce primeras semanas, el aborto es libre y no precisa de indicación alguna, término al que se añade otro de veintidós semanas en los casos de concurrencia de las indicaciones llamadas terapéutica («grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada») o eugenésica («riesgo de graves anomalías del feto») e, incluso, en algunos casos excepcionales también de tipo eugenésico («inviabilidad del feto» o «padecimiento de enfermedad extremadamente grave e incurable del feto») sin señalamiento alguno de tiempo. Recorrido también esta vez por más de cincuenta diputados, setenta y uno en concreto, del Grupo Popular, en 1 de junio de 2010, el Tribunal Constitucional no ha venido a dictar sentencia en el proceso sino en 9 de mayo de 2023. ¡Trece años prácticamente! El Tribunal, en esta sentencia 44/2023, ha sentado que el legislador –en el contexto de un proceso que, como el embarazo, tiene la máxima trascendencia para el cuerpo de la mujer– no puede dejar de inspirarse en el respeto a la dignidad de la mujer y el libre desarrollo de la personalidad. Entiende, así, que el aborto es una manifestación del derecho de la mujer a adoptar decisiones y a hacer elecciones libres que forma parte del contenido constitucionalmente protegido de su derecho fundamental a la integridad física y moral, *ex art.* 15 de la Constitución, en conexión con la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad como principios rectores del orden político y la paz social (art. 10 de la Constitución).

Se trata, pues, como se ha comentado, de una interpretación sociológico-evolutiva de la Constitución y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, realizada con una finalidad constructivista (20). Lo que, últimamente, no se

(20) Lo ha criticado recientemente Manuel ARAGÓN, «¿Constructivismo jurídico?», *El Mundo* (Madrid), 20 de septiembre de 2023. Pero se

ha limitado sólo a la cuestión de que tratamos, sino que ha sido moneda corriente en las decisiones del Alto Tribunal español. No estamos trasladando, en todo caso, a la Constitución española el esquema seguido por cierta doctrina conservadora a propósito de los derechos humanos. Considera la misma erróneamente que los derechos humanos de las primeras declaraciones habrían sido traicionados por la concepción de los «nuevos derechos». Mientras que, en realidad, se da una verdadera continuidad entre los derechos humanos tal y como nacieron en el siglo XVIII y los que hoy disuelven los restos del derecho y la política que los ordenamientos y los Estados aún recogían.

De ahí que rechazemos la tesis según la cual el veneno no residiría en las declaraciones de 1789 o 1948, sino en la nueva ideología difundida a partir de mayo de 1968 y lo que han dado en llamar el «marxismo cultural». Si de lo que se trata es de concluir que estamos peor que en 1948, lo concedemos sin dificultad. Pero de ahí no se desprende que la situación en la que ahora estamos no tenga nada que ver con lo ocurrido en 1789 o 1948. O de otro modo: si quieren que digamos que los «nuevos» derechos humanos son peor que los «antiguos», concedemos otra vez; pero eso no implica que aquéllos carezcan de relación con éstos. El método clerical, abrazado por toda suerte de conservadores y demócrata-cristianos, sostiene que los antiguos derechos humanos son buenos mientras que la perfidia de unos agentes internacionales los ha tornado en malos, malísimos. No es así. Los derechos humanos son lo que son, desde el inicio. Y han ido apurando su lógica hasta explotar los efectos al máximo. Es el eterno soniquete de las dos modernidades, las dos ilustraciones, los dos liberalismos y, ahora, los dos derechos humanos. Que ya conocemos. Con sus límites, infranqueables (21).

trata de un problema que no ha nacido ahora. En el ámbito de la teoría jurídica, subproducto de la filosofía del derecho, ha sido discutido desde hace decenios. El tratamiento del asunto, como quiera que sea, no nos concierne específicamente ahora.

(21) Las últimas líneas se toman de mi reciente «Hacia un balance: realidad y perspectiva de los derechos humanos», en Miguel Ayuso (ed.), *El problema de los derechos humanos. Historia, filosofía, política y derecho*, cit., p. 215.

Lo mismo podría decirse de las constituciones y, en concreto, de la Constitución española vigente. También alguna doctrina, ciertamente minoritaria, con frecuencia de prole católica y complaciente con el sistema liberal-democrático, ha querido leer constituciones como la italiana de 1947 o la alemana (*rectius* la Ley Fundamental de Bonn de 1949), y en su surco de la española de 1978, como ligadas en su origen al derecho natural y descarriladas más tarde por la acción de los Tribunales Constitucionales.

No me parece una afirmación acertada. Pues de nuevo en este caso encontramos una evolución homogénea a partir de presupuestos errados que se radicalizan en el curso del proceso (22). Pero vamos a observarlo con más detalle.

En efecto, Javier Hervada, autor significado de una escuela conocida como católica, pero en realidad liberal, afirmó que «el gran equivocado no son los textos internacionales ni la Constitución, sino sus intérpretes positivistas» (23). Otros intérpretes, menos atrevidos, se han contentado en situar la Constitución en una suerte de iusnaturalismo *light*, el objetivismo jurídico, que atribuye a ésta el papel de «subrogado imprescindible del derecho natural» (24).

La doctrina dominante, sin embargo, considera que «no existe base suficiente para solución alguna de corte iusnaturalista estricto o que postule la naturaleza ideal, objetiva de los valores, capaz de servir de soporte a un orden valorativo existente por sí con carácter absoluto, definitivo y universal, que el orden positivo deba “descubrir” y al que deba

(22) Puede verse, sobre todo, Danilo CASTELLANO, *Costituzione e costituzionalismo*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 2013. Y, específicamente en relación a la Constitución española, Miguel AYUSO, *El ágora y la pirámide. Una visión problemática de la Constitución española*, Madrid, Criterio libros, 2000, pp. 128 y ss. Que sigo a continuación.

(23) Javier HERVADA, «Los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana», *Persona y Derecho* (Pamplona), n. 1 (1991), Suplemento «Humana lura», pp. 345 y ss. Este autor sostiene igualmente la tesis de que la Constitución española, siguiendo los pasos de la Ley Fundamental de Bonn, admite la existente de un derecho suprapositivo que vincularía también al constituyente. En Italia se encuentran en tal posición autores como Alberto TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padua, CEDAM, 1975, p. 66.

(24) Antonio GORDILLO, *Ley, principios generales y Constitución. Apuntes para una relectura desde la Constitución de las fuentes del derecho*, Madrid, CEURA, 1990, pp. 23-24.

acomodarse». Ello se debe al artículo 1.1 de la Constitución («España se constituye en un Estado social y democrático de derecho que propugna como valores superiores de su ordenamiento la libertad, la igualdad, la justicia y el pluralismo político»), pues «en la medida en que la sociedad no es homogénea ni en el plano de las necesidades o los intereses, ni en el de las ideologías, las creencias y los valores, el Estado tampoco lo es, no puede construirse sobre un orden de valores únicos, preciso y definitivo» (25).

En este sentido, se ha dicho también por Antonio Hernández-Gil, autor tan significativo como ecléctico, que el texto español «no se sume en el positivismo», sobre todo no es formalista, pero «sin llegar al iusnaturalismo» (26). Con lo que coincide Peces-Barba al escribir que, merced al citado artículo 1.1, «se rompe la tradicional dialéctica derecho natural-derecho positivo que parecía condenar a la cultura jurídica moderna a un callejón sin salida, a través de una correcta formulación de la relación Poder-Derecho y de una positivación de los contenidos éticos o de justicia que el Poder pretende realizar a través del Derecho y que son esos valores superiores» (27). Valores que –continúa Peces-Barba– son expresión de la moralidad mayoritariamente aceptada en el ámbito cultural y en el momento histórico en que se sitúa la Constitución. Posición, pues, en la que se percibe la presencia de una componente «sociologista» que, como antes hemos visto, alcanza en el caso del último autor incluso la apelación a la pura fuerza.

4. ¿Un concepto constitucional de persona?

Es hora de ir regresando al problema de la persona en el derecho constitucional, tras el ejemplo presentado.

(25) Luciano PAREJO, «Constitución y valores del ordenamiento», en AA.VV., *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, tomo I, Madrid, Civitas, 1987, pp. 29-133.

(26) Antonio HERNÁNDEZ-GIL, «La Constitución, el derecho, el ordenamiento y los valores», en *Obras completas*, tomo I, Madrid, Espasa Calpe, 1987, p. 435.

(27) Gregorio PECES-BARBA, *Los valores superiores*, Madrid, Tecnos, 1984, pp. 12-13.

En primer lugar, nos encontramos con un haz de cuestiones ligadas a lo que el profesor Danilo Castellano ha llamado «el problema de la persona humana en la experiencia jurídico-política» (28). Desde luego, ni las Constituciones modernas ni las Declaraciones internacionales fundan el edificio de los derechos humanos sobre una adecuada presentación del hombre en su constitución metafísica clásica de sustancia individual de naturaleza racional, dotada de inteligencia y de voluntad libre y responsable, de donde nace su singular dignidad de persona, hecha a imagen y semejanza de Dios. Esta deficiencia resulta de especial trascendencia, ya que la profundización de la noción filosófica de persona no es en absoluto extraña al derecho, que no debe quedar indiferente ante la misma. Y es que en el ámbito del ordenamiento jurídico-político surgen actualmente, favorecidas por el progreso científico y tecnológico, controversias de notable relevancia que no pueden ser resueltas con un entendimiento empírico, dogmático-positivista o ideológico de la persona humana. En efecto, debates como los del aborto, la eutanasia, la ingeniería genética o los trasplantes de órganos, exceden de lo que el derecho positivo puede fijar.

De ahí el recurso al «empirismo» o a la «fenomenología», que concluye paradójicamente en el «idealismo» o la «ideologización», al verse obligados los intérpretes a dar definiciones propias de la persona. La sentencias de los tribunales constitucionales alemán (1975 y 1994), italiano (1975) y español (1985 y 2010) lo acreditan sobradamente en el caso del aborto (29), pudiendo extenderse al resto de los temas

(28) Cfr. Danilo CASTELLANO, «Il problema della persona umana nell'esperienza giuridico-politica: (I) Profili filosofici», *Diritto e Società* (Padua), n. 1 (1988), pp. 107-154, luego en Danilo CASTELLANO, *L'ordine politico-giuridico «modulare» del personalismo contemporaneo*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 2007, cap. I.

(29) En lo que hace al caso español, cfr. José LOIS ESTÉVEZ, «La inincautabilidad política del derecho a la vida. El artículo 15 de la Constitución, ¿una trampa lógica?», *Verbo* (Madrid), n. 229-230 (1984), pp. 1175 y ss.; FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO, «El derecho a la vida en la jurisprudencia constitucional», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (Madrid), n. 6 (1986), pp. 801 y ss.; JOAQUÍN BRAGE CAMEZANO, «Consideraciones críticas en torno a la jurisprudencia constitucional en materia de aborto», *Verbo* (Madrid), n. 303-304 (1992), pp. 365 y ss.

que *ad exemplum* acabamos de mencionar. En el último Código penal, de 1995, forzando más todavía la interpretación constitucional, la eutanasia quedaba prácticamente impune, en el sentido de que la facultad de los tribunales de bajar dos grados la pena privativa de libertad imponible en los casos más graves (los de homicidio-suicidio) permitía la suspensión de la misma si el autor era delincuente primario, esto es, carecía de antecedentes. Como es natural en la línea de evolución apuntada, recientemente se ha procedido en rigor a la legalización de la eutanasia, con la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, avalada en la Sentencia del Tribunal Constitucional 19/2023, de 22 de marzo (30). Por no recordar la sentencia de este último en la que –bien es verdad que con cinco votos particulares, de los cuales dos impugnan radicalmente la solución, mientras que otros simplemente discrepan de que la ley reúna las garantías exigibles para no atacar el orden constitucional– se admite la constitucionalidad de la esterilización de los deficientes psíquicos (31). Pero no hemos querido aquí ampliar los casos, pues nos hemos limitado al del aborto, y ahora procede tan sólo por tanto recapitular a partir de su experiencia.

El reconocimiento de la dignidad de la persona humana como presupuesto de la convivencia no debe llevarnos al error de considerar respetables todos los comportamientos o las creencias, como si fueran manifestaciones o plasmaciones de esa dignidad. Porque lo que confiere al hombre su dignidad es haber sido creado a imagen y semejanza de Dios, dignidad originaria que no pierde jamás; luego, sin embargo, como ser moral, es capaz de perfeccionamiento o envilecimiento, de modo que la dignidad adventicia en que consiste la dignificación, depende del obrar conforme a la ley moral. La persona, al contrario de lo que sucede en

(30) Puede verse una aproximación crítica a la ley y a la decisión del Alto Tribunal en Jorge RODRÍGUEZ ZAPATA, *Teoría y práctica del derecho constitucional*, 5ª ed., Madrid, Tecnos, 2023, pp. 471 y ss., donde compara de modo pertinente, si bien no siempre resulten verdaderamente fundados sus razonamientos, la sentencia española con las de sus equivalentes en Italia (242/2019, de 25 de septiembre) y Alemania (26 de febrero de 2020), que encuentra por lo menos serias frente a la falta de rigor de la local.

(31) Sentencia del Tribunal Constitucional 215/1994, de 14 de julio.

el orden ontológico, no es en el orden moral un valor absoluto. De ahí que el respeto a la dignidad de la persona no puede extenderse al de aquellos actos que, en lugar de dignificarla, la degradan, ni pueden ser considerados como expresión legítima de su libertad ni como ejercicio legítimo de sus derechos (32). Los derechos humanos, tal y como los encontramos en las Constituciones modernas, y la española no es una excepción, bajo el disfraz de la dignidad humana permiten sin embargo la agresión al primero de los derechos de la persona y su presupuesto inexcusable: el derecho a la vida y a la incolumidad.

Antes hemos sobrevolado las sentencias del Tribunal Constitucional sobre el aborto. Ahora ha llegado el momento de examinarlas desde el ángulo de la persona. En la primera, el problema central concierne precisamente una concepción errónea por limitada de la persona; mientras que, en la segunda, el corazón de la argumentación desarrolla una concepción errónea por desviada de la misma: la del personalismo contemporáneo.

En la primera, comenzaba firmando el Tribunal que la vida es un proceso que se inicia con la gestación, que genera un *tertium* existencialmente distinto de la madre, de manera que el nacimiento simplemente supone el paso de la vida albergada en el seno materno a la vida albergada en la sociedad. Así pues, si la Constitución protege la vida al máximo nivel cuando en su artículo 15 señala que «todos tienen derecho a la vida», no puede dejar de hacerlo en aquella «etapa de su proceso que no sólo es condición para la vida independiente del claustro materno, sino que es también un momento del desarrollo de la vida misma; por lo que ha de concluirse que la vida del *nasciturus*, en cuanto éste encarna un valor fundamental –la vida humana–, garantizado en el

(32) Cfr. Victorino RODRÍGUEZ, O.P., *Temas-clave de humanismo cristiano*, Madrid, Speiro, 1984, pp. 3-33; Estanislao CANTERO, *La concepción de los derechos humanos en Juan Pablo II*, Madrid, Speiro, 1990, págs. 54 y ss. Los autores que quizá se han distinguido más en la denuncia de que la fundamentación de los derechos humanos en la dignidad humana es falsa son Leopoldo Eulogio PALACIOS, «El humanismo del bien congénito», *Revista de Estudios Políticos* (Madrid), n. 110 (1960), pp. 87-93, y Álvaro D'ORS, «La llamada "dignidad humana"», *La Ley* (Buenos Aires), n. 148 (1980), p. 2.

artículo 15, constituye un bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto fundamento constitucional». Sin embargo, en el razonamiento del tribunal, pese a tratarse de un ser humano dotado de vida, el *nasciturus* no es titular del derecho a la vida, y si ésta merece protección es porque se trata de un bien constitucionalmente protegido (33).

Late en el fondo la falta de fundamentación metafísica de la persona, que conduce a una aparente claudicación del derecho constitucional ante concepciones iusprivatistas, probablemente razonables desde el ángulo de las relaciones patrimoniales, pero absurdas en el caso de extraordinaria gravedad que estamos analizando: el Tribunal Constitucional español viene a concluir que hay seres humanos, dotados de vida, que no tienen derecho a vivir su propia vida. Bien es cierto que tal incoherencia no es patrimonio del tribunal español, sino que es dado hallarla igualmente en otras decisiones tanto anteriores como posteriores producidas por sus homólogos de diferentes países. Así, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos negó al concebido la condición de persona, atribuyéndole una vida no personal (34). El Tribunal Constitucional italiano, por su parte, no se mueve en una órbita diferente, y viene a reconocer la condición de persona sólo a la madre, negándole en cambio la

(33) STC 53/1985, de 11 de abril. Cfr. FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO, «El derecho a la vida en la jurisprudencia constitucional», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (Madrid), n. 6 (1986), pp. 801 y ss; RICHARD SMITH, «New Constitutional and Penal Theory in Spanish Abortion Law», *Persona y Derecho* (Pamplona), n. 17 (1987), pp. 137 y ss.

(34) Sentencia *Roe versus Wade*, de 22 de enero de 1973. Cfr., para una crítica en clave de una acertada filosofía política, FREDERICK D. WILHELMSSEN, «John Courtney Murray: the Optimism of the 1950's», en el volumen de DONALD J. D'ELIA y STEPHEN M. KRASON (eds.), *We Hold These Truths and More*, Steubenville, 1993, pp. 20 y ss. Tras *Roe* contra *Wade* siguieron decisiones distintas resoluciones que fueron, en general, restringiendo limitadamente ese sistema de plazos establecido por vía jurisprudencial fundado en el derecho a la *privacy* de la mujer. El punto culminante de este proceso se ha dado con la Sentencia *Dobbs versus Jackson*, de 24 de junio de 2022, que niega la Constitución de los Estados Unidos reconozca un derecho al aborto, que en todo caso no es una cuestión de derecho federal, sino competencia de los Estados miembros. De todos modos, no deja de ser criticable esta decisión. Véase, a este respecto, DANILO CASTELLANO, «El kelsenianismo en la sentencia *Dobbs versus Jackson* del Tribunal Supremo de los Estados Unidos», *Verbo* (Madrid), n. 609-610 (2022), pp. 825-831.

condición al embrión (35). Finalmente, el alemán, al que sigue en este punto el español, si bien garantiza el derecho a la vida «a todo el que vive», acude a la concepción dogmática de los «bienes jurídicos» en conflicto, que acaba con la división entre «personas» y «cosas», convirtiendo al propio hombre en un «bien» (36).

Pero los conceptos jurídicos formales contenidos en el Derecho positivo, si sólo se mira lo que está consignado en los Códigos, únicamente constituyen realidades de carácter jurídico-formal o jurídico-positivo, es decir, de «algo organizado y estructurado por la Ley estatal, que lo ha hecho así y podría haberlo hecho (aunque muchas veces no debería hacerlo) al contrario (la Ley –dicen los ingleses– lo puede todo [aunque no todo lo que diga la Ley sea derecho, en el genuino y auténtico sentido de esta palabra], menos hacer a un hombre mujer). No estamos en el terreno de lo útil, lo justo, lo razonable o lo conveniente, sino de las disposiciones publicadas en la Gaceta, que pueden ser todo esto o no serlo, y que son las que, al arbitrio del legislador, conceden o quitan la personalidad, que en Roma no tenían los esclavos y ni siquiera los hijos de familia o la mujer sometida a la potestad del marido. De igual modo, calificar de homicidio el acto de quitar la vida a un hombre y de aborto el de quitarla a un no concebido, es una convención terminológica basada en la evidente diferencia de circunstancias accidentales entre uno y otro caso. Querer sacar, entonces, consecuencias en cuanto a valores éticos y derechos naturales de la persona, de la situación de ésta en la legislación positiva, sería empresa vana. A nadie se le ocurrirá decir que la esclavitud sea buena en los países donde la Ley la permite y por obra de esa permisión legal, ni tampoco el aborto» (37).

(35) Sentencia de 28 de febrero de 1975. Cfr. las observaciones de Danilo CASTELLANO, *Il problema della persona umana nell'esperienza giuridico-politica (I): profili filosofici*, loc. cit., pp. 152-153.

(36) Sentencias de 25 de febrero de 1975 y de 28 de mayo de 1993. Cfr. el comentario de Rafael DOMINGO, «Confusionismo jurídico, hoy», *Persona y Derecho* (Pamplona), n. 30 (1994), pp. 113 y ss.

(37) José Luis LACRUZ BERDEJO, «Aborto, persona y vida», *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid* (Madrid), n. 1 (1983), pp. 24 y ss.

En el momento en que se dictó la sentencia hubo quien postuló la conveniencia de trascender la concepción de la personalidad del Código Civil para acuñar otra de naturaleza constitucional: «La STC 53/1985 no ha dado el paso, sin duda posible, de crear una capacidad autónoma en materia de derechos fundamentales distinta de la capacidad de Derecho Civil y, en esa línea, atribuir al *nasciturus* la capacidad de ser titular del derecho fundamental a la vida, al igual que sería titular de un derecho a su misma integridad, en cuanto que el Código penal castiga las lesiones inferidas a un feto (arts. 157 y 158). Tal paso no habría llevado a consecuencias muy distintas respecto de la despenalización del aborto de las que admite la STC 53/1985 y habría tenido el mérito de una mayor coherencia en la construcción dogmática, configurando el conflicto entre el derecho a la vida del *nasciturus* y los derechos fundamentales de la gestante (a la vida, a la intimidad o al libre desenvolvimiento de la personalidad) como una “colisión de derechos fundamentales”, que se saldaría también con la despenalización del aborto en virtud del principio de compensación más moderada [...]. Es de observar que la sentencia del Tribunal Constitucional 70/1985, de 31 de mayo, habla (f. j. 5) del “derecho” del *nasciturus* a la vida, con un término no casual, como revela un expresivo voto particular a dicha sentencia» (38).

En realidad, este razonamiento, que hemos querido reflejar con fidelidad, razón por la que lo hemos reproducido íntegramente, no trasciende la dogmática jurídica, constitucional en lugar de privada en este caso. De ahí la desilusión. ¿Se trata entonces de buscar tan sólo un mecanismo distinto, más coherente, para alcanzar un idéntico resultado injusto? No se trata, me parece, de buscar un concepto constitucional de persona sólo para escapar de las limitaciones del concepto civil. Se trata, creo, de buscar un concepto enraizado en el ser, óntico, que impida privar de la vida a un ser

(38) JORGE RODRÍGUEZ-ZAPATA, *Teoría y práctica del derecho constitucional*, Madrid, Tecnos, 1996, p. 325. Donde hemos puesto los corchetes se encuentra una cita a otro texto del mismo autor: «Métodos y criterios de interpretación de la Constitución en los seis primeros años de actividad del Tribunal Constitucional», en Antonio LÓPEZ PINA (ed.), *División de poderes e interpretación*, Madrid, Tecnos, 1987, p. 160.

humano, cualquier que sea el estado de desarrollo en que se encuentre. ¿No hubiera de haberse planteado, pues, como un derecho a la vida del ser humano, desde la concepción hasta la muerte? No se hizo entonces, y por senderos más o menos tortuosos se comenzó despenalizando la conducta en algunos casos para concluir considerándolo un verdadero derecho. Pero es que la opinión recogida se limita a llevar el asunto, finalmente, y con insuficientes distinciones, a la llamada colisión de derechos. Pero lo que deja en evidencia a quienes no se oponen frontalmente a la despenalización del aborto es que dejen de denunciar la creación de causas de exclusión de la pena (por justificación o inculpabilidad) específicas al margen del catálogo general de las circunstancias eximentes. Porque en éstas caben los casos que no deben castigarse, tanto en el aborto como en el homicidio o el robo. Sin necesidad de abrir nuevas y sospechosas (39).

La segunda sentencia, a su vez, se desenvuelve en los predios del personalismo contemporáneo y el constructivismo constitucional. Se trata de la autodeterminación personal, basada en la pura voluntad del sujeto, y que conduce a la disolución de la persona. No es el caso desarrollarlo, pues –al menos en lo esencial que ahora concita nuestra atención– ya ha sido explicitado en lo anterior (40).

6. Conclusión

Forjar un concepto constitucional de persona para evitar caer en las limitaciones del concepto civil no parece acertado. Se trata, más bien, de captar la realidad óptica de la persona, que la Constitución y los Códigos deben limitarse a recoger. En todo caso, no es de recibo acudir a una construcción que, por lo que sea, no recoge sino parte de esa concepción metafísica, para producir resultados antijurídicos como privar de la vida al inocente. En este sentido, siempre resulta

(39) Miguel AYUSO y Rafael BOTELLA, «Consideraciones sobre el proyecto de ley de despenalización del aborto», *Verbo* (Madrid), n. 221-222 (1984), pp. 205-251.

(40) Danilo CASTELLANO, *L'ordine político-giuridico «modulare» del personalismo contemporaneo*, cit., cap. III; Miguel AYUSO (ed.), *La autodeterminación: problemas jurídicos y políticos*, Madrid, Marcial Pons, 2020.

útil el instrumento de la garantía de la institución que acuñó Carl Schmitt (41). Pues la Constitución o el Código no deben sino recibir lo que se halla en la naturaleza (42). Lo que, si se aplica a sectores como la propiedad, la libertad contractual, el matrimonio o la herencia, no debe excluirse en modo alguno del fundamento de todo el derecho, cual es la personalidad. No debe olvidarse que, en su sentido profundo, como dijo Ulpiano, el derecho no es sino la verdadera y no simulada filosofía, ciencia que cierne lo justo de lo injusto a través del conocimiento de todas las cosas divinas y humanas. Pues es el conocimiento de éstas el que, filtrado a través del discernimiento de lo justo, nos introduce en el campo de la jurisprudencia, esto es, del derecho (43).

El horizonte del derecho, pues, es el de la naturaleza de las cosas, en el que se inserta la naturaleza del hombre. En este sentido el profesor Elías de Tejada ha podido afirmar que del entendimiento antropológico penden las formulaciones de la gnoseología, ética, política y derecho, y ya que las definiciones axiológicas del hombre se limitan a tres, a tres líneas capitales puede reducirse el gran esquema de las posiciones gnoseológicas, éticas, políticas y jurídicas. El optimismo antropológico lleva a que verdad es lo que el hombre conoce (racionalismo), bueno lo que quiere (formalismo), toda libertad buena (liberalismo y al final anarquismo) y derecho la voluntad de la mayoría (voluntarismo democrático). El pesimismo antropológico, por su parte, concluye en que es mentira lo que el hombre conoce (irracionalismo),

(41) Carl SCHMITT, *Verfassungslehre*, versión castellana, Madrid, Alianza, 1982, pp. 175 y ss. Se definen como el instrumento constitucionalmente previsto con el fin de proteger el contenido mínimo que permite reconocer determinadas instituciones valiosas para una comunidad.

(42) Puede verse Miguel AYUSO, *Constitución. El problema y los problemas*, Madrid, Marcial Pons, 2016.

(43) Las dos frases son de Ulpiano y las encontramos en el Digesto. La primera, «*veram nisi fallor, philosophiam, non simulatam*» (D. 1, 1, 1, 1), la ha glosado pertinentemente Francesco GENTILE, «Il ruolo della filosofia nella formazione del giurista», *L'Ircocervo* (Venecia), n. 1 (2008); mientras que la segunda, «*iurisprudencia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*» (D. 1, 1, 10, 2), ha dado lugar a un comentario muy agudo de Juan VALLET DE GOYTISOLO, *Metodología de la ciencia expositiva y explicativa del derecho*, II. «Elaboración sistemática», vol. II, Madrid, Fundación Consejo General del Notariado, 2003, p. 1299.

malo lo que quiere (hobbesianismo, etc.), cualquier libertad mala y toda coacción buena (totalitarismo) y derecho la voluntad de uno solo o de unos pocos (cesarismo, oligocracia). Entre ambos, el armonismo del hombre desfalleciente, sobre los pilares de la omnipotencia de la causa primera y la libertad de las causas segundas, sabe que el hombre puede alcanzar la verdad o errar (dualismo escolástico), hacer el bien o el mal (pues su querer es medido por un orden objetivo que se apoya en Dios), que libertad y autoridad deben ligarse (régimen tradicional) y que el derecho asegura una libertad concreta dentro de un orden concreto (44).

Es fácil ubicar las constituciones modernas y su concepción de la persona en ese cuadro. Pietro Giuseppe Grasso, decano de los iuspublicistas italianos, ha encontrado tres conceptos de hombre presupuestos en los textos constitucionales de hoy y que dan lugar a las respectivas categorías de los derechos fundamentales: liberal-individualistas, democráticos y sociales. En las que la doctrina dominante reconoce etapas del camino de la humanidad, por más que una consideración más atenta no deje de descubrir dificultades e incluso contradicciones. Derivadas de orillar el armonismo de que hablaba, como hemos visto, Elías de Tejada.

(44) FRANCISCO ELÍAS DE TEJADA, *Introducción al estudio de la ontología jurídica*, Madrid, Gráficas Ibarra, 1942, pp. 69-76.